

Le copyright américain : l'institution et sa représentation

par Pierre-André Mangolte
CEPN-CNRS UMR n° 7115
p.a.mangolte@wanadoo.fr
perso.orange.fr/lepouillou

version 1 - mars 2009

« Chez nous [les habitants du juste], on ne se mouche pas avant d'avoir payé un juste tribut à celui qui a inventé le chanvre, à celui qui en a fait du fil, à celui qui en a fait de la toile, à celui qui a imaginé de s'en essuyer le nez. On ne mange pas de pain avant d'avoir payé un tribut aux inventeurs du blé, de la charrue, du moulin, du four et à tous ceux qui ont perfectionné ces inventions. De même pour le livre, l'auteur ne se permet pas sans autorisation, sans convention, sans contrat, d'emprunter à son prédécesseur une idée, une page, un genre. L'inventeur de la comédie est breveté, l'inventeur de la tragédie est breveté, l'inventeur de l'opéra est breveté, le Français si malin qui créa le vaudeville est breveté. Il n'y a chez nous ni cabinet littéraire, ni bibliothèque publique où la lecture se loue ou se donne, ce qui empêche de vendre le livre... »

(Dupuit, 1861, in Sagot, 2002, p. 88)

Introduction

A l'heure actuelle, le copyright est parfois défini comme étant un « droit de propriété » sur une certaine « propriété intellectuelle ». C'est particulièrement le cas pour les juristes et économistes des *Law & Economics* de l'école de Chicago, lesquels ont construit depuis une vingtaine d'années environ un nouveau discours sur le copyright¹, à partir d'une idée centrale selon laquelle « la loi [et la jurisprudence] essaye[nt] de promouvoir l'efficacité économique » (Landes et Posner, 1987, p. 365); il s'agit évidemment de la loi américaine. Selon cette approche, sans droits de propriété individuels bien définis et exclusifs, il ne peut y avoir d'activité économique efficace et bien organisée; et en matière de copyright, pas de production d'oeuvres en quantité et en qualité suffisante. L'usage partagé de différentes ressources, un principe de domaine public par exemple, est jugé *a priori* négativement, en application du « modèle de la pâture » (Hardin, 1968). Celui-ci est en effet considéré comme applicable ici, et donc appliqué (Landes et Posner, 2002), comme si les oeuvres sous copyright (des « intangibles ») étaient des pièces de terre ou des prés, menacées comme eux par le gaspillage, la surexploitation et le non renouvellement de la ressource.

L'idéal est alors l'établissement, partout, d'un système de droits exclusifs individuels (droits de propriété), la seule limite admise à ce principe de privatisation intégrale étant l'obstacle technique que représente l'existence éventuelle de « coûts de transaction ». Dans cette perspective, le renforcement et l'extension du copyright à d'autres domaines - comme les logiciels par exemple - est par avance non problématique et justifié, ce qui constitue un renversement complet dans l'approche par les économistes de l'institution copyright.

En effet traditionnellement, on analysait plutôt le copyright - comme les *patents*, un dispositif cousin - comme une sorte de monopole temporaire, une entorse donc au principe de concurrence, même si ce monopole était souvent jugé comme « *harmless* », un privilège donc qui

¹ Pour un *survey* de « l'analyse économique des droits de propriété intellectuelle », voir Besen et Raskind (1991), et aussi Gordon (1982), Landes et Posner (1987 et 2002), Watt (2000), Gordon et Watt (2003), pour une application au copyright.

ne pouvait guère faire de mal, et pouvait produire quelque bien². Loin de postuler une cause économique ou une quelconque essence unifiante (la propriété intellectuelle) à l'existence du copyright, les approches traditionnelles (voir Plant, 1934) le posaient comme une institution d'origine purement juridique (ou légale), « *des règles arbitraires issues des législatures* », selon la formule de Macaulay (1841)³. Le dispositif - un parmi d'autres possibles - ayant été mis sur pied essentiellement pour régler un problème de répartition en assurant le paiement des auteurs. La première question discutée est alors l'existence même du dispositif : « *Que se passerait-il si le copyright n'existait pas ?* », une question qui organise tout l'article de Plant de 1934. Il en est de même pour celui de Stephen Breyer (1970), qui cherche à évaluer - exemples historiques à l'appui - les effets d'une éventuelle suppression de cette institution sur l'économie des livres, en distinguant la situation des différents protagonistes : auteurs, éditeurs, etc., et les différents sous-marchés de l'industrie des livres (par catégories d'ouvrages, etc.).

L'approche en termes de droits de propriété intellectuelle représente donc une sorte de rupture, mais réactive aussi des thèmes largement débattus et combattus, à la fin du XVIII^{ème} et au cours du XIX^{ème} siècle, quand les partisans du « copyright perpétuel en *common law* » ou du « copyright international » ou des « majorats littéraires » argumentaient en faveur de la « propriété intellectuelle »⁴. Aujourd'hui d'ailleurs, malgré des bases philosophiques apparemment complètement différentes - les schèmes de la micro-économie néo-classique remplaçant les références au droit naturel - on retrouve ici les mêmes argumentations et les mêmes positions, quasi-inchangées⁵.

La conception juridique moderne du copyright pose pourtant celui-ci comme un ensemble de droits (*bundle of entitlements*) attribués à un auteur individuel et attachés à une œuvre. L'œuvre elle-même est une production intellectuelle conceptualisée de manière abstraite, avec différentes incarnations possibles (œuvres dérivées, etc.). En pratique, le terme « œuvre » peut couvrir à notre époque les choses les plus diverses, des livres aux étiquettes des boîtes de conserve en passant par les films, les pantomimes, les logiciels, les enregistrements musicaux, etc.; et le terme « auteur » lui-même signifie plus facilement une entreprise qu'un être humain. Mais à l'origine, l'institution est essentiellement faite pour une industrie particulière, pour réguler le commerce des livres (et des imprimés). Mais progressivement, un ensemble de transformations complexes, ni linéaires, ni inévitables, au XIX^{ème} et XX^{ème} siècle, ont conduit à l'émergence d'une nouvelle conception et à un changement complet du sens de l'institution. C'est ce que je vais essayer de retracer ici en suivant un plan grossièrement chronologique, et en consacrant la plus grande partie du développement aux évolutions du XIX^{ème} siècle⁶.

L'exposé comprend six points successifs et une conclusion générale, soit : (1) A l'origine, une institution pour la régulation du « *book trade* »; (2) La controverse sur le copyright perpétuel en

2 Selon la formule d'Adam Smith, recopié ensuite rituellement pendant tout le XIX^{ème} siècle (voir Hadfield, 1992). Chez Adam Smith, le monopole dérange la distribution naturelle du stock de la société, et doit donc être condamné, mais certains sont « *harmless* », comme les Compagnies à Charte, les *patents* (*Act of Monopolies*) et les copyrights (*Statute of Anne*). « *Some [monopolies] indeed are harmless enough. [...] These two privileges [for inventors and authors], as they can do not harm and may do some good, are not to be altogether condemned. But there are few so harmless. All monopolies are extremely detrimental* » (Smith, 1978, p. 83).

3 Comme le note Hadfield (1992), Macaulay est typique d'une tradition émergente à cette époque, qui rejette tout droit naturel indépendant de l'utilité commune et base son raisonnement uniquement sur l'économie, avec une analyse comparée « avantages/inconvénients » du copyright. Pour une approche analogue, voir Dupuit (1861).

4 Voir ci-dessous, points II et III, et Sagot-Duvaurox (2002).

5 L'homologie des positions et des schèmes de raisonnement saute aux yeux dans une lecture comparée de Landes et Posner (1987 et 2002) d'un côté et de Bastiat (1847) de l'autre. C'est aussi l'opinion de Hadfield (1992), qui note chez Demsetz et les autres économistes de l'école de Chicago « *un retour des droits naturels* », dont les fondements sont ultimement trouvés dans l'analyse économique plutôt que dans la philosophie du droit naturel elle-même.

6 J'ai utilisé ici essentiellement Oren Bracha (2005), Patterson (1968), Patterson et Lindberg (1991), et un certain nombre de documents originaux : lois, traités sur le copyright (Curtis, 1847; Drone, 1879), etc. Je ne traiterai d'ailleurs que du copyright américain, même si certains des développements qui vont suivre sont sans doute transférables - en partie au moins - au droit d'auteur français ou européen, ou aux autres systèmes de *copyright*.

common law; (3) L'analyse d'Henry Carey (la question du copyright international); (4) L'évolution de la jurisprudence et la construction d'une nouvelle définition de l'œuvre au cours du XIX^{ème} siècle; (5) La loi de 1909 et ses suites; (6) Le statut de 1976 et les évolutions du XX^{ème} siècle; (7) Conclusion.

I. Une institution pour réguler l'édition et le commerce des livres

C'est le statut de la reine Anne (1710), qui est l'origine historique du copyright anglais et américain. Le problème à l'époque était la réforme du système des privilèges d'impression concédés depuis 1556 par le pouvoir royal à la Stationers' Company, la guilde des éditeurs londoniens. Vers 1666, celle-ci justifie le copyright au moyen de deux arguments : (1) L'imprimerie est un moyen de diffuser publiquement et très largement des idées, y compris les plus dissidentes et les plus subversives. L'intérêt public commande donc le contrôle des contenus par la Couronne, ce qui légitime l'existence de la censure et le monopole accordé⁷. (2) Le commerce des livres (*book trade*) est par ailleurs une industrie particulière, soumise à des contraintes spécifiques. L'argumentation se fait alors économique. On met en avant l'importance des coûts fixes initiaux (composition du texte, etc.), et l'incertitude sur les futures recettes commerciales (Hadfield, 1992; Bracha, 2005)⁸.

Les droits d'impression sont alors accordés aux membres de la Stationers' Company (et non aux auteurs), et le copyright est d'abord une régulation interne à l'industrie du livre, avec allocation de droits exclusifs d'édition et impression à certains membres de la guilde, et arbitrage de celle-ci en cas de conflit. Les auteurs se contentent de monnayer – quand ils le peuvent – leurs manuscrits auprès des membres de la guilde. Au cours du XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècle, ils sont cependant progressivement reconnus par les tribunaux anglais (en *common law* donc), comme « propriétaires » (une forme de propriété personnelle) de leurs manuscrits. Mais ils ne peuvent prétendre avoir le moindre droit sur le livre, une fois celui-ci publié. Fin XVII^{ème} siècle, sous l'influence de Milton (1644) et de John Locke (1694) surtout, une campagne pour « *la liberté de parole et d'expression* » et pour la suppression de la censure conduisit le parlement à ne pas renouveler *The licensing Act* qui fondait le monopole des éditeurs et libraires londoniens (ceci, en 1695). Attaquée de toutes parts, la Stationers' Company devait alors brillamment changer d'argumentation et de stratégie en 1707 en abandonnant toute référence à la censure, lui substituant pour défendre le principe du monopole, la protection des auteurs et « *l'encouragement au développement de la connaissance* » (Patterson, 1968, p. 147). Le statut de 1710 modifia alors le système existant sans le supprimer réellement. La logique de contrôle et censure des contenus, principale justification de l'ancien monopole, fut totalement abandonnée; la nouvelle justification du monopole, au nom du *bien public*, étant désormais « *l'encouragement du savoir* ».

Le statut introduisit néanmoins deux innovations :

(1) Le droit d'exclusivité accordé, c'est-à-dire « *la seule liberté d'imprimer et ré-imprimer un livre* » n'était plus désormais rattaché formellement aux membres de la Stationers' Company, mais à l'auteur et à chaque œuvre isolément.

(2) La durée de la protection était par ailleurs limitée (21 années pour les livres existants, 14 après publication pour les livres à venir, une durée renouvelable une fois si l'auteur était encore vivant). Le statut créait donc un « domaine public », faisant qu'un ensemble de textes (livres) ne

7 A l'origine, le but pour la Couronne était bien le contrôle et la censure (via la Chambre Etoilée) du contenu des publications, et les privilèges exclusifs portaient d'ailleurs autant sur des catégories d'œuvres (« dictionnaires » ou « bibles ») que sur des auteurs ou des œuvres spécifiques. La responsabilité de la censure devait par la suite passer au Parlement.

8 Deux arguments économiques sont avancés à l'époque de la Stationers' Company : l'importance des capitaux à engager initialement (coûts fixes) et la grande incertitude en matière de marché pour les premières éditions, une situation qu'on trouve cependant dans d'autres industries. L'argument plus usité aujourd'hui des *public goods* ou du *free-riding* ne surgit que plus tard, au début du XVIII^{ème} semble-t-il (voir Hadfield, 1992).

pourraient plus en principe être soumis à des privilèges exclusifs d'impression ou publication⁹.

Le copyright comme institution avait donc changé de sens. La nouvelle régulation du « *book trade* » reposait désormais sur une relation directe entre l'Etat et tous ses sujets (auteurs) sans la médiation de la guilde comme dans l'ancien système. Mais cela ne devait pas entraîner de grands bouleversements dans l'économie du livre. La démonopolisation formelle ne modifiait pas les rapports de force; et tout restait concentré dans les mains de quelques éditeurs londoniens, une situation qui devait d'ailleurs très largement perdurer en Grande-Bretagne pendant tout le XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècle¹⁰.

Aux Etats-Unis, au moment de la Révolution, quatre idées basiques, partiellement contradictoires et héritées de la législation anglaise, vont organiser l'institution du nouveau copyright fédéral : (1) assurer la rémunération des auteurs, (2) « *promouvoir le progrès de la science [copyright] et des arts utiles [patents]* » selon la clause constitutionnelle (1787) introduite par James Madison ou « *encourager le learning* » selon la loi de 1790, une formule directement reprise du Statut de la reine Anne, (3), organiser et réguler l'édition et le commerce des livres, (4) prévenir la formation de monopoles nuisibles (Patterson, 1968).

La logique générale n'est aucunement la reconnaissance d'un droit individuel, droit d'auteur ou droit de propriété, pré-existant ou non, mais plutôt le moyen d'assurer une rémunération des auteurs – citoyens ou résidents américains – en sécurisant leur position économique vis-à-vis des éditeurs et des libraires. Le privilège temporaire d'impression est d'ailleurs dans son principe subordonné à un objectif plus général de bien commun : le progrès et la dissémination du savoir.

La première loi fédérale de 1790 reprend ainsi les principes du copyright anglais, en définissant celui-ci comme le droit exclusif « *d'imprimer, ré-imprimer, publier et vendre* » des copies (c'est-à-dire des "livres") à l'exclusion de toute autre protection. Les moments décisifs sont alors la première publication et le renouvellement du droit accordé (voir figure 2). La loi reprend d'ailleurs presque mot pour mot le texte du statut de la reine Anne : même titre et même invocation de « *l'encouragement du savoir* » et « *du droit des auteurs* », même champ (« *map, chart, book or books* »), même définition du droit exclusif, mêmes durées et même reconnaissance du domaine public, etc.

Le bénéfice de la protection est réservé aux citoyens et résidents américains, et la section 5 légitime et organise la « piraterie » des œuvres étrangères, pour parler comme les futurs défenseurs du copyright international (Patterson, 1968; Anonyme, 1854). Par ailleurs, la protection est soumise au strict respect d'un certain nombre de formalités : enregistrement, notice, dépôt. Un très grand nombre d'imprimés, d'origine étrangère mais aussi américaine, ne seront ainsi jamais mis sous copyright. Ainsi entre 1790 et 1800, il n'y eut que 800 œuvres enregistrées au copyright sur environ 15 000 publications imprimées. Des catégories entières étaient d'ailleurs exclues : sermons, almanachs, journaux, discours, etc., et leur ré-impression totalement libre. De plus, peu de copyrights étaient renouvelés (Reese, 2007). En bref, au début du XIX^{ème} siècle aux Etats-Unis, l'offre des livres était majoritairement constituée d'œuvres non protégées par copyright; une situation qui devait cependant changer progressivement au cours du siècle, le copyright couvrant une proportion de plus en plus importante d'œuvres américaines.

Les œuvres d'origine étrangère, avec un poids important pour la littérature anglaise (romans essentiellement), restent cependant longtemps exclues du statut fédéral. Mais, alors qu'il n'y avait pas ici d'obligation légale – mais une sorte d'obligation morale cependant¹¹ -, les éditeurs américains

9 Ces durées sont calquées sur celles retenues pour les *patents* (brevets d'invention) du *Statute of Monopolies* (1624).

10 Les auteurs continuèrent donc à céder leur manuscrit et leur nouveau « droit » pour des sommes forfaitaires, et le paiement par royalties ne commença à apparaître qu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, et très progressivement.

11 Acheter à l'auteur son manuscrit (et le droit de publication) relève pour tous à l'époque du *common law* (voir l'analyse de la majorité in *Wheaton v. Peters* (1834)). L'éditeur américain applique alors la même règle aux anglais et à ses propres concitoyens. De plus, passer un accord avec l'auteur ou l'éditeur anglais lui donne souvent un avantage de *first mover*, et un ensemble de règles va émerger dans la profession conduisant au respect mutuel de ce type d'accords d'exclusivité. La concurrence reste cependant ouverte pour les ré-impressions. Selon les historiens, le

dans leur ensemble passaient contrat avec les éditeurs britanniques ou payaient directement les auteurs anglais, assurant à certains d'entre eux des revenus bien supérieurs à ce qu'ils tiraient de leur propre marché intérieur. Cette expérience historique témoigne du fait qu'une économie du livre quasiment hors copyright, et reposant largement sur le domaine public, est possible et viable, un constat important pour les discussions théoriques sur le copyright¹².

Fig 1 : Droits (et règles sociales) dans l'économie des livres au XIX^{ème} siècle aux Etats-Unis

	texte manuscrit (<i>unpublished</i>)	print (<i>published</i>)	reprint	
citoyens ou résidents américains	propriété en <i>common law</i> : vente du manuscrit + droit de (première) publication	si © droit exclusif [14 + 14 ans]		minoritaire progresse au cours du XIX ^{ème} siècle
		si absence de © avantage du 'first mover'	pas de protection concurrence	
étrangers (littérature anglaise dominante)	(assimilé ?)	avantage du 'first mover' + système d'exclusivité (contrats directs) + régulation de la concurrence dans l'industrie	concurrence usages libres	important
domaine public pur (œuvres classiques, ouvrages qui ne peuvent être mis sous ©, © non renouvelés ou échus, etc.)	sans objet	concurrence usages libres	concurrence usages libres	important

II. La controverse sur le « copyright perpétuel en *common law* »

Le statut de la reine Anne n'avait pas réellement modifié les pratiques des éditeurs et libraires londoniens. Les limites introduites (durée limitée du monopole et domaine public) restaient ainsi largement ignorées dans la profession; et le principe du copyright perpétuel persistait. On continuait ainsi à vendre et revendre les droits d'édition des œuvres de William Shakespeare (Bracha, 2005). Pour justifier le maintien de ces pratiques, les éditeurs et libraires londoniens avancèrent, parallèlement aux habituels arguments économiques, un argument juridique selon lequel existait en *common law* un copyright perpétuel, un droit naturel de propriété donc, que le statut de la reine Anne ne pouvait abolir. Le problème fut porté devant les tribunaux à partir de 1769 (Millar v. Taylor), et la validité juridique de ce copyright perpétuel interrogée.

Le conflit portait sur la reproduction d'une œuvre qui, ayant été publiée pour la première fois en 1727, ne pouvait plus prétendre à la protection selon le statut de 1710. Il fut demandé au Banc du Roi : (1) si selon la *common law* la « copie » d'un livre appartenait à son auteur; (2) et dans l'affirmative, si ce droit avait été supprimé par le statut de la reine Anne. Le Banc du Roi répondit

marché américain rapportait alors plus aux auteurs anglais que leur propre marché intérieur (voir Plant (1934) et McGill (2003)).

12 En particulier, chez les économistes; pour une discussion détaillée, voir Plant (1934), Hurt et Schuchman (1966) et Stephen Breyer (1970).

qu'il existait bien un droit d'auteur perpétuel en *common law* et que l'Acte de 1710 ne l'avait pas fait disparaître. Mais cinq ans plus tard, en 1774, l'affaire rebondit (Donaldson v. Becket), et la Chambre des Lords devait finalement décider (à une voix de majorité !) que, même s'il existait un copyright perpétuel en *common law* pour les œuvres non publiées, ce droit disparaissait avec la publication; ou, dans la mesure où il existait avant 1710, ce droit avait été aboli par le nouveau statut. Cette décision confortait le principe du domaine public¹³.

La même question juridique devait être tranchée de la même manière par la Cour Suprême des Etats-Unis en 1834 dans l'affaire Wheaton v. Peters, un litige qui opposait deux rapporteurs officiels de la Cour Suprême. Le livre en question était une compilation des opinions de la Cour, utilisant un recueil réalisé et édité antérieurement par Henry Wheaton, mais dont le copyright selon la loi fédérale de 1790 était expiré. La Cour décida alors à la majorité (4 pour, 2 contre) que même si le copyright perpétuel avait existé en Angleterre en *common law*, il n'était pas passé dans la *common law* de Pennsylvanie, lieu de publication du livre incriminé. De plus, la loi fédérale de 1790 était suffisamment claire pour exclure l'existence d'un tel droit, au moins pour les œuvres publiées. La Cour fit aussi référence, en l'absence de précédent aux Etats-Unis, à la jurisprudence anglaise¹⁴.

A la fin du XVIII^{ème} et au début du XIX^{ème} siècle, le copyright n'est en pratique en Angleterre comme aux Etats-Unis qu'un droit exclusif d'impression et ré-impression d'un livre, et la protection accordée, par la loi et les tribunaux, se limite à l'interdiction des copies *verbatim*, autrement dit une ré-impression du texte à l'identique. Le copyright n'est donc pas destiné à protéger une « œuvre » ou une « propriété intellectuelle », dans le sens bien plus tardif que ces termes finir par acquérir à la fin du XIX^{ème} siècle et au cours du XX^{ème} siècle. Les arguments échangés par les partisans et les adversaires du copyright perpétuel représentent cependant la première tentative de construction d'un concept juridique de « propriété intellectuelle », portant sur un objet intangible, « l'œuvre »¹⁵.

En Angleterre, les défenseurs du copyright perpétuel rattachèrent en effet celui-ci à la propriété, en définissant cette notion au moyen d'un modèle général abstrait, unitaire et hypothétique, qu'ils construisirent à partir des écrits des philosophes du droit naturel du siècle précédent, Grotius, Puffendorf et John Locke. Le copyright devenait ainsi un droit imposé par la raison et la loi naturelle, pré-existant à tout ordre politique, un droit qu'aucun statut ne pouvait légitimement abolir. Les opposants niaient eux que le copyright puisse rentrer dans ce modèle général abstrait, sans cependant remettre en cause la validité de celui-ci. Les deux parties contribuèrent ainsi paradoxalement à construire dans la pensée juridique ce modèle unitaire qui, selon les historiens, n'existait pas réellement à l'époque en *common law*, le terme propriété évoquant plutôt un ensemble de droits variés et spécifiques (*entitlements*), sans impliquer pour autant une quelconque essence commune unifiante (Bracha, 2005).

Les partisans du copyright perpétuel construisirent ce modèle de la propriété à partir de son origine « *l'invention et le travail* », car « *chacun doit pouvoir jouir du résultat de son travail, de la récolte qu'il a semée, ou des fruits de l'arbre qu'il a planté* » (Blackstone). L'étape suivante consistait à mettre sur le même plan le travail intellectuel et ses produits et le travail physique et ses produits. Qu'il s'agisse du « *travail du corps ou du travail de l'esprit* », la légitimité est la même,

13 Le statut de la reine Anne était donc tout à la fois « *constitutif du droit accordé et donnant l'exacte mesure des prérogatives reconnues aux artistes et écrivains* » (Françon, 1955)

14 Dans Wheaton v. Peters (1834), note Bracha (2005), les juristes américains (Paine et Ingersoll) devaient rejouer la pièce anglaise, réexaminant le problème dans les mêmes termes, avec la même référence à la propriété comme domaine absolu et permanent, un concept pourtant déjà largement mis à mal par la jurisprudence américaine, qui n'hésitait pas depuis le début du siècle à remettre en cause les concepts hérités de l'Angleterre et ses traditions féodales (*gentry*), pour subordonner la propriété et les droits des propriétaires (en particulier terriens) aux impératifs de la croissance économique (Horwitz, 1973).

15 C'est la première querelle sur la « propriété littéraire », et d'une certaine manière l'origine de toutes les autres, la matrice de tout un ensemble d'arguments qu'on continue à s'échanger, alors même que l'institution a manifestement complètement changé de sens aujourd'hui.

affirmait Blackstone, dans ses *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769)¹⁶. Les produits du travail peuvent être cependant bien différents, tangibles ou intangibles, saisissables ou non, objectaient alors les adversaires du copyright perpétuel. Pour qu'il y ait propriété, le travail ne suffit pas, il faut aussi la possibilité d'une possession exclusive. Les juristes s'affrontèrent alors pour définir l'objet même de cette « propriété intellectuelle », afin d'en établir clairement les limites et de rattacher précisément cet objet au producteur, l'auteur.

Dans le statut de la reine Anne, la seule propriété reconnue était le droit d'impression et réimpression du livre. Mais rattacher le copyright à un modèle général de la propriété exigeait une notion bien plus large de la propriété (et de la possession). On vit alors apparaître l'idée, chez les partisans du copyright perpétuel, selon laquelle l'objet de la propriété était une sorte d'entité intangible séparée et indépendante même de l'objet physique « livre », quelque chose de distinct de « *la succession des caractères* » qui définit le texte (ou le manuscrit). Les solutions proposées étaient multiples : « *les profits tirés de la vente des livres* », « *les produits de l'esprit* », « *les idées et les sentiments* », autant d'arguments avancés par Blackstone. Ces définitions prêtaient cependant le flan à l'accusation de monopole et s'écartaient un peu trop de la pratique des tribunaux, lesquels ne concevaient à l'époque le copyright que comme une protection contre les copies *verbatim*. Paradoxalement alors, ce sont les partisans du copyright perpétuel qui insistent le plus sur les limites étroites de la protection, car leurs adversaires, s'appuyant sur l'hostilité traditionnelle à l'égard des monopoles, élaborent eux une critique du coût social du copyright, fondée sur une conception de la connaissance conçue comme cumulative et interdépendante. Les monopoles en matière d'idées sont destructeurs du savoir. Ils bloquent la diffusion des connaissances dans le public. Ils en interdisent l'utilisation par d'autres pour créer de nouvelles productions,... (Bracha, 2005, p. 226)¹⁷.

Pour contrer de telles attaques, les partisans du copyright perpétuel en *common law* sont obligés de rappeler que les idées, les connaissances et les sentiments contenus dans un livre restent totalement libres en matière d'usage, et que le copyright ne porte que sur les copies du livre, se repliant alors sur la définition traditionnelle du copyright comme droit exclusif d'impression d'un texte. Mais cela rentre en contradiction avec leur propre discours sur la propriété de l'œuvre intellectuelle, car si ce n'est pas « l'idée » qui est l'objet de la propriété, quel peut bien être cet objet ? Ces difficultés poussent certains à reformuler le concept de « l'œuvre » d'une manière qui préfigure la dichotomie moderne « l'idée et l'expression ». La formulation la plus lucide sans doute, et la plus reprise par la suite, est celle de Blackstone, dans ces *Commentaires* (1765-1769), opposant alors le « corps et l'habit ».

« *L'identité d'une composition littéraire consiste entièrement dans les sentiments et le langage; les mêmes conceptions habillées par les mêmes mots doivent nécessairement être la même composition, et quelque soit la méthode utilisée pour véhiculer cette composition jusqu'aux oreilles ou jusqu'aux yeux des autres, par une récitation, par l'écrit, ou par l'impression en un certain nombre de copies ou à n'importe quelle période du temps, il s'agit toujours de la même œuvre de l'auteur qui est ainsi véhiculée* ».

Les adversaires du copyright perpétuel récusaient cependant toute cette construction théorique en liant le concept général de propriété à la possibilité d'une possession exclusive, impliquant donc l'existence d'objets physiquement séparés et identifiables¹⁸. Dans cette perspective,

16 « *The great principle on which the author's right rests, is, that it is the fruit or production of his own labour, and that labour, by the faculties of the mind establish a right of property as well as the faculties of the body.* » (Thompson, dans son point de vue dissident sur *Wheaton v. Peters*, 1834). Cette stratégie qui met sur le même plan les produits intangibles du travail intellectuel et les produits physiques du travail du corps avait été introduit par William Warburton dans son pamphlet sur la propriété littéraire dès 1734 (Bracha, 2005).

17 « *Science and learning are in their nature publici juris and they ought to be as free and general as air and water.* » (Lord Camden in *Donaldson v. Becket*, 1774).

18 « *The air, the light, the sun are of value inestimable: but who can claim a property in them? Mere value does not constitute property. Property must be somewhat exclusive of the claim of another* » (Yates in *Donaldson v. Becket*,

des objets intangibles comme « les idées » ou les « sentiments » ne peuvent être des objets de propriété; l'absence de démarcation physique entre les idées elles-mêmes, et le manque de connections pré-existantes dans le monde réel entre le propriétaire et l'objet de la propriété rendant inconsistant le concept même d'une propriété sur les idées en *common law*. Il ne s'agit pas alors, pour cette approche physicaliste de la propriété, de nier que la loi peut créer de toute pièce une telle démarcation. Il s'agit plutôt de refuser à cette création tout rapport avec le droit naturel (ou *common law* ici), conçu comme un ensemble de droits individuels pré-politiques, définis par la raison et non par les lois de la société humaine. Les idées ne peuvent être propriété exclusive, puisqu'il devient impossible, une fois publiées, d'empêcher les autres de les utiliser. Et ce n'est évidemment pas la capacité ou la difficulté éventuelle à exclure les autres (le coût d'imposition d'une telle exclusion par exemple) qui pose problème, mais le fait que cette exclusion n'existe pas d'elle-même, mais est en quelque sorte introduite après coup, et artificiellement.

En 1834 aux Etats-Unis (*Wheaton v. Peters*), cette thèse devait être reprise par la majorité. Pour celle-ci, il était certain qu'un droit de propriété sur les manuscrits existait bien en *common law*, et que ce droit appartenait à l'auteur. Tout ce qu'il produit avec son esprit et son travail, tout ce qu'il dépose dans des manuscrits lui appartient. Mais ce droit est perdu dès la première publication. La propriété exclusive et perpétuelle n'existe pas (ou plus) à partir du moment où le texte est publié, car celui-ci appartient directement et naturellement au public. Le Congrès n'avait donc pas réglé un droit (de propriété) pré-existant, mais créé de toute pièce un autre droit (artificiel) en faveur de l'auteur, en reprivatisant en quelque sorte temporairement un élément appartenant déjà (et naturellement) au domaine public¹⁹.

Cette analyse faisait de la publication le moment décisif, celui où le texte manuscrit qui relève de la sphère privée quitte celle-ci pour entrer dans la sphère publique, les droits individuels laissant alors place à la demande sociale. La transformation du manuscrit en un texte imprimé est alors une forme de contribution – plus ou moins désintéressée – à la culture et au savoir, comme « *l'exercice d'une vertu civique* » selon l'idéologie républicaine de l'époque (McGill, 1997). La revendication d'un droit de contrôle perpétuel sur les textes imprimés était en effet parfaitement inacceptable pour une culture qui regardait la libre circulation et la libre disponibilité des textes comme le garant de sa liberté²⁰.

Dans le cas de *Wheaton v. Peters* (1834), la contradiction était d'ailleurs portée au maximum, puisque le droit perpétuel revendiqué portait sur un recueil de décisions et d'opinions de la Cour

1774). « *The notions of personal property of the common law, which is founded on natural law, depend materially on possession, and that of an adverse character; exclusive in its nature and pretensions. Throw it out for public use, and how can you limit or define the use? How can you attach possession to it at all, except of a subtle and imaginative character ?* » (Ingersoll in *Wheaton v. Peters*, 1834).

19 Même analyse, et continuité, dans une décision plus récente de la Cour Suprême : « *By the common law, the author of a writing possesses the sole and exclusive right to publish it, but upon and after the first publication the writing may be published by anyone including the author, since the writing has gone into the public domain....The copyright statute extends the author's sole and exclusive right in accordance with its terms and provisions...In other words, it reserves the writing from the public domain for the effective period of the copyright. What we have just said is what is meant by courts when they say: When the copyright comes in, the common law right goes out* » (*Warner Bros. Pictures v. Columbia Broadcasting System*, 1954).

20 Le premier amendement à la Constitution américaine interdit au Congrès de faire aucune loi abrogeant la liberté de parole ou la liberté de la presse; et les droits exclusifs sur les écrits accordés par le Congrès (au titre du copyright), ne peuvent déroger à ce principe. Aussi, quand la loi du copyright entre en contradiction avec le « *free speech* », c'est bien celui-ci qui doit l'emporter (Denicola, 1979). Or, dans la tradition américaine, le premier amendement ne signifie pas simplement absence de persécution pour ceux qui prennent la parole ou publie (la liberté d'expression donc), mais plus fondamentalement droit à recevoir librement de l'information, afin de pouvoir faire ses propres choix en matière politique, religieuse, etc. Il s'agit donc d'un droit à recevoir librement de l'information et à accéder à toutes les ressources permettant un débat pluraliste, un droit qui rentre directement en contradiction avec toute forme de contrôle exclusif de ses ressources, y compris par copyright. Comme devait le rappeler encore en 1969 la Cour Suprême (*RedLion Broadcasting*, 1969), le *free speech* est un moyen de conserver « *une circulation et un échange sans entraves des idées, grâce auxquelles la vérité finira ultimement par prévaloir* » (cité par Denicola, 1979).

Suprême, des écrits qui pour la culture de l'époque appartenaient d'emblée à la sphère publique, et devait de plus, de manière assez évidente, être disséminés très largement, afin d'établir et renforcer les fondements même de l'ordre judiciaire fédéral. Un des défenseurs du copyright perpétuel en *common law*, Paine, avait cependant avancé que ces textes, comme tout autre texte, appartenaient d'abord à leurs auteurs. Mais la Cour devait rejeter cette opinion à l'unanimité, en décidant que les décisions juridiques et les opinions des juges ne pouvaient être mises sous copyright. Elle retirait par là-même tout droit d'auteur au juge dans ses fonctions; les notes et commentaires ajoutés par lui ou l'éditeur du recueil pouvant cependant bénéficier de la protection accordée par la loi²¹. La Cour Suprême interdisait ainsi tout contrôle public ou privé de ces textes, les mettant d'emblée dans le domaine public, compte tenu de leur nature particulière²².

Contre Paine, Ingersoll va poser l'absence de toute possibilité de contrôle des textes (et des idées) comme un idéal, et la condition même de la culture et de la liberté, une conception en phase avec l'idéologie républicaine²³. Le « domaine public » est alors défini comme le « domaine du public », celui-ci étant une sorte d'agent collectif différent des individus, et ce domaine s'opposant au domaine d'exercice de la souveraineté du gouvernement, comme aux domaines privés de la propriété exclusive des individus. Ce domaine du public doit donc être protégé d'un double danger, le contrôle privé par copyright et la tyrannie de l'Etat. Dans cette sphère publique, les matériaux intellectuels doivent rester libres comme l'air, pour pouvoir être diffusés et disséminés dans le public le plus large.

III. Le copyright international, et l'analyse d'Henry Charles Carey

La défaite des partisans du copyright perpétuel ne signifia pas cependant la disparition de leurs thèses et de leur influence, bien au contraire. Le débat sur l'existence d'une propriété littéraire devait continuer, divisant profondément les juristes aux Etats-Unis comme en Europe. Dans *Wheaton v. Peters*, les adversaires et partisans du copyright perpétuel en *common law* partageaient la même conception de la propriété, conçue comme un droit individuel pré-politique, un domaine de jouissance exclusive, arraché de manière permanente à la communauté des biens²⁴. La divergence portait alors sur la possibilité/impossibilité d'appliquer ce modèle aux œuvres intangibles; et ce débat théorique, de principe, devait perdurer et se reproduire, en se déplaçant sur la question du copyright international.

Les Etats-Unis vont rester en effet à l'écart de mouvement en faveur du copyright international, alors qu'en Europe, une reconnaissance mutuelle des « droits des auteurs étrangers » se mettait progressivement en place, pour aboutir finalement à la Convention de Berne de 1887²⁵.

21 On avait ici une rupture avec la tradition anglaise, laquelle autorise le contrôle par la Couronne de certaines publications au nom du bien commun (copyright de la Couronne, etc.), et une approche différente de la distinction public / privé qui, aux Etats-Unis depuis le début du XIX^{ème} siècle, jouait un rôle de plus en plus important dans les argumentations juridiques (Horwitz, 1982), une distinction absente du copyright, présenté traditionnellement comme un droit privé mis au service de l'intérêt public (le *learning*).

22 En parfaite continuité avec cette décision de la Cour Suprême de 1834, le Congrès devait plus tard énoncer explicitement le principe selon lequel « aucune publication gouvernementale ne pouvait être mises sous copyright » (*Printing Law* de 1895).

23 Parlant des textes juridiques, Ingersoll explique « *the entrance to the great temple itself, and the highway that leads to it, cannot be shut without tyranny and oppression. It is not in the power of any department of government to obstruct it* ». Et plus loin « *[to] fetter or restrain their dissemination, must be to counteract this policy. To limit, or even to regulate it, would, in fact, produce the same effect. Nothing can be done, consistently with our free institutions, except to encourage and promote it* » (Ingersoll, in *Wheaton v. Peters*, 1834).

24 « *An exclusive title, which embraces the right to use and the right to exclude all others both from use and possession, and the right to transmit both use and possession to others, constitutes property, in the sense in which all mankind are agreed, implying the total separation of the object itself from a community of goods* » (Curtis, 1847, p. 5).

25 Le Danemark est le premier pays à étendre son droit d'auteur au niveau international (en 1828), suivi par la Prusse (1836), l'Angleterre (1837), la France sous Napoléon III (1852). En 1854, un accord avec la France met fin à la

Dès 1836 pourtant, une minorité active, relayant les plaintes et accusations des auteurs et éditeurs anglais contre la « piraterie » américaine, bombardait avec constance le Congrès et la Présidence de pétitions et propositions pour obtenir un changement de la loi. En vain, le Congrès refusait obstinément, et il fallut attendre 1891 (le *Chace Act*) pour que les Etats-Unis étendent leur copyright aux auteurs étrangers, à condition que les textes soient imprimés sur le territoire américain (*manufacturing clause*)²⁶.

Le principal argument des partisans du copyright international était une exigence de « justice », c'est-à-dire le droit naturel et la propriété littéraire. Ne pas accorder le copyright aux anglais était profondément injuste. C'était du vol, de la piraterie, une atteinte au caractère sacré de la propriété littéraire, qui, comme tout autre propriété, doit être protégée par la loi. Ils avancèrent aussi un argument secondaire selon lequel l'absence de copyright pour les anglais constituait une forme de concurrence déloyale empêchant la formation d'une littérature américaine distincte. Leurs opposants soulignaient à l'inverse le danger de ce copyright international pour l'économie des livres et l'édition américaine, celle-ci reposant en effet très largement à cette époque sur l'accès libre aux productions anglaises. Un tiers environ des livres édités aux Etats-Unis de 1851 à 1853 étaient ainsi des ouvrages anglais, anciens ou nouveaux, avec une forte proportion encore sous copyright en Angleterre (Clark, 1960).

Un des adversaires du copyright international était l'économiste Henry Charles Carey, issu lui-même d'une grande famille d'éditeurs de Philadelphie. Dans ses *Letters on International Copyright* (1853), il oppose la voie américaine au modèle de développement du capitalisme britannique. La centralisation systématique des activités et de la richesse à Londres, les salaires faibles généralisés (*cheap labor*), l'analphabétisme et l'ignorance, la forte hiérarchie sociale accompagnée de monopoles, tous ces éléments donnent selon lui « *la mise en esclavage du corps et de l'esprit* », et un marché très étroit pour l'édition, avec des prix élevés, des tirages faibles et une grande inégalité de revenus et de situations entre les auteurs. En contraste, le mode de développement américain repose, selon Carey, sur la décentralisation et une démocratie locale qui accorde beaucoup d'importance à l'éducation, aux écoles, aux lycées, aux universités,... et à la presse. Tiré par la demande, le marché américain du livre est alors plus important et plus dynamique que celui de la Grande-Bretagne, avec de gros tirages et des livres bon marché. Les livres sont ainsi en moyenne trois fois moins cher aux Etats-Unis qu'en Grande-Bretagne²⁷. Tous ces éléments sont jugés favorables à la liberté et à l'accès de tous à l'éducation, un élément fondamental pour la démocratie américaine dans sa forme républicaine (*self-government*), qui risque évidemment d'être remis en cause en cas d'accord sur le copyright international...

Le conflit sur la question du copyright international présentait pour les américains deux aspects. C'était d'abord un simple débat de politique économique. Mais cette discussion prolongeait aussi *Wheaton v. Peters* (1834) et la controverse qui, aux Etats-Unis comme en Europe, opposaient les partisans de la propriété littéraire comme droit naturel à ceux qui prônaient une approche du copyright comme statut, dont Carey. De manière très significative, la réponse à ses *Letters on International Copyright*, parue dès 1854 dans *The American Law Register*, déplore la « *regrettable décision* » de la Cour Suprême, jugeant que celle-ci « *suscite peu d'adhésion* » parmi les juristes, et formule le souhait que « *des vues plus libérales et plus éclairées* » (sic) surgissent du côté des

« piraterie » belge et à cette époque, ne restent à l'écart du copyright international que la Russie, l'empire Ottoman et les Etats-Unis d'Amérique (Clark, 1960).

26 Jusqu'en 1870 environ, les éditeurs américains sont contre le copyright international et font pression sur le Congrès pour faire échouer tout projet en ce sens. Après cette date, la concurrence sauvage des *cheap books* conduit certains d'entre eux à penser qu'étendre la protection du copyright aux auteurs étrangers pourrait assainir le marché. Mais les éditeurs anglais ne veulent pas de la « *manufacturing clause* », une clause jugée vitale par l'édition et le public américain, ce qui fera traîner encore les choses (voir Clark, 1960).

27 Voir les données réunies par Carey (1853), ou Plant (1934, p. 134). La différence des prix était d'ailleurs telle que le Conseil des Indes décida, pour faciliter la diffusion de la langue et de la culture anglaise dans ce pays, d'équiper les écoles et les bibliothèques en ouvrages britanniques achetés très largement aux Etats-Unis.

tribunaux anglais afin de reconnaître enfin l'existence d'un copyright en *common law* (Anonyme, 1854). Pour resituer les choses historiquement, il faut rappeler que Macaulay avait déjà prononcé son célèbre discours devant la Chambre des Communes (1841), où il posait le copyright comme un simple statut, un dispositif purement légal et arbitraire, un produit de l'activité des Parlements, à accepter ou rejeter en fonction de ses conséquences (excluant donc toute approche en terme de droit naturel pré-politique). Pour Macaulay, le copyright présentait un avantage, celui de permettre la rémunération des auteurs, en évitant le système antérieur du patronage, « *un système fatal pour l'intégrité et l'indépendance des hommes de lettres* ». Il présentait aussi un inconvénient, celui d'être un monopole, avec les mêmes défauts que les autres monopoles : prix élevés et raréfaction de l'offre²⁸. « *C'est une taxe sur les lecteurs dans le but de donner une récompense [bounty] aux écrivains* » (Macaulay, 1841). Il fallait donc peser ici les avantages et les inconvénients, et limiter le droit exclusif – en particulier la durée et le transfert aux héritiers – en fonction du « *bien public* » ou de « *l'utilité* » commune. En France, Renouard avait déjà écrit son ouvrage sur les « *droits d'auteur* » (1838), et publié aux Etats-Unis même dans *l'American Jurist* (1840) un article où il rejetait la notion de propriété littéraire, tout en défendant le droit des auteurs à obtenir une juste récompense²⁹.

Exposons maintenant l'analyse du copyright avancé par Henry Carey. Il pose directement la question en termes de rapports entre trois catégories d'acteurs : (1) les auteurs titulaires de copyright, (2) les auteurs comme créateurs, et (3) le public, c'est-à-dire les simples « *consommateurs d'idées et de faits* ». On peut remarquer que cette présentation s'oppose frontalement à l'approche (des juristes) en terme de propriété, où le seul rapport pris en compte est celui d'un l'individu (auteur-propriétaire) avec son œuvre. Pour Carey, le copyright est un monopole (ou privilège) au bénéfice de la première catégorie et au détriment du public et des autres auteurs-créateurs (catégories 3 et 2). Le problème n'est pas simplement un problème de prix – comme chez Macaulay - et d'augmentation éventuelle des prix en cas d'accord sur le copyright international, ce qui priverait le peuple américain d'une littérature bon marché. C'est aussi un problème de justice, mais pas la justice apparente de la revendication des auteurs anglais, lesquels, note Carey, nous traitent volontiers de voleurs ou de pirates.

Carey reprend alors la métaphore du « *corps et de l'esprit* », introduite par Blackstone, pour la retourner contre les partisans de la propriété littéraire (individuelle), en présentant une toute autre approche du problème, où le stock collectif et commun des connaissances, des faits et des idées, joue le rôle principal. « *Les idées et les faits contenus dans un livre constituent son corps. Le langage au moyen duquel ils sont apportés au lecteur constitue les habits de ce corps. Pour le corps [ce stock collectif et commun de connaissances], aucun copyright n'est reconnu* » (Carey, 1853). Cette reprise directe de Blackstone est aussi un subtil détournement, car la distinction de Blackstone, reprise ensuite par tous les partisans de la propriété littéraire, était là pour fonder l'idée d'un objet de la propriété qui ne soit pas simplement réductible au livre (ou au texte), ce qui n'est pas du tout l'intention de Carey ! Le copyright n'est pas fait pour le corps, il est simplement fait pour les habits qui revêtent les faits et les idées. « *[Mais], les faits et les idées sont propriété commune, et le public, comme propriétaire, a le droit de les utiliser comme il le veut* ». Ici surgit la figure de la dette sociale, puisque l'auteur est toujours redevable du corps de son livre à la propriété commune, à ce stock de connaissances, de collections de faits, et d'idées produits par d'autres. « *C'est grâce aux contributions de vos prédécesseurs à ce stock commun que vous êtes débiteurs du pouvoir de faire*

28 En posant le copyright comme un « *monopole néfaste (evil), comme tous les autres monopoles* », Macaulay rompt avec la présentation courante du copyright comme mettant automatiquement l'intérêt individuel au service du « *bien commun* » (*learning*), ou comme un simple monopole *harmless*, une doctrine partagée à l'époque par la plupart des économistes. Pour une critique analogue à celle de Macaulay, voir Dupuit (1861).

29 Carey ne dévoile pas ses sources, et ne donne aucune référence. Son analyse apparaît clairement cependant en phase, voire en continuité, avec *Wheaton v. Peters* (1834) et Macaulay (1841) et Renouard (1838), avec le copyright comme statut, comme réglant un conflit de répartition et d'usages, et une théorie de la dette sociale comme chez Renouard (mais inversée chez Carey).

un livre »; et, à votre tour, vous devez contribuer à l'augmentation de ce stock. Il est d'ailleurs impossible et contreproductif, nous dit Carey un peu plus loin, de privatiser les idées et les connaissances. Leur évolution est lente et incrémentale, par étapes imperceptibles, et la monopolisation d'un élément conduirait au blocage de leur diffusion, empêchant alors tout progrès ultérieur.

D'un côté, argumente Carey, il y a les producteurs de faits, de connaissances ou d'idées, des savants souvent assez mal récompensés d'ailleurs, de l'autre le public. Entre les deux, il y a des intermédiaires (*middlemen*), les auteurs qui taillent les habits, en arrangeant et combinant les faits et les idées. Pour que ces intermédiaires soient rémunérés pour le service qu'ils rendent, il faut que le législateur intervienne, car en *common law*, ni le corps, ni l'habit ne sont sous copyright. Il ne faut cependant rien faire qui prive le public de l'accès à la connaissance, et rien qui limite la dissémination de celle-ci. L'inconvénient majeur du copyright n'est donc pas dans le prix à payer (quelques cents à l'auteur), mais dans le moyen retenu pour la collecte, car il s'agit d'un monopole. Si un système de licence pouvait exister ici, comme cela existe en France pour les pièces de théâtre, remarque-t-il, une partie de la difficulté disparaîtrait, car tous ceux qui payent pourraient imprimer et diffuser la connaissance. Les auteurs seraient payés et tous les éléments liés au monopole disparaîtraient.

Cette analyse du copyright est, suivant la tradition, centrée sur les livres et les copies *verbatim*, une approche un peu archaïque et déjà en partie dépassée à l'époque aux Etats-Unis dans les doctrines jurisprudentielles (voir point suivant³⁰). C'est aussi une critique frontale de l'approche propriétaire et individualiste, et l'embryon d'une analyse globale de l'économie des connaissances (et des livres), une analyse qui s'intéresse à la production et la diffusion des livres (les habits portant les connaissances) à partir d'éléments (des matières premières produites par d'autres) conservés en stock et en propriété commune, lesquels sont ré-arrangés, transformés, améliorés, privatisés temporairement comme habits, pour être remis finalement dans ce stock en propriété commune. Carey pose ainsi directement la question de cette production et du copyright comme situés dans des rapports collectifs, où les places de chacun sont différentes, les intérêts contradictoires et divergents, ce qui réactive la question du « monopole », et conduira plus tard aux analyses utilitaristes en terme de balance ou de compromis social. C'est, semble-t-il, un des premiers économistes à faire cela systématiquement; il ouvre ainsi la voie aux analyses comparatives, conséquentialistes et critiques de l'institution du copyright, comme celle de Plant (1934) ou de Breyer (1970).

IV. Construction d'une nouvelle définition du copyright dans la jurisprudence

En 1847, George Ticknor Curtis devait publier le premier traité américain sur le copyright. Dans son introduction, il défend une conception du copyright comme droit de propriété naturel, avec un objet de la propriété défini en termes (assez restrictifs) de « *combinaison concrète de caractères* » (le texte du livre donc). Les chapitres suivants introduisent cependant un concept bien plus large, bien plus abstrait et bien plus instable de l'œuvre intellectuelle. Cette tension entre deux définitions opposées est caractéristique, note Bracha (2005), de la pensée juridique du XIX^{ème} siècle sur le copyright, avec un balancement continu entre une approche traditionnelle de l'institution comme simple droit d'impression d'un texte particulier et l'évolution en cours des jurisprudences, qui dès le début du siècle va commencer à construire une nouvelle doctrine, avec une définition plus large de l'œuvre, centrée sur sa valeur marchande³¹.

30 Carey défend d'ailleurs cette approche restrictive en approuvant la décision, encore toute fraîche au moment où il écrit, du juge Grier (dans *Stowe v. Thomas*); voir plus loin.

31 Ainsi Curtis, dans son traité de 1847, commence sa discussion de la contrefaçon avec un thème familier : la nécessaire balance entre les droits privés de l'auteur et les intérêts du public et de la connaissance, qui impose « *une liberté raisonnable d'usage de toute la littérature antérieure* », une analyse en parfaite continuité avec la (vienne) tradition anglaise. Mais, un paragraphe plus loin, il prône un droit d'auteur qui ne soit pas construit sur la notion de réimpression, mais plutôt sur la valeur marchande ou les profits tirés de l'œuvre, sous n'importe quelle forme :

Dans l'approche traditionnelle de l'Angleterre du XVIII^{ème} siècle, comme dans la loi américaine de 1790, la protection se limite aux copies *verbatim* ou aux variantes frauduleuses (*colourable*) d'un texte original. La définition des infractions était particulièrement étroite et les droits d'usage du livre, avec la possibilité de produire des œuvres dérivées, particulièrement étendus. Ainsi, les traductions, les éditions abrégées (*abridgment*), les éditions améliorées par des notes ou des commentaires, les réécritures ou les imitations *bona fide* n'étaient pas considérées comme des infractions au copyright³².

Il en était de même pour les traductions. Pour les tribunaux anglais, il s'agissait d'une œuvre nouvelle et, en aucun cas, d'une infraction au copyright. La question fut posée pour la première fois à un tribunal américain en 1853 avec l'affaire *Stowe v. Thomas*. Conformément à la tradition, le juge Grier trancha qu'il n'y avait pas infraction, une traduction en allemand du roman *La case de l'oncle Tom* constituant dans son opinion une œuvre nouvelle, indépendante de l'œuvre originale. « *La revendication de propriété littéraire... ne peut porter sur les idées, sentiments ou créations de l'imagination du poète ou du romancier... mais seulement sur la forme concrète qu'il leur a donné, et sur le langage dont il les a habillés. [Et la] seule propriété [que l'auteur possède] est le droit exclusif de multiplier les copies d'une combinaison particulière de caractères...* » (Grier, 1853).

Cette conception traditionnelle et limitée des « copies » et du copyright était cependant déjà fortement contestée aux Etats-Unis³³. Ainsi quatre années auparavant, Curtis critiquait déjà la jurisprudence anglaise en avançant dans son manuel qu'une traduction non autorisée par l'auteur devait être considérée comme une infraction au copyright. « *La propriété d'un auteur original contient quelque chose de plus que les mots avec lesquels ses sentiments sont véhiculés. Elle inclut les idées et les sentiments eux-mêmes, le plan de l'œuvre, et la manière de traiter et présenter le sujet. [... Et] le nouveau langage dont sa composition est revêtue par une traduction fournit seulement un nouveau moyen de communiquer ce sur quoi il a un droit exclusif de propriété* » (Curtis, 1847). Les tribunaux américains avaient par ailleurs commencé à remettre en cause les jurisprudences anglaises et à étendre le champ de la protection. La doctrine qui fut développée par des juges comme Joseph Story, particulièrement actif et important dans ce domaine, se centra sur la valeur marchande de l'œuvre littéraire, une conception résumée ainsi par Curtis : « *...à l'auteur appartient le droit exclusif de tirer tous les profits de la publication que son livre peut, sous n'importe quelle forme, produire* » (Curtis, 1847).

Le glissement conceptuel d'une logique de privilège d'impression avec droit exclusif vers une définition plus abstraite centrée sur la valeur marchande de l'œuvre « *sous n'importe quelle forme* » avait deux conséquences radicales : (1) éliminer la nécessité de l'intention pour qualifier une infraction³⁴, et (2) éliminer la tolérance, voire l'encouragement antérieur, à la production d'usages dérivés d'une œuvre.

Ainsi le juge Story devait, dans plusieurs affaires dont *Folsom v. Marsh* (1841), remettre en cause la doctrine *bona fide*; et sans la critiquer frontalement, en donner une nouvelle version, en inventant la doctrine du *fair use*, laquelle allait modifier substantiellement la règle anglaise selon laquelle les citations, les éditions abrégées, et les autres usages *bona fide* d'une œuvre n'étaient pas

« *...while the public enjoys of reading the intellectual contents of the book to the author belongs the exclusive right to take all the profits of publication which the book can, in any form, produce* » (Curtis, cité par Bracha, 2005).

32 « *Certainly bona fide imitations, translations and abridgments are different, and in respect of the property may be considered new works: but colourable and fraudulent variations will not do* » (Willes résumant l'état de la jurisprudence in *Millar v. Taylor*, 1769). Les usages privés étaient totalement libres. De même, lire en public, chanter, jouer, représenter,... jusqu'en 1870 du moins aux Etats-Unis.

33 La loi fut d'ailleurs modifiée peu de temps après, et un droit exclusif de traduction ajouté à la loi du copyright par le Congrès et accordé aux auteurs en 1870.

34 « *...the question of intention does not enter directly into the determination of question of piracy...* » (Curtis, 1847). Pourtant jusqu'en 1909, « l'infraction innocente » était souvent admise par les tribunaux; les juges distinguant celui qui avait sciemment enfreint un copyright de celui qui l'avait enfreint par ignorance (Reese, 2007). La loi ayant changé en 1909, la tolérance pour ces infractions innocentes disparut; et en 1931, la Cour Suprême devait décider « *intention to infringe is not essential under the [1909] Act...* » (*Buck v. Jewell-Lasale Realty Co.*, 1931).

des actes de piraterie. De nos jours, le *fair use* est considéré la plupart de temps comme le principal outil doctrinal relativisant le contrôle exclusif d'une œuvre, un moyen donc pour établir une juste balance entre exclusion et accès aux œuvres. C'est manifestement une profonde ironie de l'histoire (Bracha, 2005), puisque l'introduction du *fair use* signifia en fait l'expansion du champ du copyright et le rétrécissement des usages jugés jusqu'alors légitimes. La grande liberté dont jouissaient les utilisateurs des œuvres dans leurs activités, privées ou commerciales, éventuellement concurrentielles de l'édition d'origine, fut désormais considérée comme de la piraterie et dut disparaître progressivement.

Dans *Folsom v. Marsh*, la publication mise en cause utilisait abondamment des lettres de Washington publiées précédemment en onze volumes, le tout accompagné d'une biographie. La doctrine traditionnelle des *abridgment* était donc interrogée, puisqu'une nouvelle biographie de Washington, utilisant en les reproduisant une sélection de lettres et de documents déjà publiés, donnait bien une nouvelle œuvre, de surcroît moins chère et pouvant être diffusée dans un très large public. Story devait en juger autrement, en avançant que dans les affaires de piraterie, il fallait souvent établir une balance minutieuse des usages des matériaux en présence, faire intervenir donc leur nature, leur importance, et leur valeur, mais aussi le but de chaque œuvre, et dans quelle mesure chaque auteur peut être présumé avoir eu loyalement recours aux mêmes sources d'information, sélectionnées et arrangées de la même façon³⁵. En introduisant la nécessité d'une balance détaillée (*nice balance*), Story minait la tolérance antérieure et énonçait les critères traditionnels toujours utilisés aujourd'hui : nature, importance, valeur des matériaux, etc., en insistant d'ailleurs sur le critère le plus important à ces yeux, celui de la valeur marchande de l'œuvre originale. « *Si la valeur de l'œuvre originale est sensiblement diminuée, ... si l'auteur d'origine a vu un autre s'approprier ses travaux de manière substantielle, lui causant ainsi un préjudice, c'est alors, pour la loi du copyright, un acte de piraterie pro tanto* » (Story, 1841).

La valeur de l'œuvre d'origine, la diminution des profits tirés de la vente, l'éviction du marché par la création de substituts constituent alors le cœur de la nouvelle doctrine du *fair use*, une doctrine qui déstabilise les règles traditionnelles, étend la protection du copyright aux œuvres dérivées, et éloigne le copyright de sa définition d'origine comme droit exclusif d'impression et réimpression. Derrière ce changement de jurisprudence, implicitement, la conception moderne de l'œuvre intellectuelle apparaît. Curtis, dès 1847, pose d'ailleurs explicitement la question : « *Dans la jurisprudence, ce droit [le copyright] inclut le livre entier et chaque partie de celui-ci... Il inclut aussi, ou devrait inclure, le style, le langage, le savoir, les faits, et le récit, le sentiment et les idées, aussi loin que leur identité peut être établie, et la forme, la combinaison que l'auteur a donné à ses matériaux. Ils sont, ou devraient être, tous des objets distincts du droit de propriété* » (Curtis, 1847). On est très loin ici de la définition traditionnelle du copyright, comme couvrant un « livre » ou une « combinaison particulière de caractères », un changement largement dû à l'accent mis sur la valeur marchande des œuvres. Trente deux ans plus tard, Eaton S. Drone, dans son traité sur le copyright, sera à peine plus restrictif, affirmant : « *La propriété [par copyright] n'est pas simplement dans les mots seuls, ni seulement dans une forme d'expression choisie par l'auteur. Elle est dans la création intellectuelle, pour laquelle le langage est simplement un moyen d'expression et de communication. Les mots d'une composition littéraire peuvent être changés et d'autres synonymes leur être substitués, mais la création intellectuelle reste fondamentalement la même* » (Drone, 1879). Drone formule ainsi une nouvelle définition, en phase avec l'évolution jurisprudentielle. La production intellectuelle peut être exprimée en différents langages, ou prendre différentes formes, elle conserve

35 "So, in cases of copyright, it is often exceedingly obvious, that the whole substance of one work has been copied from another, with slight omissions and formal differences only, which can be treated in no other way than as studied evasions; whereas, in other cases, the identity of the two works in substance, and the question of piracy, often depend upon a nice balance of the comparative use made in one of the materials of the other; the nature, extent, and value of the materials thus used; the objects of each work; and the degree to which each writer may be fairly presumed to have resorted to the same common sources of information, or to have exercised the same common diligence in the selection and arrangement of the materials" (Story, 1841).

toujours son identité « *invisible, intangible, création incorporelle de l'esprit de l'auteur* » (Drone, 1879). Cette définition, née essentiellement d'une jurisprudence portant sur des livres ou des imprimés, conduira à la loi de 1909, et permettra d'étendre le copyright à d'autres industries, comme le cinéma, la musique, etc.

Définir le copyright comme protégeant une création intellectuelle constituait une curieuse inversion des arguments échangés à propos du copyright perpétuel, quand les juristes anglais et américains s'étaient affrontés sur le manque d'identité de l'œuvre littéraire. Pour Drone, c'était justement ce caractère intangible et incorporel qui constituait l'entité impérissable qui survivait aux transformations multiples et éphémères de l'expression. Dans les opinions émises au niveau des tribunaux, la même transformation est déjà observable à partir du milieu du siècle, et encore plus après la guerre de Sécession³⁶. La définition reste cependant plus implicite que dans le traité de Drone, les juges argumentant simplement à partir de cas particuliers. Deux points de vue opposés s'affrontent alors. Un grand nombre d'opinions rejettent – tout comme Drone – la proposition selon laquelle c'est une expression particulière, et non les idées, qui est l'objet du copyright; mais, en réaction, d'autres juges vont à l'inverse jeter à la fin du XIX^{ème} siècle les bases de la dichotomie moderne entre « l'idée » et « l'expression »³⁷.

Le cas le plus connu est *Baker v. Selden* (1879). Il s'agissait en l'occurrence d'un nouveau traité (et système) de comptabilité, et de la production de formulaires vierges proches de ceux figurant dans le livre d'origine. Le juge Bradley devait déclarer qu'il ne s'agissait pas d'une infraction à la loi sur le copyright : « *Les vérités scientifiques ou les méthodes d'un art sont la propriété commune de l'ensemble de l'humanité* » et « *il y a une distinction claire entre le livre, comme tel, et l'art qu'il a l'intention d'exposer* » (Bradley, 1879). Il faut donc distinguer l'expression concrète d'un livre et les idées plus abstraites qu'il véhicule, et limiter la protection à l'expression, la seule à être protégée par le copyright. Le problème dans le cas considéré était évidemment le fait que l'expression spécifique et la connaissance (ou l'art) communiquée par cette expression ne pouvaient être séparées. C'est pourquoi aujourd'hui, le cas est souvent cité comme le début de la *merger doctrine*, une doctrine évoquée dans les cas extrêmes où idée et connaissance ne peuvent être séparées de l'expression, laquelle ne peut entrer alors dans le champ du copyright. Mais à l'époque, ce cas fut une des premières affaires où fut clairement articulée la dichotomie idée - expression dans sa forme moderne³⁸.

36 Conceptuellement, le basculement entre un copyright protégeant les livres (ou les textes) et un copyright protégeant des propriétés intellectuelles intangibles témoigne de l'abandon du modèle de la possession physique de la propriété (en droit naturel) pour un modèle plus « utilitariste », où le véritable objet du copyright est, sous le terme passablement euphémisé « d'œuvre intellectuelle », une valeur marchande, autrement dit toutes les possibilités de valorisation sur tous les marchés possibles de cette production incorporelle (comme dans le *Copyright Act* de 1976, où la protection est accordée à toutes les « *original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device* (section 102) »).

37 Au tournant du siècle, une autre évolution significative de l'institution est le triomphe d'une définition minimaliste du critère « d'originalité », un critère mis en avant par certains juges au XIX^{ème} siècle pour, au nom des progrès de la science et de la connaissance ou de l'absence de valeur esthétique, refusaient à telle ou telle œuvre la protection du copyright. Le cas *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co* (1903) et le commentaire qu'en fit Oliver Wendell Holmes, juge à la Cour Suprême (voir Bracha, 2008b), rejetèrent l'approche substantive et esthétique de la valeur de l'œuvre, le juge n'ayant pas à décider selon ses propres goûts et critères, mais simplement à s'assurer de l'absence de copie et d'un minimum de créativité, la seule valeur donc étant la valeur fixée par le marché et la demande du public. Le copyright pouvait donc s'appliquer aux formes les plus commerciales d'expression, comme les affiches de cirque, les publicités, les catalogues, etc. Ce cas ouvrait la voie à ce qu'on a pu appeler la « trivialisat[i]on du copyright ».

38 Après *Baker v. Selden*, plusieurs cas développèrent la même approche, un mouvement culminant dans *Nichols v. Universal Pictures Corporation* (1930). Un autre aspect de *Baker v. Selden* est le fait qu'il s'agissait d'une méthode de comptabilité, donc d'un ensemble de techniques, de l'expression d'un art utile. La décision peut alors être interprétée comme excluant les systèmes, processus, éléments fonctionnels, du champ du copyright, même quand ils prennent la forme des « writings », plutôt que des idées simplement (Pamela Samuelson, 2007). Dans le *Copyright Act* de 1976 : « *In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it*

Ainsi, à la fin du XIX^{ème} siècle, le champ de la protection par copyright s'étendait de plus en plus; et, dans un même mouvement, une doctrine importante surgissait, réactivant la distinction entre le corps et l'habit et réaffirmant explicitement que les idées et connaissances devaient rester libres. L'un des phénomènes entraînait l'autre. La progression d'une conception large des droits exclusifs sur une œuvre intellectuelle obligeant en réaction à formuler une doctrine qui pourrait stopper le processus avant que sa logique interne soit poussée jusqu'à l'absurde (Bracha, 2005).

V. La loi de 1909, une redéfinition « propriétaire » du copyright ?

Au début du XIX^{ème} siècle, la règle générale en matière de copyright était que tous les usages dérivés d'une œuvre restaient libres, mais suite à l'évolution de la jurisprudence, Drone, dans son traité de 1879, va mettre en place une nouvelle structure de la protection, en posant comme règle générale l'interdiction des copies *verbatim* et de tous les usages dérivés, la seule exception étant la doctrine du *fair use* (Bracha, 2005); cette nouvelle structure du copyright s'appuyant sur une représentation de l'œuvre comme « *création intellectuelle* », une sorte de bien intangible et incorporel dont la propriété donnerait un droit exclusif de contrôle et de prélèvement sur tout un ensemble de valeurs marchandes et marchés dérivés. C'est cette structure et cette représentation qui seront codifiées dans le Copyright Act de 1909, lequel, malgré des changements mineurs introduits par la suite, va définir l'institution jusqu'en 1976.

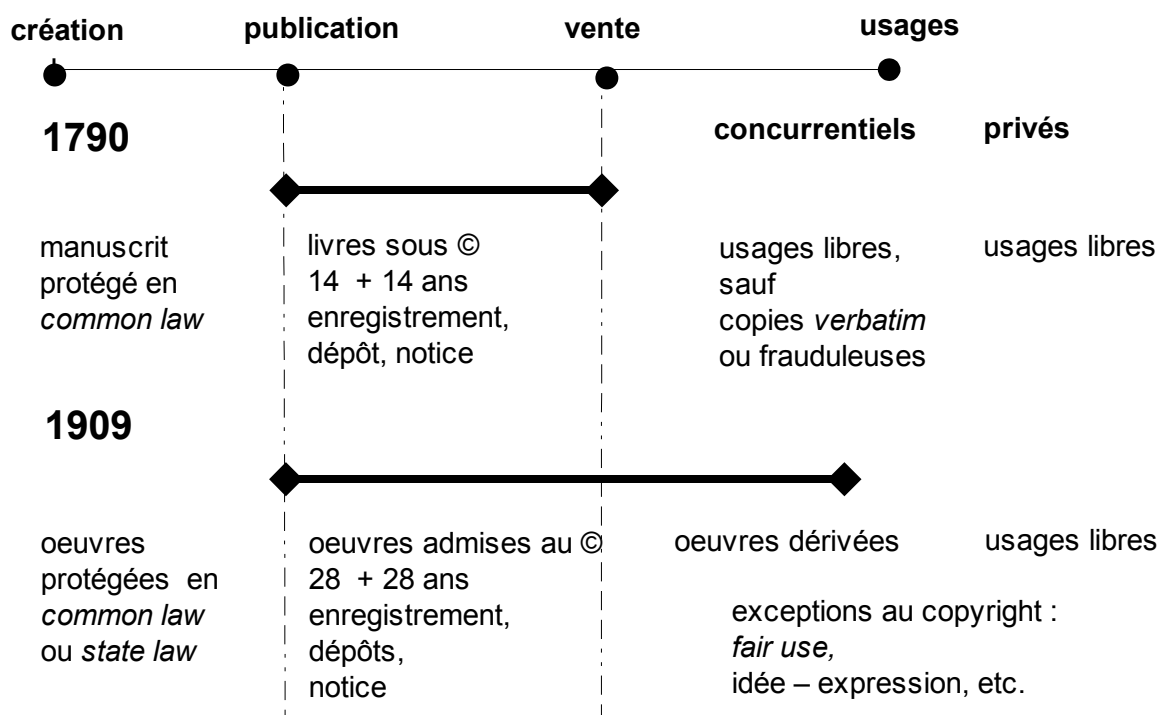
Ainsi la formule de 1790 posant le droit exclusif accordé comme « *imprimer, ré-imprimer, publier ou vendre toute carte, plan, livre ou livres* » est remplacée (section 1) par plusieurs paragraphes dont le premier est « *imprimer, ré-imprimer, publier, copier et vendre l'œuvre sous copyright* ». Le terme « copier », note Patterson et Lundberg (1991), a sans doute été ajouté ici pour les œuvres d'art (comme c'était le cas dans les lois antérieures), car celles-ci peuvent difficilement être imprimées. Mais introduit ici sans distinction ni exclusion, ce terme faisait du droit de copier un livre (ou tout autre support sous copyright) un droit absolu et exclusif de l'auteur. Cela ouvrait la voie à des extensions ultérieures de la protection (cas de la photocopie dans les années dix-neuf cent soixante...). On peut d'ailleurs lire dans un manuel de copyright de 1925, qu'il faut entendre ce terme *copy* dans un « *sens très large* », y compris la fabrication d'une copie manuscrite d'un livre, ou la copie d'une copie, car c'est copier l'original, tout ceci restant cependant légitime en cas de *fair use* (De Wolf, 1925). Le terme « œuvre » renvoie lui à une liste (section 5) énumérant le type de productions pouvant bénéficier de la protection du copyright : les livres et imprimés de toute sorte, les lectures et sermons (performance orale), les compositions dramatiques ou musicales, les cartes, les dessins et modèles (liés à des œuvres d'art, ou ayant un caractère scientifique ou technique), les reproductions d'œuvre d'art, les gravures, les photographies³⁹... Mais les autres paragraphes de la section 1 reprennent tous les usages dérivés entrés progressivement dans le champ de la protection au cours du XIX^{ème} siècle : la traduction, l'adaptation dramatique (ou pour une œuvre dramatique l'adaptation littéraire), la lecture ou représentation en public, la transformation et l'adaptation d'une œuvre musicale, etc⁴⁰. On peut alors résumer les différences entre la loi de 1790 et la loi de 1909 par le schéma suivant :

is described, explained, illustrated, or embodied in such work » (Section 102(b)).

39 Ces produits étaient entrés progressivement dans le champ du copyright au cours du XIX^{ème} siècle. Ainsi, en 1802 et 1831 : les gravures; en 1831 : les compositions musicales; en 1865 : les photographies; en 1870 : les peintures, dessins, sculptures, dessins et modèles... La loi de 1909 étend cependant les définitions; l'expression « *work of fine art* » est remplacée par « *work of art* », et à part certaines limites, comme confiner le droit de performance d'une pièce de théâtre « *aux performances publiques* », et celui des performances musicales « *aux performances publiques avec profit* », les usages dérivés sont très largement couverts, établissant « *une sorte de droit exclusif sur toutes les manières de reproduire une œuvre* » (Kaplan, 1967).

40 1856 : droit de représentation publique d'une composition *dramatique*; 1870 : droit de traduction et de dramatisation (d'un livre ou d'une nouvelle); 1897 : la performance publique d'une composition dramatique ou musicale...

Fig 2 : La protection par copyright fédéral (1790 et 1909)



Mais la refonte de 1909 avait une autre cause. L'apparition de nouvelles industries et de nouveaux produits candidats au copyright (photographies, enregistrements musicaux, films, etc.), rendaient de plus en plus obsolètes les formulations du statut; ce qui posait en pratique de multiples problèmes aux tribunaux, certains juges tranchant en fonction d'une lecture restrictive des droits à partir du statut existant, d'autres étendant ceux-ci, ou déplorant ne pouvoir le faire en l'absence d'une modification des termes de la loi par le Congrès⁴¹. Les extensions successives du copyright au XIX^{ème} siècle ne couvraient d'ailleurs pour l'essentiel que des « imprimés », conformément à la clause constitutionnelle qui parle de « *writings* ». On avait donc ici les livres, plans, cartes, puis les brochures, les articles, les journaux, les compositions dramatiques (le texte, pas la performance elle-même), les partitions musicales, etc. Le Congrès en 1865 devait ajouter les photographies, ce qui un temps posa problème aux tribunaux. Le problème en particulier de « l'originalité » pour un art aussi « mécanique » fut soulevé : le photographe pouvait-il être élevé à la dignité de l'auteur et ses œuvres bénéficier du copyright ? Mais la Cour Suprême finit par l'accepter en déclarant que le terme « auteur » signifiait simplement « personne » (*Burrow-Giles Lithographic Co. v. Saron*, 1884). Les photographies étaient par ailleurs proches des gravures, avec les mêmes utilisations (copies) dans les journaux et les livres. Elles pouvaient donc rentrer dans la catégorie des « writings » pour la loi du copyright. La même logique, à la fois argumentaire et sociale, conduisait à protéger les sermons, les discours, les pièces de théâtre avant la publication imprimée du texte,

41 Un cas typique est celui des films (*motion pictures*). Pendant la guerre des *patents* qui ravagea la nouvelle industrie américaine du cinéma, la plupart des producteurs – Edison en tête – contretaient (*duping*) les films produits par leurs concurrents (et adversaires), américains ou étrangers. Mais quand Edison poursuivit Lubin pour la contrefaçon d'un de ses films, dont celui-ci n'avait changé que les premières images (où apparaissaient le nom de la compagnie Edison et son copyright), le juge Dallas accepta la défense de Lubin selon laquelle un film ne pouvait être protégé qu'image par image en tant que photographies (*Thomas A. Edison v. Siegmund Lubin*, 1902). En appel en 1903, la décision fut cependant inversée; le tribunal jugeant qu'enregistrer un film au copyright image par image était impraticable, tout en déplorant le caractère inadéquat de la loi. Les films (*motion pictures*) ne devaient être ajoutés à la liste des oeuvres pouvant être protégées par copyright qu'en 1912.

afin d'empêcher une transcription lors d'une lecture publique, suivie d'une édition sans accord et sans paiement de l'auteur. On abandonnait là encore la tradition (anglaise) du XVIII^{ème} siècle, posant une lecture publique comme une publication faisant entrer l'œuvre dans le domaine public. Mais on étendait par là même la protection des imprimés à la parole. La musique posait le même problème. Les partitions étaient protégées comme textes (compositions musicales) et un droit de performance publique avait été ajouté à la loi du copyright en 1897, mais le son n'était pas protégé en tant que tel. L'invention du phonographe et l'apparition des enregistrements mécaniques de la musique devaient bouleverser tout cela.

En 1908, la question de savoir si des bandes perforées pour piano mécanique pouvaient être considérées comme une copie de la partition fut posée (White-Smith Music Pub. Co v. Apollo Co). La Cour Suprême devait répondre « non » et déclarer qu'il n'y avait pas là une infraction à la loi du copyright. Une telle interprétation, conforme aux termes du statut de l'époque, allait évidemment à l'encontre de la nouvelle conception du copyright, comme destiné à protéger un auteur, une œuvre intellectuelle et ses marchés. Le marché le plus important pour la musique jusqu'ici, la vente de reproduction de partitions, était bien protégé par le copyright, mais les nouvelles valorisations par vente de reproductions mécaniques (rouleaux de cire, puis disque) restaient ouvertes à toutes les « pirateries ». Le Congrès était donc invité à s'emparer du problème en élargissant la définition de ce que l'on pouvait mettre sous copyright, mais élargir la définition posait le problème du danger du monopole, une solution préjudiciable à l'intérêt public. Le son de plus ne pouvait guère être considéré comme faisant partie des « *writings* ». Après de longs débats, la solution retenue fut la séparation des droits de l'auteur et des droits de l'éditeur, en introduisant dans la loi du copyright un dispositif particulier sous forme de licences obligatoires. Le premier enregistrement restait le droit exclusif de l'auteur (comme dans le copyright classique destiné aux livres...), mais cette première publication faite, tout le monde pourrait enregistrer, ré-enregistrer et diffuser, à condition de payer une taxe (*statutory fee*) au compositeur (ou propriétaire) de l'œuvre. Celui-ci était donc protégé, mais l'éditeur, celui qui enregistrait et vendait, était soumis à la loi générale de la concurrence⁴².

L'introduction d'un système de licences représentait une innovation pour la tradition et la loi américaine. Depuis la reine Anne, le droit exclusif (monopole) était créé en principe au bénéfice de l'auteur, mais liait inévitablement auteur et éditeur. De plus par contrat, c'était souvent l'éditeur qui était le véritable titulaire et propriétaire du copyright, même si certaines dispositions du statut (renouvellement accordés aux auteurs seuls par exemple) visaient à donner plus de capacité de négociation aux auteurs dans leur relation avec les éditeurs. La loi créait ainsi des monopoles bien réels au niveau du commerce des livres. En introduisant les licences obligatoires, le Congrès adoptait une nouvelle règle en faveur des auteurs et du public au détriment des éditeurs.

Mais le même Congrès devait introduire dans la loi de 1909 une reconnaissance – déjà en cours au niveau des tribunaux – de la doctrine du *work-for-hire*. Il créait alors un copyright en faveur des employeurs, en posant que le terme « *auteur devait inclure un employeur dans le cas des œuvres work-for-hire* »⁴³, cette expression désignant les œuvres (collectives ou individuelles) produites sur commande ou dans le cadre d'un contrat de travail. Il s'agissait d'une décision en apparence anodine, afin de régler – semble-t-il – des difficultés rencontrées à l'administration des copyrights lors du renouvellement de ceux-ci, dans le cas des œuvres collectives. En effet dans ce cas, plusieurs auteurs, titulaires de leurs propres copyrights et agissant de manière dispersée et

42 Proposé dès les années 1830, le remplacement du système des brevets d'invention, et parallèlement du copyright, par des systèmes de licences obligatoires fut la principale réforme de l'institution discutée au XIX^{ème} siècle. Le dispositif fut même introduit dans la loi italienne en complément du copyright classique (sur les livres). Il fut très sérieusement envisagé par la *Copyright Commission* anglaise de 1876-1878, mais finalement écarté (voir Plant, 1934, p. 187 et suivantes). Cependant en 1911, les anglais devaient l'adopter comme les américains, pour les enregistrements musicaux.

43 La même évolution, à peu près à la même époque, affecte l'institution cousine des *patents*; et si le XIX^{ème} siècle reste le siècle des inventeurs individuels, le XX^{ème} siècle est sans conteste celui des inventeurs salariés et des *patents* détenus dès leur émission par des entreprises (IBM, etc.).

contradictoire, pouvaient bloquer le renouvellement du copyright sur l'ensemble de l'œuvre. On voulait donc remplacer plusieurs auteurs par un seul « auteur » et une seule volonté. On créait ainsi une fiction juridique, en décrétant qu'un employeur ou une société, investissant simplement dans une œuvre produite par d'autres, était le seul et véritable « auteur ». Les créateurs réels, ceux pour qui l'institution, selon la représentation traditionnelle et courante de celle-ci, avait été créée, disparaissaient subitement de la loi du copyright. Leur sort (et leur rémunération) serait réglé ailleurs, par contrat ou dans le cadre des rapports salariaux.

On peut apprécier alors l'importance de l'évolution, et l'écart entre les justifications habituelles de l'institution et la doctrine du *work-for-hire*. Au XVIII^{ème} et au début du XIX^{ème} siècle, le copyright est destiné à protéger le texte d'un auteur-créateur lors et après sa publication comme livre. C'est effectivement un droit de l'auteur-créateur opposable au public et aux éditeurs. A la fin du XIX^{ème} siècle et dans la loi de 1909, le copyright est toujours conçu comme protégeant le créateur de l'œuvre, mais celle-ci est devenue une propriété intangible et incorporelle, et l'auteur est maintenant pensé comme un propriétaire. Il restait à franchir une dernière étape. Le *work-for-hire* achève l'évolution en éliminant l'auteur (créateur) pour ne garder que le propriétaire (comme créateur fictif) et la propriété intellectuelle.

En 1909, on avait là une décision en apparence marginale. Et aujourd'hui encore, on présente cette doctrine du *work-for-hire*, dans un écart parfois abyssal avec la situation réelle et les pratiques, comme une exception à la règle générale du copyright. Pourtant, en prenant cette décision, le Congrès allait permettre l'essor du copyright des grandes entreprises, si caractéristique du XX^{ème} siècle, avec à terme un changement complet du sens de l'institution⁴⁴. Paradoxalement, il avait recréé ainsi le vieux système du patronage, sous une forme cependant bien plus moderne, capitaliste.

Le principe d'un auteur fictif mais commun (l'employeur) résolvait par ailleurs d'emblée les multiples problèmes de coordination qui auraient inévitablement surgi entre différents auteurs individuels, en cas de production conjointe ou de contributions séparées confondues dans un même résultat final. C'était alors une solution idéale pour les entreprises et les investisseurs, et une solution tout aussi commode pour les auteurs, qui seraient maintenant rémunérés comme salariés, et non plus comme propriétaires. Ils étaient certes dépossédés de leur droit de copyright, mais en même temps débarrassés de la tâche de gestion – particulièrement compliquée et coûteuse en cas d'œuvre collective, des droits du copyright. La règle *work-for-hire* permit alors la survie d'une institution complètement inadaptée au départ à prendre en charge la production des œuvres collectives de toute une série de nouvelles (et futures) industries, industries dont l'essor allait marquer tout le XX^{ème} siècle : le cinéma, la radio, la télévision, etc. Car ici, les œuvres sont la plupart du temps le résultat de la collaboration d'un certain nombre d'individus (parfois fort nombreux), dont certains pouvaient être qualifiés comme auteurs selon la loi du copyright, et d'autres non, alors même que tous contribuent à la production de l'œuvre (Becker, 1974). En 1912, les films pourront ainsi être ajoutés sans problème à la liste des œuvres protégeables au titre du copyright, et la propriété du copyright sur le film automatiquement attribuée au producteur comme véritable « auteur » pour la loi.

44 La loi actuelle du copyright américain définit toujours le *work-for-hire* (ou *work-made-for-hire*) comme une exception à la règle générale selon laquelle l'auteur est celui qui crée l'œuvre; puisqu'il s'agit d'une situation où l'employeur - qui peut être une firme, une organisation ou un individu - est considéré comme l'auteur. Deux cas sont alors possibles : (1) l'œuvre est créée par l'employé dans le cadre de son emploi; le *work-for-hire* est automatique sauf contrat salarial spécifique. (2) l'œuvre est une commande avec contrat écrit et clause *work-for-hire*, et rentre dans la catégorie des œuvres collectives (film, œuvre audiovisuelle, traduction, compilation, atlas, notice d'instruction, etc.).

VI. Le statut de 1976

La loi de 1909 introduisit dans le copyright une définition abstraite de l'œuvre intellectuelle, abandonnant de fait toute référence aux livres ou aux *writings*. Elle conservait cependant – héritage du passé – un certain nombre de règles directement issues de l'économie des livres. Ainsi le moment décisif était toujours le moment de la publication, l'instant où l'œuvre non publiée, protégée jusqu'ici en *common law*, se transformait en « imprimé », et était à ce titre prise en charge par le statut pour une durée de 28 ans (plus 28 après renouvellement). De plus, une grande partie de la loi était consacrée aux formalités d'enregistrement, de dépôt – à la Librairie du Congrès - et au renouvellement. Toutes ces règles semblaient - même à l'époque - inadaptées aux nouvelles industries, avec leurs nouveaux produits, qui progressivement vont entrer dans le champ du copyright; car la notion de publication perdait alors tout son sens⁴⁵. C'était déjà le cas pour le cinéma (et les films), et encore plus pour la musique.

En matière de musique, la loi de 1909 ne protégeait que les compositeurs. Ni les musiciens, ni les chanteurs n'étaient protégés dans leurs performances, et l'enregistrement de celles-ci restait totalement libre. Cela n'a cependant pas empêché l'essor et le développement, à partir des années trente et jusqu'aux années cinquante, d'une économie florissante de l'enregistrement musical. A l'époque en effet, faire des copies « pirates » des productions vendues (disques vinyl) était techniquement impossible. Pour entrer dans l'industrie, on devait donc réunir des musiciens et des chanteurs pour un enregistrement en studio, et ensuite presser les disques, vendus ensuite sur le marché. La croissance de l'industrie repose alors sur la découverte de nouveaux artistes et la prolifération de nouveaux labels. Musiciens et chanteurs sont payés lors de l'enregistrement ou intéressés par contrat aux profits tirés de la vente, les compositeurs étant couverts par le système des licences. Il n'y a pas alors de demande sociale pour un copyright sur les enregistrements sonores, car ce copyright est parfaitement inutile. La situation va changer cependant avec l'apparition et la diffusion des bandes magnétiques (cassettes) et des copies à usage privé ou commercial, les copies pouvant être revendues, y compris sous la forme de disques concurrençant le disque d'origine. Comme le copyright fédéral ne permettait pas de combattre ces pratiques, les poursuites engagées s'appuyèrent sur d'autres doctrines et d'autres règles de droit existant en *state-law*. Les éditeurs-producteurs de disques réclamèrent par ailleurs une protection adaptée au problème, en s'élevant contre cette « piraterie », cette appropriation scandaleuse de « leurs » œuvres, qui ne pouvait que décourager la création et détourner les capitaux de l'industrie. Ils obtinrent ainsi le vote dans certains Etats américains de lois créant un copyright pour les enregistrements sonores⁴⁶. Dans d'autres Etats par contre, l'enregistrement resta libre et une économie parfaitement légale à l'époque de la « piraterie » continua à se développer. On évaluait ainsi les revenus pirates pour l'année 1971 à 100 millions de \$ contre 300 millions pour les autres (Merges, 2000)⁴⁷.

Cette question, mais aussi le fait que les productions radiophoniques (ou télévisuelles) ne pouvaient être protégées au titre de la loi de 1909 (sauf quand il existait un script de l'émission), va conduire le Congrès à envisager dès 1955 une refonte complète du statut; ce qui devait déboucher, après 20 ans de discussions et 34 études préparatoires, sur la loi de 1976⁴⁸. Il faut noter que dans ces 34 études, aucune ne portait sur l'histoire et la philosophie du copyright (Patterson, 1968). Les débats théoriques du XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècle semblaient bien loin et bien dépassés; et si la loi de 1909 peut sembler être plus le reflet d'une conception « propriétaire » que d'une conception « statutaire » du copyright, la loi de 1976 relève clairement d'une conception « statutaire ». Elle

45 Elles sont critiquées dès les années vingt (voir De Wolf, 1925).

46 Ce qui constitue ce qu'on appelle très improprement parfois un copyright en *common law*, alors qu'on a affaire ici à des statuts spécifiques au niveau des Etats (*state law*).

47 En 1973, le Congrès devait passer un amendement à la loi du copyright intégrant les enregistrements sonores, un principe repris dans le nouveau statut de 1976.

48 Un aspect important de cette refonte est l'aspect international. Il fallait aussi mettre la loi américaine en conformité avec l'*Universal Copyright Union* (1855), dans la perspective de l'adhésion à la Convention de Berne.

écarte en effet de manière sans doute inintentionnelle, mais bien réelle, toute approche en termes de droit naturel, en posant que la seule propriété dont il est question dans la loi est la propriété du copyright lui-même et non de l'œuvre (Patterson et Lindberg, 1991).

La loi apparaît alors, bien plus clairement que les lois précédentes, comme un compromis entre tous ceux qui sont peu ou prou concernés par l'institution, largement débarrassé de toute couverture idéologique. Et en cette fin du XX^{ème} siècle, ils sont bien plus nombreux et divers qu'au XIX^{ème} siècle. Là où on ne distinguait que les éditeurs, les auteurs et le public⁴⁹, on voit s'ajouter différentes catégories de propriétaires ayant-droits, dont des industriels appartenant à des industries différentes, mais aussi des gestionnaires de droits, ou différentes catégories d'utilisateurs, les droits d'usage garantis n'étant pas les mêmes suivant la situation des individus (ou des catégories d'individus), avec par exemple la place faite aux universités, aux étudiants et enseignants, aux bibliothèques, etc.

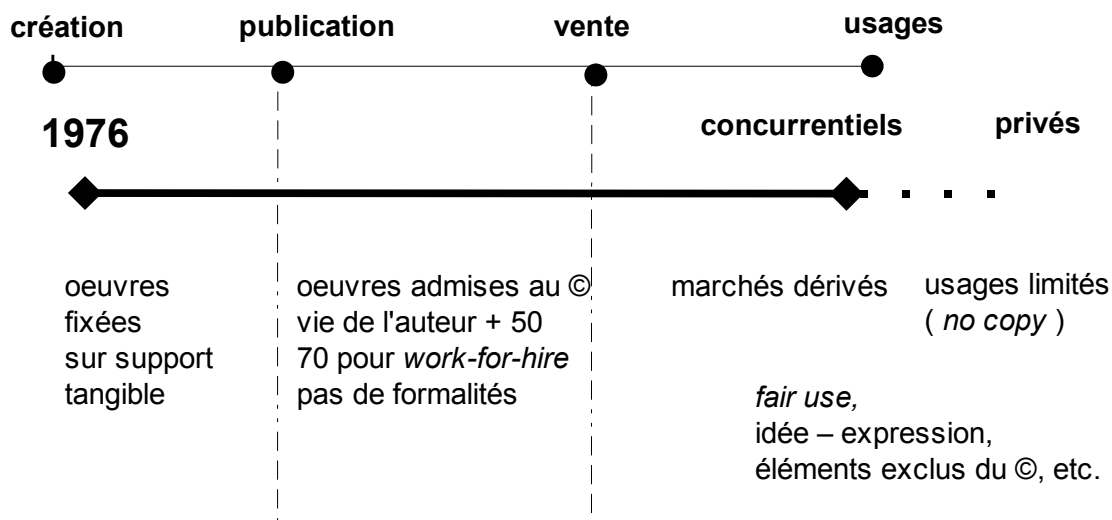
La loi est en effet un catalogue de mesures introduites pour satisfaire les demandes de nombreux groupes d'intérêts, ces intérêts étant la plupart du temps contradictoires. De plus, tout ce qui, dans les doctrines de la jurisprudence, dans d'autres lois, ou dans les principes constitutionnels (*first Amendment*), pouvait contrebalancer le droit exclusif accordé est directement inscrit en 1976 dans le statut. La loi codifie alors, de manière explicite et détaillée, les tensions et contradictions de l'institution du copyright. On y trouve aussi bien la conception du copyright comme droit de « *propriété sur une œuvre intellectuelle* », et droit à contrôler et taxer tous les usages (*copy*) de cette œuvre, que la conception qui pose celui-ci comme un dispositif destiné à favoriser la diffusion du savoir et encourager l'enseignement, ou encore celle qui analyse le copyright comme un monopole éventuellement dangereux pour la liberté de création, ou la liberté d'information...

La section 102(b) énonce ainsi qu'il ne peut y avoir de protection par copyright pour « *toute idée, procédure, processus, système, ou découverte* », même quand ceux-ci sont incorporés à une œuvre originale; la section 105 réaffirme le fait qu'il n'y a pas de copyright possible pour les œuvres du gouvernement américain; la section 107 inclut dans la loi la doctrine du *fair use*, etc. Mais par ailleurs, l'ensemble de la loi poursuit l'adaptation de celle-ci aux nouvelles industries et nouveaux produits couverts par la protection fédérale, et bientôt les accords internationaux (TRIPS, etc.), en réaffirmant le principe d'un droit exclusif sur tous les usages (et marchés) dérivés, sur toutes les copies possibles, actuelles ou à venir⁵⁰.

49 De manière sans doute plus réaliste pour le XIX^{ème} siècle américain, il faudrait parler des éditeurs (peu intéressés), du « public » (très présent dans les discours et l'imaginaire, en particulier du côté des juristes et des membres du Congrès), et deux catégories de producteurs d'œuvres, les « ayant-droits » et les (nouveaux) créateurs, dont l'opposition est permanente - et motrice - pendant tout le XIX^{ème} siècle, l'enjeu étant le contrôle des marchés dérivés, comme le montre bien la plupart des litiges au XIX^{ème} siècle.

50 La section 106 accorde cinq droits exclusifs au propriétaire du copyright : « (1) *the right to reproduce (copy)*, (2) *the right to create derivative works of the original work*, (3) *the right to sell, lease, or rent copies of the work to the public*, (4) *the right to perform the work publicly (if the work is a literary, musical, dramatic, choreographic, pantomime, motion picture, or other audiovisual work)*, (5) *the right to display the work publicly (if the work is a literary, musical, dramatic, choreographic, pantomime, pictorial, graphic, sculptural, motion picture, or other audiovisual work)* ». La loi sera amendée en 1995 pour inclure un sixième droit : « *the right to perform a sound recording by means of digital audio* ».

Fig 3 : La loi du copyright de 1976



La grande innovation de la loi de 1976 est par ailleurs l'abandon du moment décisif de la publication, et corrélativement la suppression de la distinction entre le statut fédéral et le *common law* (ou plus exactement le *state law*). Avant 1976 en effet, les oeuvres « non publiées » n'étaient pas protégées par la loi fédérale, mais par des statuts existant au niveau des Etats; le copyright fédéral prenant le relai après la publication, à condition que les formalités soient respectées (notice en particulier), sinon l'œuvre entrait directement dans le domaine public. La nouvelle définition du copyright abandonne le moment décisif de la « publication ». L'œuvre doit simplement être « fixé au moyen d'un quelconque moyen tangible d'expression, aujourd'hui connu ou développé ultérieurement »⁵¹. En faisant démarrer la protection dès la « fixation » (ou création) de l'œuvre, le statut fédéral pré-empte les statuts des Etats (et le *common law*), éliminant ainsi d'éventuels conflits de souveraineté. Cela permet aussi de changer la définition de la durée du copyright, en adoptant le système européen (la vie de l'auteur, plus 50 ans⁵²). On supprime ainsi le principe du renouvellement et l'obligation d'enregistrement et de notice.

VII. Pour conclure...

Un côté paradoxal de l'histoire du copyright américain est, d'un côté la profonde transformation de l'institution au cours du temps, et de l'autre parallèlement, une sorte de permanence dans le discours et l'idéologie du copyright, avec l'évocation récurrente d'un droit de propriété et de la propriété intellectuelle. Ces thèmes sont déjà présents dans les controverses anglaises et américaines sur le copyright perpétuel en *common law*. Ils perdurent dans la jurisprudence et les traités de droit du XIX^{ème} siècle, et dans le débat européen sur les « majorats littéraires » à la même époque. Ils ressurgissent aujourd'hui, dans un contexte économique et

51 La protection par copyright s'étend aux "original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device" (section 102). La loi définit les "works of authorship" comme : « (1) literary works, (2) musical works, including any accompanying words, (3) dramatic works, including any accompanying music, (4) pantomimes and choreographic works, (5) pictorial, graphic, and sculptural works, (6) motion pictures and other audiovisual works, (7) sound recordings ». Une huitième catégorie sera ajoutée en 1990 : les « architectural works ».

52 Soixante-quinze ans (à partir de la date de publication) pour les « anonymous works, pseudonymous works, and works made for hire » (en 1976). En 1998, le *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* a étendu la durée de la protection par copyright à la vie de l'auteur plus soixante-dix ans pour les copyrights généraux et quatre-vingt quinze ans pour les « works made for hire ».

technique complètement différent, avec la nouvelle théorie économique des droits de propriété intellectuelle. Cette permanence est d'autant plus curieuse que l'adhésion quasi-générale à une philosophie du droit naturel, où le travail fondait la propriété, a pratiquement disparu pour céder la place à des approches imprégnées de *legal realism*, en principe plus pragmatiques et utilitaristes; une permanence curieuse car l'institution elle-même n'a jamais été réellement définie comme de la propriété exclusive ordinaire. Aujourd'hui, on a d'ailleurs clairement affaire à des droits d'usage et d'exploitation entremêlés, souvent partagés, simultanés ou successifs, attribués à des personnes (physiques ou morales) ou des catégories de personnes différentes, une construction complexe, instable et souvent contestée; avec un écart croissant entre les discours de justification du copyright et cette réalité de l'institution.

Le copyright s'est en effet transformé au fil du temps, de manière non linéaire, chaotique, et contradictoire. A l'origine et pendant tout le XIX^{ème} siècle, il reste lié aux imprimés et à l'économie des livres. C'est essentiellement un privilège d'impression ou plutôt de ré-impression, la première mise sous presse étant déjà protégée en *common law*. Pour la représentation dominante de cette époque, les écrits, les idées et les connaissances même « appartiennent » à l'auteur, tant que cet ensemble reste confiné dans la sphère privée de celui-ci. C'est le régime du secret qui existe d'ailleurs toujours, un état de fait plus qu'un état de droit qui relève essentiellement de la volonté de l'individu. Les manuscrits (les feuilles et le texte qu'elles supportent) sont alors reconnus comme des propriétés personnelles en *common law* (comme les autres biens meubles appartenant à l'individu); et la volonté de l'auteur est nécessaire pour une première publication, un principe accepté par tous dès le XVII^{ème} siècle. Mais dès la première divulgation publique, qu'elle soit orale (lecture publique de l'œuvre) ou imprimée (publication dans un journal ou comme livre), les idées, les connaissances, les sentiments, etc., entrent immédiatement dans la jouissance commune. L'ensemble quitte alors la sphère privée pour celle du public, où règne le « communisme des idées » et le « libre commerce » de celles-ci, pour employer des expressions de l'époque; et ce libre commerce concerne non seulement les idées, mais aussi « l'habit » (le texte donc) que l'auteur a taillé à partir du stock en jouissance commune et de ses propres idées.

Ce domaine public n'est d'ailleurs pas pensé simplement sur le mode de la communauté négative, comme un ensemble de ressources en commun car abandonnées ou qui, par leur nature même, ne sauraient être définies et séparées du reste, et donc soumises à un régime de droits exclusifs, un argument invoqué cependant pour les idées⁵³. Il s'agit plutôt d'une communauté positive de partage, de diffusion et de production sans entraves des idées et des textes, à partir du refus de la censure - que cette censure émane d'un Etat ou d'un propriétaire privé (copyright) -, une communauté qui est donc vue comme étant une condition des progrès de la connaissance et de la science, et aussi comme une condition institutionnelle de la liberté de conscience, du *self-government* de chacun (*free speech*), et de la démocratie à forme républicaine. Une réalité donc éminemment institutionnelle, historique et politique, qui conduit d'ailleurs au XIX^{ème} siècle à limiter les droits que le statut accorde aux auteurs des textes.

Quoiqu'il en soit, la publication est le moment décisif, et une fois publié sous forme de livre, en l'absence de droit de copyright, l'œuvre entre donc dans un autre système de règles, un autre régime des droits d'usage, celui du domaine public; et le livre lui-même, support de l'œuvre, n'est qu'un objet ordinaire, une marchandise comme une autre. Il n'est donc pas interdit à l'acheteur de ce produit d'en multiplier, s'il le désire, les copies, avec ou sans modification, pour ses propres usages ou pour une vente éventuelle, comme c'est la règle dans une économie qui de plus en plus proscribit les « monopoles » ou les règlements collectifs, et où la division du travail doit directement assigner à chacun sa place et son domaine, et limiter ainsi son pouvoir sur les choses et l'ensemble de la société. Après tout, les producteurs de farine ne saurait avoir un droit de regard sur ce que l'on fait avec leur produit, une fois celui-ci vendu; ils ne peuvent ainsi contrôler l'activité des pâtisseries, et encore moins de tous ceux (ou celles) qui produisent des gâteaux dans toute la société. Les

53 Sur ce point, voir pour les débats en France, Xifaras (2004), p. 343 et suivantes.

pâtisseries qui ajoutent à la farine et aux autres ingrédients leur propre recette, et qui vendent le tout, ne sauraient interdire aux autres la production du même gâteau incorporant la même recette. Et il en est ainsi dans l'esprit de l'époque pour toutes les activités économiques. L'usage des livres est donc libre comme l'est l'usage de la farine, ou des recettes de cuisine.

Le texte lui-même appartient donc à tous, ou plutôt n'appartient plus à personne. Il peut donc être librement réutilisé pour produire et commercialiser des morceaux-choisis, une histoire modifiée, une adaptation théâtrale, une performance orale, une traduction, etc. La liberté d'entreprendre est alors totale. La loi du copyright elle-même n'introduit qu'une exception temporaire à ce régime général de libre usage des idées et des oeuvres, défini alors juridiquement comme domaine public. L'exception se limite par ailleurs à ce qui est inscrit dans le statut, au départ quelques imprimés seulement (*book, books, chart and map*) et la protection accordée ne porte que sur les contrefaçons grossières ou les copies *verbatim*, à l'exclusion de toutes les oeuvres dérivées.

L'économie des livres et des imprimés s'organise alors à partir de deux ensembles de règles différentes : un régime de droit exclusif accordé aux auteurs (copyright) qui reste minoritaire, et un régime dominant qui à l'inverse refuse tout droit exclusif à quiconque, interdisant même toute reprivatisation de ce qui est déjà dans le domaine public, c'est-à-dire la grande majorité des textes et imprimés produits et commercialisés à l'époque. Cette architecture institutionnelle est caractéristique des Etats-Unis au XIX^{ème} siècle pour la production, l'édition et le commerce des livres, et a d'ailleurs donné naissance à une économie particulière, parfaitement viable, celle du *reprint*, dont Carey fait en quelque sorte la théorie, avec sa métaphore des auteurs comme tailleurs, payés pour le service qu'ils rendent à la société. Cette forme d'économie existe d'ailleurs toujours, pour les oeuvres qui ne sont plus et depuis longtemps parfois sous copyright (édition de classiques en particulier), ou pour lesquelles aucun copyright n'est reconnu (informations, textes juridiques, etc.).

L'évolution au cours du siècle de la jurisprudence va cependant changer cette situation. Le problème pour les juristes est l'interprétation de la loi dans la définition de la contrefaçon. Les cas opposent en général des auteurs, un auteur propriétaire de copyright et un auteur créateur d'une œuvre « nouvelle » à partir de l'œuvre d'origine, comme dans l'affaire de la traduction en allemand de *La case de l'oncle Tom* (Stowe v. Thomas, 1853), ou comme dans les cas d'*abridgement* tranchés par le juge Joseph Story. Une nouvelle conception du copyright émerge alors progressivement, une conception qui étend de fait les droits accordés par le statut au propriétaire du copyright au détriment des autres utilisateurs. Cette nouvelle conception sera synthétisée et explicitée par Drone (1879), et reprise dans la loi de 1909, avec une nouvelle définition du droit accordé, qui devient un droit exclusif sur une « œuvre », posée comme une chose invisible et intangible, incorporelle, qui n'est donc ni le texte, ni les idées portées par le texte, mais qui donne le droit effectif de contrôler un marché principal et tous les marchés dérivés. L'institution change alors de sens, et la nouvelle approche, née pourtant dans le contexte du commerce des livres, va permettre d'étendre le copyright à d'autres industries et à d'autres produits, sans que l'architecture d'ensemble soit cependant modifiée. Parallèlement, l'usage du copyright est devenu plus fréquent, et l'adoption du copyright international par les Etats-Unis en 1891 (Chase Act) renforcent encore l'importance de ce régime des droits dans l'ensemble de l'économie des oeuvres.

La règle du *work-for-hire* introduite dans la loi de 1909 éloigne encore plus de la situation et de la conception d'origine, en adaptant l'institution aux nouvelles données de l'économie, ce qui permet une large diffusion du copyright d'entreprise dans des industries culturelles nouvelles au cours du XX^{ème} siècle, même dans les cas où l'institution n'est ni réellement adaptée, ni particulièrement nécessaire au développement de l'activité ou à la protection de leurs marchés. Le copyright permet cependant alors le contrôle par les entreprises de nouveaux marchés, construits à partir du marché d'origine mais différents de ceux-ci (comme celui des copies vidéos ou des enregistrements musicaux sur cassettes), en délégitimisant ici au nom de la propriété intellectuelle tous les nouveaux entrants. Car, comme le remarquait déjà Schäffle (1861), cité par Penrose et

Machlup (1950) « *la soi-disante propriété intellectuelle n'est ni le contrôle d'une chose ni celui d'une idée, mais plutôt le contrôle d'un marché pour des choses incorporant une idée* ». C'est même sans doute une des caractéristiques majeure du copyright aujourd'hui, d'être devenu une sorte d'actif (titre) assurant le contrôle et donc la taxation de toutes sortes d'activités qui n'ont souvent pas grand chose à voir avec la production de l'œuvre d'origine⁵⁴.

Conçue au départ comme une exception aux droits du public et à la liberté de tous à utiliser les œuvres, y compris pour des usages commerciaux, et comme une possibilité offerte aux auteurs mais sans réelle obligation, l'institution est devenue à l'inverse aujourd'hui, dans certaines industries et pour certaines productions, une sorte de norme, une règle impérative et quasi-absolue, tous les producteurs et utilisateurs étant alors contraints par le statut, et les productions hors-copyright ne pouvant même plus exister. On sait que cette situation a donné, dans le domaine du logiciel, naissance par réaction au mouvement des logiciels libres, avec l'apparition d'une forme de statut alternatif au copyright, la licence GPL avec sa clause *copyleft*; et l'essor de nouveaux modèles économiques, construits sur la fourniture de services à partir d'un stock commun, librement utilisable, une sorte de retour des éléments les plus caractéristiques de l'ancienne économie du *reprint*. Mais bien d'autres secteurs sont aujourd'hui concernés.

54 Comme les cartes postales pour les architectes dans le système français du droit d'auteur.

Annexes :

(A) Dépôts à la Librairie du Congrès au titre du copyright - XIX^{ème} siècle

[Les dépôts sont centralisés à la Librairie du Congrès à partir de 1865-1866]

	1867		1880		1898-1899*		1900-1901*	
	Number	%	Number	%	Number	%	Number	%
Books	1 493	33,2	6 185	33,7	5 834	9,8	7 027	8,4
Pamphlets, articles...	1 340	29,7	-		9 381	15,8	11 836	14,2
Periodicals	-		4 391	23,9	9 777	16,5	19 573	23,4
Dramatic compositions	-		73	0,3	507	0,8	815	0,9
Musical compositions	1 256	27,9	5 264	28,7	19 976	33,7	21 295	25,5
Maps and charts	91	2,0	821	4,4	1 478	2,5	1 566	1,8
Engravings, cuts, and prints	319	7,0	1 274	6,9	3 505	5,9	5 636	6,7
Chromos and lithographs...	-		-		1 050	1,8	1 757	2,1
Photographs	-		312	1,7	7 695	12,9	13 884	16,6
	4 499		18 330		59 217		83 389	

* fiscal year (et variation dans le classement)

sources : *Reports of the Librarian of Congress*

(B) Enregistrements au copyright au XX^{ème} siècle

	1910		1935		1950		1965		1975	
		%		%		%		%		%
Books (including pamphlets...)	24 740	22,8	54 749	36,8	54 894	28,0	76 098	28,1	111 887	29,9
Periodicals	21 608	19,9	38 418	25,8	55 436	28,2	80 402	29,7	97 616	26,1
Lecture, sermons, addresses	117	0,1	617	0,4	1 007	0,5	848	0,3	1 882	0,5
Dramatic or dramatico- musical compositions	3 911	3,6	6 569	4,4	4 427	2,2	3 343	1,2	4 914	1,3
Musical compositions	24 345	22,5	33 250	22,3	52 309	26,6	80 881	29,9	114 790	30,7
Maps	2 622	2,4	1 444	0,9	1 638	0,8	3 262	1,2	1 847	0,5
Works of art, models, or designs	4 383	4,0	2 977	2,0	4 013	2,0	5 735	2,1	11 010	2,9
Reproductions of works of art	751	0,7	0	0,0	326	0,1	3 241	1,2	5 042	1,3
Drawings...	317	0,3	2 606	1,7	1 316	0,6	1 239	0,4	856	0,2
Photographs	13 348	12,3	2 327	1,5	1 143	0,5	860	0,3	1 507	0,4
Prints and pictorial illustrations	11 925	11,0	4 117	2,7	4 309	2,2	2 927	1,0	5 082	1,3
Commercial prints and labels	?		?		13 320	6,8	7 509	2,8	4 663	1,2
Motion pictures photoplays	-		808	0,5	782	0,4	2 536	0,9	1 011	0,2
Motion pictures not photoplays	-		900	0,6	1 113	0,5	1 216	0,4	2 027	0,5
Sound recordings	-		-		-		-		8 938	2,3
Total	108 067		148 782		196 033		270 097		373 072	
Renewals (all classes)	1 007		8 180		14 531		23 520		28 202	

sources : *Reports of the Librarian of Congress, Reports of the registers of copyright*

Références bibliographiques :

- Anonyme, 1854, "International Copyright", *The American Law Register*, Vol. 2 (3), January, pp. 129-144.
- Barnes, James J., 1974, *Authors, Publishers, and Politicians: The Quest for an Anglo-American Copyright Agreement, 1815-1854*, Routledge & Kegan Paul, London.
- Bastiat, Frédéric, 1847, « Discours au Cercle de la librairie, suivi d'une lettre à ... », in Sagot-Duvaurox, *La propriété intellectuelle, c'est le vol !...*, 2002, pp. 37-49.
- Becker Howard S., 1974, « Art As Collective Action », *American Sociological Review*, Vol. 39, No. 6. (Dec.), pp. 767-776.
- Benhamou, Françoise et Joëlle Farchy, 2007, *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, Paris.
- Besen, Stanley, and L. Raskind., 1991, « An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property », *Journal of Economic Perspectives*, 5, pp. 3-27.
- Bettig, Ronald Valentin, 1996, *Copyrighting culture : the political economy of intellectual property*, Westview Press, Boulder (Colo.).
- Bracha, Oren, 2005, *Owning ideas: A history of Anglo-American intellectual property*, Harvard Law School, S.J.D. Dissertation, Cambridge Mass. <<http://www.obracha.net/oi/oi.htm>>
- Bracha, Oren, 2008a, « Commentary on Folsom v. Marsh, USA (1841) », in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, <<http://www.copyrighthistory.org>>
- Bracha, Oren, 2008b, « Commentary on Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. (1903) », in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, eds L. Bently & M. Kretschmer, <www.copyrighthistory.org>
- Breyer, Stephen, 1970, "The uneasy case for copyright : a study of copyright in books, photocopies, and computer programs", *Harvard Law Review*, 84(2), December, pp. 281-351.
- Carey, Henry Charles, 1853, *Letters on international copyright*, A. Hart, 2^{ème} édition 1868, Philadelphia.
- Chevalier, Michel, 1878, *Les Brevets d'invention examinés dans leurs rapports avec le principe de la liberté du travail et avec le principe de l'égalité des citoyens*, Librairie Guillaumin et Cie, Paris.
- Clark, Aubert J., 1960, *The Movement for International Copyright in Nineteenth Century America*, Catholic University of America Press, Washington.
- Clayton, Lewis R., 2005, « The merger doctrine », *The National Law Journal*, June 6, www.nlj.com.
- Curtis, George Ticknor, 1847, *Treatise of copyright*, Little and J. Brown, Boston. <<http://www.copyrighthistory.org/>>
- Denicola, Robert C., 1979, "Copyright and Free Speech, Constitutional Limitations on the Protection of Expression", *California Law Review*, Vol 67 (2), March, pp. 283-316.
- Denicola, Robert C., 1999, "Freedom to copy", *The Yale Law Journal*, vol. 108 (7), May, pp. 1661-1686.
- De Wolf, Richard C., 1925, *An outline of copyright law*, John W. Luce & Cy, Boston.
- Dock, Marie-Claude, 1962, *Contribution historique à l'étude des droits d'auteur...*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris.
- Drone, Eaton S., 1879, *A treatise on the law of property in intellectual productions in Great Britain and the United States : embracing copyright in works of literature and art, and playwright in dramatic and musical compositions*, Little, Brown and Cy, Boston.
- Dupuit, Jules, 1861, "Du principe de propriété : le juste, l'utile", *Journal des Economistes*, in Sagot-Duvaurox, *La*

propriété intellectuelle, c'est le vol !..., 2002, pp. 51-107.

Françon, André, 1955, *La propriété littéraire et artistique en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, étude critique*, Librairie Arthur Rousseau, Paris.

Friedman, David D., William M. Landes, and Richard A. Posner, 1991, « Some Economics of Trade Secret Law », *Journal of Economic Perspectives*, 5 (1), Winter, p. 61-72.

Ginsburg, Jane C., 1990, "Creation and commercial value : copyright protection of works of information", *Columbia Law Review*, Vol. 90(7), nov., pp. 1865-1938.

Gordon, Wendy, J., 1982, "Fair use as market failure: A structural and economic analysis of the Betamax case and its predecessors", *Columbia Law Review*, Vol. 82 1600.

Gordon, Wendy, J., 1992, "On owning information: Intellectual property and the restitutionary impulse", *Virginia Law Review*, Vol. 78 (1), Symposium on the Law and Economics of Intellectual Property, (Feb., 1992), pp. 149-281.

Gordon, Wendy, J. et Richard Watt (eds), 2003, *The economics of copyright*, Edward Elgar, Cheltenham, UK.

Hackney, James R., 2003, « Law and neoclassical economics theory : a critical history of the distribution/efficiency debate », *The Journal of Socio-Economics*, 32, p. 361-390.

Hadfield, Gilliam K., 1992, « The Economics of Copyright : A Historical Perspective », *Copyright Law Symposium (ASCAP)* 38, pp. 1-46.

Helfand, Michael Todd, 1992, « When Mickey Mouse is as strong as superman : The convergence of intellectual property Laws to protect fictional Literary and pictorial characters », *Stanford Law Review*, vol. 44 (3), feb., pp. 623-674.

Horwitz, Morton J., 1973, "The transformation in the conception of property in american law, 1780-1860", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 40 (2), winter, pp. 248-290.

Horwitz, Morton J., 1982, "The history of the public/private distinction", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130 (6), june, pp. 1423-1428.

Hurt, Robert M. et Robert M. Schuchman, 1966, "The economic rationale of copyright", *The American Economic Review*, Vol. 56 (1-2), march, pp. 421-432.

Johnson, William R., 1985, « The Economics of Copying », *Journal of Political Economy*, Vol. 93 (1), feb., pp. 158-174.

Kaplan, Benjamin., 1967, *An Unhurried View of Copyright*, Columbia University Press, New York and London.

Khan, B. Zorina., 2005, *The Democratization of Invention: Patents and Copyrights in American Economic Development, 1790-1920*. New York: Cambridge University Press.

Khan, B. Zorina., 2006, « An Economic History of Copyright in Europe and the United States », EH.Net Encyclopedia, edited by Robert Whaples, February 19, < <http://eh.net/encyclopedia/article/khan.copyright>>.

Landes, William M. et Richard Posner, 1987, « Trademark law : An economic perspective », *Journal of Law and Economics*, Vol 30 (2), pp. 265-309.

Landes, William M. et Richard Posner, 1989, « An Economic Analysis of Copyright Law », *Journal of Legal Studies*, Vol. XVIII (2), pp. 325-363.

Landes, William M. et Richard Posner, 2002, « Indefinitely Renewable Copyright », *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, No. 154, pp. 1-41.

Legrand, Pierre et Samuel Geoffrey, 2008, *Introduction au commun law*, La Découverte, Collection Repères.

Lessig, Lawrence, 2002, *The fate of the commons in a connected world*, Vintage books, Random house, New-York.
(<http://www.the-future-of-ideas.com/>)

Lemley, Mark, 2005, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", Standford,
<http://www.law.stanford.edu/publications/stanford_lawyer/issues/73/Property.html>

Lubar, Steven, 1991, « The Transformation of Antebellum Patent Law », in « Patents and Inventions », Special Issue, *Technology and Culture*, vol 32, pp. 932- .

Macaulay, Thomas Babington, 1841, *Speech in the House of Commons*, 5 février 1841.
<<http://www.baen.com/library/palaver4.htm>>

McGill, Meredith L., 1997, "The Matter of the Text: Commerce, Print Culture, and the Authority of the State in American Copyright Law", *American Literary History*, Vol. 9 (1), spring, pp. 21-59.

McGill, Meredith, 2003, *American Literature and the Culture of Reprinting, 1834-1853*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

Machlup, Fritz et Edith Penrose, 1950, « The patent controversy in the nineteenth century », *The Journal of Economic History*, 10 (1), pp. 1-29.

Merges, Robert P., 2000, « One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law 1900-2000 », *California Law Review*, vol. 88, pp. 2187-2240.

Molinari, Gustave de, 1853, « Propriété littéraire et artistique », *Dictionnaire de l'économie politique de Ch. Coquelin et Guillaumin*, tome 2, pp. 473-478.

Novos, Ian E. et Michael Waldman, 1984, « The effect of increasing copyright protection : an analytic approach », *Journal of Political Economy*, Vol. 92 (2), april, pp. 236-246.

O'Hare, Michael, 1982, « Copyright and the protection of economic rights », *Journal of Cultural Economics*, vol. 6 (1), June, pp. 33-48.

Paris, Thomas, 2002, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, Presses Universitaires de France, Paris.

Patault, Anne-Marie, 1989, *Introduction historique au droit des biens*, Presses Universitaires de France, Paris.

Patry, William, 1997, « The failure of the american copyright system: protecting the idle rich », *Notre Dame Law Review*, Vol. 72, may, pp. 907.
<<http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/OpposingCopyrightExtension/constitutionality/PatryNotreDameArt1997.html>>

Patry, William F., 2000, *Copyright Law and Practice*, 1994, The Bureau of National Affairs, Inc.

Patterson, Lyman Ray et Stanley W. Lindberg, 1991, *The Nature of Copyright, A Law of Users' Rights*, University of Georgia Press, Athens.

Patterson, Lyman Ray, 1968, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, Nashville.

Plant, Arnold, 1934, « The economic aspects of copyright in books », *Economica*, 1(2), p. 167-195.

Posner, Richard A., 2005, « Intellectual Property: The Law and Economics Approach », *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 19, No. 2., Spring, pp. 57-73.

Putnam, George Haven (éd.), 1891, *The Question of copyright, a summary of the copyright laws at present in force in the chief countries of the world...*, G. P. Putnam's Sons, New York.

Reese, R. Anthony, 2007, « Innocent Infringement in U.S. in Copyright Law: A History », *Columbia Journal of Law & the Arts*, 30, pp. 133-184.

Renouard, Augustin-Charles, 1838-1839, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard, Paris.

Rose, Mark. 1993, *Authors and Owners, The Invention of Copyright*, Harvard University Press, Cambridge.

Sagot-Duvaurox Dominique, 2002, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Les majorats littéraires* (et un choix de contributions au débat sur le droit d'auteur au XIX^{ème} siècle), Les presses du réel, Dijon.

Samuels, Edward, 1993, « The public domain in copyright law », *Journal of the Copyright Society*, Vol. 41, p. 137

Samuelson, Pamela, 2007, « Principles for resolving conflicts between trade secrets and the first amendment », *Hastings Law Journal*, reprint in *First Amendment Law Handbook, 2007-08*, Rodney A. Smolla ed., West Group, pp. 1083-1158.

Samuelson, Pamela, 2007, « Why copyright law excludes systems and processes from the scope of its protection », *Texas Law Review*, Vol. 85(1), pp. 1921-1977.

Schäffle, Albert Eberhard Friedrich, 1861, *Die Nationalökonomie, oder allgemeine Wirtschaftslehre, für Gebildete aller Stände*, O. Spamer, Leipzig.

Smith, Adam, 1978, *Lectures on Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford.

Tushnet, Rebecca, 2004, « Copy this essay: How fair use doctrine harms free speech and how copying serves it », *The Yale Law Journal*, Vol. 114 (3), dec., pp. 535-590.

Watt, Richard, 2000, *Copyright and Economic Theory: Friends or Foes ?*, Edward Elgar, Cheltenham, UK.

Xifaras Mikhaïl, 2004, *La propriété, Etude de philosophie du droit*, Presses Universitaires de France, Paris.