

RÉSUMÉ DE LA RECHERCHE :

La question du droit d'auteur est aujourd'hui au premier plan de l'actualité en matière économique. Cela tient au poids des activités de création dans la vie industrielle et à l'importance grandissante des industries culturelles et des médias dans les échanges internationaux. L'objet de la recherche est d'éclairer les mécanismes à l'oeuvre en matière de protection de l'innovation dans l'industrie en se focalisant sur l'analyse de la propriété intellectuelle dans le domaine de l'audiovisuel.

Le développement des industries culturelles se traduit par un volume croissant des flux financiers générés au titre du droit d'auteur. Il donne aussi lieu à une évolution profonde des circuits de reversement de ces rémunérations et de leur régulation. Presque chaque terme de la définition du droit d'auteur se voit remis en question et appelle des aménagements voire des transformations de la protection de la propriété intellectuelle : dans ses principes directeurs, dans ses mécanismes incitateurs, dans ses conditions d'application, dans son contrôle et sa régulation.

Des décalages se sont ainsi créés entre les principes de base sur lesquels s'appuie la protection de la propriété intellectuelle et les évolutions effectives de son exercice dans les processus de création et de diffusion. Le système des droits d'auteurs s'est construit progressivement, de manière pragmatique, et il se charge aujourd'hui d'un poids et de fonctions qui ne sont plus celles pour lesquelles il a été originellement conçu. Les droits de propriété ne répondent plus notamment, au seul souci de protéger des auteurs : ils visent aussi à protéger et susciter les investissements pour encourager la croissance et le développement des nouvelles industries. Le problème des droits de propriété intellectuelle apparaît donc aujourd'hui largement comme un problème d'application pratique et de gestion : détermination du contexte d'application d'une part, modalités de rémunération d'autre part. La situation actuelle demande de réfléchir à l'élaboration de nouveaux principes directeurs. Pour ce faire, le rapport repère et identifie la nature des différents modes de reversement en dégagant plusieurs modèles de rémunération et d'organisation sectorielle. Ces modèles sont mis en relation avec l'organisation des filières de production, les stratégies des acteurs économiques et les relations qui existent au sein de ces filières ; ils sont illustrés par plusieurs cas réels, ainsi que par des conflits ou décisions ayant fait l'actualité.

Plus précisément, le rapport est organisé autour des points suivants

- * situation et conditions de remise en cause actuelle du droit d'auteur
- * description et caractérisation des pratiques de gestion sectorielles des droits
- * évaluation quantitative et actualisation des flux financiers générés par le droit d'auteur dans les industries culturelles
- * évolution des systèmes de droits et protection des auteurs
- * impact sur la stratégie des acteurs économiques, l'organisation et les relations dans les filières

SOMMAIRE

<u>INTRODUCTION</u>	5
1. L'actualité de la question du droit d'auteur	5
2. Le droit d'auteur: une doctrine juridique et économique	8
Droit de l'homme inaliénable...	8
... ou retour sur investissement ?	10
L'immatériel ou les limites du marché - La protection de l'innovation	10
L'artistique ou les limites du contrat - La rémunération des créateurs	11
Une expression, quatre acceptions	12
Un mode de rémunération	13
3. Un système remis en cause dans toutes ses composantes	15
L'auteur	15
L'oeuvre	16
L'idée de création originale	16
Le processus de création	17
Les secteurs de référence	17
Le modèle implicite création - diffusion	18
La notion de reproduction	18
Les modes de consommation	19
La durée de la protection	20
Les principes de rémunération	22
Les territoires de référence	24
4. Des questions à traiter globalement	24
Le droit d'auteur : une source de questionnements pour l'économiste	27
Des questions pour le juriste	32
Un problème de gestion	33

PARTIE I.

LE DROIT D'AUTEUR AU CONCRET : DES PRATIQUES VARIEES **35**

1. Typologie des modes de diffusion : histoire d'une dématérialisation	35
Modèle 1 : L'oeuvre unique	36
Modèle 2 : La commercialisation du support	37
Modèle 3 : La télédiffusion de l'oeuvre	39
Modèle 4 : L'oeuvre en réseau	40
Des modèles idéaux typiques mais des modes de diffusion innombrables	42
2. Le droit d'auteur dans l'audiovisuel : des configurations variées	44
Le cinéma, un contexte très favorable...	44
La vente de vidéogrammes : comme au cinéma...	51
La télévision, une mise en oeuvre difficile	53
3. Un champ d'application qui se transforme	56
Des modes de production qui se complexifient	56
Des possibilités de diffusion qui s'élargissent	58
Des marchés et des filières qui s'intègrent	60
De nouveaux acteurs économiques qui apparaissent	61
4. Les différents modèles d'application des droits d'auteur	68
Modèle 1 (marché de l'art)	69
Modèle 2 (édition littéraire, cinéma)	70
Modèle 3 (télédiffusion)	71
Modèle 4 (copie privée)	73
Du droit d'auteur au droit des auteurs : des règles de répartition qui se construisent	74
Quand le droit de l'homme n'est plus gérable... La fin du droit d'auteur ?	78

PARTIE II.

LE DROIT D'AUTEUR EN FRANCE : UNE EVALUATION QUANTITATIVE **79**

1. Des difficultés à évaluer les volumes de droits d'auteurs	79
Le choix d'un objet : les droits d'auteur juridico-institutionnels	79
Le dispositif de mesures	80
Les difficultés d'analyse : des catégories artificielles	82
Les difficultés d'analyse : les sociétés intermédiaires	83
Nationalité et territorialité : des concepts inappropriés	84
2. Les données disponibles	84
L'AGESSA	84
La Maison des Artistes	89
Les sociétés de gestion collective des droits d'auteurs	91
3. Huit milliards de francs !	95

PARTIE III.

LE DROIT D'AUTEUR : UNE GRANDE ADAPTABILITE, AUX DEPENS DES

DROITS DES AUTEURS ? **99**

1. Le droit d'auteur: un objet conventionnel qui évolue	99
2. Le droit d'auteur: quel droit pour quelles oeuvres ?	103
L'oeuvre, orpheline de son support ?	103
Tous auteurs ? De l'importance du support comme définition de l'oeuvre	105
L'oeuvre et son statut : l'importance de la catégorisation	107
L'éclatement des oeuvres et des droits	108
3. La protection des ayants droit face aux nouvelles technologies de diffusion	112
Les droits patrimoniaux face au piratage	112
Le droit d'auteur face à la simplicité de gestion du copyright	115

PARTIE IV.

QUAND LE DROIT D'AUTEUR DEVIENT UN PROBLEME

DE GESTION ET D'ECONOMIE **119**

1. La gestion des droits d'auteur: entre les mains des différents acteurs 119

Salaire ou droit d'auteur ? Une question d'étiquetage 119

Le droit d'auteur : incertitude et prime de risque 121

Le droit d'auteur : un enjeu pour des points de vue parfois contradictoires 122

Droits de la propriété intellectuelle et politiques culturelles 124

Un problème de gestion 126

2. Les droits au coeur des questions économiques 127

Les droits, or de l'ère immatérielle 127

Le contrôle des droits : de nouveaux mécanismes de coordination 130

Des systèmes de protection spécifiques 132

3. Droits de la propriété intellectuelle et régulation de la concurrence 135

Les droits au coeur des politiques économiques 135

Le droit des créateurs, entrave au droit (de diffusion) des oeuvres 137

Le droit d'auteur, un droit géographiquement et culturellement situé 138

L'harmonisation de la protection entre secteurs industriels qui se rejoignent 141

CONCLUSION **143**

1. Le droit d'auteur : une valeur économique, juridique et symbolique 143

2. Un recours grandissant au droit d'auteur dans la vie économique 146

BIBLIOGRAPHIE **149**

Articles, livres, communications **149**

Etudes et documents divers **152**

Données chiffrées **153**

Actes de colloques **154**

Introduction

1. L'ACTUALITE DE LA QUESTION DU DROIT D'AUTEUR

La question du droit d'auteur est aujourd'hui au tout premier plan des réflexions des chercheurs tant en économie qu'en gestion. Cela tient d'une part à la place croissante, dans la constitution des PIB nationaux et dans les échanges internationaux¹, des activités liées à la propriété intellectuelle ; d'autre part aux problèmes que rencontrent de plus en plus de secteurs industriels confrontés les uns à la mise en oeuvre des nouvelles technologies de l'information et de la communication, et les autres au poids grandissant de la composante immatérielle de leur activité.

La première raison tient donc à l'expansion des secteurs protégés par le droit d'auteur dans l'économie. Les études réalisées dans différents pays dans les années 80 montraient presque toutes² que les activités relevant du domaine du droit d'auteur contribuaient pour près de 3% au PIB, et que le pourcentage d'emplois correspondant était du même ordre. En France notamment, une étude³ a montré que le poids de ces activités dans la constitution du PIB de notre pays était passé de 3,2 % en 1982 à 4,6 % en 1988. Cette importance relative n'est pas sans incidence, nous le verrons plus loin, sur les industries culturelles qui deviennent très dépendantes, du point de vue économique et technique, d'évolutions qui trouvent leur origine dans d'autres secteurs de l'économie et sur lesquelles elles peuvent

¹ Ainsi, l'audiovisuel se place chaque année dans les trois premiers postes d'exportation pour les Etats-Unis

² Hummel (1990).

³ Lange & Feigelson (1991)

difficilement peser⁴. Nous verrons également plus loin que si le développement des industries culturelles se traduit par un volume croissant des activités et des rémunérations liées au titre du droit d'auteur, il donne lieu également - et surtout - à une évolution de la mise en oeuvre de ces rémunérations, dans son organisation comme dans son mode de régulation.

La deuxième raison qui nous incite à nous pencher sur elle est que la question du droit d'auteur traduit des problèmes relatifs aux transformations qui affectent la plupart des secteurs quand ils font l'objet de mutations économiques et techniques : dématérialisation des produits, transformation des modes de production et des filières, place grandissante des activités de conception et de la mobilisation des savoirs, évolution des modalités de diffusion et de consommation, rôle croissant des réseaux d'information et de services, émergence de nouveaux acteurs, rôle de la création dans la stratégie des firmes, renforcement de la structure concurrentielle du marché, phénomènes de concentration et de diversification, organisation des relations de partenariat autour des capacités innovatrices, modalités de régulation et de contrôle de la part de la puissance publique et des ayants droits... Les nouvelles technologies font éclater le cloisonnement entre droit de la propriété, relations entre acteurs économiques au sein d'une filière ou d'un secteur, et régulation de la concurrence ; car chacun de ces volets était, traditionnellement, abordé de façon séparé par les juristes, les économistes ou les spécialistes des sciences politiques. Comme nous aurons l'occasion de le voir dans la suite du rapport, ces évolutions conduisent à une remise en cause des protections ouvertes au titre de la propriété intellectuelle, dans leur essence et leur structure même, dans leurs modalités opératoires et leur champ d'application, dans la redéfinition des acteurs économiques qui en ont la charge.

L'avènement de la société de l'information pose en effet de nombreux problèmes. Avec le développement de la technologie de numérisation, le rôle de l'informatique dans la production des oeuvres de l'esprit devient prépondérant au point de détrôner les techniques traditionnelles liées à la technologie analogique. Les coûts

⁴ Sirinelli (1994)

"techniques" de production s'en trouvent diminués de manière importante et l'apport intellectuel voit son "coût" relatif s'accroître considérablement. Les droits d'auteur, et plus largement les droits de propriété intellectuelle, se retrouvent donc au premier plan. Or, la société de l'information apparaît d'ores et déjà comme une société postindustrielle dans laquelle, alors que les taux d'équipement annoncent une saturation des marchés, les enjeux porteront essentiellement sur l'innovation et les gains de productivité. Les questions relatives à la propriété intellectuelle se posent, de manières différentes, à chacune de ces phases. La croissance des activités de création et de conception devrait s'accompagner d'une institutionnalisation de ces dernières (instauration de "normes sociales" : rapports sociaux, division du travail, statut des créateurs, modes de rémunérations, instauration de pratiques, ...). L'adaptation et l'évolution du droit d'auteur y joueront un rôle de tout premier plan.

De telles phases de croissance et d'institutionnalisation, les différents secteurs de la création en ont vécues au cours de leur histoire. Pour tenter d'anticiper la façon dont va s'organiser la société de l'information, il est intéressant d'observer les structures actuelles de ces secteurs, et notamment les modes de fonctionnement du droit d'auteur pour essayer d'en comprendre les origines et l'économie générale. Par institutionnalisation et par modes de fonctionnement, nous entendons aussi bien les lois et les règles qui le régissent que les conventions et pratiques, leurs pendants invisibles, qui se sont instaurées. La distinction n'est pas toujours facile ; celles-là diffèrent de celles-ci par leur genèse : règles et lois sont établies ponctuellement, ou par avancées successives tandis que les conventions et les pratiques s'instaurent au cours du temps, continûment. L'étude de ces lois et règles, la doctrine affichée du droit d'auteur, sera traitée dans cette introduction. Pour comprendre l'émergence des conventions et pratiques, il nous faudra replacer l'émergence de la société de l'information dans une dynamique socio-technique faisant apparaître les différents modèles de diffusion des oeuvres qui se sont succédé et superposé au cours des âges. Nous pourrions ainsi comprendre, par exemple, en quoi les problèmes - apparemment nouveaux - posés par Internet diffèrent ou ressemblent aux problèmes existants. Nous étudierons aussi, en mettant en correspondance les différents modèles de rémunération avec ces différents modes de diffusion, sous quelles conditions ces modèles sont applicables aux nouveaux modes de communication.

On peut en effet raisonnablement faire l'hypothèse, comme nous l'avons notamment souligné récemment⁵, que l'analyse des phénomènes à l'oeuvre dans le secteur culturel préfigure des situations que l'on rencontre désormais de plus en plus dans les secteurs industriels et des services. Ce domaine a été confronté très tôt à des questions qui ne se sont posées que récemment aux entreprises : organisation d'une production immatérielle, évaluation de biens et services pour lesquels n'existent aucun critère de mesure spontané et indiscutable, difficulté de la tarification, imprévisibilité du succès commercial... Comme nous le montrerons dans la conclusion du rapport, l'histoire du droit d'auteur et les différents modèles de rémunération qu'il supporte permettent de comprendre et d'envisager dans quelle mesure ce type de dispositif peut être, ou non, mobilisé dans des secteurs de la vie économique a priori très éloignés de la sphère culturelle : l'industrie lourde, les services ou le sport par exemple.

2. LE DROIT D'AUTEUR : UNE DOCTRINE JURIDIQUE ET ECONOMIQUE

Les justifications du droit d'auteur sont plurielles. Pour le juriste, le droit d'auteur sera avant tout un droit de l'homme mais devra aussi avoir une composante pécuniaire. L'économiste soulignera les imperfections du marché dans l'économie de l'immatériel et introduira le droit d'auteur comme régulateur, à la fois au niveau macro-économique (régulation de la production, incitation et protection de l'innovation) et au niveau micro-économique (régulation des relations de travail, rémunération des créateurs). Finalement, le droit d'auteur navigue entre des justifications très différentes et y perd sa cohérence...

Droit de l'homme inaliénable...

Le droit d'auteur, en tant que système juridique, est né en France à la veille de la Révolution. Des auteurs de théâtre spoliés de leurs droits par une Comédie Française en situation de monopole d'exploitation sont regroupés par Beaumarchais pour constituer le Bureau de la Législation Dramatique, qui deviendra la Société des

⁵ Benghozi (1995)

Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD), première société d'auteurs au monde. Leurs griefs : leurs pièces sont montées sans leur accord et les droits versés sont dérisoires. C'est véritablement d'un droit de l'homme qu'on les dépossède : le droit au respect de ce qui reste à jamais l'expression de leur personnalité, leur propriété intellectuelle. L'essence des droits moraux est de reconnaître ce lien indissoluble entre l'oeuvre et son auteur. Perpétuels, inaliénables et imprescriptibles, ils confèrent à l'auteur puis à ses héritiers le droit de s'opposer aux utilisations irrévérencieuses de son oeuvre. C'est en vertu de ces droits que les héritiers de John Huston ont pu interdire (en France, tout au moins, au nom du droit d'auteur, et pas aux USA à cause du régime du *copyright*) la diffusion d'une version colorisée de *Quand la ville dort (Asphalt Jungle)*.

Les droits moraux reconnus, les droits patrimoniaux s'imposent très naturellement : puisque l'oeuvre reflète la personnalité de son auteur, toute utilisation qui en est faite est une représentation de celui-ci. Aussi, il est légitime qu'il dispose d'un droit d'autoriser et d'interdire les exploitations de son oeuvre et qu'il ait une part des bénéfices générés... La législation française, ainsi que la plupart des systèmes législatifs conformes au droit d'auteur, reconnaît ces droits patrimoniaux, droit d'autoriser ou d'interdire et droit à rémunération, pour la reproduction et la représentation des oeuvres. Le droit de reproduction confère à l'auteur ces prérogatives relativement à la fixation sur support matériel de son oeuvre : imprimer un livre, enregistrer un disque ou fabriquer une cassette vidéo exigent l'accord préalable de l'auteur et imposent sa rémunération. Quant au droit de représentation, il s'applique dès qu'une oeuvre est communiquée au public par quelque voie que ce soit : un producteur qui veut monter un spectacle musical doit avoir l'autorisation du ou des auteurs et les rémunérer. Contrairement au droit moral, les droits patrimoniaux sont cessibles et expirent 70 ans après la mort de l'auteur.

Le droit d'auteur est né droit de l'homme. C'est sous cette forme que Le Chapelier en a défendu le principe devant l'Assemblée Constituante le 19 juillet 1791 : "*La plus sacrée, la plus inattaquable et la plus personnelle des propriétés est l'ouvrage de la pensée d'un écrivain !*" Mais aujourd'hui, il apparaît aussi, dans les plaidoyers dont il

fait l'objet, comme un retour sur investissement nécessaire, destiné à pallier les défauts du marché.

... ou retour sur investissement ?

La loi de 1985 (loi Lang relative au droit d'auteur) a reconnu aux auteurs un droit à rémunération au titre de la copie privée. Face à la banalisation et à la multiplication importante des enregistrements privés d'oeuvres musicales ou audiovisuelles, ils ont obtenu ce droit au même titre que les artistes interprètes et que les producteurs de phonogrammes, en arguant du fait que cet essor constituait un manque à gagner et qu'il mettait en danger leurs professions. C'est le deuxième argument mis en avant dans les revendications relatives au droit d'auteur. Le développement des technologies de copiage rend les investissements peu rentables, qu'ils soient financiers ou intellectuels, et menace donc la création. Le droit d'auteur est alors appelé comme régulateur économique. C'est en tant que tel qu'il a été introduit pour la copie privée, c'est en tant que tel qu'il justifie l'obtention par les producteurs de phonogrammes d'un droit voisin : droit d'autoriser ou d'interdire certaines utilisations et droit à une rémunération équitable. Toute diffusion d'un phonogramme entraîne la rémunération de son producteur, en compensation du manque à gagner occasionné. Depuis 1985, les artistes interprètes disposent aussi d'un droit voisin du droit d'auteur, similaire à celui des producteurs mais assorti d'un droit moral, droit au respect du nom et de l'oeuvre, proche de celui des auteurs. Dans ce cas, c'est l'argument "moral" qui est mis en avant : comme pour les auteurs, la prestation d'un interprète reflète sa personnalité ; toute représentation constitue donc un travail de son investissement personnel et doit, de ce fait, être soumise à son autorisation et lui permettre de tirer une rémunération.

L'immatériel ou les limites du marché - La protection de l'innovation

Les productions immatérielles constituent une prestation économique particulière : entre biens et services, elles cristallisent une très grande valeur ajoutée sur un support physique peu coûteux. Leur valeur réside donc exclusivement dans l'immatériel : le coût de fabrication du support physique d'un CD ou d'un logiciel informatique est négligeable par rapport à son prix de vente. De plus, la reproduction de ces produits est peu coûteuse, le développement de la technologie de

numérisation permettant même aujourd'hui d'obtenir des copies de qualité parfaite à des coûts dérisoires. Ainsi, en termes économiques, ces produits se caractérisent par un coût marginal négligeable par rapport au coût fixe de production (coût d'investissement). En termes pratiques, dès lors qu'une production immatérielle est communiquée, elle peut être reproduite à l'infini. Les règles du marché sont donc impuissantes à réguler la production et à fixer des prix permettant d'amortir les investissements de départ ; en effet, l'offre est infinie à partir du moment où elle existe et n'importe quel acteur économique peut copier une oeuvre facilement, à moindre coût. Le problème de la régulation de telles productions se pose alors. C'est tout l'objet des droits de propriété intellectuelle, dans sa fonction de protection de l'innovation, que de pallier ces imperfections du marché (*market failures*) : en accordant un monopole provisoire d'exploitation aux créateurs, ils protègent la spécificité de leur apport intellectuel ; en leur garantissant une rémunération importante en cas de succès (*winner-take-all reward*), ils compensent le risque important d'échec commercial.

L'artistique ou les limites du contrat - La rémunération des créateurs

Parmi les productions immatérielles, les créations artistiques - dans les industries culturelles essentiellement - constituent des objets encore particuliers dans la mesure où elles sont le fruit d'une collaboration entre deux types d'investisseurs, les investisseurs financiers (producteurs) et les investisseurs intellectuels (auteurs, collaborateurs artistiques), pour lesquels les formes traditionnelles de régulation du travail (contrats de travail, salaires, ...) s'avèrent inefficaces. Le travail artistique pose en effet le problème de son évaluation : l'apport d'un scénariste ne peut se mesurer en unités de travail et ne peut être sanctionné par un salaire horaire, il n'est pas non plus facile d'établir des contrats spécifiant la prestation à réaliser. Sans critères objectifs d'évaluation et de mesure, le travail artistique échappe aux modes de régulation traditionnels.

Par ailleurs, les industries culturelles se situent dans un contexte de grande incertitude. Il n'existe aucun critère objectif pour évaluer les productions littéraires et artistiques ; c'est la sanction du public, très aléatoire, qui leur donne leur valeur marchande. Il n'y a donc pas de "valeur intrinsèque" du travail de l'auteur. Le

système des droits d'auteur permet ainsi, dans sa fonction de rémunération, de rétribuer l'auteur selon la valeur économique (ou marchande) qu'il a conférée à l'oeuvre.

Economiquement, la justification du droit d'auteur est donc double : palliatif des limites du marché, il joue le rôle de régulateur dans les relations entre investisseurs et exploitants ; palliatif des limites du contrat, il joue le rôle de régulateur dans les relations entre investisseurs financiers et investisseurs intellectuels. Toutefois dans ces deux fonctions, ce ne sont pas les mêmes composantes du droit d'auteur qui interviennent. Pour mieux le comprendre, nous allons maintenant analyser ce que recouvre l'expression "droit d'auteur".

Une expression, quatre acceptions

Michel Gyory, dans une étude réalisée pour la Commission des Communautés Européennes⁶, établit une distinction terminologique importante. Les expressions relatives au droit d'auteur peuvent avoir quatre sens différents :

1. les droits de l'auteur sont constitués des droits patrimoniaux de l'auteur ainsi que, dans certaines législations, des droits moraux reconnus par les conventions internationales. Nous définirons plus précisément ces deux notions par la suite ;

2. le droit d'auteur, fondement des droits de l'auteur, recouvre "l'ensemble des dispositions légales, des décisions de jurisprudence et éventuellement des usages qui régissent le domaine des oeuvres de l'esprit" ;

3. les droits d'auteur désignent "la rémunération que l'auteur retire de l'exploitation de ses oeuvres" ;

4. enfin, les droits d'un film ou d'une oeuvre audiovisuelle sont les droits relatifs à une ou plusieurs exploitations, cédés à l'origine par l'auteur ou les auteurs et détenus le plus souvent par le producteur ou par une société portefeuille qui en assure la commercialisation.

⁶ Gyory & Correa (1989)

Sous le seul vocable "droit d'auteur" sont donc englobées des significations assez variées, qui restent cependant liées étroitement les unes aux autres comme nous allons le voir maintenant.

Un mode de rémunération

Ainsi, les droits d'auteur et droits voisins (que nous désignerons dans la suite par l'expression générique "droits d'auteur") ont deux justifications relatives à des registres différents. Tantôt, les producteurs ou les télédiffuseurs les revendiquent comme retour sur un investissement réalisé dans un secteur où la régulation n'est pas assurée par le marché ; tantôt, les interprètes ou les doubleurs les réclament au nom d'un argument éthique qui met en avant leur représentation propre. Finalement, les deux composantes du droit d'auteur logiquement imbriquées initialement ont produit deux argumentations différentes qui en font un concept aux contours et à l'objet ambigus concernant aussi bien les concepteurs de logiciels informatiques que les doubleurs de séries américaines. Introduit à l'origine pour les seuls auteurs de théâtre, le droit d'auteur voit aujourd'hui son champ d'application considérablement étendu. Il y prend des significations très variées. A l'origine, il rémunérait le double investissement en travail ou capital et en "image" (investissement de la personnalité de l'auteur) ; aujourd'hui, son extension sous forme de droits voisins l'amène à ne rémunérer que l'un ou l'autre de ces investissements. C'est ce que traduit la figure suivante.

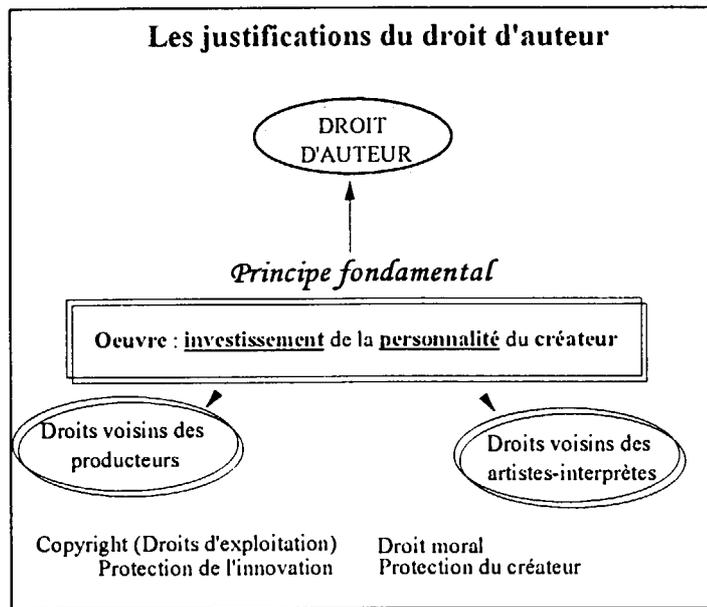


Figure 1 : Les justifications du droit d'auteur

Ce schéma est très important car il permet d'analyser et de comprendre toutes les confusions qui existent autour du vocable "droit d'auteur" y sont analysées. Or ces confusions sont à l'origine de nombreuses évolutions actuelles : l'incohérence et la dénaturation du droit d'auteur et l'extension de son champ d'application par exemple. Il est essentiel de conserver à l'esprit la distinction entre droits (ou droits d'exploitation) et droits de l'auteur. Les premiers correspondent à la partie gauche de notre schéma, ils s'apparentent à des droits de propriété et sont liés à la diffusion de l'oeuvre. Ils ne sont pas spécifiques au droit français, ce sont des droits de propriété intellectuelle, ils existent aussi dans le système du *copyright*. C'est la partie droite du schéma qui distingue le *copyright* du droit d'auteur latin : elle décrit le droit moral. Ce droit moral s'apparente plus à un droit de l'homme et est lié à la production de l'oeuvre. La distinction entre ces deux composantes, distinction qui apparaît par ailleurs entre les systèmes de protection latin et anglo-saxon, tient aussi à l'objet de la protection : protection de l'innovation - de l'oeuvre - à gauche, protection du créateur à droite. Les droits de l'auteur apparaissent dans la partie haute du schéma : ils lient droit moral et droit patrimonial.

3. UN SYSTEME REMIS EN CAUSE DANS TOUTES SES COMPOSANTES

Face aux évolutions que connaît le droit d'auteur, les catégories juridiques traditionnelles sont bousculées, ce qui donne lieu à plusieurs types de réponses. La première de celles-ci consiste à modifier ou faire évoluer le droit, en considérant que les problèmes (notamment technologiques) soulevés aujourd'hui sont radicalement nouveaux et appellent donc l'établissement de règles spécifiques ; on observe cette tentation dans plusieurs directives européennes ou dans certains éléments récents du Code de la Propriété Intellectuelle. La seconde réponse avancée par de nombreux juristes part du postulat que le droit de la propriété intellectuelle a fait, jusqu'à présent, la preuve de sa robustesse puisqu'il a permis de maîtriser l'explosion de l'édition, le développement de la photographie, du cinéma et de la télévision ; pour les tenants de cette position, la difficulté réside simplement dans les conditions d'application et de mise en oeuvre de l'arsenal juridique existant. Enfin, une dernière réaction (défendue par des opérateurs économiques comme par certains juristes) vise à trouver des solutions techniques à un certain nombre de problèmes lié au droit d'auteur : marquage des oeuvres ou limitation arbitraire des possibilités de copie (son et vidéo). Nous montrerons pour notre part que les réponses à apporter doivent être globales et, pour ce faire, conjuguer un point de vue juridique, un point de vue économique, un point de vue technique et un point de vue organisationnel.

Quand on reprend la définition juridique du droit d'auteur, on s'aperçoit en effet que dans la situation actuelle, chaque terme ou presque se voit remis en question⁷ et appelle des aménagements sinon des transformations de la protection de la propriété intellectuelle dans ses principes directeurs, dans ses conditions d'application, dans son contrôle et sa régulation.

L'auteur

Dans les créations artistiques, audiovisuelles et musicales tout particulièrement, le modèle traditionnel et linéaire de la production (auteur > interprète > diffuseur) sur

⁷ cf. Benghozi (1994), Commission des Communautés Européennes (1995) pour un tour d'horizon des problèmes rencontrés

lequel s'appuie le Code de la Propriété Intellectuelle est désormais largement remis en cause. L'auteur est de plus en plus collectif et multiple, et donc de moins en moins identifiable en tant qu'individu(s) titulaire(s) d'un droit spécifique. La distinction entre créateur et personnel de soutien (technique, économique ou artistique) est tout aussi peu claire : la création fait intervenir des collaborateurs dont les apports se mélangent indistinctement, et qui relèvent de statuts et de modes de rémunération différents. Les droits voisins et les droits d'image élargissent d'ailleurs considérablement les catégories potentielles d'ayants droit. Or, comme nous aurons l'occasion de le voir, les différents ayants droit sont porteurs d'intérêts antagonistes ; les conflits susceptibles d'en résulter peuvent alors conduire à des difficultés de production ou de diffusion et à une réduction globale des échanges, alors que les présupposés économiques du droit de propriété intellectuelle voient en celui-ci un mécanisme d'incitation à la création et à la diffusion des oeuvres.

L'oeuvre

La notion d'oeuvre s'avère aussi de plus en plus difficile à caractériser (parcellisation et éclatement entre ses différents composants, réutilisations fréquentes...) et appelle des solutions nouvelles. Dans le cadre d'une directive européenne⁸, un droit *sui generis* a par exemple dû être institué pour protéger les investissements dans la constitution des banques de données ; il envisage l'utilisation de toute partie substantielle des banques de données mais une réutilisation partielle n'entre pas dans le champ de la loi, contrairement à la situation qui prévaut en matière de propriété intellectuelle où seule la citation est librement admise.

L'idée de création originale

Le caractère d'originalité ou d'apport créatif, à la base de toute propriété intellectuelle, s'avère en pratique largement arbitraire. En effet, on assiste d'un côté à une généralisation de la notion de création : l'extension de la notion d'auteur et la généralisation du *design* industriel conduisent à tenter de protéger, au titre de la

⁸ Directive 93/98 CEE du 29/09/93

création, aussi bien la forme que le contenu de tout type de production et d'activité : bâtiment, voiture, instrument de musique, objet usuel, émission de télévision... D'un autre côté, sans doute pour des raisons du même ordre, tenant à l'indifférenciation des activités, on constate une banalisation de la création ; cela se traduit par le fait que la protection de la propriété intellectuelle n'est pas du tout appliquée dans certains secteurs comme celui de la presse, ou bien donne lieu à une application sélective, selon la qualité perçue ou revendiquée ou bien selon le statut des collaborateurs de production, dans l'architecture ou la télévision par exemple.

Le processus de création

On assiste à une remise en cause des processus de création traditionnels (et donc de nouveau de la notion d'auteur) sous l'influence des progrès techniques et du poids des investissements économiques. Les processus de création se développent systématiquement autour d'une articulation entre investisseur et créateur, producteur et artiste. Cela a plusieurs incidences : d'abord, des sociétés ou personnes morales peuvent être considérées aujourd'hui comme des créateurs au même titre que les individus ; ensuite, le couplage entre droit patrimonial et droit moral (fondement de la conception latine du droit de propriété intellectuelle) se voit parfois remis en cause.

Les secteurs de référence

Comme nous aurons l'occasion de le voir plus loin, les modalités de protection de la propriété intellectuelle varient selon la nature des oeuvres et des domaines concernés. Or, les secteurs culturels de référence et les catégories d'oeuvre sont de moins en moins cloisonnées⁹ : désormais, à partir d'une même création originale, des oeuvres sont exploitées simultanément sur plusieurs secteurs répondant chacun à des règles, des modes de protection et de rémunération spécifiques. Les pratiques, mais aussi la législation sont mal adaptées à cette évolution : ainsi, la Convention de

⁹ Cf. Benghozi (1995)

Berne ne définit pas les droits selon les types de diffusion (radiodiffusion par exemple), mais établit les droits spécifiques de certains types d'oeuvre.

Ce recouvrement des différents secteurs d'exploitation des créations intellectuelles soulève une difficulté pour l'exercice des droits afférents, mais également du point de vue de la régulation économique. En particulier, il est difficile d'examiner juridiquement la nature de la position dominante d'un acteur économique dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle sont spécifiques aux différents secteurs. Ainsi, le conseil de la concurrence a été confronté aux problèmes de restrictions d'utilisation posées par l'AFP sur l'utilisation des informations que l'agence diffusait.

Le modèle implicite création - diffusion

La multiplicité des contextes de diffusion fait que la cession ou la "rémunération" liée à l'oeuvre n'est jamais unique et ne se définit jamais simplement. La protection de la propriété intellectuelle ne concerne plus, comme au temps de Beaumarchais, le seul cas d'un auteur dramatique cédant sa pièce à un directeur de théâtre ou bien celui d'un compositeur donnant sa chanson à un interprète. Si cette situation existe toujours, bien sûr, on trouve aussi, de plus en plus fréquemment, des situations où le droit d'auteur fait l'objet, de la part de ses titulaires de nombreux transferts, cessions et licences : par type de support, par pays, par durée d'exploitation...¹⁰ Les contrats successifs se juxtaposent alors ; les contractants, ayants droits et mandatés, se multiplient tout autant et leurs droits tendent à se recouvrir et se surajouter. Cette évolution a des incidences directes sur une gestion des droits qui devient plus compliquée et peut générer des conflits d'intérêts ; mais elle rend également plus lourde toute la phase de production.

La notion de reproduction

Les droits de reproduction et la possibilité de les contrôler sont remis en cause par la numérisation et la radiodiffusion (*broadcasting*) et les diffusions en réseau. Elles

¹⁰ On le verra plus précisément, dans les pages qui suivent, à propos du cinéma.

permettent en effet une diffusion quasiment sans support matériel, dans des proportions massives, sans dégradation de la qualité originale au fil des utilisations. Dans des réseaux tels qu'Internet ou les (futurs) réseaux câblés, les oeuvres ne sont d'ailleurs plus simplement reproduites, mais mises à disposition d'usagers qui peuvent s'en saisir, les télécharger, se les ré-approprier ensuite dans des conditions tout à fait nouvelles. Ces modes de diffusion qui apparaissent soulèvent des difficultés dans la mesure où ils ne relèvent ni du modèle traditionnel de la télévision, ni de celui de l'édition (où c'est un support matériel de l'oeuvre reproduite qui est vendu). Plus généralement, comme le note le professeur Lucas¹¹ dans son traité de référence sur la propriété littéraire et artistique, "la dématérialisation liée aux nouvelles technologies de la communication brouille la frontière entre le vecteur qui porte l'oeuvre (donnant lieu à l'exercice du droit de représentation) et le support qui la fixe (donnant lieu à l'exercice du droit de reproduction)". Le problème qui se pose en la matière est tout autant celui de l'établissement de nouveaux modes de rémunération (sur le mode contractuel et privé) que la protection du droit moral et de l'intégrité des oeuvres.

Les modes de consommation

On observe simultanément une évolution profonde des modes de consommation. Ces derniers (et la nature des droits correspondants) deviennent difficiles à caractériser. Les nouveaux modes de consommation sont parcellaires et répétitifs et rendent difficile le contrôle de l'usage qui est fait des oeuvres. Par ailleurs, la distinction entre usage privé et public est malaisée. Or la numérisation soulève une difficulté particulière puisqu'elle conduit à des formes inédites de concurrence entre ces usages privé et public ; la copie et l'usage privés peuvent en effet, dans certains cas (vidéo, musique, Internet, images, textes...), concurrencer directement les diffuseurs publics (les éditeurs essentiellement).

Les substitutions de consommation d'un bien culturel (voir un film au cinéma plutôt qu'à la télévision ou en cassette) donnent un pouvoir énorme aux titulaires de droits

¹¹ *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 1994, N° 235

situés le plus en amont et qui sont à même, selon les différenciations de prix ou les licences qu'ils accordent, de distordre les relations économiques entre acteurs de l'aval. Ainsi, aux USA, un éditeur de cassettes vidéo éducatives a poursuivi l'un des producteurs de ces cassettes pour avoir cédé les droits gracieusement (au titre d'une exploitation non commerciale) au détriment de ses propres ventes. En France, pour des raisons du même ordre, les cinémathèques rencontrent des difficultés grandissantes face aux producteurs et distributeurs.

Les évolutions actuelles changent donc les relations entre l'éditeur producteur et les auteurs ou collaborateurs artistiques d'une part, mais aussi les relations entre l'éditeur producteur et l'utilisateur. La numérisation et les nouveaux moyens ouverts en matière de reproduction font que la vente d'une production culturelle (livre ou disque) ou l'accès à sa consommation (radiodiffusion) ne déterminent plus des modes de consommation uniques et indifférenciés¹² ; ces derniers dépendent aussi très directement de la nature des usagers (personnes privée ou de droit public, individu ou professionnel...) ; ce qui constitue une situation nouvelle pour des éditeurs qui avaient auparavant l'habitude de travailler avec un public de masse. Désormais, l'éditeur producteur devra construire, selon les cas, des systèmes contractuels (et des prix) particuliers et adaptés. C'est déjà, par exemple, ce que l'on observe en matière de logiciel grand public où on distingue la vente à l'unité, la cession de licences multiples ou la vente pour les institutions d'enseignement. C'est la même situation que rencontrent, dans un contexte légèrement différent, les opérateurs de télécommunications qui ne peuvent plus se contenter de vendre des communications téléphoniques indifférenciés mais sont obligés de tenir compte, dans leur grille de tarification, de la nature des usagers et des messages qui circulent sur les lignes (services à valeur ajoutée).

La durée de la protection

La durée de la protection n'est plus adaptée ni dans son étendue, ni dans la caractérisation de son point de départ : l'exemple tout récent de la "ressortie" de *La*

¹² Cf. Benghozi (1995)

guerre des étoiles nous montre qu'aujourd'hui les oeuvres sont collectives, élaborées par des sociétés, qu'elles font l'objet d'adaptations et de transformations successives. Là encore, il s'agit d'une situation qui entre mal dans un modèle élaboré sur la base d'un auteur produisant une oeuvre identifiable diffusée à un moment donné, qui peut espérer en jouir sa vie durant en cas de succès. Au contraire, les nouvelles modalités de conception et d'exploitation des oeuvres sembleraient relever davantage, dans leur structuration, du modèle industriel du brevet.

La mise en oeuvre du droit d'auteur (notamment dans le contexte issu du développement des nouvelles technologies) pose aussi des problèmes. Ainsi, c'est la notion de "première publication" qui déclenche, en général, la durée de protection et l'épuisement des droits. Mais cette définition perd son sens quand la diffusion ou la mise à disposition s'opère sur des réseaux car il devient alors difficile d'établir et de repérer cette première publication. En l'occurrence, la difficulté ne tient pas simplement à des difficultés techniques de mise en oeuvre, elle trouve également sa source dans les stratégies même des producteurs. La diffusion sur réseau, tout comme le développement de logiciel, se traduit rarement par une rupture nette entre un avant (où rien n'existe) et un après (quand l'oeuvre est diffusée). Le plus souvent, les oeuvres mises en exploitation continuent à se transformer au fil du temps (au fil des perfectionnements, réutilisations, adaptations, remix...) et sont susceptibles, à ce titre, d'ouvrir des périodes protection floues. Là encore, le cas récent de *La guerre des étoiles* est tout à fait représentatif d'une tendance qui ne s'exprime pas simplement sur les réseaux, mais également dans les secteurs plus traditionnels comme le cinéma, le livre ou le disque.

Selon les cas, le modèle de protection de la propriété intellectuelle envisagé risque d'orienter différemment la recherche de solutions. Ainsi, dans le domaine industriel, l'extension des droits de propriété à de nouveaux champs d'application s'est traduit non pas par la fixation de nouvelles sources de rémunérations et de nouveaux ayants droit (tendance qu'a connu le secteur artistique dernièrement), mais par l'extension de la durée de l'exclusivité, destinée à permettre aux investisseurs d'exploiter de manière plus rentable leurs innovations. Il s'agissait là d'apporter une réponse juridique à un problème économique et technologique, la diminution drastique du

temps de conception des nouveaux produits permettant à des produits concurrents d'apparaître plus rapidement sur le marché. On retrouve ici, d'ailleurs, un phénomène d'ordre général qu'a aussi connu le secteur culturel. En effet, depuis leur création il y a plusieurs siècles, la protection donnée par les droits d'auteur n'a cessé de voir sa durée s'allonger : elle a d'abord correspondu à la vie de l'auteur, s'est ensuite étendue pour que les auteurs puissent transmettre un patrimoine à leurs héritiers, elle est désormais envisagée dans le cadre de personnes morales qui doivent amortir leurs investissements et pour lesquelles la durée de vie n'a plus de sens.

En matière de durée de la protection, il faut noter que l'on observe des tendances analogues dans les domaines industriels. Ainsi, dans l'industrie pharmaceutique, les médicaments et les nouvelles molécules font, théoriquement, l'objet d'une protection pendant 20 ans. Cette durée est théorique et ne correspond pas à la durée d'exploitation effective du médicament car pour être efficace, le brevet doit être pris très tôt, avant que tous les développements soient effectués, que les tests d'efficacité et d'innocuité soient réalisés, que l'autorisation de mise sur le marché ne soit accordée. Comme les préoccupations de santé publique tendent à compliquer et rallonger cette dernière phase, les laboratoires disposent souvent d'un temps très court pour tirer réellement partie, d'un point de vue économique, de leur innovation. Les pouvoirs publics ont donc eu tendance à réagir, dans ce cas comme dans le domaine culturel, soit en allongeant la durée de la protection (Etats-Unis, Japon), soit en adoptant des mesures spécifiques de protection (cas de la France qui prévoit de faire démarrer la protection soit à la date de demande du brevet, soit à l'AMM (autorisation de mise sur le marché)).

Les principes de rémunération

Le mode de rémunération des auteurs n'est lui-même plus adapté, pas plus que les droits de représentation d'ailleurs. Ces droits font ainsi l'objet de principes de rémunération fort différents selon les secteurs ou les modes de diffusion. Dans certains cas, les droits d'exploitation (reproduction et représentation) sont systématiquement considérés comme accordés et font l'objet d'une rémunération forfaitaire (cf. radio, musique...), dans d'autres cas (pièce de théâtre) ces droits

doivent être demandés et leur montant est négocié ; enfin, comme nous le montrerons plus loin dans le cas de l'audiovisuel, les créateurs sont souvent (et de plus en plus) salariés ou payés forfaitairement.

Ainsi, des éditeurs de littérature populaire comme *Harlequin* choisissent de recourir à des traducteurs d'ouvrages anglo-saxons plutôt que de commander directement des revues à des auteurs français. La raison n'est pas seulement l'incapacité des auteurs à s'adapter à la collection, mais aussi la capacité des traducteurs à faire un travail d'adaptation (en modifiant l'histoire, les personnages...) tout en restant payés au forfait (environ 15 000 F) et non pas par un pourcentage des ventes qui se traduirait vite par des sommes très importantes (10 % sur 100 000 exemplaires !). Il y a là un contournement du principe de la rémunération proportionnelle par le forfait. Comme on le verra plus loin, on retrouve une situation exactement du même ordre dans le domaine du cinéma ou de l'édition où le principe du minimum garanti tend en effet à se développer sinon à se généraliser. Pour des raisons de facilité et de commodité de gestion, les producteurs préfèrent ainsi mettre en oeuvre une base de rémunération sans doute plus élevée parfois, mais remarquablement plus simple et facile à gérer : un versement forfaitaire unique. Ce glissement est d'autant plus facile à opérer, juridiquement, que la loi reste relativement muette quant aux modalités concrètes d'application du principe de rémunération¹³.

Par ailleurs, on notera que le souci d'assurer le développement des marchés ainsi que les difficultés de contrôle et de collecte donnent un rôle grandissant à la gestion collective et aux licences obligatoires, ce qui transforme le caractère (légal) mécanique et proportionnel de la rémunération. C'est aussi le lien implicite entre l'auteur et le diffuseur qui s'est progressivement transformé du fait du développement des sociétés de gestion collective, qui acquièrent naturellement leurs propres intérêts et enjeux, et ne portent plus simplement ceux des auteurs.

¹³ L'auteur doit pouvoir participer au succès de son oeuvre et avoir sa part des revenus, mais les modalités de mise en oeuvre de ce principe ne sont pas précisées. Cf. Gaubiac (1995)

Les territoires de référence

Le principe de protection (et de recouvrement) sur une base territoriale nationale¹⁴ s'accorde mal avec le développement de nouveaux supports de diffusion transfrontaliers, pas plus qu'avec l'institution de marchés et de structures transnationaux (Marché unique, ALENA...) dans le cadre de législations nationales différentes. Cette situation entraîne des modifications et des adaptations de ces législations ou, comme en Europe, l'établissement de législations spécifiques¹⁵. Pour la propriété intellectuelle, les effets sont alors doubles : une complexité croissante de l'arsenal existant et des éventuelles remises en cause voire des retouches de certains éléments du droit en vigueur.

4. DES QUESTIONS A TRAITER GLOBALEMENT

Du point de vue micro-économique, le système du droit d'auteur peut relativement facilement donner lieu à une simulation, comme cela a déjà été fait pour les brevets¹⁶. La compétence et la création artistique protégées par les droits peuvent être envisagées comme des biens publics¹⁷ : des coûts fixes sont engendrés par leur production, il s'agit de biens non rivaux, difficilement exclusifs, cumulables. La production des oeuvres et leur exploitation reposent sur une asymétrie d'informations et une incertitude qui rendent difficile toute contractualisation¹⁸ et tout contrôle ; l'incertitude porte sur l'effort de développement engagé, le talent, le

¹⁴ Cf. Convention de Berne, art.5 §1

¹⁵ Directive "satellite-câble" 93/83/CEE

¹⁶ on en trouve des éléments aussi bien chez les économistes industriels ayant formalisé les problèmes d'information techniques (Tirole 1988), que chez les économistes évolutionnistes ou néo-schumpétériens qui mettent le facteur changement technique et les savoirs qui lui sont associés au coeur de la croissance (Nelson & Winter (1982), Silverberg (1987)...)

¹⁷ cf. Dasgupta & David (1987)

¹⁸ d'où l'importance, dans le domaine culturel, des réseaux et des relations de confiance et l'importance des contrats oraux peu formalisés, cf. Benghozi (1994).

succès escomptable¹⁹. Par ailleurs, un droit se caractérise par sa durée et l'envergure de sa protection. En modifiant chacune de ces caractéristiques, on peut ainsi chercher à optimiser les externalités sociales (diffusion, effet de réseau) et produire un effet d'incitation tenant compte du coût des investissements, de la rémunération et de la protection individuelle (à même de stimuler la création, son renouvellement...)

Mais, comme nous l'avons souligné plus haut, c'est cette conception implicite du droit d'auteur qui se voit justement remettre en cause dans toutes ses composantes, aussi bien d'un point de vue juridique qu'économique. Un des effets importants des nouvelles technologies est, par exemple, de transformer profondément le caractère de rareté des biens, et donc la conception des droits qui lui était afférente. L'importance grandissante des droits correspond à une dématérialisation des produits²⁰. Les oeuvres ne sont plus à prendre et à exploiter comme un tout indissoluble ; désormais on les incorpore, on les transforme, on les modifie, on les segmente... Comme le note un récent rapport français ministériel²¹, l'extension de la numérisation à toutes les formes des oeuvres de l'esprit, tout au long de leur filière de production/diffusion conduit à traiter chaque oeuvre comme une "information". Du droit d'auteur et d'édition (celui pour lequel Beaumarchais s'était battu), on est d'abord passé à un droit de représentation, d'exploitation et de diffusion, pour aboutir à un droit de "mise à disposition" sans matérialisation aucune de la consommation, ni possibilité de contrôle d'accès des consommateurs.

A travers l'éclatement des produits et des supports, le problème économique soulevé dans l'application des droits de propriété est aussi la remise en cause de l'unicité et de la non substituabilité des oeuvres. Même si l'oeuvre ou l'idée originale reste en elle-même unique, le produit auquel elle donne lieu devient, du point de vue du

¹⁹ C'est d'ailleurs cette incertitude qui explique la difficulté qu'il y a à distinguer auteurs *stricto sensu* et collaborateurs artistiques (Becker (1982)) et qui, du point de vue juridique, justifie les liens étroits entre droits d'auteurs et droits voisins.

²⁰ qui va encore s'accroître avec les réseaux de télécommunications et les futures "autoroutes de l'information", quelle que soit la forme que celles-ci revêtiront.

²¹ Sirinelli (1994)

consommateur, parfaitement substituable à d'autres modes d'exploitations. Cette substituabilité est d'autant plus forte qu'on se situe de plus en plus dans une logique de l'offre où le consommateur n'intervient pas toujours directement, mais voit ses choix médiatisés par des programmeurs, des distributeurs, des exploitants. Le choix qui s'offre à lui est restreint aux seuls produits qu'on lui propose : soit directement (cas de la télévision), soit indirectement (cas du cinéma ou de la musique dans lesquels la réduction de l'offre tient à la concentration de la distribution, à l'importance du marketing et de la publicité et non à l'absence "objective" de certains produits). L'apparition, sur les réseaux câblés, de chaînes thématiques de programmes et de chaînes de services ne représente pas seulement un élargissement de l'offre, elle marque une nouvelle définition du marché caractérisé par une segmentation des consommateurs, l'ouverture à de nouveaux annonceurs publicitaires, un nouveau mode de fixation des rémunérations. Ce n'est plus seulement en termes d'oeuvres consommées isolément qu'il importe donc de penser mais en termes de flux de programmes dont les oeuvres représentent des composants de base. Dans de nombreux cas, c'est entre ces programmes et ces configurations matérielles que les consommateurs se prononcent et non plus sur le choix de telle ou telle oeuvre.

Par la revendication²² d'un droit des éditeurs, à travers la transformation et l'éclatement des oeuvres de création et de leur marché, c'est une évolution du droit de la création vers le droit de la diffusion : une évolution du droit des auteurs vers le droit des brevets qui est en train de s'opérer imperceptiblement. Selon Sirinelli (1992), une des caractéristiques des brevets est de comprendre des éléments dont la forme n'est déterminée que par la recherche d'un effet technique ou d'un résultat industriel (forme indissociable du fond). Une telle définition pourrait donc parfaitement s'appliquer pour des oeuvres de montage faisant appel, comme composants élémentaires, à des fragments d'oeuvres plus anciennes (un son, un dessin, une forme littéraire...) utilisés non plus sous la forme de "citation" ou référence, mais comme l'architecture de base de la nouvelle création.

²² Nous y reviendrons

Le droit d'auteur : une source de questionnements pour l'économiste

Pour l'économiste, la propriété intellectuelle offre une double réponse à deux grandes catégories de questions : celles concernant la garantie de protection de la création, celles touchant à l'établissement de mécanismes d'incitation.

La protection des droits de propriété intellectuelle est beaucoup plus aléatoire, fragile et coûteuse que celle des droits portant sur des biens matériels. Cette faiblesse tient en particulier à l'immatérialité et au caractère public des biens. Les coûts de production sont parfois considérables²³ alors que les coûts de reproduction sont très faibles²⁴ : cela rend le piratage, exploitation ou reproduction illégales, particulièrement facile et tentant. La piraterie recouvre plusieurs pans : l'abus de droit, la reproduction ou le recopiage (contrefaçon) illégaux, l'édition d'enregistrements pirates ou non autorisés. La Chambre de Commerce International a calculé, en 1990, que près de 6% du commerce mondial concerne des produits qui détournent les droits de propriété intellectuelle. Parmi ce marché, une grande part concerne l'audiovisuel : disques compacts (30% environ de l'ensemble de la piraterie dans le monde) mais aussi films vidéo. La part de marché des vidéo pirates sur le marché de détail est estimé à 40 % en Italie, environ 20% en GB et en Allemagne, 10% en France.

Certains éléments de la piraterie peuvent cependant apparaître positifs pour le consommateur. Au-delà de la simple possibilité d'utiliser "gratuitement" des oeuvres (ou des logiciels), la piraterie exerce une pression sur les éditeurs et les incite à des baisses de prix (pour rendre le piratage moins intéressant), et à une transformation des modes de fonctionnement du marché (cf. la vente et la location vidéo²⁵). Plus généralement, d'ailleurs, certains économistes²⁶ avancent même l'idée selon laquelle

²³ les budgets de certains films dépassent désormais relativement souvent la centaine de millions de Francs (en France) ou de dollars (aux USA)

²⁴ En l'occurrence, dans l'exemple précédent, à peine 10 000 F pour une copie 35 mm, et quelques francs pour une cassette vidéo

²⁵ Benghozi (1994)

²⁶ Dutton (1989)

ce sont les imperfections actuelles des systèmes de propriété intellectuelle qui les rendent proches d'un système idéal ; en effet, ces systèmes encouragent l'invention mais ne protègent "pas trop" les nouvelles technologies, ce qui permet à ceux qui le désirent de les améliorer.

En ce qui concerne l'incitation, l'importance de garantir des droits de propriété intellectuelle pour favoriser les processus de création a été mise en lumière par de nombreux économistes. En effet, les systèmes de protection constituent des mécanismes d'incitation sans lesquels le niveau d'invention et de création resterait bas. Ce facteur a même été évoqué pour expliquer la croissance industrielle que connaissent les pays occidentaux mais pas les pays d'extrême orient.

Pourtant, alors que les systèmes de protection de la propriété intellectuelle apparaissent en théorie indispensables pour rémunérer et garantir les efforts de créativité, ils ne sont pas optimaux d'un point de vue économique et ne peuvent pas l'être. En effet, dans la pratique, ils empêchent d'engager des discriminations par les prix, en fonction des coûts de production ou de la propension à payer de chaque catégorie de consommateur. Or, comme nous l'avons noté, un peu plus haut dans l'introduction, les nouveaux modes de production, de diffusion et de consommation conduisent au contraire à prendre davantage en compte les différents types d'usages et d'usagers. Dans un certain nombre de cas, cette situation pourrait conduire à un affaiblissement, sinon à un abandon, du recours à la protection de la propriété intellectuelle. C'est déjà le cas en matière de logiciels informatiques où l'on observe que la protection est abandonnée par les concepteurs eux-mêmes : ils adoptent une stratégie de diffusion rapide et gratuite, quittes à lancer un produit inachevé ou incomplet, pour établir rapidement une base d'utilisateurs, créer des irréversibilités et se garantir les partenariats indispensables. Les mécanismes d'externalité de réseau ont ainsi un puissant effet de multiplication du pouvoir de monopole conféré par l'exercice des droits de propriété intellectuelle, aussi bien pour sa durée que pour l'étendue de sa protection. La période de protection légale des droits de propriété intellectuelle, même courte, peut conférer un avantage substantiel sur le long terme. Quant à son étendue, même si le brevet ne protège qu'une technique particulière, les effets de compatibilité peuvent dissuader les usagers d'acheter un produit

incorporant une technique différente.²⁷ On se rapproche donc, dans ces cas, du fonctionnement d'un système de normes et de standards. Comme nous aurons l'occasion de le voir plus loin, dans d'autres secteurs, c'est une situation différente qui se fait jour : un affaiblissement du système de propriété intellectuelle au profit d'une contractualisation grandissante d'ordre privé.

La situation qui prévaut dans le secteur des brevets nous aide d'ailleurs à relativiser le poids et l'importance des système de droits d'auteurs. Ainsi, une majorité de spécialistes pensent que les brevets ne sont pas un moyen de protection et de coordination efficace. Les résultats empiriques de plusieurs économistes montrent qu'un monde sans brevet n'est pas nécessairement un monde sans innovation (on peut montrer, en particulier, sur le cas de la France ou du Japon par exemple, que le degré d'inventivité d'un pays n'est pas nécessairement lié au nombre de brevets déposés) ; le poids et l'importance des brevets ne sont, en effet, pas les mêmes dans les différentes branches industrielles²⁸. Les stratégies et les comportements des firmes en matière de brevets ne dépendent pas uniquement de leur créativité mais aussi très largement de comportements mimétiques. On en trouve une démonstration avec les logiciels informatiques qui ont fait l'objet, ces dernières années, de stratégies très contrastées en la matière, indépendamment des efforts d'innovation menés par ailleurs. Tantôt la protection assurée par les brevets apparaît illusoire et donne lieu à un petit nombre de dépôts. Tantôt l'on observe au contraire des comportements de fuite en avant conduisant à des taux élevés de brevets : même s'il doute de leur efficacité, chaque éditeur cherche à se couvrir contre la concurrence en prenant un brevet "au cas où".

Au-delà de la question de son efficacité relative, la protection de la propriété intellectuelle soulève aussi une contradiction intrinsèque puisqu'elle revient à poser, arbitrairement, des limites à la possibilité de commercer. En effet, contrairement aux droits de propriété des biens physiques, les droits de propriété intellectuelle garantissent d'abord le contrôle de la dissémination du travail ou de l'événement

²⁷ Foray (1993)

²⁸ Merges (1996)

original ; ils favorisent l'exclusivité plus que la "transférabilité". D'un point de vue économique, les droits de propriété intellectuelle sont des droits résiduels de biens déjà vendus ou qui pourraient être produits par d'autres. La mise en oeuvre et l'extension de tels droits va donc nécessairement à l'encontre des droits d'autres propriétaires. Le droit de la propriété intellectuelle met donc l'accent sur une opposition structurelle entre libéralisme et monopole et les pouvoirs publics sont constamment enfermés dans le dilemme consistant à arbitrer entre le souci de protéger et celui de diffuser²⁹. Le débat n'est d'ailleurs pas nouveau puisqu'on en trouvera la marque très tôt, en particulier dans le décret voté en France par la première assemblée législative, déclarant *"tout ce qu'un auteur livre au public devient propriété publique"*. Il faudra attendre 1793 pour voir ce décret corrigé par la Constituante et reconnaître le *"droit d'un auteur sur son oeuvre"*.

Le volet *TRIPS* des accords du *GATT* lui-même reconnaît, dans son article 8,1 cette contradiction économique intrinsèque des droits de propriété intellectuelle puisqu'il permet l'adoption de mesures en vue de limiter l'abus des droits de propriété intellectuelle de la part des titulaires de ces droits, ou de prévenir les pratiques qui restreignent le commerce de façon abusive et affectent les transferts internationaux de technologies. De même, l'article 40 prévoit que les états membres peuvent adopter des mesures à l'encontre des pratiques ou des conditions qui limitent la rémunération des licences liées aux droits de propriété intellectuelles et qui restreignent la compétition et les échanges. De plus en plus, le droit de la concurrence est ainsi sollicité, au niveau national comme au niveau international, pour contraindre un détenteur ou un collecteur d'informations à les communiquer à des tiers désireux d'en assurer une exploitation commerciale.

²⁹ Pour une présentation de l'économie standard des droits de propriété intellectuelle, voir Besen & Raskind (1991)

Affaire Magill

En Irlande, existent 6 chaînes de télévision, dont deux de RTE (Radio Telefis Eireann). Chaque chaîne publie un guide de télévision exclusivement consacré à ses propres programmes et ne cède les informations à la presse que l'avant-veille du programme, mais gratuitement.

Magill est une société d'édition qui a décidé de publier un programme de télévision hebdomadaire et généraliste comportant les programmes de toutes les chaînes, tel que nous en connaissons en France. Pour ce faire, la société avait donc besoin de connaître la programmation des chaînes suffisamment à l'avance. Afin de protéger son propre guide (diffusé à 125 000 exemplaires), RTE a refusé de donner ces informations à l'avance en revendiquant la protection du droit d'auteur sur les grilles de programme (en tant qu'oeuvre littéraire et compilation), conformément à la législation irlandaise. A la suite de ce refus, Magill a porté le conflit devant la commission européenne, puis le tribunal de première instance qui ont estimé qu'un tel refus constituait un abus de position dominante. Les chaînes irlandaises ont alors formé un recours devant la Cour de Justice.

En 1991, la Haute Cour a reconnu effectivement que les programmes faisaient partie des produits protégés mais que, du point de vue de l'intérêt des consommateurs, les chaînes abusaient de leur position dominante en refusant la parution d'un nouveau produit. Elles se servaient du droit d'auteur pour capter un marché dérivé.

L'affaire Magill montre que le droit de la concurrence est ainsi sollicité pour contenir cette exclusivité et pour contraindre un détenteur ou collecteur d'informations à les communiquer à des tiers désireux de les utiliser dans le cadre d'une exploitation commerciale. De ce point de vue, le cas rejoint une décision prise en France par la Cour d'Appel de Paris, selon laquelle le refus de la Direction Nationale de la Météorologie de fournir des informations météorologiques à une entreprise privée désireuse de les commercialiser constituait un abus de position dominante.

Les contradictions entre politique concurrentielle et protection de la propriété intellectuelle sont d'autant plus fortes que les deux régimes visent le même objectif : améliorer le bien-être collectif³⁰. On peut d'ailleurs avancer qu'à côté du droit d'auteur s'instaure progressivement, porté par différentes forces, un "droit du public", celui des consommateurs et des utilisateurs. On en trouve une trace, par exemple, dans les attitudes qui se manifestent à l'égard d'Internet revendicatrices d'un droit universel d'accès au réseau, aux informations et aux oeuvres que celui-ci véhicule. Certains arrêts de la Cour européenne de Justice (arrêt Magill ou stations

³⁰ D'ailleurs, on peut considérer qu'en récompensant l'innovation, les droits de propriété intellectuelle encouragent aussi la concurrence dans la création de nouveaux produits.

allemandes de télévision, voir ci-après) mettent aussi explicitement en avant ce souci de protéger le consommateur en lui garantissant la possibilité d'accéder aux oeuvres, quitte à limiter très consciemment, ce faisant, l'exercice du droit de propriété intellectuelle. A l'inverse, il nous faut toutefois souligner que la directive européenne sur l'interopérabilité des ordinateurs et des programmes s'est heurtée à l'existence structurelle du droit de propriété intellectuelle. Pour favoriser l'interopérabilité, élargir la concurrence et dynamiser l'industrie, la directive souhaitait contraindre les éditeurs à communiquer les informations nécessaires à la réalisation d'interfaces. Mais cela signifiait d'un autre côté brider les entreprises les plus innovantes techniquement et commercialement en les forçant à fournir à leur concurrents les bases pour élaborer des produits compatibles à des coûts moindres³¹.

Des questions pour le juriste

Le droit reconnaît d'emblée que le monopole qu'instituent les droits de propriété intellectuelle est doté d'un faisceau de prérogatives dont le titulaire peut être tenté de profiter de façon induue et, par là, commettre un "abus de droit". De telles limites représentent d'une certaine façon le versant juridique du problème économique mentionné plus haut.

Face aux évolutions que connaissent les technologies de production et de diffusion et qui affectent (menacent ?) l'exercice du droit d'auteur, les réflexions actuelles s'orientent vers deux types de solutions. Les premières reposent sur un modèle législatif (définition des droits, pratiques anticoncurrentielles, régime légal de licence obligatoire...) - on en trouve la trace dans les multiples directives communautaires adoptées récemment en la matière : en particulier les directives 91/250 sur les programmes d'ordinateurs, 92/100 sur le droit de location et de prêt, 93/83 sur la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble, 93/98 sur l'harmonisation de la durée de protection, la proposition de directive relative à la protection des bases de données... - et les secondes sur un modèle contractuel (pouvant s'appuyer sur la gestion collective comme pour la copie privée, sur

³¹ Zimmermann (1995)

l'acceptation de contraintes d'utilisation (*e.g.* le *seal breaking*, dans le domaine du logiciel), ou bien dans des accords négociés collectivement sur la base de contrats types. Les auteurs ou les fournisseurs d'œuvres de création peuvent chercher à remplacer (ou à compléter) le droit d'auteur par une protection contractuelle (*e.g.* les licences en matière de logiciel). Par contrat, ils peuvent obtenir une protection plus étendue : par exemple en supprimant certaines exceptions légales telles que la copie privée, ou bien en protégeant certains éléments non couverts au titre du droit d'auteur.

Un problème de gestion

La dérive du droit d'auteur et les questionnements qu'il suscite ne constituent pas une remise en cause des principes fondamentaux du droit d'auteur, qu'ils soient d'ordre économique ou juridique. Les problèmes qui apparaissent proviennent, nous l'avons vu et nous en reparlerons, des évolutions technologiques. Le droit d'auteur est, selon les cas, remis en cause ou remis à l'honneur car on ne sait plus gérer l'innovation dans les industries immatérielles, tout au moins sa rémunération et sa protection. En effet, la question du droit d'auteur est en premier lieu celle de la rémunération de l'innovation et de la plus-value intellectuelle. Quels outils mettre en place pour assurer une "juste" rémunération des collaborateurs ? Selon quelles règles définir la "juste" rémunération ? Et sur quelle base ? Quant à la question de la protection, d'aucuns prônent qu'à un problème d'origine technologique, la solution doit être technologique. Mais, nous l'avons dit, c'est la forme globale de la société de l'information qui est en train de se dessiner, dans son organisation, dans ses pratiques, dans les statuts de ses créateurs. C'est donc la gestion globale du droit d'auteur, et non pas simplement sa gestion technique, qu'il faut revoir.

Les décalages que l'on observe entre les principes de base sur lesquels s'appuie la protection de la propriété intellectuelle et les évolutions effectives de son exercice dans les processus de création et diffusion poussent à réfléchir à l'élaboration de nouvelles règles et principes directeurs. Ceux-ci peuvent résulter d'un travail juridique d'encadrement des nouvelles pratiques. Mais ils supposent parallèlement de s'interroger sur le repérage et la standardisation d'un certain nombre de modes de rémunération. La démarche proposée dans le rapport s'inscrit dans cette

perspective : repérer et identifier un certain nombre de flux économiques et s'en servir pour catégoriser les différents secteurs dans lesquels s'applique le droit d'auteur.

Pour ce faire, nous nous appuierons, après l'avoir établie au préalable, sur l'hypothèse selon laquelle la plupart des questions suscitées par les productions immatérielles et les nouveaux réseaux de communication en matière de propriété intellectuelle sont des questions chroniques, apparues depuis longtemps mais aiguës par les nouvelles technologies. Le secteur de l'audiovisuel nous offre en particulier un terrain d'étude particulièrement favorable dans la mesure où tous les problèmes soulevés y sont présents : l'actualité de la question du droit d'auteur y est brûlante au regard de la bataille qui l'oppose au *copyright*, toutes les composantes du système du droit d'auteur y sont remises en cause compte tenu de l'industrialisation de la production et de la multiplication des modes de diffusion. Il constituera donc le support d'analyse privilégié de cette étude.

Partie I.

Le droit d'auteur au concret : des pratiques variées

La justification théorique du droit d'auteur tend à se dédoubler. D'une doctrine juridique mettant en avant un droit de l'homme, elle est passée à un outil de régulation économique utilisée tantôt pour préserver des équilibres tantôt pour inciter à la création. Au concret, le droit d'auteur apparaît donc comme un objet malléable, parfois objet de négociations, parfois objet d'appropriation d'une catégorie d'acteurs, rarement conforme à ses principes fondateurs. Cependant, sa mise en oeuvre a le plus souvent reposé sur des adaptations à un contexte technologique sans cesse renouvelé. Mais cette adaptation s'est opérée relativement continûment. L'ère *Internet* marquera-t-elle une rupture ? Nous soutenons au contraire que les problèmes qui s'y posent sont des problèmes chroniques, apparus depuis longtemps, qui ne font que s'aiguiser. Comme nous le verrons en conclusion de cette étude, les modèles d'évolution ainsi mis en évidence permettent également de mieux comprendre les tendances à l'oeuvre dans les autres secteurs de la vie sociale (industrie, services,...)

1. TYPOLOGIE DES MODES DE DIFFUSION : HISTOIRE D'UNE DEMATERIALISATION

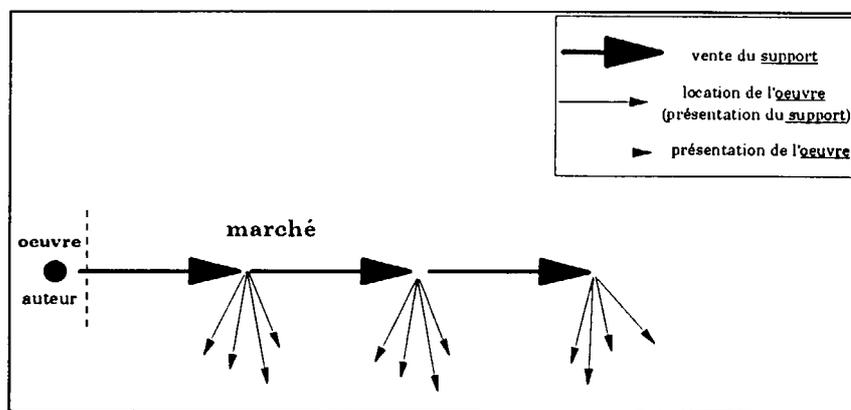
La révolution des réseaux d'information (que nous pourrions appeler révolution *Internet*) n'est que l'aboutissement d'un long mouvement de dématérialisation de l'oeuvre. Dans cette évolution, nous distinguons quatre époques qui se prolongent aujourd'hui par des modes de diffusion en vigueur. Chacune de ces époques voit une catégorie particulière d'acteurs avoir un rôle prépondérant, celui de source de diffusion, porte d'entrée au marché. Ce sera l'auteur dans le modèle du marché de l'art, l'éditeur dans le modèle de l'édition, l'émetteur dans le modèle de la télévision et, enfin, l'utilisateur (le public) dans le modèle *Internet*. Chacun de ces modes de diffusion correspond aussi au développement d'une technologie nouvelle, d'un

vecteur de diffusion nouveau : l'imprimerie, la télévision et l'ordinateur en réseau. Enfin, chacune de ces époques correspond à une étape supplémentaire dans la voie d'une diffusion parfaite. L'oeuvre, en voyant son mode de diffusion évoluer de la vente d'originaux à Toile (*web*), a vu son bassin "spatio-temporel" de diffusion s'élargir jusqu'à recouvrir tout l'espace-temps. Demain, la généralisation des réseaux d'information, l'oeuvre sera consultable en tout lieu, en tout instant.

Modèle 1 : L'oeuvre unique

Dans cet idéal type, celui de la peinture, l'acte de création aboutit à un produit fini : le tableau. L'auteur en est aussi l'éditeur dans la mesure où l'oeuvre et le support sont indissociables. L'oeuvre, qui est le fait d'un seul créateur, est ici matérielle et unique. Lorsque Rembrandt peint une nouvelle *Leçon d'anatomie* ou lorsque Monet décide de faire une nouvelle version de *la Gare Saint-Lazare*³², cela donne lieu à des oeuvres nouvelles. La reproduction n'est alors que re-production, nouvelle production.

Quant à la diffusion, elle se fait dans un cadre classique de propriété. Le détenteur de l'oeuvre-support peut "l'exploiter" en la faisant visiter (musées) ou la revendre. La source de diffusion est donc ici l'auteur puisqu'il livre lui-même son oeuvre au marché.



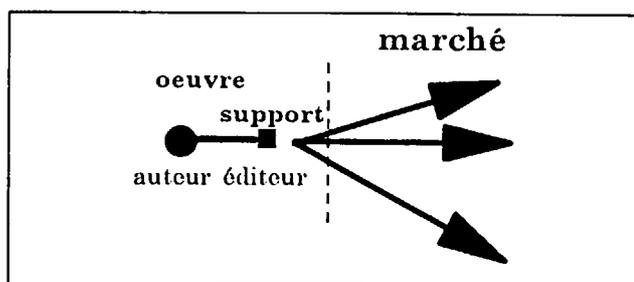
Modèle 1 : l'oeuvre unique

³² pour la *Cathédrale de Rouen* ou les *Nymphéas*, la démarche est plus volontariste : les versions successives s'inscrivent dans la volonté de faire des séries

Aujourd'hui, ce modèle de diffusion se retrouve essentiellement dans le marché traditionnel de la peinture - à l'exception de l'édition de reproductions ou de la vente de produits dérivés - et des arts plastiques. Néanmoins, nous verrons plus loin que le droit d'auteur intervient aussi dans ce modèle.

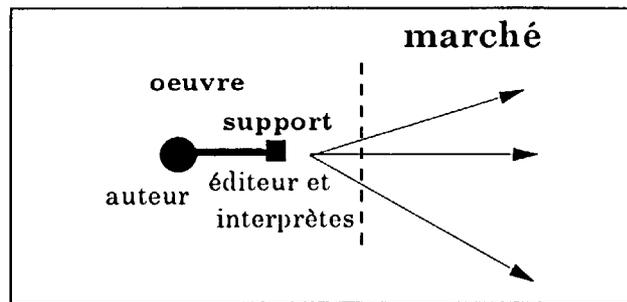
Modèle 2 : La commercialisation du support

L'invention de l'imprimerie a rendu possible la reproduction "spatiale" des oeuvres. D'unique, l'oeuvre devenait multiple grâce à l'intervention d'un entrepreneur, l'éditeur. Ce dernier, au prix d'un important investissement financier, participe à la phase de création en multipliant les supports de l'oeuvre. C'est un grand pas dans le sens du démantèlement de l'unité de l'oeuvre et de son support. Même s'il est maintenant envisageable - mais au prix d'un investissement coûteux - de reproduire l'oeuvre, le couple créateur auteur-éditeur reste la source de diffusion.



Modèle 2 : la commercialisation du support

En fait, si la reproduction spatiale est née avec l'imprimerie, l'unicité de l'oeuvre n'était plus la règle générale depuis longtemps. Il faut remonter au moins jusqu'à la Grèce Antique pour voir apparaître, avec le théâtre, la reproduction dans le temps. Dans ce mode de diffusion, l'oeuvre est supportée par un support non pas seulement physique mais surtout, et parfois uniquement, humain. Le théâtre a ouvert la voie de l'oeuvre jouée. Mais il a aussi ouvert la voie à l'oeuvre immatérielle. La distinction entre oeuvre et support est donc très antérieure à l'invention de l'imprimerie puisque le spectacle vivant donne l'opportunité à tout entrepreneur de jouer l'oeuvre de tout auteur. A nouveau, la reproduction temporelle requiert l'intervention d'un "éditeur", qui investit dans la mise sur le marché de l'oeuvre. En outre, une nouvelle catégorie d'intervenants apparaît, les interprètes qui fournissent aussi un important investissement sous forme de travail (et de personnalité).



Modèle 2 bis

Deux grandes ruptures distinguent ce deuxième modèle de diffusion du premier. La mise à disposition du public n'est plus le seul fait d'un auteur et il n'en est plus la source exclusive puisque tout éditeur peut, à partir du moment où l'œuvre a été délivrée et au prix d'un investissement notable, en délivrer une version par l'édition d'un support.

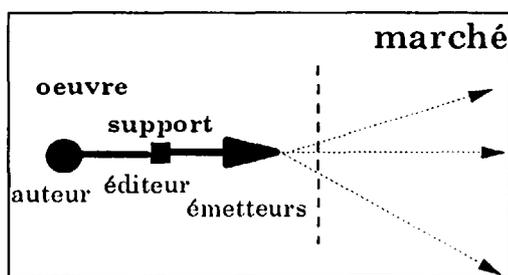
Notons enfin que les problèmes relatifs à la protection et à la rémunération de l'auteur lors de l'exploitation de sa création ont existé bien avant l'invention de l'imprimerie. Peut-être se sont-ils posés avec les premières commercialisations des œuvres de l'esprit ? Qui de Sophocle, des metteurs en scène de ses œuvres, de leurs producteurs ou de leurs acteurs étaient rémunérés ? Lequel de ces intervenants était d'ailleurs considéré comme l'auteur des pièces jouées ? Sophocle montait-il lui-même ses pièces ? ou, pour poser la question différemment, la mise en scène était-elle seulement support de diffusion ou partie intégrante de l'œuvre ?

Dès lors qu'apparaissent plusieurs intervenants dans la création d'une œuvre se pose la question fondamentale de ce qu'est l'œuvre et, par la suite, de qui en est l'auteur. La mise en scène est-elle partie intégrante de l'œuvre ou en est-elle seulement une édition ? et la reliure ? et la confection des costumes ? Tous ces problèmes sont donc très anciens mais l'évolution de l'œuvre dans la voie de la dématérialisation n'a fait que les amplifier.

Aujourd'hui, ces modèles de diffusion sont relativement courants et interviennent dans tous les secteurs de la création. Ils concernent l'édition de phonogrammes ou l'organisation de concerts en musique, l'édition en littérature, le théâtre en art dramatique, etc.

Modèle 3 : La télédiffusion de l'oeuvre

Télédiffusion signifie étymologiquement diffusion à distance. Ce modèle, récent, introduit un nouveau type d'intervenant dans la diffusion de l'oeuvre, l'émetteur. La reproduction n'est plus matérielle ; elle consiste à présenter l'oeuvre, dont le support peut donc être unique, à un public géographiquement et temporellement dispersé. Une autre caractéristique importante réside en ce que l'investissement relatif à la mise à disposition du public (la diffusion) n'est plus proportionnel à l'étendue du public visé. Contrairement à l'édition ou au spectacle vivant dans lesquels, en plus d'un coût d'investissement souvent très élevé, le spectateur ou le lecteur supplémentaires entraînent un coût supplémentaire, la télédiffusion d'une oeuvre n'est pas un service exclusif³³. Que cinq cent personnes ou cinq millions regardent un film à la télévision ne change pas le coût de diffusion. Ainsi, afin de marquer l'opposition avec le caractère exclusif et matériel du spectacle vivant (la place de théâtre), nous parlerons dans le cas de la télédiffusion de présentation de l'oeuvre et, dans le cas du spectacle, indifféremment de location de l'oeuvre ou de représentation du support.



Modèle 3 : la télédiffusion de l'oeuvre

Il en résulte une conséquence essentielle pour la question des droits d'auteur : le paiement ne se fait plus à l'oeuvre, mais au forfait. Les consommateurs et les oeuvres consommées ne sont plus identifiables simplement. Ceux-ci ne paient plus pour pouvoir regarder *Les enfants du paradis* ou *La prisonnière du désert* mais payent un abonnement à TF1 ou Canal Plus pour avoir accès à l'ensemble des oeuvres diffusées et même à l'ensemble des programmes diffusés, oeuvres et non-

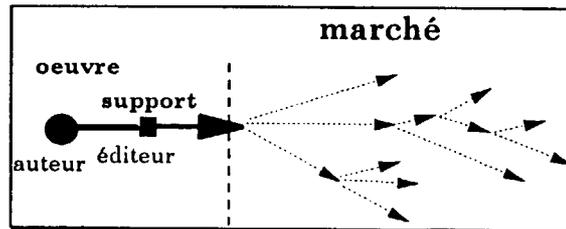
³³ exclusif étant pris au sens qu'il revêt dans l'expression "bien exclusif"

oeuvres. Cependant, l'identification peut être réalisée à condition que soit instauré un système d'observation. C'est tout l'objet des sociétés d'auteurs et des systèmes de contrôle et d'analyse (*e.g.* Médiamétrie) sur lesquels elles s'appuient. Enfin, dans ce dernier modèle, les émetteurs sont visibles, ce qui ne sera plus vrai avec l'avènement de l'oeuvre en réseau.

Modèle 4 : L'oeuvre en réseau

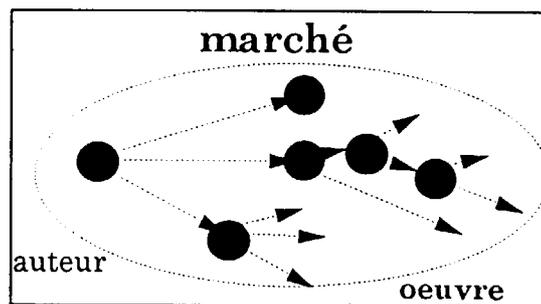
L'émetteur existe toujours mais le réseau apparaît. L'émetteur met les oeuvres de son catalogue à disposition des consommateurs qui peuvent les visionner en tout lieu et à tout moment. Le réseau annihile les limitations géographiques ou temporelles de l'oeuvre. Il n'y a plus de support matériel, il n'y a plus de support géographique, il n'y a plus de support temporel. On ne sait plus qui regarde quoi ni quand puisque toutes les transactions sont délocalisées : n'importe quel "internaute" peut se connecter à n'importe quel serveur. Contrairement à ce qui a pu être dit, il n'y a pas de problème technique de paiement d'un "ticket d'entrée". En plus d'une rémunération forfaitaire, sous forme d'abonnement au réseau, les émetteurs peuvent faire payer l'accès à leur serveur soit au coup par coup, soit par un forfait. Le problème réside en ce que toute représentation d'une oeuvre en est aussi une reproduction³⁴ : tout récepteur est aussi un émetteur potentiel. Il n'y a plus de passage obligé auquel on peut appliquer un contrôle : ni caisse du cinéma, ni éditeur unique, ni télédiffuseur visible. La diffusion de l'oeuvre est délocalisée, dématérialisée. Peut-être le "cybermonde" verra-t-il un jour l'émergence d'agences destinées à réguler le trafic et susceptibles de permettre un contrôle des oeuvres diffusées. En attendant, le problème du paiement des droits d'auteur se pose, nous le reverrons.

³⁴ en effet, l'accès à l'information se fait par "téléchargement", c'est à dire copie sur le disque dur de l'ordinateur récepteur.



Modèle 4 : l'oeuvre en réseau

Ajoutons enfin que ce modèle, en plus de délocaliser la diffusion de l'oeuvre, en délocalise aussi la création. Devenue numérique, l'oeuvre peut être traitée et modifiée par chaque utilisateur. Création, diffusion et consommation deviennent presque indissociables. Aujourd'hui, les oeuvres sont clairement définies dans une phase de conception qui échappe encore au monde virtuel. Le tournage d'un film ou l'enregistrement d'un disque restent des activités "industrialisées" et sociales. Il n'est pas exclu qu'elles puissent devenir purement virtuelles. En l'absence d'un processus social de reconnaissance, que deviendra la notion d'auteur ? L'auteur de demain, internaute infographiste, pourra passer des journées à créer une oeuvre sur son ordinateur. Il lui suffira ensuite, pour la divulguer, de la mettre en libre accès sur le réseau. La phase d'édition sera annihilée et nous serons revenus au temps des arts plastiques : un auteur face à son travail, qui est son propre éditeur. A la différence que l'oeuvre, entre-temps, sera passée d'unique à indéfiniment reproductible, de matérielle à virtuelle, de respectable à modifiable, d'oeuvre à information.



Modèle 4 bis

A ce stade, nous pouvons résumer les caractéristiques importantes de ces modèles dans le tableau suivant.

Modèle	Technologie	Investisseurs (source de diffusion)	Caractères de l'oeuvre (Disponibilité spatio-temporelle)
Oeuvre unique		<u>auteur</u>	matérielle et unique (disponibilité ponctuelle)
Edition	Imprimerie	auteur - <u>éditeur</u>	matérielle et multiple (disponibilité multi-ponctuelle)
Spectacle		auteur - <u>éditeur</u>	immatérielle et multiple (disponibilité multi-ponctuelle)
Télé-diffusion	Télévision	auteur - éditeur - <u>émetteur</u>	immatérielle et ubiquiste (disponibilité spatiale totale, temporelle multi-ponctuelle)
Réseau	Ordinateur en réseau	auteur - éditeur - <u>consommateur</u>	immatérielle, ubiquiste, atemporelle (dispo. spatio-temporelle totale)

Tableau 1 : les modèles de diffusion

A la lecture de ce tableau, nous pouvons noter que le nombre de participants à la phase de création (le nombre d'investisseurs) augmente avec l'extension du bassin spatio-temporel de diffusion. Mais nous pouvons surtout observer que les deux grosses catégories de problèmes posés correspondent chacune aux évolutions consignées dans les deux dernières colonnes : la multiplication des intervenants dans la phase de production et l'extension du bassin de diffusion. La multiplication du nombre d'intervenants pose la question de la rémunération du ou des créateurs. Qui doit-on protéger et comment doit-on les rémunérer ? L'extension du bassin de diffusion pose le problème de la protection. Quoi protéger et comment assurer cette protection ? Protection et rémunération, on retrouve de nouveau les deux fonctions du droit d'auteur.

Des modèles idéaux typiques mais des modes de diffusion innombrables

En conclusion de la présentation de ces différents modèles, il nous faut insister sur ce qu'ils constituent des idéaux types et ne sont finalement que des modèles

élémentaires à partir desquels toutes les "constructions" sont possibles. Considérons quelques exemples. Les discothèques diffusent en salle de la musique enregistrée. Le mode de diffusion semble être une solution intermédiaire entre le modèle 2 (l'édition) et le modèle 2 bis (le spectacle vivant). Il reste cependant celui de l'édition dans la mesure où la diffusion en discothèque ne fait pas l'objet d'un investissement spécifique, comme c'est le cas dans le spectacle vivant. Les salles de cinéma posent en revanche plus de problèmes si l'on cherche à les rattacher à l'un ou l'autre de ces deux modèles : l'investissement spécifique est partagé entre le support matériel (copies du film) et le support "géographique" (la "location" de la salle de cinéma), l'édition est donc à la fois spatiale et temporelle (on peut voir le film en plusieurs endroits et à plusieurs dates). Notons de plus qu'une fois délivrée, l'oeuvre peut-être diffusée suivant divers canaux, que cela conduise à une oeuvre nouvelle ou non. A titre d'illustration, nous pouvons imaginer l'exemple de la figure suivante.

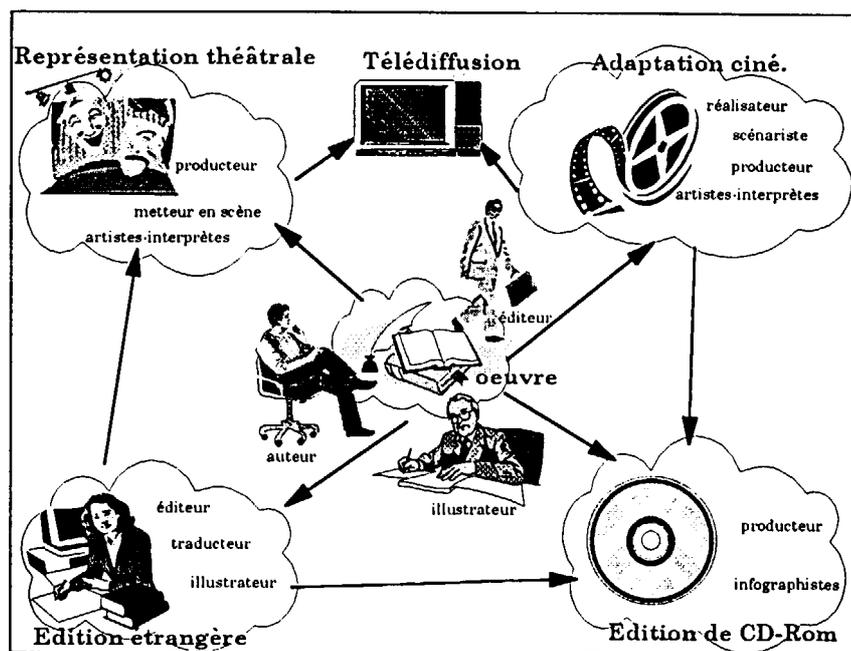


Figure 2 : Une oeuvre, ses réutilisations et leurs modes de diffusion

Enfin, mais nous le reverrons, les modes de rémunération en vigueur ne recourent pas exactement ces modes de diffusion.

2. LE DROIT D'AUTEUR DANS L'AUDIOVISUEL : DES CONFIGURATIONS VARIEES

Pour analyser la pratique du droit d'auteur en France, le cas de l'audiovisuel est particulièrement intéressant dans la mesure où il constitue un domaine d'une part assez varié aussi bien dans son fonctionnement que dans ses modes d'exploitation, qui, d'autre part, présente tous les problèmes entrevus. L'oeuvre audiovisuelle s'exploite en salles, à la télévision, à la télévision payante, en cassettes vidéo et sur Internet. On en extrait des passages pour les insérer dans des CD-ROM, on publie son scénario, on en édite des photos, ... De plus, elle est une création collective où interviennent des auteurs, des producteurs, des interprètes, des techniciens, parfois un directeur de collection. Nous pourrions ainsi constater, en analysant les pratiques dans le cinéma et dans la télévision, l'importance, en matière de propriété intellectuelle, de plusieurs facteurs : l'identification du public, le caractère obligatoire ou non d'une transaction avec les détenteurs de droits, ...

Le cinéma, un contexte très favorable...

L'exploitation des oeuvres audiovisuelles en salle a deux caractéristiques importantes au regard de la mise en oeuvre du droit d'auteur. Elle exige une transaction avec le détenteur des droits et elle se solde par le paiement d'un billet d'entrée. L'exploitant loue une copie au producteur (souvent, par l'intermédiaire d'un distributeur) et le spectateur paie un ticket pour voir le film. Ces deux caractéristiques offrent toutes les conditions pour que la mise en oeuvre du droit d'auteur soit la plus proche possible de l'esprit de la loi, selon laquelle "la cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation..."³⁵. Dès lors qu'il y a obligation de transaction avec le détenteur des droits, le contrôle des exploitations est réalisable ; dès lors qu'il y a acquittement d'un billet, le calcul des recettes l'est tout autant. Ajoutons qu'en France, du fait de la surveillance exercée par le CNC³⁶ (déclaration obligatoire des

³⁵ extrait de l'article L.122-8 du Code de la Propriété Intellectuelle

³⁶ le Centre National de la Cinématographie, organisme sous tutelle directe du Ministère de la Culture, exerce un rôle particulièrement important dans le cinéma français : il enregistre

recettes, salle par salle, film par film, séance par séance), les recettes des exploitants sont transparentes, ce qui facilite encore la mise en oeuvre du droit d'auteur.

Malgré cela, les pratiques adoptées s'écartent beaucoup de l'esprit de la loi. Concrètement, les recettes sont communiquées aux producteurs qui se chargent de répartir leurs droits aux auteurs, quand droits il y a. En effet, les contrats de ces derniers font apparaître des droits d'auteur mais intègrent le plus souvent un minimum garanti qui constitue une avance sur les droits à venir. De plus, les parts des recettes négociées au titre de droits d'auteur le sont souvent à des taux très faibles (cf. Tableau 3), de telle sorte que les sommes dues ne dépassent que rarement les avances faites. Autant dire que les auteurs touchent un forfait.

Tableau 2:
Modalités de rémunération des droits d'auteur
sur quelques films cinématographiques

Film	Devis ³⁷	Auteur	Droits salle (cinéma commercial France) % recettes salles durée: 30 ans à/c sortie salle sauf mention contr.	Autres exploitations hors TV dans les pays SACD/SDRM % RNPP ³⁸ (30 ans sauf mention contr.)	Minimum garanti et clauses diverses minimum garanti (MG) divers
Le hussard sur le toit (JP. Rappeneau, 1994)	176 MF	N. Companeez auteur, scénariste	0,10 %	0,10 %	MG: 0,3 MF
		J.C. Carrière auteur, adaptateur	0,15 %	0,3 %	MG: 0,5 MF
		J.P. Rappeneau auteur, dialoguiste, adaptateur, réalisateur	0,9 % + 0,9 % ³⁹	0,9 % + 0,9 %	MG: 1,8 MF + 1,35 MF Après amort. : 18 % RNPP + 0,9 MF

tous les contrats (Registre Public de la Cinématographie et de l'Audiovisuel), il accorde ou non l'agrément aux projets de films (et décide ainsi de leur avenir), il octroie une avance sur recettes à certains films, il contrôle les recettes...

³⁷ Sources : *CNC Info* n°252 (juin 94), n°255 (mars 95), n°261 (mai 96)

³⁸ recettes nettes part producteur

³⁹ le premier chiffre correspond au contrat de scénariste, le second au contrat de réalisateur

		Succ. J. Giono auteur oeuvre littéraire	0,1 % durée: 28 ans	0,25 % durée: 28 ans	MG: 1,6 MF Après amort. :0,4 MF+ 5 % RNPP et 6 % au-delà de 20 MF de profits nets
Mon homme (B. Blier, 1995)	65 MF	B. Blier auteur, réalisateur, adaptateur, scénariste, dialoguiste	0,072 %	0,36 %	MG: 4,5 MF
Chacun cherche son chat (C. Klapisch, 1995)	6 MF	C. Klapisch réalisateur, auteur, scénariste, dialoguiste	0,09 %	0,09 %	MG: 63 000 F
Regarde les hommes tomber (J. Audiard, 1993)	17 MF	J. Audiard auteur, scénariste, dialoguiste, adaptateur, réalisateur	0,75 % + 1,5 %	1,5 % + 3 %	MG : 30 000 F + 80 000 F Ap.amort. : 0,75 % + 2,25 % et 1,5 % + 3 % au-delà de 2MF de bénéfices
		A. Le Henry auteur, scénariste, dialoguiste, adaptateur	1,2 %	2,4 %	MG : 0,16 MF
		T. White (USA) auteur oeuvre littéraire	0,01 %	0,01 % (2 % après amortissement)	forfait : 83 000 \$
Un indien dans la ville (H. Palud, 1994)	35 MF	T. Lhermitte auteur, scénariste, dialoguiste	0,10 %	0,20 %	MG: 0,58 MF
		I. Aptekman auteur, scénariste, dialoguiste	0,15 %	0,45 %	MG : 0,175 F Après amort. : 1,5 % RNPP
		H. Palud auteur, scénariste, dialoguiste, adaptateur, réalisateur	0,135 % + 0,135 %	0,405 + 0,405 %	MG : 0, 52 MF Ap. amort.: 1,35 % RNPP pr le scénario ; 4,5 % RNPP, en deçà de 5 MF et 8,1 % au- delà pour la réal.
		P. Bruneau auteur, scénariste, dialoguiste	0,10 %	0,20 %	MG: 50 000F

(source : Registre Public de la Cinématographie et de l'Audiovisuel)

Ainsi, malgré les conditions a priori idéales, le droit d'auteur s'éloigne de l'esprit de la loi. Nous le voyons dans les deux exemples suivants.

Droits pour l'exploitation en salle de J.P. Rappeneau (contrat de réalisateur) pour <i>Le hussard sur le toit</i> :	
taux	0,9 %
nombre d'entrées (au 31/12/95) ⁴⁰	2 404 000
prix moyen du billet d'entrée (cf.note 40)	34,77 F
recette estimative (au 31/12/95)	85 MF
droits dus	0,75 MF
minimum garanti (avance octroyée)	1,35 MF

Dans ce cas, le nombre d'entrées nécessaire pour que J.P. Rappeneau commence à percevoir des droits supplémentaires est de 4,3 millions. Seuls trois films ont atteint ce résultat en 1995. Ainsi, pour un film très ambitieux avec un réalisateur prestigieux ayant obtenu un taux relativement favorable, les droits perçus se limitent au minimum garanti. Considérons maintenant l'exemple d'un film moins ambitieux mais qui fut un grand succès.

Droits pour l'exploitation en salle de Hervé Palud (contrat de réalisateur + contrat de scénariste) pour <i>Un indien dans la ville</i> :	
taux	0,27 %
nombre d'entrées (au 31/12/95) (cf.note 40)	5 589 000
prix moyen du billet d'entrée (cf.note 40)	34,77 F
recette estimative (au 31/12/95)	194 MF
droits dus	0,525 MF
minimum garanti (avance octroyée)	0,520 MF

Ainsi, même pour un succès aussi inattendu qu'important, le minimum garanti est tout juste atteint avec les recettes salles. L'auteur pourra en revanche toucher effectivement des droits sur les autres exploitations (vidéo, TV).

⁴⁰ Source : *CNC Info* n°261 (mai 1996)

Enfin, pour nous convaincre définitivement de cette substitution *de facto* du forfait à la rémunération proportionnelle, voyons les performances, sur les films du tableau, nécessaires⁴¹ au versement de droits complémentaires au minimum garanti.

<i>Film</i>	Ayant droit	Nombre d'entrées correspondant au minimum garanti octroyé
<i>Le hussard sur le toit</i>	Nina Companeez	8,6 millions
	Jean-Claude Carrière	9,6 millions
	Jean-Paul Rappeneau	4,3 millions
	Succession Jean Giono	4,6 millions
<i>Mon homme</i>	Bertrand Blier	180 millions
<i>Chacun cherche son chat</i>	Cédric Klapisch	2 millions
<i>Regarde les hommes tomber</i>	Jacques Audiard	115 000
	Alain Le Henry	385 000
	Teri White	0
<i>Un indien dans la ville</i>	Thierry Lhermitte	16,7 millions
	Igor Aptekman	3,4 millions
	Hervé Palud	5,5 millions
	Philippe Bruneau	1,4 millions

Tableau 3

Sur ces quelques exemples, nous constatons qu'en pratique, les reversements ultérieurs de droits aux auteurs se produisent rarement. Le plus souvent, auteurs et producteurs préfèrent ainsi, pour des raisons différentes (plus grande facilité de gestion ou choix personnel) avoir recours au forfait. Le droit d'auteur au cinéma consiste donc de plus en plus en un cadre contractuel où la définition des parts allouées est laissée à la négociation et dépend beaucoup de la notoriété des auteurs⁴². En cela, le système en oeuvre du point de vue du mode de rémunération devient très

⁴¹ en considérant un prix du billet d'entrée moyen de 34,77 F

⁴² "tel pourcentage pour tel nombre d'années sur tel mode d'exploitation !" constatait ainsi un agent artistique

proche de celui du *copyright*. En ce qui concerne les oeuvres audiovisuelles, produites pour la télévision, l'observation du Tableau 4 nous indique d'une part que la diversité des contrats est aussi grande que pour les films de cinéma et, d'autre part, que la pratique des minima garantis y est aussi courante.

Tableau 4 :
Modalités de rémunération des droits d'auteur sur quelques oeuvres audiovisuelles

Oeuvre (Date immatriculation RPCA)	Type	Auteur	TV hors pays SACD/SDRM, exploitations secondaires et dérivées % RNPP ⁴³ (auteur+agent) (durée de protection légale sauf mention contraire)	Autres exploitations % recettes salles (durée de protection légale sauf mention contraire)	Forfaits octroyés et clauses diverses salaire minimum garanti (auteur+agent) divers
Hélène et les garçons (1993)	série	J.F. Porry auteur, scénariste	5 %	cinéma ccial France : 1 % recettes salles	104 kF MG: 0
Julie Lescaut n°2- Entre chien et loup (1993)	série	C. Huppert réalisateur, auteur	0,9 % (15 ans)	-	144 kF MG : 72 kF pour 2 téléfilms
		A. Lecaye auteur, scénariste	0,9 % (30 ans)	-	30 kF
		D. Lancelot auteur, scénariste, dialoguiste, adaptateur	0,9 % (30 ans)	-	50 kF MG : 115 kF
Julie Lescaut N E017 (1995)	série	L. Vachaud auteur, scénariste, dialoguiste, adaptateur	0,9 % (30 ans)	-	65 kF MG: 65 kF
		A. Bonnot réalisateur, auteur	2 % (30 ans)	-	390 kF MG : 360 kF pour 2 téléfilms
Un siècle d'écrivains - Henri de Montherlant (1995)	docum.	P. Bureau auteur, scénariste	0,5 % avt amort. 1 % au-delà	toutes autres exploitations : 0,5 % avt amort. 1 % au-delà	25 kF MG : 5 kF

⁴³ recettes nettes part producteur

Le sang du renard (1995)	fiction	S. Meynard réalisateur, auteur, scénariste, dialoguiste, adaptateur	2 % + 2 % (30 ans)	-	110 kF + 165 kF MG : 110 kF et 165 kF
Terre indigo NE01 (1995)	série	G. Gerardin auteur, scénariste, dialoguiste	3 % 10 % (30 ans)	vidéo : 5 % RNPP (30 ans)	137,5 kF MG : 137,5 kF pour bible et 2 épisodes
		E.E. Schmitt auteur, scénariste, dialoguiste	3 % 10 % (30 ans)	vidéo : 5 % RNPP (30 ans)	137,5 kF MG : 137,5 kF pour bible et 2 épisodes
		J.L. Seigle auteur, scénariste, dialoguiste	3 % (30 ans)	vidéo : 5 % RNPP (30 ans)	50 kF MG : 50 kF pour 2 épisodes
		J. Rouzet dit A. Nevers auteur	3 % 10 %	vidéo : 5 % RNPP	- MG : 180 kF pour la série
		J. Sagols réalisateur	1 % (30 ans)	-	700 kF MG : 800 kF
		N. Kafsky dite S. Romano auteur	3 % 10 %	vidéo : 5 % RNPP	- MG : 180 kF pour la série
		N. Collet dite C. Beger auteur	3 % 10 %	vidéo : 5 % RNPP	- MG : 180 kF pour la série
		Che Guevara, enquête sur une légende (1996)	docum.	P. Kalfon auteur, auteur oeuvre litt., scénariste, dialoguiste, adaptateur	TV : 3 % avt amortissement + 2 % 8 % + 2 % ensuite expl. sec. et dér. : 3 % avt amortissement + 0,5 % 8 % + 2 % ensuite (30 ans)
M. Dugowson auteur, scénariste, dialoguiste, adaptateur	TV : 2,5 % expl. sec. et dér. : 0,5 % avt amort. puis 2,5 % (30 ans)			ciné ccial France : 0,5 % recettes salles (30 ans)	50 kF MG : 50 kF

Parents à mi-temps (1995)	fiction	A. Tasma réalisateur, auteur	0,5 % (32 ans)		- MG : 160 kF
		M.F. Colombani auteur, scénariste, dialoguiste, adaptateur	3 % (30 ans)	ciné ccial France : 0,25 % recettes salles (30 ans)	160 kF MG : 90 kF
		G. Chenaille auteur, scénariste, dialoguiste, adaptateur	3 % (30 ans)	ciné ccial France : 0,25 % recettes salles (30 ans)	- MG : 90 kF
Les gens des baraques (1993)	docum.	R. Bozzi réalisateur, auteur	1 % (30 ans)	ciné ccial France : 1% recettes salles (30 ans)	- MG : 17 kF

(Source : *Registre Public de la Cinématographie et de l'Audiovisuel*)

Quant au droit moral, s'il est toujours présent du fait de son inaliénabilité, il est néanmoins souvent tacitement négocié. Ainsi, la très écrasante majorité des réalisateurs de cinéma acceptent dès la signature du contrat de production que leur film soit coupé par des annonces publicitaires. Un refus de leur part signifierait une mise au ban de l'antenne et, compte tenu de l'importance prise par la télévision dans le financement des films, de grandes difficultés à pouvoir refaire un film.

Voyons maintenant comment les droits d'auteur sont mis en oeuvre pour l'édition de cassettes vidéo.

La vente de vidéogrammes : comme au cinéma ...

La diffusion "éditoriale" du film, la vente de vidéogrammes, offre une condition très favorable à une mise en oeuvre "normale" du droit d'auteur : l'identification du public. Le consommateur achète un titre particulier ; il est donc possible pour les commerçants d'établir des "relevés de vente". Au cinéma, du fait du contrôle du CNC, ces relevés sont calculés systématiquement au niveau de la billetterie. Chez les commerçants, ils peuvent être effectués au rythme de la gestion des stocks. La deuxième condition importante, l'obligation de transaction (c'est-à-dire finalement l'existence d'un original, d'une source), est partiellement remplie. Pour obtenir une reproduction de qualité, le producteur de vidéogrammes doit être en possession d'un

original et doit donc l'obtenir auprès du producteur du film. Le paiement d'un droit d'exploitation vidéo est donc nécessaire. Cependant, un producteur peut tout aussi bien se passer de source et obtenir une copie par ses propres moyens (enregistrement en salles, enregistrement TV, importation, ...) : c'est le phénomène de la piraterie. Si la qualité était souvent moindre quand la duplication était faite à partir d'une copie, ce n'est plus le cas avec la numérisation qui autorise des reproductions parfaites. Aussi, la condition d'obligation de transaction, de passage obligé par le producteur n'est plus que rarement vérifiée du fait de la dématérialisation : l'oeuvre diffusée, immatérielle, peut faire office de source de reproduction. C'est l'un des gros problèmes auquel est confronté le droit d'auteur que de pallier la banalisation de l'original. Pour nous rendre compte de l'importance du problème, nous pouvons observer l'importance des taux de piratage informatique dans certains pays :

Tableau 5 : Taux de piratage informatique en 1994

Pays	Taux de piratage de logiciels
Etats-Unis	35 %
Japon	67 %
Allemagne	50 %
France	57 %
Brésil	77 %
Corée du Sud	78 %
Grande-Bretagne	43 %
Russie	94 %
Chine	98 %
Italie	58 %

Source : The Economist, d'après Business Software Alliance

Nous reparlerons du phénomène de la piraterie.

En pratique, les contrats de production prévoient le versement de droits pour les auteurs sur les éditions vidéo : ce sont les "autres exploitations" (Tableau 3). L'auteur perçoit donc, comme pour l'exploitation salles, sa rémunération de la part du détenteur de droits - producteur ou société portefeuille de droits - à partir du

minimum garanti. Ce sont donc là les mêmes mécanismes de gestion que pour l'exploitation en salles.

Ainsi, nous avons donc fait apparaître que, pour les trois modes "traditionnels" d'exploitation du film cinématographique, les modalités d'application du droit d'auteur étaient très variables et dépendaient essentiellement des critères importants que sont l'identification du public et l'obligation de transaction avec le détenteur des droits, liée à l'existence d'un original. D'ores et déjà, nous voyons apparaître les problèmes d'application du droit d'auteur dans les nouveaux modes de diffusion : l'oeuvre est complètement immatérielle dans la mesure où la notion d'original n'a aucun sens ; le public est peu identifiable s'il n'y a pas acquittement d'un ticket à l'oeuvre.

La télévision, une mise en oeuvre difficile

Le problème de la gestion des droits d'auteurs est ici beaucoup plus complexe que pour l'exploitation en salles. Il n'y a pas obligation de transaction avec les créateurs : on peut très bien imaginer qu'une chaîne de télévision programme un film sans même connaître le détenteur réel des droits d'exploitation. Certains procès tiennent d'ailleurs à ce que plusieurs agents revendiquent la détention des droits. Si un contrôle fin était encore imaginable il y a une quinzaine d'années, avec un nombre de diffuseurs et un nombre d'heures de programmes réduits, il est aujourd'hui complètement irréaliste au vu des technologies de reproduction, du nombre de diffuseurs et de l'éclatement des frontières de diffusion. Par ailleurs, tout au moins en ce qui concerne la télévision traditionnelle, l'utilisateur n'acquiesce pas de billet d'entrée unitaire mais paye globalement pour un ensemble de programmes, soit directement par un forfait d'abonnement (redevance ou abonnement), soit indirectement par la publicité. Enfin, même si on développe aujourd'hui des systèmes statistiques performants, il reste difficile de déterminer l'audience des films⁴⁴. Or, dans son esprit, le droit d'auteur est censé garantir aux ayants droit, pour chaque mode d'exploitation, une rémunération proportionnelle aux bénéfices

⁴⁴ la télévision à péage (*pay per view*) supprime ces deux problèmes et se rapproche ainsi, en tant que mode d'exploitation, de l'exploitation en salle.

réalisés. Cela semble impossible dans ce cas. C'est pourquoi la loi prévoit la possibilité d'une rémunération forfaitaire.

"La cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle. Elle doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation.

Toutefois, la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants :

1° La base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ;

2° Les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut ; ..."

Extrait de l'article L. 131-4 du Code de la Propriété Intellectuelle

Le mode de rémunération des droits d'auteur pour l'exploitation par la télévision diffère donc énormément du cadre législatif originel. Les télédiffuseurs versent, chaque année, un pourcentage de leur chiffre d'affaires à la collégialité des sociétés d'auteurs, pour pouvoir utiliser librement l'ensemble de leurs répertoires. Il leur revient ensuite de se partager ces droits pour les reverser chacune à leurs ayants droit. Dans ce cadre, les ayants droit "renient" leur droit d'autoriser ou d'interdire puisqu'ils accordent une autorisation globale d'utilisation de leurs oeuvres. Les sociétés de gestion collective mettent alors un répertoire à la disposition des exploitants, chaînes de télévision. L'exploitation par télévision constitue donc un cadre dans lequel le droit d'auteur est en partie détourné de son esprit d'origine. Nous observons d'ailleurs que dans nombre d'autres cas, le niveau de "dépouillement" des droits consentis est plus important. Dans le cas extrême, la licence légale, l'ayant droit est dépossédé de son droit d'autoriser ou d'interdire et touche une rémunération par l'intermédiaire des sociétés de gestion collective. C'est la cas pour la copie privée : l'auteur ne peut plus s'opposer à la reproduction "privée" de son oeuvre, il se contente d'une rémunération perçue obligatoirement par une société de gestion collective (SORECOP et Copie France en l'occurrence, la première pour la copie privée sonore, la seconde pour la copie privée audiovisuelle). C'est aussi le cas pour la rémunération équitable des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes lors de la représentation de leurs oeuvres. Le développement des nouvelles technologies et la banalisation du copiage sont à l'origine de cette situation

qui voit les droits des ayants droit de plus en plus réduits⁴⁵. Ainsi, si la licence légale représente le dépouillement extrême des droits d'auteur, elle n'en constitue qu'une étape supplémentaire après la gestion collective volontaire et la gestion collective obligatoire. En effet, la gestion collective des droits d'auteur fonctionne le plus souvent avec le système des catalogues : les diffuseurs paient un forfait annuel pour pouvoir utiliser l'ensemble d'un catalogue ; les auteurs doivent donc faire apport de leurs droits d'autoriser et d'interdire et renier leur pouvoir de négociation au profit d'une négociation collective des taux. Le Tableau 8 présente les trois degrés des droits consentis, des droits tels qu'ils ont été instaurés jusqu'à la licence légale.

Tableau 6 :
Les droits de la propriété littéraire et artistique en France,
et leurs niveaux de dépouillement

Niveau des droits consentis : les 3 degrés	Mode de tarification	Gestion des droits : les 3 modes	Exemples de droit concerné (date de légifér.)	Modèles de diffusion associés
1. Droits d'exploitation	Négociation individuelle	1. <u>Individuelle</u> (pure)		
		Individuelle (sous forme collective)		
	Négociation collective	2. <u>Collective volontaire</u>		Télédiffusion
2. Gestion collective obligatoire	Négociation collective imposée	3. <u>Collective obligatoire</u>	Rémunération pour reprographie (3/1/95)	Reprographie
3. Licence légale (avec obligation de gestion collective)	Tarification par le législateur ou par une commission mixte, arbitrage possible du ministère		Rémunération équitable (3/7/85)	Représentation publique, radiodiffusion
			Copie Privée (3/7/85)	Reproduction privée

Source : Paris (1995)

En outre, ce tableau nous confirme que les problèmes de gestion des droits sont chroniques et ne sont pas nouveaux. La reprographie et la reproduction privée ont en effet quelque chose du modèle idéal typique d'Internet : l'utilisateur est aussi

⁴⁵ Du droit des auteurs au droit des sociétés d'auteurs (Thomas PARIS, mémoire DEA, CRG Ecole Polytechnique, 1995)

reproducteur, éditeur et peut facilement devenir diffuseur. C'est la facilité de copiage, peut-être plus que l'immatérialité, qui caractérise le modèle Internet. C'est cette caractéristique qui rend difficile le contrôle des droits. C'est d'ailleurs pour cette raison que d'aucuns considèrent que la solution à un problème d'ordre technique doit être technique. On développe ainsi des systèmes de marquage des oeuvres faisant état de leur origine et pouvant les "suivre" au cours de leurs utilisations, on met en place des systèmes de porte-monnaie électronique⁴⁶.

3. UN CHAMP D'APPLICATION QUI SE TRANSFORME

Les caractéristiques des nouvelles techniques en matière d'audiovisuel sont de deux ordres. Elles touchent d'une part à la production des oeuvres et à leur nature, elles élargissent et transforment d'autre part les conditions de diffusion. Comme on le verra plus loin, cela signifie que les nouvelles technologies affectent à la fois le droit des auteurs et les droits d'exploitation des oeuvres.

Des modes de production qui se complexifient

Dans l'audiovisuel, les technologies nouvelles se manifestent tout d'abord par la possibilité de manipuler les sons et les images, de les reproduire et les modifier sans limites, les publier et les diffuser dans des conditions de reproduction quasi parfaites, de façon éphémère, purement virtuelle ou de façon durable et matérielle par leur enregistrement : c'est ce que l'on observe dans les média électroniques, avec les nouveaux réseaux que l'on qualifie parfois d'«autoroutes de l'information», mais aussi dans les supports physiques (bande magnétique, CD-ROM...) dont les capacités, les qualités et les potentialités ont été considérablement amplifiées grâce à la numérisation des images, des sons et des données.

⁴⁶ techniquement, aussi bien le paiement à l'oeuvre que la gestion des droits sont possibles sur Internet (cf. *Libération Multimédia*, 2 mai 1997)

Ces facultés de manipulation font que, de plus en plus, les productions culturelles telles que films, émissions audiovisuelles ou musique sont des oeuvres de "collaboration", et non des oeuvres "composites" (simple juxtaposition de compositions différentes). C'était déjà le cas dans certains domaines où les modes de production étaient traditionnellement collectifs (e.g. le cinéma). Mais ce phénomène s'est trouvé renforcé et élargi à d'autres secteurs. En matière musicale ou audiovisuelle par exemple, la numérisation des sons et des images assure une qualité constante copie après copie, ce qui n'était pas le cas auparavant. On peut désormais tout modifier *ad libitum*, sans perte de qualité : démultiplier, réarranger, remonter, coloriser, extraire, grossir... Ce travail d'arrangement peut être réalisé par l'auteur initial, mais c'est le plus souvent le fait d'un autre compositeur ou réalisateur, voire d'un producteur devenu prestataire de service. Dans ces conditions, la définition de l'auteur (susceptible d'être rémunéré à ce titre) est directement engagée et l'intégrité même de la notion d'oeuvre est remise en question. Pensons aux images colorisées ou retravaillées sur une palette graphique à l'aide d'un logiciel *ad hoc* : l'auteur de l'oeuvre finale est-il seulement le créateur des images originales, l'opérateur qui les a ensuite modifiées, ou bien même l'informaticien concepteur du logiciel ayant permis (parfois de façon automatique) la transfiguration de la séquence de départ, voire encore le consommateur lui-même quand il utilise, par exemple, un CDI ou un logiciel de traitement d'images.

Les possibilités techniques de réutilisation d'oeuvres déjà existantes (et les problèmes de droits afférents) voient leur importance renforcée par les stratégies des producteurs. Ces derniers visent de plus en plus à minimiser leurs risques en privilégiant la réédition de succès ou de valeurs sûres. Ce comportement est d'autant plus aisé que du fait de l'âge des industries culturelles et de la production de masse, les droits tombent progressivement dans le domaine public (ce sera par exemple déjà bientôt le cas des premiers enregistrements de Sinatra). Les réutilisations, réimpressions se multiplient : tantôt directement, sous forme de *remix* ou de réédition de meilleure qualité, tantôt en subissant des transformations, intégrées dans des *best of*, colorisées ou "modernisées"... Ces réutilisations sont rendues concevables par les possibilités offertes par la technique. Elles donnent

indirectement une nouvelle valeur aux droits attachés à des oeuvres anciennes qui étaient jusque là souvent négligés ou ignorés⁴⁷.

La musique, le livre ou le cinéma ne sont pas les seuls concernés. Désormais, les musées font eux aussi face à ces problèmes. Avec le développement de CD-ROM portant sur leurs collections, le succès que ces supports rencontrent et les possibilités de réutilisation des images, la question du droit des oeuvres conservées dans les musées se trouve reposée⁴⁸. En effet, pour des oeuvres anciennes, la seule protection concernera le photographe qui aura pris la photographie du tableau, par exemple, mais pas le musée qui en assure la conservation ou la restauration⁴⁹.

Des possibilités de diffusion qui s'élargissent

L'autre caractéristique importante des technologies de l'audiovisuel concerne les possibilités de diffusion et de stockage massive (vidéo interactive, DAT, câble...) et les répercussions importantes qui en découlent sur la question des droits (définition et fixation de leur valeur). La généralisation de la multi-diffusion des mêmes programmes sur les chaînes câblées (diffusion répétée à des heures variables pendant une courte période) demande par exemple d'adapter les modes de rémunérations.

Plus généralement, les nouveaux moyens de diffusion s'accompagnent d'une transformation des modes de valorisation : apparition de nouveaux marchés (télévision par satellite par exemple), nouvelle segmentation des public (chaînes thématiques de télévision ou de radio), de nouveaux supports (CD-ROM ou CD-WORM), de nouvelles chronologies de diffusions (simultanées, répétées, offertes à la

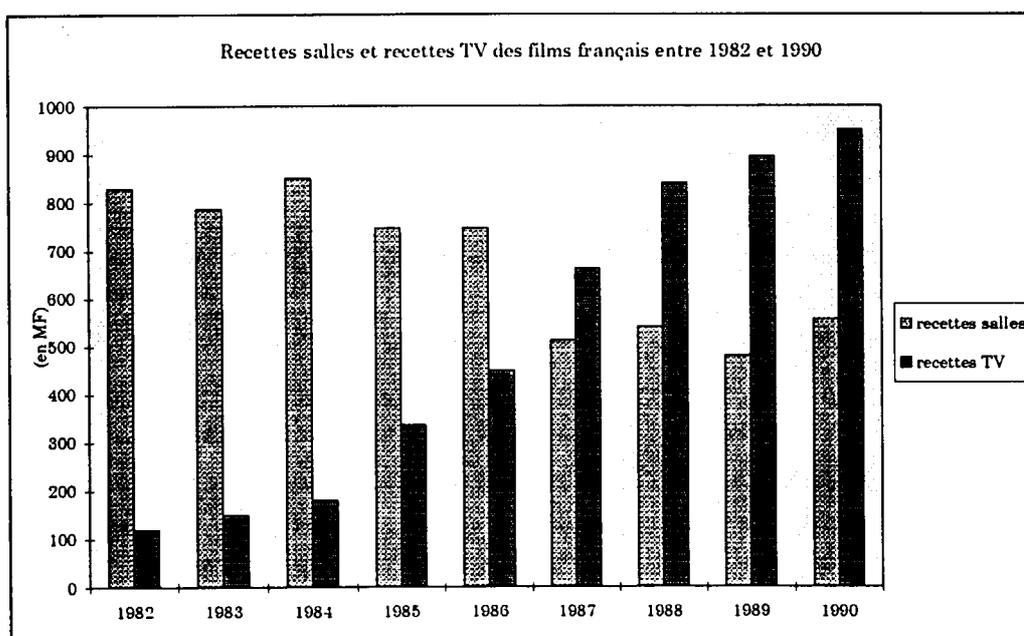
⁴⁷ En matière musicale, la prise de conscience de l'importance des fonds s'est traduite par une multiplication importante du nombre de disques ou de bandes déposées : le chiffre a doublé de 1970 à 1990, passant, en France, de 9 000 à plus de 17 000 (source : SNEP). Parallèlement, le nombre de nouveautés va en se réduisant. Dans le domaine de l'édition littéraire, on retrouve le même type de phénomène ; depuis 20 ans, la part des rééditions ou réimpressions croît beaucoup plus vite que celle des nouveautés jusqu'à atteindre aujourd'hui plus de 60% de l'ensemble des titres édités chaque année.)

⁴⁸ Les cinémathèques sont d'ailleurs confrontées exactement au même problème

⁴⁹ cf. Bayart et Benghozi (1993).

demande). Cet élargissement des modes traditionnels d'exploitation des oeuvres a permis, là encore, de revaloriser les droits de diffusion. Les films de cinéma ont par exemple vu leurs prix exploser en France pendant les années 80 car l'augmentation et la privatisation des chaînes de télévision ont entraîné une hausse très forte de la demande de programmes ; le nombre de films diffusés annuellement à la télévision a ainsi doublé entre 1980 et 1990, passant de 500 à près de 1000 (hors chaînes payantes) (cf. Tableau 9). De même, on a pu relever des montants énormes atteints pour l'acquisition de certains droits de livres ou de musique dans la perspective d'une explosion des programmes⁵⁰.

Tableau 7
Evolution des achats et pré-achats de films français par les chaînes de télévision



d'après Farchy (1992)

⁵⁰ A ce sujet, les rapports suivants fournissent des informations intéressantes : Gyory (1989), CSA (1992), Ecran Total (1995)

Les possibilités de duplication et de diffusion aboutissent également à des reproductions massives et incontrôlées par le biais de piratage pur et simple, ou par l'utilisation, de la part de certains acteurs économiques, des lacunes du droit vis-à-vis des nouveaux modes de diffusion. Les problèmes juridiques soulevés par les nouvelles technologies concernent donc à la fois la valeur des droits d'exploitation et les moyens à mettre en oeuvre pour leur protection et leur contrôle.

Des marchés et des filières qui s'intègrent

L'avènement de nouveaux supports de diffusion pose aussi problème dans la mesure où la majeure partie des gains réalisés provient parfois de supports *a priori* secondaires, et souvent traités comme tels dans les contrats. Les budgets de production d'un jeu vidéo atteignent ainsi désormais plusieurs millions de dollars, presque autant que celui d'un film. Cela n'est pas sans incidence quand on prévoit qu'un jeu s'inspirera d'un film, que certains éléments de la préparation (scénario, personnages, situations tournages) seront communs et qu'il faut donc opérer un découpage dans le plan de financement et la répartition des droits.

Ces frontières de plus en plus floues entre produits et segments de marché s'accompagnent d'une coexistence de groupes puissants et de petites sociétés⁵¹, et par une forte imbrication entre maîtrise du contenant et maîtrise du contenu, entre support technique et programmes.

On assiste à la renaissance et au développement d'anciennes banques d'images revalorisées et mises en valeur grâce à la numérisation, la possibilité de consultation *on line*, l'intégration dans des programmes télévisés ou vidéo... Les industries techniques tendent d'ailleurs à s'éloigner des seules activités de service pour privilégier la possession de droits sur le contenu (achat de scénarios, création et distribution de jeux interactifs, *bartering*, création de nouveaux canaux de diffusion...) De plus en plus, les prestataires de postproduction et d'effets spéciaux, voire les agences artistiques elles-mêmes (*William Morris*) cherchent à maîtriser les

⁵¹ ce qui appelle, ainsi qu'on le verra plus loin, une régulation permanente des pouvoirs publics : sous forme d'aides au registre très varié ou par l'institution de réglementations.

droits sur les contenus qu'ils coproduisaient jusque là : ils s'efforcent par exemple d'acquérir les droits d'un personnage afin de pouvoir les valoriser simultanément sur plusieurs supports (film, séries télévisées, livres, jeux, CDI, CD-ROM, publicité, nouveaux médias, produits dérivés...) ⁵²

C'est pour des raisons du même ordre, afin de garantir la vente de ses matériels hi-fi et vidéo, que Sony a décidé, il y a quelques années, d'investir de façon significative dans la production culturelle (rachat des studios Columbia⁵³ d'un côté, contrat d'exclusivité avec Michael Jackson de l'autre). En maîtrisant une partie des industries de programmes, Sony espère s'assurer un débouché pour les produits qu'elle commercialise. L'entreprise cherche ainsi à éviter de renouveler l'échec qu'elle avait connu avec son standard de magnétoscope Bétamax : en dépit d'une qualité technique inférieure, JVC avait en effet réussi à imposer le VHS grâce aux accords conclus avec les grands studios de cinéma américain. Ces accords avaient permis à JVC de proposer rapidement un catalogue incomparable de cassettes de films au format VHS.

De nouveaux acteurs économiques qui apparaissent

Le développement de nouvelles technologies s'accompagne de l'émergence de nouveaux opérateurs aussi bien localement, au sein du processus de production, que plus globalement, dans l'organisation de la filière.

Dans le processus de production

Dans les équipes de conception et de réalisation, les nouvelles possibilités en matière de montage et d'arrangement passent par la manipulation de nouvelles techniques. Elles nécessitent de savoir utiliser de nouveaux appareils, de mobiliser de nouvelles compétences : techniques, informatiques mais aussi artistiques. Elles se traduisent, de ce fait, par un redécoupage des tâches et par l'irruption d'intervenants nouveaux

⁵² Les droits des personnages sont d'ailleurs en train de prendre une importance considérable, aux dépens des droits d'auteurs qu'ils détrônent parfois. (Cf. Edelman (1989))

⁵³ C'est exactement la même logique qui a conduit Matsushita à racheter le grand studio hollywoodien MCA.

dans le processus de fabrication et de conception de l'oeuvre : informaticiens, *sound designers*, infographistes...

La place de ces nouveaux collaborateurs est d'autant plus difficile à situer que leur contribution peut être envisagée tantôt comme une prestation purement technique⁵⁴, tantôt comme un réel apport artistique relevant, à ce titre, du droit des auteurs ou des droits voisins. Dans la mesure où l'utilisation des nouvelles techniques n'est pas encore stabilisée, il n'existe pas d'organisation du travail strictement définie, unanimement acceptée et partagée, comme c'est le cas en matière de cinéma. En l'absence d'une division du travail institutionnalisée prévoyant les compétences et les responsabilités de chacun, chaque nouvelle production représente donc un arrangement particulier et doit donner lieu à négociation ou contractualisation pour déterminer précisément la nature et l'origine de l'apport artistique.

L'apparition de nouvelles catégories de collaborateurs et la redéfinition des tâches au sein des processus de production tend à se traduire par l'apparition ou la revendication de droits nouveaux, qualifiés de droits voisins. Les différentes parties prenantes à une production culturelle et artistique ont en effet tendance d'une part à souhaiter voir reconnaître le caractère spécifique et artistique de leur contribution (autrement que par leur nom sur un générique), d'autre part à revendiquer une part des recettes lorsque l'oeuvre à laquelle ils ont participé donne lieu ensuite à des rémunérations non envisagées au départ.

⁵⁴ ils proviennent d'ailleurs souvent d'un monde extérieur à celui de la culture ou de l'audiovisuel.

Producteurs de disques et musiciens de studios

Cette tendance a d'ailleurs conduit récemment les producteurs de disques à dénoncer tous les accords collectifs garantissant les droits des artistes interprètes, en renégociant désormais au cas par cas. Jusqu'alors, depuis un protocole de 1969, les séances d'enregistrement s'accompagnaient de la seule signature d'une "feuille de présence" valant contrat de travail. Le protocole spécifiait que le musicien n'était alors engagé que pour la production d'un disque ; s'il souhaitait réutiliser l'enregistrement pour un autre usage (film, clip, publicité...) le producteur devait donc demander une autorisation et payer les droits correspondants (à l'artiste ou à un organisme de gestion collective). En dénonçant ce protocole, les producteurs ont privilégié la négociation de contrats de gré à gré avec les musiciens stipulant que ces derniers cèdent au producteur l'ensemble des droits sur son interprétation moyennant une rémunération brute et forfaitaire. Le producteur reste alors libre, ensuite, de réutiliser l'enregistrement comme il l'entend⁵⁵.

Au niveau de la filière

Au niveau global de la filière également, on constate l'apparition d'acteurs économiques nouveaux, qui modifient les équilibres existants. Au poids des technologies dans les processus de production et de diffusion fait écho la place grandissante des industries techniques et de télécommunications dans les filières traditionnelles. L'importance renouvelée de l'exploitation des droits anciens s'est traduite par l'apparition de sociétés spécialisées dans la gestion de portefeuilles de droits, très présentes dans la production, la programmation et la régulation du marché. Tous ces nouveaux acteurs marquent un accroissement des interdépendances au sein des filières : multiplication des alliances, diversifications horizontales et verticales, interconnexion entre marchés autrefois disjoints...

Le cas Screensport montre bien comment les *insiders* développent des stratégies de protection (sous forme d'alliances, de barrières à l'entrée, d'accords monopolistiques) afin de se prémunir contre tout nouvel entrant. Le cas montre également, parallèlement, comment les autorités publiques s'efforcent de maintenir la contestabilité des marchés dans un contexte où l'efficacité de l'activité passe par une nécessaire concentration (voir ci-dessous).

⁵⁵Cf. Libération du 7/11/94

Screensport contre les membres de l'UER (19/02/91)⁵⁶

Screensport, une société de télévision anglaise spécialisée dans les émissions sportives a déposé plainte en 1987 contre l'Union Européenne de Radiodiffusion, organisme fondé en 1950 assurant entre les chaînes de télévision qui en sont membres des échanges d'émission (dont celles de sport) à travers le célèbre réseau Eurovision. La plainte portait sur le refus de l'UER de concéder des sous-licences pour des manifestations sportives dont elle avait acquis les droits exclusifs, ce qui avait pour effet d'écartier du marché des programmes sportifs des chaînes privées non membres de l'UER, telles que Screensport. La plainte portait également sur la création d'une chaîne satellite de télévision sportive sous la forme d'une entreprise commune à certains membres de l'UER et à la société de télévision privée (Sky TV).

La Commission a donné raison à Screensport en jugeant que les accords Eurosport avait effectivement pour résultat de restreindre le jeu de la concurrence : Sky et les organismes de l'UER collaboraient au lieu de se livrer concurrence⁵⁷. Un deuxième motif de refus était la restriction à l'égard des tiers cherchant à retransmettre des émissions de sport et qui ne bénéficiaient, dans le meilleur des cas, que d'un accès secondaire, en différé. Eurosport renforçait aussi la capacité collective de négociation du consortium UER sur le marché des droits et limitait encore, de ce fait, l'accès des tiers. Enfin, le lien entre Eurosport et l'UER incitait les câblo-opérateurs à l'inclure dans leur réseau au détriment d'autres chaînes câblées.

La Commission a donc estimé "d'importance vitale, dans le cas de nouvelles industries qui se développent et exigent des investissements considérables, d'accorder la priorité à la garantie d'une concurrence aussi ouverte que possible à tous les niveaux, pour que tout nouveau venu se trouve sur un pied d'égalité".

Comme interface dans la gestion des droits

La complexité de la gestion des droits dans des contextes où les ayants droit comme les exploitants sont très nombreux suscite par ailleurs l'émergence de dispositifs et d'acteurs économiques à même d'assurer un nombre important de transactions, de manière fiable et fluide. C'est la raison essentielle pour laquelle se sont créées les sociétés de gestion collective et les sociétés (privées) de gestion de portefeuilles de droits.

Les sociétés privées de gestion de portefeuilles gèrent les droits d'exploitation de films qu'elles ont pré-achetés ou rachetés à leurs producteurs : c'est le cas de Canal + D.A., ou des archives Gaumont ou Pathé par exemple. Les sociétés de gestion collective assurent, parallèlement, la collecte des sommes versées par les diffuseurs

⁵⁶ D'après Mourareau (1994).

⁵⁷ la commission suit en cela une position traditionnellement hostile aux filiales communes entre concurrents actuels ou potentiels, on la retrouvera dans le cas UIP, cf. *infra*.

et exploitants au titre des droits d'auteurs ou droits voisins, pour les compte des artistes et ayants droits qu'elles représentent. Certaines sociétés collectives signent ainsi des accords avec les diffuseurs, les autorisant à puiser, pour les besoins de leur programmation, parmi toutes les oeuvres inscrites à leur répertoire sans devoir rechercher l'autorisation auprès des auteurs ou ayants droit. De son côté, le diffuseur s'engage sur un prix global et forfaitaire, en général indexé à ses recettes et indépendant de la nature des oeuvres utilisées.

Les sociétés de gestion collective

A la veille de la Révolution, les auteurs de théâtre sont isolés face au diffuseur unique qu'ils ont en face d'eux, la Comédie-Française, en situation de monopole. Pour rétablir les rapports de force, Beaumarchais décide d'unir les auteurs de théâtre et, le 3 juillet 1777, en invite vingt-deux d'entre eux à venir dîner chez lui. De cette réunion naît le Bureau de la Législation Dramatique, qui préfigure la première société d'auteurs au monde, la SACD. A l'origine, cette société d'auteur a deux fonctions. En premier lieu, elle joue le rôle d'un syndicat, union d'une profession face à un interlocuteur unique et puissant, ayant pour but de rétablir les rapports de force. En second lieu, elle constitue un groupe de pression et exerce une activité de *lobbying* pour faire reconnaître des droits auprès du législateur. Depuis cette époque et la première reconnaissance législative des droits d'auteur en 1791, au gré des évolutions technologiques, d'autres catégories d'auteurs se sont fédérées en créant de nouvelles sociétés d'auteurs (la SACEM en 1851), d'autres catégories d'auteurs sont apparues (cinéastes, infographistes aujourd'hui), d'autres modes de diffusion se sont développés.

Longtemps, les frontières entre sociétés d'auteurs, la division du travail, étaient nettes et déterminées par l'unique critère que constituait le domaine de création : la SACD gérait le théâtre, la SACEM la musique, la SPADEM la peinture... Rapidement sont apparus trois autres critères de différenciation entre sociétés : les types de droits, les modes de diffusion, les catégories de créateurs. La différenciation, la division du travail selon les types de droit a conduit par exemple à l'apparition de la SDRM pour gérer les droits de reproduction alors que la SACEM a conservé la gestion des droits de représentation. Le second critère est à l'origine de l'apparition de l'ANGOA notamment, qui est née pour gérer les droits générés par la diffusion

par câble. Enfin, des sociétés ont pris en charge la gestion des droits voisins que la loi de 1985 avait reconnus aux auxiliaires de la création : l'ADAMI ou la SPEDIDAM pour les artistes-interprètes, la SSCP ou la SPPF pour les producteurs de phonogrammes.

Finalement, le nombre de sociétés de gestion collective a explosé, partant de un à la fin du dix-huitième siècle pour arriver à plus de vingt aujourd'hui, et la gestion s'est parcellisée selon une division du travail fondée sur quatre critères. La gestion collective, apparue comme médiateur de complexité, prend paradoxalement aujourd'hui des formes assez complexes. A titre d'exemple, dans le secteur musical, la chaîne de rémunération est constituée d'une dizaine de sociétés qui perçoivent les unes pour le compte des autres, se reversent une partie de leurs perceptions, etc (cf. Figure 4).

Figure 3

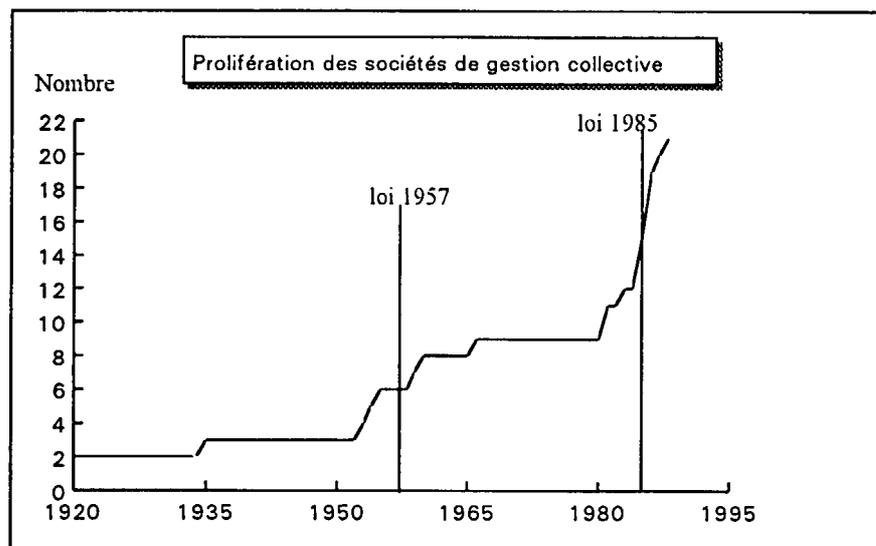
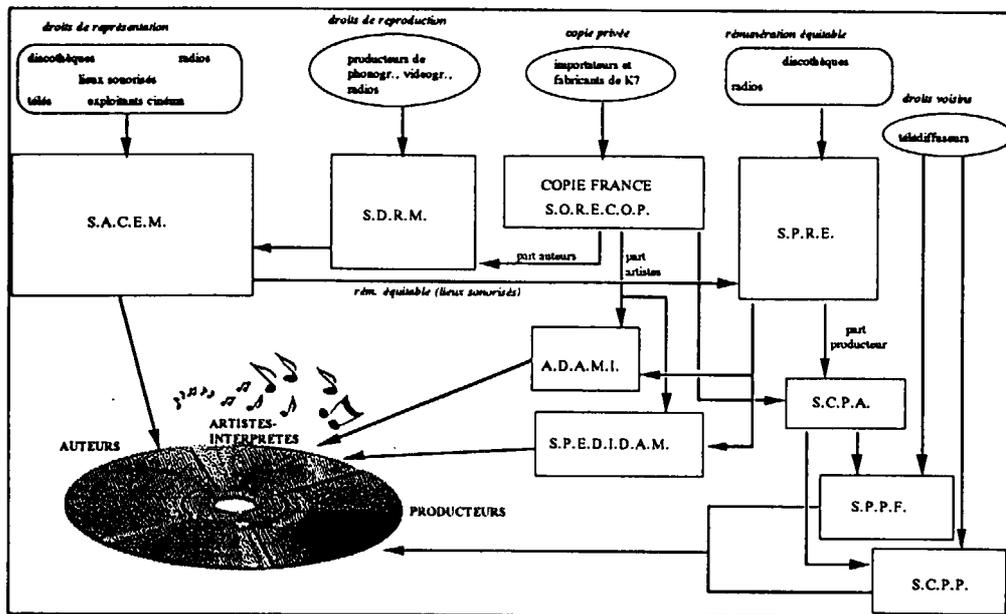


Figure 4 : La chaîne de rémunération des ayants droit dans le secteur musical



Source : Paris (1995)

Pour expliquer ce phénomène de prolifération et de complexité croissante, nous avons mis en évidence⁵⁸ l'existence de trois forces dans le monde de la gestion collective. La première est une force de scission selon laquelle les ayants droit s'éloignent les uns des autres et ont tendance à mettre en place des sociétés distinctes. Leurs intérêts ne sont pas les mêmes et les différentes catégories revendiquent à un moment ou à un autre leur propre société. Ainsi, il existe en Allemagne une société qui gère les droits des producteurs de films érotiques ou en France, une société qui ne gère que la succession Picasso.

En opposition à cette force de scission, on observe une force de rapprochement. Elle est due en premier lieu au poids croissant des diffuseurs qui oblige les différentes catégories à se regrouper pour rétablir des rapports de force favorables dans les négociations et faire valoir leurs intérêts lorsqu'ils sont communs. L'existence de cette force tient à des raisons d'économies d'échelle. Pour abaisser les frais de gestion, les auteurs ont intérêt à ce qu'une société prenne en charge la gestion des droits du plus grand nombre. Les deux forces opposées, centripète et centrifuge,

⁵⁸ Paris (1995)

tendent à déchirer la gestion collective en deux activités, l'activité de perception d'un côté et l'activité de répartition de l'autre. Ainsi, on observe l'émergence de deux types de sociétés : des sociétés d'ayants droit tournées vers la répartition et des sociétés de perception et de contrôle, qui agissent pour le compte des sociétés d'ayants droit et constituent l'interlocuteur des diffuseurs. En somme, les ayants droit ont des sociétés distinctes pour affirmer leurs divergences d'intérêt mais ces sociétés se regroupent en des sociétés de perception lorsque les intérêts sont communs.

En plus de ces deux forces, existe une force de gravitation exercée par la SACEM. Société largement la plus importante en termes de volumes gérés (3 milliards de francs de perception en 1994 contre 600 millions pour la SACD, la deuxième plus importante), elle fournit un modèle efficace que les autres sociétés imitent. De plus, pour les mêmes raisons d'économies d'échelle, certaines sociétés font percevoir partie de leurs droits par elle. En particulier, la SACEM effectue les perceptions pour la SPRE auprès des diffuseurs de spectacle vivant. Ainsi, le mouvement de déchirement est quelque peu freiné et la conjonction de ces forces rend le système particulièrement complexe.

4. LES DIFFERENTS MODELES D'APPLICATION DES DROITS D'AUTEUR

L'établissement pratique du droit d'auteur dépend essentiellement de deux facteurs : le facteur technologique et le facteur historique. Nous avons étudié le facteur technologique au début de ce chapitre en décrivant l'évolution des modes de diffusion et en faisant émerger deux critères importants : le contact obligé ou non avec le créateur (obligation de transaction) et l'identification du public (possibilité technique du ticket d'entrée). Le critère historique tient à ce que les pratiques sont très largement héritées du passé : certains modes d'application trouvent leur origine à une époque parfois très antérieure. Or, traditionnellement, les types d'oeuvres étaient liées à des modes de diffusion et exigeaient donc une mise en oeuvre particulière des droits d'auteurs. Pour tenir compte de ce critère, nous présentons maintenant le tableau suivant, qui fait état des particularités traditionnelles (c'est-à-

dire en vigueur avant l'avènement des nouvelles technologies) qui, en fonction de critères liés aux modes de production et aux modes de diffusion, distinguent les différents secteurs les uns des autres.

Tableau 8 :
Caractéristiques traditionnelles des secteurs de la création culturelle

	Coûts de product°	Relations auteur-producteur	Relation producteur-diffuseur	Modèle traditionnel de diffusion
arts graphiques	faibles (10 ² F)*	l'auteur est producteur	vente classique	oeuvre unique
création littéraire	moyens	contrat ponctuel (cession) sur prototype	cession sur prototype	commercialisation du support
spectacle vivant	élevés (10 ⁵ F)*	collaboration (contrat de travail)	le producteur est diffuseur	commercialisation du support (<i>bis</i>)
création cinémat.	très élevés (10 ⁶ F)*	collaboration (contrat de travail)	cession sur projet ou prototype	commercialisation du support
création audiovisuelle	élevés (10 ⁵ F)*	collaboration (contrat de travail)	le producteur est diffuseur	télédiffusion
création musicale	élevés (10 ⁵ F)*	cession sur prototype	cession sur produit fini	commercialisation du support

*ordres de grandeur

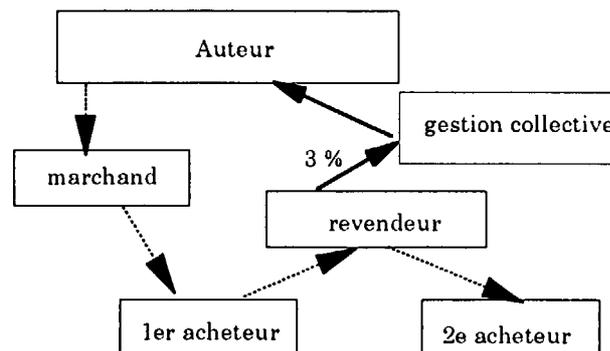
Voici maintenant la typologie des quelques modèles d'application qui nous semblent typiques. Ils tirent leur origine à la fois du facteur historique et du facteur technologique et ils se distinguent les uns des autres essentiellement par le mode de gestion du droit d'auteur (gestion individuelle, individuelle sous forme collective, collective libre ou imposée).

Modèle 1 (marché de l'art)

Le mode de diffusion relatif à l'oeuvre unique ne pose pas de problèmes de gestion de droits, puisqu'il est viable dans un cadre classique de droit de propriété et de transactions *spot*. Tout au moins pour la première vente, entre l'artiste et son client. En effet, dans certains pays, la loi prévoit que les reventes suivantes s'accompagnent du paiement à l'auteur d'un pourcentage du prix de la revente : c'est le droit de suite. Il n'est la contrepartie d'aucune autorisation : l'auteur n'a pas à donner son autorisation de revente. Le revendeur n'a donc pas à effectuer de démarche auprès de l'auteur. La recherche des ayants droit constitue un coût supplémentaire pour

ceux-ci, le contrôle des reventes en est un pour ceux-là : la gestion collective s'impose naturellement.

Notons qu'en France, ce droit de suite n'est perçu que lors des ventes aux enchères⁵⁹. De plus, chose unique, son taux est fixé dans la loi (à 3 % du prix de revente). Nous représentons ce modèle idéalisé, en particulier sans tenir compte du cas des ventes privées (ventes en galeries).



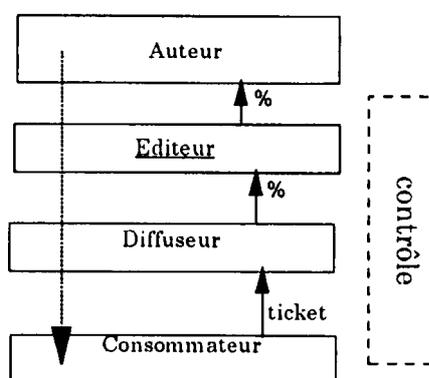
Dans ce modèle, les caractéristiques sont donc les suivantes : un droit d'auteur uniquement pécuniaire, une rémunération proportionnelle au prix de vente, un taux fixé par la loi et une gestion collective "économique" (c'est-à-dire libre mais économiquement rationnelle).

Modèle 2 (édition littéraire, cinéma)

En contrepartie du risque pris (important apport financier), l'éditeur est détenteur des droits d'exploitation. Il constitue de plus un passage obligé pour le diffuseur dans la mesure où il existe une transaction matérielle (prêt d'une copie du film, livraison des livres édités, etc.). Enfin, le paiement de l'oeuvre par le consommateur s'effectue par le système du ticket, système qui identifie le paiement à une oeuvre particulière.

⁵⁹ la loi prévoit pourtant que le droit de suite doit être perçu à l'occasion de chaque revente, indifféremment dans les ventes publiques et dans les galeries. Cependant, le décret d'application autorisant les sociétés de gestion collective à la percevoir auprès des galeries n'est jamais paru. La SPADEM a d'ailleurs entamé des procédures auprès du Conseil d'Etat à ce sujet.

L'éditeur est la source de diffusion, le système de paiement est le ticket : les conditions sont donc ici favorables à une gestion "individuelle" (en opposition à la gestion collective) des droits. Mais il s'agit en fait d'une gestion collective internalisée puisqu'elle est effectuée par l'éditeur. Le distributeur reverse un pourcentage de ses ventes à l'éditeur qui reverse lui-même un pourcentage à l'auteur. Le mode de contrôle peut-être ou non externalisé : soit l'auteur a un droit de regard sur les comptes et les stocks de l'entreprise (cas de l'édition) soit un organisme extérieur (le CNC au cinéma) se voit confier la mission de contrôle.

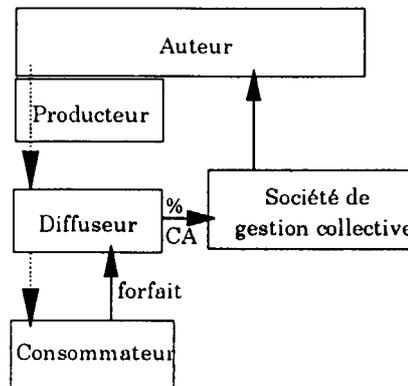


Le droit d'auteur n'est plus uniquement pécuniaire mais c'est le collaborateur financier (éditeur ou producteur) qui est titulaire des droits d'exploitation, dans certaines limites tracées par le contrat d'édition ou de production. La rémunération de l'auteur est - idéalement - proportionnelle au résultat net (hors TVA, TSA) réalisé par la commercialisation de l'oeuvre (pourcentage du prix de vente de chaque exemplaire vendu dans l'édition, pourcentage du prix du ticket). Le taux, en témoigne le Tableau 3 pour le cinéma, est laissé à la négociation. Enfin, la gestion est individuelle (mais effectuée par le producteur).

Modèle 3 (télédiffusion)

Dans ce modèle, le consommateur n'acquies plus un ticket pour une oeuvre mais il paye un forfait au diffuseur pour pouvoir recevoir l'ensemble des oeuvres émises. Ce dernier, au lieu de négocier les modalités de chaque diffusion avec les ayants droit, est redevable d'un pourcentage de son chiffre d'affaire à une société de gestion

collective qui répartit ensuite aux auteurs, en fonction de la durée (cas de la TV) ou du nombre de diffusions (cas de la radio). Contrairement à l'exploitation cinématographique, la gestion des droits est ici externalisée⁶⁰.



Si la perception ne pose pas de problème de respect de l'esprit de la loi (versement d'un pourcentage de leur chiffre d'affaires par les organismes de diffusion aux sociétés d'auteurs), la répartition est en revanche plus compliquée. Les diffuseurs mettent donc en place un certain nombre de barèmes plus ingénieux les uns que les autres pour répartir les droits le plus "justement" possible, c'est à dire le plus possible en proportion de la "consommation". Nous le reverrons bientôt.

Remarquons enfin que le spectacle vivant (théâtre notamment) est à rattacher à ce modèle : les auteurs dramatiques adhèrent à la SACD, qui perçoit leurs droits auprès des producteurs de théâtre.

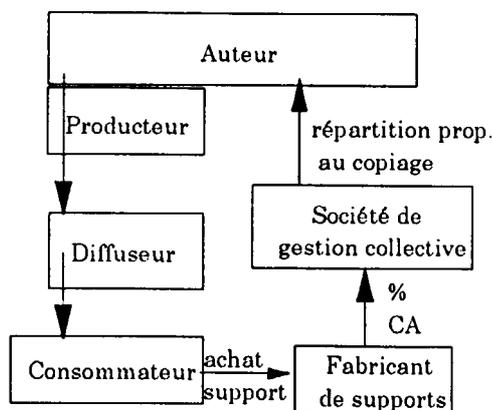
Dans ce modèle de rémunération des droits d'auteur, l'adhésion à la gestion collective reste affaire de choix, mais les sociétés de gestion collective ont des accords avec les diffuseurs pour percevoir tous les droits ! Il arrive donc qu'elles doivent rémunérer des ayants droit non adhérents. La gestion collective n'est pas obligatoire

⁶⁰ pour l'expliquer, nous pouvons invoquer le fait qu'une maison de production de cinéma est relativement stable à l'échelle de la durée de l'exploitation cinématographique mais que sa longévité est courte relativement à la vie télévisuelle d'un film. Or utilisateurs et auteurs préfèrent avoir un interlocuteur stable. Les sociétés portefeuilles de droits, dont le rôle s'accroît considérablement, assurent aussi la gestion des droits d'auteurs des oeuvres dont elles détiennent les droits.

mais, du fait du coût exorbitant que devrait supporter un auteur seul pour assurer tous les contrôles, elle s'impose comme modèle dominant en termes de coûts de transaction. La rémunération des auteurs n'est plus exactement proportionnelle au produit d'exploitation et les taux de rémunération sont négociés collectivement entre la société d'auteurs et le diffuseur pour la perception et au sein de la société d'auteurs pour la répartition.

Modèle 4 (copie privée)

Ce modèle ressemble au modèle précédent dans sa représentation, à la différence qu'il n'y a plus à proprement parler de diffuseur. Le consommateur et le diffuseur se confondent dans la mesure où celui-ci peut "se repasser" autant de fois qu'il le souhaite l'oeuvre enregistrée. La perception étant impossible auprès des consommateurs, elle est effectuée auprès des fabricants de vidéocassettes. La répartition, en revanche, est effectuée proportionnellement au copiage, grâce à l'outil de sondage de Médiamétrie.



On voit surgir, avec ce modèle, les problèmes liés à la dématérialisation de l'oeuvre : une rupture apparaît entre le cheminement de l'oeuvre et celui de la rémunération des auteurs ; le lien entre le diffuseur (ici, le consommateur) et l'auteur est coupé. Le cycle n'est bouclé qu'au prix de l'introduction dans la chaîne des fabricants de cassettes vierges. La perception des droits est effectuée sur le prix de vente des

supports d'enregistrement. Dans d'autres pays, elle peut s'effectuer sur la vente des appareils d'enregistrement.

Ce modèle marque une étape importante dans le dépouillement des droits d'auteurs : ceux-ci n'ont plus le droit d'autoriser ou d'interdire, ils n'ont plus qu'un droit à rémunération, avec gestion collective obligatoire (et donc avec négociation collective). C'est le système de la licence légale.

Du droit d'auteur au droit des auteurs : des règles de répartition qui se construisent

Le mécanisme que nous allons décrire ici montre comment le droit d'auteur devient progressivement porteur d'une logique institutionnelle qui s'écarte du strict principe de la rémunération proportionnelle aux produits l'exploitation. Nous voyons notamment comment les auteurs introduisent la notion de qualité dans le système du droit d'auteur.

Nous avons vu qu'à partir du moment où les consommateurs - et les oeuvres consommées - n'étaient plus identifiés, le problème de la répartition se posait. Que ce soit selon un pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise de diffusion ou par un forfait annuel, le montant global des droits est perçu ? Reste ensuite à le répartir. Nous voyons ici que la répartition peut-être l'occasion pour une catégorie d'auteurs, une profession, de s'approprier l'outil droits d'auteur. Illustrons-le en observant comment s'effectuent les répartition des droits à la SACD.

Une première distinction est effectuée entre films de télévision et films de cinéma, pour lesquels les valeurs minutaires diffèrent. Pour les films de cinéma, au tarif de base se substitue un tarif revalorisé en cas de première diffusion. Voici ces tarifs, en fonction des diffuseurs, pour l'année 1994 :

**Tableau 9 : Barème de répartition SACD -
Valeurs minutaires brutes 1994**

Diffuseurs	Films TV	Films cinéma Tarif de base	Films cinéma Tarif revalorisé
TF1	1 913,16 F	669,61 F	1 434,87 F
France 2	1 466,60 F	513,31 F	1 099,95 F
France 3	1 177,07 F	411, 97 F	882,80 F
Canal +	767,95 F	460,77 F	767,95 F
M6	389,69 F	136,39 F	292,27 F
Arte	268,07 F	93,82 F	201,05 F

Source : SACD

"Ces valeurs qui regroupent le droit de représentation et le droit de reproduction, correspondent à la valeur minutaire brute exprimée au coefficient 100 du barème de répartition. Le montant des droits bruts revenant à une oeuvre est obtenu en multipliant la valeur minutaire pondérée par les modulations du barème en vigueur, par la durée de l'oeuvre."⁶¹ Cette explication du mode de calcul figure "telle quelle dans les document interne de la société. En d'autres termes, les droits attribués à l'ensemble des créateurs d'un film sont calculés ainsi : tant de minutes à telle valeur minutaire, le tout multiplié par tel coefficient. Le calcul de ce coefficient est expliqué par la suite.

Les oeuvres télévisuelles font l'objet d'un classement dans les catégories ci-après :

⁶¹ *Barème de répartition - Oeuvres télévisuelles*, document interne SACD

Tableau 10 : Barème de répartition SACD - Classement des oeuvres télévisuelles

Catégorie	Définition	Coefficient de base
1	Oeuvre originale ou dérivée d'une oeuvre préexistante	100
2	Oeuvre originale ou dérivée d'une oeuvre préexistante, dont le scénario réutilise un ou plusieurs personnages préexistants dans le cadre d'une structure dramatique prédéfinie et dont la réalisation fait essentiellement appel à des éléments récurrents (comédiens, décors, etc.)	65
3	Reconstitution dramatique de faits réels	50
4	Présentation ou liaison présentant une forme dramatisée	10

Source : SACD

Les modulations concernent les oeuvres de télévision : ce sont le rang de diffusion, l'horaire de diffusion et les conditions de production.

Une oeuvre de télévision diffusée pour la première fois est payée à 150 % du tarif de base. Une deuxième diffusion est rémunérée à 100 % et les diffusions suivantes à 50 %, sauf lorsqu'un même télédiffuseur, à l'exception de Canal +, diffuse une oeuvre plus de deux fois dans un délai d'un an (10 % du coefficient de base à compter de la troisième diffusion et pour chacune des diffusions intervenant dans ce délai), et sauf lorsqu'il s'agit d'une première reprise par TF1, France 2 ou France 3 d'une oeuvre déjà diffusée par un autre diffuseur (dans ce cas, même majoration que pour une première diffusion).

Pour les diffuseurs hertziens autres que Canal +, le coefficient de base est modulé en fonction de l'heure de programmation :

**Tableau 11 : Barème SACD -
Modulation des coefficients de base en fonction de l'horaire de diffusion**

Heure de programmation	Modulation au coefficient de base
06h-12h	45 %
12h-18h30	60 %
18h30-20h30	70 %
20h30-22h	100 %
22h-01h	70 %
01h-06h	15 %

Source : SACD

Enfin, il est spécifié que "dans certains cas, les moyens et le mode de production conditionnent l'invention et la construction dramatiques. Afin d'en tenir compte, le coefficient de base des catégories est réduit de moitié, lorsque la durée utile de tournage est égale ou supérieure à 30 minutes"⁶¹.

Ensuite, reste à répartir entre les différents coauteurs. Pour ce faire, il existe là aussi des barèmes selon que les oeuvres sont télévisuelles ou cinématographiques, selon qu'elles sont adaptées ou non et, curieusement, selon qu'il s'agit de la première diffusion ou non.

Mettre en branle une aussi importante batterie de classements et critères quand on dispose d'outils aussi sophistiqués que Médiamétrie traduit une volonté de la part des auteurs, administrateurs de la SACD, de s'approprier la répartition du droit d'auteur, parfois en s'éloignant de l'esprit de la loi. Chaque société de "gestion de catalogue" a ainsi ses propres critères. La grille de classification des oeuvres audiovisuelles de la SCAM distingue 5 catégories (avec des coefficients de base allant de 100 à 10 %) selon "la part d'élaboration sonore et visuelle par rapport à des éléments préexistants"⁶². Compte tenu du flou cultivé autour de ces critères et sachant que la classification est du ressort d'une commission constituée de sociétaires, on peut voir dans cette appropriation un mode de gestion interne des carrières.

⁶² Grille de classification des oeuvres audiovisuelles, document interne SCAM

Quand le droit de l'homme n'est plus gérable... La fin du droit d'auteur ?

Le dernier modèle de rémunération, celui de la copie privée mais aussi de la reprographie, se rattache au quatrième mode de diffusion, le mode de diffusion en réseau, caractérisé par la fusion des fonctions de consommateur et de diffuseur. En cela, il annonce les problèmes que posent les nouveaux modes de diffusion au droit d'auteur. En effet, en observant qu'un parallèle existe entre l'évolution des modes de diffusion et le dépouillement croissant des droits d'auteurs au fil de ces différents modèles d'application, on ne peut que constater que les nouveaux réseaux d'information constituent l'aboutissement de ce phénomène. Les problèmes de perception s'y posent : les diffuseurs (consommateurs) ne sont pas identifiables ; les problèmes de répartition se posent : on ne sait pas ce qui est diffusé (stocké sur ordinateur). Le droit d'auteur est menacé car on ne sait plus le gérer ! En cela, les défis auxquels il est confronté sont tout autant des problèmes de gestion que des problèmes de droit. Le droit de l'homme n'est plus gérable tel qu'il a été énoncé.

Partie II.

Le droit d'auteur en France : une évaluation quantitative

Cette partie quantitative a pour but d'évaluer l'importance quantitative, en flux et en volume, des droits d'auteurs et droits voisins en France. Nous établirons au préalable le caractère arbitraire de l'appellation droit d'auteur mais aussi sa réalité juridico-institutionnelle.

1. DES DIFFICULTES A EVALUER LES VOLUMES DE DROITS D'AUTEURS

Evaluer les volumes de droits d'auteurs n'est pas chose aisée. Nous l'avons vu, rien ne distingue physiquement les droits d'auteur des salaires ou honoraires. C'est essentiellement une question d'étiquetage. C'est cette idée qu'il faut avoir à l'esprit lors de l'analyse des données quantitatives.

Le choix d'un objet : les droits d'auteur juridico-institutionnels

Les volumes que nous évaluons relèvent donc d'un arbitraire. Ils mesurent les droits d'auteurs perçus par les organismes de gestion collective⁶³, et, lorsqu'ils ne transitent pas par ces organismes, les sommes déclarées auprès de l'AGESSA⁶⁴. Ils correspondent donc aux droits d'auteurs au sens juridico-institutionnel, c'est-à-dire les sommes qui sont définies par les acteurs comme relevant des droits d'auteur au sens juridique. En particulier, nous ne mesurons pas les droits d'auteur considérés

⁶³ ces organismes ayant un statut particulier, il est aisé de les répertorier. Leur dénombrement est effectué chaque année par le Ministère de la Culture lors de la publication du rapport sur la gestion collective.

⁶⁴ l'Association pour la Gestion de la Sécurité Sociale des Auteurs gère les prestations sociales des auteurs dont les revenus artistiques dépassent un certain seuil.

comme rémunération résiduelle⁶⁵, c'est-à-dire les rémunérations proportionnelles aux produits d'exploitation.

Cela étant, il est important de souligner un certain nombre de difficultés dans l'évaluation des flux de droits d'auteur. Une difficulté consiste à établir une distinction entre les droits d'auteur et les autres revenus artistiques obtenus dans le cadre d'une activité non salariée. En effet, les uns et les autres, en dehors de la branche des arts graphiques, sont indistinctement déclarés à l'AGESSA⁶⁶. Considérons le cas d'un photographe indépendant : en plus d'un droit d'auteur en contrepartie de l'autorisation d'utiliser l'oeuvre réalisée, la facture qu'il émet prévoit le versement d'un honoraire au titre de la réalisation de la prise de vues. Les déclarations effectuées à l'AGESSA incluent donc ces revenus artistiques qui ne sont pas juridiquement des droits d'auteur. Mais cela peut être considéré comme une particularité des photographes indépendants et le problème est loin d'être général.

Il l'est en revanche pour les revenus des artistes plastiques et graphiques, lesquels sont déclarés à la Maison des Artistes. Ces revenus englobent en effet les droits d'auteurs et les produits de vente des oeuvres, qui sont largement prépondérants dans ces domaines. Cependant, les sommes perçues au titre de droits d'auteurs peuvent être isolées car droit de suite et droit de reproduction sont cédés indépendamment de la vente physique. Or ces sommes peuvent être gérées⁶⁷ par des sociétés d'auteurs, ce qui nous permet de les évaluer.

Le dispositif de mesures

Pour résumer, notre évaluation se base sur la définition juridico-institutionnelle des droits d'auteur, la seule qui permette de les évaluer : ce sont les rémunérations qui sont étiquetées "droits d'auteur" et qui empruntent les circuits institutionnels. L'étiquette étant invisible et n'étant qu'un passeport pour les circuits institutionnels,

⁶⁵ au sens des *residuals* anglo-saxons

⁶⁶ ou, devrait-on dire, sont appelés droits d'auteur les rémunérations qui sont déclarées à l'AGESSA

⁶⁷ la gestion collective n'étant pas ici obligatoire, certains auteurs ou ayants droit, tels que la succession Picasso, perçoivent eux-mêmes leurs droits

c'est à ce niveau que nous pouvons en faire une évaluation. L'AGESSA nous permet de connaître le volume global des droits d'auteur autres que ceux des artistes plastiques. En ce qui les concerne, la Maison des Artistes peut apporter un éclairage sur l'ensemble des revenus artistiques et les sociétés de gestion collective donnent des indications sur les droits d'auteurs. Mais la gestion collective n'est pas règle générale chez les plasticiens⁶⁸. Subsiste donc un certain flou dans l'évaluation globale.

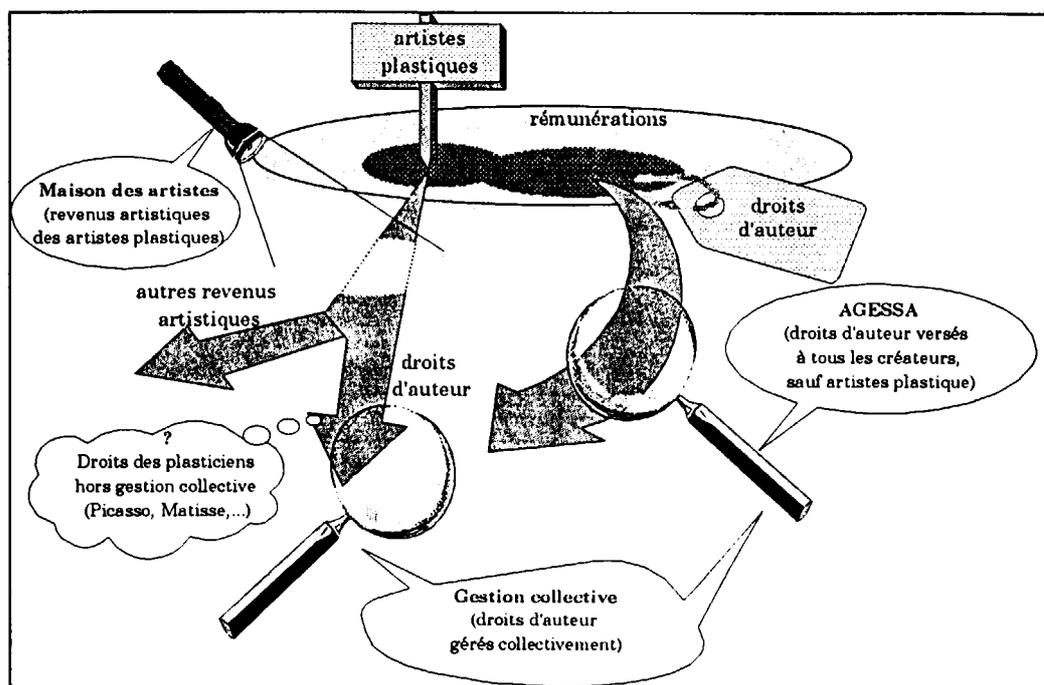


Figure 5 : Dispositif de mesure des flux de droits d'auteur

Les sociétés de gestion collective et certains organismes professionnels (Syndicat National de l'Édition, Centre National de la Cinématographie, ...) nous permettent d'affiner l'évaluation en effectuant des fractionnements par redevables d'une part et par ayants droit d'autre part.

⁶⁸ la succession Picasso, qui représentait environ 40 % des 25 à 27 millions de chiffres d'affaires de la SPADEM, est maintenant gérée individuellement par Picasso Administration.

Les difficultés d'analyse : des catégories artificielles

Cependant, réaliser un tableau croisé des sommes perçues au titre de droits d'auteur selon les redevables et les ayants droit nous place devant un certain nombre de difficultés. D'abord, l'AGESSA définit quatre branches d'auteurs : la branche des écrivains qui englobe les auteurs de livres, de traductions, d'adaptations, de mises en scènes d'oeuvres dramatiques ainsi que les auteurs de logiciels ; la branche des auteurs et compositeurs de musique auxquels sont rattachés les auteurs d'oeuvres chorégraphiques et pantomimes ; la branche du cinéma et de la télévision ; et la branche de la photographie. Or ces catégories ne correspondent pas tout à fait à la répartition des sociétés d'auteur. Cette répartition, si elle se fonde sur une certaine logique et sur un certain nombre de critères, est aussi et surtout l'héritage d'un passé et d'une guerre de concurrence entre sociétés d'auteur⁶⁹. La SACD perçoit les droits aussi bien des auteurs de théâtre que des auteurs (metteurs en scène et scénaristes) de cinéma et de télévision mais pas les droits des écrivains, qui sont gérés individuellement par les éditeurs. De plus, un certain nombre d'auteurs de cinéma et télévision, les auteurs de documentaires, voient leurs droits gérés par la SCAM. Ces problèmes d'inadéquation d'une part soulignent le caractère artificiel des frontières tracées et d'autre part rendent difficile le fractionnement des droits.

Autre héritage du passé, autre problème posé, la SACEM compte parmi ses ayants droit des auteurs, des compositeurs et des éditeurs de musique. Si les deux premières catégories relèvent de l'ensemble des auteurs, les derniers n'en font pas partie. Or la SACEM ne distingue pas ses ayants droit et ne fournit donc pas la possibilité d'isoler la part des auteurs. Heureusement, les répartitions entre auteur, compositeur et éditeur sont souvent conventionnelles : deux tiers aux créateurs et un tiers à l'éditeur pour tout ce qui relève du spectacle vivant (concerts, galas, bals, ...), moitié-moitié entre créateurs et éditeurs pour la diffusion de musique enregistrée et la télédiffusion (radios, télévisions). Seuls les droits provenant de la vente de disques

⁶⁹ voir Paris (1995)

ou de cassettes posent un problème dans la mesure où les clés de répartition sont contractuelles⁷⁰.

Les difficultés d'analyse : les sociétés intermédiaires

D'autres problèmes concernent les reversements entre sociétés. Lorsqu'une société perçoit pour le compte d'une ou plusieurs autres, elle est forcée d'effectuer une répartition par catégories d'ayants droit pour répartir les sommes perçues. Elle peut aussi extraire facilement une répartition par redevables mais ne fournit pas nécessairement les données croisées relatives aux deux entrées "redevables" et "ayants droit". C'est le cas des sociétés comme la SDRM qui est en mesure d'effectuer une répartition de ses perceptions en fonction des redevables, qui est en mesure d'effectuer une répartition par catégories d'ayants droit mais qui ne fournit pas systématiquement de données pour une double répartition. C'est aussi le cas des reversements de sociétés soeurs étrangères. Les chiffres fournis par la SACEM distinguent les droits perçus auprès de sociétés d'auteur étrangères, en droits de représentation et droits de reproduction, mais ne permettent pas de proposer une répartition plus fine.

Par ailleurs, l'intervention de sociétés intermédiaires pose le problème des frais de gestion. Lorsque la SACD distribue les droits à ses ayants droit, elle indique la répartition des perceptions et fait donc apparaître les frais de gestion. Ces frais de gestion consistent en une partie de leurs parts que les auteurs payent à leur société pour gérer leurs droits d'auteur. Il est donc normal de les inclure dans le volume des sommes perçues au titre de droits d'auteur. Le problème se pose avec l'intervention de sociétés intermédiaires. Copie France reverse un certain montant au titre des droits relatifs à la copie privée des auteurs dramatiques. Mais ce montant ne tient pas compte des frais de gestion perçus par elle. Aussi faudrait-il en tenir compte, ce qui reviendrait à répartir les frais de gestion de la société de perception entre les diverses sociétés de répartition. Claude Riveline a montré combien ces répartitions

⁷⁰ voir tout de même SACEM et SNEP

étaient difficiles à opérer⁷¹. Et le problème est d'autant plus difficile que le nombre de sociétés intermédiaires est élevé, comme en témoigne la Figure 4.

Nationalité et territorialité : des concepts inappropriés

Etablir une mesure fine des volumes de droits d'auteur se heurte en plus aux questions de nationalité et de territorialité. Les frontières institutionnelles traditionnelles, liées soit à la nationalité des recensés soit à leur territorialité, n'ont plus beaucoup de sens ici. Un producteur peut employer un scénariste étranger : le règlement de la SACD stipule que "peuvent adhérer à la Société [...] les auteurs et compositeurs d'oeuvres dramatiques et audiovisuelles de toutes disciplines", à l'exception de toute considération relative à la nationalité ou à la résidence. Les sociétés d'édition payent des droits autant à des auteurs étrangers, via une maison d'édition ou un agent littéraire, qu'à des auteurs français. Réciproquement, certains auteurs de nationalité ou de résidence française, perçoivent des droits de la part d'éditeurs étrangers. A nouveau, le dispositif de mesures n'est pas homogène car si la SACEM paye des droits à des auteurs étrangers, l'AGESSA ne gère l'assurance-maladie que des auteurs domiciliés fiscalement en France, qu'ils soient français ou non. Quant aux sommes déclarées par les tiers, les redevables, elles concernent les revenus artistiques versés à tous les auteurs, français ou étrangers, résidant en France ou non. Le seul critère qui intervient ici est le domicile fiscal du redevable.

2. LES DONNEES DISPONIBLES

L'AGESSA

Organisme de gestion de sécurité sociale des auteurs (tous les auteurs, à l'exception des artistes graphiques et plastiques), elle enregistre d'une part les déclarations des auteurs et d'autre part les déclarations de versements de droits faites par les tiers ("diffuseurs").

⁷¹ Cours d'Evaluation des Coûts, Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris

Les déclarations des auteurs affiliés servent de base au calcul de leurs cotisations assurance vieillesse. Jusqu'au 30 juin 1995 (c'est-à-dire jusqu'à l'exercice social du 1/7/94 au 30/6/95), ces déclarations étaient homogènes et permettaient de calculer les sommes brutes des droits perçus. Désormais, elles ne le sont plus car elles se basent sur les déclarations fiscales. Certains auteurs déclarent donc des traitements et salaires tandis que d'autres, imposés au titre des bénéfices non commerciaux, déclarent ces bénéfices. Or pour ceux-là, photographes, plasticiens et auteurs de logiciels essentiellement, la base de calcul des cotisations est constituée par ce bénéfice majoré de 15 %, ou par une assiette forfaitaire. Ils peuvent donc déduire leurs frais professionnels qui peuvent, dans le cas des photographes notamment, prendre des proportions importantes. De plus, ces déclarations sont le fait des personnes qui ont la qualité d'auteur, ce qui exige qu'elles répondent à un certain nombre de conditions, en particulier de justifier "avoir perçu des ressources artistiques d'un montant au moins égal à 1200 fois la valeur horaire moyenne du SMIC au cours de la dernière année civile". De nombreux revenus perçus au titre de droits d'auteur échappent donc à ce comptage. Enfin, ces déclarations sont faites par les auteurs, à l'exclusion des héritiers, résidant fiscalement en France, qu'ils soient français ou de nationalité étrangère.

Voici les données que nous pouvons en extraire pour l'exercice social 1994-95 (déclaration des revenus perçus en 1993). Ce tableau nous donne un aperçu de la population des auteurs "qui vivent de leurs droits".

Tableau 12 : Revenus 1993 des auteurs affiliés à l'Agessa (exercice social 1994-95)

Catégories	Nb d'auteurs affiliés	Droits d'auteurs	Salaires	Revenus libéraux
Ecrivains	1449	290 MF	37 MF	6,5 MF
Traducteurs	512	50 MF	6,5 MF	1,1 MF
Auteurs dramatiques	151	46 MF	13 MF	0,15 MF
Auteurs-comp. de musique	951	280 MF	62 MF	9,5 MF
Auteurs chorégraphiques et pantomimes	5	0,52 MF	0,26 MF	0,14 MF
Auteurs cinémat.	130	73 MF	7,3 MF	0,13 MF
Auteurs audiovisuels	754	160 MF	25 MF	0,91 MF
Illustrateurs (voie du livre)	733	110 MF	9,0 MF	0,95 MF
Photographes	1808	350 MF	25 MF	9,7 MF
Auteurs de logiciels	144	32 MF	5,7 MF	0,50 MF

Source : Agessa

Nous pouvons constater que le nombre de ces auteurs est relativement peu élevé et qu'il varie selon les professions. Les photographes sont ainsi beaucoup plus à vivre de leurs droits que les auteurs cinématographiques par exemple. Or ceux-là jouissent d'une plus grande notoriété que ceux-ci, ce qui infirme l'hypothèse selon laquelle les droits rémunèrent une notoriété publique. De plus, nous pouvons observer que le volume moyen de droits perçus par les auteurs affiliés ne varie pas énormément ; à l'exception des traducteurs (10 kF), les autres affichent des moyennes du même ordre de grandeur : de 100 kF pour les auteurs de chorégraphies à 550 kF pour les auteurs de cinéma. Enfin, nous pouvons aussi noter que le taux des rémunérations perçues en droits d'auteur par rapport à l'ensemble des rémunérations varie assez peu d'une catégorie à une autre. A l'exception des auteurs de chorégraphies, les auteurs affiliés touchent en moyenne, selon les catégories, entre 80 et 90 % de leurs revenus sous forme de droits d'auteur. Ce constat amène une réflexion. Les auteurs de cinéma, les auteurs audiovisuels, les photographes ont un double contrat : un contrat de travail et un contrat d'auteur et touchent, de ce fait, un revenu salarial (ou commercial) et un revenu d'auteur. Les proportions de

droits perçus devraient donc être inférieures pour ces professions. Or il n'en est rien. Cela peut s'expliquer parce que, à salaire égal (à travail égal), ces auteurs touchent plus de droits que les auteurs non affiliés. Les auteurs affiliés à l'AGESSA sont en effet ceux qui vivent de leurs droits, c'est-à-dire, à peu de choses près, les auteurs à succès au sein de leur profession. Ce sont aussi ceux qui peuvent négocier des taux de droits plus élevés, en contrepartie peut-être de salaires inférieurs.

Les déclarations des diffuseurs permettent le prélèvement à la source des cotisations d'assurance maladie-maternité-veuvage des auteurs (précompte) et servent de base au calcul de leur contribution (1 % des droits versés). Cependant, le prélèvement à la source peut ne pas être effectué pour les affiliés au régime fiscal BNC (bénéfices non commerciaux). Dans ce cas, les cotisations sont calculées et recouvrées directement par l'Agessa, sur la base du bénéfice commercial majoré de 15 % ou d'un forfait si celui-ci est inférieur à 1200 SMIC. Ces déclarations, enfin, ne concernent que les auteurs domiciliés fiscalement en France, qu'ils soient français ou de nationalité étrangère, à l'exception de leurs héritiers ou ayants droit.

Homogènes jusqu'à l'exercice fiscal 94-95, ces déclarations permettaient d'évaluer l'ensemble des droits d'auteur versés aux auteurs résidant fiscalement en France. Voici les chiffres que l'on peut en tirer pour l'année 1994 :

Tableau 13 : droits d'auteur versés en 1994 par des diffuseurs français aux auteurs (hors auteurs plastiques et graphiques) résidant fiscalement en France

Origine	Droits déclarés	%
Edition (livre)	1 600 MF	38,5 %
Edition musicale	94 MF	2,24 %
Presse	260 MF	6,24 %
Photographie	440 MF	10,5 %
Cinéma	280 MF	6,66 %
Radio TV - Audiovisuel (hors soc. d'auteurs)	250 MF	6,03 %
Sociétés d'auteurs ⁷²	1 100 MF	26,4 %
Nouvelles technologies	80 MF	1,93 %
Divers	64 MF	1,53 %
Total 1994	4 200 MF	100 %

Source : AGESEA

Nous ne commentons pas ces chiffres, nous commenterons les suivants, plus intéressants.

Les déclarations des diffuseurs relatives à leur contribution de 1 % permettent d'évaluer l'ensemble des droits d'auteurs versés par les diffuseurs français aux auteurs et à leurs ayants droit, en France et à l'étranger. Voici les chiffres que l'on obtient en 1994 et 1995.

⁷² L'AGESEA a des accords avec certaines sociétés d'auteurs agissant dans le domaine de la télédiffusion qui reversent elles-mêmes les précomptes des auteurs.

Tableau 14 : droits d'auteurs versés par les diffuseurs français aux auteurs et à leurs ayants droit (hors auteurs plastiques et graphiques)

Origine	Droits déclarés (1994)	Droits déclarés (1995)	% du total (1995)
Edition (livre)	2 000 MF	2 200 MF	34,1 %
Edition musicale	120 MF	120 MF	1,87 %
Presse	310 MF	310 MF	4,68 %
Photographie	500 MF	420 MF	6,46 %
Cinéma	310 MF	320 MF	4,93 %
Radio TV -Audiovisuel (hors soc. d'auteurs)	900 MF	1 000 MF	15,3 %
SACEM	950 MF	1 000 MF	15,4 %
SDRM	820 MF	820 MF	12,6 %
SACD	220 MF	200 MF	3,07 %
Nouvelles technologies	81 MF	82 MF	1,25 %
Divers	62 MF	61 MF	0,93 %
Total	6 200 MF	6 500 MF	100 %

Source : AGESEA

Pour exploiter ce tableau, il faudrait analyser les lignes "sociétés d'auteurs". En effet, la SACEM perçoit aussi bien auprès des radios et télévisions que dans les discothèques et lieux sonorisés. De même, la SACD perçoit dans les théâtres et chez les chaînes de télévision. Nous verrons bientôt que le poids de la contribution des télédiffuseurs dans les droits versés à la SACEM ou à la SACD est très important. Aussi, ce tableau nous permet d'observer que les plus gros "payeurs" de droits d'auteur sont les éditeurs (34 % des versements) et les télédiffuseurs (entre 20 et 40 %).

La Maison des Artistes

Pendant de l'AGESEA pour les artistes plastiques et graphiques, La Maison des Artistes gère les assurances sociales des artistes auteurs relevant de cette branche. Pour ce faire, elle enregistre d'une part les déclarations de revenus des artistes pour

le calcul de leurs cotisations et d'autre part les déclarations de rémunérations aux artistes par les diffuseurs, à l'exception des particuliers et des galeristes, pour le calcul de leurs contributions. Les difficultés d'analyse des données sont les mêmes que celles que nous avons rencontrées avec l'AGESSA, et sont parfois beaucoup plus affirmées. D'une part, de nombreux artistes plasticiens et graphistes relèvent du régime fiscal des BNC. L'assiette de cotisation est donc soit l'ensemble de leurs bénéfices non commerciaux majorés de 15 %, avec déduction de leurs frais professionnels, soit un forfait correspondant à 1200 fois la valeur horaire moyenne du SMIC. Or les droits d'auteur, contrairement aux autres branches, ne constituent pour les auteurs relevant de cette branche qu'une partie des revenus, souvent infime par rapport aux produits de vente par exemple. De plus, les auteurs ne sont affiliés que si leur bénéfice non commercial majoré de 15 % est au moins égal à 1200 fois la valeur horaire du SMIC. La somme des assiettes sociales déclarées ne traduit donc en rien le volume des droits d'auteurs reversés. Ajoutons enfin que la Maison des Artistes gère les assurances sociales des auteurs résidant fiscalement en France.

Les déclarations des diffuseurs concernent, dans les textes, les revenus versés aux auteurs en contrepartie du droit d'utilisation (exposition au public) ou du droit de reproduction de son oeuvre ; elles servent de base au calcul du précompte et au paiement de la contribution de 1 % à la charge du diffuseur. Cependant, le précompte n'est pas appliqué si l'artiste auteur justifie qu'il est imposable au titre des bénéfices non commerciaux. D'autre part, les galeristes et particuliers n'y sont pas soumis. Enfin, compte tenu de la difficulté à distinguer droits et produits de vente, ces déclarations englobent en pratique l'ensemble des revenus artistiques, indistinctement. La déclaration du 1 % ne nous permet donc d'obtenir qu'une approximation des revenus artistiques, à l'exception du droit de suite, versés aux auteurs de cette branche par des diffuseurs français. Voici les chiffres que l'on en tire.

Tableau 15 : Volumes versés aux auteurs plastiques et graphiques et à leurs ayants droit par les diffuseurs français en 1994 et 1995

Versements déclarés (1994)	Versements déclarés (1995)
280 MF	300 MF

Source : Maison des artistes

Mais, pour avoir des précisions sur les flux de droits d'auteur, les sociétés de gestion collective constituent une source de données précieuse.

Les sociétés de gestion collective des droits d'auteurs

Ces sociétés perçoivent les droits auprès des diffuseurs et les reversent aux auteurs. Il faut toutefois distinguer la gestion collective obligatoire de la gestion collective librement consentie. Seuls quelques modes d'exploitation (copie privée, reprographie) relèvent de la gestion collective obligatoire. Cependant, pour d'autres, la gestion collective présente des avantages certains sur la gestion individuelle et voit donc transiter la quasi totalité des droits. Enfin, dans quelques secteurs particuliers, la gestion collective n'est pas la règle générale.

Il en est ainsi des arts graphiques et plastiques, pour lesquels l'ADAGP et la SDI (et la SPADEM jusqu'à l'an dernier) gèrent les droits des artistes auteurs. Un nombre relativement restreint d'ayants droit (artistes ou héritiers) y gèrent eux-mêmes leurs droits, parmi lesquels les successions Picasso et Matisse⁷³. Or la succession Picasso représentait, "selon des spécialistes, près de 40 % des 25 à 27 millions de francs du chiffre d'affaires de la SPADEM."⁷⁴ Il est donc difficile d'effectuer un recensement exhaustif des données recherchées. Cependant, d'après les dirigeants de l'ADAGP, seules les successions Picasso et Matisse représentent des proportions non négligeables des droits d'ayants droits qui seraient susceptibles d'adhérer à l'ADAGP. Et quels artistes seraient susceptibles d'adhérer à l'ADAGP ? A nouveau se pose la question du domaine de l'étude. L'ADAGP, en effet, gère les droits

⁷³ Picasso Administration depuis 1996, Les Héritiers Matisse depuis 1988

⁷⁴ *Le Monde*, 29 janvier 1996

d'artistes graphistes et plasticiens, sans critère de nationalité ou de territorialité. En pratique, ses adhérents sont majoritairement français ou résidant en France (86,7 % de ses adhérents directs étaient de nationalité française en 1994⁷⁵) pour des raisons évidentes de simplicité. Mais rien ne s'oppose à ce qu'elle gère des droits d'ayants droit étrangers ne résidant pas en France. Elle gère ainsi les droits de la succession Mirò, succession espagnole installée en Espagne. Rien ne s'oppose par ailleurs à ce que l'ADAGP gère les droits d'un artiste ressortissant d'un pays soumis au système du *copyright*. Et rien ne s'oppose enfin à ce qu'un artiste français, résidant en France ou non, confie la gestion de ses droits à une société étrangère. Il n'y a plus ici le moindre critère de définition des artistes adhérents. De plus, le "bassin géographique de perception" de l'ADAGP n'est pas clairement défini : elle peut percevoir auprès de diffuseurs étrangers de même que les sociétés étrangères peuvent percevoir auprès des diffuseurs français. Finalement, les chiffres correspondant aux volumes gérés par l'ADAGP n'ont pas de cohérence et sont donc difficilement exploitables.

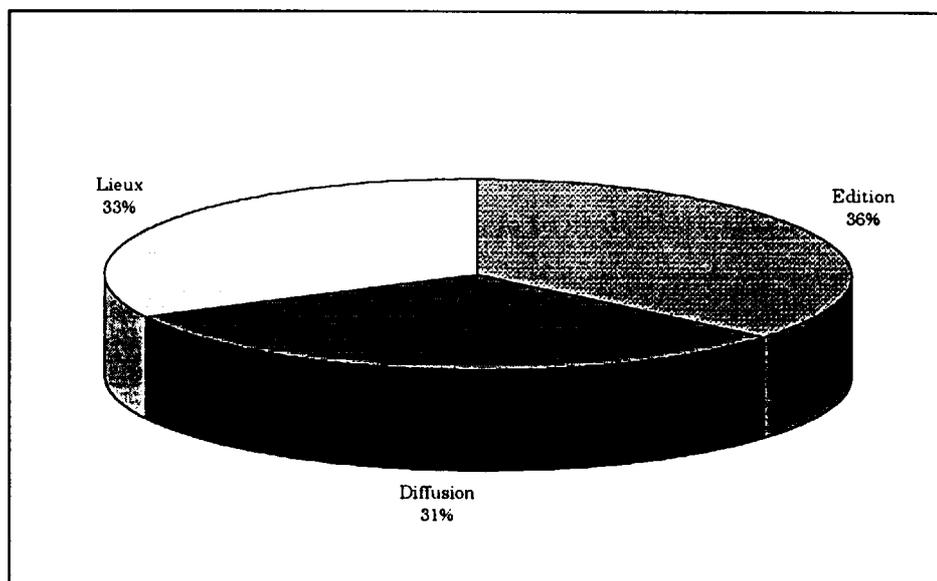
En revanche, elles le sont plus pour les autres sociétés d'auteurs. Si aucune d'entre elles ne présente de critère d'adhésion basé sur la nationalité ou la résidence, elles opèrent toutes sur un secteur géographique délimité. La SACEM, la SACD, la SCAM, etc. perçoivent ainsi tous les droits dus par des diffuseurs français.

Compte tenu de ces remarques, nous savons maintenant que les chiffres considérés traduisent les sommes gérées par les sociétés d'auteurs françaises. On ne peut tirer aucune conclusion quant aux sommes reversées aux auteurs français ou résidant en France. On ne peut tirer des conclusions relatives aux sommes perçues en France qu'en excluant les droits versés au titre de diffusions d'oeuvres plastiques et graphiques.

L'origine des droits gérés par la gestion collective est relativement équitable : un tiers provient de l'édition (phonogrammes, vidéogrammes, copie privée, reprographie), un tiers des lieux (spectacle vivant, lieux sonorisés, salles de cinéma) et un tiers de la télédiffusion (TV, radios).

⁷⁵ Florenson 1995

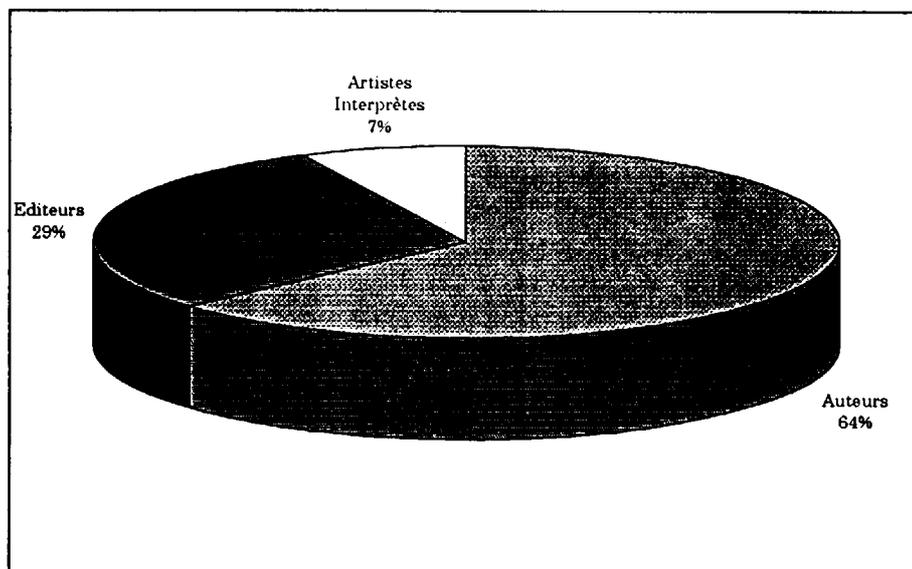
Figure 6 : Origine des droits perçus par la gestion collective en 1994



d'après Ministère de la Culture (1996)

Quant à la répartition, elle est essentiellement dirigée vers les auteurs :

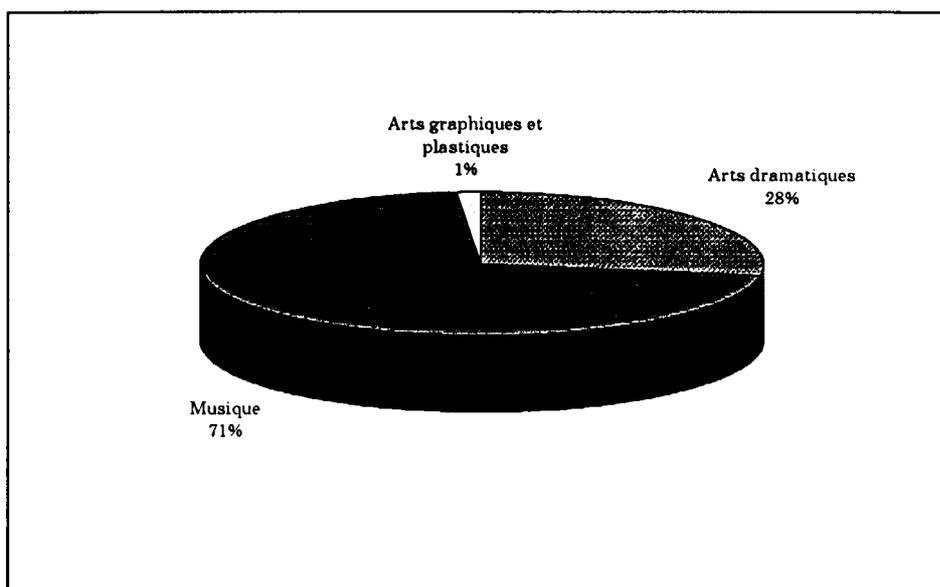
Figure 7 : Destination des droits perçus par les sociétés de gestion collective en 1994



d'après Ministère de la Culture (1996)

Enfin, nous pouvons répartir les droits versés aux auteurs selon les trois types d'arts : arts dramatiques (littérature, audiovisuel), musique et arts plastiques et graphiques (y inclus photographie). La répartition obtenue confirme que la musique reste le secteur de prédilection de la gestion collective des droits d'auteur.

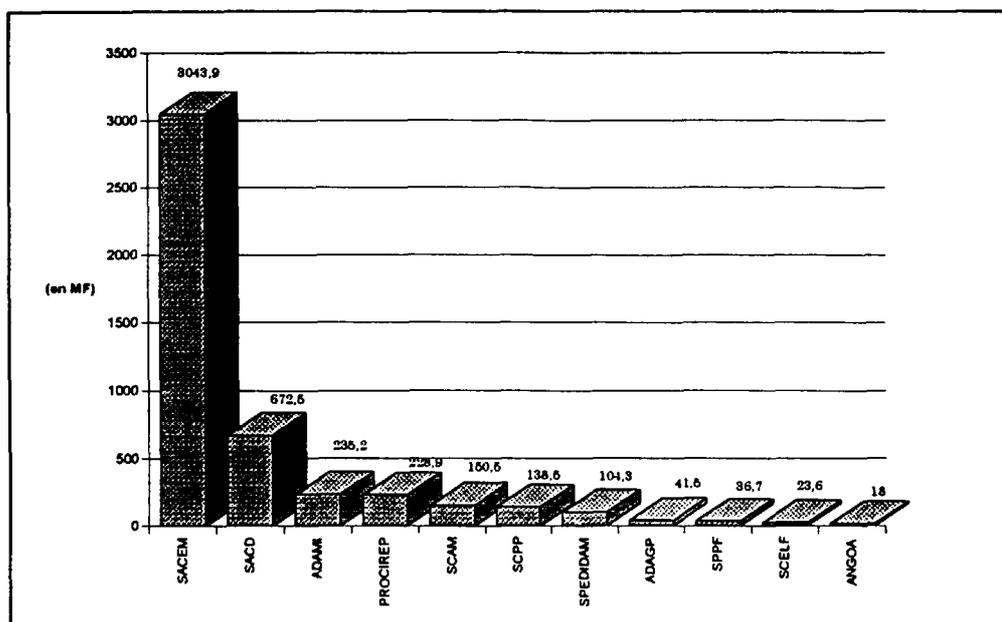
Figure 8 : Répartition des droits d'auteur par catégories d'auteurs (1994)



d'après Ministère de la Culture (1996)

Enfin, pour en terminer avec les sociétés de gestion collective, nous pouvons présenter les poids respectifs (volumes de droits gérés) des sociétés en activité en France.

Figure 9 : Volumes perçus par les principales sociétés d'ayants droit en 1994



d'après Ministère de la Culture (1996)

La SDRM, Copie France, SORECOP et la SPRé sont des sociétés de perception : elles effectuent des perceptions pour le compte des sociétés d'ayants droit mais n'ont aucun catalogue propre⁷⁶. Les sommes qu'elles gèrent transitent donc ensuite par les sociétés d'ayants droit. Aussi, nous ne les avons pas fait figurer dans ce schéma.

3. HUIT MILLIARDS DE FRANCS !

Pour constater l'importance quantitative des flux de droits d'auteur en France, il serait intéressant de pouvoir comparer les chiffres d'affaires des secteurs avec les volumes de droits versés. Mais les secteurs n'étant plus hermétiques, du fait de la séparation des oeuvres et des supports, ces données ne sont pas toujours faciles à

⁷⁶ pour plus de détails sur l'organisation de la gestion collective en France, voir Paris (1995).

établir. Pour le cinéma, notamment, nous disposons des droits perçus par les auteurs de cinéma (AGESSA), nous disposons des droits perçus par les auteurs de musiques de film (SACEM) mais l'absence de gestion collective pour les droits versés par les producteurs en rend le calcul difficile. Nous donnons cependant des approximations, obtenues à partir de diverses sources, pour un certain nombre de catégories de diffuseurs.

De plus, la cohérence de ces chiffres entre eux est relativement faible, compte tenu de la diversité de leurs origines mais aussi de la diversité des pratiques et de l'imprécision qui entoure la définition des différentes catégories et des variations sur le choix des volumes mesurés. Ce tableau doit donc être considéré comme purement indicatif. En particulier, il faut se garder de faire des comparaisons entre les lignes.

Tableau 16
Evaluation du poids des droits d'auteurs pour certains diffuseurs

Origine	Chiffre d'affaire (source, année)	Droits versés (source, année)	Rapport droits/CA
Editeurs (livre)	17 000 MF (SNE, 1994)	1 500 MF (SNE, 1994)	9 %
Edition musicale (phonogrammes et vidéogrammes)	6 800 MF (SNEP, 1995)	600 MF (SACEM, 1994)	9 %
Chaînes de TV	27 000 MF (INSEE, 1994)	1 100 MF (INSEE, 1994)	4 %
Exploitants de cinéma	4 600 MF (INSEE, 1993)	310 MF (AGESSA, 1994)	7 %

A titre de comparaison, nous pouvons consulter le tableau suivant. Il fait état de la répartition des dépenses de consommation des ménages français en 1992.

Tableau 17 : Dépenses de consommation des ménages français en 1992 (en milliard de francs)

Livre	22
Presse	33
Edition phonographique	9,5
Jeux vidéo, disquettes, CD-ROM, CDI (hors professionnel)	3,1
Vidéo enregistrée	4,5
Télévision (Canal+ et abonnement câble)	8,8
Télévision (redevance)	6
Cinéma	4
Spectacle vivant (théâtre, musique et danse)	1,8
Total	92,7

Source : Ministère de la Culture

Dans une étude réalisée en 1991, l'IDATE avait proposé les chiffres suivants :

Tableau 18 : Les chiffres repères du domaine du droit d'auteur (en MF)

	Gérés collectiv.	Dépenses droits par utilisateurs	CA du marché national final
Théâtre/Spectacles	350,2	?	4053
Lieux sonorisés	573,8	573,8	4000*
Édition	19,9	1208,5	11300
Galleries	26,3	?	5000?
Cinéma	53,7	496	3632
Audiovisuel/ TV/Câble	802	?	15992
Radio	196,7	200*	3700*
Disque/Vidéo			
- disque	332,6	697,8	4103
- vidéo		300(*)	688
Copie Privée	400,8	0	n.d.
TOTAL	2757,5	6 à 9000(*)	3 à 400 000

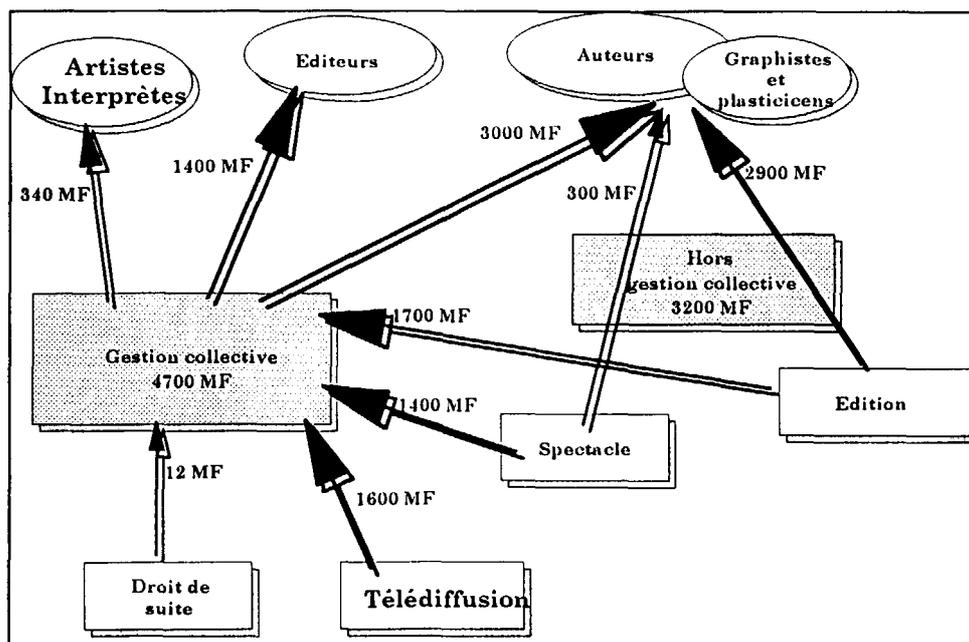
* évaluation

Source: IDATE

A partir des données de l'AGESSA et des sociétés d'auteurs, nous pouvons proposer une répartition approximative des droits par grandes catégories de diffuseurs : l'édition, le spectacle et la télédiffusion. L'édition correspond au modèle 2 de notre typologie, elle comprend le livre, le disque, le CD-ROM, la photographie, ... La télédiffusion représente le modèle 3 : radio et télévision. Enfin, le spectacle correspond à un modèle intermédiaire : il englobe le modèle 2 bis (spectacle vivant : théâtre, concerts, ...) et la diffusion de musique enregistrée (discothèques, lieux sonorisés, ...).

Pour conclure sur cette partie quantitative, nous proposons un schéma qui récapitule approximativement les droits versés en 1994 par des diffuseurs français aux auteurs autres que graphistes ou plasticiens.

Figure 10 : répartition des droits versés par les diffuseurs français aux ayants droit en 1994



Partie III.

Le droit d'auteur : une grande adaptabilité, aux dépens des droits des auteurs ?

1. LE DROIT D'AUTEUR : UN OBJET CONVENTIONNEL QUI EVOLUE

Même s'il apparaissent aujourd'hui, dans chaque secteur, et pour presque tous les professionnels, comme une évidence qui s'impose à la fois dans son principe et dans ses modalités, l'histoire nous montre que le droit d'auteur a d'abord été un objet conventionnel qui a évolué, s'est adapté, a trouvé des formes particulières dans les différentes branches de la culture. La définition du droit d'auteur, dans ses modalités comme dans son principe, relève de la négociation et de l'arbitraire. On peut citer, à titre d'exemple, la loi de 1994 sur la reprographie. La solution d'une taxe parafiscale a été écartée pour des raisons d'homogénéisation européenne et de rigidité à l'égard des ayants droit. En revanche, on s'est orienté, à l'initiative des sociétés d'auteurs, vers l'idée de la gestion collective obligatoire, du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction privée à usage collectif des oeuvres de l'esprit. Un projet de texte proposait même d'interdire la gestion individuelle du droit de reproduction par reprographie dans le domaine non commercial⁷⁷. L'objectif était de faciliter le processus d'autorisation et de contrôle de la reproduction des oeuvres en regroupant les ayants droit. Les utilisateurs y trouveraient un avantage en plus de cette facilité, puisqu'une autorisation centralisée vaut garantie contre tous les recours individuels⁷⁸.

⁷⁷ Cet exemple montre bien, en outre, comment les intérêts collectifs des sociétés d'auteurs, peuvent s'opposer, dans certains cas, aux intérêts individuels.

⁷⁸ Le journal des lettres et de l'audiovisuel, Printemps 95

On constate ainsi que certaines modalités, parfois présentées dans les secteurs concernées comme les plus universelles et les moins contestables, n'existent pas dans des secteurs voisins fonctionnant de manière pourtant très proche. C'est le cas, par exemple, de l'exercice du droit moral qui est reconnu par les producteurs de façon très différente dans les films de cinéma ou dans les programmes destinés à la télévision. A l'inverse, d'autres éléments du dispositif de protection ne sont jamais évoqués au titre du droit d'auteur mais apparaissent centraux pour son bon fonctionnement. Les pouvoirs publics assurent par exemple, dans le cinéma, un contrôle systématique des recettes, ce qui constitue une garantie pour les différents ayants droit rémunérés ensuite par un pourcentage sur les recettes ; rien de tel n'existe en revanche dans l'édition littéraire ou phonographique où les auteurs doivent se contenter des déclarations de vente des éditeurs, sans possibilité de contrôle systématique de ces dernières.

Cet arbitraire de l'étendue des droits se retrouve dans le fait que le système des droits d'auteur s'est construit progressivement, de façon pragmatique. Très tôt, les compositeurs ont cherché à tirer profit de la publication de leurs propres partitions en se servant de la protection déjà accordée aux écrivains et éditeurs. Ils ont ensuite obtenu le droit de centraliser tant le comptage de la production de leurs oeuvres que le paiement des sommes correspondantes. De son côté, à ses débuts, en 1838, la Société des Gens De Lettres ne percevait que les droits de reproduction dans la presse (au temps du feuilleton...) : ce n'est que plus tard que le recueil des droits a été élargi aux autres supports. Les différentes disciplines ont donc connu des évolutions différentes. Solidaires et peu sensibles au mythe des *happy fews*, les musiciens se sont unis pour être entendus ; aux USA, les compagnies d'enregistrement ont même cherché à poursuivre les organisations professionnelles pour violation de la loi *anti-trust*⁷⁹. A l'inverse, les peintres sont restés faiblement solidaires, du fait du caractère unique de leurs transactions individuelles. Ils n'ont donc pu obtenir que tardivement des droits sur leurs oeuvres (droit moral et droit de suite) ; mais ceux-ci sont appliqués difficilement, et pas partout.

⁷⁹ H. Finkelstein (1992)

La législation sur la propriété littéraire et artistique se caractérise donc par son caractère précoce (elle date de plusieurs siècles), mais aussi par son extrême flexibilité : elle a fait l'objet, au fil du temps, de modifications, d'adaptations, de transformations. La réponse des pouvoirs publics à l'évolution des contextes de production et à la pression des créateurs et innovateurs (individus ou secteurs industriels) a été, en général, de multiplier les adaptations des systèmes de protection pour corriger certains effets non anticipés ou mal pris en compte, pour protéger de nouveaux ayants droits, d'adapter la législation en développant de nouveaux régimes spéciaux garantissant des droits de propriété à de nouveaux objets (banques de données, logiciels informatiques, *design* industriel, variétés de plantes et semences, semi-conducteurs) ...

La durée de la protection est un autre exemple de cet arbitraire et du caractère très évolutif du dispositif existant. La norme moyenne actuelle est de 50 ans après la mort de l'auteur pour la propriété littéraire et artistique (70 ans pour la musique) et elle correspond d'abord à un compromis : Balzac lui-même, à son époque, s'était exclamé "*50 ans, et pourquoi pas l'éternité !*" Ce compromis correspond approximativement à la durée d'une génération et permet donc de tenir compte de la vie artistique d'un créateur et de ses enfants. Mais au départ, cette durée de la protection n'était, en France, que celle de la vie de l'auteur ; elle est ensuite passée à 10 ans après sa mort, puis fut portée à la vie entière de la veuve et à 20 ans au profit des enfants⁸⁰, avant d'être fixée à 50 ans⁸¹. Mais cette tendance à l'allongement de la durée de protection n'est sans doute pas terminée car on observe actuellement, dans les pays de l'Union Européenne, de multiples tentatives pour la faire passer de 50 à 70 ans ; ces tentatives ne sont pas soutenues par les familles d'artistes, mais par les entreprises titulaires des droits de reproduction et dont la durée de vie n'a pas de limite.

Les droits de propriété intellectuelle ne sont donc pas intangibles ni donnés au départ aux acteurs économiques, une fois pour toute, comme peuvent l'être les règles

⁸⁰ Sous certaines conditions

⁸¹ et à 70 ans pour les compositions musicales

d'un jeu. D'une part, ils sont, juridiquement, l'objet de modifications finalement assez fréquentes, d'autre part, dans leur application pratique, ces droits font en permanence, pour chaque production, l'objet d'adaptation et de négociation : détermination des ayants droits (producteur et éditeur ?), conditions d'application (forfait ou proportionnel)... Le caractère de plus en plus collectif des oeuvres fait, notamment, que toute contribution peut apparaître (et revendiquer le caractère) artistique. La notion d'auteur se caractérise ainsi de deux manières. D'abord *ex ante* et *de jure*, de façon conventionnelle, parce que la loi en reconnaît le statut à un certain nombre de collaborateurs définis *a priori*. La loi de 57 sur la propriété littéraire et artistique définit ainsi précisément, dans son article 14, les personnes présumées coauteurs d'une oeuvre audiovisuelle réalisée en collaboration : l'auteur du scénario, l'auteur de l'adaptation, l'auteur du texte parlé, l'auteur des compositions musicales, le réalisateur. Mais le statut d'auteur peut également s'obtenir *ex post* et *de facto*, par le jeu de la négociation ou par la reconnaissance critique qui s'opère a posteriori sur le travail réalisé. Dans le même exemple du cinéma, l'auteur des décors ou des costumes mais aussi le producteur pourraient ainsi, éventuellement, dans certains cas, revendiquer (et négocier) un statut de coauteur. Tout comme pour les normes et standards techniques, il y a donc également des droits d'auteur *de facto* et *de jure*, *ex ante* ou *ex post*.

Cette grande adaptabilité aux contextes social, économique, technique et historique explique, dans le même temps, la diversité des arrangements institutionnels et des lois selon les pays (en dépit de traités et conventions internationaux). Les droits de suite sont, par exemple, théoriquement reconnus par plusieurs pays et par la Convention de Berne mais ne sont quasiment pas appliqués. La disparité de la protection de la propriété intellectuelle selon les pays et selon les secteurs apparaît donc structurelle et la question de l'homogénéisation a beaucoup de chances de rester longtemps sans réponse, en continuant de susciter conflits et controverses

2. LE DROIT D'AUTEUR : QUEL DROIT POUR QUELLES OEUVRES ?

Comme nous l'avons vu plus haut, la protection de la propriété intellectuelle relève de jugements et de critères subjectifs *a priori*. En matière de brevet, la protection n'est pas automatique, il y a un jugement sur la nature de ce qui est breveté et brevetable (avec des clauses d'exclusion telles que les inventions scientifiques non appliquées, la conformation aux "bonnes moeurs", les variétés végétales ou animales... Dans le domaine de la protection artistique, en revanche, la reconnaissance et la protection sont apparemment naturelles : c'est le support qui fait l'oeuvre, pourrait-on dire, sans jugement ou contestation possible sur la nature de l'oeuvre en fonction de sa qualité, son degré d'originalité, sa diffusion ou son utilisation effective... La Convention de Berne protège en effet les "oeuvres littéraires et artistiques", mais sans les définir ni sans préciser le degré requis d'originalité : elle se cantonne à donner une liste non exhaustive de types d'oeuvres. Il faut noter que la situation est différente dans le droit anglo-saxon puisque la protection du *copyright* suppose une déclaration et requiert l'enregistrement de l'oeuvre devant un bureau gouvernemental. Un des éléments du caractère conventionnel du droit d'auteur est donc la nature des oeuvres couvertes par sa protection. Malgré cette apparente absence d'ambiguïté, la nature des entités, des oeuvres ou des apports, qui font l'objet de la protection est susceptible d'être rediscutée et renégociée en permanence, dès lors que l'on se situe en dehors des productions conventionnelles dans leur contenu et leur mode de diffusion (un film de cinéma, un roman ou un essai, un disque de musique...) Cette définition des oeuvres suppose alors de s'intéresser de près au processus de production en spécifiant à la fois le processus lui-même (organisation du travail, travail collectif), la nature des compétences et des ressources mobilisées, le caractère de l'objet produit, ses conditions de diffusion ou d'exploitation.

L'oeuvre, orpheline de son support ?

Le lien entre une oeuvre et son mode de diffusion est très fort, au point d'être ancré dans notre langage. Traditionnellement, un modèle de diffusion est associé à un secteur de la création. On parle du marché de la peinture, désignant ainsi le mode de diffusion par le nom du secteur (or, s'il y a un marché de la vente d'originaux, il y a

aussi un marché de la reproduction et un marché du marchandisage). On parle de l'audiovisuel pour désigner l'ensemble des créations diffusées par ce canal. On parle du cinéma pour désigner indistinctement le secteur des oeuvres cinématographiques et le lieu où l'on consomme ces oeuvres.

Si cette confusion linguistique existe, c'est qu'il a toujours existé un lien fort entre l'oeuvre et son mode de diffusion. Pour reprendre un exemple cher à Becker⁸², le jazz est un type de musique orienté essentiellement vers la diffusion en concert. A l'opposé, les musiques englobées sous les labels *dance, house, techno, ...* sont peut-être plus des musiques destinées à la vente. On peut aussi se poser la question de savoir si le théâtre est un mode de diffusion ou un type de création. Les pièces jouées sont souvent des oeuvres écrites pour le théâtre. Ce phénomène devient plus flagrant dans le cinéma. L'auteur du scénario est considéré comme auteur alors que sa production n'est qu'un guide à la réalisation de l'oeuvre et n'est jamais - à quelques exceptions près - éditée. Le scénario est une oeuvre destinée à la télédiffusion ou à la diffusion cinématographique. Il est vrai que cet état des choses est le fait de contraintes techniques, d'incompatibilité de format : une oeuvre audiovisuelle ne peut pas être diffusée à la radio ou sous forme de livres. Pourtant ces contraintes sont estompées par l'avènement du numérique qui homogénéise les formats en traduisant sons, images fixes ou animées et textes sous la forme unique de *bits*. Malgré cela, il reste que le lien entre l'oeuvre et son mode de diffusion peut rester fort et faire l'objet d'un choix de format, impliquant un certain nombre de règles. Un film de télévision doit répondre à des critères de durée mais aussi d'éthique. Au contraire, un film de cinéma est tourné avec un certain souci de qualité esthétique. Le choix d'un mode de diffusion est donc partie intégrante de la création⁸³. Le cinéaste Federico Fellini en témoigne d'ailleurs, en exprimant cela avec la notion de contraintes :

⁸² *Les mondes de l'art* (Howard S. Becker,)

⁸³ Becker [], *op. cité*

"Par exemple, le petit format, donc l'impossibilité de plans longs ou de scènes dans lesquelles les personnages deviendraient trop petits. De là prend naissance une autre syntaxe, une autre façon de raconter, beaucoup plus simplifiée, comme une série de tableaux. [...] Ce n'est donc pas le rythme cinématographique, nerveux, où une image glisse dans l'autre en l'appelant, où chaque image en produit une autre. Non. A la télévision, on ne peut pas faire cela."⁸⁴

Aujourd'hui, ce lien s'est déjà beaucoup dissipé de telle sorte que la plupart des oeuvres sont exploitées suivant de nombreux canaux de diffusion. Un film de cinéma entamera sa carrière sur grand écran mais sera ensuite commercialisé en K7 vidéo, diffusé à la TV, accessible sur Internet. Si les uns et les autres servent à véhiculer des oeuvres, le livre et le théâtre désignent des modes de création alors que le CD-ROM et la télévision évoquent avant tout des vecteurs de diffusion. D'ailleurs les éditeurs de livre et les metteurs en scène de théâtre sont parties prenantes de la phase de création alors que les éditeurs de CD-ROM et les directeurs des programmes des chaînes de télévision⁸⁵ se contentent de collecter les oeuvres existantes, déjà éditées. La diffusion et l'édition sont désormais deux métiers distincts. D'ailleurs, si l'émergence de la plupart des modes de diffusion s'est fait concomitamment avec un type particulier d'oeuvres (l'oeuvre écrite avec l'édition, le film avec le cinéma, ...), cela ne semble pas être le cas avec la diffusion par réseau. L'oeuvre "internautique" n'existe pas. Ou peut-être n'est-elle pas encore reconnue comme telle. Peut-être que les bases de données (les "sites" ou "pages"), objets internautiques par excellence, seront considérées un jour comme des oeuvres. L'acquisition du statut d'oeuvre d'art ou d'artiste est affaire de convention⁸⁶.

Tous auteurs ? De l'importance du support comme définition de l'oeuvre

Aujourd'hui, quiconque peut collecter une oeuvre et la rediffuser, sous quelque forme que ce soit. Plus encore, il peut la modifier, la sectionner, la mélanger à d'autres et la délivrer de nouveau. Aussi, avec la dilution du lien entre l'oeuvre et son vecteur de diffusion et avec la nouvelle malléabilité des oeuvres numérisées, la question de

⁸⁴ Fellini [1980]

⁸⁵ cela dit, les chaînes de télévision tendent à s'impliquer de plus en plus dans la production de films

⁸⁶ à ce sujet, sur l'obtention du statut d'artiste par les réalisateurs de cinéma, voir *L'auteur du film - Description d'un combat* (Jeancolas, Meusy et Pinel [1996])

l'identité de l'oeuvre et de l'auteur devient prégnante. L'accès au marché, en effet, ne constitue plus une cristallisation de l'oeuvre ni une désignation de son ou de ses auteurs (cf. Modèle 4 bis). L'oeuvre est donc à redéfinir complètement, ainsi que son auteur. Un recueil, sous forme de CD-ROM, de tableaux de Rembrandt est-il une oeuvre ? Qui en est l'auteur ? Une photo d'une oeuvre est-elle une oeuvre ? Est-elle l'oeuvre elle-même ? ou une autre oeuvre ? Le réalisateur qui "joue" Shakespeare ou Giono se contente-t-il de diffuser *Othello* ou *Le Hussard sur le toit* ou crée-t-il une nouvelle oeuvre ? A ces questions, les réponses semblent souvent naturelles. Parce qu'elles se réfèrent à des statuts, à des conventions. Mais les frontières ne sont pas nettes. Rappeneau, qui adapte Giono au cinéma, est auteur. Son *Hussard sur le toit* est oeuvre au même titre que celui de Giono mais le réalisateur qui filme une pièce de théâtre reste un technicien.

Lorsque les oeuvres étaient liées aux supports, on avait des critères simples et relativement "fiables" pour distinguer une oeuvre d'une non-oeuvre. Ce qui était peint sur une toile avait le statut d'oeuvre, ce qui était imprimé sur un film en vue de diffusion cinématographique avait le même statut. Il a d'ailleurs toujours fait partie des règles des sociétés d'auteur de n'exclure aucun produit de leur champ de protection, et ce afin de défendre leurs seules frontières tangibles. Cela nous permet de comprendre pourquoi, au risque d'une perte de crédibilité, SACEM ou SACD perçoivent des sommes énormes pour les auteurs de *Dur dur d'être bébé* ou *Hélène et les garçons*. Comment justifier que l'on cherche à protéger les auteurs tout en distribuant les plus gros volumes de droits à des produits dont le caractère artistique ne provient que de leur format (chanson, film) ? C'est une position difficile à défendre aussi bien vis-à-vis des utilisateurs que de certains auteurs. Mais le critère de format est le seul qui soit objectif. Le nier, c'est laisser la porte ouverte à la subjectivité, avec tous les risques que cela comporte.

La banalisation de la photographie et du film a porté un premier coup à ce critère en excluant un certain nombre de produits, tels que les photos de presse ou les programmes de flux. De même, tout un pan de l'édition phonographique et de l'édition vidéographique ne relèvent pas de la création artistique. L'enregistrement

d'un match de football ne constitue pas une oeuvre⁸⁷. Il peut pourtant être commercialisé.

La numérisation rend le critère de format totalement obsolète en faisant des sons, des images et des textes des objets physiquement identiques. Oeuvres et données ne sont plus juridiquement distinguables. Néanmoins, pour la plupart des oeuvres, la diffusion numérique reste une "seconde" diffusion. Certains modes de diffusion accordent un statut d'oeuvre aux produits diffusés. Aujourd'hui, même s'il tend peut-être à s'estomper avec l'apparition des téléfilms à gros budgets, on sait que la diffusion en salles confère le label "cinéma" aux films. Mais c'est finalement un arbitrage du marché : sont diffusés en salles, sont édités en CD ou en livres les produits susceptibles d'avoir une audience suffisante⁸⁸.

L'oeuvre et son statut : l'importance de la catégorisation

La situation rencontrée en l'occurrence n'est pas exceptionnelle, c'est aussi celle qui prévaut en matière d'information. Dans le cas de la télévision par exemple, le statut des journalistes et des oeuvres a aussi un caractère conventionnel, tout comme celui des auteurs. Le caractère journalistique ne se définit pas de manière intrinsèque, en fonction de la forme ou du contenu de ce qui est produit, mais essentiellement en fonction du statut de l'émission où l'oeuvre produite est diffusée, de sa place dans la grille de programme et dans les structures organisationnelles de la chaîne. Selon les cas, la même production pourra se présenter comme un documentaire de création, un reportage d'actualité ou une émission de producteur ; selon les cas, son réalisateur pourra revendiquer ou non le titre, la carte et les avantages des journalistes. C'est exactement la même situation qui caractérise le statut de l'information à l'égard du droit d'auteur : celle-ci n'est théoriquement pas couverte par le droit d'auteur, mais il est impossible de définir *a priori* et objectivement ce en quoi une information se distingue d'une oeuvre de création. Souvent le statut de

⁸⁷ la définition que nous adoptons est la définition socio-juridique : est oeuvre ce qui engendre des droits d'auteur

⁸⁸ pour le cinéma, en France tout au moins, ce n'est pas vrai puisqu'un visa d'exploitation délivré par le CNC est nécessaire

l'oeuvre ou de l'information dépend de la catégorie organisationnelle dans laquelle elle s'inscrit et non pas de sa valeur ou de ses caractéristiques intrinsèques⁸⁹.

Ces limites de la protection mettent clairement en avant les liens et les différences entre brevet et droit d'auteur. Une différence entre les deux est que le brevet doit être "déposé" - ainsi que le *copyright*, ce qui constitue une différence fondamentale avec le droit d'auteur - et que l'ampleur de la protection est définie *a priori* alors que les droits d'auteur existent indépendamment de tout dépôt (qui pourrait être fait pour authentifier l'oeuvre par exemple) et que la portée exacte de la protection ne peut se définir, souvent, que par le conflit. Mais à l'inverse, l'exemple des logiciels illustre tout à fait les préoccupations convergentes qui naissent dans chacun des systèmes de protection. En France, la protection des logiciels par le droit d'auteur n'est pas satisfaisante car elle s'applique davantage à la forme expressive qu'à ce qui fait l'originalité et la spécificité du logiciel ou du programme, non protégées en tant que telles. Parallèlement, aux Etats-Unis, un débat se fait jour actuellement car la protection par les brevets est en train de se déplacer vers le contenant et le contenu, pour couvrir à la fois l'expression physique (le *look and feel*) et les méthodes et concepts sous-jacents (les principes ou l'idée de base).

L'éclatement des oeuvres et des droits

Comme nous l'avons mentionné plus haut, les technologies nouvelles suscitent un véritable éclatement de l'oeuvre, qui se voit réduite à un plan, une image, une portion d'image, un personnage, un son et non plus seulement à une séquence ou une mélodie, qui se trouve diffusée et exploitée sur des supports et dans des contextes diversifiés et non plus dans un seul lieu, à un seul moment ni sur un seul support. Du point de vue du droit, une des questions qui se pose est dès lors quoi protéger et comment ? Celle-ci se pose autant pour le droit d'auteur (un son, une image, une couleur, un idée, une trame musicale ou scénarisée sont-ils protégés ou peuvent-ils l'être ?) que pour les droits d'exploitation (l'infinité des modes possibles de diffusion rend leur maîtrise impossible).

⁸⁹ Cf. Benghozi, modernisation de la presse audiovisuelle, mimeo projet CRG.

Cas Rantanplan

Au premier semestre de l'année 1997 va s'ouvrir le procès Rantanplan. Rantanplan est un personnage de la bande dessinée *Lucky Luke*, créée par Morris et Goscinny. Il est connu comme le chien le plus bête de l'Ouest. Or, au fil des épisodes, ce personnage a pris une importance grandissante dans l'oeuvre des deux créateurs, au point que Morris, après la mort de Goscinny, a décidé de l'exploiter en lui consacrant une nouvelle série dont il est le héros. Les héritiers Goscinny ont porté plainte pour atteinte à leurs droits d'auteur, en arguant du fait que Rantanplan constitue une partie de l'oeuvre dont Goscinny était créateur et que, de ce fait, en tant qu'ayants droit, ils devaient être consultés et percevoir une rémunération.

L'éclatement des oeuvres et des produits signifie également le développement de leur hétérogénéité. Le droit de la propriété s'était constitué pour des produits calibrés et aisément identifiable (un livre, une image, un film, une pièce de théâtre). Le cas Rantanplan nous montre que les objets du droits d'auteurs ne le sont plus : un personnage, un extrait, une partie d'oeuvre sont couverts par le droit d'auteur au même titre que l'oeuvre elle-même.

Les droits d'exploitation sont tout autant éclatés. Dans le cinéma par exemple⁹⁰, évoquer simplement les droits d'un film a peu de sens tant ils sont diversifiés. Ils sont constitués de multiples "segments" définis selon les supports de diffusion, selon les lieux d'exploitation, et dans le temps, pour des durées définies. Certains sont permanents, d'autres sont volatiles ou éphémères. Ils se présentent sous formes de mandats (pouvoir de négociation et de commercialisation donnant lieu à une commission), de "négatifs" (mandat, droit d'exploitation exclusifs, propriété du support matériel et droit de reproduction) ou de forfaits (achat d'une partie des droits d'exploitation - ceux d'un pays, par exemple - pour un montant fixe).

La chaîne des droits d'exploitation d'un film de cinéma

Le montage d'un projet fait intervenir plusieurs types d'intervenants, plusieurs collaborateurs qui, au bout du compte, seront titulaires chacun d'un fragment du film en fonction des ressources engagées. Quand un producteur entreprend la production d'un film, il conclut un contrat de production avec chacun des coauteurs afin d'acquérir les droits patrimoniaux d'exploitation, en général pour une durée limitée. Le producteur apporte en général peu de capitaux mais la possession initiale

⁹⁰ on pourra se reporter, pour plus de détails à C. Cervoni (1992).

des droits est la contrepartie de son travail d'entrepreneur. Comme le coût d'un film est élevé (plusieurs dizaines ou centaines de millions de francs), quand il constitue son plan de financement, il offre comme contrepartie, la concession de certains droits d'exploitation.

Le producteur s'associe donc à des investisseurs qui ont la qualité de coproducteurs et se voient concéder une quote-part des droits en fonction de leurs apports (fonction et responsabilité occupée sur le projet ; apport en numéraire, en nature ou en prestation). Cela s'opère dans le cadre d'un rapport de force entre commanditaires et producteur : un franc n'aura pas la même contrepartie selon que cette somme est fournie au début du plan de financement, alors que le producteur dispose encore d'alternatives, ou bien à la fin du montage, quand l'argent manque pour boucler le film et que le producteur est prêt à des concessions importantes pour réussir à terminer son projet.

La contrepartie des apports n'est donc pas proportionnelle à leur importance et n'est pas non plus homogène (cf. Tableau 18). Il peut s'agir d'un pourcentage global des droits, ou bien d'une part des droits à recettes sur un segment de marché (des "couloirs" correspondant aux différents segments de diffusion : salles de cinéma, vidéo, télévisions généralistes, câblées, cryptées, ou satellites, droits dérivés (produits dérivés), secteur non commercial (associations ou cinémathèques), diffusion institutionnelle (prisons, hôpitaux...), sur des pays ou des aires géographiques limitées, pour des durées variables), ou bien nantissement et mise sous créance des droits ; cette contrepartie peut être elle aussi soit en numéraire (pourcentage des recettes) soit en nature (droit de passage à la télévision, mandat de commercialisation sur un pays...)

Tableau 19 : Exemple de montage financier d'un film

	apport	contrepartie en en valeur	contrepartie parts recettes
distribution	5,5 MF	2 MF (à-valor France-Belg.) 3,5 MF (à-valor étranger)	recettes tous supports France/Belg. sauf 2 passages TV 100% recettes étranger
avance sur recettes	1,7 MF	1,7 MF après récup. 1,7 MF	25% après récupération distribution et 2 passages TV 10% recettes tous supports
télévision (Antenne2)	3,2 MF	1,7 MF (préachat) 1,5 MF (coproduction)	2 passages antennes 20% des parts producteurs après distribution et participation américaine
participation américaine	5,5 MF	territoires anglophones étranger hors France	recettes tous supports 30% recettes tous supports après à-valor
producteur	3,85 MF		80% parts producteurs France, après récup. distributeur et avance sur recettes 40-35-30% rec. étranger ap. à-valor
budget	19,75 MF		

Les droits d'exploitation attachés à un film se présentent donc comme une mosaïque et sont d'autant plus difficile à gérer et à exploiter qu'ils nécessitent une bonne connaissance des modes d'exploitation sur les différents segments (qu'il s'agisse de différents pays ou de différents supports), un travail commercial de vente et de promotion auprès des diffuseurs correspondants, la mise en place d'un contrôle financier sur les conditions d'exploitation et de rémunérations, un système d'information sur les portions de droits arrivant à échéance ainsi que ceux pouvant être vendus ou revendus...

Dans une telle situation, les droits d'auteurs n'apparaissent souvent que comme un droit à recettes parmi d'autres⁹¹, sans que leur spécificité n'apparaisse clairement et sans qu'ils se distinguent, pratiquement, des autres à-valor, droits à recettes au titre des participation, coproduction...

⁹¹ Cf. partie suivante

L'éclatement des productions et de leurs modes de gestion, que nous venons de constater dans le cinéma n'est pas spécifique au secteur culturel. Il se retrouve de façon très voisine dans le secteur industriel. Le secteur du logiciel nous montre par exemple que deux volets du même produit peuvent être protégés par des principes différents. Ainsi, on constate que d'un côté, quel que soit le pays, les "sources" tendent à être protégés au titre du droit d'auteur ou du *copyright*. L'Union Européenne des Brevets a d'ailleurs adopté une position assez claire pour écarter le logiciel du champ des brevets. A l'inverse, la protection des interfaces-utilisateurs, des commandes et du "*look and feel*" apparaît beaucoup plus contrastée. Si certaines décisions (Lotus *vs.* Paperback, 1987, Lotus *vs.* Borland 1992) ont pu faire jurisprudence pendant une période, celle-ci semble être récemment remise en cause par d'autres arrêts⁹².

3. LA PROTECTION DES AYANTS DROIT FACE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES DE DIFFUSION

Comme nous l'avons déjà mentionné à différentes reprises, la protection des ayants droit, de leur droit moral comme des droits d'exploitation, est mise à mal par les possibilités offertes par les nouvelles technologies. En matière audiovisuelle particulièrement, l'exercice du droit moral de la part des auteurs (droit de divulgation, de repentir, respect de l'oeuvre...) est fortement amoindri. Cela tient à la fois à des raisons juridiques (caractère collectif des oeuvres) et économiques (coût des films, fonction du producteur, rapports entre éditeurs et auteurs).

Les droits patrimoniaux face au piratage

Une des premières restrictions à la protection des ayants droit est d'ordre strictement économique, elle tient à l'exploitation abusive des oeuvres. Ce problème a existé de tous temps, mais il voit son importance renouvelée du fait des facilités nouvelles de diffusion (et des difficultés corrélatives de contrôle). Il suffit d'une simple cassette vidéo (achetée, louée ou copiée) pour opérer une diffusion collective

⁹² Zimmerman (1995)

dans des lieux tels que prisons, hôpitaux, écoles, avions, autocars voire immeubles d'habitation...

De même, toute diffusion hertzienne de télévision dépasse nécessairement l'empreinte du pays visé c'est le cas de la RAI transmise par satellite et relayée par les réseaux câblés européens, ou de France 2, parfaitement reçue en Tunisie. Dans chaque cas, l'exploitation se fait au détriment des ayants droit puisque l'acquisition des droits des différentes émissions ne tient compte (au mieux) que du pays initial de réception.

Même dans le cas d'une exploitation normale par le satellite, la question se pose de l'identification, de la rémunération et de la protection des ayants droits dans les pays d'émission. L'application de la propriété intellectuelle soulève des problèmes opératoires qui limitent sa portée et supposent de mettre en oeuvre des règles économiques adaptées. La rémunération dans un autre pays suppose en particulier des accords entre sociétés d'auteurs qui ne peuvent être fondés que sur la confiance, le contrôle croisé et une large délégation. Si ces conditions ne sont pas réunies, c'est alors un système forfaitaire de type licence obligatoire qui doit s'appliquer.

Mais la faible protection des ayants droit tient aussi à l'utilisation ou à la commercialisation frauduleuse des oeuvres. Les techniques de numérisation renforcent la complexité des méthodes de production⁸³ mais permettent aussi de disposer d'enregistrements de meilleure qualité, à même d'assurer des reproductions ultérieures. Il est naturel, du fait de l'écart entre coût de production matérielle et prix de vente (c'est-à-dire du fait de l'existence de la propriété intellectuelle), qu'un marché parallèle se développe. Pour constater l'ampleur du phénomène, nous pouvons consulter le tableau suivant qui propose des estimations de l'importance de la piraterie sur divers marchés nationaux.

⁸³ pour être pressé, par exemple, un disque compact nécessite des investissements beaucoup plus coûteux qu'un disque vinyle.

Tableau 20
Importance de la piraterie dans le secteur de la vidéo
(estimation 1994)

Pays	Importance de la piraterie (en % du marché national)
Allemagne	16
Espagne	6
France	10
Grande-Bretagne	20
Italie	40
Etats-Unis	10

Source : *Observatoire Européen de l'Audiovisuel*,
d'après *Screen Digest*

Dans certains pays, ce marché est même plus important que celui de l'édition légale. Les pirates jouent de ce fait un rôle non négligeable dans l'organisation des filières. En matière de vidéo, c'est le poids du piratage et de l'évasion des droits qui a poussé les éditeurs à baisser considérablement le prix des cassettes afin de favoriser le marché de la vente directe au consommateur au détriment de la location et du maintien d'un réseau dense de vidéoclubs. En matière de musique également, dans la mesure où les pirates se concentrent sur les créneaux les plus rentables (les morceaux les mieux appréciés des artistes les plus connus, aux prix les moins chers), et représentent une part non négligeable du marché, ils influent directement sur les grosses compagnies : incitation à la baisse des prix, rapidité de publication et stimulation de la nouveauté.

L'exploitation abusive peut résulter d'une stratégie économique (profiter des lacunes du droit), d'un comportement frauduleux (éditions pirates), mais aussi d'une vision différente de l'utilisation des droits. Ainsi, certains pays en voie de développement relaient illégalement la diffusion par satellite de TV5 et pillent ses émissions "au nom de la francophonie", avec le soutien tacite des services culturels de l'Ambassade de France. Dans un contexte de diffusion élargie, certains soutiennent également la thèse selon laquelle l'utilisation d'oeuvres financées par subvention ou sur des fonds publics devraient être libres de droit, notamment en matière d'éducation ou d'enseignement.

Le droit d'auteur face à la simplicité de gestion du copyright

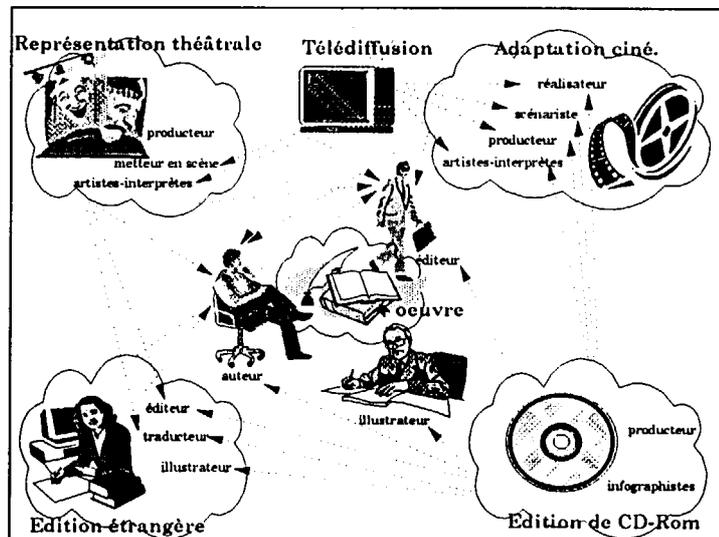
Avec le droit d'auteur et le lien intime qu'il crée entre droit "moral" et droit "économique", entre un auteur et son oeuvre, c'est surtout la personne de l'auteur que vise la protection, comme son nom l'indique d'ailleurs. Au contraire, le *copyright* vise essentiellement à la protection d'un droit de propriété, en protégeant la forme des idées et non les idées elles-mêmes. C'est la raison pour laquelle ce droit de propriété n'est pas nécessairement celui de l'auteur, mais peut être celui de l'employeur si la création est le fait d'une relation employeur-salarié. Ainsi, en matière de cinéma, la loi américaine attribue d'emblée le *copyright* au producteur alors que la loi française l'attribue *a priori* aux quatre catégories traditionnelles d'auteurs. Le *copyright* diffère donc du droit d'auteur d'une part par l'absence de la notion d'auteur, et d'autre part par l'obligation de déclaration des oeuvres. Le propriétaire - et non l'auteur - d'une oeuvre doit la déclarer pour pouvoir bénéficier d'une protection. Conséquence de l'absence d'auteur, le rapport entre l'oeuvre et son propriétaire est véritablement un rapport de propriété. L'oeuvre est cessible, il n'y a donc pas de droit moral. Le système du *copyright* se contente donc de reconnaître la notion de propriété sur une oeuvre déclarée, la vie de l'oeuvre étant déterminée par la suite dans un cadre privé, contractuel. L'auteur, au sens du *copyright*, de *Citizen Kane* aujourd'hui est Time Turner puisque l'oeuvre a été rachetée à la RKO, son auteur original. Dans ce système, une symphonie et une paire de baskets sont identiques au point de vue juridique⁹⁴. De ce fait, l'organisation de la production d'une oeuvre (au moins en ce qui concerne les oeuvres de facture industrielle) ne diffère pas de l'organisation de la production d'une paire de baskets. C'est d'ailleurs le modèle français qui apparaît comme "anormal" puisque l'auteur, salarié du producteur, ne lui est pas hiérarchiquement subordonné.

Toutefois, si, en théorie, les droits d'auteur relient une oeuvre et son auteur, dans la pratique, l'exercice de ces droits est beaucoup plus complexe puisque, nous l'avons vu

⁹⁴ Le sous-secrétaire d'Etat américain au commerce, Bruce Lehman, déclarait ainsi, en 1994 : "C'est vrai : chez, nous, dans notre système de droit d'auteur essentiellement économique, il n'y a pas grande différence entre une symphonie et une paire de baskets." (in La Revue de la SACD, n°6, 1994)

plus haut, d'une part un auteur peut recevoir ses revenus de plusieurs sources (producteur, diffuseur, éditeur des droits mécaniques...) et d'autre part, un diffuseur peut devoir verser des rémunérations et demander des autorisations à plusieurs interlocuteurs (auteurs, producteur, collaborateurs artistiques...) Les oeuvres de réutilisation (en musique comme en audiovisuel d'ailleurs) exigent l'accord de nombreux auteurs et réalisateurs. Cette démarche est longue et coûteuse : les auteurs doivent être identifiés, localisés, puis contactés et convaincus individuellement. La démarche est aussi génératrice d'incertitude car un extrait est souvent recopié, voire inséré au montage avant d'avoir obtenu l'autorisation écrite de son auteur. Enfin, une fois toutes les autorisations accordées, il faudra rémunérer les différents ayants droit au cours de l'exploitation de l'oeuvre, ce qui génère des frais de gestion supplémentaires. La figure suivante décrit, dans le cas virtuel que nous avons présenté, les flux de droits générés par les exploitations d'une oeuvre et de ses adaptations.

Figure 11 : Les flux de droits résiduels pour une oeuvre et ses adaptations



Un modèle adapté : le copyright ?

L'écart, imposé par des difficultés de gestion, que l'on observe entre le droit d'auteur théorique et sa mise en oeuvre pratique nous amène à nous demander si, dans la pratique, le droit d'auteur ne revient pas à "du *copyright* déguisé" ? Il n'est pas de notre propos de comparer ces deux modèles. Cependant, il est intéressant de constater que la menace du *copyright* suscite de la part des institutions culturelles françaises une véritable levée de bouclier⁹⁵. Or, le droit d'auteur au cinéma ressemble, dans la pratique, au *copyright*, vu la faiblesse des taux consentis et l'appropriation par les producteurs des droits d'exploitation. De plus, aux Etats-Unis, il est fréquent que des scénaristes à succès, ou même des artistes interprètes, obtiennent le versement de *residuals* (pourcentages des recettes) à la signature de leur contrat. La rémunération rétroactive s'impose donc naturellement, par le marché. Nous avons donc d'un côté une rémunération proportionnelle imposée par la loi, dont le taux, laissé à la négociation, est souvent dérisoire ; et de l'autre, un système libéral où la rémunération intègre une participation aux recettes selon la notoriété des intervenants. Enfin, il n'est pas rare que le droit moral soit tacitement "négocié" en France, tandis que des prérogatives sur leurs films peuvent être accordées à certains auteurs à succès aux Etats-Unis. Est-ce à dire que les prérogatives d'auteur sont uniquement affaire de rapports de force et, par suite, que le droit d'auteur et le *copyright* ont les mêmes influences pratiques ? Ce serait à notre sens oublier une propriété méconnue mais importante du système du droit d'auteur, la gestion d'un statut, le statut d'auteur. Nous en reparlerons ne conclusion.

⁹⁵ en témoignent les débats organisés autour du GATT mais aussi la multiplication des colloques, réflexions et autres groupes de travail qui sont menés autour du sujet. Nous en citons quelques-uns en bibliographie.

Partie IV.

Quand le droit d'auteur devient un problème de gestion et d'économie

1. LA GESTION DES DROITS D'AUTEUR : ENTRE LES MAINS DES DIFFERENTS ACTEURS

Salaire ou droit d'auteur ? Une question d'étiquetage

Comme nous l'avons vu au cours de l'étude quantitative, il est assez difficile de distinguer les droits d'auteur des salaires. Il est faux de penser que tout ce que touchent les auteurs sont des droits d'auteurs. Les contrats des réalisateurs de cinéma prévoient le versement d'un salaire pour le travail de technicien ainsi qu'un pourcentage correspondant aux droits d'auteurs. La plupart du temps, ce pourcentage est "remplacé" dans la pratique par un minimum garanti et les auteurs perçoivent simultanément deux sommes, l'une au titre de salaire et l'autre au titre de droits d'auteurs. A titre d'exemple, le contrat de Serge Meynard pour le téléfilm *Le sang du renard* prévoyait le versement d'un salaire de 275 kF (110 kF pour le travail de scénariste et 165 kF pour le travail de réalisateur) et d'un minimum garanti sur droits d'auteurs 275 kF (même répartition). Nous soulignons cet état de fait pour insister sur le caractère conventionnel de l'appellation "droits d'auteur".

Quand Serge Meynard perçoit sa rémunération, seuls les termes du contrat permettent de distinguer la partie "salaires" de la partie "droits d'auteur". En fait, ce n'est pas tout à fait vrai : si rien ne permet de distinguer *a priori* le paiement d'un salaire du paiement d'un droit d'auteur, la répartition librement définie au cours de la signature des contrats a des répercussions concrètes. D'une part, les charges sociales relatives au droit d'auteur empruntent un circuit très spécifique puisqu'elles sont versées à l'AGESSA. D'autre part, les taux des cotisations sociales ne sont pas les mêmes ni pour les diffuseurs ni pour les auteurs et les prestations auxquelles

elles donnent droit différent aussi. A titre d'illustration, nous pouvons consulter le tableau comparatif suivant.

Figure 12:
Calcul comparatif des cotisations sociales sur les revenus salariaux et artistiques

Calcul comparatif des cotisations sociales sur les revenus salariaux et artistiques (au 01 janvier 1997)		
Exemple d'une rémunération brute de 10 000 F		
	Salaire	Droits d'auteur
Rémunération brute hors taxes	10 000 F	10 000 F
Cotisations sociales à la charge de l'entreprise ⁹⁶ (Assurances sociales, alloc. familiales, aide au logement)	2 850 F	100 F
Cotisations sociales à la charge de l'auteur (hors assurance vieillesse) ⁹⁷	950 F	931 F

Ainsi, si la distinction des droits d'auteurs et des salaires est affaire de dénomination, le choix de l'une ou de l'autre leur appose une marque qui rend la différence effective. Sont droits d'auteur les rémunérations qui ont été versées "en droits d'auteur". Et payer quelqu'un en droits d'auteurs ne signifie pas lui signer un chèque particulier mais devoir emprunter la voie des droits d'auteurs pour le paiement des charges sociales et lui donner la possibilité de bénéficier du régime des auteurs.

Les droits d'auteur sont établis par la loi, mais l'appellation "droits d'auteur" est le plus souvent le fait d'une négociation et de la signature d'un contrat. Si les sommes perçues par un peintre en contrepartie de l'autorisation de reproduire son oeuvre sur un calendrier entrent automatiquement dans la classe des droits d'auteur, cela n'est

⁹⁶ en ce qui concerne les salaires, il faudrait ajouter la cotisation accident du travail, la taxe patronale et les cotisations à verser à divers organismes pour avoir la totalité des charges sociales ; en ce qui concerne les droits d'auteur, les 1 % constituent une contribution générale.

⁹⁷ afin d'obtenir des chiffres comparables, nous n'incluons pas l'assurance vieillesse dans la part à la charge du salarié car le régime social des auteurs n'en prévoit pas

plus automatique pour les sommes perçues par un metteur en scène de la part de son producteur.

Le droit d'auteur : incertitude et prime de risque

Une des spécificités majeures des secteurs culturels tient à la place centrale qu'y tiennent le risque, l'incertitude, et la maîtrise du temps. Dans ces domaines sans doute plus qu'ailleurs, la réussite et le succès d'une part sont très largement aléatoires et d'autre part ne connaissent aucun seuil minimum ; les échecs peuvent donc s'avérer brutaux et complets. Cette énorme incertitude qui caractérise le marché des productions culturelles est tout à fait spécifique de cette sphère d'activité : incertitude quant à la valeur future prix de revente - d'une oeuvre (cas de la peinture), incertitude quant au nombre de places ou d'exemplaires vendus (industries culturelles ou spectacle vivant). Les mécanismes d'anticipation du risque structurent de ce fait toutes les relations au sein des filières de production, y compris, bien sûr, celles touchant au droit de propriété intellectuelle : protection des rémunérations, réassurance ou transfert du risque, anticipation des recettes et des comportements, dissolution du risque par la gestion de gammes de projets.

Comme nous l'avons vu plus haut la justification économique des droits de propriété est d'ailleurs directement liée à l'existence de cette incertitude de la création. Le monopole provisoire que confèrent, pendant la durée de protection, les droits de propriété intellectuelle visent d'abord, on l'a vu, à compenser les imperfections du marché en garantissant une rémunération et en incitant à l'innovation. Par la proportionnalité des rémunérations au succès de l'oeuvre, les droits d'auteur constituent par ailleurs, en cas de réussite, une véritable prime au succès. Ils permettent ainsi, d'un côté, de compenser, d'un projet à l'autre, les risques importants d'échecs que comporte toute production ; mais ils transmettent également, de l'autre côté, les écarts auquel donne lieu l'exploitation publique des oeuvres artistiques, en accentuant donc les déséquilibres de revenus au sein des populations d'auteurs⁹⁸. En outre, les difficultés de repérage de l'exploitation des oeuvres tendent également à

⁹⁸ alors qu'on pourrait parfaitement concevoir des systèmes de plafonnement ou de péréquation

favoriser les oeuvres à succès, comparativement à celles qui sont moins visibles car exploitées occasionnellement. Les rémunérations octroyées aux créateurs au titre des droits de propriété intellectuelle sont de ce fait extrêmement inégales, comme en témoignent les schémas suivants. 7% des auteurs compositeurs SACEM dépassent 60 000F annuels mais 3/4 touchent moins de 6 000F ; 1,5% des auteurs de théâtre SACD touchent plus de 100 000F par an, mais plus de 4/5 moins de 10 000F. Ce phénomène se retrouve dans tous les pays et tous les secteurs culturels⁹⁹. Le déséquilibre entre les auteurs est, en outre, accentué par les pratiques et les rémunérations contractuelles qui existent à côté du droit d'auteur. Le besoin de se garantir contre les aléas de l'accueil du public à une oeuvre a entraîné en effet une augmentation importante des coûts de production (dans le cinéma notamment, mais également dans le théâtre, l'opéra, la musique). Ce souci a conduit, de tous temps, à des niveaux de rémunération extrêmement hauts pour les quelques auteurs qui "marchent" et, par voie de conséquence, pour tous les collaborateurs artistiques "à succès". Les cachets importants se sont de plus accompagnés pour ceux-là d'un rôle de plus en plus important dans les décisions qui touchent la production et la réalisation. Il faut cependant noter que certaines sociétés de gestion collective s'efforcent, dans une faible mesure toutefois, de mettre en oeuvre des mécanismes compensateurs sur la base des ressources "collectives" dont elles peuvent disposer : elles peuvent, par exemple, choisir de valoriser certains types d'oeuvres ou certains types de créateurs.

Le droit d'auteur : un enjeu pour des points de vue parfois contradictoires

Le choix des modes de rémunération des auteurs par les éditeurs ou les producteurs met à jour les intérêts divergents au sein de populations d'auteurs qui tendent à se présenter comme homogènes. C'est le cas dans la peinture avec l'application du droit de suite, c'est aussi le cas dans l'édition avec le développement grandissant des systèmes éditoriaux de droits forfaitaires : si le système est gênant pour les auteurs confirmés, il est avantageux pour les jeunes auteurs et il leur permet d'être édités.

⁹⁹ Cf. R. Moulin (1993)

D'un point de vue économique, le choix ne se fait donc jamais simplement entre des droits de propriété intellectuelle ou pas, mais plutôt entre les droits de propriété d'un groupe d'acteurs et ceux d'un autre groupe¹⁰⁰. Se focaliser sur la question des bénéficiaires des droits de propriété intellectuelle plutôt que sur celle de leur principe permet de comprendre, notamment, le paradoxe selon lequel les producteurs se battent, d'un côté, pour affaiblir le droits des auteurs mais revendiquent parfois aussi, d'un autre côté, un droit du même ordre pour eux-mêmes. La résolution du paradoxe est que dans un cas, c'est de la gestion des relations avec leur "fournisseur" dont il est question, dans l'autre cas, de la gestion des relations avec leurs clients.

La différenciation qui s'opère entre les catégories d'auteur sous l'effet (ou à l'égard) du droit d'auteur tient notamment à des préférences temporelles différentes : longue durée pour des artistes plus anciens ou plus reconnus, rémunération immédiate pour des jeunes artistes au succès et à l'avenir incertains ; on retrouve les mêmes disparités dans d'autres catégories, les producteurs de cinéma par exemple dont certains visent un gros succès immédiat et dont d'autres inscrivent leur production dans le cadre d'un catalogue aux recettes régulières et à la durée de vie plus longue. La différenciation entre les différents acteurs de la chaîne de production tient aussi à leur aversion et leur gestion du risque qui ne sont pas les mêmes en fonction de leur situation (salarié ou entrepreneur) et de leur stratégie individuelle (producteurs de cinéma¹⁰¹) : c'est d'ailleurs ce qui explique, dans le cinéma, l'existence simultanée de plusieurs modes de rémunération (salaires, droits d'auteurs, participation), correspondant à des attitudes différentes à l'égard du risque.

Les négociations menées autour des droits s'opèrent donc dans des sphères de gestion différentes¹⁰². Le niveau privilégié (un secteur culturel, un sous-groupe artistique homogène, une production spécifique) est fixé par le jeu des acteurs, par

¹⁰⁰ R. McCain (1994)

¹⁰¹ Cf. Benghozi (1989)

¹⁰² Cf. Benghozi (1987)

leurs interactions et, selon les cas, par l'environnement juridique, réglementaire, technique qui peut imposer certains contextes. Les mêmes oeuvres peuvent faire l'objet de systèmes de protection différents selon la sphère dans laquelle on les envisage. Ainsi, en France, les films offrent d'une part des systèmes de protection (et de rémunération) différents aux musiciens et aux réalisateurs et scénaristes, d'autre part un exercice différent du droit moral selon qu'il sont destinés au cinéma ou à la télévision. De même, en Angleterre (sous le régime du *copyright* cette fois) une oeuvre peut être littéraire ou musicale mais pas les deux à la fois : les chansons y font ainsi l'objet de deux *copyrights* distincts, les conditions applicables à la musique et aux paroles étant différentes.

Droits de la propriété intellectuelle et politiques culturelles

En matière culturelle et artistique, comme dans le domaine technique et industriel, la fonction et le rôle de l'Etat peuvent être conçus de deux manières : tantôt comme devant compenser l'action du marché (en intervenant notamment dans des secteurs jugés stratégiques ou déficitaires mais dont le maintien est considéré comme essentiel), tantôt comme stimulateur et régulateur de marchés susceptibles d'être dévoyés sous l'effet du commerce (en l'occurrence le marché de l'art et les industries culturelles). Parallèlement, l'Etat peut soutenir la création et la production (au risque d'être accusé d'imposer une esthétique d'Etat à travers ses préférences¹⁰³), ou la consommation et la demande (par exemple sous forme de chèques au spectateur) sans interférer alors avec les choix artistiques. C'est dans le même type d'alternative que se situe le droit d'auteur. Le système de propriété intellectuelle est d'ailleurs constitué de deux volets, relativement distincts, et correspondant à des philosophies différentes : littéraire et artistique d'une part, industriel d'autre part. Il ne s'agit pas là, simplement, d'une coupure entre ce qui relèverait de l'art et ce qui relèverait du commerce, mais bien plutôt d'une séparation entre deux modes de production industrielle et commerciale ou culturelle. Mais, et l'on retrouve ici le caractère arbitraire des systèmes de propriété intellectuelle que nous évoquions plus haut,

¹⁰³ voir les récents débats autour des ouvrages de M. Fumarolli

cette coupure ne s'exprime pas et ne se définit pas de la même manière dans tous les pays.

L'intervention publique se justifie généralement par le souci d'assurer la reconnaissance sociale des auteurs et de protéger l'intégrité de leur contribution artistique. C'est d'ailleurs cet argument qui est le plus fréquemment mis en avant par les acteurs concernés. Mais l'intervention publique en matière d'innovation et de création se justifie aussi, économiquement, par la nécessité de corriger les imperfections du marché qui a tendance à ne pas récompenser suffisamment l'innovation et n'assure pas de réelles incitations à créer. En effet, en l'absence de mécanisme de protection, le créateur risque de voir son innovation instantanément imitée et copiée en cas de succès, sans que ses investissements et son inventivité ne puissent être rémunérés, sans qu'il ne puisse en bénéficier davantage par rapport à ses concurrents. Ces deux classes d'arguments, sociaux d'une part, économiques de l'autre, renvoient à deux volets distincts de la protection intellectuelle (moral et patrimonial), mais interfèrent cependant en permanence dans son application.

En outre, la diversité des motifs qui sont à l'origine du droit d'auteur signifie que le système de propriété intellectuelle doit s'envisager dans le cadre général et plus vaste de l'ensemble des aides élaborées en faveur de la création et de l'innovation, dont les subventions, les quotas, les dispositifs de reconnaissance professionnelle, la régulation de la concurrence... On peut ainsi distinguer trois types de politiques en matière de rémunération de la propriété intellectuelle : 1. l'élaboration de processus spécifiques de régulation (institués, comportant règles et procédures comme dans le cas du droit d'auteur *stricto sensu*) qui viennent se greffer sur les pratiques des acteurs économiques et les encadrer (cas du droit de suite en peinture¹⁰⁴) ; 2. des politiques qui s'inscrivent directement dans le processus "technique" de production (c'est le cas du cinéma ou de l'édition où sont imposées des formes ou des clauses de contrats et de rémunération, où sont identifiées *a priori* des catégories de collaborateurs particuliers...) ; 3. des injonctions ou des recommandations aux acteurs économiques et juridiques pour qu'ils tiennent compte des ayants droit de

¹⁰⁴ Lena & Duret-Robert (1996)

façon "honnête" et correcte (e.g. les mesures favorisant la distribution en salle ou la programmation de films français plutôt qu'américains, ou les quotas de chanson française à la radio).

Dans tous les pays, plusieurs lois s'associent ainsi au droit d'auteur (droit des marques, concurrence déloyale...) pour offrir, par exemple, une garantie complémentaire contre les reproductions non autorisées. Les différents registres de l'action publique visent en effet, le plus souvent, des objectifs de même nature qui sont susceptibles d'être atteints de plusieurs façons : par exemple en établissant des droits de propriété qui donnent, *a priori*, des incitations à innover, ou en instaurant, *a posteriori*, des incitations à transférer les produits de création, en stimulant la compétition sur les marchés. L'existence de mécanismes de compensation entre les différents systèmes d'aide conduit d'ailleurs certains économistes à estimer que dans les secteurs où la protection des droits de propriété est faible, la législation concurrentielle devrait s'appliquer avec plus de souplesse mais s'appliquer avec plus de rigueur dans le cas contraire.

Un problème de gestion

Le problème des droits de propriété intellectuelle peut donc apparaître (et être envisagé) d'abord comme un problème d'application pratique et de gestion: détermination du contexte d'application d'une part, des modalités de mise en oeuvre d'autre part. Ainsi, au niveau européen, il existe pour chaque type de droits de propriété intellectuelle, un noyau de prérogatives essentielles, définies droit par droit, et constituant la substance et l'objet spécifique du droit. Pour les brevets ou les marques, ces objets spécifiques sont à peu près définis¹⁰⁵. En matière de droit d'auteur, en revanche, il n'existe aucune définition d'ensemble de ce type. Quant aux modalités de rémunération, la complexité de gestion d'un système où se trouvent, d'un côté, une multitude d'auteurs, et de l'autre côté une multitude de diffuseurs ont incité, dans un très grand nombre de cas, à l'instauration de dispositifs de gestion collective. L'immatérialité des échanges fait que le simple fonctionnement du marché

¹⁰⁵ Par exemple, pour les brevets, le droit exclusif de fabrication, de première mise en circulation, d'opposition à l'utilisation.

ne suffit pas à assurer la mise en relation des uns et des autres (problème de repérage des oeuvres et des ayants droit, problème de contrôle,... On se situe dans des contextes dans lequel l'auteur, pas plus que l'éditeur-producteur, n'a aucune initiative et n'est même pas informé de l'utilisation des oeuvres, puisqu'à partir du moment où il détient le support, un programmeur de radio peut passer un disque quand il le désire). Mais la gestion collective a d'autres objectifs ; il s'agit notamment d'aboutir à une certaine homogénéité dans les conditions d'utilisation des oeuvres, ce qui est d'autant plus important que, comme nous l'avons noté plus haut, l'exercice du droit d'auteur donne lieu, à ses marges, à négociation et interprétation puisqu'on ne se situe pas dans le cadre de produits parfaitement identifiables et substituables comme peuvent l'être la plupart des produits industriels. Si la portée des autorisations et les rémunérations demandées en contrepartie devaient varier en fonction de chacune des oeuvres du répertoire d'une société de gestion collective, ce type de gestion perdrait son intérêt pour les utilisateurs. La standardisation des transactions et des échanges (qui permet leur multiplication) passe donc aussi par une standardisation des productions à l'intérieur de sous-groupes homogènes pouvant donner lieu à un traitement global et automatique.

2. LES DROITS AU COEUR DES QUESTIONS ECONOMIQUES

Les droits, or de l'ère immatérielle

Du point de vue économique, l'éclatement des modes de diffusion et la réutilisation partielle des oeuvres dans des créations modernes (films à base d'images d'archives ou disques de compilation par exemple) posent de réels problèmes car la difficulté majeure de la production - le facteur limitant et la ressource rare à gérer - n'est alors plus seulement la création, la conception ou la réalisation, mais devient désormais l'acquisition des droits d'exploitation. Ceux-là sont multiples et complexes à acquérir, l'identification et le repérage des droits et des ayants droit sont malaisés¹⁰⁶, la

¹⁰⁶ L'impossibilité d'un tel repérage conduit même parfois à renoncer à l'utilisation d'une oeuvre.

négociation et la rédaction des contrats demandent un temps important, ces coûts se superposent au coût de la production proprement dite...

Mais outre les surcoûts que nous venons d'évoquer, le développement de la protection artistique s'est aussi traduit par la mise en place de plusieurs types de taxes (sur les cassettes pour la copie privée par exemple, ou sur le chiffre d'affaires des sociétés de télévision). La multiplication des droits (droits d'auteur mais aussi droits voisins) et des ayants droit a ainsi induit, à recettes égales, un renchérissement des coûts de production. Et l'on peut se demander si, à moyen terme, ces droits ne risquent pas d'être préjudiciables à ceux-là mêmes qu'ils sont censés protéger : dans certains cas, ils conduisent en effet à une limitation de la production ou à un report des surcoûts sur les éléments les plus faibles de la filière de production (les exploitants de salle de cinéma, par exemple, qui sont les diffuseurs finaux).

Cette complexité de la gestion des droits s'est conjuguée à la revalorisation des droits consécutive à la multiplication des chaînes et supports de diffusion pour susciter un phénomène de concentration et de "ramassage" de droits¹⁰⁷ permettant aux diffuseurs de réaliser des économies d'échelle dans leur gestion et des économies d'envergure dans leur mise en valeur (ventes en bloc...). D'une part, les sociétés de gestion collective se sont efforcées d'attirer le maximum d'affiliés pour être en mesure d'offrir aux diffuseurs un catalogue d'oeuvres directement et facilement accessibles. D'autre part, des entreprises spécialisées dans le négoce des droits d'exploitation se sont créées (indépendantes ou filiales de groupes audiovisuels ou financiers) et sont à la tête de portefeuilles importants. Les portefeuilles de droits que possédaient les producteurs petits et gros ont ainsi connu une véritable flambée, qu'il s'agisse de ceux des *majors* (Twentieth, MGM/UA, Columbia (acquise par Sony pour \$ 3,5 milliards) ou MCA/Universal (acquise par Matsushita pour \$ 6,5 milliards)) ou des petits indépendants (portefeuille Fechner acheté en France par la Générale d'Images pour 500 MF, celui d'Alain Terzian (16 films) pour 100 MF). Durant les années 80, les droits audiovisuels disponibles ayant presque tous fait

¹⁰⁷ Sur ce sujet, voir Cervoni (1992)

l'objet de rachats, ces sociétés de gestion de droits ne se contentent plus de racheter des "vieux" droits ou d'intervenir en aval (une fois que les films sont sortis en salle) : elles cherchent à être présentes, de plus en plus, en amont du processus de production (dès la phase de production) en acquérant à moindres frais une partie des droits à venir (et en assumant donc désormais une partie du risque de production). Par ailleurs, le nombre de films tournés étant limité, ces sociétés ont vite élargi leur activité en s'intéressant à d'autres produits audiovisuels et en contribuant ainsi à l'intégration des marchés. Leurs portefeuilles sont hétéroclites ; ils comportent des milliers de films, mais aussi d'autres produits télévisuels (séries, dessins animés, documentaires, jeux...)

La généralisation des rachats de droits et le développement de sociétés spécialisées dans leur négoce ont transformé les termes de l'évaluation économique de ces droits d'exploitation : fiabilité et vérification de leur existence (quand il s'agit, par exemple, d'achats de droits sans supports matériels, quand les droits sont grevés, quand il faut effectuer la reconstitution de la chaîne des droits...), valorisation et fixation du prix (anticipation et projection économique quant à leur exploitation, taux de rotation, valeur résiduelle, actualisation des actifs nets futurs).

La gestion d'un portefeuille demande des investissements (pour la conservation des supports), fait jouer des "effets de cave" (raréfaction en retirant le film du marché afin de faire monter artificiellement son prix¹⁰⁸) ou de "rafraîchissement" (ressortir des films, quitte à les vendre moins chers afin de les raviver dans la mémoire du public), nécessite un renouvellement régulier du portefeuille (par acquisition de nouveaux films ou de produits complémentaires, pouvant se vendre conjointement à des films "usés"), requiert des effets de volume (afin de devenir un interlocuteur incontournable pour les acheteurs; afin de minimiser, pour le diffuseur, les interlocuteurs ou intermédiaires, la recherche de programmes, la négociation des droits et la gestion physique des ventes ; afin d'augmenter, pour la société de droits, le volume des ventes en favorisant les *packages*, en plaçant à côté des "locomotives", des films plus difficiles à vendre). Les films sont eux-mêmes partiellement

¹⁰⁸ ce qu'ont très bien su faire Walt Disney ou A. Hitchcock.

substituables à l'intérieur d'un catalogue ; la valeur d'une comédie, par exemple, ne sera pas la même pour une société disposant d'un catalogue où de tels films sont déjà largement représentés ou bien pour une autre cherchant à compléter et enrichir son catalogue sur un segment de la gamme d'où elle est absente afin de pouvoir proposer une offre complète à des diffuseurs¹⁰⁹.

Si le prix d'évaluation est difficile à établir lors de l'acquisition, le prix de vente ultérieure l'est donc tout autant. En effet, les pratiques de vente par *package*, la diversité des territoires d'exploitation et de la durée de cession de droit rendent le niveau de prix très fluctuant et difficile à identifier. Les producteurs et les sociétés de droits, même quand elles sont importantes, ne sont donc pas toujours à même de connaître précisément le niveau exact des recettes à attendre dans les différents pays ni les moyens de contrôler l'exploitation : cela dépend en effet de l'audience éventuelle, du prix payé par le consommateur, de l'importance du marché publicitaire local, des modes de consommation en concurrence... Dans un tel contexte, la fixation du prix passe par l'élaboration de normes publiées par exemple dans les journaux professionnels, ou par une modification des modes de fixation des prix (généralisation du forfait).

Le contrôle des droits : de nouveaux mécanismes de coordination

Nous avons vu, et nous l'avons aussi évoqué à propos du développement de la télévision par câble ou satellite, que le développement de technologies de diffusion massive conduit à une dispersion des marchés et soulève des problèmes de contrôle non négligeables. Le revenu marginal de certaines activités est en effet, dans certains cas, très largement inférieur à l'acquisition d'informations sur les nouveaux marchés et au coût du contrôle qui pourrait être mis en place. Il est de ce fait intéressant de constater un glissement d'une réponse en termes juridiques (raffinement du droit des auteurs, institution de dispositifs de contrôle...) à une réponse en termes économiques (régulation de la concurrence, licences ou taxes

¹⁰⁹ à propos des droits audiovisuels, voir Cervoni (1992)

fiscales, baisse des prix ou modification des pratiques de vente¹¹⁰, dispositif de gestion collective¹¹¹, élaboration de contrats conventionnels).

*Contrats types: l'exemple de Broadway*¹¹²

On trouve de tels exemples de contrats conventionnels négociés et auxquels les parties prenantes souscrivent librement dans les contrats types (*approved production contract*) de l'association américaine des auteurs dramatiques qui existent depuis plusieurs dizaines d'années pour les pièces de théâtre et les comédies musicales. Ces contrats reconnaissent aux acteurs un droit très proche, dans son esprit, du droit moral (droit au respect de l'oeuvre, droit de paternité). La seule différence est que l'auteur ne peut modifier unilatéralement une oeuvre qu'un producteur a accepté de produire et dans laquelle il a investi (sauf bien sûr si le producteur accepte ces modifications). Le contrat concentre ce droit sur la seule tête de l'auteur. Les autres collaborateurs artistiques (metteur en scène, chorégraphe, décorateur, acteurs...) ont en revanche très peu de droits sur leur contribution à l'oeuvre. C'est donc l'auteur qui est, éventuellement, en mesure de relayer (ou de contrôler) le droit moral des autres collaborateurs. Du point de vue du producteur, l'énorme avantage est qu'il n'a en face de lui qu'un seul interlocuteur et n'a pas à négocier ni à demander l'autorisation à plusieurs co-créateurs. Malgré le *copyright*, les auteurs ont ainsi réussi à négocier un système de protection très proche de celui qui s'applique en France dans le cinéma, dans un secteur qui présente le même type de caractéristiques (coût très élevé, création collective); mais en revanche, rien de tel n'existe dans le domaine du cinéma américain. Le contrat type permet une résolution simplifiée et à un faible coût des conflits

A travers l'émergence de dispositifs de gestion collective des droits tout comme par la négociation de contrats types dans des sous-secteurs déterminés, telle que nous venons de le décrire, de nouveaux mécanismes de coordination se mettent ainsi en place entre agents économiques, qui dépassent la simple gestion de droits. Ces mécanismes ont des effets de plusieurs ordres. Il se traduisent d'abord par le développement d'accords spécifiques, par des règles hors marché¹¹³, permettant de créer une situation d'équilibre entre producteurs et diffuseurs; ces accords donnent lieu à l'établissement de rentes de situation pour certains médiateurs (tels que les

¹¹⁰ c'est en particulier ce qui s'est passé dans la vidéo où la vente des cassettes à des prix modérés s'est progressivement substitué à un marché centré sur la location, cf. *supra*.

¹¹¹ dont la SACEM est probablement un des meilleurs exemples.

¹¹² D'après Kernochan (1995)

¹¹³ en matière de diffusion par satellite, par exemple, une des recommandations de l'UE consistait à supprimer les relations contractuelles entre producteurs, auteurs et diffuseurs pour les remplacer par une cession de licence obligatoire, ce qui aurait modifié profondément la façon dont se fixent et s'établissent les prix.

sociétés d'auteurs chargées de collecter les droits), et conduisent même parfois à des accords de coalition de type oligopolistique, entre producteurs ou diffuseurs, visant à l'établissement de barrières à l'entrée à l'égard d'une concurrence issue de pays en développement ou hors de la sphère d'exploitation traditionnelle des oeuvres. Parallèlement, l'émergence de contrats et de modes de gestion spécifiques conduit à une structuration des secteurs d'activité en sous-groupes homogènes du point de vue de l'activité, de la production, du mode de diffusion ou des profils¹¹⁴. Ces sous-groupes peuvent dès lors se transformer en *lobbies* capables d'influencer les mécanismes de régulation concurrentielle au niveau européen (UE) ou mondial (GATT-OMC). Paradoxalement, on peut considérer que ce renforcement des effets de réseau répond indirectement à la philosophie de la Commission Européenne qui cherche à créer un grand marché unique en supprimant les cloisonnements tenant aux différentes langues, aux différents marchés, modes d'organisation... De ce point de vue, l'évolution du droit de propriété artistique représente un outil d'homogénéisation et d'action en soi. Comme le montre l'économie de l'innovation¹¹⁵, c'est la codification des droits et des formes de droits qui permet leur transmission et leur mise en oeuvre.

Des systèmes de protection spécifiques

Parallèlement à cette uniformisation des règles, la singularité de ces jeux d'acteurs et l'éclatement des situations rencontrées sur chacun des marchés incitent de plus en plus à élaborer une série de systèmes de droit spécifiques adaptés aux caractéristiques des différents sous-secteurs concernés : c'est le cas en matière de protection des logiciels comme pour l'information ou l'édition par exemple. Chaque domaine voudrait pouvoir mettre en place un code juridique particulier (pouvant donc donner lieu à adaptation, négociation, modification) plutôt que de s'efforcer d'adapter la règle générale régissant le droit d'auteur.

¹¹⁴ Cf. Hutter (1995)

¹¹⁵ cf. P. David (1992).

IBM et les logiciels

Le cas des logiciels¹¹⁶ nous fournit un tel exemple de problème de droit né de l'éclatement d'un marché. Jusque dans les années 70, les logiciels faisaient partie intégrante des ordinateurs et étaient vendus en même temps que ces derniers ; la question de leur protection et de l'identification de leurs auteurs ne se posait donc pas puisque la conception était internalisée par les fabricants. Après qu'*IBM* a été poursuivie aux Etats-Unis au titre de la loi *antitrust*, les logiciels ont été vendus séparément. Un nouveau marché s'est créé et la question de la valeur des logiciels s'est trouvée brutalement posée tout comme celle de leur protection puisque, comme la plupart des autres oeuvres de l'esprit, la valeur du support matériel d'un logiciel est dérisoire par rapport au coût d'élaboration du contenu.

La situation dans le secteur culturel tend à se rapprocher de celle que nous venons d'évoquer. L'édition se heurte, par exemple, à des risques grandissant de "photocopillage" ou, pour les dictionnaires, d'utilisation non rémunérée de leurs informations dans les banques de données ou les CD-ROM. Les pertes financières qui en résultent pourraient pousser à une intervention des pouvoirs publics et à des stratégies différenciées dans les multiples branches de ce secteur (édition scientifique, scolaire, générale, encyclopédies). Car le développement considérable des photocopies, au détriment de l'achat de livres, affecte essentiellement les ouvrages scientifiques et très peu la littérature romanesque : les éditeurs des premiers cherchent donc à imposer l'institution de taxes ou l'obligation de contractualiser alors que les éditeurs des seconds préféreraient maintenir de bonnes relations informelles avec les bibliothèques et les établissements d'enseignement susceptibles d'acquérir leurs ouvrages. On retrouve exactement le même type de segmentation chez les producteurs de cinéma ; leur position à l'égard du droit d'auteur est très différente selon qu'ils sont réellement indépendants et orientés de façon privilégiée vers le cinéma ou selon qu'ils sont adossés à un diffuseur de télévision ou un groupe multimédia et qu'ils visent l'ensemble du marché de l'audiovisuel.

La tentation, ou la volonté, de certains éditeurs de se doter d'un statut analogue à celui des auteurs, mais spécifique, n'est pas unique. Ce mouvement s'exprime dans les mêmes termes dans le domaine de l'édition littéraire, musicale ou chez les

¹¹⁶ cf. Zimmerman (1995)

producteurs de l'audiovisuel. En matière de cinéma, la situation de producteurs tentant d'accaparer une partie des droits d'auteur en revendiquant un statut fictif de co-scénaristes n'est pas nouvelle. Mais elle tenait surtout à leur capacité d'imposer une telle décision à des collaborateurs (auteurs, scénaristes ou metteurs en scène) qui pouvaient difficilement refuser sous peine de ne pas travailler ou ne pas être retenus dans le projet en cours. Ce qui est nouveau en revanche, c'est le souhait de voir ce droit reconnu en tant que tel, dans des secteurs comme l'édition et la musique où il n'existe pas de caractère collectif des oeuvres, mais dans lesquels le travail de producteur, d'éditeur, de directeur artistique, de directeur de collection ou de programmateur conduit à intervenir de plus en plus directement dans la phase de création. Dans le même temps, d'ailleurs, on est tenté dans de plus en plus de systèmes d'informations de faire appel à la législation du droit d'auteur pour se protéger contre la réutilisation des sources et contre une concurrence parasitaire (c'était déjà le cas des annuaires en France (dès 1925), de la météo...). Là encore, il s'agit d'une diversification des objets susceptibles d'être protégés au titre de la propriété littéraire et artistique.

D'un côté, la régulation d'un marché éclaté pousse donc à l'institution de règles partagées collectivement. Mais d'un autre côté, la fragmentation des publics et des modes d'utilisation des oeuvres aiguise des intérêts divergents et les réponses juridiques qui se mettent en place peuvent conduire à un éclatement de secteurs ou d'activités jusque là considérés comme homogènes, en posant, par là même, de nouveaux problèmes juridiques. On observe donc un double mouvement. Des acteurs économiques cherchent à se raccrocher au droit d'auteur pour protéger des concepts ou des idées, pour conforter leur position concurrentielle; les mêmes acteurs économiques essaient de banaliser ce droit pour diminuer les coûts de production ou abaisser les barrières à l'entrée dans un secteur.

3. DROITS DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET REGULATION DE LA CONCURRENCE

Les droits au coeur des politiques économiques

La difficulté tient à ce qu'il ne s'agit pas seulement d'un problème juridique, mais aussi d'une question de politique économique. L'action des différentes parties prenantes passe simultanément par une tentative de faire évoluer la juridiction et par des stratégies d'alliance, de tensions et de *lobbying*. D'ailleurs, les décisions récentes en la matière ont davantage été le résultat de rapports de force (entre producteurs, auteurs, diffuseurs, et consommateurs notamment) que celui de décisions des cours de justice. C'est en particulier la situation qui prévaut actuellement en France dans le domaine musical. Les musiciens revendiquent un droit voisin au titre des reventes ultérieures d'un enregistrement (soit 50% de ce qui est touché par le producteur) et se heurtent à l'opposition décidée des éditeurs. Les débats autour de la mise en place d'un tel droit traduisent bien cette interférence permanente entre préoccupations juridiques (homogénéisation d'une situation), considérations économiques (menaces de délocalisation des enregistrements) et rapports de force au sein d'une filière (grèves et interruptions d'enregistrements).

La question des droits apparaît donc importante et peut être stratégique pour nombre d'acteurs économiques des médias. En matière de création artistique et culturelle, cette convergence des préoccupations pose problème et se heurte à un risque quand elle s'accompagne d'une maîtrise sur l'amont de la filière, c'est-à-dire sur la production. C'est déjà vrai du cinéma où les chaînes de télévision sont désormais celles qui décident si un film se fera ou non selon qu'elles acceptent, ou non, de pré-acheter les droits de passage ultérieurs sur leur antenne. Ça l'est aussi en matière de publicité, de communication et de médias, par exemple. Le poids prépondérant de certains opérateurs (Havas ou les centrales d'achat d'espaces publicitaires en France ou en Grande Bretagne, les agences artistiques en matière

de cinéma¹¹⁷) leur donne une position beaucoup plus forte que celle de la plupart des supports avec lesquels ils traitent. Ce n'est pas seulement une question de liberté économique qui est en cause ou même de prix d'accès à l'art et à la culture, c'est plus généralement un problème de liberté d'expression et la possibilité, pour certains courants artistiques et formes d'expression, de tout simplement exister. Cela suppose, de la part des pouvoirs publics, une application souple, voire paradoxale, des règles de la concurrence.

Il s'agit de s'assurer le contrôle du pluralisme et de la diversité artistique et culturelle à l'aide d'outils conçus pour maîtriser le comportement des opérateurs économiques. L'attitude et les difficultés de la Commission Européenne en la matière témoignent de ces difficultés pour que s'établisse une jurisprudence cohérente et "lisible". D'un côté, ainsi que le montrent les attendus de ses décisions, la Commission s'efforce de garantir la diversité des informations ou des oeuvres mises à la disposition du public, de l'autre côté elle apprécie et sanctionne, le cas échéant, le caractère dominant d'une position et les entraves significatives à la concurrence. Or, le pluralisme peut être menacé sans que la concurrence ne soit bloquée ; inversement, certaines situations de monopole s'accompagnent d'une forte variété des productions. Les cas de la presse ou de la télévision montrent bien que le pluralisme politique n'est pas nécessairement garanti par la multiplicité des opérateurs ; à l'inverse les monopoles publics d'audiovisuel sont souvent obligés, par leur nature monopolistique même, d'assurer sur leurs antennes la diversité des modes d'expression sous peine de se couper d'une partie importante du public.

¹¹⁷ Aux USA, le *Crédit Lyonnais* et la *MGM* sont ainsi menacés actuellement de procès anticoncurrentiel au motif qu'ils ont confié une partie de la production du studio à l'agence CAA qui représente la plupart des stars hollywoodiennes.

Le droit des créateurs, entrave au droit (de diffusion) des oeuvres

Depuis leur débuts, le droit d'auteur et le *copyright* ont davantage été forgés par l'économie de la diffusion (apparition de l'imprimerie) que par celle de la création¹¹⁸. A l'origine d'ailleurs, les premiers droits d'exclusivité étaient dévolus aux éditeurs et aux imprimeurs plutôt qu'aux auteurs.

Les droits de propriété en matière de nouveaux médias répondent donc de moins en moins au seul souci de protéger des auteurs. Dans des processus de création éminemment collectifs, les contributions de chacun deviennent en effet anonymes et la capacité d'innovation tient plus à l'organisation qui est mise en place qu'au génie créatif de quelques-uns. L'enjeu des droits de la propriété intellectuelle est donc désormais également de protéger et de susciter les investissements dans ces nouvelles industries (investissements matériels ou immatériels) afin de permettre et d'encourager leur croissance et leur développement. D'un strict point de vue économique d'ailleurs, les rémunérations attendues des auteurs sont souvent supérieures *a posteriori* en cas d'élargissement des conditions de diffusion. Un système de protection doit permettre à la fois une "juste" rémunération des auteurs et la maximisation des bénéfices issus de la diffusion ou d'effets de réseau. C'est au nom de tels principes que la Commission Européenne a été amenée à arbitrer dans certains conflits qui ont été portés devant elle.

La décision UIP (12/7/89)¹¹⁹

En 1981, les trois plus importants producteurs américains de films cinématographiques et télévisuels (Paramount, MCA, et MGM/United Artists) ont constitué une filiale commune appelée United International Picture. UIP avait pour objet la distribution exclusive, dans les pays de la communauté, des films produits ou distribués par les trois groupes, principalement pour l'exploitation en salles où UIP détient en moyenne un quart du marché des recettes-films. L'objectif de la filiale était de réduire les frais généraux considérables résultant de la distribution des films par trois organismes séparés. A ce titre, UIP disposait d'une licence d'exclusivité de 10 ans pour la distribution des films des sociétés mères ; elle avait également le droit exclusif de produire, financer et distribuer les films locaux dans une autre langue que l'anglais et pour le marché national correspondant.

¹¹⁸ Patterson (1968)

¹¹⁹ d'après Mourareau (1992).

Dans un premier temps, la Commission a considéré la création de cette filiale comme un accord entre entreprises indépendantes conduisant à une restriction de la concurrence. En effet, à l'origine, Paramount, MGA et UA avaient chacune leur propre réseau de distribution sur le marché européen ; or, avec UIP, ces sociétés se livraient uniquement concurrence sur la production de long métrages et en tant que distributeurs pour le marché des salles américaines, des chaînes de télévision publiques et des vidéocassettes.

Dans un second temps, les sociétés américaines ont apporté des modifications à leur accord afin de donner à chacune davantage d'autonomie dans la distribution de leur films et d'individualiser les contributions respectives des trois sociétés. La Commission a alors donné son agrément, au vu des avantages dégagés par la création d'*UIP* : distribution plus efficace et rationnelle, réduction des coûts pour les producteurs (y compris européens), maintien d'un réseau de distribution économiquement viable dans des marchés en déclin, stimulation de la production. Elle a considéré que ces avantages l'emportaient sur les inconvénients d'une restriction de la concurrence pourtant bien réelle. De fait, après avoir obtenu l'accord de la commission en 1989, *UIP* a vu ses parts de marché augmenter nettement (+ 22% en 1989 et + 15,5% en 1990). D'autre part, au delà de ces indicateurs chiffrés, *UIP* (par sa structure, l'importance et le nombre de ses films) régule désormais largement le marché des salles, en bloquant éventuelle des sorties de films à certaines dates, en occupant des salles...

Le droit d'auteur, un droit géographiquement et culturellement situé

L'ancrage et la caractérisation géographique des droits d'auteurs constitue un pilier de la Convention de Berne sur la propriété littéraire et artistique. Mais par ce fait même, les distorsions de législation entre pays et l'absence d'homogénéisation des réglementations deviennent de plus en plus sensibles dans un contexte de délocalisation des productions et d'internationalisation des diffusions. Le temps n'est plus où un auteur de théâtre pouvait autoriser sa pièce en province et l'interdire à Paris. Pareillement, les musiciens ne se contentent plus d'enregistrer dans leur pays d'origine ni dans celui où ils vivent; et les compagnies phonographiques peuvent même presser des disques sous des cieux encore différents. Cette situation s'observe plus particulièrement dans la musique et l'audiovisuel à propos des droits voisins (pour les musiciens de studio, les doubleurs, les techniciens notamment). Elle est du même ordre que celle qui prévaut dans le secteur de la recherche sur les biotechnologies concernant la "brevetabilité" du vivant.

La diffusion internationale des oeuvres n'est pas un fait nouveau mais elle acquiert une dimension nouvelle avec le caractère immatériel des oeuvres. Auparavant, le livre ou le disque devaient être exportés, le concert devait faire l'objet d'une exécution publique dans le pays tiers... Il y avait donc soit matérialisation de

l'échange, soit visibilité (dans le pays destinataire) de l'acte d'exploitation : dans les deux cas pouvait s'appliquer un principe de territorialité. Ce sont ces éléments qui disparaissent désormais puisque la diffusion internationale ne constitue plus seulement un marché dérivé ou secondaire, mais parfois (grâce aux moyens de transmission) une extension directe du marché initial.

Sensible aux impacts négatifs de ces disparités, à l'expansion du marché international des biens soumis à *copyright* et à l'internationalisation de la piraterie, la Commission Européenne se penche, depuis plusieurs années, sur la question de l'harmonisation. Dans une première étape, elle a rédigé, en 1988, un livre vert qui était plutôt marqué par une approche inspirée du *copyright* (un "droit d'auteur sans auteurs"), en s'intéressant essentiellement à la santé des économies culturelles. Les critiques suscitées par ce premier projet ont conduit la Commission à réorienter le programme de travail qui a suivi le livre vert, afin de tenir davantage compte du point de vue des concepteurs et des créateurs. C'est ce programme qui s'est concrétisé, au cours des années suivantes, dans les directives que nous avons déjà évoquées : protection des logiciels (1991), droit de location et droits voisins (1992), diffusion par câble et satellite (1993), rapprochement des conventions de Berne et de Rome, directive sur les banques de données.

Dans la même période, les volets *TRIPS* (concernant la propriété intellectuelle) des accords du *GATT* ont renforcé l'idée d'un marché globalisé dans lequel les productions intangibles protégées par des droits de propriété intellectuelles devaient être envisagées en même temps que les biens et les services. Ce marché globalisé nécessite des niveaux de protection minimale dans chacun de pays afin qu'il n'existe pas, entre eux, de différences compétitives sources de distorsions. Dans ces accords, le droit moral passe au second plan puisqu'il n'est pas rendu obligatoire pour les états signataires de l'accord.

La dématérialisation des supports de production, de diffusion et de consommation rend d'autant plus importante l'harmonisation des droits selon les différents pays, qu'il devient très facile de se jouer des législations en assurant, le cas échéant, une délocalisation des productions ou des émissions dans les pays les plus commodes, ou bien, en se contentant d'exploiter les clauses de territorialité (cf. affaire

*Phil Collins/Imtrat*¹²⁰). Ainsi, les éditeurs phonographiques français font-ils jouer la menace d'enregistrer leurs disques en Grande Bretagne pour contraindre les musiciens français à ne pas revendiquer de droits voisins sur les enregistrements auxquels ils participent¹²¹. L'exemple est déjà donné par la télévision par satellite : Ted Turner a implanté sa société en Angleterre en espérant pouvoir diffuser des programmes à destination de la France sans devoir satisfaire aux quotas de programmation correspondants.

La diffusion de chaînes de télévision par satellite fait notamment échouer toute tentative de réglementation à un échelon purement national (qu'il s'agisse de quota, de constitution dans l'actionariat ou de rémunération des auteurs). Pour traiter la question, la Communauté Européenne a retenu la théorie de l'injection : la loi qui s'applique en matière de protection des droits est celle du pays d'émission et non celle du pays récepteur ou des pays de "l'empreinte". Mais une telle disposition remet largement en cause l'économie actuelle des contrats supposant un répartition et un fractionnement territorial des droits. Dans la plupart des pays, en effet, la diffusion des films obéit à une chronologie permettant leur exploitation successive sur différents supports et différents marchés : salles de cinéma, télévision payante, vidéo, télévision généraliste. Or avec la généralisation de la diffusion par satellite, cette chronologie des supports et des marchés vole en éclat puisque certains films peuvent être diffusés sur la télévision d'un pays (et donc être accessibles via le satellite aux pays voisins) avant même d'avoir été projetés dans les salles de ces mêmes voisins.

Les disparités du droit de la propriété entre pays se traduisent également par des variations des conditions de rentabilité. On constate par exemple très clairement comment la concurrence entre fournisseurs de programmes issus de différents pays et le développement de groupes internationaux incitent de plus en plus les

¹²⁰ *in* Bonet (1995)

¹²¹ voir, en particulier, *Le Monde* du 9/07/94.

producteurs à s'opposer à la mise en oeuvre de droits voisins et à défendre l'idée du *copyright* au détriment de la règle du droit d'auteur.

Directive européenne sur le droit d'auteur en matière de satellite et de câble¹²²

Deux textes, d'inspiration très voisine, ont été adoptés en Europe ces dernières années pour réguler le secteur audiovisuel. Il s'agit de la Directive adoptée par l'Union Européenne en septembre 1993 et de la convention édictée en février 1994 par le Conseil de l'Europe sur le "droit d'auteur et les voisins dans le cadre de la diffusion transfrontière par satellite".

La nouvelle Directive traite du droit d'auteur en matière de satellite et de câble. Contrairement aux premiers projets de la précédente Directive *Télévisions sans frontières*, elle interdit, pour le câble, les systèmes de licences légales ou obligatoires et recommande un système de gestion collective. Cela signifie que les propriétaires de droits tels que les producteurs ne peuvent plus faire valoir leurs droits sur le câble de façon individuelle, mais seulement par le biais de sociétés de recouvrement; les diffuseurs restent libres, en revanche, de conclure de leur côté des contrats de licence.

La Directive confirme également, en les simplifiant, les modalités de diffusion par satellite puisqu'elle généralise la théorie de l'injection et interdit également la concession de licence. Seule est désormais nécessaire l'obtention des droits d'auteur dans le pays d'origine de la transmission. En revanche, pour éviter que ne se créent des "pavillons de complaisance" du droit d'auteur, la Directive fixe une norme de protection minimale pour tous les Etats membres. Selon celle-là, établie en octobre 1993, les droits d'auteur d'une oeuvre littéraire et artistique doivent courir toute la vie de l'auteur et 70 ans après sa mort. Pour les droits voisins, le délai est fixé à 50 ans après l'événement d'origine. Enfin, toute publication légale d'une oeuvre non publiée précédemment sera protégée 25 ans.

L'harmonisation de la protection entre secteurs industriels qui se rejoignent

La complexité des droits tient d'une part, on l'a vu, à l'éclatement des oeuvres mais elle résulte aussi, d'autre part, à l'extrême diversité des contextes d'exploitation et de conception. Les technologies nouvelles conduisent, plus ou moins directement, par l'élargissement des processus de production et de diffusion, par l'internationalisation

¹²² D'après *Sequentia*, Lettre d'information de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, numéro spécial MIP-TV/FIF 1994

des entreprises, à une abolition des frontières nationales et sectorielles. Cela rend très sensible la question de l'harmonisation des différents systèmes juridiques.

Quand différents secteurs industriels se rapprochent - c'est le cas pour l'informatique, l'audiovisuel et les télécommunications - les pratiques, les termes et les modes de reconnaissances des apports créatifs peuvent différer profondément : cela se traduit en particulier par la juxtaposition de vocabulaires, de notions, de concepts et de systèmes juridiques dont rien n'assure *a priori* la cohérence. Ainsi, en matière de jeux vidéo ou de CDI par exemple, les logiciels informatiques sont en général protégés par le droit des brevets alors que le scénario d'un programme interactif relèvera plutôt du droit d'auteur. Plus généralement, on peut noter qu'en matière d'industries de programmes informatiques, actuellement plus de six régimes de protection sont à l'oeuvre et peuvent être mobilisés simultanément (secret, brevet, *copyright*, normalisation, contrats, marque, droit de la concurrence). Une directive européenne a bien été élaborée mais elle restera *sui generis* et ne devrait pas influencer la règle générale, ce qui pose des limites à sa généralisation dans d'autres domaines industriels tels que le *design*. L'extrême éclatement de la situation juridique incite donc à la recherche d'un nouveau paradigme car selon les cas, on pourrait multiplier les questions soulevées : les droits voisins¹²³ relèvent-ils, par exemple, du droit du travail, des droits d'auteurs ou du droit patrimonial ? Faut-il arbitrer les conflits en fonction du droit de la propriété ou du droit de la concurrence ? Aux Etats-Unis, la Federal Communication Commission considère le problème du *copyright* comme hors de sa juridiction¹²⁴ alors qu'en France le Ministère de la Culture porte toute son attention à la question du droit d'auteur.

¹²³ dits d'ailleurs "voisins du droit d'auteur".

¹²⁴ cf. Padioleau, Guillou (1988).

Conclusion

1. LE DROIT D'AUTEUR : UNE VALEUR ECONOMIQUE, JURIDIQUE ET SYMBOLIQUE

La façon dont droit moral et droit économique s'articulent et se renforcent l'un l'autre est tout à fait semblable de la façon dont valeur économique et valeur artistique s'établissent simultanément¹²⁵.

"L'auteur est juridiquement fort, socialement privilégié, économiquement faible"¹²⁶. L'auteur est en effet protégé juridiquement par des conventions internationales très protectrices reconnaissant son statut, son droit à rémunération, son lien à l'oeuvre, instituant des institutions professionnelles lui permettant d'agir et d'être représenté, des mesures nationales de protection (fiscales et sociales). Le système ne tient que parce que statut social de l'auteur, reconnaissance juridique et droits économiques sont étroitement liés. En l'occurrence, si le droit moral apparaît tellement essentiel pour tous les auteurs, c'est qu'il est inaliénable, assure la reconnaissance de leur paternité sur l'oeuvre, mais aussi, et peut-être surtout qu'il est un des fondements et une des justifications de leur mode actuel de rémunération.

Cette articulation entre le poids symbolique du statut d'auteur et sa reconnaissance économique juridique se manifeste, *a contrario*, dans la difficulté que peuvent éprouver certaines sociétés de gestion collective ou certaines catégories d'auteurs à imposer la reconnaissance de leurs droits. A ses débuts, comme encore aujourd'hui, la SACEM a été impopulaire car le public comme les utilisateurs ne comprenaient pas d'avoir à payer pour des chansons ou de la musique faisant partie d'un patrimoine commun, dont les auteurs (contrairement aux interprètes) leurs étaient souvent inconnus. C'est d'ailleurs la même situation que l'on retrouve aujourd'hui en

¹²⁵ Benghozi & Nénert (1995)

¹²⁶ Vessilier-Ressi (1995)

Russie. Sous le régime communiste, les droits d'auteurs n'étaient pas reconnus au motif que leurs créations constituaient un bien collectif. Cette situation rend aujourd'hui difficile la maîtrise du piratage et de la copie non autorisée car la plupart des acteurs économiques n'ont pas réellement conscience d'abuser de droits dont ils ne disposent pas.

En France, malgré cette faible reconnaissance du statut de certain ayants droit, les sociétés de gestion collective réussissent à s'imposer dans le paysage et à devenir des passages obligés pour des raisons pratiques de gestion : la taille du répertoire et l'éclatement des modes de consommation des oeuvres rend l'exercice du droit d'auteur complexe et incite les auteurs comme les diffuseurs ou les producteurs à s'orienter vers une solution simplificatrice. Parallèlement, d'ailleurs, l'exemple évoqué plus haut du secteur théâtral américain montre que la loi sur le *copyright* dans les pays anglo-saxons ne signifie absolument pas que la personnalité ou les droits des auteurs soient systématiquement négligés. Le *copyright* (et la doctrine *works made for hire*) est aussi (et peut-être surtout) une solution pragmatique au problème de la collaboration et de la gestion des droit.

Le poids des contradictions et du conventionnel dans l'application du droit d'auteur se traduit d'un côté par un renforcement de la composante juridique de la régulation (poids important de la composante jurisprudentielle pour l'explicitation des contradictions, élaboration de nouvelles législations *ad hoc*¹²⁷); de l'autre côté par l'importance de la régulation économique ("rachat" *de facto* ou substitution du droit patrimonial au droit moral dans les contrats, régulation de la concurrence, émergence d'un droit économique *sui generis* du producteur ou de l'investisseur, contrats privés, anticipation des acteurs économiques en fonction du droit de la propriété intellectuelle¹²⁸, marchandage de certains échanges¹²⁹...)

¹²⁷ Programmes d'ordinateurs, banques de données, vivant, design, plans et dessins industriels, reprographie, location et prêt d'oeuvres, câble-satellite, droits voisin, droit de suite...

¹²⁸ Réticence des fournisseurs de banques de données selon que la copie privée est autorisée ou non.

Si le monopole est la contrepartie économique de la composante patrimoniale du droit d'auteur, le droit moral de l'auteur est parallèlement le droit de porter un jugement sans recours sur le projet défendu par le producteur ou le diffuseur susceptible de se saisir de l'oeuvre. L'atteinte à l'intégrité de l'oeuvre est subjective et peut être invoquée par les ayants droits dès qu'on modifie une oeuvre ou qu'on l'associe à une autre : quiconque illustre une image de François Mitterrand par une chanson de Serge Gainsbourg court théoriquement le risque d'être poursuivi en justice par leurs héritiers respectifs qui pourront exiger un dédommagement monétaire (parfois plusieurs centaines de milliers de francs). Comme nous le verrons plus loin, cela signifie donc que l'exercice du droit moral se traduit souvent, dans la pratique, par la "cession" de ce droit, ce qui rapproche donc encore davantage le droit d'auteur "à la française" du *copyright*. En matière d'images d'archives ou de réutilisation d'extraits, la séparation juridique entre droit moral et droit patrimonial s'avère de ce fait artificielle en pratique. Quand les producteurs contactent un ayant droit (par exemple le réalisateur d'une oeuvre dont ils souhaitent utiliser un extrait), ils lui demandent, en général, une autorisation tout en lui annonçant, simultanément, une proposition de rémunération. Même si le montant de la rémunération est préétabli par des textes collectifs¹³⁰, l'ayant droit est en position de marchander un droit moral qui est discrétionnaire. Ainsi, les réalisateurs se voient couramment proposer des rémunérations de 700 à 1 500 F la minute (et exigent parfois 5 000F) pour l'exploitation TV d'extraits de leurs émissions, là où la stricte application des textes des conventions collectives aboutirait à peine à 130F.¹³¹

¹²⁹ c'est le cas pour les prêts de films pour les cinémathèques et les festivals ; la fiscalisation progressive des organismes non-marchands

¹³⁰ voir le cas de la SPADEM que nous avons détaillé

¹³¹ Prager (1994)

2. UN RECOURS GRANDISSANT AU DROIT D'AUTEUR DANS LA VIE ECONOMIQUE

La tentation, de la part du secteur industriel, de s'abriter derrière le droit d'auteur ne tient pas seulement à des raisons stratégiques mais répond aussi à l'évolution de la conception technique : de plus en plus "partagée" (par le biais de partenariat, échanges, transferts technologiques), de plus en plus incrémentale, de moins en moins radicale, elle répond souvent à une modification marginale ou à un simple réarrangement "nouveau" de composants ou d'éléments techniques déjà connus par ailleurs : c'est cette configuration qui ne peut donner lieu à protection industrielle. On retombe donc dans le champ des productions artistiques où c'est moins le processus technique qui est nouveau que l'originalité de sa combinaison.

L'insatisfaction que peut susciter la protection du *design* industriel a poussé les entreprises à chercher la protection des droit d'auteur en mettant l'accent sur l'importance de la composante artistique de leurs productions. De cette manière, les manufacturiers auxquels des droits exclusifs ont été reconnus en matière de *design* peuvent contrôler l'exploitation des productions dans lesquelles leur matériau est partie prenante, ce qui remet en cause le principe de la protection des brevets. Ce qui est donc en cause, c'est la capacité des "arts appliqués" à revendiquer simultanément le fonctionnement du marché artistique et le fonctionnement du marché industriel¹³² ; en effet, les systèmes de protection ont été conçus à une époque où les arts étaient "appliqués" à l'industrie sans encore en faire partie comme de nos jours. On retrouve le même type de problème que dans la production culturelle qui devient de plus en plus collective, en intégrant le travail des collaborateurs techniques.

De façon analogue, en matière informatique, dans les années 80, aux Etats-Unis, ont été déposés et agréés une multitude de brevets relatifs à des procédures, voire à des algorithmes utilisables au sein d'un programme d'ordinateur. Beaucoup d'entre eux ne sont pas nouveaux ni originaux mais apparaissent conventionnels et "évidents"

¹³² Reichman (1994)

pour les développeurs qui craignent de subir une pluie de procès individualisés, relatifs à telle ou telle procédure usuellement employée. Le problème est d'autant plus grave que les logiciels modernes comportent des milliers de procédures distinctes et brevetables, chacune ajoutant au risque d'utiliser abusivement des brevets déjà déposés. Comme les différentes fonctions d'un logiciel sont interdépendantes et intégrées, cela pose des difficultés parfois insurmontables aux développeurs. D'où la tentation grandissante de se détourner des brevets pour faire appel à la protection du droit d'auteur.

Le passage d'une régulation juridique à une régulation économique¹³³ et l'élargissement des secteurs d'application se traduit dès lors par une confusion des genres et des droits. Le droit moral est, en particulier, au coeur des divergences entre les différents systèmes juridiques et suscite des controverses importantes entre pays, mais aussi entre auteurs / interprètes et producteurs / éditeurs / radiodiffuseurs¹³⁴. Le droit d'auteur se charge donc aujourd'hui d'un poids et de fonctions qui ne sont plus celles pour lesquelles il a été originellement conçu. C'est d'ailleurs sans doute ce qui explique l'importance grandissante qu'il tend à prendre dans la vie économique et dans les régulations internationales. Si, comme on l'a parfois noté dans les pages qui précèdent, la "dématérialisation" de l'oeuvre conduit souvent à sa dissolution et à l'oblitération du droit des auteurs et des créateurs, d'un autre côté, on observe également une tendance opposée, comme le notait le professeur Sirinelli : à savoir une sacralisation des produits réduits à leur essence, à leur valeur ajoutée diraient des économistes.

De ce point de vue, les résultats dégagés à partir de l'analyse des secteurs culturels et de l'audiovisuel n'apparaissent sans doute pas spécifiques et concernent également les secteurs plus traditionnels de la vie économique et industrielle plus traditionnels, confrontés eux aussi à l'importance grandissante de la part immatérielle de leur activité : développement des phénomènes de marque, poids des tâches d'innovation et de conception, généralisation des pratiques de certification et

¹³³ Benghozi (1994)

¹³⁴ cf. Livre vert (1995)

de normalisation... On peut supposer, en particulier, que ces secteurs pourraient tendre à obéir à des modèles de diffusion et de rémunération analogues à ceux que nous avons établis dans la première partie de ce rapport.

Le tableau que nous avons construit (Tableau 1) pour caractériser les produits et les modes de diffusion des oeuvres selon la disponibilité spatiale et temporelle et selon la chaîne des intervenants peut dès lors se compléter en s'élargissant aux secteurs de la vie économique et industrielle présentant des caractéristiques du même ordre et dans lesquels les modèles seraient donc susceptibles d'être mis en oeuvre.

Tableau 21 : Modèles de diffusion des oeuvres et secteurs de la vie économique

Modèle	Caractères de l'oeuvre (Disponibilité spatio-temporelle)	Investisseurs (source de diffusion)	Secteurs concernés
Oeuvre unique	matérielle et unique (disponibilité ponctuelle)	<u>auteur</u>	Grands chantiers, production sur mesure, artisanat
Edition	matérielle et multiple (disponibilité multi-ponctuelle)	auteur - <u>éditeur</u>	Production de masse (automobile, électronique grand public, ...)
Spéciale	immatérielle et multiple (disponibilité multi-ponctuelle)	auteur - <u>éditeur</u>	Production de services (tourisme, commerce)
Télé-diffusion	immatérielle et ubiquiste (disponibilité spatiale totale, temporelle multi-ponctuelle)	auteur - éditeur - <u>émetteur</u>	Service public "de masse" (transport), chaînes de franchisés
Réseau	immatérielle, ubiquiste, atemporelle (dispo. spatio-temporelle totale)	auteur - éditeur - <u>consommateur</u>	Réseaux de communication (commerce électronique, Internet, ...)

Bibliographie

ARTICLES, LIVRES, COMMUNICATIONS

D. Bayart & P.J. Benghozi (1993)

Le tournant commercial des musées en France et à l'étranger (La documentation française, Paris)

H.S. Becker (1982)

Art Worlds (University of California Press)

P.J. Benghozi (1994)

The growing complexity of property rights : from juridic to economic regulation (The economics of intellectual property rights, International Conference, University Ca' Foscari, Venise, Octobre)

P.J. Benghozi (1995a)

Savoir gérer pour savoir créer, in *Des savoirs en actions : contributions de la recherche en gestion* (F. Charue éd., L'Harmattan)

P.J. Benghozi (1995b)

La diversification des productions culturelles (Revue Française de Gestion, déc. 1995)

P.J. Benghozi et C. Nénert (1995)

Création de valeur artistique ou économique : du festival international du film de Cannes au marché du Film (Recherches et applications en Marketing, vol. X. n°4)

S. Besen & L. Raskind (1991)

An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property (Journal of Economic Perspectives, vol5, p.1)

G. Bonet (1995)

L'égalité de traitement des titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins dans la communauté, in *Propriétés Intellectuelles - Mélanges en l'honneur de André Françon* (Dalloz, 1995)

- P. Dasgupta & P. David (1987)
Information disclosure and the economics of science and technology, in Feiwel (ed.), *Arrow and the accent of modern economic theory* (New York University Press, New York)
- P. David (1992)
Knowledge, Property and the System Dynamics of Technological Change (World Bank Annual Conference on Development Economics, Washington)
- M.C. Dock (1974)
Genèse et évolution de la notion de propriété littéraire (Revue Internationale de Droit d'Auteur, Janvier 1974)
- H. Dutton (1989)
The Patent System and Inventive Activity During the Industrial Revolution 1750-1852, in J. Mokyr, *The Economics of the Industrial Revolution*
- B. Edelman (1989)
La propriété littéraire et artistique (Que sais-je ? Presses Universitaires de France, Paris, 1989)
- J. Farchy (1992)
Le cinéma enchaîné (Presses du CNRS, Paris)
- F. Fellini (1980)
Faire un film (Trad. Française, Editions du Seuil, Paris, 1996)
- H. Finkelstein (1992)
Composers and Public Interest : the Regulation of Performing Rights Society (Law and contemporary problems, vol19, 275-293)
- D. Foray (1993)
Standardisation et concurrence : des relations ambivalentes (Revue d'Economie Industrielle, n°63, 1er trimestre 1993)
- M. Fumarolli (1991)
L'état culturel (Ed. de Fallois)
- Y. Gaubiac (1995)
L'assiette de la rémunération proportionnelle selon la loi française sur le droit d'auteur, in *Propriété intellectuelle - Mélanges en l'honneur de A. Françon* (Daloz, 1995)
- B. Guillou & J.G. Paclioleau (1988)
La régulation de la télévision (La documentation française, Paris)

M. Hummel (1990)

The Economic importance of copyright, in *Le droit d'auteur : enjeu économique et culturel* (2ème symposium international, Litec, Paris)

M. Hutter (1995)

On the construction of property rights in Aesthetic ideas (Journal of Cultural Economics, vol.19 n°2)

J.P. Jeancolas, J.J. Meusy & V. Pinel (1996)

L'auteur du film - Description d'un combat (Institut Lumière)

J.N. Kernochan (1995)

Les droits moraux dans les productions théâtrales américaines : un modèle possible, in "Propriété intellectuelle, mélanges en l'honneur de A. Françon" (Daloz, 1995)

H. Lena & F. Duret-Robert (1996)

Quel avenir pour le marché de l'art ? (L'Harmattan)

R. McCain (1994)

The case for Minimal Protection of Intellectual Property Rights : Game theoretic and Cost of Transaction Perspectives (University of Venice Conference, 1994)

R. Moulin (1992)

L'artiste, l'institution et le marché (Flammarion)

R.R. Nelson & S.G. Winter (1982)

An Evolutionary Theory of Economic Change (Harvard University Press, Cambridge)

L.R. Patterson (1968)

Copyright in historical perspective (Nashville, Vanderbilt University Press)

J.H. Reichman (1994)

Legal Hybrids between the Patent and Copyright Paradigms (Columbia Law Review)

G. Silverberg (1987)

Technical progress, capital accumulation and effective demand : a self-organization paradigm, in D. Batten, J. Casti, B. Johansson, *Economic Evolution and Structural Adjustment* (Springer-Verlag, Berlin)

P. Sirinelli (1992)

Propriété littéraire et artistique (mémentos Daloz, Paris)

- J. Tirole (1988)
The theory of Industrial Organization (Economica, Paris)
- M. Vessilier-Ressi (1995)
Portrait de l'auteur en trois dimensions (Lejournal des lettres et de l'audiovisuel, Printemps 95)
- J-L. Zimmermann (1995)
Industrie du logiciel: de la protection à la normalisation, in M. Baslé, D. Dufourt, J.M. Meraud & J. Perrin, *Changement institutionnel et changement technique* (CNRS édition, 1995)

ETUDES ET DOCUMENTS DIVERS

- P.J. Benghozi (1994)
Modernisation de la presse audiovisuelle (miméo, CRG Ecole Polytechnique)
- C. Cervoni (1990)
Concentration des portefeuilles de droits audiovisuels et recomposition du paysage cinématographique et audiovisuel (mémoire de DEA, Université Paris I Panthéon Sorbonne, sous la direction de P.J. Benghozi)
- Commission des Communautés Européennes (1995)
Le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information (Livre vert, COM(95) 382 final)
- P. Florenson (sous la direction de) (1995)
La gestion collective des droits des auteurs et des droits voisins en France en 1994 (Ministère de la Culture, Direction de l'Administration Générale)
- M. Gyory & J. Correa (1989)
La valeur des droits d'auteur dans l'audiovisuel (Commission des Communautés Européennes)
- A. Lange & K. Feigelson (1991)
Approche socio-économique du domaine du droit d'auteur en France (IDATE)
- R.P. Merges (1996)
A comparative look at property rights and the software industry (miméo, Boston University)

E. Mourareau (1994)

La concurrence dans le secteur audiovisuel et le lobby audiovisuel en Europe
(mémoire de DEA, Université Paris I Panthéon Sorbonne, sous la direction de P.J. Benghozi)

Th. Paris (1995)

Du droit des auteurs au droit des sociétés d'auteurs ? L'organisation de la gestion collective en France (mémoire de DEA, CRG Ecole Polytechnique, Université Paris IX Dauphine)

G. Prager (1994)

La ré-utilisation : enquête et réflexion sur la production à partir d'images existantes - aspects économiques et juridiques (mémoire de DEA, université Paris I, sous la direction de P.J. Benghozi)

C. Riveline (1996)

Cours d'Evaluation des Coûts (Ecole Nationale Supérieure des Mines de Paris)

P. Sirinelli (sous la présidence de) (1994)

Industries culturelles et nouvelles techniques (Ministère de la Culture et de la Francophonie)

DONNEES CHIFFREES

CSA (1992)

Télévision : le coût de la programmation

Ecran Total (1995)

Prix d'achat des films cinéma diffusés à la télévision 1993-1995

Observatoire européen de l'audiovisuel (1995)

Annuaire statistique. Cinéma, télévision, vidéo et nouveaux médias en Europe. Edition 1996 (Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg)

Show Magazine (1993)

Guide Music & Video Business

SJTI (1995)

Indicateurs statistiques de l'audiovisuel (La Documentation Française, Paris)

Syndicat National de l'Édition (1994)

Statistiques 1994

ACTES DE COLLOQUES

Union Internationale des Editeurs - Syndicat National de l'Édition (1990)

Le droit d'auteur, enjeu économique et culturel (Litec, Paris, 1990)

ICARE (International Center for Art Economics) (1994)

Conference on the Economics of Intellectual Property Rights (in Journal of Cultural Economics, vol. 19, n°2, 1995)

OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle) (1994)

Colloque Mondial de l'OMPI sur l'avenir du droit d'auteur et des droits voisins (OMPI, Genève, 1994)

Commission Européenne, DG XV (1996)

Le droit d'auteur et les droits voisins à l'Aube du 21^e siècle (Istituto degli Innocenti, Florence)