

Vol. 34, n° 1

La propriété intellectuelle et la stimulation de la création*

Ejan Mackaay**

RÉSUMÉ/ABSTRACT	113
INTRODUCTION	115
I- LA « P.I. SANS P.I. »	118
Général.	118
La mode	120
La propriété intellectuelle, pourrait-on s'en passer ?	123
II- COMPARAISON DE MODES DE STIMULER LA CRÉATION	127
III- LES PREMIERS PAS DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	132
IV- ÉTUDES SUR L'ÉTENDUE ACTUELLE DES DROITS DE P.I.	133
CONCLUSION.	143

© Ejan Mackaay, 2022.

* Les idées développées dans ce texte sont exposées plus en détail au chapitre 2, portant sur la propriété intellectuelle, de la Partie III dans Mackaay 2021. Voir aussi Ejan MACKAAY, « Le droit d'auteur et la renaissance digitale », dans Jean-Michel BRUGUIERE et Christophe GEIGER (dir.), *Penser le droit de la pensée – Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Paris, Dalloz, 2020, p. 249.

** Professeur émérite, Faculté de droit de l'Université de Montréal, Fellow au CIRANO, Montréal.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

RÉSUMÉ

La propriété intellectuelle vise à stimuler la créativité en promettant aux créateurs un droit permettant de chercher récompense de leurs efforts, tout en assurant que les idées ainsi trouvées circulent aussi librement que possible. Remplit-elle cette mission ? Le fait-elle mieux que d'autres moyens de stimulation ? Est-elle indispensable comme moyen de stimulation ? L'article propose un aperçu des recherches empiriques au cours du dernier demi-siècle visant à répondre à ces questions. Il fait état de nombreux domaines où la « p.i. sans p.i. » (contenu ouvert, science ouverte, *open source*, *creative commons*) fonctionne bien, tout en exposant le débat en cours sur les limites de la formule. Il aborde ensuite les recherches sur les prix et les contrats d'approvisionnement comme moyens de stimuler la créativité par rapport à la propriété intellectuelle. Les prix et les contrats d'approvisionnement présupposent que l'on puisse préciser d'avance la création que l'on cherche à faire surgir. Historiquement, les prix ont souvent été utilisés comme appâts par l'élite pour l'élite, au détriment des artisans créateurs non-membres de l'élite. La propriété intellectuelle se distingue sur ces deux plans, étant décentralisée et ouverte quant aux créateurs visés (non élitiste), quant à la création suscitée (pas de prédétermination) et quant à la récompense du créateur (test du marché). La propriété intellectuelle remplit-elle bien sa mission ? Des recherches historiques touchant le droit d'auteur montrent un net effet stimulateur lors de la première institution, mais un effet moindre, ou même un freinage, lors du renforcement du droit subséquent. Des recherches très récentes dans le domaine de la musique montrent un effet stimulateur accru au moment même où le « piratage » rampant avait affaibli le droit d'auteur dans les faits. Une réflexion s'impose sur la question de savoir si nous n'avons pas poussé trop loin la portée et l'étendue de la propriété intellectuelle, provoquant ainsi un ralentissement de la créativité difficile à déceler tant que le régime juridique demeure inchangé.

MOTS-CLÉS

Propriété intellectuelle : Philosophie, Économie, Effet incitatif – Créativité – Contenu ouvert (*creative commons/open source*) – Recherche empirique

ABSTRACT

Intellectual property is meant to stimulate creativity by promising creators a right to seek reward for their creative efforts, while ensuring that the ideas thus found circulate as freely as possible. Does it fulfil this mission? Does it do it better than other means of stimulation? Is it indispensable as a means of stimulation? The article provides a quick overview of empirical research over the past half-century aimed at answering these questions. It points to many areas where “IP without IP” (open content, open science, open source, creative commons) is working well, yet outlines the ongoing debate on the limits of the formula. It then discusses research on prizes and supply contracts as stimuli of creativity as against intellectual property. Prizes and supply contracts presuppose that one can specify in advance the creation that one seeks to bring about. Historically, prizes have often been used as enticement by the elite for the elite, to the detriment of non-elite creative craftsmen. Intellectual property stands out on these two levels, being decentralised and open as to the creators targeted (non-elitist), as to the creation aimed for (no predetermination) and as to the creator’s reward (market test). Is intellectual property fulfilling its mission? Historical research touching on copyright shows a clear stimulating effect at the time when it was first instituted, but no effect or even a slowdown following the strengthening of the right subsequently. Very recent research on music shows an increased stimulatory effect just when rampant “piracy” had effectively weakened copyright. This suggests that consideration needs to be given to whether we have pushed the scope and breadth of intellectual property too far, causing a slowdown in creativity that is difficult to detect so long as the legal regime remains unchanged.

KEYWORDS

Intellectual property: Philosophy, Economics, Incentive effect – Creativity – Creative commons/open source – Empirical research

INTRODUCTION

Derrière les textes qui constituent l'assise du droit de la propriété intellectuelle se profile la question des effets sociaux de ce droit. Le droit de propriété intellectuelle est accordé en raison d'une création intellectuelle¹. Il permet aux titulaires, à l'intérieur des limites propres à ce droit, de rentabiliser leurs créations comme bon leur semble dans l'économie du marché. La disponibilité des créations intellectuelles et de leurs idées sous-jacentes, par hypothèse stimulée par la propriété intellectuelle, est de nature à augmenter le bien-être social. On peut alors se demander quels sont les moyens qu'une société peut déployer pour maximiser la disponibilité des créations intellectuelles et où se situe la propriété intellectuelle parmi ces moyens, voire s'il en est le meilleur, en sa forme actuelle ou moyennant des modifications.

Pour répondre à ces questions, il faut observer ce qui se passe dans la société. C'est un type d'étude qui ne relève pas des aptitudes habituelles auxquelles sont formés les juristes, mais plutôt des sciences sociales. Dans ce qui suit, je propose un appel aux sciences sociales sous la forme de l'analyse économique du droit. Depuis le début du siècle, il y a une foule d'études « empiriques » portant sur les effets de la propriété intellectuelle. Lemley, dans un survol remontant à 2015, résume la situation ainsi :

Les trois dernières décennies ont vu une prolifération sans précédent – à vrai dire, stupéfiante – d'études empiriques raffinées sur à peu près tous les aspects de la propriété intellectuelle et des marchés de l'innovation et de la création. Nous avons maintenant des études empiriques sur qui obtient des droits de propriété intellectuelle, qui les fait sanctionner et qui gagne. Nous avons des études montrant comment la propriété

1. Plusieurs justifications ont été proposées pour la propriété intellectuelle. Pour des survols, voir par exemple Mireille BUYDENS, *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Paris, Bruylant-Larcier, 2012, p. 258-402 ; Chidi OGUAMANAM, « Beyond Theories: Intellectual Property Dynamics in the Global Knowledge Economy », (2008) 9 *Wake Forest Intellectual Property Law Journal* 104, 108-131.

intellectuelle influe sur la performance boursière. Nous avons des études par industrie pour examiner ce qui pousse la créativité dans à peu près tout champ imaginable, y compris ceux protégés par le brevet, ceux protégés par le droit d'auteur et ceux sans aucun droit de propriété intellectuelle. Nous avons des études montrant comment l'innovation a évolué dans différentes industries par suite du changement des règles de la propriété intellectuelle, de la croissance de l'Internet, de la mondialisation et d'autres chocs exogènes. Nous avons des études portant sur des expériences en laboratoire explorant comment les sujets considèrent la vente de choses qu'ils ont créées, et des jeux itérés modélisant des économies sous différents régimes de propriété intellectuelle. Nous avons des sondages qui interrogent les créateurs et inventeurs sur ce qui les motive. Et nous avons des études psychologiques explorant pourquoi et comment les gens créent et comment l'argent affecte (ou non) leurs impulsions créatrices.²

Les créations que la propriété intellectuelle protège sont des structures d'information³. L'information est l'ingrédient de base de notre pensée et de nos décisions. C'est dire que l'information est omniprésente dans nos vies. La plupart des informations sont engendrées et mises à jour au cours de nos activités ordinaires sans qu'on s'en soucie trop. Même les informations que l'on partage avec d'autres,

-
2. Mark A. LEMLEY, « Faith-Based Intellectual Property », (2015) 62 *UCLA Law Review* 1328, 1332-1333 (notes omises) : « In the past three decades there has been an unprecedented – indeed, astonishing – outpouring of sophisticated empirical work on virtually every aspect of IP law and innovative and creative markets. We now have empirical studies on who obtains IP rights, who enforces them, and who wins. We have studies on how IP rights affect stock performance. We have industry-specific studies that examine what drives creativity in virtually every field imaginable, including those protected by patents, by copyright, and by no IP right at all. We have evidence about how innovation in various industries has fared under changes in IP regimes, the growth of the Internet, internationalization, and various other exogenous shocks. We have experimental evidence that explores how test subjects view the sale of things they have actually created, and iterative-play games that model economies with different IP regimes. We have surveys of creators and inventors that ask about their motivations. And we have psychological studies that explore both why and how people create and how money affects (or does not affect) that creative impulse. » Voir aussi, par exemple, Peter S. MENELL et David SCHWARTZ (dir.), *Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law, Analytical Methods*, vol. 2, Cheltenham, Edward Elgar, 2019 ; Petra MOSER, « Patents and Innovation in Economic History », (2016) 8 *Annual Review of Economics* 241.
 3. Pour plus de détails, voir Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, Pierre LAROUCHE et Alain PARENT, *Analyse économique du droit*, 3^e éd., Paris/Montreal, Dalloz-Sirey/Éditions Thémis, 2021, n^{os} 1665 et s., p. 560 et s.

dont la langue, n'ont, le plus souvent, pas besoin d'attention particulière. Avec l'avancement de la société et sa technicité croissante, nous avons appris qu'il existe des informations qui ne sautent pas aux yeux et dont la création demande des efforts (recherche) et des talents particuliers (inventivité). Le bien-être de tous peut alors s'améliorer si ces talents peuvent être orientés vers cette activité de création de savoirs utiles et si les savoirs peuvent être partagés.

Ces savoirs ont la particularité que, une fois disponibles, ils puissent être utilisés par tout un chacun sans que cela épuise leur disponibilité pour d'autres, un trait qui, dans le vocabulaire de l'économiste, est associé habituellement aux *biens publics* ou *collectifs*. En outre, pour progresser dans le développement de nouveaux savoirs, il est utile de pouvoir tabler sur des savoirs existants : le savoir est cumulatif. À mesure qu'on améliore les façons de partager le savoir avec toujours plus de personnes qui en profitent dans leur vie quotidienne, l'intérêt « collectif » d'une telle spécialisation devient de plus en plus évident.

Se consacrer à une telle spécialisation est cependant une entreprise risquée, car, chemin faisant, on doit délaisser d'autres activités qui pourvoient à son quotidien, alors qu'on ne sait pas à quoi on aboutira. C'est pourquoi il faut des incitations spéciales pour convaincre des personnes à l'entreprendre. Le célèbre économiste Schumpeter était d'avis qu'en raison de la profonde incertitude de l'activité inventive et de son faible taux de réussite, il fallait des récompenses extraordinaires pour attirer des personnes vers cette activité⁴. Au cours de l'histoire, outre la propriété intellectuelle, tout un éventail de moyens de stimulation ont été mis à l'essai à cette fin : les octrois, subventions, bourses ; le parrainage ; les pensions ou rentes accordées aux créateurs ; les loteries, les prix, des médailles et autres honneurs⁵ ; des incitations fiscales, des monopoles sur certains commerces⁶, les contrats d'approvisionnement (pour les inventions militaires notamment) et, bien sûr, la propriété intellectuelle⁷. À côté de ces moyens ciblés de stimulation, des créateurs ont pu trouver

4. Joseph A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 5^e éd., New York, Harper & Row [1942], 1976, p. 73-74.

5. Voir en particulier B. Zorina KHAN, *Inventing Ideas: Patents, Prizes, and the Knowledge Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

6. L'abus de cette formule par les rois d'Angleterre a donné lieu dans ce pays au *Statute of Monopolies (An act concerning monopolies and dispensations with penal laws and the forfeiture thereof)* de 1624, 21 Jac I, c. 3, (en ligne : <https://en.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Monopolies>).

7. E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et A. PARENT, *Analyse économique du droit*, préc., note 3, n° 1676, p. 563.

leurs efforts de création récompensés et éviter le resquillage sur leurs créations par des moyens informels disponibles dans l'économie de marché, dans ce que Raustiala et Sprigman appellent « l'espace négatif » de la propriété intellectuelle⁸ et d'autres, les zones de la « p.i. sans p.i. »⁹ : le secret et les clauses de confidentialité et de non-concurrence ; l'avance du précurseur (*head start* ou *first mover advantage*) ; les normes sociales de bonne conduite ; la réputation et les contrats lucratifs obtenus grâce à elle ; des contrats de fourniture donnant accès à la création tenue à jour (pour les bases de données de différentes sortes, par exemple).

Dans ce qui suit, il paraît opportun de survoler d'abord cet espace négatif de la propriété intellectuelle, la « p.i. sans p.i. » (I). On peut examiner comment se comparent différents moyens déployés expressément pour stimuler la créativité, dont notamment les prix (II). On verra ensuite ce qui se passe dans les premières sociétés instituant une forme de propriété intellectuelle, avant que d'autres suivent leur exemple (III). En dernier lieu, nous verrons ce que l'on peut savoir sur les effets de l'extension extraordinaire, aussi bien en ampleur des objets couverts qu'en durée, des droits intellectuels de nos jours (IV), avant de conclure.

I- LA « P.I. SANS P.I. »

Général

Dans un éventail fort diversifié d'industries, la créativité peut être assurée par des moyens informels¹⁰ :

8. Kal RAUSTIALA et Christopher JON SPRIGMAN, « Faster Fashion: The Piracy Paradox and Its Perils », (2021) 39 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 535, 538, à la note 16.
9. *IP without IP*, expression qui serait due à Mario Biagioli (Rochelle C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », (2010) 31 *Cardozo Law Review* 1437, 1437, première note). On la retrouve dans : Kate DARLING, « IP Without IP? A Study of the Online Adult Entertainment Industry », (2014) 17 *Stanford Technology Law Review* 655 ; AMY KAPCZYNSKI, « Order Without Intellectual Property Law: Open Science in Influenza », (2017) 102 *Cornell Law Review* 1539, 1540. Dans C. Scott HEMPHILL et Jeannie SUK, « The Fashion Originators' Guild of America: Self-Help at the Edge of IP and Antitrust », dans Rochelle C. DREYFUSS et Jane C. GINSBURG (dir.), *Intellectual Property at the Edge: The Contested Contours of IP*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 159, les auteurs emploient le terme « *self-help* ».
10. Voir E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROCHE et A. PARENT, *Analyse économique du droit*, préc., note 3, n° 1820 et s., p. 612 et s.

- La haute cuisine (on veut manger le repas préparé par le grand chef dans son établissement ; son livre de recettes n'est que de la publicité)¹¹ ;
- Les stratégies sportives (avantage temporaire à l'inventeur et fuite en avant ; avance du précurseur)¹² ;
- Les cabaretiens et leurs blagues (normes communautaires et boycottage (liste noire) pour les personnes qui piratent)¹³ ;
- Les tours de magiciens (idem) ;
- Les techniques chirurgicales¹⁴ (rémunération par la réputation et les contrats ainsi obtenus) ;
- Les logiciels *open source*, comme Linux et Firefox (le créateur est rémunéré par les contrats lucratifs obtenus grâce à sa réputation développée sur les logiciels *open source*, par les avancements en carrière ou par des prix)¹⁵ ;
- Les « contenus ouverts », comme Wikipedia et d'autres wiki (la collection s'appuie sur des apports volontaires soutenus par le souhait de contribuer au bien public)¹⁶ ;
- L'industrie pornographique (*adult entertainment*) (avance du précurseur ; fuite en avant)¹⁷ ;
- Les services financiers et d'investissement (contrôle au sein des firmes de l'accès aux logiciels incorporant ces stratégies

11. K. RAUSTIALA et C. JON SPRIGMAN, « Faster Fashion: The Piracy Paradox and Its Perils », préc., note 8, 538 ; voir aussi R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1437 ; Kal RAUSTIALA et Christopher JON SPRIGMAN, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, Oxford, Oxford University Press, 2012, dont un compte rendu dans Ejan MACKAAY, « L'imitation – fin du droit d'auteur ? », (2015) 27 *Cahiers de propriété intellectuelle* 1239.

12. K. RAUSTIALA et C. JON SPRIGMAN, « Faster Fashion: The Piracy Paradox and Its Perils », préc., note 8, 538 ; R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1438.

13. *Ibid.* ; R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1437.

14. R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1438.

15. *Ibid.*, 1437 ; K. RAUSTIALA et C. JON SPRIGMAN, « Faster Fashion: The Piracy Paradox and Its Perils », préc., note 8, 538.

16. Voir A. KAPCZYNSKI, préc., note 9, 1610-1611.

17. K. DARLING, préc., note 9.

(secret commercial) et par les clauses de confidentialité dans les contrats de travail).

Dans ces industries, l'absence de droit de propriété intellectuelle formel ne semble pas empêcher une forte et continue créativité.

La mode

La mode mérite une attention particulière en raison de son importance : au début du siècle présent, l'industrie du vêtement avait un chiffre d'affaires mondial plus important que les industries culturelles et celle du logiciel réunies¹⁸. Raustiala et Sprigman, en particulier, ont étudié en détail cette industrie¹⁹. Ils ont souligné le succès de l'industrie de la mode malgré l'absence d'un droit de propriété intellectuelle sur les dessins (mais en tablant bien sur les marques, jalousement défendues)²⁰.

L'industrie de la mode innove constamment, est très concurrentielle et très fragmentée, avec un secteur haut de gamme, où les robes de couturier se vendent à des prix dans les six chiffres, à travers un secteur BCBG de fabrication en série restreinte vers la production de masse et les imitations bon marché. Beaucoup d'entreprises sont actives dans cette industrie ; de vieilles maisons disparaissent et de nouvelles font leur entrée tout le temps.

Les dessins de mode ne sont pas actuellement protégés par le droit d'auteur ou un autre droit intellectuel. Pourtant, cette industrie est vibrante malgré le copiage et l'imitation à grande échelle : un dessin attrayant, qui annonce possiblement une nouvelle mode et est montré à la cérémonie des Oscars ou à Cannes, peut être copié ou imité en un instant pour être offert sous forme moins chère dans un autre segment du marché de vêtements. L'industrie s'est

18. Kal RAUSTIALA et Christopher JON SPRIGMAN, « The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design », (2006) 92 *Virginia Law Review* 1687, 1689, notes 1 et 8, l'estimant à 750 G \$ US.

19. Voir aussi *ibid.* ; Kal RAUSTIALA et Christopher JON SPRIGMAN, « The Piracy Paradox Revisited », (2009) 61 *Stanford Law Review* 1201 ; K. RAUSTIALA et C. JON SPRIGMAN, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, préc., note 11 ; C. Scott HEMPHILL et Jeannie SUK, « The Law, Culture, and Economics of Fashion », (2009) 61 *Stanford Law Review* 101 ; C. S. HEMPHILL et J. SUK, « The Fashion Originators' Guild of America: Self-Help at the Edge of IP and Antitrust », préc., note 9.

20. K. RAUSTIALA et C. JON SPRIGMAN, « Faster Fashion: The Piracy Paradox and its Perils », préc., note 8.

adaptée à ce phénomène de copiage rapide et demeure innovatrice et concurrentielle.

Il n'en a pas toujours été ainsi. Au début du XX^e siècle, en l'absence de législation protégeant les dessins de mode, les opérateurs de l'industrie de la mode américaine s'étaient regroupés dans une association professionnelle intitulée Fashion Originators' Guild²¹. Les membres étaient tenus à ne vendre leurs produits qu'aux détaillants qui s'abstenaient de vendre des imitations bon marché et qui maintenaient les prix à un certain niveau pour les produits haut de gamme vendus par les membres de l'Association. Des inspecteurs travaillant pour l'Association visitaient les détaillants pour assurer le respect des règles. En cas de violation, ils pouvaient imposer au détaillant en infraction des sanctions, dont un boycottage par les membres. Vers la fin des années 1930, la Federal Trade Commission a entrepris une enquête sur la formule, qui a abouti à une poursuite pour atteinte au droit de la concurrence (*Sherman et Clayton Acts*). Cette poursuite a abouti, en 1941, devant la Cour suprême des États-Unis, qui déclara les pratiques de la Guilde contraires à la législation sur la concurrence²².

Finie la créativité dans l'industrie de la mode ? Pas du tout. Les industriels ont changé leur plan d'affaires pour mettre en évidence dans leurs annonces le prestige de porter une robe « griffée » ou qui fait partie d'une nouvelle tendance de mode annoncée par une robe griffée. Pendant que la « nouvelle tendance de mode » se déclare, il devient souhaitable pour les personnes qui veulent « suivre la mode » de rejoindre le mouvement. Lorsque la nouvelle tendance, à travers ces différents dérivés et imitations, a rejoint tous les coins du marché, elle perd son attrait et est remplacée assez rapidement par une nouvelle tendance, et ainsi de suite. La liberté de copier accélère la propagation d'une nouvelle tendance (et le déclin de la précédente) et stimule ainsi l'innovation dans l'industrie. En soi, cela tend à augmenter les ventes de l'industrie dans son ensemble. C'est ce que Raustiala et Sprigman appellent le « paradoxe du piratage »²³.

21. Pour plus de détails, voir Sara B. MARCKETTI et Jean L. PARSONS, « Design Piracy and Self-Regulation: The Fashion Originators' Guild of America, 1932-1941 », (2006) 24 *Clothing and Textiles Research Journal* 214 ; C. S. HEMPHILL et J. SUK, « The Fashion Originators' Guild of America: Self-Help at the Edge of IP and Antitrust », préc., note 9.

22. *Fashion Originators' Guild v. FTC*, 312 US 457 (1941).

23. K. RAUSTIALA et C. JON SPRIGMAN, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, préc., note 11, p. 38 et 44.

Dans cette configuration, le fait de voir son dessin piraté par des producteurs pour le marché BCBG, puis le marché de masse peut être, paradoxalement, un signe de reconnaissance pour les concepteurs de mode. Il peut amener de nouveaux clients riches à la recherche de la plus récente tendance de mode qui s'annonce. Les acteurs de l'industrie de la mode peuvent même discrètement encourager le copiage dans l'espoir que cela les place au centre d'une nouvelle vague qui émerge. Mais le gros chiffre d'affaires se trouve dans le marché de masse du prêt-à-porter inspiré de leurs dessins, lorsque la tendance se confirme. En un sens, la haute couture sert de publicité pour le marché des imitations. Bien entendu, il importe de garder séparées la réputation dans le marché du griffé de celle qui soutient les marques dans les marchés de masse. Les opérateurs peuvent être actifs dans tous les segments du marché de la mode, mais sous différents noms de marque. C'est dire que, s'il n'y a pas de droit intellectuel sur les dessins, les marques protégeant les noms connus dans différents segments du marché sont essentielles et rigoureusement défendues à l'aide de la justice. Le concepteur haut de gamme peut vendre ses propres dessins sous une forme légèrement modifiée et sous des noms différents dans les marchés d'imitation, où il fait face à la concurrence d'autres concepteurs engagés dans la même pratique.

Le plan d'affaires de l'industrie de la mode paraît bien fonctionner. Raustiala et Sprigman montrent que le prix des robes griffées haut de gamme a doublé sur la période de 1998 à 2010, pendant que, dans tous les autres segments du marché de la mode féminine, les prix étaient stables ou en déclin relatif²⁴. Pour expliquer le phénomène observé ici, Barnett et des coauteurs proposent un modèle dans lequel un niveau circonscrit de copiage peut conduire à un équilibre stable dans l'industrie, avec des revenus élevés et une concurrence vive²⁵.

L'industrie de la mode, tout en étant hautement innovatrice et fort concurrentielle, est moins concentrée que les industries culturelles de la livre, de la musique et du film, dont les créations sont protégées par le droit d'auteur. La protection forte par la propriété intellectuelle conduirait-elle à une plus forte concentration industrielle que ne serait souhaitable du point de vue de la maximisation du bien-être social ?

24. *Ibid.*, p. 46.

25. Jonathan M. BARNETT, Gilles GROLLEAU et Sana EL HARBI, « The Fashion Lottery: Cooperative Innovation in Stochastic Markets », (2010) 39 *Journal of Legal Studies* 159.

Dans leur tout récent article sur la « *faster fashion* », l'accélération des cycles de la mode, Raustiala et Sprigman sont revenus sur la question du succès de l'industrie de la mode, malgré le piratage rampant²⁶. L'industrie de la mode s'aligne sur la tendance humaine de vouloir se distinguer des autres par son apparence. « Être à la mode » est considéré comme une marque identitaire qui permet de vous placer socialement en avance sur les personnes dont l'apparence n'est pas à la mode. Il y a une sorte de concurrence pour le statut social. L'industrie de la mode s'aligne sur cette tendance humaine. En distribuant largement des vêtements inspirés par des dessins qui ont attiré l'attention comme définissant une nouvelle tendance, elle fournit un ancrage de ce qui doit être considéré « à la mode ». À mesure qu'est largement diffusé ce qui est à la mode, les esprits qui définissent les tendances s'en lassent et vont à la recherche de nouveaux dessins. La mode est ainsi cyclique et le copiage et la large diffusion ont tendance à accélérer le basculement, à raccourcir le cycle. Ce raccourcissement est de nature à augmenter le chiffre d'affaires de l'industrie, tout en poussant également vers l'innovation.

En marge de la discussion de l'effet incitatif, Raustiala et Sprigman abordent la question de savoir si ces cycles de la mode ne sont pas néfastes pour l'environnement (gaspillage), source d'exploitation des travailleurs à bas salaire (*sweat shops*) et de divisions entre les humains, car ce que l'un gagne en prestige, l'autre le perd (*jeu à somme nulle*) ? La réponse à ces questions pourrait être affirmative, mais ces bémols ne sont pas exclusifs à l'industrie de la mode (ne cherche-t-on pas également le prestige par sa voiture, son yacht, voire la fusée réutilisable qui vous transporte vers la limite de la sphère terrestre ?). Ces problèmes seraient mieux attaqués par la législation sur l'environnement et par les codes du travail. Quant à la recherche de prestige, le copiage rampant provoque une certaine démocratisation, l'entrée de nouveaux industriels visant à donner accès à des classes moins fortunées.

La propriété intellectuelle, pourrait-on s'en passer ?

Les exemples évoqués laissent entendre que la créativité peut s'épanouir dans une économie de partage, à faibles coûts de transaction et qui rende ses fruits disponibles à prix modique. La science, fait-on remarquer, continue de fonctionner essentiellement sur ce modèle (modèle du savoir ouvert, qui en facilite le cumul), même depuis que,

26. K. RAUSTIALA et C. JON SPRIGMAN, « *Faster Fashion: The Piracy Paradox and Its Perils* », préc., note 8.

aux États-Unis, le *Bayh-Dole Act* de 1980 y permettait de breveter les inventions faites dans les universités, voire l'encourageait²⁷. Il convient alors de déterminer si toute activité où un effort ciblé de créativité est nécessaire pour arriver à des informations utiles se prête à la formule du partage (contenu ou savoir ouvert), et si, par conséquent, on peut se passer de la propriété intellectuelle, qui présuppose une certaine exclusivité, qui entrave forcément le cumul du savoir, du moins à court terme, et qui engendre souvent des coûts de transaction importants.

La question a été abordée de front par Dreyfuss²⁸. Après un inventaire impressionnant des domaines où la formule du contenu ouvert connaît du succès²⁹, elle se demande, en premier lieu, si l'espace de partage dans les différentes applications table implicitement sur des formes de propriété intellectuelle³⁰. La mode repose, nous l'avons vu, sur le droit des marques, qui lui permet de séparer les différents segments du marché. Les grands chefs cuisiniers s'appuient, selon Dreyfuss, sur le droit d'auteur portant sur leurs livres de cuisine et parfois demandent des brevets sur leurs façons de préparer des mets. Les comédiens présentant leurs comédies ont souvent l'espoir de se faire inviter à jouer dans des films ou des séries télévisées (Netflix), qui sont, eux, soumis au droit d'auteur et (bien) payants. Les participants au développement de Linux, d'Apache, de Firefox espèrent développer leur réputation professionnelle et la monnayer dans le secteur de l'informatique commerciale, qui table sur le brevet et le droit d'auteur. IBM, en subventionnant le développement de Linux, vise à assurer le cadre dans lequel elle peut mieux commercialiser ses propres logiciels soumis au droit d'auteur. Pour bâtir sa réputation, il importe de faire reconnaître sa contribution à la création : le droit d'attribution. Le droit moral, composante du droit d'auteur, vise essentiellement cette reconnaissance. L'octroi d'une licence *Creative Commons* présuppose que le concédant ait le droit d'auteur sur la création en question.

27. R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1437.

28. *Ibid.* ; Rochelle C. DREYFUSS, « In Praise of an Incentive-Based Theory of Intellectual Property Protection », dans Rochelle C. DREYFUSS et Elizabeth SIEW-KUANG (dir.), *Framing Intellectual Property Law in the 21st Century – Integrating Incentives, Trade, Development, Culture, and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 1.

29. R. C. DREYFUSS, « In Praise of an Incentive-Based Theory of Intellectual Property Protection », préc., note 28, aux p. 3-6 ; R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1443-1447.

30. *Ibid.*, p. 6-7 ; R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1448-1452.

L'inventaire fait par Dreyfuss laisse entendre que la p.i. réapparaît à chaque tournant dans l'espace de la « p.i. sans p.i. ».

En deuxième lieu, Dreyfuss s'interroge sur les conditions ayant permis la viabilité de la « p.i. sans p.i. ». L'avancement des technologies d'information et de communication permet désormais de coordonner le travail de nombreuses personnes contribuant à un projet conjoint d'une façon qui n'était pas encore envisageable il y a un demi-siècle et qui nécessitait alors le recours à la formule de l'entreprise hiérarchique qui se réservait le contrôle direct de l'intégralité de la chaîne de production de son produit. Cet effort communautaire peut réussir dans la mesure où la tâche peut être découpée en morceaux attribuables à des individus et que les fruits de leurs efforts sont compatibles et peuvent être intégrés sans anicroche dans un ensemble complexe. Pour que cela fonctionne, il faut, et c'est le deuxième point de discussion de Dreyfuss, des *normes communautaires* qui soient respectées par tout le monde. Cela paraît plausible au début d'un projet dont la réussite est loin d'être assurée. Les contributions ouvertes permettent de partager le risque. À mesure que le projet perce et que des perspectives de profit se manifestent, le consensus sur les normes risque de s'effriter, certains voulant alors poursuivre le profit. Au sein des universités, cette évolution se manifeste souvent sous forme de conflits d'intérêts. La philanthropie qui a soutenu le projet à son départ pourrait se dissiper. Le leader charismatique qui a inspiré les participants peut disparaître.

Troisièmement, Dreyfuss fait valoir que beaucoup de projets à contenu réussis ont pu percer en raison des faibles coûts de démarrage. Pour les logiciels, un ordinateur suffit. Mais pour de nouveaux produits complexes, par exemple des produits pharmaceutiques, le démarrage risque d'être long et coûteux : il faut des recherches étendues, de l'équipement coûteux, des capitaux importants, des participants (médecins, pharmaciens, chimistes, etc.) avec des formations avancées, commandant des salaires élevés sur le marché. La commercialisation de tels produits risque d'être coûteuse. La formule ouverte est-elle alors viable ?

Dans une étude visant spécifiquement à répondre à cette dernière interrogation, Kapczynski montre que le développement continu de remèdes contre la grippe (*influenza virus*) est l'œuvre d'un groupe ouvert de scientifiques fonctionnant sous la formule de science ouverte et avec accès à des capitaux importants³¹. Elle estime que

31. A. KAPCZYNSKI, préc., note 9, 1608-1612.

plusieurs conditions en particulier sont essentielles à cette réussite : une organisation et un droit (sous forme d'un éventail de contrats et de normes) qui encadrent l'effort coopératif et un financement public. À titre d'exemple, elle fait remarquer que Wikipédia est désormais soutenue par une organisation internationale, la *Wikimedia Foundation*, qui emploie plus de 450 personnes et a un financement annuel de l'ordre de 112 M \$³². En abordant l'effet incitatif des prix, ci-dessous, nous reviendrons sur la question de savoir dans quelle mesure le financement public peut être bien ciblé sur des projets contribuant au bien-être collectif, plutôt qu'à satisfaire des préférences particulières de dirigeants. L'organisation dont il est question ici peut aussi servir à établir des normes et à imposer une sélectivité : la liberté totale de créer du contenu accessible par tous risque d'engendrer une surproduction de contenus dans lesquels les lecteurs doivent se retrouver, moyennant des efforts plus ou moins imposants pour dénicher ce qui les intéresse vraiment³³. L'organisation joue alors une « *gatekeeping function* » (contrôle d'accès), assumée, dans l'univers régi par la propriété intellectuelle, par les entreprises cessionnaires du droit d'auteur et organisatrices de la production et de la diffusion des contenus.

Le débat reste ouvert sur la question de savoir si les résultats observés par Kapczynski sont généralisables et où ils se buteraient à des limites découlant des objections formulées par Dreyfuss. Il est plausible que, dans l'avenir immédiat, les deux modèles doivent coexister, chacun avec ses avantages et inconvénients, et qu'il faille envisager des mesures pour accommoder cette coexistence. Dreyfuss fait un bref survol de ce que cela voudrait dire³⁴. Pour éviter qu'un modèle n'écrase l'autre, il faut modérer la tentation d'étendre la portée de la p.i. Dans cette perspective, la protection de l'Union européenne des bases de données par une Directive paraît malavisée³⁵.

32. Voir en ligne : <<https://wikimediafoundation.org/fr/about/>> ; Pour les rapports annuels, voir : <https://meta.wikimedia.org/wiki/Wikimedia_Foundation_Annual_Plan> ; <https://meta.wikimedia.org/wiki/Wikimedia_Foundation_Medium-term_plan_2019/Annual_Plan_2020-2021> ; A. KAPCZYNSKI, préc., note 9, 1611.

33. R. C. DREYFUSS, « In Praise of an Incentive-Based Theory of Intellectual Property Protection », préc., note 28, p. 10 ; R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1461.

34. R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1465-1473.

35. *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données*, en ligne : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A31996L0009>> ; R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1466-1476.

De même, la protection par brevet des techniques chirurgicales et des méthodes de diagnostic des maladies ou de construction d'arguments juridiques soulèverait des doutes aux yeux de Dreyfuss³⁶. De même, il est souhaitable de soutenir l'innovation ouverte et les innovateurs, par exemple, par la reconnaissance de l'usage expérimental comme défense contre la contrefaçon de brevet.

Que pensent les acteurs dans le champ de la division entre la formule de partage et la formule d'exclusivité par la p.i. ? Lerner et Tirole ont examiné la réaction des développeurs de logiciels³⁷. Bien entendu, il s'agit d'un groupe particulier et rien ne garantit que les réactions observées puissent être généralisées vers d'autres groupes. Cela étant, examinons tout de même leur étude. Lerner et Tirole ont étudié l'univers des licences *open source*. Leur échantillon comprenait bien 40 000 licences, compilées dans une base de données SourceForge. Les auteurs concluent que les licences visant surtout la communauté des développeurs de logiciels sont généralement moins restrictives que celles visant les consommateurs finaux. Moins la licence est restrictive, plus nombreux sont les développeurs qui s'en servent et qui participent à la création de nouveaux produits. Les restrictions s'expliqueraient par l'incertitude au sujet des intentions des licenciés éventuels à l'égard du marché de la consommation. Les projets visant des produits « finaux » présentant un grand intérêt pour le public consommateur (ex. les jeux, des outils de bureautique) appellent des licences plus restrictives que ceux qui visent le développement général des logiciels. Les développeurs semblent donc préférer se ménager la possibilité de rechercher des revenus lorsqu'ils perçoivent des produits avec un potentiel dans le marché de la consommation. S'agissant des produits de développement, l'étendue optimale de la propriété intellectuelle est fort réduite à leurs yeux : une très grande place est laissée au partage.

II- Comparaison de modes de stimuler la création

Entre la propriété intellectuelle et l'espace ouvert marqué par son absence, la société a déployé, au cours de l'histoire, un éventail de mesures destinées à stimuler la créativité. Cela soulève la question de la meilleure façon d'engendrer des idées nouvelles. De tout temps,

36. R. C. DREYFUSS, « Does IP Need IP? Accommodating Intellectual Production Outside the Intellectual Property Paradigm », préc., note 9, 1467.

37. Josh LERNER et Jean TIROLE, « The Scope of Open Source Licensing », (2005) 21 *Journal of Law, Economics and Organization* 20.

il y a eu controverse à ce sujet³⁸. Un récent livre remarquable, de l'historienne et économiste Zorina Khan, fait le tour du débat à l'heure actuelle, en y ajoutant l'apport de ses propres dix ans de recherches aussi bien dans des bibliographies et des ouvrages historiques portant sur plus de cent mille personnes que par des études économétriques, en Angleterre, en France et aux États-Unis, sur la période 1750 à 1930³⁹.

Au début du siècle, Gallini et Scotchmer ont publié une comparaison limitée entre les prix, les contrats d'approvisionnement et la propriété intellectuelle⁴⁰. Les prix et contrats d'approvisionnement ne peuvent fonctionner que si l'on peut décrire à l'avance ce qu'on souhaite faire inventer, contrainte qui ne se pose pas pour la propriété intellectuelle⁴¹. Les contrats d'approvisionnement en particulier constituent une formule intéressante lorsqu'il s'agit de provoquer un développement bien ciblé et circonscrit. Beaucoup de créativité, en matière de recherche fondamentale ou appliquée, mais aussi dans les arts, ne saurait cependant être facilement prédéfinie ainsi. La propriété intellectuelle récompense la création une fois réalisée, quelle qu'en soit la nature, selon l'intérêt qu'elle suscite chez les consommateurs dans le marché.

Un exemple souvent cité – et relevé par Gallini et Scotchmer – pour illustrer l'effet incitatif d'un prix est la somme de 20 000 £ promise par le Parlement anglais en 1714 pour le développement d'un chronomètre maritime permettant de mesurer la longitude dans des limites de tolérance d'un demi-degré⁴². Khan examine le cas en détail⁴³. Elle rapporte ceci. L'Espagne, Venise et les Pays-Bas avaient déjà consacré, au cours du siècle précédent, des ressources considérables pour soutenir les recherches dans la poursuite du même but, mais sans succès, ce qui avait mené finalement à l'abandon des efforts. Le conseil administrant les prix promis par la législation anglaise comportait 24 personnalités éminentes, dont bon nombre

38. B. Z. KHAN, préc., note 5, p. 384.

39. *Ibid.*, p. 385.

40. Nancy T. GALLINI et Suzanne SCOTCHMER, « Intellectual Property: When is it the Best Incentive System? », dans Adam JAFFE, Joshua LERNER et Scott STERN (dir.), *Innovation Policy and the Economy*, vol. 2, Cambridge, MIT Press, 2002, p. 51.

41. *Ibid.*, à la p. 70.

42. Joel MOKYR, *The Lever of Riches – Technological Creativity and Economic Progress*, Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 250 (note 11) ; Dava SOBEL, *Longitude – The True Story of a Lone Genius Who Solved the Greatest Scientific Problem of His Time*, New York, Penguin Books, 1995 ; N.T. GALLINI et S. SCOTCHMER, préc. note 40, p. 53, et à la note 2.

43. B. Z. KHAN, préc., note 5, p. 72-75.

n'avaient pas de connaissances technologiques. Certains membres participaient eux-mêmes au concours. Pendant la durée du concours, des paiements provisoires furent accordés à des développeurs engagés dans la recherche, mais aussi à d'autres pour des activités appréciées par le conseil, pour un total de 53 000 £, et une somme semblable était consacrée aux salaires et dépenses courantes. En cours de route, les critères pour l'attribution du prix furent changés. Non seulement fallait-il un engin mesurant la longitude avec la précision stipulée, mais on ajoutait qu'il devait pouvoir être produit à faible coût et en grande quantité pour répondre aux besoins de la marine⁴⁴. Le prix anglais n'aurait jamais été accordé formellement, bien qu'on ait reconnu que l'horloger William Harrison, en 1765, avait rempli les critères et que celui-ci a vu ses dépenses remboursées. Dans l'ensemble, le cas est loin de fournir un exemple éclatant de la force incitative des prix pour stimuler la créativité.

Les prix (et généralement les octrois personnels) pour récompenser les inventions posent le problème de savoir si l'inventivité ainsi encouragée porte sur un objet largement valorisé dans la communauté, plutôt que sur le projet favori du ou des dirigeants ou sur les prédilections particulières du jury. L'étude de Khan démontre la pertinence de la question. En Angleterre (notamment pour ce qui regarde la Royal Society of Arts)⁴⁵ et en France (notamment à travers la Société d'encouragement pour l'industrie nationale)⁴⁶, au cours des deux siècles étudiés, les prix et les octrois pour la recherche constituaient un « *administered innovation system* »⁴⁷ géré par l'élite et profitant généralement à d'autres membres de l'élite⁴⁸. Le système était nettement moins ouvert aux artisans et à d'autres qui ne faisaient pas partie de l'élite. On implantait ainsi un système de planification « *top-down* »⁴⁹, faisant preuve d'un « paternalisme technocratique »⁵⁰. Lorsque les membres du jury ne pouvaient s'entendre sur la valeur des inventions en lice pour le prix, ils pouvaient l'accorder à des participants qui avaient déjà été reconnus par d'autres prix (valeur sûre !). Ainsi le fabricant de machines à coudre Singer a ramassé plus de 200 prix au cours du XIX^e siècle⁵¹.

44. *Ibid.*, p. 74.

45. *Ibid.*, p. 116 f.

46. *Ibid.*, p. 152.

47. *Ibid.*, p. 22-23, 392.

48. *Ibid.*, p. 389, 393, 396 et 412.

49. *Ibid.*, p. 387.

50. *Ibid.*, p. 392, s'agissant notamment de la pratique française.

51. *Ibid.*, p. 393.

Dans cet univers, on était généralement moins bien disposé envers les brevets, en raison du caractère perturbateur des innovations ainsi protégées. En conséquence, les frais pour obtenir un brevet en Angleterre et en France étaient élevés⁵² et la discrétion exercée pour juger si le brevet devait être accordé ne favorisait pas les artisans et autres non-membres de l'élite. L'administration du système était généralement opaque (secrète), ce qui ne favorisait pas la diffusion des idées qui devrait normalement résulter du brevet⁵³. L'absence d'obligation de rendre compte compliquait la découverte des erreurs du système, voire de sa dysfonctionnalité, ce qui a pu ralentir le rythme d'innovation dans les deux pays étudiés, par rapport notamment aux États-Unis, et ainsi retarder la réforme du système. Un nombre impressionnant de fonctionnaires tiraient des rentes de la bureaucratie entourant l'octroi des brevets et avaient intérêt à s'opposer à sa réforme⁵⁴. Rien n'assure que ce système résout adéquatement le problème de la connaissance, mis en évidence par Hayek⁵⁵. Pour prendre une décision qui serait optimale du point de vue du bien-être collectif, il faudrait disposer d'un immense éventail d'informations sur les activités et les préférences des acteurs. Aucun planificateur humain ne peut les réunir en son cerveau, mais leur prise en compte et leur intégration s'opèrent continuellement dans les processus du marché.

Par contraste avec l'Europe, aux États-Unis, le système était dès le départ plutôt bien disposé envers les inventeurs⁵⁶. La Constitution américaine comportait une clause consacrant la propriété intellectuelle, la seule à être adoptée à l'unanimité, selon Khan⁵⁷. L'invention était considérée comme la propriété de l'inventeur et protégée en tant que telle⁵⁸. Le coût du brevet était plus abordable qu'en Europe. La sanction de ce droit était mieux assurée aux États-Unis que dans d'autres pays. Il y avait un marché vif pour les brevets et les licences. Les caractéristiques significatives du système américain étaient son caractère non élitiste, ses frais abordables,

52. *Ibid.*, p. 21.

53. *Ibid.*, p. 394

54. *Ibid.*, p. 21.

55. Friedrich A. HAYEK, « The Use of Knowledge in Society », (1945) 35 *American Economic Review* 519.

56. B. Z. KHAN, préc., note 5, p. 389, 398-399. US Constitution Article I, Section 8, Clause 8 : « [the United States Congress shall have power] To 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 », en ligne : <https://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_Clause>.

57. *Ibid.*, p. 390.

58. *Ibid.*, p. 390.

sa conception du brevet comme un bien économique, une forme de propriété, comme tout autre, et la récompense de l'inventeur établie par son succès au marché⁵⁹. Cette dernière caractéristique est une réponse convenable au problème de la connaissance mis en évidence par Hayek⁶⁰. À la longue, ces caractéristiques assuraient à l'économie américaine un avantage comparatif que d'autres nations, comme la Suisse, le Royaume-Uni et l'Allemagne, ont voulu imiter vers la fin du XIX^e siècle⁶¹.

On peut se demander quel rôle incombe, à l'heure actuelle, à l'État dans la promotion de l'innovation. Mazzucato, en particulier, s'est faite l'avocate de l'État entrepreneur, qui s'occuperait ou commanditerait la recherche fondamentale et déblayerait des domaines jugés prometteurs lorsque les chances de succès commerciaux sont encore trop éphémères pour attirer les entrepreneurs (*priming the pump*)⁶². Le problème de la connaissance de Hayek résolu ? Khan exprime des doutes, en faisant valoir que les initiatives gouvernementales de recherche et de développement réussies se situaient notamment dans les domaines militaires, de défense et des technologies d'information et de communication⁶³. Les plaidoyers en faveur de telles initiatives ne prennent pas, à ses yeux, suffisamment en compte les nombreux échecs, où l'argent public a disparu simplement dans un trou noir. Dans le cas d'initiatives privées, il y a certes aussi des échecs, mais les acteurs ont intérêt à ajuster assez rapidement le financement selon la réussite ou l'échec observés. Le financement public risque, en outre, de déplacer (*crowd out*) des initiatives privées⁶⁴.

Dans l'ensemble, les études recensées ici semblent indiquer que la propriété intellectuelle, malgré son coût et ses inconvénients indéniables, surclasse encore les prix et les contrats de fourniture comme moyen général de stimuler la créativité. La propriété intellectuelle a-t-elle actuellement atteint les conditions d'obtention et la durée optimales ? Regardons maintenant quelques études visant à éclairer la question.

59. *Ibid.*, p. 398.

60. F. A. HAYEK, préc., note 55.

61. B. Z. KHAN, préc., note 5, p. 401.

62. Mariana MAZZUCATO, *The Entrepreneurial State*, London, Demos, 2011 ; M. MAZZUCATO, *The Value of Everything: Making and Taking in the Global Economy*, London, Allen Lane, 2018 ; M. MAZZUCATO, *Mission Economy: A Moonshot Guide to Changing Capitalism*, London, Allen Lane, 2021.

63. B. Z. KHAN, préc., note 5, p. 403-404.

64. *Ibid.*, p. 405.

III- LES PREMIERS PAS DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Le plus souvent, il n'est pas facile de déterminer les effets de la propriété intellectuelle pour savoir si elle stimule la créativité ou, au contraire, l'entrave par une exclusivité trop étendue⁶⁵. Fort heureusement, l'évolution des sociétés nous offre parfois des circonstances quasi expérimentales où l'on peut comparer des nations qui connaissent telle forme de propriété intellectuelle avec celles qui ne la connaissent pas, ou encore comparer l'état d'une nation avant et après l'introduction d'une forme de propriété intellectuelle (études « avant-et-après »).

Dans une étude ingénieuse, Giorcelli et Moser ont pu tirer profit d'une telle configuration en étudiant l'introduction du droit d'auteur dans certains États italiens, mais pas dans d'autres après la conquête napoléonienne à la fin du XVIII^e siècle⁶⁶. Elles ont étudié la création et la production d'opéras en Italie. L'étude englobe 2 598 opéras par des compositeurs nés en Italie et présentés pour la première fois entre 1770 et 1900⁶⁷. Les opéras sont des manifestations culturelles très publiques. Beaucoup d'information à leur sujet est disponible.

Après la conquête par les armées de Napoléon, le droit d'auteur sur le modèle français fut introduit dans les États de Lombardie et de Venise en 1801, mais non dans les autres États italiens conquis⁶⁸. Le droit d'auteur fut accordé initialement pour la durée de la vie du compositeur, plus dix ans supplémentaires pour les héritiers⁶⁹. Munis du droit d'auteur, les compositeurs d'opéras pouvaient gagner non seulement une somme fixe lors de la livraison de leur création, mais également des redevances pour chaque fois que leur œuvre était présentée. Le droit permettait d'arrêter le piratage des opéras. À compter de 1826, le droit d'auteur fut également adopté dans les autres États italiens, ce qui permet une étude avant-et-après pour ceux-ci. Enfin, à compter de 1840, dans tous les États italiens, la durée du droit d'auteur fut étendue à « la vie + 30 », et de nouveau, en 1865, à « la vie + 40 ». Cela permet des études « avant-et-après » à propos de chacun de ces changements.

65. P. MOSER, préc., note 2, 242.

66. Michela GIORCELLI et Petra MOSER, « Copyright and Creativity. Evidence from Italian Opera During the Napoleonic Age », (2020) 128 *Journal of Political Economy* 4163.

67. *Ibid.*, 4171.

68. *Ibid.*, 4169-4173.

69. *Ibid.*, 4169-4170.

Qu'observe-t-on ? Après 1801, dans les États ayant introduit le droit d'auteur (Lombardie et Venise), 2,2 plus d'opéras furent créés par an que dans les États sans droit d'auteur. Dans ces deux États, cela représente une augmentation de 137 % par rapport à la production avant 1801, qui était relativement semblable à celle dans les autres États⁷⁰. Et la qualité de ces opéras ? Étant payés par représentation, les compositeurs ont un intérêt à créer des opéras qui plaisent au grand public du moment. Ces opéras, ont-ils un attrait durable ? La qualité et la durabilité sont mesurées par trois indices. Le premier est le nombre de représentations mémorables captées dans les manuels de compilation sur les opéras. Le deuxième indice mesure si l'opéra a été représenté dans la célèbre salle du Metropolitan, à New York, au cours du XX^e siècle. Le troisième, enfin, indique si un enregistrement complet de l'opéra était encore disponible sur Amazon au cours des années 2010. Sur tous ces indices, les opéras créés par des compositeurs détenteurs du droit d'auteur surclassent les autres⁷¹. Les opéras créés dans les États italiens qui ont le droit d'auteur connaissent aussi plus de représentations après la première que ceux créés ailleurs. La disponibilité du droit d'auteur semble avoir incité certains compositeurs italiens qui s'étaient expatriés (vers l'Autriche ou la France) à retourner dans les États connaissant le droit d'auteur⁷². L'extension de la durée du droit d'auteur en 1840 à « la vie + 30 » n'a pas augmenté la productivité des compositeurs et l'extension subséquente à « la vie + 40 » l'a même légèrement réduite⁷³.

Dans l'ensemble, cette étude semble conforter la conclusion que, là où il n'y a pas de droit d'auteur, son institution a un net effet incitatif sur la créativité, mais que le renforcement du droit d'auteur en vigueur n'augmente pas nécessairement cet effet incitatif et pourrait même le diminuer.

IV- ÉTUDES SUR L'ÉTENDUE ACTUELLE DES DROITS DE P.I.

Les avancements des technologies de l'information et l'arrivée de l'Internet rapide ont facilité de façon incroyable le copiage et la transmission de contenus soumis au droit d'auteur. Vers la fin du siècle dernier, on a vu apparaître ce que l'industrie de la musique et du film a caractérisé de vague de piratage alors que les usagers

70. *Ibid.*, 4165-4186.

71. *Ibid.*, 4191-4192.

72. *Ibid.*, 4184-4194.

73. *Ibid.*, 4198.

partageaient librement de la musique à l'essai. Quels ont été les effets de cette vague de partage ? Deux chercheurs américains, Lunney et Waldfogel, ont synthétisé, dans des livres publiés en 2018, un riche éventail d'études « empiriques » effectuées sur le sujet⁷⁴. Suivons de plus près ces deux auteurs.

Lunney commence par observer 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 et l'Internet 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. Ils 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. De plus, dans d'autres secteurs culturels, on voyait apparaître à la même époque des phénomènes parfaitement licites de partage, comme Wikipédia (à partir de 2001) et autres wiki, les « contenus ouverts » et la *creative commons*, les logiciels à accès libre.

Qualifiant la pratique de partage de musique comme du piratage, l'industrie a réussi à faire fermer Napster par la justice américaine⁷⁵. Mais le mal était fait⁷⁶ : le partage de la musique a continué par des moyens « souterrains » comme Grokster, Kazaa et Morpheus⁷⁷. Les revenus de l'industrie de la musique provenant de la vente de disques ont chuté. En 2014, ils étaient descendus à 7 milliards de dollars US, soit au niveau de 1967⁷⁸.

74. Glynn S. LUNNEY jr., *Copyright's Excess: Money and Music in the US Recording Industry*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018 ; Joel WALDFOGEL, *Digital Renaissance: What Data and Economics Tell Us about the Future of Popular Culture*, Princeton, Princeton University Press, 2018. Pour l'Europe, voir aussi l'étude plus ancienne d'Andrès : Antonio Rodríguez ANDRÈS, « The Relationship between Copyright Software Protection and Piracy: Evidence from Europe », (2006) 21 *European Journal of Law and Economics* 29.

75. *A&M Records, Inc. v. Napster*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

76. Sudip BHATTACHARJEE, Ram D. GOPAL, Kaveepan LERTWACHARA et James R. MARSDEN, « Impact of Legal Threats on Online Music Sharing Activity: An Analysis of Music Industry Legal Actions », (2006) 49 *Journal of Law and Economics* 91.

77. Tableaux comparatifs des logiciels de partage : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Comparaison_des_applications_de_partage_de_fichier> ; <https://en.wikipedia.org/wiki/Comparison_of_file-sharing_applications>.

78. Glynn S. LUNNEY jr., *Copyright's Excess: Money and Music in the US Recording Industry*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 3 ; J. WALDFOGEL, préc., note 74, p. 5-7.

Napster et la culture de partage/piratage qui s'est établie par la suite constituent, comme le fait remarquer Lunney, presque une expérience naturelle pour tester ce qu'il désigne comme une prémisses fondamentale du droit d'auteur selon laquelle plus de revenus promettent plus d'effort créateur, et vice versa. On devrait observer pour la période de 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 réduction de créativité, en qualité et en quantité.

Pour observer ce qui se passe sur le terrain, il fallait une certaine ingéniosité. Les chiffres de ventes de disques risquent d'être trompeurs, compte tenu du niveau élevé de « piratage ». Lunney a eu recours, au-delà des revenus de vente déjà évoqués, à quatre indices⁷⁹ :

- Le nombre de nouveaux albums mis en marché par an, compilé par Nielsen SoundScan, de 1996 à 2012.
- La liste, produite en 2012 par le magazine *Rolling Stone*, des 500 plus grands succès de tous les temps.
- La liste hebdomadaire du Billboard Hot 100, de 1962 à 2015. Cette liste reproduit les numéros le plus souvent joués sur les ondes (américaines) au cours de la semaine précédente⁸⁰.
- La liste des 1001 numéros les plus téléchargés sur Spotify en 2014, qui apparaissent également sur une liste des 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 période⁸¹. Pour mesurer la productivité des artistes, on peut retrouver combien de fois, après une première apparition sur les Hot 100, l'artiste réapparaît sur ces listes au cours des dix années suivantes. Sur cet indice également, on voit un déclin continu de 1961 à 1999⁸². Globalement, on observe donc qu'au

79. *Ibid.*, p. 85-86.

80. J. WALDFOGEL, préc., note 74, p. 50.

81. G. S. LUNNEY jr., préc., note 78, p. 99.

82. *Ibid.*, p. 103.

cours de cette période, à revenu croissant a correspondu une vitesse d'innovation décroissante⁸³.

Et après l'avènement du partage massif de fichiers, qui a provoqué une chute vertigineuse de revenus de vente de disques pour l'industrie, qu'observe-t-on sur les indices évoqués ? Après 1999, on observe le retour des succès d'artistes déjà connus au détriment d'artistes nouveaux⁸⁴, mais aussi une croissance significative de nouveaux albums sortis⁸⁵. À partir de 2003, on trouve une croissance des succès haut de gamme. Les données fournies par Spotify, qui reflètent une comparaison de la musique de différentes époques par les numéros que les consommateurs choisissent de télécharger, montrent que ceux-ci privilégient généralement la musique créée *après* 1999. Le partage de la musique coïncide, aux yeux des consommateurs, avec l'apparition de musique haut de gamme, préférée à celle de la fin du siècle dernier⁸⁶.

Pendant cette période, Lunney croit déceler la croissance du phénomène des *super-vedettes*⁸⁷, créateurs de chansons nettement plus appréciés des consommateurs que ceux qui suivent dans la hiérarchie des résultats de Spotify. On savait déjà que la rémunération des activités créatrices est hautement asymétrique⁸⁸. Pour donner une idée de l'écart, Lunney a fait une sorte de simulation mathématique. Supposons un système qui vise à donner une protection égale, par exemplaire vendu, à tous les artistes. Lunney a calculé que, si le système donnait un dollar de plus à l'artiste moyen sur la liste de Spotify, il devrait en donner 66 667 \$ à l'artiste au premier rang de cette liste⁸⁹.

Quel est le rapport de la musique piratée à celle qui est achetée ? Après un article-choc paru en 2007⁹⁰, qui prétendait ne déceler aucun effet du piratage, il y a eu une prolifération d'études pour l'estimer de manière plus précise. Résumant le débat et ajoutant

83. *Ibid.*, p. 86-87.

84. *Ibid.*, p. 157.

85. *Ibid.*, p. 87.

86. *Ibid.*, p. 110, 113-115.

87. *Ibid.*, p. 142, 157.

88. Frederic M. SCHERER, « The Innovation Lottery », dans Rochelle COOPER DREYFUSS, Diane LEENHEER ZIMMERMAN et Harry FIRST (dir.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 3.

89. G. S. LUNNEY jr., préc., note 78, p. 158.

90. Felix OBERHOLZER-GEE et Koleman STRUMPF, « The Effect of File Sharing on Record Sales – An Empirical Analysis », (2007) 115 *Journal of Political Economy* 1.

ses propres calculs, Waldfogel estime que, pour cinq téléchargements illicites non payants, il y a déplacement d'une seule vente⁹¹. Toutes les personnes qui partagent (« piratent ») de la musique ne l'auraient pas nécessairement achetée. Les pertes observées dans les revenus de l'industrie de la musique coïncident avec un accès massivement accru à la musique pour les mélomanes. 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 mis en circulation est en progression continue après 1999, pour atteindre un sommet d'au-delà de 12 milliards d'albums en 2013⁹². Dans un article récent, Aguiar et Waldfogel concluent que le *streaming* (diffusion en flux) déplace pour partie le piratage de la musique et est une source croissante de revenu⁹³. Le *streaming* est devenu le mode de diffusion dominant pour les produits culturels⁹⁴. 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 magazine *Rolling Stone*, publiée en 2012, des succès de tous les temps dans la période étudiée, on observe que le moment où la musique la plus appréciée a été créée est la fin des années 1960⁹⁵. Pourtant, ce fut l'époque où les revenus de l'industrie étaient les plus bas pendant toute la période observée. La réussite qui s'en est suivie sur le plan des revenus n'a pas engendré plus de créativité, bien au contraire.

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*⁹⁶. Lorsqu'on augmente la rémunération d'une heure de travail, la réaction initiale

91. J. WALDFOGEL, préc., note 74, p. 43.

92. G. S. LUNNEY jr., préc., note 78, p. 78 (Tableau 3.5).

93. Luis AGUIAR et Joel WALDFOGEL, « As streaming reaches flood stage, does it stimulate or depress music sales? », (2018) 57 *International Journal of Industrial Organization* 278, 305-306.

94. Mark A. LEMLEY, « Disappearing Content », (2021) 101 *Boston University Law Review* 1255, 1260. L'article comporte, aux p. 1260-1267, des réflexions importantes sur une relative indisponibilité de contenus pouvant résulter des contraintes de l'économie du *streaming* et sur des adaptations du droit d'auteur pour y répondre (p. 1268 et s.). Son titre pourrait être inspiré par Heald : Paul J. HEALD, « How Copyright Keeps Works Disappeared », (2014) 11 *Journal of Empirical Legal Studies* 829.

95. G. S. LUNNEY jr., préc., note 78, p. 86-87.

96. *Ibid.*, p. 177 et s. ; pour une explication de ce qu'est une « backward-bending supply curve of labour », voir, en ligne : <https://en.wikipedia.org/wiki/Backward_bending_supply_curve_of_labour>.

est de substituer du travail au loisir afin de gagner plus (effet de substitution) : on travaille davantage. Mais à mesure qu'on répète une telle 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 richesse de créations originales. Lorsque des revenus fabuleux leur sont parvenus, l'incitation à poursuivre la course effrénée s'estompait : un effort moindre suffirait⁹⁷. Après la percée du partage, dès 1999, il se produit un choc « culturel » qui contraste de manière saisissante avec la période antérieure : les revenus tout d'un coup tarissent et la structure incitative retourne au départ du cycle. On observe les effets au début du présent siècle.

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 pour 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. Pour le coup, les prix des spectacles ont beaucoup augmenté.

Le livre de Waldfogel est complémentaire à celui de Lunney, en ce qu'il dessine le portrait d'ensemble des changements dans l'industrie de la musique depuis le début du siècle, mais 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

97. Frederic M. SCHERER, *Quarter Notes and Bank Notes. The Economics of Music Composition in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 89-91. Dans Frederic M. SCHERER, « The Evolution of Music Markets », dans Victor A. GINSBURGH et Charles David THROSBY (dir.), *Handbook of the Economics of Art and Culture*, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 2006, p. 124, Scherer rapporte, à la p. 138, que l'étude des lettres du compositeur Verdi révèle cet effet chez lui, ce qui n'exclut pas la possibilité que ses revenus fabuleux aient pu en encourager d'autres à se lancer dans la composition (*effet de démonstration*). Dans une étude subséquente, il croit observer la même réaction chez les compositeurs d'opéras Gioachino Rossini et Gaetano Donizetti ((Frederic M. SCHERER, « The Emergence of Musical Copyright in Europe from 1709 to 1850 », (2008) 5 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 3, 11). Il demeure que l'argent avait son importance pour chacun des compositeurs dont la biographie a été étudiée dans le livre antérieur (Frederic M. SCHERER, *Quarter Notes and Bank Notes. The Economics of Music Composition in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, p. 85).

l'artiste et son accompagnement, production, distribution, promotion) avant l'avènement de l'ère numérique, 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 entre l'industrie de la musique et Apple, et offrait, à un prix fixe modique (0,99 \$), des numéros individuels que le mélomane 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 immédiatement un grand succès 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, mais avec de la publicité, des vidéos, entre autres de pièces de musique. En 2008, une initiative suédoise a mis sur le marché mondial Spotify, permettant à ses abonnés de télécharger en flux (*streaming*) des pièces de musique dans un catalogue de 40 millions de numéros. Spotify paie (à un taux fort modeste, cependant) 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 publicité.

Ces événements signalétiques marquent une évolution touchant toutes les étapes de la production de musique sous l'influence des avancées technologiques. Waldfogel propose de distinguer quatre étapes⁹⁸. D'abord, les artistes débutants ont souvent besoin d'aide et de conseils pour remanier leurs créations vers une forme de musique qui promet de plaire aux consommateurs (Waldfogel : *nurture*). Ensuite, elle 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 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

98. J. WALDFOGEL, préc., note 74, p. 33 et s.

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 de grandes entreprises qui pouvaient convenablement les assurer. Les grandes entreprises de musique servaient en même temps de gardiens de la porte d'entrée (*gatekeepers*) du monde de la musique : seules pouvaient y entrer les personnes que l'industrie estimait prometteuses. Cette sélectivité était censée apporter une certaine garantie de qualité aux consommateurs, leur évitant d'être submergés par des produits de faible intérêt.

Tout cela a radicalement changé depuis la révolution Napster. 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 modestes, aux particuliers d'enregistrer de la musique et des vidéos, de les éditer, éventuellement de les imprimer sur CD ou DVD, mais mieux encore, 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 intéressés potentiels. Les auteurs-compositeurs se lançant par eux-mêmes ont désormais aussi 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 offerts là et accessibles partout sur la planète. Ils profitent ainsi de ce que Anderson a baptisé la longue queue (*the long tail*)⁹⁹.

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 par soi-même. 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-mêmes¹⁰⁰. Bien sûr,

99. Chris ANDERSON, « The Long Tail », (2004) 12 *Wired*, en ligne : <<https://www.wired.com/2004/10/tail/>> ; Chris ANDERSON, *The Long Tail: Why the Future of Business Is Selling Less of More*, London, Random House Business Books, 2007.

100. Le film *Secret Superstar* raconte comment une écolière indienne se lance sur cette voie et parvient au statut de super-vedette (en ligne : <https://www.youtube.com/watch?v=J_yb8HORges>).

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, car la porte ouverte aux individus l'est autant à de petites entreprises, les indépendantes ou *indies*¹⁰¹, en démarrage, qui réunissent un certain savoir-faire et sont prêtes à faire concurrence aux grandes dans le lancement de musique d'auteurs-compositeurs débutants.

Tous ces développements accroissent 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 exemplaires¹⁰².

L'image d'ensemble qui se dégage de l'étude de Waldfogel est d'une industrie étagée en évolution. L'artiste-compositeur peut se lancer à peu de frais sur l'un des médias publics, comme YouTube, en offrant ses créations 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 bascule alors dans un accélérateur, mais, de nouveau, rien ne garantit le succès. Comme le dit Waldfogel, dans cette industrie « personne ne sait rien » (de ce qui réussit et de ce qui floppe) (*nobody knows anything*)¹⁰³. Si l'aspirant artiste-compositeur 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 soutien, avec une plus haute probabilité de succès. Waldfogel rapporte que Justin Bieber aurait été découvert de cette façon¹⁰⁴.

Tout cela présuppose un droit d'auteur raisonnablement protégé contre le piratage débridé. Waldfogel, dans un autre chapitre,

101. J. WALDFOGEL, préc., note 74, p. 47.

102. *Ibid.*, p. 49.

103. *Ibid.*, p. 3 et 55.

104. *Ibid.*, p. 46. Il relève une percée totalement inattendue de l'album *The Suburbs*, produit par Arcade Fire (p. 55).

rappelle que le piratage – qu’il appelle le gorille de 800 livres¹⁰⁵ – 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 multiplier par quatre les revenus de chaque film. En Inde, par contraste, le piratage des DVD a réduit de moitié les revenus par film à partir du milieu des années 1980. Il en est 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 1990¹⁰⁶. 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.

Retournons à l’industrie de la musique. Le piratage réduit les revenus gagnés avec chaque pièce de musique vendue sur support matériel. Certes, le coût de production pour cette musique a aussi diminué de manière significative, ce qui aide un peu l’industrie. L’industrie de la musique estime dans son intérêt de combattre le piratage par la voie de la justice. En poursuivant non seulement les pirates « commerciaux », mais aussi des consommateurs qui partagent la musique au moyen de sites Web, elle se donne mauvaise réputation auprès de sa clientèle principale. De plus, comme le prédit Lemley, l’industrie – les titulaires du droit d’auteur – perdra ce combat et leur perte consacre le succès de l’innovation¹⁰⁷. Nous retournons à un principe fondateur de l’économie de la propriété : si les clôtures qui vous permettent de vous servir de votre propriété s’écroulent, il vous incombe, à vous au premier chef, d’ériger une autre (sorte de) clôture qui restaurera l’exclusivité de votre usage¹⁰⁸. Dans l’univers de la musique, l’accès aux concerts est plus facile à contrôler que l’accès aux enregistrements de musique. Les plans d’affaires doivent donc être adaptés pour rendre les concerts la source principale de revenu pour la musique, concerts éventuellement accompagnés de séances de dédicace sur leurs lieux, où les consommateurs peuvent rencontrer les artistes et acheter les disques et des accessoires (t-shirts avec

105. *Ibid.*, p. 208.

106. *Ibid.*, p. 212.

107. Mark A. LEMLEY, « IP in a World Without Scarcity », (2015) 90 *New York University Law Review* 460, 499-503.

108. Voir E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et A. PARENT, *Analyse économique du droit*, préc., note 3, chapitre sur la propriété, sous l’intitulé de la définition privée des droits.

l'image de l'artiste, etc.), possiblement signés par les artistes. Une étude parue en 2012 démontre que, si le piratage de musique affecte négativement la vente de disques, il stimule cependant la vente de billets pour le produit complémentaire que sont les concerts, du moins pour les artistes relativement moins connus¹⁰⁹. Une étude plus récente conclut que le *streaming* remplace le piratage pour partie et engendre plus de revenus qu'il n'en déplace par les ventes de disques perdues¹¹⁰.

CONCLUSION

La propriété intellectuelle porte sur des créations – des structures d'information – qui peuvent être utiles ou agréables à de nombreuses personnes, et dont la mise au point est due à un effort ciblé fourni par un créateur ayant des talents particuliers en ce sens. Cette institution doit stimuler la créativité en promettant au créateur un droit lui permettant de chercher récompense de ses efforts, tout en assurant que les idées ainsi trouvées circulent aussi librement que possible. L'équilibrage entre ces deux objectifs est délicat, comme l'a souligné la Cour suprême du Canada dans *Théberge* et dans *CCH*¹¹¹. Dans ce texte, nous avons fait un survol sommaire de ce que les études « empiriques » peuvent nous apprendre sur la mesure où la propriété intellectuelle remplit bien cette mission par comparaison avec d'autres moyens employés pour la poursuivre.

Dans un premier temps, les études de terrain montrent l'extraordinaire étendue et diversité des secteurs où la récompense du créateur semble pouvoir être assurée sans recours à la propriété intellectuelle, la « p.i. sans p.i. ». Ces secteurs comprennent notamment la mode, les logiciels « open source » et d'autres « contenus ouverts » ou régis par des licences « *creative commons* », comme les wikis. Une étude de 2017 a même montré que le développement continu de remèdes contre la grippe, qui présuppose d'importants capitaux

109. Julie H. MORTIMER, Chris NOSKO et Alan SORENSON, « Supply responses to digital distribution: Recorded music and live performances », (2012) 24 *Information Economics and Policy* 3, 4.

110. L. AGUIAR et J. WALDFOGEL, préc., note 93, 306.

111. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 32 ; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, par. 23. L'équilibre a été visualisé graphiquement dans Matthew J. SAG, « Beyond Abstraction, The Law and Economics of Copyright Scope and Doctrinal Efficiency », (2006) 81 *Tulane Law Review* 187, fig. 1 et 3 ; voir Marcel BOYER, « The Economics Fair Use/Dealing: Copyright Protection in a Fair and Efficient Way », (2012) 9-1 *Review of Economic Research on Copyright Issues* 3 ; E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et A. PARENT, *Analyse économique du droit*, préc., note 3, p. 604-607.

et équipements, est réalisé par la formule de la science ouverte. La discussion sur ces observations a fait ressortir la question de la mesure dans laquelle cette ouverture s'appuie néanmoins pour réussir sur l'existence de droits intellectuels (marques) ou de secteurs tablant sur la propriété intellectuelle pour leur rentabilité. Le débat continue.

Parmi les moyens de stimuler expressément l'effort créateur, les prix et les contrats d'approvisionnement notamment se profilent à côté de la propriété intellectuelle. Ces deux instruments présupposent que l'on puisse préciser la créativité recherchée, ce que n'exige pas la propriété intellectuelle. De plus, l'histoire montre que ces deux types d'instruments ont souvent été déployés par l'élite pour l'élite ; la récompense visée par la propriété intellectuelle est plus ouverte, car fonction de l'intérêt de la création perçu par les consommateurs dans le marché. Dans cette comparaison, la propriété intellectuelle ressort comme décentralisée et ouverte quant aux créateurs visés (non élitiste), quant à la création suscitée (pas de prédétermination) et quant à la récompense du créateur (test du marché)¹¹². Elle nécessite cependant une certaine exclusivité réservant l'exploitation de la création au créateur.

Est-ce que la propriété intellectuelle stimule effectivement la créativité ? Là où elle n'existe pas, son institution produit un net effet stimulateur, comme le conclut une étude comparant deux États italiens qui ont institué le droit d'auteur à la fin du XVIII^e siècle avec d'autres qui l'ont omis, se ralliant seulement une trentaine d'années plus tard. Mais cette étude montre également que le renforcement subséquent du droit d'auteur en durée dans tous ces États italiens n'a pas renforcé cet effet stimulateur et a même pu freiner la diffusion des créations et des idées qu'elles incorporent¹¹³.

Pour évaluer si la propriété intellectuelle est bien calibrée dans un système venu à maturité comme le nôtre, on peut se tourner vers deux remarquables compilations d'études touchant le droit d'auteur dans le domaine de la musique depuis un demi-siècle. De 1961 à 1999, les revenus de l'industrie américaine de la musique ont quintuplé (de 4 à 20 milliards en dollars américains constants). Certains prévoient qu'à revenu plus élevé correspond une productivité créatrice accrue. Si cela est juste, on devrait observer que le nombre de nouvelles

112. Cf. P. MOSER, préc., note 2, 255 : « Given the enormous welfare implications of getting the most talented individuals to participate in innovation, economic analyses of these issues are critical. »

113. *Ibid.*, 255.

chansons, de nouveaux albums et de nouveaux artistes devrait augmenter régulièrement au cours de cette période. C'est cependant le contraire qu'on observe, avec un sommet de créativité vers la fin des années 1960 (les Beatles !).

Les avancées des technologies de l'information et des communications ont permis, vers la fin du siècle, aux mélomanes de copier et de partager de la musique avec facilité. L'industrie a attaqué le phénomène en justice comme étant du piratage et a réussi à faire fermer le système Napster, qui en était devenu le symbole à l'époque. Le partage a cependant continué par des moyens souterrains. Il en est résulté une chute dramatique des revenus de l'industrie provenant de la vente de disques. Fin de la créativité musicale ? Pas du tout : il y a eu une hausse spectaculaire des albums mis en circulation sur l'Internet, grâce à la baisse du coût de l'enregistrement et de diffusion. On a vu apparaître les « supervedettes » dont tout le monde voulait écouter les enregistrements. Du côté des créateurs, on a vu le retour sur scène des grands artistes, dont les revenus faciles auparavant auraient pu réduire l'ardeur créatrice. Désormais, les concerts, dont le prix a fortement augmenté, sont la principale source de revenus pour les artistes ; les disques servent de pub pour les concerts. Les technologies ont évolué tout récemment vers la formule de la diffusion en flux (*streaming*) comme principale forme de dissémination de la musique, ce qui résout le problème du piratage de la période antérieure. En observant les choix des mélomanes sur Spotify, qui rend disponibles les enregistrements sur les 60 dernières années, on constate une nette préférence pour la musique depuis le début du siècle, où, pourtant, le droit d'auteur paraît fonctionner en mode amoindri.

L'observation de l'évolution du monde de la musique suggère qu'on a pu pousser trop loin l'étendue et la durée du droit d'auteur et que la créativité supérieure observée depuis le début du siècle dans le domaine de la musique a été le fruit d'un droit d'auteur quelque peu amoindri. Cela ne laisse nullement entendre cependant qu'on pourrait se passer du droit d'auteur. Il faut toutefois surveiller le calibrage. Des études dans le domaine du brevet semblent arriver à des conclusions voisines. Moser affirme que « [p]lus généralement, les droits de propriété intellectuelle semblent avoir été plus avantageux lorsqu'ils étaient limités et de courte durée »¹¹⁴. Il convient d'être sceptique devant toute démarche visant à élargir la portée ou la

114. *Ibid.*, 255 ([traduction de l'auteur] : « More generally intellectual property rights appear to have been most beneficial when they were narrow and short-lived »).

durée des droits intellectuels et insister sur des études montrant qu'il en résulterait plausiblement une augmentation significative de la créativité et sur l'accessibilité publique de données permettant à quiconque d'effectuer de telles études. Et il y a lieu de faire preuve d'une certaine ouverture aux exceptions à l'exclusivité des droits intellectuels, notamment aux fins de la recherche et de l'utilisation équitable.