



**LE DROIT D'AUTEUR :
AU-DELÀ DE LA THÉORIE ÉCONOMIQUE**

**Marc-André Pigeon
Division de l'économie**

Le 1^{er} octobre 2002

**PARLIAMENTARY RESEARCH BRANCH
DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE**

La Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, elle assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les analystes peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

**THIS DOCUMENT IS ALSO
PUBLISHED IN ENGLISH**

TABLE DES MATIÈRES

	Page
HOMO ECONOMICUS	2
L'INFORMATION, LA CONNAISSANCE ET LES IDÉES COMME BIENS PUBLICS	6
LES COÛTS DU DROIT D'AUTEUR VU COMME MÉCANISME D'INCITATION	7
AUTRES ARGUMENTS CONTRE LE DROIT D'AUTEUR VU COMME MÉCANISME D'INCITATION	9
DROIT D'AUTEUR ET BREVETS.....	12
LES DEUX VISIONS DE L'INFORMATION.....	13
CONCLUSION	14
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE.....	15



CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LE DROIT D'AUTEUR : AU-DELÀ DE LA THÉORIE ÉCONOMIQUE

Selon le point de vue économique traditionnel, les lois sur le droit d'auteur peuvent se résumer en peu de mots : elles sont un mécanisme d'incitation. Pour les économistes, elles sont ce qui motive les auteurs à publier, les musiciens à composer, les peintres à peindre, les producteurs à produire, les programmeurs à écrire des programmes, et ainsi de suite. Réduit à sa plus simple expression, l'argument signifie que si les créateurs ne peuvent pas assurer leur subsistance grâce à leur travail de création, ils vont tout simplement arrêter de produire et dénicher un emploi stable et rémunérateur, au détriment de la société⁽¹⁾. Les lois sur le droit d'auteur empêchent cela, du moins chez les créateurs suffisamment talentueux pour attirer un certain nombre d'amateurs ou d'admirateurs.

Par ailleurs, les économistes ont compris depuis longtemps que des lois trop rigoureuses sur le droit d'auteur peuvent nuire au processus créateur en limitant l'étendue du domaine public sur lequel toutes les œuvres d'écriture, de musique et d'autres moyens d'expression artistique sont fondées. Toutefois, le débat public semble rarement se rendre jusqu'à cette nuance. Par exemple, Michael McCabe, ancien président de l'Association canadienne des radiodiffuseurs, a soutenu que « si les droits d'auteur sont dévalués par les tricheurs et les détenteurs, personne n'aura plus d'incitation à créer et tout le monde s'en portera plus mal »⁽²⁾. Les dimensions économiques du droit d'auteur ont aussi occupé une place de choix dans les cercles juridiques, éclipsant souvent les considérations philosophiques, politiques et sociales traditionnelles. James Boyle prétend, par exemple, qu'« on tend actuellement à supposer que la langue de l'économie est le langage théorique qui permet le mieux de discuter des questions relatives à la réglementation de l'information »⁽³⁾.

(1) Les dispositions en vue du bien-être et les subventions versées par l'État affaiblissent cet argument.

(2) Michael McCabe, « TV, Film and Online Broadcasting in the Wake of iCraveTV – What Now? », causerie présentée dans le cadre de la conférence sur la propriété intellectuelle en ligne du Canadian Institute à Toronto, Ontario, 27 juin 2000 [traduction].

(3) Voir James Boyle, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996, p. 115 [traduction].

Le présent document étudie l'argumentation en faveur du domaine public et examine deux motifs additionnels pour exprimer des réserves au sujet de la thèse voulant que la protection du droit d'auteur soit un mécanisme d'incitation nécessaire. En premier lieu, il existe de nombreux moyens pour les artistes, musiciens et programmeurs de transformer leur créativité en revenus. Les lois sur le droit d'auteur ne sont que l'un de ces moyens. En second lieu, le processus créateur n'est pas stimulé uniquement par des analyses coûts-avantages comme celles qu'implique l'argument économique usuel, mais aussi par les tendances humaines innées qui cherchent à s'exprimer, peu importe s'il existe des lois sur le droit d'auteur ou si elles sont en vigueur pendant des périodes plus ou moins longues. Si on admet ce raisonnement, on peut avancer un argument puissant en faveur de l'affaiblissement – mais non de l'élimination – de la loi actuelle sur le droit d'auteur. À tout le moins, ces critiques soulèvent des doutes sur les arguments économiques en faveur de l'élargissement des lois actuelles sur le droit d'auteur et sur la rhétorique qui entoure la notion de « mécanisme d'incitation » dans les débats publics.

HOMO ECONOMICUS

À la fin des années 1980, un programmeur finlandais, Linus Torvalds, a décidé de concevoir lui-même son propre système d'exploitation⁽⁴⁾ parce qu'il ne pouvait pas se permettre de payer le prix demandé pour Unix, le système d'exploitation alors le plus répandu. Partant d'un programme ancien et plutôt primitif qui était déjà dans le domaine public, Torvalds a jeté les bases d'un système d'exploitation offrant des possibilités de perfectionnement et l'a mis à la disposition de programmeurs partout dans le monde sous une licence publique générale (LPG). La LPG est une combinaison de lois sur le droit d'auteur et de droit des contrats qui garantit essentiellement que l'objet de la licence peut toujours être modifié par d'autres à leur gré, ainsi que tout code qui en est dérivé – ce qui revient à dire que le code protégé et les codes dérivés sont gratuits⁽⁵⁾.

Les programmeurs ont développé le travail de Torvalds, souvent durant leur temps libre et toujours à leurs frais, sans autres motifs probables que le sentiment d'accomplir quelque chose, le fait d'occuper leurs loisirs de manière amusante et la reconnaissance de leurs

(4) Le système d'exploitation est le programme qui dit à un ordinateur comment gérer ses fichiers. L'exemple le plus connu est probablement Windows de Microsoft.

(5) Lawrence Lessig, *The Future of Ideas*, New York, Random House, 2001, p. 59.

pairs. Leur travail collectif a eu pour résultat le système d'exploitation connu sous le nom de Linux, aujourd'hui tenu pour l'un des meilleurs au monde. Selon Lawrence Lessig, l'efficacité de Linux est telle qu'il est aujourd'hui le système d'exploitation qui connaît la croissance la plus rapide au monde. Il est offert par un grand nombre de sociétés, tant commerciales que non commerciales⁽⁶⁾.

En 1996, un programmeur américain du nom d'Eric Raymonds a accompli un travail semblable à celui de Torvalds, quoique sur une échelle beaucoup plus petite, en créant un programme appelé « Fetchmail »⁽⁷⁾. Il a tenu un journal des étapes du processus et isolé plusieurs des principaux éléments d'un effort de collaboration qui, à certains moments, faisait intervenir près de 1 000 programmeurs, travaillant tous gratuitement et, pour la plupart, pendant leur temps libre⁽⁸⁾. Il a constaté que pour réussir, une telle collaboration doit notamment :

- **Répondre à un besoin réel** – Comme l'affirme Raymonds : « Tout bon logiciel naît d'abord du désir d'un développeur de résoudre un problème intéressant. » Cela ajoute un élément de plaisir essentiel qui attire d'autres programmeurs de haut niveau qui aiment véritablement le processus de programmation, tout comme les musiciens jouent par plaisir.
- **Partir de ce qui existe déjà** – Raymonds ajoute : « Les bons programmeurs savent ce qu'il faut écrire. Les grands programmeurs savent ce qu'il faut réécrire et réutiliser. » L'existence d'un domaine public actif est un élément essentiel de la bonne programmation.
- **Traiter les autres programmeurs comme la ressource la plus précieuse** – Selon Raymonds, de cette façon, « ils réagiront en devenant la ressource la plus précieuse ».
- **Choisir un coordonnateur qui a des qualités sociales** – Le coordonnateur doit être une personne qui peut louer au besoin et que les gens apprécient vraiment.

Une fois ces éléments en place, le processus de développement de logiciel peut progresser avec efficacité et il permet de découvrir et de résoudre rapidement les bogues ou problèmes qui surgissent inévitablement beaucoup plus rapidement au cours d'un processus de

(6) *Ibid.*, p. 54-55.

(7) Un autre programmeur bien connu est le logiciel de serveur Apache, aujourd'hui livré avec tous les serveurs IBM. Ce logiciel du domaine public domine pratiquement le secteur des logiciels de serveur, dépassant des programmes concurrentiels de sociétés comme Microsoft. Comme le souligne Lessig (*ibid.*, p. 56), « même si la possibilité que des logiciels libres comme GNU/Linux puissent un jour supplanter Microsoft fasse toujours l'objet d'un débat intense, Apache y a déjà réussi » [traduction].

(8) On peut lire en ligne son récit du développement du logiciel Fetchmail, intitulé *The Cathedral and the Bazaar* (2000) (<http://gnuwin.epfl.ch/articles/en/cathedralbazaar/cathedral-bazaar.pdf>) [les passages suivants sont traduits].

développement de ce genre que dans un environnement contrôlé, que Raymonds appelle le modèle de la « cathédrale ». Il prétend que la formule LPG – qu’il appelle le modèle du « bazar » – permet d’éviter plusieurs des pièges usuels et coûteux du processus de développement de logiciels, notamment le besoin de rassembler les ressources nécessaires dans une organisation (en évitant les querelles de territoire), d’organiser les gens en vue de la productivité optimale, de motiver les programmeurs pour réaliser un projet qui ne les intéresse peut-être pas, de contrôler le processus pour ne laisser échapper aucun détail et de définir des objectifs pour que tout le monde se dirige vers le même objectif.

L’approche adoptée par Torvalds et Raymonds supprime presque automatiquement ces problèmes. En effet :

- les volontaires réunissent spontanément les ressources, sans recours à la coercition;
- le travail s’organise aussi de façon spontanée, par un processus d’autosélection – en général, seuls les meilleurs programmeurs voudront soumettre les résultats de leur travail à l’examen public poussé caractéristique du processus de développement de Linux ou de Fetchmail⁽⁹⁾;
- la motivation est assurée, sinon le projet ne progresserait pas (tout compte fait, les programmeurs sont tous des volontaires);
- l’encadrement est inutile parce qu’il s’agit d’un effort volontaire;
- il est également inutile d’établir un objectif parce que, une fois de plus, il s’agit d’un processus essentiellement anarchique de recherche d’une diversité d’objectifs.

Les exemples de Linux et de Fetchmail conduisent au cœur de la question économique relative aux lois sur le droit d’auteur et à la propriété intellectuelle en général. La plupart des analyses économiques du droit d’auteur partent d’un postulat précis à propos du comportement humain, c’est-à-dire que chacun est motivé par des desseins égoïstes, que l’on traduit ensuite en termes de finances ou de marchés⁽¹⁰⁾. L’étape suivante du raisonnement

(9) Des programmeurs moins talentueux peuvent vouloir participer au processus (et peuvent le faire dans d’autres forums), mais la dynamique sociale les empêchera habituellement de s’intégrer à des cercles de programmation d’élite comme Linux.

(10) Les cas de Linus Torvalds et d’Eric Raymonds ont aussi des implications intéressantes pour la théorie de la firme élaborée par Ronald Coase, qui postule que la création de la firme est fondée sur des raisons d’efficacité, pour réaliser des économies sur les coûts des transactions. Au contraire, ces exemples suggèrent que la méthode la plus efficace pour développer certains types de logiciels existe probablement *en dehors* d’une firme.

consiste à faire intervenir la notion de mécanisme d'incitation selon laquelle la « production créatrice » s'épuiserait sans une protection suffisante du droit d'auteur. D'autres économistes sont d'avis que cette hypothèse est troublante dans un sens très large et ils privilégient la dynamique de classe ou de groupe plutôt que l'analyse axée sur les individus. Quoi qu'il en soit, l'hypothèse d'un individu égoïste et obsédé par l'argent semble particulièrement suspecte lorsqu'elle est invoquée comme motif sous-jacent à la création de pièces musicales, d'œuvres d'art, d'œuvres littéraires et, dans un sens très large, d'idées, ou même à l'expression de ces idées. C'est presque une évidence que d'affirmer que certains artistes exercent leur art non en vue de s'enrichir, mais pour répondre à un besoin mal défini d'exprimer ce qu'ils sont, de se comprendre et de comprendre leur société grâce à leur œuvre, que cette expression reçoive ou non l'approbation de la collectivité. En outre, cet argument est étayé par la constatation que la musique, la poésie, la littérature et d'autres productions culturelles existaient avant l'arrivée des marchés organisés tels que nous les connaissons aujourd'hui et avant l'adoption des lois complexes sur le droit d'auteur de l'ère moderne. Les analystes font aussi ressortir la valeur de la présence, dans le domaine public, d'œuvres de création gratuites et faciles d'accès, et la « copie créatrice » qui précède souvent l'art grandiose : plusieurs des œuvres de Molière, par exemple, présentent une ressemblance remarquable et non fortuite avec des pièces bien connues (à l'époque) du répertoire classique.

Il est intéressant de signaler que l'économie, la science sociale qui accorde tant d'importance aux incitatifs financiers, a été développée par des hommes qui semblaient fort peu soucieux des récompenses financières. Adam Smith, David Ricardo, John Stuart Mill, Karl Marx, Thorstein Veblen et John Maynard Keynes ont consacré d'innombrables heures à leurs ouvrages précurseurs, pas tant en vue de s'enrichir mais parce qu'ils étaient passionnés par leurs travaux de recherche⁽¹¹⁾. Albert Einstein, presque sans contredit le plus grand scientifique du XX^e siècle, était apparemment motivé par l'amour des idées et reconnu pour sa modestie – ce qui est bien loin de l'idée qu'on se fait d'une personne motivée par des considérations financières⁽¹²⁾.

(11) Pour les détails, voir Robert L. Heilbroner's *The Worldly Philosophers: The lives, times and ideas of the great economic thinkers*, New York, Simon & Schuster, 1953.

(12) « Le personnage d'Einstein et ses qualités humaines ressortent clairement du contexte de l'histoire culturelle. Il était naïf et généreux, mais aussi obstiné et n'avait aucune vanité. Il était si modeste que presque tous ceux qui ont été en contact avec lui affirment que c'était là sa plus grande qualité. Il refusait, dans la mesure du possible, de se préoccuper des frivolités de la vie quotidienne et préférait concentrer ses efforts sur le projet intellectuel auquel il travaillait. » [traduction] Tiré d'une critique de *Einstein. The Wise Man of the World and his Century* d'Armin Hermann, Munich, Piper Verlag, 1996.

De plus, une masse croissante de recherche dans les domaines de la psychologie et de l'économie porte à croire que l'être humain est motivé au moins en partie par les idées de loyauté, d'équité et de justice, qui transcendent les motifs purement égoïstes (traduits en termes financiers) que lui prêtent communément les économistes⁽¹³⁾.

L'INFORMATION, LA CONNAISSANCE ET LES IDÉES COMME BIENS PUBLICS

Il est important, avant de poursuivre, de souligner la distinction essentielle entre l'information, les connaissances et les idées et ce que les avocats appellent leur « expression » sous forme de livres, documents, cassettes, films, logiciels, etc. En économie, l'information, la connaissance et les idées sont considérées comme des biens publics pour deux raisons :

- en premier lieu, à cause de leur nature généralement non concurrentielle : contrairement à ce qui se produit pour la plupart des types de biens, l'utilisation des idées ne réduit pas la capacité de quiconque de les utiliser aussi;
- en second lieu, parce qu'il est coûteux et difficile d'empêcher les autres de les utiliser, comme le démontrent les tentatives incessantes de réprimer la copie illégale.

Les droits de propriété accordent essentiellement un droit de caractère monopolistique à l'expression d'une idée. La théorie économique courante affirme que sans ces droits, la copie non autorisée serait fort répandue, parce qu'il n'est pas coûteux de copier les idées et leurs expressions (livres, bandes magnétiques, programmes). Par conséquent, il n'y a que peu ou pas de motivation financière pour produire des œuvres originales, pour donner aux idées une forme qui peut faire l'objet d'une production de masse. L'explication économique classique donne une version juste de ce qui s'est produit lorsque la presse inventée par Gutenberg a réduit le coût de production des livres : la société est passée d'une situation où des copistes consacraient des jours, des semaines voire des années à transcrire des textes à celle où des centaines et des milliers de copies pouvaient être produites en peu de temps. C'est alors que

(13) Voir, en particulier, l'article de l'économiste américain Matthew Rabin « Psychology and Economics », *Journal of Economic Literature*, vol. XXXVI, mars 1998, p. 11-46.

la première loi sur le droit d'auteur, le « Statute of Anne », a été adoptée pour protéger les droits des auteurs contre la reproduction⁽¹⁴⁾.

Cette explication simple en termes économiques est convaincante. La difficulté survient lorsque le raisonnement est poussé plus loin et que l'on affirme que sans lois sur le droit d'auteur, il n'y aurait presque aucune motivation pour écrire des textes savants, se lancer dans des entreprises artistiques ou donner corps à des idées utiles. En fait, certains économistes affirment exactement le contraire, c'est-à-dire que la non-réglementation des marchés de la propriété intellectuelle ne mènerait pas à la perte d'idées utiles ou créatrices. Par exemple, l'inventeur d'une technique de prévision du temps pourrait bénéficier de son invention, même si elle pouvait être copiée facilement, en spéculant sur le marché des produits de base⁽¹⁵⁾. La même situation pourrait se produire dans le domaine des LPG : les programmeurs qui contribuent au succès d'un logiciel visé par une LPG et dont la contribution est reconnue dans la collectivité des programmeurs peuvent utiliser ces compétences pour obtenir des postes dans des sociétés qui veulent adapter à leur usage des logiciels visés par une LPG.

LES COÛTS DU DROIT D'AUTEUR VU COMME MÉCANISME D'INCITATION

Comme nous l'avons souligné ci-dessus, les économistes ont compris depuis longtemps que les lois sur le droit d'auteur entraînent des coûts. Stewart Sterk, par exemple, mentionne que la protection croissante du droit d'auteur « augmente les coûts que doivent acquitter les auteurs, parce qu'elle exige qu'ils obtiennent des autorisations lorsqu'ils veulent travailler à partir d'œuvres existantes » [traduction]. À un certain moment, les coûts associés aux règlements régissant le droit d'auteur élargi dépassent les avantages : plus de personnes sont découragées de produire qu'encouragées à le faire. Même si nous n'en sommes pas encore là,

-
- (14) Cette loi (1709) était aussi appelée « loi pour encourager l'apprentissage ». Selon Stewart E. Sterk (« Rhetoric and reality in copyright law », *Michigan Law Review*, vol. 94, n° 5, mars 1996, p. 1197-1249), le préambule de la loi déplorait la tendance croissante chez les imprimeurs et les libraires à réimprimer des livres « sans le consentement des auteurs ou des propriétaires, à leur très grand détriment, ce qui trop souvent menait à leur ruine et à la ruine de leurs familles [...] Non seulement ces imprimeurs et libraires s'approprièrent-ils des revenus qui appartenaient aux auteurs méritants, mais des mesures législatives sur le droit d'auteur étaient également nécessaires “pour encourager les érudits à composer et à écrire des livres utiles” » [traduction] (p. 1 de 30 dans la version en ligne).
- (15) Cet exemple est tiré de l'ouvrage de Robert Cooter et Thomas Ulen, *Law and Economics*, Glenview, Illinois, Scott, Foresman and Company, 1988, p. 114.

Hollywood regorge de récits de producteurs découragés de faire des films à cause des coûts d'acquisition des droits sur la musique, des logos et des histoires. Selon Lessig, beaucoup de producteurs de films à petit budget doivent même s'inquiéter de filmer accidentellement des œuvres « accessoires », comme la publicité sur un camion en arrière-plan, une canette de Coke ou des affiches sur le mur d'une chambre dans une résidence d'étudiants⁽¹⁶⁾. On peut lire, dans un manuel sur le droit et l'économie que « le dilemme se résume à ce qu'en l'absence d'un monopole légal, la quantité d'information produite sera insuffisante, mais qu'avec un monopole légal, la quantité d'information utilisée sera insuffisante »⁽¹⁷⁾. William Landes et Richard Posner affirment sensiblement la même chose lorsqu'ils décrivent le droit d'auteur comme « étant construit par la tension entre le besoin d'accorder aux auteurs des droits protégés par la loi pour les motiver et le besoin de limiter les droits des auteurs pour que les futurs créateurs puissent légalement avoir accès au matériel brut dont ils ont besoin »⁽¹⁸⁾. La durée « optimale » accordée par la société au droit d'auteur reflétera le point où les avantages qu'elle retirera de la protection accrue du droit d'auteur seront égaux aux coûts d'accorder cette protection.

Il existe, toutefois, plusieurs raisons de nuancer ce type d'analyse. Pour l'instant, il est important de se rappeler qu'elle présume qu'un auteur qui a une bonne idée ou un musicien qui a une mélodie en tête se retiendra d'écrire un livre ou une chanson et de chercher à l'exprimer de manière tangible à moins que le droit d'auteur ne soit en vigueur ou élargi au-delà d'un horizon temporel difficile à définir. Il existe des preuves d'ordre psychologique, dont quelques-unes ont été abordées plus tôt, que l'être humain n'agit pas réellement de cette façon⁽¹⁹⁾. L'économiste Matthew Rabin rappelle la théorie de la « gratification immédiate » selon laquelle « les gens ont tendance à faire un choix en fonction de celui qui donnera *immédiatement* les plus grands résultats, sans prendre en considération les effets de ce choix sur les conséquences utiles de choix futurs. C'est dire que les gens ne prennent souvent pas en compte les rouages internes d'un système de choix – les effets du choix fait aujourd'hui sur les

(16) Lessig (2001), p. 1-2.

(17) Cooter and Ulen (1988), p. 135 [traduction].

(18) Cité dans Boyle (1996), p. 38-39 [traduction].

(19) Par ailleurs, les sociétés peuvent devoir adopter une vision à plus long terme si elles ont fait des immobilisations importantes qui ne donneront un rendement que beaucoup plus tard.

résultats de choix ultérieurs. »⁽²⁰⁾ En d'autres mots, la plupart des gens ne voient pas loin et expriment ce que les économistes appellent une forte préférence pour le moment présent.

Les règles sur le droit d'auteur, particulièrement lorsqu'elles ne sont pas claires ou qu'elles vont à l'encontre de l'opinion publique, peuvent aussi être extrêmement coûteuses en termes de litiges, de sommes dépensées pour leur application et, dans certains cas, de sommes dépensées pour informer le public du contenu des lois. Jessica Litman mentionne de nombreux exemples d'entreprises et de particuliers qui refusent tout simplement de croire que la loi les force à payer un droit pour faire jouer un CD dans leur restaurant.

Les titulaires du droit d'auteur ont le droit exclusif d'autoriser l'exécution publique de leurs œuvres [...] Les licences n'étaient pas chères, quelques centaines de dollars par année. Néanmoins, parce que les propriétaires de petites entreprises trouvaient incroyables les règles bien établies, des dizaines d'entre eux se sont présentés devant les tribunaux pour protéger leur prétendu droit de faire jouer de la musique – chaque année – et ont payé des centaines de milliers de dollars parce qu'ils ne pouvaient pas croire que ces règles existaient vraiment et devaient être respectées.⁽²¹⁾

AUTRES ARGUMENTS CONTRE LE DROIT D'AUTEUR VU COMME MÉCANISME D'INCITATION

D'autres arguments portent à croire que la protection du droit d'auteur n'a pas toute la force que certains créateurs ont prétendu comme mécanisme d'incitation. Tout d'abord, les lois sur le droit d'auteur ne semblent pas nécessaires pour la gamme complète des créations humaines. « Par exemple, il est peu probable que le fait de protéger par droit d'auteur les photos ou les bandes vidéo personnelles qui sont l'œuvre de particuliers ait quelque incidence que ce soit sur leur volume. Les gens qui prennent des photos ou qui tournent des vidéos ne s'attendent à aucune compensation financière et auraient le même comportement qu'ils aient ou non droit à la protection du droit d'auteur. »⁽²²⁾ Par contre, chaque fois que le gain financier est *le* facteur de motivation, la protection du droit d'auteur encouragera automatiquement une production plus élevée. Cela suggère que la quantité de manuels, de fils de presse (p. ex. AP, Reuters, Bloomberg, Dow Jones) et de services d'analyse des données *est* probablement une fonction

(20) Rabin (1998), p. 34 [traduction].

(21) Jessica Litman, *Digital Copyright*, Amherst (New York), Prometheus Books, 2001, p. 29 [traduction].

(22) Sterk (1996), p. 7 de 30 [traduction].

positive de la protection du droit d'auteur, du moins à long terme. Le tableau 1 est une tentative par l'auteur de catégoriser le contenu en fonction du besoin de protection du droit d'auteur⁽²³⁾. Il est difficile de justifier une protection forte pour la publicité commerciale, parce que son objectif est de différencier un produit d'un autre. Un annonceur qui copierait sans la modifier la publicité d'un concurrent n'en retirerait que peu de bénéfices, puisque les consommateurs ne seraient que peu ou pas encouragés à acheter un produit plutôt qu'un autre⁽²⁴⁾.

Tableau 1 : Classification des produits de la catégorie information, connaissance et idées en fonction du besoin de protection du droit d'auteur			
<i>Produit</i>	<i>Forte</i>	<i>Moyenne</i>	<i>Faible</i>
Manuels	x		
Fils de presse	x		
Services d'information	x		
Logiciels de gestion		x	
Films		x	
Œuvres littéraires			x
Ouvrages dérivés (p. ex. droits cinématographiques sur un livre)			x
Annonces publicitaires			x
Logiciels récréatifs			x
Logiciels d'architecture			x

(23) Nous ne portons aucun jugement sur les qualificatifs « forte », « moyenne » et « faible » (pour ce qui est, par exemple, du nombre d'années pendant lesquelles la protection du droit d'auteur est en vigueur). En outre, il s'agit uniquement d'un *projet* de classification destiné à servir de point de départ pour la discussion plutôt que d'une classification définitive.

(24) On peut justifier d'accorder une protection forte aux manuels, aux fils de presse et aux services d'information parce qu'ils sont essentiels à l'avancement de la connaissance humaine et pourraient ne pas être produits sans la protection du droit d'auteur. Les logiciels utilisés pour les affaires pourraient continuer d'exister et d'être produits avec une protection moyenne du droit d'auteur, ne serait-ce que parce que les producteurs de logiciels peuvent réaliser des bénéfices en adaptant leurs programmes aux besoins particuliers de leurs clients. Il s'agirait là de leur « valeur ajoutée ». Pour ce qui est des films, il n'y a pas de raison de croire qu'une protection moins forte en arrêterait la production : les films à succès peuvent rapporter des bénéfices intéressants dans les salles, comme c'était le cas avant l'arrivée des magnétoscopes, des lecteurs de DVD et des films à la carte. Aucune de ces technologies, pas même les systèmes de cinéma maison, ne semble avoir eu une incidence importante sur les auditoriums en salle. Il est probable que les logiciels récréatifs seront produits malgré une protection faible du droit d'auteur, pour les mêmes motifs que la musique est en général composée même en l'absence d'une forte protection du droit d'auteur, tout simplement parce que ces activités correspondent à un élément constitutif de la nature humaine. De même, les logiciels d'architecture continueront d'être en demande aussi longtemps que les architectes seront nécessaires pour dessiner des édifices et des maisons. La plupart des outils d'architecture (de conception) ont été créés dans le domaine public, dans un esprit de partage des connaissances scientifiques, et il n'y a aucune raison que cela ne se produise pas pour les logiciels d'architecture, comme dans le cas de Linux et Fetchmail.

Il est difficile d'imaginer comment des droits cinématographiques forts sur un succès de librairie (c.-à-d. des droits sur des œuvres dérivées) sont une incitation *nécessaire* à une plus grande production littéraire⁽²⁵⁾. À tout le moins, accorder aux auteurs des droits sur les œuvres dérivées de leurs livres augmente le coût des films et réduit le nombre de films produits.

Il est peu probable que les redevances cinématographiques pour le premier livre d'un auteur soient un facteur important soit dans la décision de l'écrire, soit dans la décision de le publier. En effet, puisque les chances que les droits cinématographiques sur le livre soient très élevés sont infinitésimales, l'auteur d'un premier livre qui fait des droits cinématographiques un facteur critique de sa décision d'écrire se méprend à coup sûr sur ses intérêts [...] Les droits cinématographiques sur les livres d'un auteur bien établi peuvent avoir une valeur non négligeable. Mais pour un auteur établi, les recettes du livre sont en général suffisantes pour l'inciter à continuer son écriture, à moins qu'il ait d'autres possibilités plus rémunératrices.⁽²⁶⁾

En plus de distinguer les divers types d'information, de connaissances et d'idées, il est utile de déterminer si elles sont le résultat d'un « éclair de génie » ou d'un effort soutenu et parfois ardu. En général, l'argument qui s'inspire de la notion de mécanisme d'incitation porte à croire qu'il faudrait accorder une protection moindre aux œuvres du premier type qu'aux œuvres résultant d'un effort long et soutenu, parce que les premières sont créées presque spontanément.

Soulignons enfin que nombre d'arguments qui s'inspirent de la notion de mécanisme d'incitation pour appeler à une protection plus généreuse du droit d'auteur présupposent un degré très élevé de prescience ou, à tout le moins, un degré de confiance fort inhabituel chez les créateurs. Aux États-Unis, par exemple, la révision de 1976 des lois sur le droit d'auteur a amené le passage d'un régime de protection de 28 ans avec un seul renouvellement, soit un total de 56 ans, à un régime où l'œuvre bénéficie de la protection jusqu'à 50 ans après le décès d'un auteur⁽²⁷⁾.

Seul un auteur qui a une confiance extrême dans son propre succès s'inquiéterait des droits sur son œuvre 56 ans plus tard; la vaste majorité des œuvres protégées par le droit d'auteur n'auront plus de valeur économique après 56 ans [...] Il est peu probable qu'un auteur

(25) Il peut évidemment y avoir un raisonnement fondé sur la morale pour accorder ces droits.

(26) Sterk (1996), p. 8 de 30 [traduction].

(27) Aujourd'hui, aux États-Unis et dans l'Union européenne, la protection du droit d'auteur est en vigueur jusqu'à 70 ans après le décès de l'auteur.

qui s'attend à ce que son œuvre connaisse un succès immédiat s'abstienne de la créer parce qu'il ne pourra pas conserver un monopole à l'expiration de 56 ans.⁽²⁸⁾

En outre, dans la pratique, le fait de prolonger la protection du droit d'auteur au-delà d'un certain seuil risque également d'entraîner une augmentation incontrôlable des activités de reproduction illégales, au fur et à mesure que les bénéficiaires à en retirer augmenteront. De fait, il pourrait fort bien provoquer sur le marché noir une recrudescence des activités telle que même une éventuelle réduction de la protection du droit d'auteur ne pourrait en venir à tout, du moins à court terme. Rappelons le cas de Napster, société qui permettait aux utilisateurs de copier illégalement des fichiers musicaux grâce à ses serveurs : même si la menace de poursuites judiciaires par des éditeurs de musique a été suffisante amener la société à cesser ses activités, au moins comme distributrice de « musique gratuite », il n'est pas clair que cette menace ait suffi pour interrompre l'échange non autorisé de matériel protégé par le droit d'auteur. Beaucoup d'autres entités se sont substituées à Napster, en partie à cause de la publicité qui a entouré cette affaire.

DROIT D'AUTEUR ET BREVETS

Il est important de se rappeler une différence essentielle entre le matériel protégé par les lois sur le droit d'auteur et le matériel breveté. Dans la mesure où le matériel breveté est créé sous les auspices d'une société à but lucratif et exige des investissements élevés et risqués, il est possible de justifier certaines formes de droits de brevet, quoique la durée des brevets soit sujette à discussion⁽²⁹⁾.

En revanche, le matériel protégé par les lois sur le droit d'auteur est habituellement produit par des particuliers (p. ex. livres, pièces de théâtre, chansons, poèmes, peintures) ou par de petits groupes de particuliers (p. ex. groupes de musiciens, troupes de théâtre) et beaucoup moins souvent par des sociétés. On a soutenu, ou du moins laissé entendre, que la créativité est inhérente à l'être humain et exige rarement d'importants investissements de capitaux. Ces entreprises créatrices ne sont pas risquées, dans la mesure où, ici encore, le

(28) Sterk (1996), p. 10 de 30.

(29) On pourrait toutefois soutenir que l'État pourrait mener – et a historiquement mené – une grande partie des recherches fondamentales qui forment le corpus de nos connaissances. Voir, par exemple, Steven Shavell et Tanguay Van Ypersele, « Rewards Versus Intellectual Property Rights », *Journal of Law and Economics*, vol. XLIV, octobre 2001, p. 525-547.

particulier s'adonne à ses intérêts pour des motifs autres que des motifs exclusivement pécuniaires, c'est-à-dire que sa créativité n'est pas motivée par les bénéfices et, par conséquent, n'est pas tributaire de la rentabilité potentielle du projet⁽³⁰⁾. Même lorsque les motifs pécuniaires dominant, il existe des moyens autres que le droit d'auteur de gagner de l'argent. Même la production cinématographique – domaine où il est traditionnellement question de films à grands budgets qui peuvent être très risqués – est de plus en plus à la portée de tous à la suite des progrès récents et de la réduction des coûts de la technologie nécessaire – comme le démontrent *Le projet Blair Witch* et d'autres films à petit budget qui ont remporté un succès inattendu. Bref, les percées technologiques comme l'Internet accroissent la *possibilité* de produire et de *distribuer* à peu de frais (donc en ne faisant pas appel à des intermédiaires comme les compagnies de production, les éditeurs, etc.) virtuellement tout type de contenu, alors que la *capacité* et la *motivation* requises pour le faire ont toujours existé – ce qui est clairement démontré par le rôle facilitateur joué par l'Internet dans des cas comme ceux de Linux et de Fetchmail.

LES DEUX VISIONS DE L'INFORMATION

Du point de vue de certains économistes, les droits de propriété intellectuelle en général et le droit d'auteur en particulier sont d'étranges créations juridiques⁽³¹⁾. D'une part, les économistes ont toujours accordé une place spéciale à l'information dans leurs modèles : on présume en général que l'information est parfaite, c'est-à-dire qu'elle est facilement accessible sans frais, qu'elle est largement connue et qu'à long terme, elle est comprise correctement⁽³²⁾. C'est un lubrifiant nécessaire pour que le marché fonctionne sans heurt. Cette hypothèse, ou à tout le moins la tentative de la réaliser, est reflétée dans les lois sur les transactions d'initié qui interdisent notamment aux particuliers de tirer parti de renseignements spécialisés et exclusifs.

(30) Prenons un autre exemple d'un artiste qui se sent apparemment *contraint* de créer une œuvre d'art. Steve Earle, aujourd'hui considéré comme l'un des dix auteurs-compositeurs les plus respectés de la planète, tout styles confondus, déclare : « Pour moi, ce qui n'a jamais de fin, c'est la langue », et il décrit l'un de ses protégés, l'auteur-compositeur canadien Ron Sexsmith, comme étant quelqu'un qui écrit des mélodies en déambulant, sans même avoir une guitare en main. « Pour lui, c'est ce qui n'arrête jamais » [traduction]. Voir « A Conversation with Steve Earle », par Frank Goodman, *Puremusic*, décembre 2001 (www.puremusic.com).

(31) Cooter et Ulen (1998) écrivent : « Pour les économistes, l'*information* comme marchandise a quelque chose d'extraordinaire. » [traduction] (p. 112).

(32) Ceux qui évaluent mal l'information sont systématiquement écartés de l'économie ou forcés de s'adapter et, éventuellement, d'apprendre.

Cette simple hypothèse est également la pierre angulaire d'une vaste littérature en économie, comprenant, parmi ses éléments les plus connus, le théorème sur l'efficacité des marchés, selon lequel les cours (des titres, des marchandises et des biens de consommation) reflètent l'ensemble des renseignements connus, même s'ils sont distribués inégalement.

D'autre part, la production d'information peut sembler, de prime abord, exiger la création de droits de caractère monopolistique, c'est-à-dire la mise en place d'une protection du droit d'auteur assez généreuse pour que les auteurs, musiciens, peintres, programmeurs et sociétés de production de données les plus en vogue puissent vivre des fruits de leur labour. Cette ambiguïté n'est pas du tout typique de l'économie. Dans d'autres secteurs politiques, les économistes sont habituellement d'accord sur certains principes fondamentaux importants, qui ne sont pas contestés par des points de vue divergents⁽³³⁾. Dans le domaine des politiques industrielles, par exemple, on croit généralement que la concurrence sera à l'origine d'un plus grand bien commun que les monopoles. De la même façon, dans le domaine du commerce international, l'affirmation que le libre-échange est supérieur au commerce contrôlé est largement acceptée⁽³⁴⁾. L'existence de visions divergentes de l'information en économie explique qu'il puisse être possible d'invoquer la théorie pour apporter des arguments favorables et défavorables au renforcement ou à l'affaiblissement des règles sur le droit d'auteur ou, à l'extrême, à l'absence complète de règles.

CONCLUSION

Le présent document examine d'un œil critique les aspects économiques du droit d'auteur en étudiant l'argument selon lequel les mesures d'incitation économiques *sous forme de lois sur le droit d'auteur* sont nécessaires pour que des œuvres de création voient le jour. On peut soutenir que la créativité n'a que peu à voir avec les mesures d'incitation; et même dans le cas contraire, il y a habituellement des façons de gagner un revenu qui ne sont pas tributaires des lois sur le droit d'auteur, comme le démontrent les exemples de Linux et de Fetchmail. La recherche limitée qui a été faite sur la protection accordée par les brevets – probablement un

(33) Cela est en général vrai pour ce que l'on appelle maintenant le paradigme néoclassique de la recherche. D'autres conceptions – post-keynésienne, autrichienne, marxiste – contestent ces résultats, mais sont rarement mentionnées dans les débats courants.

(34) Voir, par exemple, Cletus C. Coughlin's « The Controversy Over Free Trade: The Gap Between Economists and the General Public », *Federal Reserve Bank of St. Louis Review*, vol. 84, n° 1, janvier-février 2002, p. 1-21.

domaine où il est plus facile de plaider en faveur d'une forte protection des droits de propriété intellectuelle – remet en question l'affirmation que le droit d'auteur est un mécanisme d'incitation nécessaire⁽³⁵⁾.

Ayant démontré que la notion d'un mécanisme d'incitation d'ordre économique fondé sur les lois sur le droit d'auteur doit, à tout le moins, faire l'objet d'un examen critique même d'un point de vue économique, on peut espérer que les analystes selon lesquels la créativité disparaîtra sans un renforcement de la protection du droit d'auteur pourront vouloir repenser leur position.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Babe, Robert E. *Communication and the Transformation of Economics*, Boulder (Colorado), Westview, 1995.

Boyle, James. *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1996.

Cole, Julio H. et Paul A. Cleveland. « CONTROVERSY: Would the Absence of Copyright Laws Significantly Affect the Quality and Quantity of Literary Output? », *Journal of Markets & Morality*, vol. 4, n° 1, 2001, p. 112-135.

Cooter, Robert et Thomas Ulen. *Law and Economics*, Glenview (Illinois), Scott, Foresman and Company, 1988.

Geist, Michael A. « CYBERLAW: Copyright debate turns one-sided », *The Globe and Mail*, 6 décembre 2001, p. B27.

Hébert, Monique. *La réforme du droit d'auteur* (Étude générale BP-413F), Ottawa, Direction de la recherche parlementaire, Bibliothèque du Parlement, 1996.

Hermann, Armin. *Einstein. Der Weltweise und sein Jahrhundert* (*Einstein. The Wise Man of the World and his Century*), 3^e éd. (en boîte), Munich, Piper Verlag, 1996.

Industrie Canada. « Cadre de révision du droit d'auteur », 2000
(<http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/rp01101f.html>).

(35) Voir, par exemple, la référence par Boyle (1996, p. 43) à une étude réalisée par Edwin Mansfield, « Patents and Innovation: An Empirical Study », *Management Science*, vol. 32, n° 2, 1986, p. 173-181 (p. 174-175).

Lessig, Lawrence.

- *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.
- *The Future of Ideas*, New York, Random House, 2001.

Litman, Jessica. *Digital Copyright*, Amherst (New York), Prometheus Books, 2001.

McCabe, Michael. « TV, Film and Online Broadcasting in the Wake of iCraveTV – What Now? », causerie présentée dans le cadre de la conférence sur la propriété intellectuelle en ligne du Canadian Institute à Toronto, Ontario, 27 juin 2000.

Rabin, Matthew. « Psychology and Economics », *Journal of Economic Literature*, vol. XXXVI, mars 1998, p. 11-46.

Raymonds, Eric Steven. *The Cathedral and the Bazaar*, 2000
(<http://gnuwin.epfl.ch/articles/en/cathedralbazaar/cathedral-bazaar.pdf>).

Sterk, Stewart E. « Rhetoric and reality in copyright law », *Michigan Law Review*, vol. 94, n° 5, mars 1996, p. 1197-1249.