

# Le droit d'auteur et la renaissance digitale

Ejan Mackaay<sup>1</sup>

Paru dans : *Penser le droit de la pensée - Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Jean-Michel Bruguière et Christophe Geiger (dir.), Paris, Dalloz, 2020, pp. 249-260

## Abstract

One fascinating story in intellectual property (IP) is in the music area over the past half century. Copyright says you may not pass on copies. As the internet took off, it became ever easier to pass on (share) music on the internet. That ended up in Napster (with 80 M users throughout the world being connected). Napster was shut by the American courts, but the sharing idea turned out to be unstoppable. When lots of music is (illegally or not) shared, it is almost like a natural experiment in a reduction of copyright. The straightforward incentive theory of copyright suggests that the stronger the right, the greater the incentive to create original works and the more of them you will see, and, conversely, the weaker the right, the narrower the incentive and the fewer new creations you should see. That idea can be tested in the period 1961-1999 when industry revenues increased fivefold. One can see when the greatest creativity occurred in terms of new works and works that continue to be considered classics a quarter-century later. For the period 1999-2015, with lots of piracy, if the straightforward incentive theory is correct, one would expect a drop in creativity (volume as well as the level of creativity in new music). Of course, music being widely available, there is a welfare gain for consumers. Will consumers go legit if legal, but easy and affordable means of acquiring music are offered? That too can be tested. The text discusses the answers found to all these questions, highlighting the considerable ingenuity displayed to get to the data for those answers.

## Résumé

Une histoire fascinante de la propriété intellectuelle (PI) concerne le domaine de la musique. Le droit d'auteur dit que vous ne pouvez pas transmettre de copies à d'autres. Avec le développement fulgurant de l'Internet, il est devenu de plus en plus facile de transmettre (partager) de la musique sur Internet. Cela a donné lieu à Napster (connectant 80 millions de mélomanes à travers le monde). Napster a été fermé par

---

<sup>1</sup>

Professeur de droit émérite, Université de Montréal ; Fellow, CIRANO; [ejan.mackaay@umontreal.ca](mailto:ejan.mackaay@umontreal.ca) .

ordre de la justice américaine, mais l'idée de partage s'est avérée imparable. Quand beaucoup de musique est (illégalement ou non) partagée, c'est presque comme une expérience naturelle de réduction du droit d'auteur. La théorie incitative simple du droit d'auteur suggère que plus le droit est fort, plus l'incitation à créer des œuvres originales est grande et plus vous en verrez, et, inversement, plus le droit est faible, plus l'incitation est étroite et moins vous devriez voir créer de nouvelles créations. Cette idée peut être testée, d'abord au cours de la période 1961-1999, lorsque les revenus de l'industrie ont été multipliés par cinq. On peut observer à quel moment la plus grande créativité s'est produite en termes d'œuvres nouvelles et d'œuvres qui continuent d'être considérées comme des classiques un quart de siècle plus tard. Pour la période 1999-2015, avec beaucoup de piratage, si la théorie simple de l'incitation est exacte, on s'attendrait à une baisse de la créativité (volume ainsi que le niveau de créativité dans la nouvelle musique). Bien entendu, la musique étant largement disponible, il y a un gain de bien-être pour les consommateurs. Les consommateurs se mettront-ils dans la légalité pour la consommation de leur musique si des moyens simples et abordables d'acquérir de la musique légalement sont proposés ? Cela aussi peut être testé. Le texte discute les réponses trouvées à ces questions, en mettant en lumière l'ingéniosité considérable affichée pour obtenir les données pour ces réponses.

Michel Vivant et moi nous connaissons depuis ses années à Montpellier, voilà près d'un demi-siècle. Le 27 mars 2014, il m'a invité à une discussion avec ses étudiants à Sciences-Po sur le thème de « Propriété intellectuelle et créativité - Que nous apprennent les études de terrain sur leur lien ? ». À la fin de cette discussion, nous sommes restés sur un doute. Dans le domaine du brevet, nous avons cru déceler une augmentation excessive de la portée du brevet et des objets brevetables, risquant d'entamer le potentiel innovateur de ce droit. Quant au droit d'auteur, nous avons des doutes sur la prétendue hécatombe de la créativité résultant du piratage galopant que nous dépeint l'industrie de la musique, de même que sur l'effet incitatif net pouvant résulter de l'extension régulière de la durée du droit, en Europe maintenant à 70 ans au-delà de la vie de l'auteur. Pour aller plus loin, il fallait des données d'observation.

Cinq ans plus tard, ces questions n'ont rien perdu de leur actualité. Deux récents livres les reprennent en fournissant une mine de données pertinentes sur les industries culturelles, compilées de façon souvent ingénieuse<sup>2</sup>. Ce court texte propose une réflexion sur ce que ces deux textes apportent au débat en ce qui touche le droit d'auteur.

---

<sup>2</sup> Lunney 2018 ; Waldfoegel 2018.

Le droit d'auteur accorde ce qu'on pourrait appeler un mini-monopole sur la création visée. Personne ne pourra la copier ou l'imiter de près sans [249] l'accord de l'auteur. Cela est censé assurer la rémunération de son effort créateur selon l'intérêt qu'il suscite chez les consommateurs. La perspective de telle rémunération est censée encourager l'effort créateur.

L'ennui, c'est que la théorie économique prévoit que l'industrie monopolisée est généralement moins innovatrice que celle qui est en situation de concurrence. Pendant que dure le monopole, on ne sait pas de combien d'innovation on se prive. Ce n'est qu'en ouvrant le marché que la prolifération des nouveaux produits nous permet de nous en rendre compte. C'est ce qui est arrivé lorsque, au milieu des années 1970, les États-Unis, suivis peu après par la plupart des pays développés, ont ouvert le marché téléphonique aux appareils qu'on pouvait brancher sur le réseau<sup>3</sup>. On a vu rapidement apparaître des téléphones peu chers, des télécopieurs, des modems permettant à un ordinateur de parler à un autre ailleurs. L'internet, le téléphone intelligent, les télécoms, mobiles et par nuage, que nous tenons maintenant pour acquis, sont devenus envisageables grâce à cette première ouverture.

Le livre de Lunney focalise sur le domaine de la musique. Il relève que les revenus de l'industrie de la musique aux États-Unis ont crû régulièrement, de 4 milliards de dollars US, en 1961, à 20 milliards, en 1999 (en dollars constants de 2013). En 1999, les technologies de l'information avaient suffisamment avancé pour rendre possible le partage massif de musique. Cette possibilité a été exploitée dans Napster, un système de partage entre des millions d'utilisateurs à travers le monde qui ne se connaissaient pas. En peu de temps, 80 millions de mélomanes étaient ainsi branchés, et se privaient d'autant moins du partage de musique qu'ils estimaient que l'industrie exagérait en vendant à 20 \$ des CD contenant deux numéros intéressants et 10 qui n'en valaient pas la peine.

Désignant cette pratique comme du piratage, l'industrie a réussi à faire fermer Napster par la justice américaine<sup>4</sup>, mais le mal était fait. Le partage de la musique a continué par des moyens « souterrains » comme Grokster, Kazaa et Morpheus<sup>5</sup>. Les revenus de l'industrie de la musique provenant de la vente de disques ont chuté et, en

---

<sup>3</sup> Le fractionnement de l'empire AT&T en plusieurs « Baby Bells » a fait partie du processus. Wu, Tim, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York, Columbia Global Reports, 2018, p. 96-97.

<sup>4</sup> [\*A&M Records, Inc. v. Napster\*](#), 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

<sup>5</sup> Tableaux comparatifs des logiciels de partage :  
[https://fr.wikipedia.org/wiki/Comparaison\\_des\\_applications\\_de\\_partage\\_de\\_fichier](https://fr.wikipedia.org/wiki/Comparaison_des_applications_de_partage_de_fichier) ;  
[https://en.wikipedia.org/wiki/Comparison\\_of\\_file-sharing\\_applications](https://en.wikipedia.org/wiki/Comparison_of_file-sharing_applications) .

2014, étaient rendus à 7 milliards de dollars US, soit au niveau de 1967<sup>6</sup>. Dans d’autres secteurs culturels, on a vu apparaître des phénomènes de partage comme la Wikipédia (à partir de 2001) et autres wikis, les « contenus ouverts » et la *creative commons*, les logiciels à accès libres. [250]

Lunney fait observer que Napster et la suite constituent comme une expérience naturelle pour tester ce qu’il désigne comme une prémisse fondamentale du droit d’auteur selon laquelle plus de revenus promettent plus d’effort créateur, et vice versa. On devrait observer pour la période 1961 à 1999 une productivité croissante en réponse aux revenus en croissance. En revanche, les années 2000 à 2015, avec des revenus en déclin pour l’industrie, devraient montrer une diminution de créativité, en qualité et en quantité.

Pour observer ce qui se passe sur le terrain, Lunney a eu recours, au-delà des revenus de vente déjà évoqués, à quatre indices<sup>7</sup> :

- Le nombre de nouveaux albums mis en marché par an, par Nielsen SoundScan, de 1996 à 2012
- La liste, produite en 2012 par Rolling Stone, des 500 plus grands succès de tous les temps
- La liste hebdomadaire du Billboard Hot 100, de 1962 à 2015. La liste reproduit les numéros le plus souvent joués sur les ondes au cours de la semaine précédente<sup>8</sup>.
- La liste des 1001 numéros les plus téléchargés sur Spotify en 2014, qui apparaissent également sur une liste de Hot 100, de 1958 à 2005.

Qu’observe-t-on ? Pour la période de 1961 à 1999, le plus grand nombre de chansons nouvelles sur les Hot 100 – la plus forte créativité, si l’on ose dire – a été produit en 1966, après quoi il y a eu un déclin continu jusqu’en 1999. Le nombre de nouveaux artistes, paraissant pour la première fois sur les Hot 100, est également en régression continue durant cette période<sup>9</sup>. Pour mesurer la productivité des artistes, on peut retracer combien de fois, après une première apparition sur les Hot 100, l’artiste réapparaît sur ces listes au cours des 10 années suivantes. Sur cet indice également, on voit un déclin continu de 1961 à 1999<sup>10</sup>. Globalement, on observe donc qu’à revenu croissant a correspondu une innovation décroissante<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> Lunney 2018, 3 ; Waldfogel 2018, 5-7.

<sup>7</sup> Lunney 2018, 85-86.

<sup>8</sup> Waldfogel 2018, 50.

<sup>9</sup> Lunney 2018, 99.

<sup>10</sup> Lunney 2018, 103.

<sup>11</sup> Lunney 2018, 86-87.

Et après l'avènement du partage de fichiers, qui a provoqué une chute de revenus de vente de disques, qu'observe-t-on sur les indices évoqués ? Après 1999, on voit un revirement des succès d'artistes déjà connus au détriment d'artistes nouveaux<sup>12</sup>, mais aussi une croissance significative de nouveaux albums sortis<sup>13</sup>. À partir de 2003, on trouve une croissance des succès haut de gamme. Les données fournies par Spotify, [251] qui reflètent une comparaison de numéros de différentes époques par les consommateurs qui choisissent la musique à télécharger, montrent que ceux-ci privilégient généralement la musique créée après 1999. Le partage de la musique coïncide avec l'apparition de musique haut de gamme aux yeux des consommateurs<sup>14</sup>.

Pendant cette période, Lunney croit déceler une croissance du phénomène des supervedettes<sup>15</sup>, nettement plus appréciées des consommateurs que ceux qui suivent dans la hiérarchie des résultats de Spotify. On savait déjà que la rémunération des activités créatrices est hautement asymétrique<sup>16</sup>. Pour donner une idée de l'écart, Lunney a calculé qu'un système donnant un dollar de plus à l'artiste moyen sur la liste de 1001 de Spotify en donnerait 66 667\$ à l'artiste au premier rang de cette liste<sup>17</sup>.

Quel est le rapport de la musique piratée à celle qui est achetée ? Après un article choc paru en 2007<sup>18</sup>, qui croyait ne déceler aucun effet du piratage, il y a eu une prolifération d'études pour l'estimer. Résumant le débat et ajoutant ses propres calculs, Waldfogel estime que, pour cinq téléchargements illicites non payants, il y a déplacement d'une seule vente<sup>19</sup>. Toutes les personnes qui piratent de la musique ne l'auraient pas nécessairement achetée. Les pertes observées dans les revenus de l'industrie de la musique correspondent à un accès massivement accru à la musique. Lunney rapporte que le sommet des ventes d'albums est atteint en 1999, avec 1,065 milliards d'albums, pour descendre à 432,9 millions d'exemplaires vendus, en 2013. Mais le nombre total d'albums distribués est en progression continue après 1999, pour atteindre un sommet d'au-delà de 12 milliards d'albums en 2013<sup>20</sup>. Dans un article récent, Aguiar et Waldfogel concluent que le *streaming* (diffusion en flux) déplace pour

---

12 Lunney 2018, 157.

13 Lunney 2018, 87.

14 Lunney 2018, 110, 113-115.

15 Lunney 2018, 142, 157.

16 Scherer 2001.

17 Lunney 2018, 158.

18 Oberholzer-Gee 2007.

19 Waldfogel 2018, 43.

20 Lunney 2018, 78 (Tableau 3.5).

partie le piratage de musique et est une source croissante de revenu<sup>21</sup>. Si l'accès à la musique est suffisamment facile et abordable, les consommateurs se tournent vers la consommation légale.

En retournant sur la liste du *Rolling Stone* des succès de tous les temps dans la période étudiée, publiée en 2012, on observe que le moment où la musique la plus appréciée a été créée fut la fin des années 1960<sup>22</sup>. Pourtant, ce fut l'époque où les revenus étaient les plus bas pendant la période observée. La réussite, en termes de revenus, qui a suivi n'a pas engendré plus de créativité, bien au contraire. [252]

Lunney estime que l'on doit attribuer ce phénomène en apparence paradoxal à un schéma connu des économistes sous le nom anglais de *backward-bending supply curve of labour*<sup>23</sup>. Lorsqu'on augmente la rémunération d'une heure de travail, la réaction initiale est de substituer du travail au loisir afin de gagner plus (*effet de substitution*). Mais à mesure qu'on répète l'augmentation, on finira par atteindre le point où le revenu accru que gagne l'individu l'amène à désirer une variété de biens et de services jusque-là inaccessibles, y compris davantage de loisirs, ce qui veut dire moins de travail (*effet de revenu*). Les jeunes artistes prometteurs des années soixante, comme les Beatles, se sont donné beaucoup de mal à produire une panoplie de créations originales. À mesure que des revenus fabuleux leur parviennent, l'incitation à poursuivre la course effrénée s'estomperait : un effort moindre suffirait<sup>24</sup>. Le contraste est saisissant après la percée du partage, dès 1999 : les revenus tout d'un coup tarissent et la structure incitative retourne au départ du cycle, ce que l'on observe au début du siècle actuel.

Le changement de « culture » s'observe dans la place qu'occupent les spectacles publics. Dans la période 1961 à 1999, ils étaient considérés comme une forme de publicité aidant la vente des disques. Actuellement, après la percée du partage, ce sont, au contraire, les disques qui servent de publicité pour convaincre les consommateurs d'acheter des billets pour des spectacles publics, dont, pour le coup, les prix ont beaucoup augmenté.

Le livre de Waldfogel est complémentaire à celui de Lunney, en ce qu'il dessine

---

21 Aguiar 2018, 305-306.

22 Lunney 2018, 86-87.

23 Lunney 2018, 177 s. (*courbe d'offre de travail inversée*).

24 Scherer 2004, 89-91. Scherer 2006, 138, rapporte que l'étude des lettres du compositeur Verdi révèle cet effet chez lui, ce qui n'exclut pas la possibilité que ses evenus fabuleux ont pu encourager d'autres à se lancer dans la composition (*effet de démonstration*). Dans une étude subséquente, Scherer 2008, 11, il croit observer la même réaction chez les compositeurs d'opéra Gioachino Rossini et Gaetano Donizetti. Il demeure que l'argent avait son importance pour chacun des compositeurs dont la biographie a été étudiée dans le livre antérieur (Scherer 2004, 85).

le portrait d'ensemble des changements qui ont touché l'industrie de la musique depuis le début du siècle, comme aussi, dans des chapitres distincts, celles du film, de la télévision, du livre, de la photographie et des agences de voyages. Chaque chapitre présente d'abord la structure de la production d'un produit (découverte de l'artiste et son accompagnement, production, distribution, promotion) avant l'avènement de l'ère digitale, puis les changements qu'y a apportés celle-ci, pour étudier enfin comment a évolué ce qui est offert aux consommateurs. Nous nous concentrerons ici sur l'industrie de la musique.

Quels sont les changements qui ont touché l'industrie de la musique ? Après l'ouverture au partage avec Napster (1999) et ses successeurs, on a vu apparaître, en 2001, le service iTunes d'Apple, qui est payant. iTunes résulte d'un accord de licence avec l'industrie de la musique et offrait, à [253] un prix fixe modique (0,99\$), des numéros individuels que le client pouvait télécharger et écouter à volonté. Une variante, introduite peu après, prévoyait que, moyennant un supplément de 0,30\$, on pouvait partager la musique téléchargée. iTunes a connu un succès considérable et a pu inspirer les développements qui ont suivi. Pendant la même période, Amazon, qui avait commencé comme vendeur de livres en ligne, a commencé à offrir en vente de la musique en ligne. Youtube est apparu en 2005 offrant sans frais des vidéos, entre autres de pièces de musique. En 2008, une initiative suédoise a mis sur le marché mondial Spotify, permettant le téléchargement en flux (*streaming*) de pièces de musique dans un catalogue de 40 millions de numéros. Spotify paie (à un taux fort modeste) les auteurs et compositeurs de musique selon les téléchargements effectués, en offrant aux usagers un service de base gratuit, mais truffé de publicité, ou payant et alors plus performant et sans pub.

Ces événements signalétiques marquent une évolution qui touche toutes les étapes de la production de musique sous l'influence des avances technologiques. Waldfoegel propose de distinguer quatre étapes<sup>25</sup>. D'abord, les artistes débutants ont souvent besoin d'aide et de conseils pour remanier leurs productions vers une forme de musique qui promet de plaire aux consommateurs (Waldfoegel : *nurture*). Ensuite, la musique doit être enregistrée et mise sur disque (*production*). Troisièmement, les disques doivent être mis à disposition pour achat par les consommateurs (*distribution*). On doit, enfin, attirer l'attention des consommateurs sur ces enregistrements (*promotion*).

Au cours du siècle dernier, la technologie disponible faisait ainsi que chacune de

---

<sup>25</sup> Waldfoegel 2018, 33 s.

ces étapes ne pouvait être accomplie que moyennant une capitalisation importante : une petite armée de « talent scouts » (découvreurs de talents potentiels), de coûteux studios et équipements d’enregistrement et d’édition de musique, des presses de disques, toute une organisation pour les distribuer chez les disquaires et, enfin, d’importants départements de publicité et de relations publiques pour assurer la couverture dans les médias.

Les rendements d’échelle dans ces activités avec les technologies de l’époque expliquent pourquoi c’étaient surtout les grandes entreprises qui pouvaient convenablement les assurer. Les grandes entreprises de musique servaient en même temps de gardiens de la porte d’entrée du monde de la musique : seules pouvaient y entrer les personnes que l’industrie estimait prometteuses.

Tout cela a radicalement changé. Commençons par les étapes deux, trois et quatre. Désormais, des logiciels disponibles sur des portables, comme Garage Band sur le Macintosh, permettent, à des frais tout à fait abordables pour des particuliers, d’enregistrer de la musique et des vidéos, de [254] les éditer, éventuellement de les imprimer sur CD ou DVD, mais, surtout, de les déposer sur YouTube ou un autre véhicule sur l’internet, pour téléchargement en flux ou *streaming*. Différents médias sociaux et sites web personnels permettent de faire connaître ses œuvres à des personnes potentiellement intéressées, qui pourraient, à leur tour, en faire l’évaluation et en faire état sur l’internet au profit d’autres personnes encore éventuellement intéressées. Les auteurs-compositeurs se lançant par eux-mêmes ont désormais l’option de proposer à des mégasites comme Amazon, iTunes ou Spotify d’offrir en vente leur musique parmi les 30 ou 40 millions d’autres numéros accessibles là partout sur la planète. Ils profitent ainsi de ce que Anderson a baptisé la longue queue (*the long tail*)<sup>26</sup>.

C’est dire qu’une personne qui veut se lancer comme auteur-compositeur a désormais accès à des moyens abordables pour se mettre en vedette. La porte d’accès, auparavant gardée par les grandes entreprises de musique, est désormais ouverte, du moins un peu. Même l’étape première, dans le schéma de Waldfogel, n’est plus réservée exclusivement aux grandes entreprises de musique. Les individus peuvent se lancer eux-mêmes<sup>27</sup>. Bien sûr, le savoir-faire pour bien accomplir les quatre étapes est toujours précieux et les grandes entreprises de musique y ont toujours un avantage comparatif. Même sur ce point, cependant, les choses sont en train d’évoluer,

---

<sup>26</sup> Anderson 2004 et 2007.

<sup>27</sup> Le film *Secret Superstar* raconte comment une écolière indienne se lance sur cette voie et parvient au statut de super-vedette : [https://www.youtube.com/watch?v=J\\_yb8HORges](https://www.youtube.com/watch?v=J_yb8HORges) ..

car la porte ouverte aux individus l’est autant à de petites entreprises, les indépendantes ou *indies*<sup>28</sup>, en démarrage, réunissant un certain savoir-faire et prêtes à faire concurrence aux grandes dans le lancement de musique d’auteurs-compositeurs débutants.

Tout cela accroît de manière importante la concurrence au sein du monde de la musique. Cela pourrait expliquer pour partie la créativité accrue qu’observe Lunney depuis le début du siècle. Le nombre de nouvelles pièces de musique mises en circulation a augmenté substantiellement depuis le début du siècle, même si une fraction seulement se traduit par des ventes accrues. Sur les 97 751 nouvelles œuvres mises en circulation en 2009, seulement 2 050 ont été vendues à plus de 5 000 exemplaires<sup>29</sup>.

L’image d’ensemble qui se dégage de l’étude de Waldfogel est d’une industrie étagée. L’artiste-compositeur peut se lancer sur l’un des médias publics, comme YouTube, en offrant sa production sans frais. Sa chance de succès est faible, mais, s’il se fait découvrir, si sa musique est reprise sur la radio (internet), il est possible que le découvreur au service d’une petite entreprise de musique lui propose un contrat d’édition, avec travaux préparatoires pour « cuisiner » sa musique et efforts plus soutenus pour sa promotion. L’artiste-compositeur se trouve alors dans un [255] accélérateur, mais, de nouveau, rien ne garantit du succès. Comme dit Waldfogel, dans cette industrie « personne ne sait rien » (de ce qui réussit et de ce qui floppe) (*nobody knows anything*)<sup>30</sup>. S’il réussit de nouveau, il pourrait se faire proposer un contrat par l’une des grandes entreprises de musique, ce qui mettra une imposante machine d’expertise à son avantage, avec une plus haute probabilité de succès. Waldfogel rapporte que Justin Bieber a été découvert de cette façon<sup>31</sup>.

Tout cela présuppose un droit d’auteur raisonnablement protégé contre le piratage débridé. Waldfogel, dans un autre chapitre, rappelle que le piratage – qu’il appelle le gorille de 800 livres<sup>32</sup> – peut menacer les industries créatrices. Il s’attarde, à titre d’illustration, sur l’industrie du film en Inde. Le pays a une longue et vibrante tradition cinématographique. Dans les années 1980, on y a décidé de suivre le modèle hollywoodien d’exploitation des films en trois temps : cinéma – DVD et visionnement à domicile – télévision. Le modèle hollywoodien avait permis à l’industrie américaine de

---

28 Waldfogel 2018, 47.

29 Waldfogel 2018, 49.

30 Waldfogel 2018, 3, 55.

31 Waldfogel 2018, 46. Il pointe vers une percée totalement inattendue de l’album *The Suburbs*, produit par Arcade Fire (p.55).

32 Waldfogel 2018, 208.

multiplier par quatre les revenus de chaque film. En Inde, par contraste, le piratage par DVD a réduit des revenus par film de moitié à partir du milieu des années 1980. Il en a résulté une diminution de nouveaux films mis en circulation d’un sommet de 550 par an, en 1985, vers un plancher d’environ 300 films à la fin des années 1990<sup>33</sup>. Avec le contrôle resserré du piratage, l’industrie cinématographique indienne a retrouvé sa vitalité depuis le début du siècle et produit, au cours de la décennie actuelle, plus de films qu’au sommet de 1985.

Revenons à l’industrie de la musique. Le piratage réduit les revenus engendrés par chaque pièce de musique. Certes, les coûts ont aussi significativement diminué, ce qui épargne un peu l’industrie. Elle a néanmoins intérêt à circonscrire ce qu’elle libelle comme du piratage par l’intervention de la justice. Mais cela crée une fort mauvaise publicité et est donc un moyen de défense à utiliser avec modération. On revient alors à un principe fondateur de l’économie de la propriété : si la clôture assurant que vous pouvez exploiter votre propriété s’écroule, il vous incombe d’en bâtir une autre qui vous permet une exploitation convenable<sup>34</sup>. Dans l’univers de la musique, on contrôle plus facilement l’accès aux salles de concert : une clôture plus effective. Les plans d’affaires ont donc été changés pour en faire une source principale de revenu, éventuellement accompagnée de séances de signature des disques et de vente d’accessoires dans l’enceinte du concert. Une étude empirique de 2012 confirme que, si le piratage des pièces de musique affecte négativement les ventes de disques, il stimule, par contraste, l’intérêt [256] pour le produit complémentaire que sont les concerts, notamment pour les artistes relativement moins connus, mais non pour les super-vedettes, déjà bien connues<sup>35</sup>. Une étude récente sur le téléchargement en flux (*streaming*) conclut que ce mode de distribution déplace du piratage et engendre plus de revenus qu’il n’en déplace en perte de vente de disques<sup>36</sup>.

Que conclure de ces imposantes compilations d’observations de l’industrie de la musique et d’autres industries culturelles à l’époque qui a suivi Napster ? Lunney rappelle que les super-vedettes sont redevenues plus productives après Napster, lorsque les revenus ont diminué. Le droit d’auteur les avait, à ses yeux, trop gâtées et l’une des hypothèses qu’il met de l’avant est de l’abolir.

Cette conclusion nous paraît erronée. Il est vrai, comme le montrent Raustiala et

---

33 Waldfoegel 2018, 212.

34 Mackaay 2008, 213-219.

35 Mortimer 2012, 4.

36 Aguiar 2018, 306.

Sprigman<sup>37</sup>, qu’il existe un éventail d’industries qui se tirent très bien d’affaire sans accès au droit d’auteur, mais chaque fois avec une explication plausible pointant vers les clôtures qu’elles ont érigées pour se garder contre le piratage trop prononcé :

- La fine cuisine (on veut manger le repas préparé par le grand chef ; son livre de recettes n’est que de la pub)
- Les stratégies sportives (avantage temporaire à l’inventeur et fuite en avant ; *first mover advantage*)
- Les cabarettiers (normes communautaires)
- Les services financiers et d’investissement (contrôle au sein des firmes par le secret commercial)
- Les logiciels « open source » (le créateur est rémunéré par les contrats lucratifs obtenus grâce à sa réputation)
- Les bases de données (elles sont exploitées par de grandes entreprises, qui contrôlent l’accès par des contrats de service)
- L’industrie pornographique (avantage temporaire à l’inventeur ; *first mover advantage*)<sup>38</sup>
- La mode (une industrie beaucoup plus importante que toutes les industries culturelles réunies, mais régie par l’avantage temporaire à l’inventeur et la fuite en avant ; piratage presque instantané des créations, mais qui est considéré comme signe de qualité pour les maisons créatrices ; protection sévère des marques de commerce ; concentration industrielle nettement moindre que dans les industries culturelles)

Dans les secteurs régis par le droit d’auteur, le rapport entre la portée de ce droit et la créativité globale observée dans la société est non linéaire<sup>39</sup>. [257] La courbe a la forme d’un U inversé. Là où le droit d’auteur est absent, son introduction a un effet incitatif net sur les artistes et, partant, sur le niveau de créativité, si l’on se fie à des études historiques<sup>40</sup>. À mesure qu’on renforce un droit d’auteur existant, l’augmentation de l’effet incitatif diminue et il arrive un point où le renforcement supplémentaire diminue l’effet stimulateur d’innovation en raison de l’effet monopolistique à l’égard de la créativité de filiation d’autres artistes et, comme Lunney l’a bien montré, de l’effet des artistes bien rémunérés qui préfèrent plus de loisirs. Mais cet effet observé dans la partie descendante de la courbe, au-delà de l’optimum, n’efface pas du tout l’effet stimulateur dans la partie montante de la courbe.

Si les études recensées ne justifient point l’idée d’abolir le droit d’auteur, elles comportent cependant une mise en garde contre son extension en portée ou en durée.

---

37 Raustiala 2012.

38 Darling 2014.

39 Sag 2006.

40 Giorelli 2014.

Heald a montré de façon astucieuse comment le droit d’auteur de durée trop longue empêchait la réédition de livres, alors qu’il y avait bien un intérêt public, vu le marché florissant de réédition de livres un peu plus vieux, retombés dans le domaine public<sup>41</sup>. Il paraît peu plausible qu’un auteur soit incité à la création par des revenus potentiels disponibles 70 ans après sa mort. Il faut en conclure qu’aucune extension au droit d’auteur ne devrait être accordée sans appui sur des études « empiriques » montrant que cela augmentera significativement le niveau de créativité dans la société concernée et moyennant un engagement ferme des industries culturelles à rendre publiques les données permettant de faire de telles études.

Les industries culturelles engendrent d’énormes disparités dans les revenus que gagnent différents artistes grâce à leur art. Cela a été vrai historiquement, comme l’ont montré les études de Scherer. Les technologies de l’information ont pour effet d’accentuer cette asymétrie en promouvant la culture des super-vedettes. On peut le déplorer, mais le droit d’auteur n’est pas l’outil pour corriger la situation, par opposition à des prix, des bourses, des parrainages, etc. Les technologies de l’information offrent aussi, on l’a vu, aux artistes pas ou peu connus, des moyens de tenter leur chance pour se faire connaître.

Les études recensées ici montrent bien que plus de concurrence entraîne plus d’innovation, comme nous l’observons depuis le début du siècle dans le monde de la musique, avec plus de nouveaux artistes et plus de nouvelles créations (albums) qu’auparavant. Les technologies d’information ont créé une panoplie de nouvelles façons de créer et de distribuer la musique et d’autres produits culturels. C’est à juste titre que Waldfogel parle d’une *renaissance digitale*<sup>42</sup>. [258]

## Bibliographie

- |               |  |
|---------------|--|
| Aguiar 2018   | Aguiar, Luis et Joel Waldfogel, « As streaming reaches flood stage, does it stimulate or depress music sales? », (2018) 57 <i>International Journal of Industrial Organization</i> 278-307 |
| Anderson 2004 | Anderson, Chris, « The Long Tail », (2004) 12 <i>Wired</i> <a href="https://www.wired.com/2004/10/tail/">https://www.wired.com/2004/10/tail/</a>   |
| Anderson 2007 | Anderson, Chris, <i>The Long Tail: Why the Future of Business Is Selling Less of More</i> , London, Random House Business Books, 2007  |
| Darling 2014  | Darling, Kate, « IP Without IP? A Study of the Online Adult Entertainment Industry   |

---

41 Heald 2013 et 2014a et b.

42 Waldfogel 2018

- », (2014) 17 *Stanford Technology Law Review* 655-717
- Giorcelli 2014 Giorcelli, Michela et Petra Moser, *Copyright and Creativity: Evidence from Italian Operas*, 2014  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2505776](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2505776)
- Heald 2013 Heald, Paul J., « How Copyright Makes Books and Music Disappear (and How Secondary Liability Rules Help Resurrect Old Songs) », (2013) 11 *Journal of Empirical Legal Studies* 829-866
- Heald 2014a Heald, Paul J., *The Demand for Out-Of-Print Works and Their (Un)Availability in Alternative Markets*, EALE 2014; Illinois Public Law Research Paper No. 14-31 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2409118](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2409118)
- Heald 2014b Heald, Paul J., « How Copyright Keeps Works Disappeared », (2014) 11 *Journal of Empirical Legal Studies* 829-866
- Lunney 2018 Lunney jr., Glynn S., *Copyright's Excess: Money and Music in the US Recording Industry*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018
- Mackaay 2008 Mackaay, Ejan et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2008, (2<sup>e</sup> éd.)
- Mortimer 2012 Mortimer, Julie H., Chris Nosko et Alan Sorensen, « Supply responses to digital distribution: Recorded music and live performances », (2012) 24 *Information Economics and Policy* 3-14
- Oberholzer-Gee 2007 Oberholzer-Gee, Felix et Koleman Strumpf, "The Effect of File Sharing on Record Sales - An Empirical Analysis", (2007) 115 *Journal of Political Economy* 1-42
- Raustiala 2012 Raustiala, Kal et Christopher Jon Sprigman, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, Oxford, Oxford University Press, 2012
- Sag 2006 Sag, Matthew J., « Beyond Abstraction, The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency », (2006) 81 *Tulane Law Review* 187-250 - [https://www.researchgate.net/publication/43224641\\_Beyond\\_Abstraction\\_the\\_Law\\_and\\_Economics\\_of\\_Copyright\\_Scope\\_and\\_Doctrinal\\_Efficiency](https://www.researchgate.net/publication/43224641_Beyond_Abstraction_the_Law_and_Economics_of_Copyright_Scope_and_Doctrinal_Efficiency) [259]
- Scherer 2001 Scherer, F.M., *The Innovation Lottery*, in: *Expanding the Boundaries of Intellectual Property : Innovation Policy for the Knowledge Society*, Rochelle Cooper Dreyfuss, Diane Leenheer Zimmerman and Harry First (dir.), Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 3-21
- Scherer 2004 Scherer, F.M., *Quarter Notes and Bank Notes. The Economics of Music Composition in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, Princeton, Princeton University Press, 2004
- Scherer 2006 Scherer, F.M., *The Evolution of Music Markets*, in: *Handbook of the Economics of Art and Culture, Vol. 1*, Victor A. Ginsburgh and Charles David Throsby (dir.), Amsterdam, Elsevier, 2006, pp. 124-143
- Scherer 2008 Scherer, F.M., « The Emergence of Musical Copyright in Europe from 1709 to 1850 », (2008) 5 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 3-18
- Waldfoegel 2018 Waldfoegel, Joel, *Digital Renaissance: What Data and Economics Tell Us about the Future of Popular Culture*, Princeton, Princeton University Press, 2018
- Wu 2018 Wu, Tim, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, New York, Columbia Global Reports, 2018 [260]