

2011s-39

**Analyse économique de la vie + +
Réflexions sur la durée du droit d'auteur**

Ejan Mackaay

Série Scientifique
Scientific Series

Montréal
Avril 2011

© 2011 *Ejan Mackaay*. Tous droits réservés. *All rights reserved*. Reproduction partielle permise avec citation du document source, incluant la notice ©.

Short sections may be quoted without explicit permission, if full credit, including © notice, is given to the source.



Centre interuniversitaire de recherche en analyse des organisations

CIRANO

Le CIRANO est un organisme sans but lucratif constitué en vertu de la Loi des compagnies du Québec. Le financement de son infrastructure et de ses activités de recherche provient des cotisations de ses organisations-membres, d'une subvention d'infrastructure du Ministère du Développement économique et régional et de la Recherche, de même que des subventions et mandats obtenus par ses équipes de recherche.

CIRANO is a private non-profit organization incorporated under the Québec Companies Act. Its infrastructure and research activities are funded through fees paid by member organizations, an infrastructure grant from the Ministère du Développement économique et régional et de la Recherche, and grants and research mandates obtained by its research teams.

Les partenaires du CIRANO

Partenaire majeur

Ministère du Développement économique, de l'Innovation et de l'Exportation

Partenaires corporatifs

Banque de développement du Canada
Banque du Canada
Banque Laurentienne du Canada
Banque Nationale du Canada
Banque Royale du Canada
Banque Scotia
Bell Canada
BMO Groupe financier
Caisse de dépôt et placement du Québec
Fédération des caisses Desjardins du Québec
Financière Sun Life, Québec
Gaz Métro
Hydro-Québec
Industrie Canada
Investissements PSP
Ministère des Finances du Québec
Power Corporation du Canada
Raymond Chabot Grant Thornton
Rio Tinto
State Street Global Advisors
Transat A.T.
Ville de Montréal

Partenaires universitaires

École Polytechnique de Montréal
HEC Montréal
McGill University
Université Concordia
Université de Montréal
Université de Sherbrooke
Université du Québec
Université du Québec à Montréal
Université Laval

Le CIRANO collabore avec de nombreux centres et chaires de recherche universitaires dont on peut consulter la liste sur son site web.

Les cahiers de la série scientifique (CS) visent à rendre accessibles des résultats de recherche effectuée au CIRANO afin de susciter échanges et commentaires. Ces cahiers sont écrits dans le style des publications scientifiques. Les idées et les opinions émises sont sous l'unique responsabilité des auteurs et ne représentent pas nécessairement les positions du CIRANO ou de ses partenaires.

This paper presents research carried out at CIRANO and aims at encouraging discussion and comment. The observations and viewpoints expressed are the sole responsibility of the authors. They do not necessarily represent positions of CIRANO or its partners.

ISSN 1198-8177

Partenaire financier

Développement
économique, Innovation
et Exportation
Québec 

Analyse économique de la vie ++ Réflexions sur la durée du droit d'auteur*

Ejan Mackaay[†]

Résumé

Le droit d'auteur, et à vrai dire tous les droits intellectuels, reflète un compromis entre la nécessité de faire miroiter au créateur une rémunération pour les créations que l'on voit, et la nécessité de laisser l'information circuler librement de manière à permettre à de nouvelles créations d'émerger avec aussi peu d'obstacles que possible. Au cours du dernier quart de siècle ou à peu près, tous les paramètres du droit d'auteur ont été déplacés vers plus de protection, perturbant l'équilibre sous-jacent. La durée de protection s'étend bien au-delà de ce qui est nécessaire en pratique pour la très vaste majorité des créateurs, même si elle sert bien les besoins d'une infime minorité de grands joueurs détenant des droits d'auteur qui ont un certain âge mais continuent à produire des revenus. Cette situation résulte des principes tenus pour immuables dans les pays membres de l'Union de Berne : le droit est obtenu automatiquement, sans formalité et pour une période uniforme et de longue durée. Pour redresser l'équilibre sous-jacent au droit d'auteur, il faudra remettre en question ces principes et amener les créateurs individuellement à révéler la valeur qu'ils attachent à leur droit en le renouvelant, permettant que le droit glisse dans le domaine public s'ils n'y attachent plus de valeur suffisante. S'il est vrai qu'une telle approche réintroduirait des formalités dans le droit d'auteur, les avancées techniques intervenues depuis leur abolition rendent l'accomplissement de ces formalités moins onéreux que dans le temps. Alternativement, on pourrait envisager une interprétation des exceptions équitables au droit d'auteur, comme le fair use ou l'utilisation équitable, de manière à les étendre à mesure que le droit d'auteur en question prend de l'âge. De telles approches auraient l'heureux effet d'éviter que le lobbying par les happy few entrainerait le verrouillage inutile de beaucoup de culture pour le commun des mortels.

Mots clés : propriété intellectuelle, droit d'auteur, durée, utilisation équitable.

*. Préparé pour les journées de l'ALAI à Vienne, les 9-11 septembre 2010.

[†] Professeur émérite, Faculté de droit, Université de Montréal, Fellow, CIRANO, ejan.mackaay@umontreal.ca.

CONTENU

La durée du droit d'auteur dans la doctrine juridique	2
La durée du droit d'auteur – théorie économique	6
La durée du droit d'auteur – quelques données d'observation	11
Que faire maintenant ?	13
Conclusion	17

Au cours des quinze dernières années, la durée du droit d'auteur a été prolongée de 20 ans dans bon nombre de pays. Pour les auteurs personnes physiques, elle est allée dans ces pays de la vie de l'auteur plus 50 ans à la vie de l'auteur plus 70 ans. Cela paraît généreux en comparaison avec la protection de 14 ans accordée dans la première législation formelle du droit d'auteur, la loi de la Reine Anne, dont nous venons de célébrer le trois-centième anniversaire¹. Le contraste invite à une réflexion sur la justification de la durée du droit d'auteur et de sa récente prolongation.

La durée du droit d'auteur dans la doctrine juridique

La plupart des traités sur le droit d'auteur touchent à peine la question de la justification de la durée. Les frères Lucas, dans leur traité français bien connu, font remarquer que « [l]'allongement a été justifié par l'idée que la *ratio legis* était de faire bénéficier deux générations d'héritiers des droits patrimoniaux, objectif que le délai de cinquante ans ne permettait plus d'atteindre compte tenu de l'augmentation de la durée de vie moyenne. Au-delà du postulat, en vérité arbitraire, la solution était réclamée avec insistance par les exploitants. »² Pour le Canada, Vaver déplore que, par suite du prolongement de la durée du droit d'auteur, « le public paie maintenant pour des œuvres recyclées là où auparavant il y avait accès à frais moindres ou même nuls » et pose la question de la « mesure dans laquelle les auteurs ou leurs descendants profitent de la durée plus longue, soit en termes absolus ou relativement aux distributeurs. »³ Un important traité néerlandais, par Spoor, Verkade et Visser, fait observer que, des deux grandes voies de justifier le droit d'auteur, soit, d'une part, les théories basées sur la personnalité ou sur la rémunération pour travail accompli, et, d'autre part, les théories utilitaires, seules les premières peuvent confortablement rendre compte d'une protection de la durée que nous

¹ Bently, Lionel, Uma Suthersanen et Paul Torremans (dir.), *Global Copyright - Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2010. Le texte de la loi est reproduit aux pp. 501-506.

² Lucas, André et Henri-Jacques Lucas, *Traité de propriété littéraire & artistique*, Paris, Litec, 2001, (2^e éd.), n° 431, p. 351.

³ Vaver, David, *Copyright Law*, Toronto, Irwin Law, 2000, p. 100 ("the public today pays for recycled work where it previously had cheaper or even free access"; "how far authors or their descendants benefit from the longer terms, either absolutely or relatively to distributors").

connaissions actuellement⁴. Ils renvoient à une étude par deux autres auteurs néerlandais, Teijl et Holzhauser, qui conclut que les appuis pour la thèse que le droit d'auteur est bénéfique pour le bien-être général ne sont pas très forts⁵.

Pour la Grande-Bretagne, Bently et Sherman renvoient le lecteur à l'article classique de Ricketson en 1992 sur la durée du droit d'auteur⁶ et à la discussion entourant la célèbre affaire *Eldred* devant la Cour suprême des Etats-Unis en 2003, de même qu'à la décision de la Cour elle-même⁷. En se prononçant sur la durée souhaitable du droit d'auteur, Ricketson observe prudemment que « compte tenu de l'incertitude relative aux fonctions rémunératrice et incitative de la protection du droit d'auteur, il n'est guère possible d'arriver à une détermination précise et tout chiffre qu'on retiendra aura inévitablement un parfum d'arbitraire »⁸ et il ajoute que « l'octroi d'une protection plus longue n'influera guère, s'il a une influence du tout, sur les décisions que prendront aujourd'hui les éditeurs et autres premiers exploitants d'oeuvres »⁹. Fin connaisseur de l'histoire de la Convention de Berne, il rappelle que « les grandes questions de politique législative ont rarement occupé les participants dans les débats relatifs à la durée de protection dans l'Union de Berne »¹⁰.

L'affaire *Eldred* aux Etats-Unis portait sur la loi fédérale connue sous le nom de *Sonny Bono Copyright Extension Act* de 1998 et ayant pour but de prolonger, avec effet rétroactif et prospectif, la protection du droit d'auteur de 20 ans additionnels par rapport à ce qui était prévu à la loi sur le droit d'auteur. Elle invitait la Cour suprême à déterminer si cette loi était constitutionnelle au regard des pouvoirs accordés au Congrès dans la Constitution américaine à l'article

⁴ Spoor, J.H., D.W.F. Verkade et D.J.G. Visser, *Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, (3^e éd.), §§ 13.1 et 13.2, renvoyant au § 1.9.

⁵ Id à la p. 11, renvoyant à Teijl, R. et R.W. Holzhauser, *De toenemende complexiteit van het intellectuele eigendomsrecht - Een rechtseconomische analyse*, Arnhem, Gouda Quint BV, 1991, à la p. 56. Ce point de vue est partagé par Ricketson, Sam, « New Wine into Old Bottles: Technological Change and Intellectual Property Rights », (1992) 10 *Prometheus* 53-82, à la p. 72, qui fait echo à la p. 58: « [...] there is an absence of convincing empirical evidence on the success or otherwise of our present intellectual property laws in achieving their stated goals. »

⁶ Ricketson, Sam, « The Copyright Term », (1992) 23 *International Review of Industrial Property and Copyright Law (IIC)* 753-785.

⁷ *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003), 123 S.Ct 769 (2003), 239 F.3d 372 (2003).

⁸ Ricketson 1992 (Copyright Term), p. 761 ("[g]iven our uncertainty about the reward and incentive functions of copyright protection, this can hardly be a precise determination and any figure chosen will inevitably have an arbitrary feel about it")

⁹ Id. p. 766 ("the grant of a long term of protection may play little, if any, role in the decisions that [publishers and other initial exploiters of works] make in the present.").

¹⁰ Id. p. 783 ("the wider questions of policy have seldom come to the fore in debates over the term of protection within the Berne Union").

premier, paragraphe 8, alinéa 8, l'autorisant d'agir « afin de promouvoir l'avancement de la science et des arts pratiques, en accordant pour des temps limités aux auteurs et inventeurs un droit exclusif sur leurs écrits et inventions respectivement »¹¹. Sur division (7 contre 2), la Cour jugea que la loi ne dépassait pas les pouvoirs du Congrès. Dans une opinion dissidente fort articulée, le juge Breyer exprima l'avis que l'expression « pour des temps limités » ne pouvait se lire que de manière à « interdire un pouvoir indéfini et sans limite de prolonger la durée des droits ». Pour bien illustrer son propos, il ajouta que si « de quelque façon, quelque part, un auteur potentiel était mû par la considération que ses arrière-petits-enfants puissent recevoir des redevances de droit d'auteur dans un siècle, un autre auteur potentiel pourrait être mû autant par des perspectives de redevances versées dans deux siècles, cinq siècles, 1 000 ans, "jusqu'à la fin des temps". Dans une perspective économique rationnelle, la différence entre ces périodes de temps n'a pas d'importance véritable. Le prolongement envisagé ici produira une protection du droit d'auteur qui, même suivant des hypothèses conservatrices, vaudra plus de 99,8 % de la protection à perpétuité (plus de 99,99 % pour un compositeur comme Irving Berlin et une chanson comme Alexander's Ragtime Band) »¹²

Ecrivant également aux Etats-Unis, Reichman résume les arguments en faveur de la durée actuelle du droit d'auteur par l'observation que « [l'opinion] la plus généralement admise et la moins controversée veut que l'auteur devrait avoir la possibilité de pourvoir pour ses propres besoins durant sa vie et ensuite pour ceux de ses descendants immédiats. »¹³ Cet argument présuppose cependant que l'œuvre produira des revenus tout au long de la durée du droit

¹¹ http://www.usconstitution.net/xconst_A1Sec8.html ([t]o promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.)

¹² *Eldred v. Ashcroft*, op. cit., opinion of Breyer J. § I, C ("limited times" should be read to "prohibit an indefinite and endless power to extend existing terms"; "[..] somehow, somewhere, some potential author might be moved by the thought of great-grandchildren receiving copyright royalties a century hence, so might some potential author also be moved by the thought of royalties being paid for two centuries, five centuries, 1,000 years, " 'til the End of Time." And from a rational economic perspective the time difference among these periods makes no real difference. The present extension will produce a copyright period of protection that, even under conservative assumptions, is worth more than 99.8% of protection in perpetuity (more than 99.99% for a songwriter like Irving Berlin and a song like Alexander's Ragtime Band).")

¹³ Reichman, J.H., « The Duration of Copyright and the Limits of Cultural Policy », (1996) 14 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 625-654, à la p. 643 ("the most generally accepted and least controversial is that an author should have the possibility of providing for himself during his own lifetime and then for his immediate dependents").

d'auteur. Or l'observation même sommaire suffit pour établir que ceci ne se produira que pour une infime proportion d'oeuvres à succès. Cela suggère par ricochet la réplique que les auteurs qui entendent pourvoir à leurs besoins et à ceux de leurs familles seraient bien avisés d'investir intelligemment les sommes récoltées pendant les quelques années où l'œuvre réussit bien dans le marché. Ils pourront ainsi vivre des revenus de placement durant le reste de leurs jours et laisser quelque chose en héritage à leurs descendants.

Tout ceci pourrait paraître une querelle de chapelle s'il n'y avait pas de coût associé au prolongement de la durée du droit d'auteur. Mais il y en a, car, pendant qu'une création est assujettie au droit d'auteur, elle n'est accessible qu'à plus grands frais qu'autrement, ou même pas du tout. Ceci interfère avec l'accès à l'information et, par ricochet, avec la création par filiation. Or, à peu près toute forme de connaissance et d'expression culturelle humaine est cumulative, en ce sens que les innovations s'ajoutent à la marge, s'édifiant sur du contenu existant ou recombinaut celui-ci. En réduisant l'accès, on ralentit le processus d'accumulation, et par ricochet l'innovation qui en résulte et qui tire la croissance économique. Cette considération doit sûrement avoir un poids, même pour ceux qui cherchent à justifier le droit d'auteur par des théories basées sur la personnalité. Tout droit atteint sa limite là où il produit des effets délétères significatifs.

Pourtant il y a des créations qui ne verraient le jour si leurs créateurs n'étaient mus par la perspective de trouver rémunération de leurs efforts. La propriété intellectuelle est un instrument décentralisé visant à créer ces stimulants. Il y a donc un problème de politique législative pour déterminer comment faire la composition de ces deux principes qui tirent dans des sens opposés. Aborder une question de politique législative nous engage à examiner les effets sociaux des règles et de leur changement. Les outils de travail du juriste ne sont pas d'un grand secours pour ce genre de questions. Dans ce texte, nous proposons de faire appel à la science économique. Qu'a à dire la science économique sur ces questions ?¹⁴

¹⁴ Pour plus de détails, voir Mackaay, Ejan et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2^e éd.), pp. 264-325 ainsi que le chapitre sur *Intellectual Property* dans Ejan Mackaay, *Economic analysis of law for civilian legal systems*, Cheltenham, UK, Edward Elgar (à paraître).

La durée du droit d'auteur – théorie économique

La science économique appréhende les règles à travers les incitations qu'elles créent pour les individus d'adopter telle conduite plutôt que telle autre. Une personne mise devant la perspective d'une responsabilité en dommages-intérêts pour une conduite fautive peut réagir en étant plus prudente. Pour une règle donnée, la science économique focalise sur ses effets sociaux prévisibles. Le droit d'auteur ouvre la perspective de revenus pour les créateurs d'œuvres soumises à ce droit. Cette perspective peut les entraîner dans l'effort créateur. L'effort créateur alimente l'innovation, qui, à son tour, mène à l'avancement du bien-être économique.

La technique employée en droit d'auteur pour créer le stimulant à l'effort créateur est de mettre en place un droit individuel sur la « structure d'information » qu'incorpore la création. Cette approche peut être contrastée avec d'autres techniques comme le parrainage ou la création de prix¹⁵. La propriété intellectuelle emprunte certaines caractéristiques de la propriété sur les objets matériels. La propriété apparaît lorsqu'un objet devient rare en ce sens qu'on découvre plusieurs façons, incompatibles entre elles, de l'utiliser. La propriété est une technique pour résoudre les disputes ou même les conflits qui peuvent surgir à propos de ces usages incompatibles. Elle a l'avantage d'être entièrement décentralisée et d'incorporer un mécanisme de rétroaction automatique : le propriétaire décide quel usage sera fait de sa propriété et est informé sur la qualité de son choix par les revenus ou les pertes qui en résultent. Lorsque le droit est transférable, un marché peut se développer pour l'objet et cela tend à renforcer le mécanisme de rétroaction et à faire évoluer l'objet vers les usages les plus valorisés¹⁶.

Il y a cependant un problème avec la transposition de la logique de la propriété aux structures d'information, comme dans les droits intellectuels. C'est que, contrairement aux objets matériels, l'information n'est pas naturellement rare; elle peut normalement être utilisée par une pluralité d'utilisateurs sans que cela fasse perdre sa valeur à la forme d'origine. Souvent, elle peut être

¹⁵ Voir par exemple Gallini, Nancy T. et Suzanne Scotchmer, *Intellectual Property: When Is it the Best Incentive System?*, dans : *Innovation Policy and the Economy*, Vol 2, Adam Jaffe, Joshua Lerner et Scott Stern (dir.), Cambridge, Mass., MIT Press, 2002, pp. 51-78.

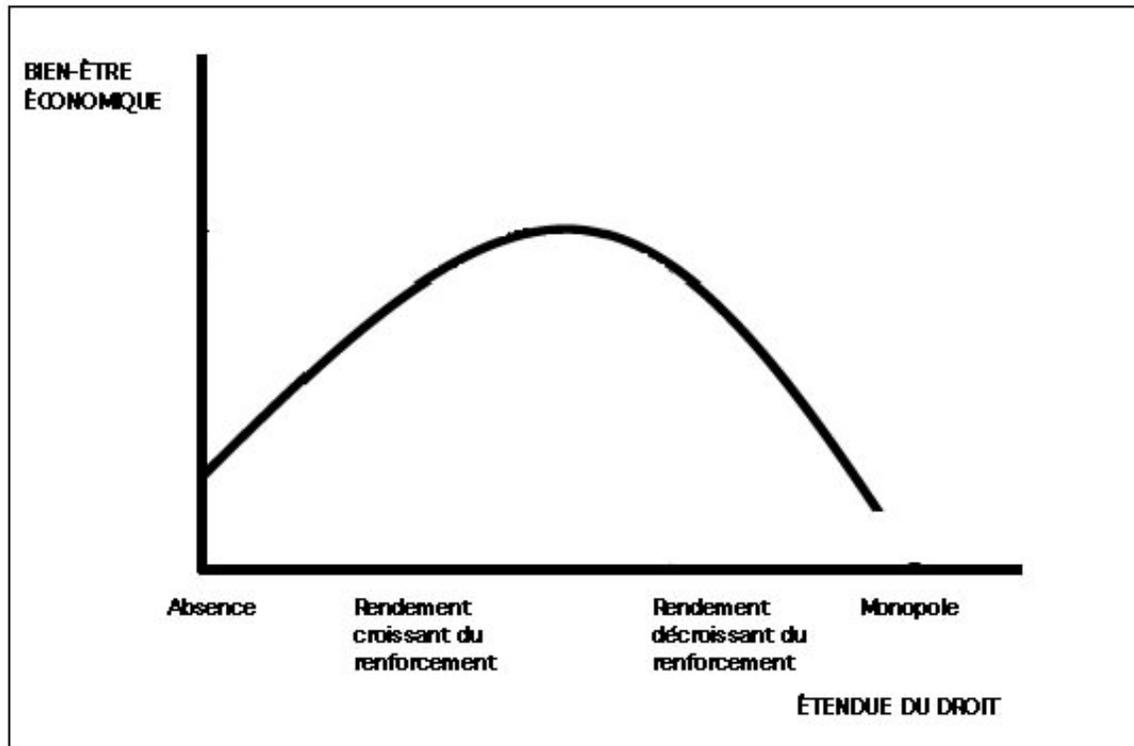
¹⁶ Voir Mackaay, Ejan et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2^e éd.), pp. 206-263 ou Ejan Mackaay, *Economic analysis of law for civilian legal systems*, Cheltenham, UK, Edward Elgar (forthcoming), chapitre sur *Property rights*.

reproduite à peu de frais ou même sans frais aucuns. De plus, la plupart de créations tablent sur des créations existantes: l'information « se cumule ». Toutes ces caractéristiques de « biens collectifs » posent problème pour la constitution de droits et soulèvent la question de décider si les droits de propriété sont même souhaitables et, dans l'affirmative, comment assurer que leurs objets puissent effectivement être réservés pour les titulaires.

Pour ce qui regarde la première question, il faut rappeler que, si l'information n'est pas naturellement rare au sens économique, le talent créateur humain souvent l'est bien. Là où des formes particulières de création ne résultent pas d'une activité humaine ordinaire entreprise pour d'autres raisons, mais demandent que des talents particuliers soient orientés vers leur production, il peut être à propos de créer les institutions juridiques qui engendrent des incitations particulières à cet effet. Pour reprendre cette idée autrement, le talent humain est rare et provoque donc la mise en place de formes de propriété aptes à l'orienter vers son emploi le plus productif.

Si nous optons pour les droits individuels comme structures incitatives, nous faisons face au défi de réserver – par des sanctions juridiques – l'objet informationnel au titulaire – ce qui est une condition de viabilité de tout droit de propriété. Dans la mesure où la réservation peut être effectivement assurée, elle restreint la possibilité pour d'autres que le titulaire de bâtir sur des œuvres existantes pour la création de filiation et ceci tendrait à ralentir la croissance économique. Pour juger un régime de droit d'auteur particulier, il faut déterminer l'effet composé de ces deux tendances opposées : celle de stimuler les créateurs dont les créations sont visibles et celle de restreindre les créateurs dont les créations sont à venir. Il serait souhaitable de guider cette composition de manière à maximiser la totalité de la créativité humaine à moyen terme. En ce qui regarde cette composition, nous sommes assez certains qu'elle aura la forme générale d'une courbe en U inversé visualisée au Diagramme 1.

Diagramme 1 Rapport entre la portée du droit intellectuel et la croissance du bien-être économique (par l'intermédiaire de l'innovation)¹⁷



En l'absence de protection formelle de la propriété intellectuelle, les intéressés peuvent assurer le contrôle de leur création en la gardant secrète et en insistant sur des conventions de confidentialité lorsqu'ils y donnent accès. Le côté gauche de la courbe ne commence donc pas à l'axe horizontal. Lorsque la protection formelle est faible, son renforcement devrait être de nature à améliorer la créativité globale dans une société. Au-delà d'un certain point, cependant, le renforcement additionnel pourrait réduire la créativité globale car l'effet monopolisant des droits réduirait l'innovation par filiation.

L'idée de la courbe en U inversé trouve un certain appui dans le survol de Lerner sur une période de 150 ans du droit des brevets. Lerner utilise comme variable dépendante le nombre de brevets demandés et la met en rapport avec la portée du droit intellectuel, comme variable explicative. Dans les pays où la

¹⁷ La presentation s'inspire des travaux de Sag, Matthew J., « Beyond Abstraction, The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency », (2006) 81 *Tulane Law Review* 187-250, fig. 1 et 3, et de ceux de Valkonen, Sami J. et Lawrence J. White, « An Economic Model for the Incentive/Access Paradigm of Copyright Propertization: An Argument in Support of the Proposed New §514 to the Copyright Act », (2006) 29 *Hastings Communications & Entertainment Law Journal* 359-400.

protection est faible, son renforcement fait augmenter le nombre de brevets demandés (la partie gauche de la courbe au Diagramme 1). En revanche, lorsque la protection est déjà forte, le renforcement n'a peu ou pas d'effet.

Pollock propose une tentative de déterminer la durée optimale du droit d'auteur au moyen d'un modèle formel¹⁸. Pour les paramètres autres que la durée, on pourrait considérer le nombre d'œuvres créées en fonction de l'effet stimulateur du droit d'auteur, d'une part, et la perte occasionnée par son effet monopolisant sur la création par filiation, de l'autre. Pour la durée du droit d'auteur, il faut cependant un modèle plus riche qui tient compte de ce que l'œuvre produit un gain de bien-être économique, mais dont l'ampleur diminue avec le temps (*cultural decay* ou déclin culturel). En incorporant dans le modèle ce facteur de déclin de même qu'un facteur d'escompte pour la valeur de l'argent gagné dans l'avenir, Pollock est en mesure d'estimer la durée optimale du droit d'auteur comme étant de 15 ans dans un modèle d'état stationnaire¹⁹. Cet estimé est cependant très sensible à la valeur des paramètres; en les mettant à la borne inférieure de l'intervalle plausible, il arrive à un estimé de 52 ans²⁰.

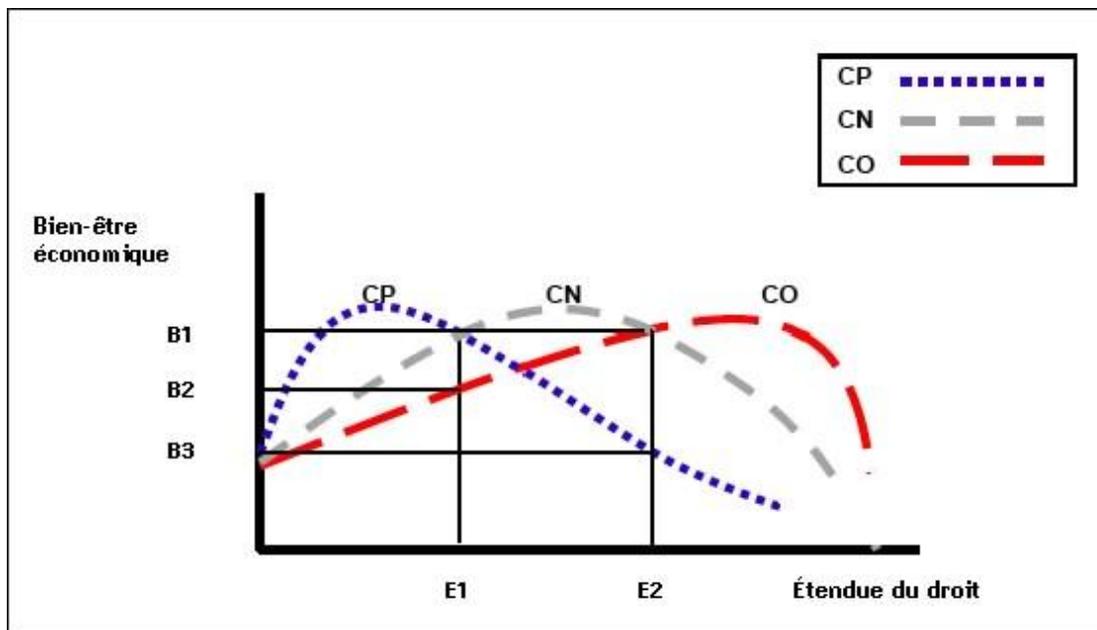
Tout en admettant l'intérêt que représente l'effort de modélisation, il nous semble que ces résultats ne peuvent pour l'instant être considérés comme concluants en ce qui regarde la durée optimale du droit d'auteur. Il en résulte que, si nous sommes assez convaincus de la forme générale du rapport en U inversé, nous ne pouvons « mesurer la courbe » ni, par ricochet, déterminer où se trouve l'optimum. Les implications sont illustrées au Diagramme 2.

¹⁸ Pollock, Rufus, « Forever Minus a Day? Some Theory and Empirics of Optimal Copyright », (2009) 6 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 35-60.

¹⁹ Id. p. 52.

²⁰ Ibid.

Diagramme 2 Conceptions optimiste et pessimiste du rapport entre l'étendue du droit intellectuel et la croissance du bien-être économique (par l'intermédiaire de l'innovation)



La courbe grise (CN) est celle qui figurait au Diagramme 1. Une conception optimiste (CO, la courbe rouge) du droit d'auteur actuel considérerait que la protection courante est toujours en-deçà de ce qui serait optimal. Si nous nous trouvons au point E1, le renforcement du droit, pour nous faire évoluer vers le point E2, serait de nature à améliorer le bien-être économique. Cela paraît correspondre à la position qu'adoptent les industries culturelles. À l'opposé, la conception pessimiste est représentée par la courbe bleue (CP). Suivant cette conception, si nous nous trouvons au point E1, le renforcement du droit d'auteur vers E2 aurait pour effet de réduire le bien-être économique. En revanche, en resserrant les critères d'admissibilité au droit d'auteur – mouvement vers la gauche à partir de E1 – nous ferions augmenter le bien-être économique.

Le temps est venu de regarder ce que les études de terrain nous enseignent sur les effets du droit d'auteur.

La durée du droit d'auteur – quelques données d'observation

Scherer a effectué une étude remarquable sur les revenus tirés de l'innovation dans les marchés de consommation. L'étude touche aussi bien les brevets (en général, et les brevets pharmaceutiques en particulier) que le droit d'auteur (sur la musique), à la fois aux Etats-Unis et en Allemagne. Le titre en soi est significatif : *The Innovation Lottery* – la loterie de l'innovation²¹. Dans tous les domaines, les résultats paraissent conforter la thèse de Schumpeter, suivant laquelle, en raison de la profonde incertitude attachée aux inventions et à leur faible taux de réussite, seuls des profits exceptionnels sont aptes à attirer des gens dans les activités innovatrices. Le profit à réaliser doit être nettement supérieur à ce qui attire les gens dans des entreprises commerciales ordinaires²². Scherer observe une distribution extrêmement asymétrique des profits: la plupart des participants gagnent très peu et peuvent même perdre leur chemise, alors qu'une minorité gagne le gros lot. Pour participer à ce genre de loterie, il faut aimer le risque. Ces constats se trouvent confortés dans l'étude plus récente de Bessen²³.

L'exploitation commerciale des créations est normalement confiée à de grandes organisations (maisons d'édition de la musique, du film, du logiciel) dont les dirigeants paraissent être tout sauf des joueurs invétérés. Pourquoi participent-ils au processus d'innovation? Il faut penser qu'ils sont capables de répartir le risque. Ils laissent une bonne partie du risque aux créateurs et constituent des portefeuilles diversifiés de projets pour le surplus, leur mise en commun réduisant le poids du risque assumé dans chaque projet. Dans une étude empirique²⁴, Baumol confirme cette division de travail entre les créateurs

²¹ Scherer, F.M., *The Innovation Lottery*, dans : *Expanding the Boundaries of Intellectual Property : Innovation Policy for the Knowledge Society*, Rochelle Cooper Dreyfuss, Diane Leenheer Zimmerman et Harry First (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 3-21. Kretschmer, Martin, *Artists' Earnings and Copyright: A Review of British and German Music Data in the Context of Digital Technologies*, dans : *New Directions in Copyright Law, Volume 2*, Fiona Macmillan (dir.), Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2005, pp. 61-78, arrive à des observations semblables pour les marchés de la musique en Allemagne et au Royaume-Uni.

²² Schumpeter Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper & Row [1942], 1976, (5^e éd.), aux pp. 73-74, cite par Scherer 2001, à la p. 3.

²³ Bessen, James E., « The Value of U.S. Patents by Owner and Patent Characteristics », (2008) 37 *Research Policy* 932-945.

²⁴ Baumol, William J., *Education for Innovation: Entrepreneurial Breakthroughs vs.*

(souvent des individus ou de petits groupes), qui parient sur une infime chance de gagner le jackpot, et ceux, souvent de grandes organisations, qui s'occupent du polissage du produit et de sa mise en marché, et qui peuvent compter sur la relative certitude de profits moyens acceptables sur un portefeuille bien diversifié de projets. Les deux fonctions sont complémentaires et non interchangeables. Les deux sont essentielles pour que de nouveaux produits soient proposés aux consommateurs. On peut s'attendre à ce que les droits d'auteur qui continuent d'engendrer des redevances vers la fin de la période de protection légale se trouvent généralement entre les mains de ces grands joueurs.

Une protection très longue du droit d'auteur est-elle susceptible de neutraliser l'effet de la distribution très asymétrique de revenus que nous venons de relever ? La science économique enseigne que l'effet incitatif aujourd'hui de revenus qu'on gagnera à l'avenir diminue avec le temps. Un dollar gagné l'an prochain doit être escompté et entre à sa valeur escomptée dans les décisions que le bénéficiaire doit prendre d'aujourd'hui. À mesure que le nombre d'années augmente, ainsi va le facteur d'escompte, et même de manière exponentielle. Escomptée au présent à un taux plausible, la valeur présente de sommes d'argent gagnées dans 50 ans ou davantage est à peu près nulle et son effet incitatif l'est donc également.

Il serait intéressant de pouvoir observer comment les créateurs eux-mêmes voient la question. Ceci a été tenté à l'aide de données sur les renouvellements de droits d'auteur aux Etats-Unis, avant leur adhésion à la Convention de Berne. Il faut présumer que les titulaires de droit d'auteur qui ne le renouvellent pas à l'expiration du délai initial de 28 ans attachent à ce droit une valeur moindre que la petite somme demandée pour le renouvellement, et donc pratiquement nulle. En examinant l'ensemble des titulaires de droit d'auteur, les non-renouvellements permettent d'extrapoler la vie utile des droits d'auteur pour leurs titulaires. Une étude de Landes et Posner établit la valeur médiane à 15 ans²⁵. Bien entendu, ce chiffre cache d'énormes variations. Pour la plupart des créateurs, la valeur du droit d'auteur tombe à zéro quelques années seulement

Corporate Incremental Improvements, dans : *innovation Policy and the Economy, Volume 5*, Adam B. Jaffe, Josh Lerner et Scott Stern (dir.), Cambridge, Mass., MIT Press, 2005, pp. 33-56; <http://www.nber.org/chapters/c10806.pdf> .

²⁵ Landes, William M. et Richard A. Posner, « Indefinitely Renewable Copyright », (2003) 70 *University of Chicago Law Review* 471-518; repris dans Landes, William M. et Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Mass., Belknap of Harvard University Press, 2003, pp. 210-253.

après publication. Pour une infime minorité (comme les titulaires du droit d'auteur sur *Mickey Mouse*) le droit garde une valeur pendant toute la durée de sa validité. Il est concevable que cette asymétrie soit une composante essentielle de la logique du « gros lot » qui tire le droit d'auteur.

L'image d'ensemble qui se dégage de ces études est que la durée actuelle du droit d'auteur s'étend bien au-delà des besoins de la vaste majorité des créateurs. Seule une infime proportion d'entre eux en tire vraiment profit; dans la plupart des cas, les droits en question ont été transférés aux « grands joueurs » que sont les « industries culturelles ».

Ce dont nous sommes certains est que, durant le dernier quart de siècle, l'étendue du droit d'auteur a été élargie sur tous les registres: objets protégeables, portée et durée du droit, sanctions disponibles en cas de contrefaçon²⁶. Bon nombre de ces modifications profitent clairement aux grands joueurs qui détiennent les droits d'auteur produisant encore des redevances. Ils opèrent à une échelle suffisante pour entreprendre des efforts de lobbying. Les modifications législatives résultant de leurs efforts doivent être qualifiées de recherche de rentes. Puisque le droit d'auteur est uniforme et automatiquement obtenu pour les différents créateurs, les modifications recherchées par les grands joueurs renforcent en même temps les droits de la vaste majorité d'autres titulaires, qui n'en ont pas besoin, et de ce fait verrouillent beaucoup d'expressions culturelles sans nécessité. Dans cet esprit, une étude par une équipe de l'Institut IVIR, à Amsterdam, s'oppose fermement à l'extension de la durée de protection sur les enregistrements musicaux²⁷.

Que faire maintenant ?

Les informations disponibles suggèrent que les besoins de protection varient énormément entre les œuvres soumises au droit d'auteur et entre les titulaires. À un extrême, il y a les revenus fabuleux parfois durant toute la durée du droit d'auteur; ces revenus peuvent justement créer l'image du « gros lot » qui attire prospectivement les créateurs à embarquer dans la loterie qu'est l'effort

²⁶ Nimmer, David, « Codifying Copyright Comprehensibly », (2004) 51 *UCLA Law Review* 1233-1387 a examiné en détail chacune des modifications de la loi américaine.

²⁷ Helberger, Natali, Nicole Dufft, Stef J. van Gompel et P. Bernt Hugenholtz, « Never Forever: Why Extending the Term of Protection for Sound Recordings is a bad Idea » (2008) 30 *European Intellectual Property Review* 174-181.

créateur, où, à l'autre bout de l'échelle, les créateurs gagnent très peu, pour une courte période, si même ils ne perdent pas complètement leur chemise.

Ces réalités ont un rapport tendu avec trois des principes fondateurs qui caractérisent essentiellement le droit d'auteur dans les pays de l'Union de Berne :

- Le droit d'auteur est d'une durée identique pour toutes les œuvres (sous réserve des droits voisins)
- Il est accordé automatiquement du fait de la création (sans formalité)
- Il dure au minimum la vie plus 50 ans pour les créateurs individuels; ou 50 ans après publication pour des films et oeuvres anonymes

Peut-être le temps est venu de mettre en question ces principes ou certains d'entre eux. Étant donné l'extrême variabilité de l'utilité du droit d'auteur pour différents titulaires et la difficulté que nous avons à évaluer cette utilité en pratique, on aurait aimé voir en place un système qui amène les créateurs à révéler l'utilité qu'ils y attachent eux-mêmes et qui n'étend pas la durée du droit d'auteur au-delà du besoin exprimé de chaque créateur.

Révéler ses besoins nécessite cependant un acte du créateur – une formalité. Les inconvénients des formalités ont été amplement discutés dans la littérature, dernièrement dans le collectif de Bently *et al.* sur le droit d'auteur global²⁸. Quelle que soit l'expérience historique, von Gompel est d'avis que les avances techniques ont rendu l'inscription et la consultation en ligne des registres beaucoup moins onéreuses que par le passé et il recommande leur réintroduction²⁹. Réfléchissant sur la longue expérience des Américains avec les formalités et l'inscription, Ginsburg insiste qu'il ne faut pas sous-estimer les difficultés pratiques de mettre en place un système de registres qui fonctionne rapidement et sans anicroche ni celles d'amener les créateurs à apposer la marque du droit d'auteur sur leurs œuvres³⁰. Elle admet cependant que les

²⁸ Bently, Lionel, Uma Suthersanen et Paul Torremans (dir.), *Global Copyright - Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2010, chapitres 28 à 31, pp. 467-477.

²⁹ van Gompel, Stef, Formalities in the digital era: an obstacle or opportunity?, dans : *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Lionel Bently, Uma Suthersanen et Paul Torremans (dir.), Cheltenham UK, Edward Elgar, 2010, pp. 395-424.

³⁰ Ginsburg, Jane C., The US Experience with Formalities: A Love/Hate Relationship, dans : *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to*

formalités peuvent avoir leurs avantages: « Si le créateur ne se soucie pas assez de son oeuvre pour y apposer la marque du droit qu'il réclame, alors le public devrait pouvoir se fier à l'absence de marque pour traiter l'oeuvre comme non revendiquée et libre. L'analyse économique du droit tendrait à renforcer cette conclusion : le créateur est mieux apte à assumer le coût de la notification (par apposition de la marque) que ne l'est le public pour retracer les titulaires sur les oeuvres ». ³¹ La véritable difficulté est de déterminer que faire dans les cas de défaut d'apposer la marque, d'inscrire ou d'enregistrer le transfert du droit.

De quoi aurait l'air un régime qui préserverait autant que possible les règles actuelles, tout en amenant les créateurs à révéler la valeur qu'ils attachent à leur droit et en permettant le maintien du droit d'auteur sur les oeuvres très valorisées, tout en le laissant s'éteindre dans d'autres cas, les oeuvres en question glissant alors dans le domaine public ? On pourrait accorder le droit d'auteur de façon automatique du fait de la création pour une durée limitée, pourvu que soit apposée une marque indiquant l'année de création et le nom du créateur. L'absence de pareille marque devrait pouvoir être interprétée comme l'indice du désir de verser l'oeuvre dans le domaine public. Sur la foi des indices relevés dans ce qui précède, le droit pourrait être accordé pour une période initiale de 15 ans ³². À l'expiration de ce délai, le droit serait sujet à renouvellement pour une période limitée, par exemple cinq ans ou dix ans, sur inscription de l'oeuvre dans des registres tenus par un organisme national ou international et sur versement des frais de renouvellement à celui-ci. Les points à discuter incluraient si le renouvellement doit être admis indéfiniment ou un nombre limité de fois, et si les frais de renouvellement devraient être fixes ou augmenter avec le temps, étant donné que les créateurs sont apparemment sensibles au coût du renouvellement ³³.

Un net avantage du régime proposé serait que ou bien les grands joueurs capables d'entreprendre du lobbying effectif n'auront plus besoin de le faire

Cyberspace, Lionel Bently, Uma Suthersanen et Paul Torremans (dir.), Cheltenham UK, Edward Elgar, 2010, pp. 425-459.

³¹ Ginsburg 2010 *US Experience*, à la p. 457 ("If the creator cannot take care enough to mark off her claims, then perhaps the public should be entitled to rely on the absence of notice to treat the work as unclaimed and free. Law and economics reasoning might reinforce this conclusion: the creator is better able to assume the costs of notification than the public is to incur the costs of tracing right holders.").

³² L'hebdomadaire *The Economist* a proposé une durée de 14 ans dans des éditoriaux des 15/1/2003, 30/6/2005 et 8/4/2010.

³³ Landes et Posner, 2003 *Indefinitely*, à la p. 33 et 2003 *Economic Structure*, à la p. 245.

(puisqu'ils peuvent renouveler leurs droits à leur guise), ou bien, s'ils en font, la législation qui les accommode n'étendra plus ses effets à l'ensemble des titulaires du droit d'auteur. Pour les créateurs de filiation – et ne le sommes-nous pas tous ? – l'extension uniforme de la durée du droit d'auteur a l'effet de verrouiller sans nécessité beaucoup de culture qui pourrait circuler librement. Ceci doit compter comme un gaspillage social coûteux. Il est vrai qu'une proposition comme celle qui vient d'être formulée ne peut aller de l'avant sans qu'on rouvre la Convention de Berne – une hypothèque décourageante sur ses chances de succès³⁴. Ceux qui se méfient de cette perspective pourraient cogiter la proposition de Justin Hughes, pour le droit américain, d'interpréter le droit d'auteur de manière à ce que l'usage équitable (*fair use*) s'étende à mesure que l'œuvre prend de l'âge³⁵. Des doctrines d'accès équitable dans d'autres législations pourraient être déployées au même dessein³⁶. Pour le Canada, à titre d'exemple, l'interprétation large de la disposition sur l'utilisation équitable dans la *Loi sur le droit d'auteur* qu'à adoptée la Cour suprême du Canada dans l'affaire *CCH* paraît laisser la porte ouverte à un tel développement, comme le laisse entendre un rapport récent de Boyer³⁷.

³⁴ Hishinuma considère l'idée de rouvrir la Convention de Berne comme purement hypothétique : Hishinuma, Takeshi, *The Scope of Formalities in International Copyright Law in a Digital Context*, dans : *Global Copyright: Three Hundred Years Since the Statute of Anne, from 1709 to Cyberspace*, Lionel Bently, Uma Suthersanen et Paul Torremans (dir.), Cheltenham UK, Edward Elgar, 2010, pp. 460-477, à la p. 471.

³⁵ Hughes, Justin, « Fair Use Across Time », (2003) 50 *UCLA Law Review* 775-800.

³⁶ Sur cette question, voir par exemple Geller, Paul Edward, « A German Approach to Fair Use: Test Cases for TRIPS Criteria for Copyright Limitations », (2010) 57 *Journal of the Copyright Society of the USA* 901-919.

³⁷ *Loi sur le droit d'auteur*, LRC 1985, c. C-42, art. 29; *CCH v. Upper Canada Law Society*, [2004] 1 RCS 339, 2004 CSC 13; Boyer, Marcel, *L'économie du droit d'auteur et de l'utilisation équitable*, CIRANO S2007-31, 2007, <http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2007s-32.pdf>.

Conclusion

La science économique considère le droit d'auteur à travers les incitations qu'il crée pour attirer les créateurs dans des entreprises créatives. Elle montre comment le droit d'auteur emprunte certains traits généraux de la propriété, mais prend ses distances par rapport à la propriété des objets matériels pour mieux accommoder ses objets particuliers, des structures d'information, qui, contrairement aux objets matériels, ne sont pas naturellement rares au sens économique du terme. Il met en lumière l'effet secondaire négatif du droit d'auteur qui est de compliquer l'accès aux œuvres qui y sont soumises. Cela devrait compter comme un coût dans la mesure où de nouvelles structures d'information se construisent sur des structures existantes : presque toute la connaissance et l'expression culturelle est « cumulative ». Il en découle que le droit d'auteur, et à vrai dire tous les droits intellectuels, constitue un compromis entre la nécessité de faire miroiter au créateur une rémunération pour les créations que l'on voit, et la nécessité de laisser l'information circuler librement de manière à permettre à de nouvelles créations d'émerger avec aussi peu d'obstacles que possible.

Au cours du dernier quart de siècle ou à peu près, tous les paramètres du droit d'auteur ont été déplacés vers plus de protection, perturbant l'équilibre sous-jacent. La durée de protection s'étend bien au-delà de ce qui est nécessaire en pratique pour la très vaste majorité des créateurs, même si elle sert bien les besoins d'une infime minorité de grands joueurs détenant des droits d'auteur qui ont un certain âge mais continuent à produire des revenus. Cette situation résulte des principes tenus pour immuables dans les pays membres de l'Union de Berne: le droit est obtenu automatiquement, sans formalité et pour une période uniforme et de longue durée. Pour redresser l'équilibre sous-jacent au droit d'auteur, il faudra remettre en question ces principes et amener les créateurs individuellement à révéler la valeur qu'ils attachent à leur droit en le renouvelant, permettant que le droit glisse dans le domaine public s'ils n'y attachent plus de valeur suffisante. S'il est vrai qu'une telle approche réintroduirait des formalités dans le droit d'auteur, les avancées techniques intervenues depuis leur abolition rendent l'accomplissement de ces formalités moins onéreux que dans le temps. L'approche aurait l'heureux effet d'éviter que

le lobbying par les *happy few* entrainerait le verrouillage inutile de beaucoup de culture pour le commun des mortels.