

## A-t-on raison de vouloir protéger juridiquement l'innovation ?

*Hervé Dumez*  
École polytechnique / CNRS

Sous-jacente à la législation qui interdit la copie est une théorie énonçant qu'il faut protéger la création si l'on veut une société et une économie d'innovation. Généralisée, la pratique de la copie tuerait la créativité. Est-ce si sûr se demandent deux juristes, Kal Raustiala et Christopher Sprigman (2012) dans *The Knockoff economy. How imitation sparks innovation ?*

La thèse défendue par les auteurs n'est pas qu'il faut mettre fin au système de la protection juridique de l'innovation (celui-ci reste notamment nécessaire quand les investissements en création sont élevés, comme dans l'industrie pharmaceutique). Elle consiste à montrer que l'innovation peut coexister dans certains secteurs avec la copie, et que la copie généralisée peut même parfois (souvent ?) favoriser l'innovation (ce que les auteurs appellent le « paradoxe du piratage »). La leçon tirée est qu'il faut donc être prudent en matière de réglementation visant à entraver la copie : celle-ci peut dans certains cas avoir l'effet contraire à son objectif et freiner l'innovation en voulant la protéger.

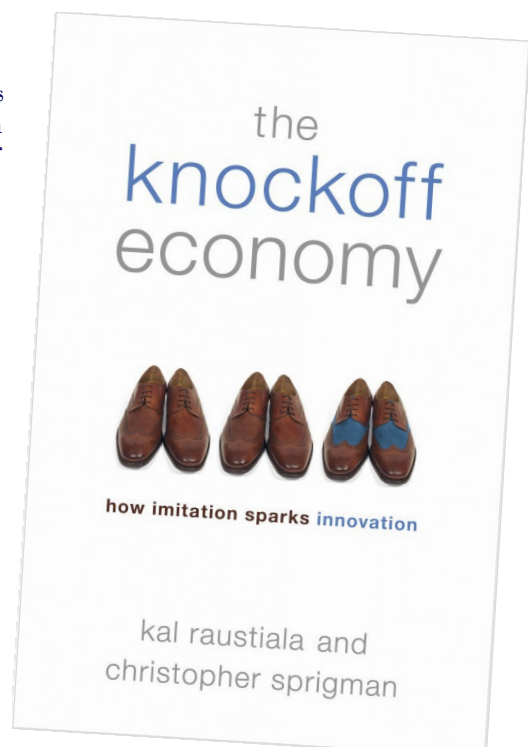
### La thèse de K. Raustiala et C. Sprigman

Comment s'énonce la théorie du monopole de l'innovation ?

The standard justification for rules against copying is practical and purposeful. Since copying is cheaper than creating, the theory holds, creators will not create if they know that others will simply copy their ideas. Restrictions on copying are necessary to ensure that copying does not drive out creativity. Granting creators a monopoly over the right to make copies of their work is a strategy to achieve the goal of more innovation. (p. 21)

Si l'on raisonne ainsi, on devrait voir des rythmes d'innovation élevés dans les secteurs protégés par les brevets, et une créativité en berne dans les secteurs où l'innovation n'est pas protégée juridiquement. En dynamique, dans un secteur où est introduite la protection juridique de l'innovation, on devrait voir la créativité s'épanouir brusquement.

Les auteurs mènent donc l'enquête et le résultat ne ressemble pas à celui prédit par la théorie. En étudiant la mode, les restaurants, la musique, les banques de données,



la finance, le *one man show* comique, etc., ils montrent qu'il existe des secteurs extrêmement créatifs alors que l'innovation n'y est pas juridiquement protégée, et que l'on peut même constater des cas où la non protection juridique stimule la créativité. Autrement dit, comme toujours, la réalité est plus compliquée que la théorie ou, plus exactement, pour rendre compte de la réalité, il faut mettre au jour des mécanismes qui dans certains contextes produisent un résultat, et dans un autre contexte en produisent un autre<sup>1</sup>.

La thèse finalement défendue est qu'il n'est pas question de supprimer le droit de la propriété intellectuelle mais qu'il faut être prudent quand on veut l'appliquer et surtout l'étendre. Il ne garantit pas en effet, mécaniquement, la stimulation de l'innovation, et il peut parfois la freiner. L'intérêt du livre repose plus sur les études de cas que sur l'analyse théorique elle-même, nous reviendrons sur ce point.

### La mode

Le secteur de la mode représente en chiffre de ventes annuel un milliard trois cent millions de dollars environ. C'est à lui tout seul plus que la somme du secteur du cinéma, du livre, des logiciels et de la musique enregistrée. Il n'existe pas de protection juridique de l'innovation dans cette industrie (du moins au niveau de la création, c'est-à-dire de la conception, du *design*). Pourquoi ? Parce que la Cour Suprême a toujours été réticente à appliquer le droit de la propriété intellectuelle à des secteurs produisant des biens de nécessité (l'habillement, la nourriture, le meuble). Le copyright s'applique à des produits artistiques non fonctionnels (la musique par exemple). La copie est donc un trait caractéristique du secteur de la mode. Le livre débute avec cet exemple : en 2007, Paris Hilton apparaît dans une émission de télé avec une robe à fleurs dessinée par Foley + Corinna, une firme de mode fondée par Dana Foley et Anna Corinna. Très peu de temps après, une firme de détail en habillement, Forever 21, met sur le marché une copie de cette robe. Si l'on suit la théorie standard, ce genre de chose devrait tuer toute créativité du *design* de mode. Ce n'est évidemment aucunement le cas. Coco Chanel elle-même estimait que d'être copiée était la rançon du talent et du succès. Mais, plus profondément, le fonctionnement du secteur est en cause : en étant copiées, les créations perdent progressivement de leur pouvoir d'attraction ; les créateurs sont donc incités à créer du nouveau en permanence. De plus, l'absence de copyright sur un *design* et sur ses dérivés autorise des déclinaisons ou copies créatives. Enfin, la copie crée la tendance : parmi toutes les créations, certaines « prennent » parce qu'elles sont imitées, ce qui structure la saison. C'est finalement ce que les auteurs appellent le « paradoxe de la piraterie » : la copie généralisée non seulement ne tue pas l'innovation, mais elle accélère le cycle de création et favorise un plus grand volume de ventes par un raccourcissement du temps d'obsolescence. Il ne s'agit pas d'un simple argument en termes de *first-mover advantage*. Le facteur clef est le consommateur à l'affût (*early adopter*) : le fait que des copies apparaissent rapidement le pousse à rechercher en permanence la différenciation, donc à créer de nouveaux marchés. Autrement dit, la mode offre un cas illustrant le fait que l'absence de protection juridique ne tue pas l'innovation, mais la favorise.

### La musique

Le piratage est-il en train de tuer la musique ? Les auteurs consacrent l'épilogue de leur livre à cette question. En dix ans, les revenus de l'industrie ont baissé de 60%. Le premier élément de l'analyse est une constatation : le piratage généralisé n'a jusqu'ici pas tué la création musicale. La musique connaît au contraire une créativité

1. Sur la notion de mécanisme, voir Hedström & Swedberg (1998) ; Depeyre & Dumez (2007) ; Hedström & Bearman (2009).

constante, voire croissante. Pourquoi ? Parce que les techniques qui rendent le piratage aisé abaissent en même temps le coût de la création et de la distribution : plus besoin de studios d'enregistrement coûteux pour créer une chanson, ni surtout d'investissements de distribution prohibitifs du fait d'Internet. La seconde raison a été formulée par Mick Jagger qui a fait remarquer que la période récente ferme une parenthèse dans l'histoire de la musique : depuis les débuts de l'humanité, la musique a été un spectacle vivant. Après la Seconde Guerre Mondiale, elle a été dominée par l'enregistrement, qui a conduit à l'apparition d'une industrie. C'est cette page qui est probablement en train de se tourner. La thèse des auteurs est que le piratage n'est pas en train de tuer la musique, mais les majors du secteur. Et s'ils disparaissent, ils le devront sans doute plus à leurs erreurs stratégiques qu'au piratage lui-même. La déstabilisation du secteur est venue de Napster. Un étudiant de 19 ans, Shawn Fanning, crée en 1999 le premier service de partage de fichiers musicaux sur Internet. En quelques mois, 50 millions d'utilisateurs le rejoignent. La réaction de l'industrie est attendue : la Recording Industry Association of America (RIAA) poursuit Napster devant les tribunaux et lui demande 100.000 dollars de dommages et intérêts pour toute chanson téléchargée. À genoux, Napster propose un *deal* : racheter pour 1 milliard de dollars la licence pour les fonds des majors, faire payer un abonnement mensuel aux utilisateurs entre 3 et 10 dollars, et reverser des droits aux compagnies estimés annuellement à quelques 200 millions de dollars. Les majors refusent et Napster doit fermer en 2001, mais d'autres prennent le relais. La RIAA continue de poursuivre. En 2005, la Cour Suprême condamne Grokster. Mais le piratage continue, comme si dès qu'un site était fermé, trois se rouvraient. Les auteurs notent :

It is often not copying per se that is a problem, but how copying is understood and addressed. (p. 215)

Napster était un serveur. En utilisant intelligemment l'information générée par ce serveur, il y avait sans doute pour les majors d'énormes bénéfices à faire. Apple arrive ensuite, entreprise alors mal en point, qui cherchait un nouveau souffle avec l'ipod. Les majors ont cette fois signé un accord de licence et Apple a pu faire payer ses utilisateurs. Mieux, Apple a créé une dépendance des consommateurs à sa plateforme (quand un consommateur change son ipod pour un concurrent, il perd toute sa bibliothèque musicale). En quelques années, la firme a raflé un quart de tout le marché des ventes de musique aux USA.

Le cas illustre le fait que les combats juridiques autour de la copie sont souvent des combats d'arrière-garde, fruits de stratégies peu imaginatives. Quand le magnétoscope, le DVD et Internet sont arrivés, tout le monde a prédit la disparition de l'industrie cinématographique. À la différence de l'industrie musicale, elle se porte bien. Le cinéma a su se réinventer comme une expérience. Les consommateurs peuvent pirater des films pour les regarder chez eux, et continuer à sortir au cinéma, dans des salles plus belles, plus agréables, faisant de la sortie d'un film un événement. Les organisateurs de concerts vivent souvent bien, mais l'industrie musicale en général n'a pas su prendre le tournant.

### **Les secteurs à régulation partielle**

Les auteurs s'intéressent aussi à des secteurs qui connaissent la protection juridique sur certains aspects et tolèrent la copie sur d'autres.

La restauration est de ce type (ne la négligeons pas : en 2010, le chiffre d'affaires du secteur aux États-Unis était de 604 milliards de dollars ; ne la caricaturons pas non plus : il existe plus de restaurants chinois aux États-Unis que de McDonald's).

Comme pour le textile, la Cour Suprême n'accorde pas à l'invention culinaire une protection juridique. Les grands chefs qui inventent un plat le voient souvent copier, d'autant que leurs cuisines sont remplies d'apprentis qu'ils forment et qui ensuite créent leur propre restaurant. Il existe une régulation informelle, étudiée par Fauchart et von Hippel (2008) dans un article célèbre, qui tourne autour de trois principes : 1. un chef ne copie pas telle quelle la recette d'un concurrent ; il y met une touche personnelle ; 2. quand un chef reçoit d'un autre une information (une recette, un savoir-faire), il ne la passe pas à d'autres ; 3. quand un chef reçoit d'un autre une information, il cite sa source et rend hommage au créateur de qui il tient l'information. Il existe donc une protection informelle dans le milieu des grands chefs, qui se révèle efficace : qui l'enfreint peut se retrouver au ban de la communauté et le payer très cher. Mais il existe aussi une protection juridique qui repose sur la notion de "*trade dress*" ou habillage commercial. Si un produit en lui-même n'est pas protégé, son habillage peut l'être. Par exemple, une chaîne de restaurants mexicains Taco Cabana, basée à San Antonio, a poursuivi devant les tribunaux un concurrent de Houston, Two Pesos. L'affaire est remontée à la Cour Suprême qui a considéré qu'effectivement les restaurants Taco Cabana étaient conçus d'une manière particulière et que Two Pesos avait copié illégalement ce *trade dress* – *Two Pesos v. Taco Cabana*, 505 U.S. 205 (2000).

La finance est également un secteur de ce type. Longtemps, rien n'y a été protégé, par exemple l'invention d'un nouvel indice. Dans les dernières années, le secteur a sans doute constitué un des cas où les innovations ont été les plus profondes et rapides (ce qui a d'ailleurs pu prendre une dimension dangereuse). Il s'agit de répondre aux besoins de clients particuliers et sophistiqués, de diminuer les coûts de transaction, les impôts et les régulations, d'avoir une meilleure gestion de la qualité des dettes, de tirer avantage des nouvelles technologies (Tufano, 2003). Or, un arrêt rendu par une cour fédérale aurait dû changer la face du secteur. Il s'agit de *State Street Bank and Trust Co. v. Signature Financial Group Inc.*, 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998). Pour la première fois de l'histoire une cour fédérale a estimé qu'une nouvelle méthode de gestion (*business method*) était susceptible d'être brevetée. La méthode en question était de nature financière. En 1997, un an avant cet arrêt, le Patent and Trademark Office disposait d'une catégorie ainsi intitulée : "*Data processing : Financial, Business Practice Management, or Cost/Price Determination*" et avait enregistré 168 demandes de brevets sous cette rubrique. Un an après l'arrêt, le chiffre était monté à 833 et en 2009 on en était à 1956 soit un facteur 10 entre l'avant et l'après décision juridique (mais ce qui ne représente qu'un dixième de l'ensemble des demandes annuelles de brevets aux États-Unis). La face du secteur en a-t-elle été changée ? La National Science Foundation n'a enregistré aucun accroissement de la R&D dans le secteur des services financiers suite à la décision et concomitant à l'augmentation du nombre de brevets (Hunt, 2010). De la même manière, il ne semble pas que l'innovation dans le secteur soit depuis liée de manière centrale à des dépôts de brevets (Tufano, 2003).

### **Le cas des banques de données**

Le cas des banques de données constitue un cas expérimental quasiment pur aux yeux des auteurs. Il a en effet été traité différemment sur le plan juridique des deux côtés de l'Atlantique. Feist évoque pour les américains les pages blanches du téléphone. Les pages blanches sont une banque de données, sur papier ou sur Internet. Une autre compagnie peut-elle copier les noms, adresses et numéros de téléphone de ces pages blanches ? L'affaire est remontée jusqu'à la Cour Suprême –

*Feist Publications Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991). Dans l'esprit de la décision qu'elle avait prise en matière de recettes de cuisine, la Cour a estimé que des faits bruts tels que ceux dont sont constituées les pages blanches ne pouvaient pas être protégés par les dispositifs garantissant la propriété intellectuelle. Dans le cas des pages blanches, la Cour a ajouté : l'organisation des données par ordre alphabétique est bien trop fruste pour l'être. D'après la Cour, la constitution des États-Unis protège un travail original qui montre une stimulation (*spark*) de créativité. Or, il n'y a rien d'original ni de créatif dans des données brutes organisées par ordre alphabétique. En face, les tenants de la théorie standard ont rétorqué : si les données des bases peuvent être librement copiées, alors personne ne dépensera de l'argent et du temps pour recueillir ces données. Donc, l'industrie des banques de données aux États-Unis va décliner (effet prédit par la théorie standard).

Et elle va décliner d'autant plus rapidement que l'Europe a pris des dispositions inverses sur le plan juridique. En 1992 en effet, en réponse à la position prise par les États-Unis, la Commission européenne a émis une directive garantissant la protection des données brutes pendant quinze ans avec une extension possible. Cette protection ne peut être revendiquée que pour les firmes européennes et celles de pays extérieurs à l'Union européenne qui disposent du même type de protection (donc, les firmes américaines sont exclues du dispositif).

En 2005, l'Union européenne a commandité une étude sur cette réglementation. Cette étude a conclu que l'impact de ce dispositif destiné à stimuler le développement des banques de données en Europe n'était pas prouvé. Pire : en 1992 au moment de l'orientation divergente entre l'Europe et les États-Unis, la part de marché des firmes européennes du secteur s'élevait à 26% du marché mondial et celle des firmes américaines à 60%. En 2005, celle des firmes américaines était montée à 70% et celles des firmes européennes stagnait, voire régressait légèrement selon certains indicateurs. Bien évidemment, l'interprétation de ce qui se passe est plus compliquée qu'il n'y paraît dans la mesure où il existe des dispositifs de protection des données autres que l'interdiction légale pure et simple de la copie. Les firmes signent par exemple des contrats avec leurs clients avec des clauses de protection ou elles utilisent des formes de cryptage. On ne compare donc pas simplement un cas avec protection et un cas sans protection. Par contre, ce qui est sûr est que les États-Unis, ayant fait le choix de ne pas protéger les données tout en protégeant leur *organisation*, ont abaissé les coûts de création de nouvelles banques de données (les données étant copiables) et ont orienté par contre la créativité vers l'organisation, la présentation, l'exploitation de ces données. Ce qu'on peut généraliser :

In short, rules about copying are not just about promoting more or less innovation; they also shape what kind of innovation occurs. And this suggests that when we think about the rules governing creativity, we also have to think about what sort of innovation we really want. (p. 118)

### **Mise en perspective**

Le sujet du livre est central pour le devenir de nos économies. L'ouvrage est fait de cas vivants et riches. La perspective choisie structure leur construction sans la forcer. La thèse est nuancée. Il ne s'agit pas de plaider pour un abandon du copyright : certains secteurs disent les auteurs ont besoin d'une protection forte en raison d'investissements de R&D considérables – c'est le cas de l'industrie pharmaceutique on l'a dit. Par contre, le livre fournit une argumentation solide pour résister au lobbying des firmes selon lequel il faudrait sans cesse étendre la propriété intellectuelle et l'interdiction de la copie à des domaines nouveaux, comme si tout

était acte de créativité et d'originalité. Ce que montre de manière convaincante le livre est que, dans de nombreux secteurs, le droit à la copie est au contraire un mécanisme puissant d'innovation : la concurrence reste le moteur de cette dernière, et l'octroi de monopoles via des brevets, par exemple, doit être manié avec beaucoup de précaution.

Méthodologiquement, le livre bute pourtant sur une limite : il n'a pas identifié les mécanismes qui font que dans certains secteurs l'interdiction de la copie doit être forte alors que dans d'autres secteurs elle doit être levée ou, plus subtilement être maniée de façon à conduire aux formes d'innovation les plus souhaitables. Manque la dernière étape de l'analyse, celle qui aurait dû mettre en évidence des mécanismes derrière la créativité et la copie expliquant des situations diversifiées et pouvant orienter la décision publique.

### Références

- Depeyre Colette & Dumez Hervé (2007) "La théorie en sciences sociales et la notion de mécanisme : à propos de *Social Mechanisms*", *Le Libellio d'Aegis*, vol. 3, n° 2, pp. 21-24.
- Fauchart Emmanuelle & von Hippel Eric (2008) "Norms-based intellectual property systems: The case of French chefs", *Organization Science*, vol. 19, n° 2, pp. 187-201.
- Hedström Peter & Swedberg Richard [Eds] (1998) *Social Mechanisms. An Analytical Approach to Social Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 294-314.
- Hedström Peter & Bearman Peter (2009) *The Oxford Handbook of Analytical Sociology*, Oxford, Oxford University Press.
- Hunt Robert M. (2010) "Business Method Patent and U.S. Financial Services", *Contemporary Economic Policy*, vol. 28, n° 3, pp. 322-352.
- Raustiala Kal & Sprigman Christopher (2012) *The Knockoff economy. How imitation sparks innovation*, Oxford, Oxford University Press.
- Tufano Peter (2003) "Financial Innovation", in Constantinides George M., Harris Milton & Stulz Rene M., *Handbook of the Economics of Finance (Volume 1a: Corporate Finance)*, North Holland Elsevier, pp. 307-336 ■