



**Bureau
d'économie
théorique
et appliquée
(BETA)
UMR 7522**



Rapport final

Etude réalisée pour le **Département des études, de la prospective et des statistiques (DEPS)** du ministère de la Culture et de la Communication

Les moteurs du renouvellement créatif dans les secteurs avec peu de propriété intellectuelle légale

Revue de la littérature

Par

Emmanuelle Fauchart, Valentine Millot, Julien Pénin

Février 2015

Avec les contributions de

Généviève Dupuis

Francis Gosselin

BETA (Bureau d'Economie Théorique et Appliquée),
Université de Strasbourg & CNRS (UMR 7522)

Introduction générale

L'objectif général de ce travail est, selon les termes de la recherche demandée, 'd'identifier et d'investiguer un ensemble limité de secteurs économiques créatifs qui fournissent régulièrement au consommateur final de nouveaux produits mais sans bénéficier pour autant d'un régime protecteur en matière de propriété intellectuelle similaire à celui dont bénéficient des industries culturelles traditionnelles'. Dans le cadre de ce contrat, le ministère de la Culture et de la Communication est plus précisément intéressé par une synthèse des principaux éléments présents dans la littérature en économie-gestion sur l'innovation en l'absence de propriété intellectuelle et par la formulation, sur les bases de cette revue de la littérature, de propositions de pistes de recherche pertinentes, sectorielles ou générales.

À l'ère de l'économie numérique, la diffusion des œuvres est de plus en plus facile et rapide et les droits de propriété intellectuelle formels de plus en plus difficiles à faire respecter. Pour un grand nombre de secteurs frappés par le passage au numérique (musique, cinéma, presse par exemple), la question des incitations à la création se doit d'être reconsidérée. Si les nouvelles créations peuvent être copiées illégalement et gratuitement, pourquoi alors investir pour les développer ? Quelles sont les incitations dont bénéficient les créateurs ? Dans ce contexte, il est ainsi pertinent de s'intéresser à des secteurs dans lesquels l'activité créative semble importante alors même que les créateurs ne peuvent pas bénéficier de droits de propriété formels. En particulier, cela doit nous permettre de comprendre les liens complexes entre propriété intellectuelle et incitations à créer et de mettre en avant d'autres mécanismes incitatifs qui peuvent, dans certains cas, se substituer à la propriété intellectuelle et garantir un niveau élevé d'incitation même en l'absence de propriété intellectuelle formelle.

Le rapport s'organise comme suit : nous commençons par une analyse économique de la propriété intellectuelle et de ses limites (partie 1). Nous rappelons quels sont les instruments de la propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur et marques) et exposons un certain nombre d'évolutions récentes significatives. Nous exposons également les différentes visions de la propriété intellectuelle, insistant en particulier sur l'opposition entre une vision fondée sur le droit naturel et une vision dite fonctionnaliste, généralement défendue par les économistes. Pour ces

derniers, la propriété intellectuelle doit en effet permettre de concilier l'intérêt privé du créateur et l'intérêt social ou, dit autrement, elle doit inciter les individus à créer sans empêcher les autres d'innover à leur tour. Enfin, nous identifions les hypothèses sous lesquelles les droits de propriété intellectuelle fournissent des incitations importantes à l'innovation, ce qui nous permet, par symétrie, de comprendre dans quels contextes l'innovation et la création sont susceptibles de se développer sans propriété intellectuelle.

Ensuite, dans les parties 2 à 4, nous exposons les cas détaillés de trois domaines dans lesquels les droits de propriété intellectuelle ont une application limitée ou ne sont pas utilisés par les créateurs ou innovateurs et qui comportent néanmoins une activité créative importante. Il s'agit de la haute cuisine (partie 2), de la haute couture (partie 3) et du spectacle vivant (partie 4). Nous expliquons quels sont les moteurs du renouvellement créatif dans ces secteurs. En particulier, nous montrons que l'absence de droits de propriété intellectuelle ne nuit pas forcément aux créateurs car l'expérience que constitue la consommation ou l'usage des biens offerts par ces secteurs a souvent des aspects uniques qui sont difficilement reproductibles et copiables par des concurrents, offrant ainsi une protection a minima aux créateurs (reproduisant en partie les conditions d'un monopole naturel). Nous discutons également des évolutions possibles concernant la protection de la création dans certains de ces secteurs, débat en grande partie déclenché par les évolutions technologiques et scientifiques récentes, qui affectent sensiblement les conditions de la reproductibilité de la création dans ces secteurs (par exemple, la plus grande importance accordée à la science dans la haute cuisine qui pourrait changer les conditions de la reproductibilité du bien).

Enfin, la partie 5 offre un résumé de l'ensemble des moteurs du renouvellement créatif dans les secteurs dans lesquels les droits de propriété intellectuelle sont limités ou dans lesquels les acteurs n'y ont pas recours. Nous montrons que ces moteurs sont en fait nombreux et diversifiés. Il peut s'agir par exemple de l'existence d'actifs non imitables complémentaires à l'innovation elle-même, de la présence d'une part importante de motivation intrinsèque pour les créateurs, du 'first mover advantage', ou de normes sociales régulant les comportements de passager clandestin. Ces moteurs, alternatifs aux droits de propriété intellectuelle, permettent aux créateurs et innovateurs de s'approprier les gains de leurs créations sans pour autant exclure les autres

formellement de leur usage. Nous concluons par un essai de typologie permettant de comprendre dans quel contexte les différents effets incitatifs sont les plus susceptibles d'émerger.

Plan du rapport

Partie 1 : l'analyse économique de la propriété intellectuelle et ses limites	p. 5
Partie 2 : le cas de la haute cuisine	p. 30
Partie 3 : le cas de la mode et de la haute couture	p. 52
Partie 4 : le cas du (des) spectacle (s) vivant (s)	p. 67
Partie 5 : Conclusion : les moteurs du renouvellement créatif en l'absence de DPI	p. 89
Conclusion générale.....	p. 108
Références bibliographiques	p. 113

Partie 1 : l'analyse économique de la propriété intellectuelle et ses limites

La question de la propriété intellectuelle (PI dans la suite du rapport) a toujours été un sujet sensible et passionnel. Alors que la mondialisation, internet et la numérisation des œuvres de l'esprit contribuent à faciliter la circulation (autorisée ou non) des créations intellectuelles, le débat sur le bien-fondé de la PI est relancé. Il s'agit pour les uns de protéger les technologies, les marques et les œuvres en accordant légalement des droits de propriété sur celles-ci alors que, pour les autres, la PI est avant tout une entrave à la libre circulation des connaissances et des biens culturels et devrait être abolie ou au moins affaiblie. Dans tous les cas, la PI est un sujet incontournable qui se situe au cœur du processus innovant et créatif.

1.1 Qu'est-ce que la PI ?

Pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle basée à Genève, la PI désigne l'ensemble des droits formels accordés sur les créations de l'esprit (OMPI, 2004). Par création de l'esprit on entend ici les inventions (techniques ou non), les œuvres littéraires et artistiques (telles que romans, poèmes et pièces de théâtre, œuvres cinématographiques et musicales ou encore œuvres relevant des arts plastiques, dessins, peintures, photographies, sculptures, etc.), les symboles (noms, images, sons) et les dessins et modèles.

La propriété intellectuelle se divise en deux branches : la propriété industrielle, qui comprend les brevets, les marques, les dessins et modèles industriels et les indications géographiques; et la propriété littéraire et artistique (PLA), qui comprend le droit d'auteur et les droits voisins, i.e. les droits des artistes interprètes et des producteurs sur leurs enregistrements ainsi que ceux des radiodiffuseurs. Il existe de nombreux types de protection intellectuelle, de nombreux secteurs ayant, de par leurs spécificités, des instruments de protection qui leurs sont propres (comme par exemple le certificat d'obtention végétale pour les plantes). Par souci de simplification, tous ces instruments ne seront pas détaillés dans ce rapport. Seules les modalités de fonctionnement des quatre instruments de PI les plus visibles et les plus pertinents par rapport au domaine de notre

étude seront examinées: le droit d'auteur, le brevet d'invention, les dessins et modèles et les marques.

1.1.1 Le droit d'auteur

Le droit d'auteur protège les créations littéraires et artistiques telles que les romans, films, chansons, ainsi que les logiciels (le législateur considère que les programmeurs écrivent un logiciel de la même manière qu'un écrivain écrit un livre). Il se compose d'un droit moral et de droits patrimoniaux. Le droit d'auteur apparaît du fait même de la création et diffusion d'une œuvre. Il n'est pas nécessaire de s'enregistrer afin d'en bénéficier. Il suffit de diffuser son œuvre (la publier par exemple). Dans les pays de *common law* le « copyright » (droit de copie) constitue le pendant du droit d'auteur français, même s'il existe des différences qui peuvent être considérées comme significatives entre les deux, comme par exemple la place plus importante du droit moral dans le cas du droit d'auteur (Benhamou et Farchy, 2009).

Il est essentiel de souligner que le droit d'auteur protège l'expression (la forme) d'une œuvre et non pas son contenu (les idées, informations contenues dans l'œuvre et qui en sont à l'origine). Le droit d'auteur est en quelque sorte un droit de copie (le terme anglais « copyright » est davantage explicite sur ce point), i.e. il empêche de copier exactement l'ensemble ou une partie d'une œuvre, mais il n'empêche pas un artiste de s'inspirer d'une œuvre existante afin d'en produire une autre, originale. Si, en théorie, vous n'avez pas le droit de faire des copies de ce rapport sans l'autorisation de l'ayant droit, vous avez le droit de vous en inspirer afin de créer une œuvre qui vous est propre. Si vous n'avez pas le droit de diffuser un film sans autorisation, vous avez le droit de vous inspirer de ce film, de son scénario, afin de créer un autre film. Dans le cas des logiciels, il n'est pas possible de copier à l'identique le programme informatique d'un logiciel, mais il est possible de s'en inspirer afin de créer un autre programme réalisant exactement les mêmes fonctions. Le droit d'auteur n'interdit ainsi pas la réutilisation du contenu des œuvres tant que la forme est modifiée.

Les droits moraux conférés par le droit d'auteur regroupent le droit de paternité (le titulaire du droit moral doit toujours être considéré comme l'auteur de l'œuvre), le droit de divulgation (il a

le droit de décider quand et comment diffuser son œuvre), le droit au respect de l'œuvre (il a le droit de s'opposer à toute déformation qui irait à l'encontre de l'esprit et la moralité de son œuvre) et le droit de s'opposer à toute utilisation pouvant porter atteinte à la réputation ou à l'honneur de l'auteur. A noter qu'en France, les droits moraux comportent également le « droit de retrait et de repentir », c'est-à-dire qu'un auteur a le droit de demander à ce que son œuvre soit retirée de la circulation (en échange d'une compensation versée aux personnes engagées dans sa distribution). Les droits moraux conférés aux auteurs par le droit d'auteur sont inaliénables, perpétuels et imprescriptibles c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de les céder, en les vendant par exemple (même si le droit patrimonial est vendu, l'auteur continue à bénéficier de son droit moral), ils n'expirent jamais (même lorsque le droit patrimonial expire) et il est impossible d'y renoncer.

De leur côté, les droits patrimoniaux touchent aux aspects économiques de l'exploitation de l'œuvre. En particulier, ils permettent à l'auteur d'être rémunéré pour les utilisations de son œuvre : publication, adaptation, traduction, etc. Les droits patrimoniaux permettent en particulier d'organiser juridiquement l'exploitation commerciale d'une œuvre et la répartition des gains entre les différentes parties. Ils peuvent être transférés à travers des contrats de cession ou de licence et ont une durée limitée de 70 après la mort de l'auteur dans la plupart des pays (suite aux accords internationaux sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce – ADPIC, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1995).

1.1.2 Le brevet d'invention

Un brevet protège une invention technique. Cette dernière peut correspondre à un nouveau produit ou une nouvelle caractéristique d'un produit, ou encore à un nouveau procédé de fabrication. Le brevet confère à son détenteur un droit exclusif d'exploitation sur l'invention brevetée. Le titulaire du brevet peut ainsi empêcher l'utilisation de l'invention ainsi que sa commercialisation. Les demandes de brevet doivent être adressées à des offices de brevet (en France l'Institut National de la Propriété Industrielle – INPI) qui jugent de leur recevabilité en fonction de trois critères principaux :

- l'invention doit être nouvelle (elle ne doit pas déjà avoir été rendue publique, par exemple publiée, etc.) ;
- elle doit faire preuve d'une activité inventive (ne doit pas découler de manière évidente de l'état de l'art) ;
- et elle doit avoir une application industrielle (les idées abstraites, les découvertes scientifiques ou les inventions purement esthétiques qui n'ont pas de fonction industrielle ne sont pas brevetables ; l'invention doit revêtir un caractère technique). Pour pouvoir prétendre à un brevet l'inventeur doit expliciter clairement quel est le problème technique résolu par son invention (à quoi elle sert).

Après examen, les offices de brevet délivrent ou non le brevet. Ce dernier a alors une durée de vie de 20 après la première demande (demande « prioritaire »), suite à cela l'invention tombe dans le domaine public. Cependant, l'obtention et la conservation du droit d'exclusivité conféré par le brevet s'accompagnent du paiement de taxes. Il est important de rappeler que la protection conférée par le brevet est territoriale. Il n'existe pas de brevet mondial. Enfin, le brevet est un droit cessible : il peut être vendu ou transféré (de manière exclusive ou non) à un tiers.

En contrepartie de la demande de brevet, le demandeur doit divulguer son invention au public. En effet, lors de la demande de brevet le demandeur doit fournir une description détaillée de son invention. Cette description doit être suffisamment exhaustive pour permettre la reproduction de l'invention par un homme instruit de l'état de la technique. Dix-huit mois après la demande prioritaire la description est publiée (elle est mise en ligne sur internet), et l'invention devient ainsi accessible à tous (la publication est automatique et survient même si la demande de brevet est rejetée). Le brevet s'oppose ainsi au secret et contribue à disséminer les connaissances techniques au sein de l'économie.

1.1.3 Les dessins et modèles industriels

Un dessin ou modèle industriel protège la dimension esthétique et/ou ornementale d'un produit (sa forme particulière, ou sa texture originale, son motif, ses traits, ses couleurs, etc.).

Bien qu'il n'améliore par les performances techniques du produit, le dessin ou modèle industriel lui donne son attrait et contribue ainsi à séduire le consommateur. Il ajoute donc à la valeur marchande du produit. Un créateur qui bénéficie pour une forme ou un motif d'une protection par dessin et modèle peut s'opposer à la réutilisation par des tiers de cette forme ou de ce motif. En particulier, le titulaire peut empêcher la fabrication et la vente de produits qui incorporeraient un dessin ou une forme protégés.

En un sens les dessins et modèles constituent le prolongement du droit d'auteur au-delà des secteurs culturels. Les domaines industriels et artisanaux dans lesquels les dessins et modèles sont utilisés sont très divers : il peut s'agir, par exemple, d'appareils électriques ou ménagers, du textile (la ligne d'un vêtement par exemple), des automobiles (la forme d'une aile de voiture), des articles de luxe (la forme d'un flacon de parfum, d'un bijou, d'une montre, d'un sac à main), etc.

Comme pour le brevet, le dessin ou modèle doit être enregistré (en France à l'INPI), a une portée territoriale et possède une durée de vie limitée, en général 5 ans renouvelable 3 fois. Pour pouvoir bénéficier d'une protection par dessin ou modèle, une œuvre doit être originale (nouvelle). Le caractère original est essentiel, signifiant que si le dessin ou modèle préexistait, à l'identique ou dans une forme très proche, avant l'enregistrement, la protection légale ne sera pas obtenue. Egalement, l'aspect technique de l'invention n'est pas pris en compte dans le cas des dessins et modèles. Ainsi, une forme qui proviendrait directement de l'aspect technique d'une invention (par exemple une forme originale de phare de voiture dictée par les considérations techniques de la voiture) ne peut pas être protégée par les dessins et modèles (elle devra être brevetée pour son aspect technique).

1.1.4 Les marques

En France, selon le code de la propriété intellectuelle (article L.711-1), « la marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale ». Une marque est ainsi un signe distinctif qui signale que des produits ou services sont offerts par une certaine entreprise. Elle aide les consommateurs à reconnaître l'origine d'un produit ou d'un service donné et elle

permet à une entreprise de se faire reconnaître par ses clients. En d'autres termes, la marque confère à son détenteur une exclusivité sur la désignation de ses produits. Elle empêche les concurrents de revendiquer l'origine du produit, i.e. elle protège contre l'usurpation de la réputation d'un vendeur. A la différence des autres droits de propriété intellectuelle (DPI), comme le brevet ou le droit d'auteur, les marques ont ainsi comme rôle de protéger une réputation, une image associée à des produits, mais en aucun cas les caractéristiques intrinsèques au produit. Il n'en reste pas moins que les marques constituent souvent des actifs très importants pour les entreprises (Kapferer, 1991, 2008).

En France une marque doit être enregistrée auprès de l'INPI qui procède à des vérifications avant d'accepter la demande (aux Etats-Unis une marque peut avoir une validité légale dès lors qu'elle est utilisée – elle peut être protégée même si elle n'a pas été enregistrée). Pour être enregistrées, les marques doivent être représentées par des symboles distinctifs : lettres, chiffres, formes ou encore des signaux audibles (à condition qu'ils puissent être représentés graphiquement). Pour être valide, une marque doit remplir trois critères :

- Elle doit être distinctive (permettre au consommateur de distinguer le produit)
- Elle doit être licite (ne pas être contraire aux bonnes mœurs, ne pas induire le consommateur en erreur)
- Elle ne doit pas porter atteinte aux droits antérieurs (en particulier, elle ne doit pas être similaire à une marque antérieurement enregistrée).

La durée de la protection d'une marque est de dix ans à compter de la date de dépôt de la demande. Cette protection peut être renouvelée indéfiniment contre le paiement de taxes. En l'absence de demande de renouvellement la marque redevient disponible pour les tiers. Enfin, une marque est cessible, c'est-à-dire que son utilisation par des tiers peut être monnayée (cession ou licence).

1.2 La raison d'être de la PI : droit naturel ou intérêt économique ?

La PI n'a pas toujours existé. Si on trouve des traces très anciennes de règles protégeant la propriété intellectuelle, les systèmes modernes ont vu le jour dans les pays occidentaux vers la fin du 18^{ième} siècle (1790 aux Etats-Unis et 1791 en France). En France, on peut notamment mentionner l'importance de plusieurs philosophes des Lumières dans le combat pour la reconnaissance formelle des droits des auteurs, Diderot et Beaumarchais en tête. Comme la PI est une institution créée par le système politique, il est important de rappeler sa raison d'être afin de comprendre pourquoi de telles règles ont été mises en place.

Deux visions s'opposent : une vision dite du droit naturel et une vision fonctionnaliste de la PI. Selon la vision dite du droit naturel, inspirée essentiellement par les travaux de Locke, les auteurs ont naturellement le droit de bénéficier d'une exclusivité sur leurs œuvres, fruits de leur labeur, de même que les individus ont une propriété naturelle sur leur corps (Benhamou et Farchy, 2009). Il ne s'agit pas ici d'une question d'efficacité économique ou de justice distributive mais d'un droit naturel.

A rebours de la vision fondée sur le droit naturel des créateurs à disposer de leur création, il existe une vision économique de la PI dite « fonctionnaliste ». Elle suppose que la PI remplit une fonction, à savoir qu'elle contribue à augmenter le bien-être des sociétés. Comme nous le verrons dans la prochaine section, le rôle des systèmes de PI consiste essentiellement à inciter les acteurs économiques à consacrer davantage de ressources et de temps à la création. Pour cela la PI leur offre une exclusivité sur leur création. Mais d'un autre côté, la protection est limitée dans le temps, faisant en sorte que le grand public puisse bénéficier à l'échéance d'une diffusion gratuite (hormis les coûts matériels de diffusion) des œuvres. La PI, selon l'approche économique, consiste en une manière d'équilibrer incitation à créer et diffusion la plus large possible.

Une implication essentielle de cette vision « fonctionnaliste » est que les règles de droit de la PI sont susceptibles d'évoluer. Selon cette vision la PI est une institution créée par le système politique afin de remplir une fonction. Or, la manière dont cette fonction est remplie dépend

essentiellement du contexte économique et technologique et lorsque ce contexte change, les règles de PI peuvent, et même, doivent évoluer afin de remplir leur rôle au mieux.

C'est là une divergence fondamentale entre les tenants d'une vision économique de la PI et ceux du droit naturel. Considérer que la PI est un droit naturel revient à considérer que ces règles sont gravées dans le marbre. Elles restent les mêmes quelles que soient les époques et les technologies. Le moine copiste qui recopie mot à mot et image par image un incunable au 12^{ième} siècle (sans l'accord de l'auteur) commet une violation du droit naturel, au même titre que l'étudiant qui télécharge illégalement une vidéo sur internet au 21^{ième} siècle. A l'inverse, la vision fonctionnaliste revient à accepter le fait que les systèmes de PI doivent évoluer avec leurs temps afin d'optimiser la manière dont ils contribuent au bien-être de nos sociétés. De ce point de vue, il est probable que les règles de droit d'auteur ne peuvent pas être identiques au 12^{ième} siècle et au 21^{ième} siècle, où internet et la numérisation impliquent une circulation quasiment instantanée et gratuite de la plupart des œuvres de l'esprit.

De fait, les règles de droit de PI ne sont pas immuables. Elles ont évolué (à la marge) depuis leur création (Lessig, 2001 ; 2004 ; 2008). Par exemple, lors de l'émergence des magnétoscopes à la fin des années 1970, le législateur, aussi bien aux Etats-Unis (en 1984, après un vote serré de la Cour Suprême) qu'en France (en 1985), a introduit un droit à la copie privée¹, prenant ainsi acte du formidable potentiel de cette nouvelle technologie pour les consommateurs et du besoin de faire évoluer les systèmes de PI afin de permettre son utilisation. En l'absence de cette modification du droit, l'enregistrement d'un film constituait en effet une violation évidente du droit d'auteur. Mais interdire les enregistrements aurait réduit considérablement l'utilité des magnétoscopes et ce, au détriment des consommateurs. Cet épisode historique est emblématique de vision fonctionnaliste du droit d'auteur. Il illustre par ailleurs le fait que l'émergence d'une

¹ Ce droit prenant la forme d'une licence légale autorisant l'enregistrement, avec pour contrepartie une redevance sur les supports vierges.

nouvelle technologie favorisant la circulation des œuvres de l'esprit ne se fait pas toujours au détriment des fournisseurs de contenu, les producteurs de film ayant réalisés des bénéfices considérables de la vente de cassettes vidéo dans les années 1980 et de DVD par la suite.

1.3 La vision fonctionnaliste de la PI

Du point de vue économique, le rôle central de la PI est d'offrir des incitations aux acteurs de l'économie à investir dans la production intellectuelle, que ce soit la production de connaissances techniques, d'œuvres artistiques ou la construction d'une réputation (section 1.3.1). Derrière ce rôle central, les règles de PI contribuent également à favoriser la circulation et la diffusion des œuvres de l'esprit (section 1.3.2). Le rôle de la PI dans une économie est de parvenir à un équilibre entre ces deux objectifs, incitation et diffusion (Plant, 1934 ; Arrow, 1962 ; Hurt et Schuchman, 1966 ; Landes et Posner, 2003 ; Lévêque et Ménière, 2003 ; Benhamou et Farchy, 2009). Ce système n'est cependant pas sans coût pour la société, le plus connu étant le coût généré pour les consommateurs par les positions de monopole créées par la PI (section 1.3.3.). Le système de PI idéal doit ainsi parvenir à optimiser l'arbitrage entre ces différents coûts et bénéfices pour la société.

1.3.1 PI et incitations

L'idée de base sous-jacente aux systèmes de PI est qu'en leur absence les acteurs de l'économie auraient peu d'incitation à investir dans la production intellectuelle. Cette dernière cumule en effet un certain nombre de propriétés qui la rendent très peu attractive pour les investisseurs privés :

- En premier lieu l'innovation et la création demandent souvent des investissements financiers (et au-delà) conséquents. Par exemple, le développement d'un nouveau médicament, la production d'un film ou la construction d'une image de marque avantageuse requièrent en général des investissements de plusieurs millions d'euros.
- En second lieu, l'innovation et la création ne génèrent des bénéfices qu'à moyen terme, voire à long terme. Il y a ainsi un décalage entre les investisseurs privés, qui cherchent à réaliser des profits à court terme, et les besoins des activités innovantes, qui n'offrent

généralement pas de récompense immédiate. Ainsi, la recherche d'un nouveau médicament, la production d'une chanson ou d'un livre ou la construction d'une image de marque sont des activités qui mettront plusieurs années à rapporter des bénéfices à leurs investisseurs. Aussi, des investisseurs ayant une préférence marquée pour le présent auront tendance à sous évaluer et donc à négliger les investissements dans l'innovation et la création.

- En troisième lieu, l'investissement dans la production intellectuelle est risqué, voire très souvent incertain au sens de Knight (c'est-à-dire non probabilisable). L'entreprise qui investit massivement en R&D, qui dépense d'importantes sommes afin de construire une réputation de qualité pour ses produits, ou qui finance la production d'un film inédit n'est pas capable de prédire si son investissement aura du succès ou non (à l'inverse de l'investisseur immobilier qui est plus à même de prévoir les retombées économiques de son investissement). Or, le plus souvent les investisseurs sont averses au risque, c'est-à-dire qu'ils préfèrent, à espérance de gain équivalente, minimiser la variance des gains, i.e. ils choisissent l'investissement le moins risqué.
- Enfin, un obstacle majeur aux incitations à investir dans la production intellectuelle est que celle-ci est le plus souvent non-appropriable, i.e. elle génère en partie des externalités positives et profite à d'autres acteurs de l'économie sans qu'ils n'aient eu besoin d'investir eux-mêmes. Par exemple, l'entreprise qui investit en R&D produit des connaissances qui profiteront également à d'autres entreprises qui pourront l'imiter voire s'inspirer de ces connaissances pour créer d'autres innovations. Les investissements d'une entreprise dans une réputation de qualité pour ses produits profitent à d'autres entreprises qui peuvent usurper cette réputation sans avoir eu eux-mêmes à investir. Un producteur qui investit dans un album de musique ne peut pas empêcher d'autres individus de copier gratuitement cet album dès lors qu'il est mis en ligne sur internet. Les comportements de passager clandestin induits par la non-appropriabilité de la production intellectuelle réduisent ainsi considérablement les gains anticipés des investisseurs et donc leurs incitations à investir.

Au final, du fait de la conjonction de ces quatre éléments, il s'avère que le plus souvent les incitations des acteurs économiques à investir dans la production intellectuelle sont considérées

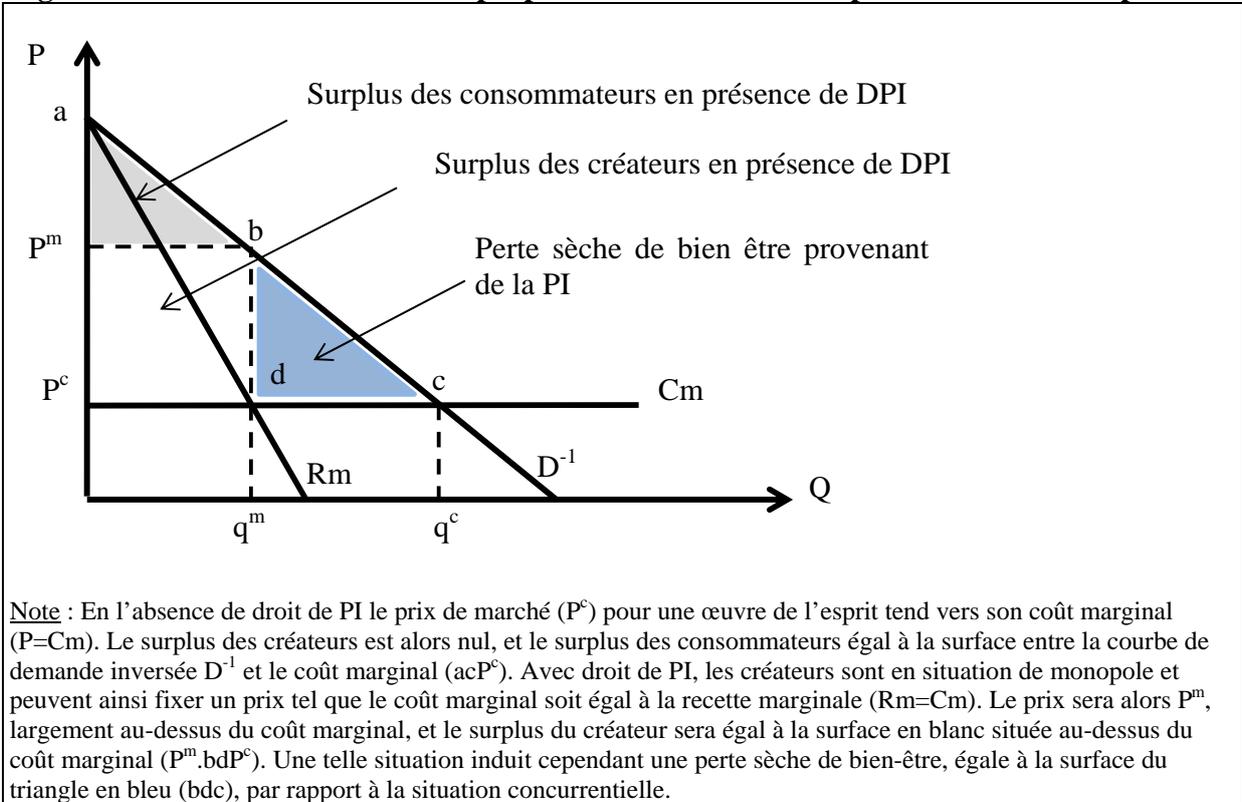
comme insuffisantes, i.e. en l'absence d'intervention publique, les marchés aboutissent à une production inférieure à ce qui serait souhaitable (les marchés sont défaillants). C'est le rôle des systèmes de PI de pallier ces défaillances de marché et notamment d'empêcher les comportements de passager clandestin, d'internaliser les externalités positives, afin d'accroître les incitations privées à investir dans la production intellectuelle.

Par exemple, *le brevet protège* l'inventeur en empêchant l'imitation non autorisée des inventions brevetées. L'inventeur jouit ainsi d'une situation d'exclusivité (parfois même de quasi-monopole), lui permettant d'accroître son profit (par rapport au profit en situation de concurrence, sans brevet). L'anticipation de ces profits améliorés est ainsi supposée augmenter les incitations des inventeurs à investir en R&D par rapport à une situation où il n'y aurait pas de système de brevet (voir Figure 1). Pour illustrer ce rôle incitatif du brevet d'invention Edmund Kitch (1977) fait un parallèle avec les activités de prospection. Le rôle de la propriété dans ce cas est d'inciter les prospecteurs à explorer exhaustivement leur propriété. Sans droit de propriété il est en effet peu rentable d'investir dans les activités de prospection, car dans ce cas les découvertes devraient être partagées avec ceux n'ayant pas investi.

Remarquons que les brevets incitent à investir dans la recherche, et donc à inventer, mais également, ils incitent à investir dans la valorisation économique des inventions (leur commercialisation, etc.). Si l'on s'intéresse à la R&D, les brevets incitent au moins autant à investir dans le D que dans le R. Autrement dit, ils incitent à innover, pour reprendre ici la distinction célèbre établie par Schumpeter (1911) entre invention et innovation. Il y a en effet une différence importante entre l'invention et l'innovation et une fois une invention obtenue il reste encore d'importants investissements à réaliser avant de la transformer en une innovation.

Si le système de brevet incite les entreprises à investir en R&D, il les incite aussi à collaborer et à interagir. Le brevet se transforme alors en un outil permettant de structurer l'innovation ouverte (Chesbrough, 2003) en facilitant les interactions marchandes et non marchandes entre entreprises. Par exemple, le brevet est un élément essentiel dans le fonctionnement de marchés des technologies. Il facilite en outre les collaborations entre entreprises puisque ces dernières, se sachant protégées, seront plus à même de s'ouvrir à leurs partenaires potentiels.

Figure 1 : Les effets incitatifs de la propriété intellectuelle et la perte sèche de monopole



Le raisonnement est analogue dans le cas du *droit d'auteur ou des dessins et modèles* qui ont pour rôle d'augmenter les incitations des créateurs artistiques (par opposition au brevet qui ne protège que les éléments techniques) (Landes et Posner, 1989). En l'absence de droit d'auteur, par exemple, toute nouvelle création artistique, que ce soit une nouvelle chanson, un nouveau film ou un nouveau roman, est gratuitement copiable par des tiers. Une fois son œuvre publiée, le bénéfice retiré par l'auteur est alors nul. Le droit d'auteur, en conférant une exclusivité aux auteurs est ainsi censé accroître leur bénéfice anticipé et, par suite, leurs incitations à créer.

Précisons d'emblée ici que la question des incitations concernant le droit d'auteur porte au moins autant voire davantage sur les incitations des producteurs et distributeurs (ceux qui investissent financièrement dans l'œuvre) que sur celle des auteurs à proprement parler. De nombreuses études montrent en effet que la motivation des auteurs est souvent non monétaire, voire purement intrinsèque (ils créent pour le plaisir de créer), et que parfois, un intéressement monétaire peut

même réduire les incitations à créer (Amabile et al., 1986 ; Frey, 1997). Aussi, il apparaît que l'exclusivité conférée par le droit d'auteur est surtout essentielle pour inciter, non pas des créateurs à créer, mais pour inciter des acteurs économiques (investisseurs) à leur offrir les moyens de créer et de distribuer leurs créations c'est le rôle des producteurs, distributeurs, etc.). En l'absence de droit d'auteur il est en effet probable que des auteurs continuent à créer des chansons, à écrire des livres, des pièces de théâtre ou des scénarios de film, mais il est peu probable que des acteurs économiques investissent dans la production et la distribution des œuvres produites (on remarquera d'ailleurs que dès son origine le droit d'auteur est créée essentiellement pour protéger les imprimeurs et donc seulement indirectement les écrivains).

Enfin, le système des *marques*, bien que différent des autres systèmes de PI au sens où il ne protège pas à proprement parler un contenu artistique ou intellectuel, constitue indirectement une incitation à investir dans un autre type d'actif immatériel, la réputation. À l'origine, le rôle des marques est de protéger le consommateur en lui permettant de distinguer l'origine des différents produits présents sur le marché. Imaginons en effet que les consommateurs ne puissent pas distinguer les produits de bonne qualité des autres (leur information est dite incomplète). Dans ce cas, il est probable que chaque consommateur, n'ayant aucune idée de la qualité du produit, n'accepte de payer qu'un prix modeste pour le produit en question. Or, si ce prix est inférieur au coût d'opportunité des vendeurs de produits de bonne qualité alors ces derniers se retirent du marché. La conséquence de l'information incomplète est ainsi une formidable défaillance de marché (Akerlof, 1970) : seuls restent présents sur le marché les vendeurs de produit de basse qualité et les consommateurs, sachant que les produits sont de qualité faible, achètent ces produits à un prix faible. Les vendeurs de produits de bonne qualité se sont tous retirés du marché. La mauvaise qualité a chassé la bonne. La solution à cette situation paradoxale est de permettre aux vendeurs de produits de bonne qualité de signaler la qualité de leurs produits aux consommateurs (Spence, 1973). Cela peut naturellement se faire en utilisant le droit des marques. En d'autres termes, les marques améliorent l'information des consommateurs et réduisent le problème de « lemon » identifié par Akerlof, améliorant ainsi significativement le surplus des consommateurs.

Du point de vue des consommateurs les marques ont donc un rôle de signal essentiel et permettent d'améliorer l'information. En corollaire, les marques offrent une protection aux

entreprises qui investissent dans la construction d'une réputation, en empêchant leurs concurrents de s'approprier cette réputation (de se comporter en passager clandestin). Supposons qu'une entreprise investisse dans la qualité de son produit et, à force d'investissement, parvienne à convaincre les consommateurs que ce produit est d'une qualité supérieure, augmentant ainsi leur prix de réserve. Si cette entreprise ne peut pas protéger le nom de son produit alors n'importe quelle autre entreprise peut utiliser ce nom sans offrir la qualité et ainsi réaliser des profits conséquents. Cette possibilité réduit ainsi les incitations des entreprises à investir dans des produits de qualité et dans la construction d'une réputation. Les marques ont donc pour effet d'encourager les investissements dans la qualité des produits et services offerts (Landes et Posner, 1987 ; Lévêque et Ménière, 2003).

1.3.2 PI et diffusions des œuvres de l'esprit

Si le rôle de la PI est indéniablement d'accroître les incitations des acteurs de l'économie, elle contribue également à favoriser la diffusion des créations intellectuelles. Cela est par exemple évident dans le cas du brevet d'invention (Ordover, 1991). En effet, un brevet implique toujours de dévoiler l'invention brevetée. Remarquons d'ailleurs que les demandeurs de brevet sont incités à révéler l'intégralité des connaissances sous-jacentes à l'innovation objet de la demande de brevet car la délimitation des droits offerts par le brevet est fonction des connaissances révélées : n'est protégé que ce qui a été revendiqué par l'innovateur.

Cet aspect lié à la diffusion des connaissances, souvent inconnu du grand public, fait du brevet un élément essentiel pour soutenir l'innovation. La production de connaissances suit en effet un processus cumulatif et collectif (Scotchmer, 1991). Le secret a ainsi un coût social important et, le brevet, en obligeant les entreprises à partager leurs connaissances, contribue à accélérer l'innovation. C'est d'ailleurs l'une des facettes les plus remarquables du système de brevet que d'inciter les entreprises à la fois à accroître leurs investissements en R&D tout en augmentant la dissémination des connaissances produites. Toute la force du système de brevet réside ainsi dans cette dualité qui permet, en théorie, à cet instrument de pallier simultanément les problèmes d'incitation à innover et de diffusion de la connaissance (Arrow, 1962).

Le droit d'auteur contribue également à favoriser la diffusion des œuvres de l'esprit au sein de l'économie. Sans PI il serait en effet risqué pour les auteurs de révéler leurs créations, sachant qu'ils risquent de perdre le contrôle sur leur œuvre dès la première diffusion (puisque sans droit d'auteur n'importe qui, une fois l'œuvre dévoilée, peut la copier et la distribuer gratuitement ou non), préféreront utiliser des stratégies favorisant le secret et le contrôle. L'un des rôles du droit d'auteur est ainsi, en protégeant les créateurs, les développeurs et les producteurs, de favoriser la diffusion des œuvres de l'esprit. Cette diffusion reste néanmoins sous optimale du fait du prix de monopole induit par la PI (voir ci-dessous la question de la perte sèche de monopole). Un niveau optimal de diffusion supposerait un prix nul, égal au coût marginal de diffusion. Mais cela se ferait alors au détriment des incitations. Le droit d'auteur permet alors, comme le brevet, d'offrir un compromis entre le niveau optimal de diffusion et le niveau optimal d'incitation. En outre, comme mentionné précédemment, le droit d'auteur, étant un droit cessible, permet de faciliter les échanges, les transactions entre les acteurs des filières d'industrie culturelle et médiatique. Il facilite en ce sens une certaine division du travail et favorise la spécialisation des acteurs (Lévêque et Ménière, 2003). De surcroît, le fait que le droit d'auteur ne protège que l'expression des œuvres et n'empêche pas de s'inspirer d'une œuvre afin de créer sa propre œuvre originale est un élément essentiel permettant de favoriser le processus cumulatif de création.

1.3.3 Le coût social de la PI

Si la PI joue un rôle économique fondamental en incitant les entreprises à créer et inventer et en les incitant à diffuser leurs créations et inventions, les systèmes de PI ne mènent pas pour autant à un optimum. En effet, la PI peut avoir un coût social élevé, ce qui amène les économistes à la considérer qu'elle ne conduit qu'à un optimum de second rang (« second best »). Les coûts liés à la PI sont multiples :

En premier lieu, et en plus des coûts administratifs et de mise en œuvre (« enforcement »), les systèmes de PI génèrent une ***perte sèche de monopole*** provenant de la tarification monopolistique sur les marchés des biens protégés par brevet ou droit d'auteur. Le titulaire du droit de propriété intellectuelle, jouissant d'une exclusivité, peut, durant le temps de validité du titre, fixer des prix plus élevés que son coût marginal de production ce qui entraîne une perte sèche de bien-être

(Figure 1). Or, un des résultats les plus connus de la microéconomie est que pour un marché donné, le prix qui maximise le surplus social est égal au coût marginal. La PI doit ainsi arbitrer entre l'efficacité statique (à court terme) et l'efficacité dynamique (à long terme). La première suppose que le prix doit être proche du coût marginal et la seconde qu'il doit être plus élevé afin d'accroître les incitations à créer. Par exemple, dans le cas des médicaments, les brevets contribuent à augmenter le prix des nouveaux médicaments sur le marché, pénalisant ainsi les consommateurs qui paient plus cher que s'il n'y avait pas de brevets. Mais en même temps le brevet accroît les incitations des entreprises à inventer de nouveaux médicaments, ce qui, à long terme, profite aux consommateurs.

On retrouve ici un dilemme déjà soulevé par Schumpeter en 1942 lorsqu'il établit un parallèle entre le rôle du brevet pour l'économie et celui des freins pour les automobiles. Schumpeter remarque ainsi que, paradoxalement, les automobiles vont plus vite parce qu'elles sont équipées de freins. Alors qu'une observation peu approfondie pourrait amener à conclure que les freins, étant faits pour freiner, réduisent la vitesse des automobilistes, Schumpeter souligne au contraire leur effet incitatif, qui amène les conducteurs à accélérer. Pour Schumpeter le rôle du brevet est identique. Si la PI comporte un effet anti-concurrentiel à court terme, elle comporte également un effet incitatif à plus long terme.

Un second problème induit par les systèmes de PI concerne l'*alignement imparfait entre les incitations privées et sociales*. En effet, pour que le niveau d'incitation offert aux inventeurs et créateurs soit optimal il faudrait, en théorie, que les inventeurs et créateurs puissent récupérer l'intégralité du surplus qu'ils génèrent pour la société. C'est seulement dans ce cas que l'on peut s'assurer que toutes les inventions et créations qui génèrent un surplus positif sont mises en œuvre (et seulement celles-là). Pour illustrer ce résultat très général prenons un exemple numérique simple : supposons que la réalisation d'une œuvre induise un surplus pour la société dans son ensemble égal à SS . Supposons également que pour inciter à la création l'Etat offre une récompense R au créateur. Il est immédiat que le montant de la récompense qui assure que toutes les créations socialement désirables, et seulement elles, sont entreprises est $R=SS$. En effet, si $R < SS$, alors certaines œuvres désirables pour la société ne seront pas réalisées (par exemple si le

coût que doit supporter le créateur est tel que $R < C < SS$). Et si $R > SS$, alors certaines créations non désirables pour la société peuvent être entreprises (par exemple si C est tel que $R > C > SS$).

Or, si les DPI permettent aux créateurs et inventeurs de récupérer une part plus importante du surplus qu'ils contribuent à créer, ils ne leur permettent pas de s'accaparer l'intégralité de ce surplus, i.e. la récompense offerte par l'exclusivité est inférieure au surplus social induit par la création. Autrement dit, le niveau d'incitation offert par les DPI peut parfois être insuffisant, notamment lorsqu'il y a un écart important entre la valeur privée d'une invention (le profit qu'elle rapporte à son inventeur) et sa valeur sociale (le surplus induit par l'invention pour la société dans son ensemble). En effet, les DPI lient la récompense des créateurs et inventeurs (et donc leur niveau d'incitation) à l'existence d'un marché. S'il n'y a pas de marché alors le niveau d'incitation offert par les DPI restera faible.

Cet alignement imparfait entre valeur privée et sociale est parfaitement illustré par le cas des maladies orphelines. Le brevet ne permet pas d'augmenter les incitations des entreprises à investir dans la recherche de traitement pour ces maladies car, même si un traitement efficace était inventé, il ne serait pas rentable. Même protégé par un brevet et donc en situation de monopole, l'inventeur ne pourrait probablement pas gagner d'argent sur ce traitement, soit parce qu'il y a un tout petit nombre de malades (cas des maladies rares), soit parce que les malades ne sont pas solvables (cas des maladies dans les pays en développement). Pourtant ce traitement pourrait avoir une valeur sociale extrêmement élevée. Le brevet ne permet ainsi pas ici d'augmenter les incitations des entreprises et de les aligner sur leur niveau optimal.

La situation peut être identique dans le cas du droit d'auteur. Un maître qui crée un nouveau courant qui, s'il se diffuse, inspirera des générations de créateurs après lui peut ne jamais trouver de producteurs ou de distributeurs, ces derniers jugeant que même protégé par un droit d'auteur le marché n'est pas rentable. Le problème vient ici du fait que, pour entraver au minimum le processus cumulatif du renouvellement créatif (voir paragraphe suivant), le droit d'auteur protège la forme (la transcription de l'idée) et non pas le fond (l'idée elle-même) d'une œuvre. Or le bénéfice retiré par la société touche également au fond des œuvres.

Les DPI peuvent également *entraver le processus collectif et cumulatif de la création*. Il y a peu de doute en effet que l'activité inventive et créatrice a toujours été une activité cumulative (Scotchmer, 1991). L'inventeur utilise les connaissances et inventions développées avant lui. Le créateur copie et combine des choses existantes. Même les œuvres qui paraissent les plus radicales, les plus en rupture avec ce qui existe, s'inspirent, d'une manière ou d'une autre, d'œuvres et de techniques passées. Les œuvres de l'esprit, inventions et créations, sont à la fois des « inputs » et des « outputs » du processus créatif et les inventeurs et créateurs sont tous assis sur des « épaules de géant », pour reprendre la métaphore bien connue attribuée à Newton.

Pour créer il faut donc pouvoir réutiliser les créations et les inventions du passé. Or, si la PI ne s'oppose pas toujours à cette réutilisation de l'existant (par exemple le brevet contribue à diffuser les connaissances techniques, le droit d'auteur protège seulement l'expression d'une oeuvre), elle peut quand même compliquer et entraver le processus cumulatif de création. Par exemple, un inventeur souhaitant améliorer une technologie brevetée ne peut pas le faire sans l'accord du titulaire du brevet (Scotchmer, 2004). De même, le droit d'auteur peut s'opposer à la création par recombinaison, encouragée par la technologie numérique. En effet, aujourd'hui la recombinaison par copié-collé est facile et peu coûteuse. Presque tout le monde peut créer un nouvel objet numérique simplement en recombinaison des éléments existants. C'est le principe bien connu du « *Mashup* ». On combine des scènes de différents films, des chansons et on crée un objet original, de plus ou moins bon goût, que l'on peut diffuser sur internet. Cette activité de recombinaison peut être pratiquée aussi bien par des amateurs que des professionnels. Il n'est pas question ici d'estimer la qualité artistique et l'intérêt de ces œuvres, mais simplement d'affirmer qu'il s'agit bien de création c'est-à-dire de production d'œuvres originales. Or, et c'est là le point central, les règles de droit d'auteur s'opposent à cette activité de copié-collé des œuvres existantes. Paradoxalement, elles peuvent ainsi devenir une entrave à la création².

² Au moins temporairement en ce qui concerne les droits patrimoniaux, et potentiellement perpétuellement si la recombinaison s'oppose au droit moral.

Enfin, et c'est une généralisation du problème précédent, la multiplication des droits de PI peut générer un problème de sous exploitation des œuvres. La création et l'invention passent souvent par la recombinaison d'un très grand nombre d'éléments. Il est nécessaire de combiner un nombre important d'œuvres distinctes et chacune protégée. C'est par exemple le cas pour une technologie multi-composant (un smartphone par exemple) qui combine un grand nombre de composants, chacun potentiellement breveté. C'est le cas également pour un film ou encore un album de photographies ou de chansons existantes. La prolifération des droits de PI crée ainsi une incertitude très forte sur la liberté d'exploitation des auteurs et génère des risques de « hold-up » potentiellement néfastes pour le processus créatif. En effet, en cas de doute sur la liberté d'exploiter, les investisseurs pourront préférer s'abstenir. Dans l'exemple plus haut, il est vraisemblable que l'entreprise qui souhaite produire et commercialiser des smartphones, si elle n'est pas capable de s'assurer de sa liberté d'exploitation, investira moins, voire pas du tout. De même, l'éditeur qui souhaite compiler des photographies ou des chansons existantes, s'il a un doute sur sa liberté d'exploitation pourra aller jusqu'à renoncer à son projet. On observe ce phénomène par exemple dans le secteur des jeux vidéo, où le nombre des ayants droits est parfois considéré comme un obstacle à l'exploitation et la valorisation des œuvres.

Ce problème de sous-investissement induit par la prolifération des droits de propriété est connu dans la littérature sous le nom de « tragédie des anticommons » (Heller, 2008). Cette tragédie est définie par opposition à la « tragédie des communs » (Hardin, 1968) qui énonce que les ressources communes, étant par définition non appropriables, et donc utilisables par tous, sont vouées à une utilisation trop intensive risquant de les détruire. En d'autres termes, trop peu de droits de propriété entraîne une utilisation trop importante des ressources communes. Par opposition, la tragédie des anticommons énonce que la prolifération des droits sur une même ressource, i.e. la fragmentation de la propriété sur cette ressource, peut entraîner sa sous-exploitation. En d'autres termes, trop de droits de propriété entraîne une utilisation trop faible.

La tragédie des anticommons a une double explication : en premier lieu, la multiplication des droits de propriété fait qu'un utilisateur potentiel pourra être amené à négocier avec un grand nombre d'ayants-droits, multipliant ainsi les coûts de transaction. En second lieu, la

multiplication des positions de monopole sur une ressource peut induire un prix bien plus élevé que si la ressource était la propriété d'un unique acteur en situation de monopole global, car chaque propriétaire exige sa marge de monopole (ce problème est connu sous le nom de multiple marginalisation depuis les travaux de Cournot au 19^{ième} siècle).

1.4 Les hypothèses sous-jacentes à la justification de la PI et leur critique

La justification de l'existence de la PI, telle que traditionnellement présentée, se base sur un certain nombre d'hypothèses centrales qu'il convient d'explicitier. Cela est d'autant plus important que ces hypothèses peuvent s'avérer discutables dans certains contextes, ce qui amènerait alors à revoir le rôle de la PI dans le processus créatif et innovant. Nous identifions ici cinq hypothèses sur lesquelles repose largement la justification de l'existence de la PI :

H1 : La création et l'innovation nécessitent des investissements élevés ;

H2 : Les coûts d'imitation et de copie sont faibles;

H3 : L'imitation et la copie sont dommageables pour les inventeurs/créateurs;

H4 : Il n'existe pas d'autre moyen que la PI pour empêcher l'imitation et la copie;

H5 : Les DPI permettent d'empêcher l'imitation et la copie efficacement et à faible coût.

Lorsque ces 5 hypothèses sont vérifiées les incitations à innover et créer en l'absence de DPI formels sont très faibles et les DPI permettent effectivement d'inciter les acteurs de l'économie à investir dans la création et l'innovation. Mais, comme nous le verrons dans la suite de ce rapport, très souvent ces hypothèses ne sont pas toutes vérifiées.

H1 : La création et l'innovation nécessitent des investissements élevés. La théorie des incitations est basée sur le fait que créer et inventer nécessite des investissements importants. Aussi, en l'absence de protection formelle les créateurs et inventeurs ne pourront pas rentabiliser leurs investissements et risquent de renoncer à innover ou créer. Le rôle des DPI est donc précisément de permettre aux créateurs, inventeurs et aux investisseurs de rentabiliser leurs investissements afin de les inciter à investir. Or, cet argument ne tient que si des investissements importants sont effectivement nécessaires. Dans le cas contraire, les incitations à créer et innover peuvent être très élevées même en l'absence de protection formelle.

Ce point peut être illustré par le cas des logiciels open source (voir partie 5). De nombreux auteurs ont étudié quelles étaient les incitations des contributeurs dans ce domaine (Weber, 2004). Une raison centrale est naturellement le faible niveau d'investissement requis. N'importe qui disposant d'un ordinateur et d'une connexion internet peut écrire du code informatique. Si les coûts de participation étaient plus élevés il y aurait probablement beaucoup moins de contributeurs. Le coût modeste de la création explique également pourquoi le téléchargement massif sur internet n'a apparemment pas fortement réduit les incitations des créateurs à créer et distribuer de la musique. Internet et les progrès technologiques ont, d'un côté, facilité la copie mais, d'un autre côté, ils ont également réduit énormément les coûts de production, d'enregistrement et de distribution de musique. Au final, les incitations restent donc élevées malgré la copie massive.

H2 : Les coûts d'imitation et de copie sont faibles. Une autre hypothèse amenant à justifier l'existence de la PI est que les acteurs de l'économie auxquels l'inventeur ou le créateur font face sont, en l'absence de DPI formels, instantanément en mesure de l'imiter ou de le copier et cela à faible coût. Dans ce cas, évidemment, les incitations à créer sont minimales. Pourtant, cette hypothèse est dans la plupart des cas très largement exagérée et, au final, même en l'absence de DPI formels, les incitations à innover et créer restent souvent élevées du fait du coût et de la difficulté de la copie et de l'imitation.

Par exemple, dans le cas de connaissances techniques, on sait depuis longtemps que l'imitation a un coût significatif et, dans tous les cas, prend du temps (Mansfield et al. 1981). A l'extrême, imiter peut parfois s'avérer aussi coûteux qu'innover. Cohen et Levinthal (1989) notamment ont mis l'accent sur l'importance de la capacité d'absorption des entreprises. L'imitation n'est pas possible si les entreprises n'ont pas au préalable investi dans une capacité d'absorption des connaissances externes c'est-à-dire dans la capacité à identifier, comprendre et réutiliser ces connaissances. Or, ce processus est coûteux et prend du temps.

H3 : L'imitation et la copie sont dommageables pour les inventeurs/créateurs. Une autre supposition sur laquelle repose l'existence de la PI est que la copie et l'imitation se font au

détriment des créateurs-inventeurs. Or, paradoxalement, dans certains contextes la copie et l'imitation ne les pénalisent pas voire, dans certains cas, leur profitent. A nouveau, dans ce cas, la présence de copieur et d'imitateur n'aura pas forcément pour effet de réduire les incitations des créateurs et innovateurs.

Concernant les inventions techniques c'est le cas, par exemple, lorsque la technologie génère des externalités de réseau. Dans ce cas, se posent inévitablement les questions de standard et de compatibilité. Il est important pour les entreprises d'arbitrer entre création de valeur et appropriation de la valeur créée (Shapiro et Varian 1998). Or, si l'appropriation passe par la protection, la création de valeur passe par la diffusion de la technologie et donc par la copie. Il n'est ainsi pas rare dans le cas des externalités de réseau que les entreprises choisissent d'elles-mêmes de renoncer à se protéger et préfèrent diffuser leurs technologies parfois gratuitement.

La copie peut également avoir une valeur dans le cas des créations artistiques et des marques. Elle peut constituer une manière de rendre un tribut à l'original puisque n'est copié que ce qui a de l'intérêt. Aussi, certaines marques regardent-elles la copie avec bienveillance, considérant cela comme une publicité. C'est surtout le cas lorsque le marché est segmenté et que la copie n'affecte pas le segment de marché de l'original. En effet, dans bien des situations l'individu qui achète une copie n'aurait pas acheté l'original. La perte effective pour le créateur est ainsi nulle. Dans le cas des biens d'expérience la copie peut également être une manière de tester le bien avant de l'acheter. Dans le cas de la musique par exemple, de nombreux internautes reconnaissent télécharger des morceaux avant de les acheter (on parle alors d'un effet de « sampling » ou d'échantillonnage).

H4 : Il n'existe pas d'autre moyen que la PI pour empêcher l'imitation et la copie. Le bien-fondé de la PI repose également sur l'hypothèse qu'en l'absence de DPI formels l'inventeur créateur n'a aucun moyen d'empêcher l'imitation et la copie, réduisant ainsi forcément ses incitations à créer. Mais, à nouveau, cette hypothèse est souvent contredite dans les faits.

Dans le cas des inventions techniques, la plupart des études empiriques mettent en avant l'existence de moyens alternatifs de protection puissants, qui expliquent pourquoi certaines

entreprises peuvent avoir des incitations élevées à investir en R&D même en l'absence de brevets. Dans le cas des inventions de procédé l'invention peut par exemple être gardée secrète. Dans le cas de produits, outre les mesures techniques visant à empêcher la reproduction (dispositifs anti-copie), les entreprises sont en partie protégées par l'existence de savoir-faire, qui peuvent rester difficiles à imiter. La connaissance ne se réduit pas à de l'information, et une fois produite elle ne s'échappe pas forcément, n'est pas automatiquement source d'externalités positives (Cohendet, Foray, Guellec et Mairesse, 1999). Au contraire, les connaissances tacites, les savoir-faire sont le plus souvent attachés à leur détenteur (« sticky knowledge », von Hippel, 1994). Cette dimension tacite offre souvent une protection efficace contre l'imitation qui suppose souvent de réinventer entièrement le produit en question.

Outre la spécificité des savoir-faire attachés à leurs création, les entreprises peuvent se protéger en capitalisant sur des actifs complémentaires qui eux sont protégés et difficilement accessibles aux imitateurs. L'entreprise qui dispose par exemple d'un réseau de distribution unique, d'une marque reconnue, d'une capacité de production importante, de relations privilégiées avec des fournisseurs essentiels ou encore d'un accès privilégié à des matières premières, bénéficie ainsi d'une protection automatique sur ses inventions et cela même en l'absence de brevet. Dans tous les cas, il sera difficile pour les imitateurs de concurrencer cette entreprise.

Il en est de même dans le cas des créations artistiques où les créateurs peuvent mobiliser des stratégies alternatives de protection. Cela passe très souvent par l'expérience « live » qui est impossible à copier. Ainsi, un concert reste une expérience unique, non copiable, très différente de l'écoute d'un morceau de musique dans son salon. De même pour la diffusion d'un film dans un cinéma. L'expérience du cinéma n'est pas équivalente à celle qui consiste à regarder un film sur son écran dans son salon. Egalement, les créateurs peuvent offrir des services complémentaires, des coffrets, des bonus, etc. Ces stratégies alternatives permettent très souvent d'offrir une protection a minima aux créateurs même en l'absence de droits d'auteur.

H5 : Les DPI permettent d'empêcher l'imitation et la copie efficacement et à faible coût. Enfin, une dernière hypothèse justifiant l'existence de la PI est que les DPI sont efficaces pour empêcher l'imitation et la copie, qu'ils garantissent une exclusivité à moindre coût à leur titulaire,

contribuant ainsi à accroître leurs incitations à innover et créer. A nouveau cette hypothèse peut être discutée et la protection conférée par les DPI est souvent assez limitée et dans tous les cas très coûteuse.

Dans le cas du brevet d'invention par exemple, la plupart des études de terrain montrent que dans presque toutes les industries les entreprises ne considèrent pas le brevet comme un outil efficace pour s'approprier leurs connaissances. Ces conclusions sont très robustes dans le sens où elles sont basées sur de nombreuses études empiriques touchant différentes industries, périodes et pays (Levin et al. 1987, Cohen et al. 2000). Le fait est que la protection conférée par un brevet reste limitée et a un coût. Déposer un brevet est une entreprise longue, coûteuse et incertaine (et qui suppose de renoncer au secret d'ailleurs). Une fois le brevet obtenu, l'entreprise doit encore être capable d'identifier les contrefaçons et surtout d'évincer les contrefacteurs. Les coûts des litiges de PI notamment sont très élevés, expliquant ainsi pourquoi le brevet a un intérêt souvent très réduit pour les petites entreprises qui n'ont pas les moyens de l'utiliser de manière efficace. Enfin, il est souvent possible pour les concurrents de contourner le brevet c'est-à-dire d'inventer un produit remplissant les mêmes fonctions mais suffisamment différent du produit breveté pour ne pas le contrefaire.

Il en est de même pour le droit d'auteur. Les événements de cette dernière décennie montrent en effet bien la difficulté pour les créateurs de faire valoir leurs droits sur des créations numérisées et diffusées en ligne sur internet. A ce jour, la plupart des stratégies visant à limiter la copie illégale se sont avérées difficilement applicables (que ce soit les DRM ou encore HADOPI). Dans de nombreux cas, le droit d'auteur est ainsi un droit très difficile à faire respecter sur internet.

1.5 Conclusion

Cette première partie nous a permis de définir la propriété intellectuelle et ses principaux instruments (le brevet, le droit d'auteur, et les marques). Nous avons également explicité le rôle de la PI dans l'économie, en la présentant comme une manière de réconcilier incitation à créer et diffusion des œuvres. Nous avons particulièrement insisté sur la question des incitations à innover et à créer, élément qui est au cœur des débats sur la PI. Enfin, nous avons montré les

limites de la justification de la PI, en suggérant qu’il existe un certain nombre de mécanismes pouvant permettre de maintenir un niveau d’incitation élevé à créer et inventer alors même que l’entreprise ne peut pas se reposer sur des droits de PI formels. Cette analyse a ainsi introduit les premiers éléments analytiques permettant de comprendre que le renouvellement créatif puisse rester important dans certains secteurs alors même que la protection formelle y est absente (Raustiala et Sprigman, 2012), comme nous allons le voir dans les parties suivantes consacrées au cas de la haute cuisine (partie 2), à celui de la mode et de la haute couture (partie 3), et à celui du spectacle vivant (partie 4)³.

³ En accord avec le ministère, deux autres secteurs également concernés par notre problématique ne seront pas traités : celui du parfum en France (fragrance) et celui du tatouage aux États-Unis (sur ce second secteur, voir Aaron Perzanowski, “Tattoos & IP Norms”, *Minnesota Law Review*, 98(2), 2013).

Partie 2 : Le cas de la haute cuisine

2.1 Introduction

Un chef étoilé Michelin à qui on demandait de définir la haute cuisine donna cette définition (cité par Ottenbacher et Harrington, 2007, p.454) :

« Haute cuisine is best products, best preparation, best logistic and consistency. Consistency means training your employees so that the operational procedures are consistent and that if they cook a dish a 100 times it always tastes the same ».

La haute cuisine consiste donc à proposer de très bons produits, bien préparés, et avec le même niveau de qualité tous les jours. Dans ce contexte, la qualité d'exécution et la constance, qui requièrent des ressources et des compétences spécifiques, l'accès à un réseau fiable de fournisseurs, et des routines sophistiquées sont critiques en haute cuisine, comme l'explique cet autre étoilé Michelin⁴ :

« Nous travaillons régulièrement pour conserver la qualité dans l'assiette comme des prestations, et tous les ans l'histoire de l'étoile est remise sur le tapis. Il ne suffit pas de décrocher l'étoile. Le tout est de la garder » (Jean Michel Couron)

Jusqu'aux années 1970, la haute cuisine consistait à offrir une cuisine classique telle que codifiée par G.A. Escoffier dans son Guide culinaire de 1903. C'est seulement dans les années 1970, avec l'avènement de la nouvelle cuisine, que les chefs commencent à mettre leur touche personnelle et que la créativité culinaire prend son essor (e.g. Rao, Monin, Durand, 2006). Les chefs créent alors leurs propres recettes et leur nom devient associé à leurs recettes emblématiques, telles que le

⁴ http://www.nevers.maville.com/actu/forum_-_-1281484_actu.Htm

fameux ‘saumon à l’oseille’ de Pierre Troigros (3 étoiles Michelin, Roanne, France). Aujourd’hui, tous les grands chefs cherchent à créer leur propre style, qui les différenciera et les rendra unique. Même si, selon A. Senderens, il est plus difficile d’avoir ses idées propres aujourd’hui que cela ne l’était au début de la nouvelle cuisine, le nouveau cuisinier en chef du nouveau restaurant d’A. Senderens estime que⁵ :

« On va aujourd’hui manger chez quelqu’un parce qu’il a une identité culinaire » (Jérôme Banctel).

L’identité culinaire s’appuie généralement sur les produits ou matières premières du terroir dans lequel s’inscrit le chef ainsi que sur l’histoire et la culture de ce terroir, ou sur la personnalité et l’histoire du chef. Prenons deux exemples :

« Ma cuisine est française. Elle est liée à ce que m’a transmis mon père. Elle est aussi un peu voyageuse parce que je suis curieux des autres cuisines et que, dès mon enfance, j’y ai été amené par ma mère et ma grand- mère italiennes. Avec le temps, elle évolue vers plus de justesse : j’aime quand la cuisine se dit clairement, sans être démonstrative, quand la nature du produit est respectée. C’est l’apparente simplicité des choses – et ce que le chef livre de sa propre histoire et de son univers – qui procurent l’émotion. » (Sur le site de Michel Troisgros, 3 étoiles, Roanne, France)⁶

« In an effort to shape our way of cooking, we look to our landscape and delve into our ingredients and culture, hoping to rediscover our history and shape our future. » (Sur le site de René Redzepi, 3 étoiles, Copenhague, Danemark)⁷

L’identité culinaire se communique généralement par des ‘plats signatures’ (ou ‘signature dishes’), des recettes emblématiques que le chef conserve sur sa carte et qui sont importantes pour l’image de marque du restaurant (Straus, 2012). Mais si le chef doit trouver sa propre

⁵ <http://www.slate.fr/story/64233/recette-cuisine-propriete-intellectuelle>

⁶ <http://www.troisgros.fr/>

⁷ <http://noma.dk/>

identité culinaire, cela n'empêche pas de s'inspirer d'autres chefs. D'ailleurs, dans leur étude d'un échantillon de chefs étoilés Michelin, Ottenbacher et Harrington (2007) rapportent que 'visiter les restaurants des autres chefs' constitue la première source d'inspiration, cochée par 84% de leur échantillon, avec les livres de cuisine des autres chefs (75%), bien devant les nouvelles techniques de cuisson offertes par les fournisseurs (35%)⁸, la visite des marchés locaux (25%), ou les voyages (17%).

Comme l'expliquent beaucoup de chefs, la création reste quelque chose de très personnel. Chacun a ses façons de créer, généralement très peu formalisées et très variables :

« Probablement, la création est quelque chose de très personnel. Elle s'appuie sur un vécu, un héritage personnel, une histoire. Créer c'est donc aussi une part de liberté de l'auteur, une maturité, une recherche. Une obsession. Se positionner ou s'interroger sur comment faire, comment voir, comment mieux ou différemment exprimer des associations » (M. Troisgros)⁹

« Je n'aime pas le terme 'innovation'. Ce qui compte c'est le produit, le produit du marché, pour moi un produit c'est un coup de cœur, une couleur qui m'interpelle... C'est à ce moment-là que je choisis comment je vais le préparer, la base c'est le produit, c'est lui selon sa forme, sa couleur, son goût qui va me conduire à son mode de préparation. Après on s'amuse avec des nouvelles techniques, on transgresse, on se fait plaisir. » (Franck Reminel)¹⁰

Il n'y a pas en haute cuisine d'indicateurs permettant d'évaluer le degré de créativité culinaire d'une nouvelle recette. Une nouvelle recette peut offrir de nouvelles associations ou des remises au goût du jour d'associations connues, de nouvelles saveurs, notamment grâce à des modes de

⁸ Voir la vidéo d'Alain Senderens pour comprendre comment les nouvelles techniques de cuisson pour permettre de renouveler la cuisine : <http://www.youtube.com/watch?v=1wcX7AO1o4k>

⁹ Entretien dans le cadre d'un projet d'étudiant (Fabrice Mignot), Université Toulouse Le Mirail, 2009. www.isthia.fr/core/modules/download

¹⁰ Entretien dans le cadre d'un projet d'étudiant (Fabrice Mignot), Université Toulouse Le Mirail, 2009. www.isthia.fr/core/modules/download

cuisson différents, voire des expériences inédites comme en cuisine moléculaire. Certains cuisiniers se vantent même de ne rien inventer :

« Bon ce qu'il faut savoir, le mec qui lit plein de bouquins, il se rend vite compte que l'on invente rien. Ça c'est énorme on a l'impression d'avoir inventé quelque chose, d'avoir trouvé une nouvelle association. Là on se penche sur un vieux Escoffier [auteur du guide de la cuisine classique qui sert de référence à tous les chefs et qui fût écrit en 1903] qui date de 100 ans et on trouve un type qui a réfléchi à la même chose. Mais bon voilà de toute façon moi ma cuisine je la réinterprète, j'invente rien. Pour moi toutes les meilleures associations ont déjà été faites, alors voilà on réinterprète à notre sauce. Moi la cuisine en billes je dis c'est très bien mais pour ceux qui savent le faire. Je sais que c'est très technique, il faut vraiment maîtriser et on peut vite faire n'importe quoi avec ça. Moi je vais plutôt dans l'autre sens. Moi ce qui me tient à cœur c'est la cuisine, la vraie. Des gens qui ont 70 ans adorent venir manger chez moi. Ils me disent 'ah chez vous c'est bon, ce n'est pas comme dans les autres restaurants, il y a du goût'. Je ne sais pas moi, une véritable fricassée de veau avec des légumes oubliés, c'est super bon quoi, c'est simple. » (Jérémy Morin, 1 étoile)¹¹

Ainsi, si la haute cuisine a longtemps consisté à offrir les grands plats de la cuisine classique telle que codifiée par Escoffier, mettre sa touche personnelle et créer sa propre identité culinaire est aujourd'hui la norme. Toutefois, le degré de créativité des chefs reconnus (ayant par exemple des étoiles Michelin) varie fortement. D'ailleurs, certains 3 étoiles Michelin offrent toujours une cuisine dite traditionnelle qui pour certains n'a pas varié depuis de nombreuses années. Par exemple, l'Auberge de l'Ill en Alsace ou le restaurant de Paul Bocuse à Collonges au mont d'or sont présentés comme ceci par le guide Michelin ('Le mot des inspecteurs du guide Michelin')¹² :

« Ce n'était, à l'origine, qu'une petite auberge sur les rives de l'Ill, appréciée pour sa matelote au riesling. Au fil du 20ième siècle, la famille Haerberlin a su l'élever au rang d'institution, et voilà bien un fief de la grande tradition: celle qui a inspiré et inspirera encore des générations de cuisiniers, et qui conserve intacts la fraîcheur et le souffle de l'excellence. » (Auberge de l'Ill)

¹¹ Entretien dans le cadre d'un projet d'étudiant (Fabrice Mignot), Université Toulouse Le Mirail, 2009. www.isthia.fr/core/modules/download

¹² <http://restaurant.michelin.fr/restaurant/france/68970-illhausern/auberge-de-l-ill/29nft26> et <http://restaurant.michelin.fr/restaurants?country=FRA&searchText=bocuse>

« Temple de la tradition, institution du service à l'ancienne... Les modes glissent sur le restaurant-monument de "maître Paul", imperturbable au temps qui passe. Toujours la même soupe présidentielle et... trois étoiles depuis 1965 ! » (Restaurant Paul Bocuse). [note : soupe aux truffes noires VGE]

Si la créativité n'est pas une condition du succès dans la haute cuisine, comme les exemples ci-dessus le montrent, il n'empêche que l'originalité a pris de l'importance et que les créateurs reconnus parviennent à tirer des bénéfices importants de leur créativité, notamment sous forme de revenus annexes.

2.2 Un 'low IP equilibrium'

Les recettes créées par les chefs ne sont généralement protégeables ni par des brevets ni par le droit d'auteur. Une note de 2011 d'un blog français d'information sur la propriété intellectuelle résume la position du Droit en ce qui concerne la protection des recettes de cuisine¹³ :

*« La recette de cuisine en tant que telle s'apparente juridiquement plus à une méthode ou à un **savoir-faire**, protégeable comme un secret de fabrique. La recette du Coca-cola par exemple est protégée par ce biais : on en connaît la composition mais la proportion exacte de chaque ingrédient est tenue secrète. Ainsi, un accord de confidentialité ou une clause de non concurrence s'avèreront fort utile en cas de révélation de ce savoir-faire à un tiers prestataire ou à un salarié.*

*Par ailleurs, l'appellation d'un plat qui ne serait pas purement descriptive pourrait être déposée **à titre de marque**, ce qui empêcherait alors tout concurrent d'utiliser le même nom pour un produit identique ou similaire. C'est par exemple le cas de la brioche roannaise appelée PRALULINE.*

*La protection par le **droit des brevets** peut également être envisageable à condition que la recette apporte une solution technique non évidente à un problème technique préexistant. Cela peut par exemple être une*

¹³ <http://desdroitsdesauteurs.fr/2011/11/la-protection-des-recettes-de-cuisine-et-creations-culinaires/>. Les parties de texte venant de ce site sont indiqués entre « .. ».

recette permettant de confectionner une soupe dans laquelle le foie gras ne se mélangerait pas avec la gelée de poule: 'Soupe chaude de foie gras à la gelée de poule'».

On peut citer ainsi les brevets de M. Troisgros concernant la 'tête de veau à la vinaigrette' et les 'rouleaux de crabe', déposés en 1994¹⁴.

« Mais, la plupart du temps, les nouvelles recettes sont des déclinaisons culinaires, c'est-à-dire des manières nouvelles d'assembler les ingrédients d'anciennes recettes. Elles ne sont donc pas des inventions culinaires. De plus, au sens de la loi, une recette est une idée. Et l'idée, la notion ou la découverte désincarnée qui sous-tendent l'invention ou y conduisent ne sont pas, directement brevetables ; elles doivent d'abord être transformées en une invention, les réduisant à une forme pratique [par exemple une préparation culinaire nouvelle]. Une idée [une recette] ou une notion, si bien conçue ou structurée soit-elle dans l'esprit, est désincarnée et n'a pas la faculté d'interagir avec le monde matériel pour constituer la solution d'un problème concret. L'invention implique nécessairement la suggestion d'un acte à accomplir, et d'un acte qui doit donner naissance à un nouveau produit, à un nouveau résultat, à un nouveau procédé ou à une nouvelle combinaison en vue de réaliser un produit existant [réel] ou de produire un résultat existant [réel] »¹⁵.

*« Les **dessins et modèles** se prêtent quant à eux particulièrement bien à la protection des créations pâtisseries. Ils protègent l'apparence d'un produit, c'est à dire les caractéristiques du produit lui-même ou de son ornementation Pour être protégeable, un dessin (2D) ou modèle (3D) doit posséder un caractère propre, c'est-à-dire qu'il ne doit pas susciter une impression de déjà-vu dans son ensemble. Il doit également être nouveau, c'est à dire qu'aucun dessin ou modèle identique ne doit avoir été divulgué avant son dépôt. Les dessins et modèles en la matière sont nombreux. »¹⁶*

¹⁴http://fr.espacenet.com/searchResults?ST=advanced&compact=false&IN=Troisgros+michel&locale=fr_FR&DB=fr.espacenet.com

¹⁵ Cette partie de texte est prise du site suivant : <http://www.hrimag.com/La-plupart-du-temps-les-nouvelles>

¹⁶ <http://desdroitsdesauteurs.fr/2011/11/la-protection-des-recettes-de-cuisine-et-creations-culinaires/>

En ce qui concerne le droit d'auteur,

« une photographie d'une création culinaire est protégeable, tout comme les textes et l'agencement d'un livre de recettes (en tant que compilation), si tant est que ces œuvres soient originales et portent l'empreinte de la personnalité de leur auteur »¹⁷

Mais la recette elle-même n'est pas protégeable par le droit d'auteur. En effet, pour qu'une création culinaire soit protégée par le droit d'auteur, il lui faudrait répondre à trois critères: être une œuvre de l'esprit, être matérialisée dans une forme concrète (une idée ne suffit pas, il faut qu'elle soit «rédigée»), et porter l'empreinte de la personnalité de son auteur, selon la terminologie consacrée par la jurisprudence (critère de l'originalité). Le code de la propriété intellectuelle ne rejette pas la possibilité d'avoir la création culinaire reconnue comme une «œuvre de l'esprit» dans la mesure où elle fait appel à l'un des cinq sens. Pour l'instant, ne sont listées que des œuvres perceptibles par l'ouïe et la vue. Ce n'est pas une liste qui se caractérise par son exhaustivité comme l'a rappelé une décision du 28 novembre 2006 du tribunal de grande instance de Bobigny selon laquelle :

«la liste énumérée par l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle, qui comporte le terme 'notamment' et vise toutes les œuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination, n'est ni exhaustive ni limitative et ne permet pas de réserver la protection des droits d'auteur aux seules œuvres accessibles à la vue et à l'ouïe»¹⁸.

A lire cet article, on pourrait considérer que la création culinaire est une œuvre de l'esprit dans la mesure où le chef cuisinier apporte sa touche personnelle. Mais les tribunaux français ne semblent pas retenir pas cette interprétation.

¹⁷ <http://desdroitsdesauteurs.fr/2011/11/la-protection-des-recettes-de-cuisine-et-creations-culinaires/>

¹⁸ <http://www.slate.fr/story/64233/recette-cuisine-propriete-intellectuelle>

De façon générale, la haute cuisine se trouve ainsi dans un régime de '*low IP equilibrium*' (Raustiala et Sprigman, 2006) où le renouvellement créatif se fait généralement sans protection formelle des recettes. La théorie économique nous enseigne que les agents économiques ne sont motivés à innover que s'ils peuvent protéger leurs innovations de la copie. Pourtant, dans la haute cuisine, l'absence de protection formelle ne décourage pas le renouvellement créatif. Deux raisons principales, liées, expliquent pourquoi l'activité créative peut persister malgré ce '*low IP equilibrium*' : premièrement, la copie d'une recette n'entraîne généralement pas de changement radical de régime économique pour l'activité du chef et, deuxièmement, il existe des normes qui offrent aux chefs une alternative à la propriété intellectuelle.

2.3 Les moteurs du renouvellement créatif dans la haute cuisine

2.3.1 La copie n'entraîne pas de changement radical de régime économique

Premièrement, ce qu'offrent les grands chefs est bien plus que des recettes, c'est une **expérience** extraordinaire. Une recette seule n'a pas de valeur, il faut l'offrir dans un certain cadre, il faut l'exécuter d'une certaine façon, et elle prend sens dans un menu ou une carte complète et cohérente. On peut toujours copier la 'soupe aux truffes noires VGE' de Paul Bocuse mais on ne peut pas copier un 'diner chez Paul Bocuse'. Donc copier une recette d'un chef ne suffit normalement pas à le spolie. D'ailleurs, les rares procès pour 'copie' concernent toujours des copies intégrales du concept d'un chef, pas la copie d'une recette. Par exemple, Rebecca Charles du Pearl Oyster Bar, à New York, a fait un procès à son ancien sous-chef, Ed McFarland, lorsqu'il a ouvert un restaurant en 2007 qu'elle a jugé très similaire au sien, non seulement dans les plats offerts mais également dans la décoration et l'esprit et qui, en outre, se trouve à proximité du sien (Straus, 2012). Ed McFarland a dû apporter des changements significatifs à son menu et au décor pour éviter de créer de la confusion dans l'esprit des clients avec le Pearl.

Deuxièmement, il semblerait que les clients de la haute cuisine aient une préférence pour l'original: l'authentique 'saumon à l'oseille' c'est celui de Pierre Troisgros et dans l'esprit des clients informés le consommer au restaurant Troisgros à Roanne a plus de valeur que d'en consommer une (prétendue) copie dans un autre restaurant. Donc la copie ne réduit pas la valeur

de l'original si les clients sont parfaitement informés. C'est pourquoi il est important d'être reconnu pour ses recettes. Dans cette perspective, publier ses recettes est un moyen couramment utilisé par les chefs pour mettre leur nom sur leurs recettes, comme le soutient notamment Jérôme Bancetl¹⁹ :

« Si on a une superbe idée, on s'empresse de la diffuser pour ne pas se la faire copier. On l'immortalise en divulguant l'information au maximum. » (Jérôme Bancetl, Restaurant Senderens, Paris)

On retrouve ainsi une norme très utilisée dans les sciences : s'approprier une œuvre, non pas en la gardant secrète ou en la protégeant par un brevet, mais en la publiant (Merton, 1973).

Troisièmement, l'investissement dans le renouvellement créatif ne fait généralement pas l'objet d'un investissement spécifique ou en tout cas cet investissement est généralement faible, le chef expérimente en préparant le service, éventuellement il y passe un peu de temps en dehors du service. M. Guérard (3 étoiles, interrogé dans le cadre d'un mémoire de master) explique dans l'extrait ci-dessous²⁰ comment il crée de nouvelles recettes:

« [La créativité] c'est une espèce de spasme que l'homme ressent parfois, et qui le pousse à cette envie de créer à partir de rien, de sensations de couleurs... Un cuisinier qui va au marché pourra, devant un étal de poissonnier par exemple, avoir une sensation qui le conduira à créer un plat. J'ai un exemple précis. Il y a un an et demi, au cours de l'hiver, je prenais un café, chez moi, au bar. Il m'arrive parfois de mettre un zeste de citron, comme ça, dans le café, comme le font les italiens. J'étais content, je dégustais mon café dans la sérénité la plus totale. Je me suis dit : tiens ! Pourquoi le café et le citron ? Sans doute parce que je l'ai vu ailleurs. C'est assez excitant, intéressant. Que pourrais donc faire ? Partant de ça, je me suis posé la question de ce qui pourrait boxer dans la même catégorie que le café ? La présence du citron m'a conduit vers l'huitre. L'iode et le café, ça pouvait marcher ensemble. J'ai alors fait un plat, raté dès le départ : une

¹⁹ <http://www.slate.fr/story/64233/recette-cuisine-propriete-intellectuelle>

²⁰ Entretien dans le cadre d'un projet d'étudiant en Master (Fabrice Mignot), Université Toulouse Le Mirail, 2009. www.isthia.fr/core/modules/download

huitre froide avec une espèce de chantilly de café, abominable. Mais je n'ai pas lâché prise. Finalement du café torréfié je suis passé au café vert, lequel était trop mièvre. Je l'ai alors torréfié un peu, j'ai ajouté de la cardamome, puis je suis tombé juste. » (M. Guérard)

Il faut noter que parfois renouveler sa cuisine peut impliquer d'investir des sommes importantes dans les nouvelles technologies, en particulier les nouveaux outils de cuisson (exemple de A. Senderens, note de bas de page 1). Mais ces outils sont également les outils de production du restaurant, il ne s'agit pas d'outils spécifiques, donc les dépenses ne peuvent que marginalement être imputées à la créativité.

Quatrièmement, le renouvellement créatif est généralement rapide ce qui crée une barrière à l'imitation pour la concurrence (Harrington, 2004): même si les recettes d'un chef sont copiées, elles ont déjà été remplacées par de nouvelles recettes.

Enfin, la concurrence entre chefs est en partie monopolistique puisque la localisation géographique compte : les restaurants attirent en premier lieu une clientèle locale et par conséquent un restaurant à Nice n'est pas directement concurrent d'un restaurant à Lille.

Cependant, la protection naturelle offerte par ces mécanismes peut être fragile ou partielle. Par exemple, la 'préférence pour l'original' nécessite une information parfaite du client, ce qui n'est pas toujours le cas ou ne concerne que les 'foodies'. Également, si la localisation importe dans la restauration gastronomique et réduit la concurrence directe entre restaurants, il n'empêche que la clientèle des établissements les plus réputés a tendance à être indifférente à la localisation géographique. Ensuite, si le renouvellement créatif n'implique pas d'énormes investissements, comme dans d'autres secteurs, et se fait en partie 'online', les chefs mettent toutefois de l'énergie et du temps dans la création de recettes et aimeraient profiter de l'exclusivité sur leurs créations. Enfin, si une recette n'est qu'un aspect de ce qu'offre un chef, certaines recettes sont emblématiques d'un restaurant et si elles sont copiées l'expérience perd un peu de son exclusivité.

C'est pourquoi, en l'absence de protection formelle, des normes sont nécessaires pour limiter l'appropriation des nouvelles recettes par d'autres que leur créateur et permettre aux chefs de tirer des bénéfices de leur créativité.

2.3.2 Les normes

Les normes n'empêchent pas les chefs de s'inspirer de leurs collègues, puisque c'est inévitable en cuisine, mais elles les empêchent de copier à l'identique, en tout cas de copier sans créditer. Les chefs attendent ainsi de leurs 'concurrents' ou collègues qu'ils ne les copient pas à l'identique ou, à défaut, les créditent clairement, et qu'ainsi leur 'priorité' soit reconnue et/ou qu'ils puissent bénéficier d'une exclusivité sur leurs créations²¹ :

« I would also be just as happy... if a professional were to use my recipe, provided that they gave credit in some way shape or form » (Norman van Aken)

“I am pleased with other chefs using my recipe ideas as long as my priority is acknowledged” (Charlie Trotter)

“I am pleased to see my culinary ideas gaining circulation as long as others do not merely copy me” (Wylie Delfino)

Ces normes ont été mises en évidence chez les chefs français (Fauchart et von Hippel, 2008), italiens (Di Stefano, Verona, King, 2013) et américains (Buccafusco, 2007 ; Straus, 2012) et elles semblent largement partagées par tous les grands chefs de la planète.

Les normes tendent à être respectées à la fois parce qu'il existe des sanctions crédibles en cas de non-respect et parce que les grands chefs partagent une identité sociale forte dont l'un des termes

²¹ Citations venant de Straus (2012), p. 199

est le respect de ces normes de comportement. Notons que les sanctions incluent l'ostracisation par la communauté ou des pressions visant à empêcher l'accès à certains fournisseurs. Quant à l'identité sociale elle se forge principalement lors de l'apprentissage et du contact avec les grands chefs déjà établis. Les autres normes de comportement associées au monde de la gastronomie incluent par exemple le fait que des informations relatives à des recettes qui nous ont été données par un chef ne doivent pas être transmises à d'autres sans autorisation, sauf bien sûr si elles sont 'connaissance commune' ou triviales. Il est intéressant de noter qu'un non expert a beaucoup de difficulté à évaluer ce qu'il est correct de faire et ce qui ne l'est pas. Mais les membres de la communauté le savent parfaitement. Les passionnés de gastronomie ont en général également une idée de ce qui est correct ou non de faire et participent de plus en plus, grâce principalement à Internet, à signaler et sanctionner les comportements inacceptables : par exemple, récemment, un chef australien s'est fait montrer du doigt sur le site eGullet parce qu'il avait copié sans créditer et quasiment à l'identique les plats d'un restaurant Newyorkais. Lorsqu'il a voulu se défendre et a invoqué l'inspiration, les internautes lui ont répondu que la 'part d'évolution' manquait clairement dans son travail et qu'ainsi on ne pouvait pas parler d'inspiration.

Certains auteurs soulignent que les normes sont généralement puissantes lorsque le groupe est petit car ainsi les déviations par rapport aux comportements normatifs sont visibles et peuvent être sanctionnées. En fait, il semble que cette hypothèse est trop pessimiste. Tout d'abord, Internet tend à repousser la taille qui rend le groupe enclin à respecter les normes, comme l'illustre l'exemple de l'action des internautes sur eGullet qui ont montré du doigt ce chef en Australie qui avait copié des recettes servies à New York. Ensuite, comme l'ont révélé plusieurs études, les grands chefs français, italiens ou américains se ressemblent énormément. Ils tendent à partager une même identité sociale et ainsi à internaliser les mêmes normes, ce qui est logique étant donnée la forte mobilité des chefs au cours de leur formation. Ainsi, beaucoup des grands chefs actuels dans le monde sont passés par la France et y ont été formés.

En réalité, il semble que la frontière de groupe la plus pertinente soit entre la haute cuisine et le reste des restaurants. Il paraît clair que des chefs de peu de renommée copient, imparfaitement, les recettes des grands chefs, comme certaines entreprises de prêt-à-porter copient les modèles des grands couturiers (Raustiala et Sprigman, 2006). Mais ces restaurants n'attirent pas la même

clientèle que les grands restaurants gastronomiques, d'une part, et leurs copies des recettes des grands chefs ne sont que de pâles copies, comme s'en persuadera toute personne qui comparerait le saumon à l'oseille préparé par Pierre Troisgros à l'époque (Troisgros fût une star de la nouvelle cuisine, avec 3 étoiles Michelin pour son restaurant de Roanne) et le saumon à l'oseille proposé dans n'importe quelle brasserie.

2.4 Evolutions récentes dans le domaine de la créativité culinaire

Toutefois, la haute cuisine connaît des évolutions qui pourraient changer le statut de la créativité dans ce secteur et peut être aussi le comportement des chefs.

2.4.1 La créativité change de statut

Premièrement, il nous semble que les chefs accordent plus d'importance qu'auparavant à la créativité. Un certain nombre de chefs commencent à contester l'accent mis par le guide Michelin sur les aspects de décor et de cadre dans l'attribution, en particulier, des deuxième et troisième étoiles et demandent que soit accordée plus d'importance à la cuisine elle-même. Plus généralement, il semble que la création culinaire a pris de l'importance relativement aux autres éléments de 'l'expérience'. Bien sûr, pour le moment, les chefs qui insistent sur la créativité sont plutôt ceux qui se sont lancés dans la cuisine moléculaire²² :

« Que le produit soit bon n'est plus suffisant. Le client qui vient chez moi veut des émotions fortes, il veut du ludique et il est très réceptif à ça. Dans l'émission Un dîner presque parfait, quand je vois le niveau de compétence de ces amateurs, je me dis qu'on va avoir des difficultés à épater ces gens au restaurant avec une sole meunière. Je n'ai rien contre la sole meunière mais si cette haute cuisine veut continuer à avancer, il faut qu'elle soit dans la recherche perpétuelle » (Thierry Marx)

²² <http://www.lyoncapitale.fr/Journal/Communs/Univers/A-table/Actualite/Gastronomie/Entretien-avec-Thierry-Marx-Le-chef-de-file-francais-de-la-gastronomie-moleculaire>

Ensuite, la cuisine moléculaire ré-ouvre le champ des possibles en matière de création culinaire, tout comme la nouvelle cuisine l'avait fait en son temps. La cuisine moléculaire repose sur une meilleure compréhension des processus chimiques à l'œuvre lors de la cuisson, des mélanges, ou de la macération des aliments afin de proposer de nouveaux plats. Elle s'appuie sur l'usage de nouveaux ustensiles et machines de cuisine qui permettent de cuire les ingrédients différemment et de créer de nouvelles textures, tel que l'homogénéiseur à grande vitesse ou les machines permettant de transformer des aliments mous et ductiles en poudres (e.g. neige de foie gras).

Avec la cuisine moléculaire, la création culinaire commence à faire l'objet d'un investissement spécifique et en outre d'un investissement important. Ainsi le Fat Duck (chef Heston Blumenthal, à Londres) et elBulli (chef Ferran Adria, en Catalogne) ont des 'laboratoires de recherche' ('research kitchen') et du personnel de recherche dédié. Comme l'expérimentation déstabiliserait le processus de production et pourrait conduire à des problèmes d'inconstance dans la qualité, la création de nouveaux plats est menée en laboratoire ('offline') et fait l'objet d'une allocation de ressources indépendante (elBulli fermait même 6 mois par an pour permettre à l'équipe de mener ses expériences et de créer).

Egalement, la codification du processus de création s'accroît lorsque les expérimentations et leurs résultats sont consignés dans des documents. C'est le cas par exemple au Fat Duck où il existe une encyclopédie interne en ligne ('duckopedia') qui sert de carnet de laboratoire virtuel où toutes les procédures, résultats et conclusions des expériences culinaires sont enregistrées. A elBulli, les créations sont également systématiquement cataloguées et classées par famille, telles que par exemple les 'préparations chaudes ou froides incluant des agents gélifiants' (Vega et Ubbink, 2008).

Cette évolution est très limitée pour le moment mais elle existe. Que pourrait-elle changer ? Pour le moment il semble difficile de faire des prédictions car plusieurs forces contradictoires semblent être à l'œuvre.

2.4.2 *Statu quo?...*

Malgré la plus grande codification des processus de création et de production qui semble accompagner la cuisine moléculaire et qui, en principe, rendent la copie et la reproductibilité des recettes plus facile, il semble que les ‘fondamentaux’ restent les mêmes et que les risques associés à la copie ne devraient pas s’aggraver. En effet, la ‘préférence pour l’original’ reste toujours aussi forte, voire même peut être plus forte : rappelons que Ferràn Adria recevait deux millions de réservation par an pour une capacité maximale de 8000 couverts par an. Donc les précurseurs reconnus comme tel n’ont pas à se méfier de la copie : malgré les imitations inévitables, ils reçoivent bien plus de demande qu’ils ne peuvent en servir. En outre, malgré la plus grande codification des processus de création et de production qui accompagne la cuisine moléculaire, la part d’interprétation reste importante et va continuer à différencier les chefs, comme l’a exprimé Hervé This (chimiste), promoteur de la gastronomie moléculaire²³ :

« Deux cuisiniers artistes peuvent-ils faire un art différent s’ils font tous les deux de la cuisine moléculaire ? Comparons avec les autres arts, par exemple celui du flûtiste. Jusqu’en 1860, les flûtes traversières étaient d’un type qui avait lentement évolué, mais elles avaient ce son un peu aigrelet des flûtes baroques, et le flûtiste devait faire des acrobaties pour jouer toutes les notes justes avec le même timbre. Puis Théobald Boehm mit au point la flûte traversière moderne, qui palliait bien des défauts des flûtes anciennes. A propos de cette flûte, aussi, on pourrait poser la question : deux flûtistes peuvent-ils faire un art différent s’ils jouent tous les deux de cette flûte moderne ? Et la réponse est donnée depuis plus d’un siècle : de nombreux artistes ont tiré des sons différents du même instrument ! Parce que l’art n’a rien à voir avec la technique. Autre exemple, en peinture : l’avènement des pinceaux modernes, des couleurs modernes, qui doivent tout au progrès de la chimie, et ensuite aux applications des nouvelles connaissances chimiques, n’a pas gommé les différences entre peintres, bien au contraire ! » (H. This)

²³http://www.lhotellerie-restauration.fr/hotellerie-restauration/articles/2007/3027_03_mai_2007/La_cuisine_moleculaire.htm

En outre, si la création culinaire fait l'objet d'une allocation de ressources spécifique et parfois importante (6 mois de fermeture du restaurant pour Ferràn Adria), elle ne change pas fondamentalement les conditions d'appropriabilité de l'innovation culinaire : (i) le marché potentiel du chef reste limité par la capacité de son restaurant et (ii) la recette doit être ré-exécutée à chaque fois, pour chaque client, et ne peut ainsi pas être produite 'en masse'. Par conséquent, l'investissement en créativité ne permet pas d'augmenter les gains de productivité dans un restaurant gastronomique et la rentabilité de l'investissement en créativité ne peut, par conséquent, qu'être faible voire négative: F. Adria a dû fermer son restaurant qui perdait 500'000 euros par an. Cet aspect suggère que la créativité comme R&D ne change pas fondamentalement le régime économique de la restauration gastronomique.

On pourrait donc prédire que les règles du renouvellement créatif ne devraient pas être fortement perturbées par cette évolution et qu'en particulier les normes continueront de réguler les comportements en matière de création culinaire dans la communauté de la restauration gastronomique. Il s'agira toujours de s'inspirer sans copier. D'ailleurs Pierre Gagnaire, un des chefs de file français de la cuisine moléculaire, est clair sur ce point²⁴ :

«Si on vous copie, c'est que vous êtes bon... le problème, c'est pas de n'être pas protégé. On est des cuisiniers, on fait de la cuisine. Restons simples.» (Pierre Gagnaire)

2.4.3 ... Ou changement ?

Toutefois, d'autres chefs semblent penser différemment, en tout cas aux Etats-Unis. Par exemple Homaru Cantu, le chef du restaurant Moto de Chicago, et qui est un pionnier de la cuisine moléculaire aux Etats-Unis, milite pour plus de protection pour les créations des chefs et détient

²⁴ <http://www.slate.fr/story/64233/recette-cuisine-propriete-intellectuelle>

d'ailleurs déjà des brevets sur des recettes employant des techniques nouvelles. D'après une juriste anglo-saxonne (E. Cunningham, 2009, p.26):

« Cantu believes creative chefs ought to have the same rights and protections as the rest of the food industry. While he does not advocate patenting food on a broad scale, Cantu believes patenting some of his intellectual property in order to get licensing fees from chefs, restaurants and businesses might be the most efficient way to tap revenue in the restaurant industry. »

En fait, si l'économie d'un restaurant gastronomique n'est pas fondamentalement modifiée par l'investissement en créativité, il n'empêche que l'investissement en créativité peut être rendu profitable si les innovations peuvent générer des revenus supplémentaires via la licence. Il s'agirait d'une évolution dans le modèle d'affaires des chefs avec l'activité créative comme une nouvelle source de revenus.

En effet, l'activité créatrice des chefs est potentiellement intéressante pour d'autres parties prenantes, telles que les industriels de l'agroalimentaire ou les fournisseurs d'équipements. La créativité des chefs, parce qu'elle devient une compétence à part entière, intéresse fortement les entreprises de l'agroalimentaire, qui voient dans la collaboration avec les chefs une opportunité extraordinaire de concevoir des produits ou expériences culinaires innovantes. Comme l'a expliqué Thierry Marx²⁵ :

« Aujourd'hui, c'est l'agroalimentaire qui vient chercher les cuisiniers pour devenir innovant dans leur secteur. Si la pâtisserie surgelée a un tel niveau de qualité, c'est parce que de très grands chefs pâtisseries et cuisiniers ont amené une griffe, du prêt-à-porter. Vous pouvez dire la même chose de l'écossais Burberry qui est arrivé chez H&M. C'est devenu du business. Les chefs sont devenus des marques, certains aiment s'habiller chez Dior, d'autres chez Yamamoto. C'est pareil en cuisine. On préfère tel chef car on aime le style qu'il a. Aujourd'hui, mon univers, mon métier c'est ça. » (Thierry Marx)

²⁵ <http://www.lyoncapitale.fr/Journal/Communs/Univers/A-table/Actualite/Gastronomie/Entretien-avec-Thierry-Marx-Le-chef-de-file-francais-de-la-gastronomie-moleculaire>

Notons que l'intérêt de l'agroalimentaire n'est pas uniquement un intérêt marketing, qui existe depuis longtemps, mais un intérêt plus profond lié aux enjeux actuels de qualité et de nutrition, comme l'expliquent des chercheurs en nutrition du groupe Nestlé (Vega et Ubbink, 2008, p.381) :

« As the language and the cooking utensils used by those within the haute cuisine and the more mundane food industry increasingly overlap, chances for cross-fertilization increase rapidly and part of the passion and creativity of chefs could indeed inspire food scientists and technologists to progressively look for food quality and perception as driving forces for their work, instead of purely rational grounds such as ingredient safety, ease of processing and cost. [...] The consciousness about food and its impact on human health and well-being is growing – and for us food scientists, learning from science-driven cooking could bolster our creativity.»

Egalement les chefs impliqués dans la cuisine moléculaire sont des 'lead users' (voir von Hippel, 1988) en ce qui concerne les ustensiles et techniques de cuisine. D'ailleurs, les chefs espagnols travaillent au développement de nouveaux ustensiles et techniques de cuisine avec International Cooking Concepts (ICC), un fournisseur spécialisé, comme expliqué sur le site de cette entreprise²⁶ :

“From then on, ICC became the channeler of all that creativity, not only the one from El Bulli, but also the one from a great number of Spanish chefs that with their contributions and ideas, boosted the Spanish Gastronomy to an international leadership. Year after year new appliances like the Roner thermostat, the Gastrovac, the Nitral, the Rotaval or the Clarimax were launched. All of them were born as a result of our collaboration with great chefs such as Joan Roca, the Torres brothers, Javier Andres, Angel Leon, and with entities such as the UPV in Valencia, the university with the higher number of registered patents in Spain, or the Alicia Foundation in Barcelona.”

Une des conséquences est que des chefs sont associés à des brevets concernant des ustensiles, voire ont leurs propres brevets, comme par exemple Ferràn Adria :

United States Patent Application 20070184173: *'For the purposes of preparing a food product, a foam including coffee as main ingredient is distributed in a mold and subsequently solidified through freeze-drying. The foam is obtained starting from a respective liquid precursor, which is emulsified through a gas. The liquid precursor also preferably includes a milk product and one or more additives, such as a gelling agent and a sweetener'*.

Mais notons qu'à ce stade les chefs innovants semblent utiliser leurs brevets pour s'assurer un retour sur investissement et gérer leurs relations avec les fournisseurs, tels qu'ICC, qui commercialisent leurs inventions, et non pas pour empêcher les autres chefs d'utiliser leurs innovations techniques. En fait, comme l'ont montré les études sur les innovations par les utilisateurs (e.g. von Hippel, 1988), les lead users sont généralement motivés à l'idée d'innover techniquement pour créer de nouveaux produits (nouvelles recettes) qui sont vendus aux clients et non pas pour commercialiser ces innovations. En fait, si l'accès privilégié à ces nouvelles techniques pourrait permettre aux chefs innovateurs de créer des recettes exclusives, bien souvent ils ont besoin d'entreprises spécialisées, qui vivent de la commercialisation de ces innovations, pour mettre au point les outils adéquats. Si le lead user n'a pas l'exclusivité de l'équipement qu'il a participé à concevoir, il a tout de même l'avantage de pouvoir utiliser un outil ou une technique parfaitement adaptée à ses besoins.

Toutefois, on ne peut pas exclure que la créativité comme R&D donne lieu à terme au développement d'innovations techniques conçues en propre par les chefs, gardées secrètes et non divulguées par brevet, comme dans l'horlogerie. Mais cela supposerait une nouvelle étape dans l'institutionnalisation de la créativité comme R&D avec l'investissement dans des équipements de R&D spécialisés.

Quant à utiliser les recettes brevetées à plus grande échelle, pour générer des gains de productivité, plusieurs options semblent possibles : tout d'abord, la licence à d'autres chefs ou à des chaînes de restaurants, comme suggérés par H. Cantu ; ensuite, l'ouverture de chaînes de restaurant par les chefs innovateurs eux-mêmes. Certains chefs possèdent déjà plusieurs

restaurants mais ils sont rares car cette stratégie pose plusieurs problèmes : (i) les chefs étoilés doivent être présents en cuisine ou, en tout cas, l'absence en cuisine est typiquement évoqué par le guide Michelin pour supprimer des étoiles (car implique moins de régularité dans le service etc...) ; donc il est difficile de posséder plusieurs restaurants gastronomiques ; (ii) cette stratégie n'est pas forcément la plus rentable, étant donné les faibles marges d'un restaurant gastronomique ; en fait, il semble plus profitable pour un chef d'utiliser sa notoriété pour devenir consultant ou conseil, ou pour prêter son nom à une marque agroalimentaire.

2.5 Conclusion

La haute cuisine offre un exemple manifeste de secteur où l'intensité créative ne semble pas souffrir de l'absence de DPI formels. Cela tient à des conditions de production et de distribution spécifiques des créations culinaires: importance de la présence physique du chef, préférence pour l'original, renouvellement créatif relativement rapide et faibles coûts d'investissement liés à la création. Dans ce cadre, l'existence de normes informelles visant à instaurer des bonnes pratiques entre les acteurs du domaine permet d'assurer un niveau de protection suffisant. Cependant cette situation n'est pas immuable. L'univers de la haute cuisine connaît à l'heure actuelle une transformation d'une importance potentiellement analogue à l'arrivée de la nouvelle cuisine dans les années 1970, qui pourrait venir bouleverser cet équilibre. En effet si le renouvellement créatif a longtemps été dans la haute cuisine plutôt non formalisé, faisant l'objet d'un investissement faible, et non systématique, il semble qu'aujourd'hui une partie (pour le moment très limitée) des grands chefs a décidé de l'ériger en une activité à part entière, faisant l'objet d'une allocation de ressources spécifique et importante. En la matière, Ferràn Adria fait figure de cas 'aberrant' ('outlier') puisqu'il a décidé de se consacrer exclusivement à la créativité à travers son académie de cuisine, la fondation elBulli²⁷ :

²⁷<http://fr.musique.yahoo.com/news/deux-ans-apr%C3%A8s-fermeture-delbulli-ferran-adri%C3%A0-occup%C3%A9-155515544.html>

« Elle accueillera un vaste centre expérimental. Nous voulons que les gens comprennent ce que c'est que la cuisine d'avant-garde. Une équipe créative de 40 personnes y travaillera à de nouvelles idées, concepts et techniques. Tout sera mis chaque jour sur internet, pour tous les cuisiniers du monde. [Il y aura aussi le projet 'Bullipedia'], une immense base de données sur la cuisine qui entend offrir de manière ordonnée tout ce dont on rêve sur internet. [La recherche commencé il y a un an a permis de remonter jusqu'aux tous premiers livres de cuisine].

Le nouveau Bulli, c'est la liberté. Nous pouvons faire ce que nous voulons. Il n'y a pas de 3 étoiles Michelin (à assurer), il n'y pas de prix (à gagner). C'est la créativité pour la créativité » (Ferràn Adria)

L'émergence de la créativité comme R&D suggère que la haute cuisine pourrait se rapprocher d'autres secteurs dans lesquels l'innovation repose sur la R&D et où les brevets sont utilisés par les innovateurs. Le « low IP equilibrium » serait alors susceptible d'évoluer. Cependant il semble à ce stade que la haute cuisine demeure très différente de ces secteurs. En effet, on ne peut espérer rendre l'investissement en R&D très productif car chaque plat doit être refait pour chaque client, le chef doit normalement superviser chaque préparation, et la demande servie se réduit à la capacité physique du restaurant. Ce qu'on constate c'est que ceux qui investissent le plus dans la créativité comme R&D tendent à perdre de l'argent car l'offre est peu extensible et cet investissement ne permet pas réellement de gains de productivité dans l'activité principale de restauration gastronomique.

En résumé, dans le cadre des pratiques actuelles, la créativité comme R&D ne permet pas aux chefs de bénéficier de gains de productivité significatifs et est donc peu rentable. Bien entendu, cela pourrait changer si la créativité comme R&D donnait lieu plus systématiquement à des innovations brevetables, telles que des recettes reposant sur des nouvelles techniques, car l'investissement en créativité pourrait être rendu rentable par l'octroi de licences à d'autres chefs, à des marques de l'agroalimentaire, ou à des chaînes de restaurants, ou par le développement d'une activité auxiliaire de produits alimentaires de luxe comme le fait Ferràn Adria, voire par le développement de chaînes de restaurants gastronomiques par les chefs innovateurs (la reproductibilité des recettes – et de l'expérience culinaire- étant rendue plus facile). Ceci pourrait conduire à des réorganisations importantes dans le secteur, par exemple à une plus grande concentration de l'offre, comme cela tend à être le cas dans les secteurs où l'innovation repose sur la R&D.

Il reste à savoir si la créativité comme R&D va se développer au sein des restaurants gastronomiques, auquel cas les évolutions discutées ci-dessus pourraient se produire, ou si elle va se développer en dehors, dans des académies de cuisine, telle que la fondation elBulli qui vendront ou offriront gratuitement aux chefs leurs développements. Dans tous les cas, il faut que les chefs français restent attentifs aux tendances qui se dessinent en matière de créativité en tant que R&D.

Partie 3 : Le cas de la mode et de la haute couture

3.1 Introduction

Le marché de la mode et de la haute couture, bien qu'il se réfère à une même type d'activité (Industrie de l'habillement, répertorié sous le code 14 de la Nomenclature d'Activités Française – NAF rév. 2, 2008), a pour particularité d'être un marché hyper-segmenté. Blackmon (2012) divise, par exemple, l'industrie de la mode en 12 sous-segments qui se situent le long d'un axe entre deux pôles : « haute couture » et « prêt-à-porter ». Certains comme Barrère (2008) n'hésitent d'ailleurs pas à situer ces différents segments le long d'une pyramide, avec à son sommet la haute couture telle qu'elle se pratique à Paris, Milan, Londres ou New York, et au bas, la production de masse qui correspond au prêt-à-porter, et dont l'origine varie largement.

Il est ainsi important de garder en tête que lorsque l'on parle d'industrie de la mode, l'on ne parle ainsi pas d'un marché homogène, mais de plusieurs marchés segmentés, reliés les uns aux autres par des mécanismes parfois complexes. Certains segments peuvent être en concurrence tandis que d'autres bénéficient plutôt d'effets de complémentarité (comme c'est par exemple le cas entre la très haute couture et le prêt à porter grand marché).

Une seconde caractéristique importante spécifique à l'industrie de la mode est qu'il s'agit d'un marché où, par définition, le fait de se distinguer des autres est essentiel et où la nouveauté est recherchée d'avantage pour elle-même que pour son utilité. Dans ce cas spécifique, comme le souligne clairement Shirwaikar (2009), introduire continuellement des éléments originaux devient une nécessité impérieuse car la production de masse n'est pas compatible avec le luxe :

"the need to innovate springs from a desire to stand out from the masses contrary to the justification of other creative content based products in the realm of IP. The need to innovate and re-design springs from a need to move away from standardization"

Dans ce contexte, la motivation première des créateurs est souvent de créer des vêtements originaux. Ils ne sont pas forcément dans une logique d'amélioration et ne sont pas forcément en

concurrence entre eux sur la base de critères de comparaison clairs pour le consommateur. Au contraire, comme l'écrit Barrère (2008), l'important est de créer et d'être original:

“In the haute couture the purpose of producers is not to improve but to create. Creations remain unique and are non-cumulative knowledge which escape from the incremental character of technical progress”

La nature de la création dans le domaine de la mode reste ainsi en partie indéfinie, quelque part entre œuvre d'art et objet utile. Blackmon (2012), par exemple, lorsqu'elle décrit le processus de conception des collections de haute couture, souligne l'importance du côté artistique:

“The design process for couture garments is analogous to the creation of art. Couturiers create original designs (as opposed to copying), and generally produce a collection composed of several pieces”.

Quel peut alors être le rôle de la PI dans ce processus de création continue de nouveauté ? Certains auteurs avancent que la mode a besoin de droits de PI forts. Par exemple Tsai (2005), écrit que:

« Fashion designers, especially as small business owners, need protection for their designs »

Schutte (2011) ajoute que:

« American designers are discouraged from creating new designs that will inevitably be copied and likely sold before the designers have time to profit from their creations »

Pourtant, il n'est pas toujours évident que la PI soit absolument nécessaire au renouvellement créatif. Au contraire, il est vraisemblable que du fait des caractéristiques évoquées plus haut, ce dernier puisse très bien s'opérer en l'absence de toute protection intellectuelle formelle. Il est même envisageable que la copie favorise l'activité créative. Raustiala et Sprigman (2006) parlent du paradoxe de la piraterie pour expliquer cet état de fait. D'ailleurs, pour commencer, il est intéressant de remarquer, qu'historiquement, le secteur de la mode s'est largement construit en l'absence de droits de PI, comme nous allons le voir dans la prochaine partie.

3.2 La mode et les droits de PI : une brève histoire

3.2.1 La France, pionnière dès le 18e siècle

À l'examen des différentes narrations historiques, il semble que la France ait été parmi les premiers pays à s'intéresser à l'idée d'une "propriété" intellectuelle des objets créés par les couturiers. Cette histoire débute à la fin du 18e siècle avec une première loi qui sera ensuite révoquée, puis amendée. Elle ne concerne, en définitive, que la création de mode dans sa dimension artistique, produit à vocation non-fonctionnelle et protégé sur la base de ses qualités esthétiques. Shirwaikar (2009) résume très brièvement les transformations successives au régime français :

“19th Century France saw efforts to protect fashion designers under two separate French laws seeking to reward human creativity and innovation. The law of 1793 catered to the protection of literary and artistic works while the 1806 law protected industrial designs catering to manufacturers needs [...].

The courts applied the 1806 law to protect fashion design. The jurisprudence began with the courts application of the 1806 law to a hat that was deposited [...]. This law prevented servile imitations which has the effect of stifling future creativity. In 1860, the Court ruled the law of 1806 was inapplicable as far as clothing was concerned since 'it was neither a work of art, nor a new invention, but a compilation... of objects of a known form'.

This turn of the judiciary kept designers away from the courts and legal action against counterfeiting acts for a while. It was only after the amendment of the law in 1902 that expanded the scope of protection of artistic and literary property to include designers of ornaments that paved the way for protection for clothing and apparel”

Il n'est pas forcément surprenant que la France ait été pionnière dans la reconnaissance du travail des couturiers, le marché français étant dominé, jusqu'à tout récemment, par les Maisons de Couture, organisations principalement focalisées sur l'aspect créatif, original, voire unique des créations de mode. À cet égard, et bien que comme nous le verrons dans la suite, ces Maisons n'aient pas forcément eu besoin de droits formels de protection pour s'épanouir, leur prestige leur a permis de peser pour l'introduction de tels droits. En comparaison, les débats ont eu lieu

également aux Etats-Unis (encore aujourd'hui d'ailleurs), mais sans pour autant mener à la mise en place de mêmes droit de protection qu'en France, ce qui a obligé les acteurs américains à mobiliser d'autres types de stratégie, comme illustré dans la partie suivante.

3.2.2 Créativité et barrières à l'entrée : guildes et rentiers en Amérique

En effet, de l'autre côté de l'Atlantique, l'histoire de la protection du design de mode n'a pas la même antériorité qu'en Europe. L'absence historique des Maisons qui caractérisent les marchés de Paris, Londres et Milan donne par ailleurs de l'industrie de la mode américaine un portrait tout autre - notamment beaucoup plus concurrentiel et directement influencé par les fluctuations du marché.

En conséquence, le marché américain a été jusqu'à très récemment marqué par une absence presque complète de protection en ce qui concerne le design de mode. "*Fashion in the US has traditionally and historically been denied copyright protection*", écrit Shirwaikar (2009). "*The basis of this denial lies in the belief that garments and clothes are items of utility devoid of any copyrightable elements*". Cette vacuité s'ancre donc dans un argument juridique qui exclut du domaine du droit d'auteur (copyright) toute forme de "création" dont la vocation est principalement utile.

Le premier événement qui vient remettre en cause cette situation sur le marché américain est la constitution au début du siècle dernier d'une véritable corporation privée visant à protéger les intérêts des manufacturiers établis. Comme l'écrit Schutte (2011) :

"In face of Congress's failure to pass protective legislation, the fashion industry took extralegal action by establishing the Fashion Originators Guild of America [FOGA] in 1932. The Guild's members made agreements among themselves to sell exclusively to stores that did not sell copies of members' designs".

Cette notion d'une action restrictive spontanée de la part des acteurs de l'industrie de la mode peut inciter à croire qu'elle résulte d'un véritable sentiment d'injustice découlant de l'insuffisante protection juridique, qui implique que la création dans ce domaine est trop faiblement protégée contre la contrefaçon et la piraterie. Il faut toutefois considérer, dans un même temps, l'avantage

spécifique que confère cette association à ses membres et participants. Comme en témoigne Shirwaikar (2009), ce "cartel" établi par les manufacturiers américains avait certaines particularités visant principalement à limiter la copie "entre les designers Américains". En conséquence, poursuit-il, *"one of the most striking effects of the establishment of the Guild was that copying from French designers was tacitly permitted"*. La constitution de la FOGA sur la base du principe juridique est donc remise en cause par ces pratiques douteuses. L'histoire révélera d'ailleurs que la Guilde se comportait effectivement comme un cartel, et que le pouvoir oligopolistique que lui conférait son statut était contraire à l'intérêt public : en 1941, la FOGA dû interrompre ses activités sur la base des lois antitrust du pays. *"The Federal Trade Commission swiftly ended this practice because it created unfair competition, resulting in a monopoly"*, écrit Tsai (2005). Quant à savoir si cette tentative de protection de l'industrie de la mode américaine visait véritablement la menace liée à la contrefaçon, ou constituait une tentative de bénéficier d'un positionnement avantageux sur un marché excessivement compétitif, l'histoire ne permet pas de trancher affirmativement. Analysant le marché contemporain de la mode, Raustiala et Sprigman (2006) concluent que l'hypothèse de la recherche de rente par les entreprises de vente au détail n'est pas crédible, en raison de l'importante intégration verticale du marché et de profondes différences opérationnelles entre l'Europe et les États-Unis.

3.3 Comment protéger la mode aujourd'hui ?

Aujourd'hui, aussi bien en Europe qu'aux États-Unis, il est encore très compliqué de protéger une création de mode avec des droits de PI formels. Par exemple, aux États-Unis Barrère (2008) soulève qu'à l'heure actuelle, aucune législation ne sanctionne l'appropriation des nouveaux modèles de haute couture par les manufacturiers de la mode de masse :

"It can prohibit complete product piracy: a firm cannot sell a garment labeled Saint Laurent unless it has been produced in the SL workshop. But, under the present legal system, nobody can prohibit street fashion from copying the style and specificities of a haute couture model. IPRs are inoperative against this kind of copying."

En théorie, plusieurs instruments de PI pourraient être mobilisés pour protéger la création dans la mode : le brevet de design (ou les dessins et modèle en Europe), la marque de commerce et les droits d'auteurs. Toutefois, chacune de ces lois possède son lot de problèmes lorsque appliquée à l'industrie de la mode (Tsai, 2005).

3.3.1 Brevet de design (US) ou dessin et modèle (FR, EU)

Une première possibilité de protection est l'obtention d'un brevet de design (aux Etats-Unis) ou, surtout, d'un dessin ou modèle (en Europe). Le brevet de design n'est pas sans poser des problèmes importants pour les créateurs. En particulier, selon J.P. Tsai (2005), "*The nonfunctionality requirement of the design patent [poses] a problem because to be protected, a design must not be dictated by functional considerations*", ce qui contredit l'utilité première du vêtement tel que défini par le pouvoir législatif. Mais surtout, le brevet de design a souvent peu d'attrait pour un designer émergent au budget limité. Le processus d'obtention d'un brevet est long et coûteux, ce qui rend la tâche quasi-impossible lorsque l'on considère qu'un designer développe en moyenne deux à quatre collections par année. Les petites entreprises ne pourraient jamais survivre à ce fardeau financier. "*Therefore, it would cost a designer with a mere 10 articles of clothing in her collection nearly \$20,000 to apply for and obtain protection for her collection, including attorney fees*"(Tsai, 2005). Finalement, la valeur d'un brevet dont la protection s'étire dans le temps se voit diminuée par le cycle de vie écourté des produits de mode.

La situation est légèrement différente en Europe. Depuis le début des années 2000, l'Union européenne offre une forme de protection dénommée dessin (ou modèle) communautaire. Lorsqu'enregistré, la protection octroie un "droit exclusif sur l'apparence d'un produit ou d'une partie de produit, que lui confèrent, en particulier, les caractéristiques des lignes, des contours, des couleurs, de la forme, de la texture et/ou des matériaux du produit lui-même et/ou de son

ornementation."²⁸ La couverture s'étend à l'ensemble de l'Union européenne. Ainsi, de même que le design patent aux Etats-Unis, le dessin ou le modèle couvre l'apparence d'un produit, mais ne dispose d'aucun pouvoir de protection face à sa fonction. Cependant le coût d'un dessin ou modèle communautaire étant peu élevé en comparaison du design patent, il s'agit d'une protection relativement importante et largement utilisée par les couturiers européens pour protéger leurs nouvelles créations.

3.3.2 La marque de commerce

L'industrie de la mode s'est construite largement autour d'un système de marques qui donnent aux objets une certaine valeur - l'exclusivité étant corollaire du prestige associé à certaines des grandes maisons (Dior, Chanel, Armani, etc.). La marque constitue ainsi un instrument de valorisation économique essentiel pour les créateurs, en leur permettant de s'approprier leur « style », leur empreinte et leur réputation. Aussi, depuis quelques décennies, les designers des Maisons de Couture apposent naturellement leur nom sur des collections de prêt-à-porter afin d'augmenter leur volume de vente en courtisant un public beaucoup plus large.

Cependant, il faut noter que la marque de commerce a peu de pouvoir face à toute forme de piraterie des designs de mode. En effet la marque de commerce protège uniquement la capacité d'identification de l'origine d'un produit. Ainsi, elle possède certaines utilités pour l'industrie de la mode, mais autant de failles, à commencer par la protection du design. Comme le note Scruggs (2007), "*Trademark does not protect the design of the garment itself. Thus, the world is free to knock off every aspect of the design of a dress as long as it does not copy the actual trademark of another firm.*". Egalement, dans certains cas les couturiers ne sont pas disposés à afficher une marque de commerce sur leurs vêtements les plus prestigieux : une robe de bal de l'atelier

²⁸ <http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/RCD/communityDesign.fr.do>

Chanel, par exemple, n'arbore pas l'illustre monogramme en double C, au risque de ruiner l'effet glamour de la pièce de couture.

3.3.3 Droits d'auteur

Généralement, la mode n'est pas admissible à une protection par droit d'auteur car ce dernier exige une absence totale d'utilité (il protège des créations artistiques par définition non basée sur une utilité quelconque). Aussi, dès lors qu'un objet présente une certaine forme d'utilité, comme bien sûr un vêtement, il ne peut pas revendiquer une protection par droit d'auteur. Au registre du copyright américain, la mode s'apparente à la catégorie du "travail pictural, graphique et sculptural" soumise aux conditions suivantes :

"The design of a useful article...shall be considered a pictorial, graphic, or sculptural work [and thus afforded copyright protection] only if, and only to the extent that, such design incorporates pictorial, graphic, or sculptural features that can be identified separately from, and are capable of existing independently of, the utilitarian aspects of article."(Scruggs, 2007)

La loi entend par "useful article", tout objet ayant une fonction utilitaire intrinsèque ne servant pas qu'à afficher l'apparence de l'article ou transmettre de l'information. Ainsi la question de l'éligibilité au droit d'auteur revient à savoir si une confection de mode peut être réellement séparée de sa fonction utilitaire. Scruggs (2007) soulève deux formes de séparation possible quant à la nature d'un objet, séparation physique ou conceptuelle. Alors que la séparation physique semble évidente, celle de type conceptuel l'est un peu moins. Le juge Newman l'a définie dans ces mots :

"In order to be conceptually separate, the article must stimulate in the mind of the beholder a concept that is separate from the concept evoked by its utilitarian function...the requisite 'separateness' exists whenever the design creates in the mind of the ordinary observer two different concepts that are not inevitably entertained simultaneously."(Scruggs, 2007)

Il apparaît donc évident que la démonstration de la séparation entre les aspects physiques et les aspects conceptuels d'un article de mode n'est pas une mince tâche aux yeux de la loi et apporte

davantage de complications que de solutions. Ainsi, la convention veut qu'un vêtement en tant qu'article utilitaire ne puisse être dénaturé de sa fonction première, rendant sa protection via un droit d'auteur impossible selon les règles en vigueur.

Toutefois, les militants en faveur d'un système de protection pour la mode sont d'avis que le copyright serait une bonne solution :

"copyright can remedy the incentive problem by discouraging blatant copying and encouraging the production of creative designs"(Schutte, 2011).

On peut noter qu'une modification aux lois américaines n'est pas une solution inenvisageable. Scruggs (2007) énonce une possibilité en créant un parallèle avec l'architecture. Le design d'architecture peut être protégé par droits d'auteur, or jusqu'en 1990, le travail architectural ne l'était pas, de sorte que la copie de plans architecturaux était illégale, mais non la construction même. Face à de fortes pressions internationales, le Congrès américain a modifié le Copyright Act en 1990, incluant une protection au travail architectural, à l'exception des éléments de base tels que les fenêtres, portes et autres composants standards. Le Congrès a justifié cette modification sur la base des vertus particulières de ce type d'activité créatrice : "*architecture plays a central role in our daily lives, not only as a form of shelter or as an investment, but also as a work of art*"(Scruggs, 2007). Par conséquent, une modification à la formulation des lois américaines sur le droit d'auteur pourrait être envisagée pour l'industrie de la mode, à l'instar des changements apportés en design d'architecture.

Au final, et même si la situation est un peu différente en Europe et aux Etats-Unis, on constate qu'hormis les marques de commerce (mais ces dernières n'empêchent pas la copie du vêtement en lui-même), il est très difficile de protéger une nouvelle création de mode via des droits de propriété formels. Aussi, un certain nombre de projets de lois ont été introduits en Europe et surtout, comme nous venons de le voir aux États-Unis afin d'étendre la protection des articles de mode et de protéger l'article par-delà les simples ornements. Pourtant, cette voie n'est pas la seule possible. L'absence de droits de PI formels ne semble en effet pas affecter le dynamisme créatif de

ce secteur. Il est ainsi également envisageable que la mode et la haute couture puissent, de par leurs spécificités, fonctionner dans un « low IP regime ».

3.4 Le paradoxe de la piraterie

3.4.1 La vision standard de la piraterie

La piraterie telle qu'appliquée à l'industrie de la mode, se rapporte aux copies d'un dessin original, ayant pour conséquence une réduction des marges potentielles que le créateur peut retirer du design en question. Lorsque la copie est de qualité moindre, elle peut de plus avoir pour conséquence de ternir l'image du design original, occasionnant une réduction d'autant plus importante des marges (Schutte, 2011). Ainsi pour certains, la piraterie de design de mode est un fléau épidémique qui mène l'industrie à sa perte. D'autant plus qu'à l'heure actuelle, les progrès technologiques permettent une production de masse à une vitesse accrue et selon une qualité constamment optimisée, résultant en une propagation répandue de cette forme de piraterie. Comme l'expliquent Hilton, Choi & Chen (2004) :

"Boutiques that sell fake designer goods at a fraction of the normal retail price are now available in many cities worldwide. In most cases the damages awarded against counterfeiters are relatively minor and in many cases authorities may decline to prosecute offenders, placing the onus on copyright owners to take action."

Par conséquent, Schutte (2011) est d'avis que les designers, voyant leurs ventes et revenus chuter plus que jamais, limitent leurs investissements dans de nouveaux designs. Elle considère qu'il y a, de manière conventionnelle, une désincitation à la créativité occasionnée par l'absence de droits de protection sur l'œuvre résultant du processus de création. L'auteure déplore particulièrement les effets perçus par ces activités de copie aux Etats-Unis :

"Proponents of copyright protection for fashion design argue that design piracy in the United States is rampant and harmful. American designers are discouraged from creating new designs that will inevitably be copied and likely sold before the designers have time to profit from their creations."(Schutte, 2011)

Les auteurs en faveur d'un régime de propriété intellectuelle estiment que la copie et la contrefaçon sont particulièrement néfastes pour les designers émergents, qui à défaut de pouvoir s'appuyer sur une marque de commerce établie, possèdent peu de moyens pour propulser leurs créations sur un marché hautement compétitif. Ils risqueraient donc plus d'être victimes de piraterie, et de faire banqueroute avant d'avoir réellement percé (Schutte, 2011). L'exemple de la jeune Stevie Koerner, copiée par le manufacturier et détaillant américain Urban Outfitters, a d'ailleurs fait été relaté dans les journaux au cours des dernières années²⁹. Non seulement les copies et les contrefaçons sont susceptibles de freiner les élans créatifs de la nouvelle génération de designers (accroissant la dimension oligopolistique de la dynamique de l'industrie), mais l'acte de copier ralentirait également l'innovation et le progrès au sein de l'industrie (Schutte, 2011).

3.4.2 Vers une nouvelle théorie de la piraterie dans la mode

A rebours de cette analyse, d'autres auteurs avancent que la piraterie pourrait être largement bénéfique au secteur de la mode. Raustiala et Sprigman (2006) justifient cela en se basant sur deux principes centraux dans le cas de la mode : le phénomène de l'ancrage des styles et celui de l'obsolescence induite. Ces deux phénomènes, qui proviennent en grande partie des caractéristiques intrinsèques au secteur évoquées plus haut, impliquent que la copie est non seulement bénéfique au secteur, mais elle lui est constitutive. La copie faisant la mode, il n'est pas possible d'avoir de mode sans copie. Dans le processus de diffusion d'une mode tel que décrit par Raustiala et Sprigman (2006), la copie joue alors un rôle essentiel lors de deux phases importantes :

En premier lieu les auteurs mettent en avant un phénomène essentiel au domaine de la mode : l'ancrage. Lors de la phase de lancement de la mode, lorsque personne ne sait vraiment quel type de produit sera à la mode à la prochaine période la copie permet de déterminer la prochaine mode. Plus une mode est imitée, copiée, et plus la probabilité qu'elle s'impose comme « la »

²⁹ http://nymag.com/thecut/2011/05/urban_outfitters_accused_of_kn.html

tendance augmente. La copie est ainsi nécessaire pour imposer une mode. Grâce à la copie, le marché, dans son ensemble, converge sur un design plutôt qu'un autre. C'est le principe même de la mode. Le marché s'ancre sur la dernière création ou le dernier style à la mode. La reproduction de certains motifs et de certains styles constitue, pour le dire autrement, la tendance ; ceux-ci incarnent l'esprit du temps, le *zeitgeist*, et les consommateurs observent l'évolution du mode (statistique) d'un ensemble vers un autre. Ce phénomène d'ancrage est donc tout à fait essentiel pour guider les consommateurs et leur permettre de suivre la mode. Pour Raustiala et Sprigman (2006) :

“Anchoring helps fashion-conscious consumers understand (1) when the mode has shifted, (2) what defines the new mode, and (3) what to buy to remain within it.”

Or, il est évident que la copie est parfaitement inhérente à ce phénomène d'ancrage. Il ne peut pas y avoir ancrage s'il n'y a pas de reproduction. Plus le vêtement est reproduit, plus le processus d'appropriation libre génère des variations "créatives" dérivées sur un même thème, plus il devient évident que le design est à la mode et que les consommateurs doivent l'acquérir. En conséquence, la désirabilité du bien dépend précisément du fait qu'il soit, dans une certaine mesure copié : c'est ainsi que les Maisons de moindre réputation indiquent au marché qu'un design spécifique est "à la mode" et confirment sa valeur en tant que création. En d'autres termes, les créateurs de mode (les designers dans la haute couture par exemple) peuvent parfaitement avoir intérêt à être copiés afin de profiter de ce phénomène d'ancrage.

Mais cela n'est que le premier effet de la copie. Un second vient en effet compléter ce phénomène d'ancrage : l'obsolescence induite. L'obsolescence induite est l'une des caractéristiques particulières de l'industrie de la mode que peu d'autres domaines d'activité économique connaissent avec autant d'intensité. Comme l'écrivait Georg Simmel dans l'un des premiers textes d'analyse de cette

industrie : "as fashion spreads, it gradually goes to its doom"³⁰. En fait la mode, un peu comme LE mode en analyse statistique, constitue un mode d'organisation de la production du vêtement qui dépend de sa propre distribution : afin d'être perçu comme la/le mode, il importe que l'artéfact en question soit diffusé et désiré aussi largement que possible (c'est le phénomène d'ancrage que nous venons de voir). C'est ainsi que la valeur perçue devient valeur réelle et que la haute couture peut justifier d'importantes marges sur sa création. Mais l'ancrage contient en lui les propres germes de la disparition de la mode. Plus une mode est diffusée et plus elle court à sa perte, voyant la probabilité de devenir démodée et remplacée par une autre mode. Comme l'expliquent Raustiala & Sprigman (2006), ce phénomène est lié à la "positionalité" du bien :

“positional goods purchases, consequently, are interdependent: what we buy is partially a function of what others buy. But the positionality of a particular good is often two-sided: its desirability may rise as some possess it, but then subsequently fall as more possess it”.

En conséquence, plus la mode est copiée, plus elle se rapproche du seuil au-delà duquel l'adoption réduira sa valeur. La copie après avoir fait la mode va ainsi la défaire en la rendant obsolète pour les consommateurs qui se tourneront alors vers la mode suivante. Autrement dit, la copie, si elle fait les modes, contribue également à accélérer leur obsolescence, i.e. elle raccourcie le cycle de vie des modes. Du point de vue du secteur dans son ensemble, la copie a donc un effet bénéfique indéniable : elle accroît la taille du marché (elle augmente la demande globale) en obligeant les consommateurs à régulièrement changer de mode. C'est le sens de la conclusion de Raustiala et Sprigman (2006) : "Le cycle de la mode, en somme, est propulsé par la piraterie"³¹. Si la copie possède un effet positif pour le secteur de la mode dans son ensemble, toute la question pour les couturiers reste de savoir comment s'approprier cette valeur supplémentaire créée. En pratique, comme nous le verrons dans la partie 5, ils

³⁰ SIMMEL (1904), p. 138.

³¹ Traduction libre.

peuvent mobiliser plusieurs instruments, tel que les actifs complémentaires et les marques pour s'approprier une partie de la valeur globale créée par la copie.

3.5 Conclusions et extensions

Les éléments vus dans cette partie illustrent bien que le rôle des droits de PI dans le processus de renouvellement créatif dans l'industrie de la mode reste ambigu. Paradoxalement, il n'est pas du tout évident que plus de DPI implique plus de créations.

Pour beaucoup, le droit d'auteur se présente comme l'instrument idéal de protection des créations de mode. Toutefois dans sa définition actuelle, il n'est que de peu d'utilité pour l'industrie de la mode. La clause exigeant une complète séparation, autant physique que conceptuelle, de la fonction utilitaire de l'article limite, voire annule tout recours possible pour les pièces de mode. Il apparaît inévitable d'apporter certaines modifications à ce domaine de lois s'il doit être mobilisé par les parties concernées. Scruggs (2007) suggère une adaptation de certaines clauses du Copyright Act américain pour que celle-ci soit conforme aux particularités de l'industrie, à l'instar des changements apportés en regard au design d'architecture.

Pour sa part, Shirwaikar (2009) analyse l'évolution de l'industrie de la mode, soulevant l'importance désormais accordée au logo et à la marque comme gage d'un statut social convoité, quelle que soit la qualité réelle du produit : l'importance est dans l'image perçue. « *[However], it may be argued that a curb on the term of the right granted may help in curbing piracy knowing the nature and lifespan of a trend in fashion* ». En mode plus qu'ailleurs, le cycle de vie d'un produit est si éphémère que le régime de PI en l'état actuel serait probablement inefficace pour protéger les créations. Pour être applicable à la mode, ce régime devrait donc connaître un certain nombre de modifications prenant en compte les spécificités du secteur.

Au final, il n'est ainsi pas du tout évident qu'un renforcement des règles de protection dans la mode permettrait d'accroître le dynamisme créatif de ce secteur. Cela justifie notamment pourquoi certains sont d'avis que le travail des créateurs de mode ne devrait pas être soumis à un régime de propriété intellectuelle quelconque. Plusieurs avancent même qu'une modification des

lois sur les droits d'auteur causeraient plus de mal que de bien à la créativité et l'innovation de l'industrie (Blackmon, 2012 ; Raustiala & Sprigman, 2006) et, pour justifier ce point, invoquent un élément de comparaison intéressant : comme nous l'avons vu ici, les créations de mode sont un peu plus faciles à protéger en Europe qu'aux États-Unis. Or, si une forte protection en PI était une condition *sine qua non* à l'investissement et l'innovation en mode, l'Union européenne verrait son industrie prospérer au détriment des États-Unis. Raustiala et Sprigman (2006) soulèvent ce point : "*the fact that firms in both the E.U. and U.S. engage in design copying suggests that the nominal differences in legal rules has had no substantial effect on the real rules that govern innovation in either jurisdiction*".

Partie 4 : Le cas du (des) spectacle(s) vivant(s)

4.1 Introduction

Selon la définition de l'encyclopédie Larousse, on désigne par « spectacle vivant » un “spectacle qui se déroule en direct devant un public, par opposition aux créations artistiques de l’audiovisuel issues notamment du cinéma, de la télévision ou d’Internet”³². Cette définition recouvre plusieurs types de spectacles spécifiques, en particulier le théâtre, l’opéra, la danse, le *one-man-show*, les arts de la rue, les arts du cirque et de la piste. Au sein de ces types de spectacles, plusieurs activités de création sont également engagées : mise en scène, chorégraphie, interprétation, création de textes, de musiques, etc.

Parmi les secteurs d’activités économiques répertoriés dans la Nomenclature d’Activités Françaises, les spectacles vivants figurent sous la division n°90, «Activités créatives, artistiques et de spectacle » (codes NAF 9001Z, 9002Z et 9004Z³³), qui comprend à la fois la production et la diffusion de spectacles, l’organisation de tournées, mais aussi les activités de compagnies d’artistes ou d’artistes indépendants, tels que des acteurs, danseurs, musiciens, ainsi que les prestations de services techniques, par exemple pour le son, l’éclairage, le décor, les costumes.

Le secteur du spectacle vivant, dont le mode de fonctionnement se rapproche de celui d’autres secteurs d’activité comme, entre autres, l’éducation et la santé, se caractérise, comme l’ont expliqué les économistes W. Baumol et W. Bowen dans les années 1960³⁴, par des gains de productivité faibles voire inexistants et – pour les spectacles repris à l’identique – des coûts de

³² www.larousse.fr/encyclopedie/divers/spectacle_vivant/93291

³³ Nomenclature d’Activités Française - NAF rév. 2, 2008

³⁴ Cf Baumol et Bowen (1966). Pour une analyse détaillée de Baumol et Bowen et de ses prolongements, cf Barbéris et Poirson (2013), chapitre 3.

production sans cesse croissants. Il s'agit d'un secteur où la création est fortement subventionnée, en particulier en France³⁵, aussi bien dans le domaine de la création que dans celui de la diffusion³⁶.

Le fait que le secteur soit fortement subventionné en France ne remet cependant pas en cause à lui seul la nécessité de protéger la création. La création dans le spectacle vivant est subventionnée au même titre que la création dans les formes d'arts audiovisuels (musique, cinéma, télévision) ou que la R&D des entreprises. Or dans ces activités les enjeux de protection sont capitaux (par les droits d'auteurs pour l'un, les brevets pour l'autre).

Bien que chaque spectacle soit par définition « unique » et qu'il ne soit pas reproductible strictement à l'identique, les spectacles ont généralement vocation à se diffuser et à durer dans le temps au travers de représentations successives, et peuvent par conséquent être sujets à la copie ou au plagiat. Le spectacle vivant, à l'image de la recherche scientifique, peut ainsi également être sujet à des défaillances du marché. Olliar et Sprigman (2008), par exemple, notent un faible niveau d'innovation dans les textes des spectacles humoristiques prédominants entre les années 1930 et 1960, qu'ils attribuent à un manque de moyens de protection. En effet les spectacles vivants, sous de nombreux aspects, correspondent à des œuvres de l'esprit et en tant que tels ils sont sujets aux deux sources de défaillance de marché auxquelles la protection de la propriété intellectuelle se propose de répondre (cf. partie 1). D'une part leur caractère non-exclusif (la diffusion du texte d'une pièce ou d'une suite de pas de danse étant difficile à contrôler) peut conduire à une situation de sous-investissement ou une sous-production dans le secteur, et d'autre part leur caractère non-rival (les œuvres, une fois créées, peuvent être diffusées sans avoir à supporter le coup de la création) peut conduire à une situation de sous-consommation, si l'œuvre

³⁵ Cf Latarjet et al. (2004)

³⁶ Dans le projet de loi de finances 2012, le soutien budgétaire de l'Etat (représentant un tiers de l'aide publique) au spectacle vivant, s'élève à 720 M€(Dorny et al. 2012).

n'est pas assez diffusée³⁷. Notons d'ores-et-déjà que le spectacle vivant, bien qu'il comporte des éléments non rivaux et non-exclusifs ne s'apparente pas dans son ensemble à un pur bien public (bien non-rival et non-exclusif). Dans les faits, lorsqu'une représentation (en direct) d'un spectacle est donnée, il est possible (parfois même nécessaire) d'exclure l'accès au lieu de la représentation, et la rivalité apparaît dès lors que le nombre de places est inférieur aux nombre de personnes désirant accéder au spectacle (cas d'encombrement, de congestion)³⁸. Nous reviendrons sur ces aspects d'exclusivité et de rivalité dans la suite de la partie ainsi que dans la partie suivante, car ils ont une importance cruciale dans les stratégies d'appropriation des bénéfices de la création. A ce stade néanmoins, on peut noter que la présence de certains éléments non-rivaux et non-exclusifs peut constituer un frein à la création dans le spectacle vivant.

La question de l'incitation à la création est d'autant plus capitale dans le spectacle vivant que ce secteur constitue une forme d'art particulièrement coûteuse, nécessitant de larges investissements en personnel (acteurs, musiciens, techniciens), infrastructures (location de salles), et matériel (éclairage, sonorisation, costumes, etc.). Ces dépenses se retrouvent à la fois au niveau de la mise en place des spectacles (coûts fixes) et au niveau de leur diffusion (coûts variables). Par ailleurs l'enjeu de l'incitation à la création dans le spectacle vivant est d'autant plus crucial que les droits de protection formelle tels que les droits d'auteurs ne semblent pas les plus appropriés. En effet, un certain nombre d'obstacles s'opposent à l'utilisation de ce type de protection, parmi lesquels la simultanéité de l'œuvre et de son exécution, la difficulté de fixer la création sur un support matériel, la multiplicité des acteurs impliqués et le caractère collectif de l'œuvre.

³⁷ La présence de ces deux types de défaillances de marché justifie une nécessité de soutien à la fois au niveau de la création et au niveau de la diffusion. Un certain nombre d'auteurs notent cependant que le système français des subventions a tendance à être plus axé sur le soutien à la création, au détriment de la diffusion (cf Barbéris et Poirson 2013, Urrutiaguer 2010).

³⁸ A cet égard, Barbéris et Poirson (2013) notent l'ambivalence de la nature du spectacle vivant « extrêmement matériel dans certains facteurs de production ; immatériel par sa restitution éphémère et sa nature d'œuvre de l'esprit » (p. 103).

Dans une première sous-partie nous reviendrons plus en détail sur des caractéristiques intrinsèques, communes à tous les spectacles vivants, qui rendent les droits de protection formelle difficilement applicables. Dans la seconde sous-partie, nous nous intéresserons à plusieurs types de création et de spectacles particuliers – la chorégraphie, la mise en scène, le stand up (monologue comique sur scène) et la magie – et examinerons les obstacles à l'utilisation des droits de PI spécifiques à ces domaines et les stratégies de protection adoptées.

4.2 Obstacles à la protection des spectacles vivants par le droit d'auteur

Le spectacle vivant consiste en la rencontre d'une œuvre, d'interprètes et d'un public. Si certains éléments du spectacle peuvent faire l'objet de protection formelle par le droit d'auteur (le texte d'une pièce de théâtre par exemple), un certain nombre d'obstacles pratiques rendent difficile la protection du spectacle dans son ensemble.

4.2.1 Une fixation délicate

Comme exposé en première partie, le cadre du droit d'auteur consiste à protéger la forme d'une œuvre et non pas son contenu. Il en résulte que pour pouvoir être protégée, l'œuvre telle que représentée doit être fixée sur un support (l'article L112-2-4 du Code de la Propriété Intellectuelle stipule que sont protégées les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, *dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement*). Cette exigence de fixation est fondamentale. En aucun cas on ne peut protéger une « idée » de mise en scène (par exemple transposer l'action d'une pièce de Molière à la période contemporaine), de chorégraphie, de numéro de cirque ou de tour de magie. Or la fixation de l'œuvre présente des difficultés techniques majeures dans le cas du spectacle vivant. Les différentes méthodes de fixation disponibles (notations écrites, filmées, ou notations par ordinateur) sont à la fois coûteuses et imparfaites pour retranscrire une création scénique ou chorégraphique (Sadler 2012). La captation filmée ou les photographies d'un spectacle sont par exemple imparfaites pour rendre compte du placement des acteurs ou des danseurs sur la scène (Van Camp 1994). En pratique, il est d'ailleurs relativement peu courant qu'une mise en scène ou une chorégraphie soit exécutée

après la mort de son créateur (à la différence des textes ou des partitions de musique qui continuent d'être interprétés bien après la mort de leur auteur). Cela peut s'expliquer par la volonté de réactualisation constante des œuvres, mais aussi par la difficulté de fixer ce type de création. Par conséquent, la contrainte de fixation de l'œuvre constitue un réel frein à la protection des chorégraphies par le droit d'auteur.

4.2.2 *Caractère collectif de l'œuvre*

Dans une grande majorité des cas le spectacle vivant est une œuvre collective faisant intervenir auteurs, metteurs en scène, chorégraphes, interprètes, costumiers, éclairagistes, etc. Une particularité du spectacle vivant est qu'il est en pratique impossible de séparer la création de l'œuvre et son exécution. Il en résulte une difficulté à séparer les rôles respectifs des auteurs et des interprètes : comment séparer la contribution du chorégraphe et de ses danseurs ? Du metteur en scène et de ses acteurs ? Cette question, qui se pose également dans d'autres secteurs (comme le cinéma par exemple), est particulièrement complexe dans le cas des spectacles vivants, où l'œuvre est susceptible d'évoluer au cours des représentations.

Dans une note de 2012 intitulée « Chorégraphie et droit d'auteur : questions soulevées par un art en mouvement »³⁹, l'auteur du blog *Le Lac des cygnes* relate le cas d'une œuvre chorégraphique créée par le chorégraphe Jérôme Bel à l'Opéra de Paris :

« Le chorégraphe Jérôme Bel, invité à l'Opéra de Paris, crée une œuvre chorégraphique d'un genre particulier : il s'agit du monologue d'une danseuse de la troupe, Véronique Doisneau, élaboré conjointement par le chorégraphe et la danseuse à partir d'éléments biographiques très personnels, non transposables à un autre interprète. : en effet, dans le monologue d'une vingtaine de minutes, la danseuse raconte son parcours, évoque sa façon d'envisager la danse, ses ballets préférés etc. J. Bel explique avoir voulu pratiquer « l'entomologie » d'une danseuse de ballet. [...] Ainsi, le critère d'originalité de l'œuvre

³⁹ <http://lacdscygn.es.blogspot.fr/2012/01/choregraphie-et-droit-dauteur-questions.html>

ne réside pas dans les apports de l'interprète que dans la forme qui leur est donnée par le chorégraphe. Véronique Doisneau n'a donc pas le statut d'auteur de l'œuvre. Par ailleurs, comme l'Opéra de Paris a la vocation de créer un répertoire, s'est immédiatement posée la question de la reprise future de l'œuvre, y compris dans le cas où la danseuse ne serait plus dans la compagnie (elle a lors de la création du ballet bientôt quarante ans, âge de la retraite à l'Opéra de Paris). Après discussion, il a été convenu par contrat avec l'Opéra qu'une reprise par l'Opéra avec un(e) autre danseur/euse est possible, mais ne peut s'effectuer qu'avec non seulement l'accord mais aussi le concours de J.Bel. Le titre de l'oeuvre, éponyme, changera avec le nom du/de la nouvel(le) interprète : ainsi, si l'œuvre est recrée avec une danseuse appelée Marie Durand, elle s'intitulera Marie Durand et son contenu changera. Mais juridiquement, ce sera toujours la même œuvre, celle du chorégraphe J. Bel. »

Cet exemple illustre bien la difficulté de distinguer la contribution des auteurs d'un spectacle (bénéficiant d'un point de vue juridique du droit d'auteur) et de leurs interprètes (bénéficiant des droits voisins⁴⁰). On peut même élargir le périmètre des personnes contribuant à la création jusqu'à inclure le public, qui prend dans certains cas une part active dans le spectacle, dans les spectacles interactifs ou les spectacles d'improvisation. Un grand nombre de personnes sont donc susceptibles de prétendre aux droits sur l'œuvre créée, rendant complexe l'utilisation de ces droits.

⁴⁰ Les droits voisins du droit d'auteur, introduits dans la législation française en 1985 comprennent les droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et vidéogrammes, et des entreprises de communication audiovisuelle. Pour les artistes interprètes (définis comme « personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes »), le Code de la propriété intellectuelle stipule que « Sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public » (Art. L212). Les interprètes bénéficient donc de droits de propriété intellectuelle en ce qui concerne la diffusion des performances qu'ils ont eux-mêmes exécutées. Les droits voisins en revanche ne garantissent pas de protection aux interprètes sur la reprise subséquente de l'œuvre par d'autres artistes, qui eux même bénéficieront des mêmes droits voisins sur leur propre prestation.

4.3 Problématiques particulières et stratégies de protection adoptées pour différents types de spectacles et de création

Les obstacles à la protection mentionnés dans le paragraphe précédent sont susceptibles de s'appliquer à tous les types de création dans le spectacle vivant. A cela s'ajoutent également certains obstacles particuliers ayant trait à des caractéristiques spécifiques de certains domaines de création du spectacle vivant. Nous allons ici détailler les quatre cas spécifiques de la chorégraphie, la mise en scène, le stand-up et la magie.

4.3.1 La chorégraphie

- Chorégraphie et droits de PI

Les œuvres chorégraphiques ont longtemps été exclues aussi bien du droit d'auteur que du copyright. La chorégraphie n'est protégeable par le droit d'auteur en France que depuis 1957. Selon l'article L112-2-4 du Code de la Propriété Intellectuelle, « sont considérées comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : (...) les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirques, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ». Aux Etats-Unis, la chorégraphie peut faire l'objet d'une protection par le copyright depuis le Copyright Act de 1976. Depuis cette date, si de nombreux chorégraphes ont déposé des copyrights, très peu de cas de litiges concernant les œuvres chorégraphiques ont été portés au tribunal. En 1994, presque vingt ans après l'accession des œuvres chorégraphiques à la protection par le copyright, J. Van Camp recensait en tout et pour tout un seul cas de litige porté devant les cours fédérales (Van Camp 1994). Ceci s'explique en partie par plusieurs caractéristiques propres à l'œuvre chorégraphique.

Une première difficulté que pose la protection de la chorégraphie par le droit d'auteur est le manque d'une définition précise de ce qu'est une « œuvre chorégraphique ». La chorégraphie désigne l'art de composer une danse, or le champ de cette dernière est difficile à délimiter. Selon Van Camp 1994 :

« Obviously, « dance » should not be defined in terms of a particular dance school or « vocabulary » such as « classical ballet ». Nor should « dance » be limited to works designed to be performed to the accompaniment of music, as that would exclude many contemporary works performed in silence. Nor should « dance » be defined in terms of any particular value judgement, such as grace, elegance, or beauty, as that would confuse the specification of a category of works with its evaluation. Nor should there be a requirement that dance tell a story or express humane motions, as that would exclude many contemporary works generally agreed to be choreographic and would limit choreographic works to those previously eligible for [copyright] registration as dramatico-musical works. »

Dans la définition de l'œuvre chorégraphique se pose également la question de la distinction entre un pas de danse, qui est exclu du champ de la protection, et une combinaison originale de différents pas de danse. En effet, beaucoup de pas de danse sont eux mêmes composés d'une combinaison de mouvements (Van Camp 1994).

A la difficulté de trouver un critère définissant le champ des œuvres chorégraphiques s'ajoute un problème pratique de délimitation de l'objet protégé. En effet, la chorégraphie est inextricablement liée à d'autres œuvres, dramatiques ou musicales, ce qui pose le problème de savoir si l'œuvre chorégraphique doit être protégée en tant qu'œuvre de collaboration (entre le chorégraphe et le librettiste) ou bien si elle doit bénéficier d'une protection autonome. Ce flou conceptuel génère un flou juridique qui rend complexe, voire incertaine, l'application du droit d'auteur dans le domaine de la chorégraphie.

Une autre difficulté que pose la protection de l'œuvre chorégraphique vient du fait que les chorégraphes créent généralement leur œuvre directement avec les danseurs, en dirigeant leurs mouvements. Les chorégraphies notées sont très rarement utilisées par les danseurs, à la différence des acteurs travaillant sur un texte ou les musiciens travaillant avec une partition. Les œuvres chorégraphiques sont difficilement exécutables d'un point de vue technique sans l'appui du chorégraphe (Sadtler 2012). Ceci pose deux types de problèmes. D'abord celui de la

contrainte de fixation de l'œuvre, puisqu'il n'est en pratique pas possible de retranscrire ni la substance de l'œuvre, ni les indications nécessaires à son exécution sur un support matériel. Ensuite, dans la mesure où « l'interprétation est la seule preuve de l'œuvre chorégraphique »⁴¹, il est difficile de séparer ce qui relève de l'œuvre et de son interprétation.

- *Stratégies de protection adoptées pour la création chorégraphique*

Sadtler (2012) répertorie trois catégories de protection de la chorégraphie: le copyright (droit d'auteur), la coutume et le contrat de licence. Compte tenu de l'incertitude et du coût de la protection par droit d'auteur, les chorégraphes peuvent lui préférer l'application de règles informelles, de règles de non copie au sein de la communauté de la danse. La présence de ces normes, ou coutumes, peut également expliquer le faible nombre de litiges portés devant les tribunaux en matière de chorégraphie (Singer 1983).

Les contrats de licence constituent par ailleurs un moyen de protection attrayant pour les chorégraphes, qui leur permet à la fois d'être rémunérés, de diffuser, et de protéger l'intégrité de leur œuvre. Différents types de licences peuvent être utilisées : licence « all inclusive », qui consiste à conférer les droits sur tous les éléments du spectacle à la fois (chorégraphie, musique, costumes, scénographie) ou licence limitée (droits portant uniquement sur la chorégraphie), ou bien encore licence sélective, permettant de sélectionner les compagnies qui pourront s'emparer de l'œuvre (Stadler 2012). La pratique de la licence permet d'exercer un certain contrôle sur la diffusion de l'œuvre, par exemple en envoyant des équipes surveillant le montage du spectacle (cas du Balanchine Trust), ou en exigeant l'apprentissage ou l'approfondissement d'une certaine technique (cas de la Cunningham Dance Foundation). Ces pratiques, si elles peuvent constituer des moyens efficaces de protection, peuvent cependant constituer un frein à la création lorsque les politiques de licences choisies sont strictes et exigent de représenter l'œuvre comme exacte réplique de la version originale.

⁴¹ <http://lacedscygn.es.blogspot.fr/2012/01/choregraphie-et-droit-dauteur-questions.html>

Selon Sadtler 2012, les différents types de protection utilisés (copyright, coutumes, licences) répondent à des besoins différents des chorégraphes, et ceux-ci peuvent faire une utilisation bénéfique d'une combinaison de ces droits (les contrats de licence peuvent exister parce qu'il-y a par ailleurs une protection par le droit d'auteur ou par des règles informelles appliquées par la communauté).

4.3.2 La mise en scène

La mise en scène constitue un autre domaine de création spécifique au spectacle vivant, qui présente des similarités avec l'œuvre chorégraphique - il s'agit dans les deux cas de diriger et de coordonner des mouvements d'acteurs ou de danseurs. Les problématiques de protection et d'application du droit d'auteur sont donc par divers aspects similaires à celles de la chorégraphie.

- Mise en scène et droits de PI

Bien qu'elle ne soit pas explicitement mentionnée dans la législation du droit d'auteur ou du copyright, la mise en scène devrait en théorie être éligible au droit d'auteur. En effet, il s'agit d'œuvres de l'esprit originales, qui se rapprochent de la pantomime ou de la chorégraphie, protégées explicitement par le droit d'auteur. Cependant, à la différence de la chorégraphie ou de la pantomime, la mise en scène n'est pas une œuvre complète à elle seule. Selon Livingston (2009):

« Stage directions would make virtually no sense if they were isolated from the playwright's words. »

Néanmoins le fait que la mise en scène soit par nature dépendante d'une autre création ne s'oppose pas en tant que tel à sa protection par le droit d'auteur. La mise en scène peut en effet

être protégée en tant qu' « œuvre dérivée ». L'article 2-3 de la convention de Berne⁴² mentionne en effet que :

« Sont protégés comme des œuvres originales, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique. »

On peut se poser la question du statut du metteur en scène, celui-ci doit-il être considéré comme auteur (bénéficiant du droit d'auteur) ou interprète (bénéficiant de droits voisins) de l'œuvre qu'il s'approprie ? Un critère pour répondre à cette question consiste à se demander s'il est possible de concevoir le travail réalisé indépendamment de la personne l'ayant réalisé. D'un point de vue purement théorique, il est possible de concevoir une mise en scène indépendamment de son metteur en scène (alors que l'interprétation d'un acteur est nécessairement attachée à l'acteur). C'est pourquoi certains défendent l'idée que le travail des metteurs en scène, à partir du moment où il comporte une certaine originalité, devrait faire l'objet de protection par le droit d'auteur (Hammarén 2002, Livingston 2009).

- *Stratégies de protection adoptées pour les mises en scènes*

Pourtant les cas de litige concernant les mises en scène sont très rares. Aux Etats-Unis, les metteurs en scènes sont généralement considérés comme employés du producteur, et n'obtiennent pas de droits au-delà du contrat établi avec le producteur initial (Livingston 2009). Cela peut s'expliquer par la difficulté précédemment mentionnée de fixer l'œuvre de mise en scène, les metteurs en scène pouvant recourir à la notation écrite (sur un « *prompt book* »), la notation par logiciel informatique, la photographie, ou la captation filmée, sans qu'aucune de ces méthodes ne permette de retranscrire de manière exacte et précise l'intégralité de la mise en scène créée. Cela peut également s'expliquer par la difficulté pratique d'évaluer la part créative du metteur en

⁴² www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P89_12957

scène par rapport à ce qui est directement dicté par l'œuvre considérée. Les « scène à faire », c'est-à-dire les scènes d'un livre ou d'un film qui sont quasiment obligatoires dans un genre considéré, et attendues par le spectateur (par exemple la présence de gadgets d'espionnage dans un film de *James Bond*), sont par principe exclues de la protection par le copyright, ce qui peut diminuer la portée de la protection de la mise en scène (Livingston 2009).

Ces diverses contraintes pratiques tendent à augmenter l'incertitude quant à l'efficacité de la protection de la mise en scène par le droit d'auteur, ce qui peut expliquer la faible utilisation de ce mode de protection. Mais la donne est susceptible d'évoluer. Les méthodes de fixation des œuvres tendent à s'améliorer (les possibilités de captations vidéos sont plus nombreuses, leur coût diminuant avec le temps), si bien que nombre de parties prenantes (en particulier la « Society of Stage Directors and Choreographers) militent en faveur d'une reconnaissance accrue du droit d'auteur (à la fois moral et patrimonial) pour les metteurs en scène et chorégraphes (Livingston 2009).

Cependant, du fait que la mise en scène repose sur la réinterprétation constante d'œuvres existantes, une protection par les droits d'auteurs est susceptible de constituer un obstacle à la création dans ce secteur. Selon les propos de John Weidman, président de la *Dramatists Guild*, reportés dans une note de 2006 du blog de David Bollier⁴³ les droits d'auteurs appliqués à la mise en scène auraient pour conséquence :

« a potentially devastating effect on the facility and vitality of theatrical production [as they] would clearly operate as liens on a playwright's play »

Selon les propos, toujours reportés par D. Bollier, du journaliste du *Times* Jesse Green :

⁴³ www.onthecommons.org/stage-direction-type-property

« If each director's staging of a relatively new play had copyright protection, very soon there would be no staging options left. The play would become so encumbered with licenses, or the risk of lawsuits, that it would be impossible to produce – a net loss to the culture. Even classic works like Romeo and Juliet might gradually be removed from the public domain, thus perverting the aim of copyright law, which is to increase the flow of ideas and artwork by providing an incentive to their creators. »

Il apparaît donc que dans le cas de la mise en scène un faible niveau de protection soit requis, la nature même de l'activité impliquant la possibilité de références et d'emprunts à des créations précédentes.

4.3.3 Le stand-up

Le stand-up (monologue comique sur scène), à la différence de la chorégraphie ou de la mise en scène, désigne non seulement un type de création particulier, mais aussi un type de spectacle à part entière. Ce type de spectacle, surtout répandu dans les pays anglo-saxons, consiste en un « one-man show » où un humoriste raconte des histoires drôles (« jokes ») au public⁴⁴, généralement sans accessoire et sans costume. Les histoires drôles, qui sont la matière première de ce type de spectacle, ont par nature vocation à être racontées, à circuler. Elles sont donc susceptibles d'être reprises, « volées », par d'autres humoristes⁴⁵, ce qui a conduit certains auteurs, en particulier Dotan Oliar et Christopher Springman⁴⁶, à examiner les modes par lesquels les humoristes tendent à protéger leur création.

⁴⁴ Cf. la définition donnée par le *Oxford Advanced learner's dictionary*, <http://oald8.oxfordlearnersdictionaries.com/dictionary/stand-up>

⁴⁵ D'après Oliar et Sprigman (2008), le « vol » d'histoires drôles est un soucis permanent pour les comiques : « Making a living in stand-up comedy takes hard work. You spend most of your free time between performances writing and re-writing new material [...]. But then there is the ever-present danger that a rival comedian who sees your act will be tempted to avoid the hassle of writing new material by taking yours ».

⁴⁶ Ces auteurs, tous deux chercheurs en droit à l'Université de Virginia, ont procédé à des interviews détaillées d'une vingtaine d'humoristes de stand-up qui leur ont livré leur point de vue sur les règles et pratiques appliquées par les humoristes concernant la propriété des textes humoristiques.

- *Stand-up et droits de PI*

Bien que le droit d'auteur s'applique en théorie aux textes humoristiques et aux histoires drôles, Oliar et Springman (2008) notent une absence totale d'actions en justice en violation du droit d'auteur menées par des humoristes. Une première raison à cela est le coût des poursuites pénales, qui apparaît trop élevé par rapport aux bénéfices escomptés pour les humoristes. Une deuxième raison tient à la nature spécifique de la création dans le stand-up, qui rend le droit d'auteur dans les faits difficilement applicable. Au-delà du fait que la condition de fixation matérielle n'est pas toujours remplie (les spectacles de stand-up n'étant pas nécessairement captés ou retranscrits), la protection de ces créations se heurte au fait que les histoires drôles sont souvent basées sur une idée, et qu'il est possible d'exprimer la même idée comique avec des mots différents, ce qui se rapporte à du plagiat. Or le droit d'auteur protège la forme originale d'une œuvre mais non l'idée sous-jacente. La réappropriation d'histoires drôles n'est donc pas juridiquement empêchée par le droit d'auteur. Ainsi que le notent Raustiala et Springman (2010) :

« Copyright protects original expression, but not underlying ideas. But often joke is built on a funny idea, which can be expressed in more than one way. So comics who re-write others' jokes rather than simply appropriate them wholesale are, as far as current copyright law goes, perfectly safe. »

De plus, comme expliqué par Oliar et Springman (2010), les histoires drôles reposant souvent sur des références ou des situations largement partagées, il peut s'avérer difficile de prouver qu'une histoire drôle a réellement été copiée, tout un chacun étant susceptible d'avoir eu la même idée :

« Since jokes and comedic routines often reference common experience or the events of the day, it would not be easy in many cases for comedians to negate the possibility of independent creation (also known among comedians as "parallel thinking"). »

Pour ces différentes raisons, l'effectivité du recours juridique dans le cas la protection des histoires drôles est largement incertain, les chances de gagner étant faibles, ce qui rend ce type de protection peu approprié pour les humoristes⁴⁷.

Stratégies de protection adoptées par les humoristes

Bien que la protection juridique soit rarement utilisée par les humoristes de stand up, ceux-ci sont néanmoins sensibles à la protection de leur création. Au fur et à mesure que le genre s'est développé, tout un ensemble de normes informelles tendant à réguler l'appropriation des histoires drôles s'est mis en place. Ces normes comprennent des règles concernant l'attribution de la paternité des histoires drôles, leur usage et leur diffusion, ainsi que des sanctions appliquées à ceux qui ne respectent pas ces règles.

Selon Oliar et Springman (2010), la norme principale dans le cas du stand-up consiste en une « stricte injonction contre le vol d'histoire drôles »⁴⁸. Notons que contrairement au copyright, pour être efficace la norme protège non seulement l'expression mais aussi l'idée sous-jacente à l'histoire drôle (Raustiala et Springman 2010). D'autres normes concernent des aspects plus précis de la propriété des histoires drôles, qui tendent à calquer la loi sur le copyright, mais comportent certaines différences avec cette dernière. Une d'entre elles établit par exemple que dans le cas d'un création collective, la propriété de l'histoire drôle revient non pas à l'ensemble des contributeurs mais entièrement à la personne ayant créé son prémisse (« own the premise/own the joke »). Une autre établit qu'une personne engagée par un humoriste pour écrire

⁴⁷ Notons que les captations filmées de spectacles humoristiques, qui représentent une part importante du marché, sont elles protégées par le copyright. Cependant, comme le notent Oliar et Springman (2009), ce type de protection a de grande chances de ne pas être efficace contre la réappropriation d'histoires drôles avec d'autres mots, comme démontré ci-dessus. De plus la promotion et l'exploitation commerciale de ces captations est réservée à un petit nombre d'humoristes célèbres, ayant déjà réussi à se faire un nom dans le métier, et non pas la grande majorité des humoristes pour qui la diffusion passe principalement par les performances en direct face au public (en particulier dans les clubs).

⁴⁸ Cette règle apparaît en premier dans les Dix Commandements répertoriés dans The Comedy Bible, ouvrage destiné aux nouveaux-venus dans le stand-up : « Thou shalt not covet thy neighbor's jokes, premises or bits. ».

des histoires drôles ne peut prétendre à aucune propriété sur ces créations, à la différence de ce que prévoit la loi sur le copyright. Enfin, lorsqu'un humoriste décide de vendre ou de céder une histoire drôle à un autre humoriste, il ne peut en aucun cas continuer à l'utiliser (contrairement à la loi sur le copyright qui prévoit des cas de licence non-exclusive). De manière générale, les normes régulant la propriété des histoires drôles tendent à être plus simples, plus binaires que les règles légales de la PI, ce qui selon Oliar et Springman (2010) tient au fait que l'application du système de normes requière les règles les plus claires possibles concernant la propriété, afin d'éviter la confusion entre les partie-prenantes.

Dans le cas où les normes ne sont pas respectées, des sanctions peuvent être appliquées par la communauté des humoristes. Les humoristes de stand-up constituent une communauté relativement restreinte. Ils assistent fréquemment à des spectacles de leur pairs et sont donc susceptibles détecter les humoristes enfreignant les normes mentionnées ci-dessus. Diverses sanctions peuvent être utilisées, allant de la médisance, de l'ostracisme, au refus de travailler avec les humoristes accusés de copie ou de plagiat, ou l'interdiction de se produire dans certains clubs. Dans de rares cas, l'utilisation ou la menace de violence physique peut être utilisée par certains humoristes à l'encontre des copieurs. Ce système de sanction constitue, aux dires des humoristes de stand-up, une désincitation efficace à la copie (Oliar et Springman 2008). Ainsi, dans le cas du spectacle de stand-up, l'absence de recours juridiques n'implique pas une absence de protection. La protection par les normes informelles se substitue à la protection par les droits de PI, permettant de maintenir un niveau élevé d'incitation à la création.

Dans le cas du spectacle humoristique, il est particulièrement intéressant de constater que la stratégie de protection adoptée n'a pas toujours été la même. Ainsi que l'expliquent Oliar et Springman (2008, 2009, 2010), les normes informelles de protection sont apparues au cours des années 1950 et 1960, de manière concomitante à un changement dans la nature des spectacles humoristiques. Les spectacles en vogue de la fin du dix-neuvième siècle à la moitié du vingtième siècle reposaient en grande partie sur la performance de l'humoriste, comprenant des effets de style difficile à reproduire. La créativité dans les spectacles humoristiques portait en premier lieu sur ces éléments de performance, les histoires racontées étant, pour leur part, relativement récurrentes et peu variées. A cette époque aucune norme relative à l'appropriation n'avait cours

dans le domaine des spectacles comiques, et les histoires étaient couramment reprises par différents humoristes. A partir de la moitié du vingtième siècle la nature de la créativité dans les spectacles comiques a muté vers une importance accrue accordée au texte, et une moindre importance de la performance (aboutissant à la forme moderne des spectacles de stand-up, une simple narration personnelle faite d'anecdotes et de points de vue). Ainsi que le notent Oliar et Springman, le fait que les normes de protection soient apparues à cette époque n'est certainement pas étranger à la mutation de la nature des spectacle comiques. En effet l'importance accrue accordée au texte, élément immatériel, aisément copiable nécessite des règles de protection forte pour inciter à la création. Cet exemple est révélateur du fait qu'il existe une interrelation entre les règles de propriété intellectuelle et la nature de la création, la causalité étant susceptible d'aller dans les deux sens.

4.3.4 Le spectacle de magie

On s'intéresse en dernier lieu à un autre type de spectacle vivant spécifique, le spectacle de magie. La magie constitue un art ancestral nécessitant néanmoins un renouvellement créatif permanent, les magiciens qui se produisent en spectacle devant mettre au point de nouveaux numéros.

- Magie et droits de PI

A la différence des autres types de création considérés, la magie comporte une spécificité particulière, d'une importance majeure en ce qui concerne la protection de l'œuvre : elle repose par nature sur la notion de secret. Selon G. Julia (2009), l'objet de la magie peut se caractériser de la manière suivante :

« L'artiste magicien, dit aussi prestidigitateur ou illusionniste, a pour ambition de détourner le réel à l'aide de méthodes et techniques ignorées du public. »

Ainsi, le secret est au cœur de l'activité des magiciens. Le commandement suprême des magiciens consiste en la règle suivante :

« *Ne jamais révéler un secret à un non-magicien* »⁴⁹ (Julia, 2012)

Il en résulte inévitablement un conflit entre la notion de droit de propriété intellectuelle, qui nécessite la divulgation des méthodes et des créations protégées et le fonctionnement de l'activité des magiciens. Cependant avec internet et les nouvelles technologies, les secrets des magiciens sont de moins en moins bien gardés⁵⁰, si bien que la protection de la propriété intellectuelle devient un réel enjeu pour les magiciens.

Les magiciens peuvent recourir en premier lieu à des outils de protection formels. La législation du droit d'auteur permet de protéger si ce n'est les tours de magie eux-mêmes (correspondant à une idée pure), du moins les numéros dans leur ensemble (l'expression de l'idée). La magie peut donc être protégée par le droit d'auteur au même titre que la chorégraphie ou la mise en scène, mais le droit d'auteur ne permet pas de protéger le cœur de l'activité, le contenu du tour de magie. Le brevet pourrait constituer dans certains cas un moyen de protection alternatif permettant de protéger la méthode au cœur d'un tour de magie. Cependant l'exigence de divulgation publique dans le brevet s'oppose au précepte fondamental des magiciens de ne pas révéler le secret d'un tour de magie à un non magicien. Enfin, les magiciens peuvent recourir à la législation sur le secret de fabrication pour obliger, par contrat, les employés ou associés à ne pas révéler leurs tours (avec une clause de secret professionnel).

- ***Stratégies de protection adoptées pour la magie***

Outre ces différents recours juridiques, il apparaît que la protection la plus effective pour la magie a longtemps consisté en des normes informelles, reposant sur la pression des pairs au sein de la communauté des magiciens. Loshin (2007) explique par exemple que :

⁴⁹ Règle mentionnée dans le « Code d'Éthique » de l'« International Brotherhood of Magicians » (www.magician.org/pdf/JointIBMAAndSamEthics.pdf)

⁵⁰ Cf. www.lasvegasweekly.com/news/2011/dec/08/secrets-out/

“the magic community has developed a unique set of informal norms and sanctions for violators, which protect intellectual property in the absence of law. Hence, in the magic community, innovation does in fact need intellectual property. But it does not necessarily need intellectual property law”

L’auteur énumère un certain nombre de ces normes informelles. La première norme consiste à contrôler l’accès aux secrets de magie. Certains secrets ne sont diffusés que de manière restreinte dans des clubs de magie comportant des procédures de recrutement relativement longs et contraignants. Certains tours ont une diffusion encore plus restreinte, et ne sont divulgués que si les magiciens parviennent à gagner l’estime et la confiance de leurs pairs, par exemple en gagnant des concours internationaux.

Ensuite, un certain nombre de normes visent à réguler l’attribution (la propriété d’un tour de magie est attribué à la première personne l’ayant publié ou effectué, et les différents tours dérivés doivent reconnaître et créditer l’original) et l’utilisation (les tours ayant été largement partagés, publiés ou vus peuvent être utilisés librement, les autres non) des tours de magies.

Enfin la dernière norme consiste en la règle fondamentale de ne pas exposer au public les méthodes de l’art de la magie.

Un certain nombre de sanctions sont appliquées aux magiciens enfreignant ces règles : en plus de perdre le respect de leurs pairs, ceux-ci peuvent être exclus des clubs et cercles de magie, ne plus être invités à participer à des concours ou à apparaître dans des revues spécialisées. Les sanctions ne visent pas les seuls magiciens, elles peuvent également s’appliquer aux fabricants d’articles de magie (les fabricants qui vendent des produits divulguant des tours de magie sans autorisation peuvent être mis sur une liste noire et faire l’objet d’un boycott par la communauté des magiciens).

Ainsi, à l’heure actuelle, les normes informelles constituent le mode de protection usuel de la magie, se substituant à la protection formelle. Il apparaît cependant que ces normes tendent à perdre de leur efficacité, le périmètre de la communauté des magiciens s’étant considérablement élargi depuis les années 1990 (Julia 2012), rendant l’application des sanctions plus difficile. En l’absence de moyens de protection alternatifs, les magiciens pourraient être amenés à accorder une importance accrue au numéro de magie dans son ensemble, c’est-à-dire à la manière dont le

tour de magie est représenté, rapprochant ainsi les enjeux du spectacle de magie de ceux des autres types de spectacles vivants⁵¹.

4.4 Conclusion

Les différents aspects des spectacles vivants évoqués dans cette partie tendent à montrer qu'il s'agit d'un secteur où les droits de protection formelle de la création peuvent être difficilement applicables, voire impossibles à appliquer. Bien qu'il existe des contrats de licence ou des contrats de travail « standard » dans ce secteur, la protection se heurte fréquemment à des limitations imposées par la nature-même de la création considérée (difficultés de fixation, caractère collectif de la création). Dans certains cas, des règles informelles (normes, coutumes) peuvent se substituer à la protection formelle, notamment pour des formes de spectacle spécifiques tels que la magie ou le stand-up où la création est généralement individuelle et où la communauté des participants est relativement restreinte et homogène. Cependant, ces règles ne sont pas systématiques dans le secteur du spectacle vivant. Elles tendent plutôt à perdre de leur importance à l'heure d'internet, où les communautés tendent à être moins homogènes et la diffusion plus difficilement contrôlable (en particulier dans le cas de la magie, où la règle d'or est ne pas diffuser les secrets en dehors de la communauté des magiciens). Or, force est de constater que malgré ces obstacles, le spectacle vivant reste un domaine où le renouvellement créatif est important⁵². Comment l'expliquer ?

⁵¹ Comme évoqué plus haut, le numéro de magie peut faire l'objet d'une protection juridique par le droit d'auteur, à la différence du tour de magie, celui-ci étant considéré comme une idée pure. Certains auteurs plaident néanmoins pour une protection des tours de magie par le droit d'auteur, au motif que ceux-ci s'apparentent à une forme particulière de chorégraphie : « un enchaînement de mouvements [réalisé à l'insu du public] liés entre eux par un rythme précis, destinés à restituer un rendu visuel spécifique », soit une « chorégraphie de l'invisible » (Julia 2009).

⁵² Selon Dorny et al. (2012) « Aujourd'hui, la production [de spectacles vivants] est abondante, la créativité forte, les disciplines foisonnantes et en renouvellement constant ». En 2010, en France, on comptait par exemple 825 compagnies de théâtre public, 500 compagnies chorégraphiques professionnelles, 415 compagnies de cirque, 915 compagnies « de rue », 2404 organisateurs de spectacle de variétés, selon l'étude « Politiques et pratiques de la culture » parue à la Documentation française en 2010 (Wallon, 2010).

A la différence de nombreux autres secteurs (dont certains étudiés dans ce rapport, comme la mode par exemple), le spectacle vivant a la caractéristique de ne pas être reproductible à l'identique. Certes, les techniques de production et de reproduction peuvent évoluer. L'évolution de la technologie est notamment susceptible de rendre la contrainte de fixation exigée dans la protection par le droit d'auteur plus facilement applicable (coût décroissant des captations, logiciels informatiques pour la retranscription des chorégraphies), ce qui pousse certains acteurs du secteur à revendiquer plus de protection par les droits de PI. Cependant, on peut conjecturer que cela ne changera pas significativement les stratégies de protection de la création dans le secteur, sous de nombreux aspects ancestral et immuable, du spectacle vivant.

En effet, les spectacles incarnés en direct par les artistes ne peuvent par nature pas être dupliqués, ils sont « marqués au sceau de l'éphémère » (Dorny et al. 2012). Chaque spectacle constitue une interaction unique entre un public, une œuvre, et des artistes⁵³. Ainsi, les caractéristiques propres aux spectacles vivants – la simultanéité de l'œuvre et de son exécution, la difficulté de fixation, la multiplicité des acteurs impliqués et le caractère collectif de l'œuvre – constituent certes des obstacles aux modes de protection formelle dans ce secteur, mais elles peuvent également impliquer que les enjeux de protection soient moins cruciaux dans ce secteur que dans les autres secteurs.

Il apparaît alors qu'à l'heure d'une remise en question des modes de protection formels et informels de la création dans les secteurs culturels – dont l'application est rendue difficile par l'essor des nouvelles technologies de communication – le spectacle vivant puisse constituer un rempart pour l'activité créatrice. Il est possible d'envisager que des domaines de création où la reproduction et la copie peuvent s'effectuer à faible coût (musique enregistrée, littérature, cinéma), et dont l'économie était jusqu'à maintenant largement organisée par le droit d'auteur,

⁵³ Comme mentionné par Urrutiaguer: « Un spectacle ne peut être assimilé à un produit fini reproductible car son montage est un processus singulier très incertain et chaque représentation est unique en fonction des échanges entre le public et les artistes » (p. 115).

soient amenés à donner une plus large importance aux prestations données en direct devant un public. Le spectacle vivant pourrait devenir un actif complémentaire capital pour ces domaines de création⁵⁴. Nous reviendrons sur ces questions dans la partie 5 de ce rapport.

⁵⁴ A cet égard, les chiffres de la SACEM tendent à montrer une hausse constante des revenus provenant du spectacle vivant dans la période récente, prenant une importance croissante par rapport à la diffusion des œuvres sur d'autres types de supports ou de médias. (www.irma.asso.fr/Sacem-les-droits-collectes-sur-le?lang=fr. Urrutiaguer (2010) note qu'entre 2005 et 2007, les ventes de CD, DVD et produits multimédias ont significativement reculé, reflétant leur substitution par des téléchargements sur internet, et que dans le même temps les droits des spectacles et des tournées ont significativement augmenté.

Partie 5 : les moteurs du renouvellement créatif en l'absence de DPI

Les parties précédentes ont permis de mettre en évidence un certain nombre de secteurs où la protection formelle offerte par les DPI est assez limitée ou difficile mais où, pourtant, le renouvellement créatif s'opère de manière régulière et parfois même intense. En particulier, les « acteurs créatifs » dans ces secteurs ne semblent pas souffrir irrémédiablement de l'absence de PI. Leurs incitations à créer et à produire pour le consommateur ou l'utilisateur restent élevées. Il semble ainsi exister des mécanismes incitatifs alternatifs à la PI qui permettent aux acteurs du renouvellement créatif de profiter de leurs créations.

La question que nous nous posons ici est alors la suivante : quels sont ces mécanismes incitatifs alternatifs ? Quelles sont notamment les stratégies qui permettent aux acteurs du renouvellement créatif de trouver des sources de revenu même en l'absence de DPI ? Nous montrons qu'il existe un certain nombre de mécanismes qui, pris séparément ou de manière conjointe, peuvent offrir des incitations importantes. Le cas du logiciel libre offre un aperçu simple d'un certain nombre de ces mécanismes.

5.1 Préambule : les enseignements des études sur le logiciel libre

Un logiciel libre ou « open source » est un logiciel qui garantit un ensemble de libertés à ses utilisateurs : ils peuvent l'utiliser, le copier, le modifier et le diffuser sans avoir à demander l'autorisation au créateur (Lessig, 2001 ; Weber, 2004). Concrètement un logiciel libre est ainsi un logiciel publié avec son code source (pour permettre aux programmeurs informatiques de les modifier) et, le plus souvent, gratuit. Si la gratuité n'est en effet pas incluse dans la définition formelle d'un logiciel libre, les logiciels libres sont généralement toujours disponibles gratuitement étant donné qu'il n'est pas possible d'empêcher un utilisateur de diffuser gratuitement le logiciel libre (sur internet notamment).

Remarquons que la liberté du logiciel est elle-même garantie par la PI. Les développeurs de logiciel libre utilisent en effet le droit d'auteur afin d'empêcher l'appropriation des modifications

éventuelles du logiciel par les contributeurs ultérieurs : des licences spéciales de type GPL (licences dites copyleft) obligent les développeurs, lorsqu'ils modifient un logiciel libre, à conserver la liberté d'accès à la version modifiée. Contrairement aux exemples vus dans les parties précédentes, dans lesquels il était difficile pour les acteurs du renouvellement créatif de bénéficier d'une PI formelle, dans le cas du logiciel, la protection par droit d'auteur est donc possible (et potentiellement efficace). Pourtant un grand nombre d'acteurs de l'économie du logiciel choisissent de renoncer à cette protection formelle et de développer des logiciels dans un cadre libre et de les diffuser gratuitement (Lessig, 2001). Autrement dit, dans le cas du logiciel, l'exclusivité conférée par les DPI est parfois si peu nécessaire que les acteurs du renouvellement créatif choisissent par eux-mêmes d'y renoncer !

Une question qui a alors mobilisé une littérature économique conséquente a bien évidemment trait aux incitations des acteurs de l'économie (les individus et les entreprises) à investir dans la conception de logiciels libres (Lerner et Tirole, 2001 ; Bonacorsi et Rossi, 2003 ; Dalle et Jullien, 2003). Pourquoi, en effet, consacrer des ressources souvent importantes (argent, temps) à développer des logiciels qui, une fois opérationnels, seront disponibles gratuitement sur internet ? Comment les investisseurs et développeurs parviennent-ils à tirer profit de leurs investissements ? Pourquoi ne pas utiliser la PI afin de protéger les logiciels et d'empêcher la copie ?

La littérature a mis en avant un ensemble de mécanismes alternatifs à la PI, extrêmement diversifiés, qui permettent d'offrir un niveau d'incitation important aux acteurs du renouvellement créatif dans le domaine du logiciel libre :

- En premier lieu, l'ensemble des études montrent que les développeurs individuels sont très largement motivés par le défi intellectuel, le plaisir de résoudre des énigmes. On retrouve donc ici l'importance de la nature intrinsèque de la motivation, toujours largement présente chez les créatifs, quels que soient les secteurs. Les développeurs informatiques aiment écrire des lignes de code et donc n'ont pas forcément besoin de PI et/ou de récompense monétaire pour être incités à le faire. D'autant plus que la production de lignes de code n'est pas anonyme. Les programmeurs signent leurs œuvres ce qui permet l'activation de mécanismes incitatifs basés sur la réputation. Les développeurs de

logiciel libre travaillent souvent pour la gloire, dans l'espoir d'être reconnus par leur communauté et au-delà. Remarquons que cet effet réputation peut également avoir des effets financiers indirects conséquents, les programmeurs de logiciels libres brillants étant souvent ensuite embauchés dans des entreprises de logiciel ou de conseil informatique (Lerner et Tirole, 2001) ;

- En second lieu, le coût de développer et de diffuser un logiciel libre est souvent négligeable et ne nécessite pas forcément des investissements matériels importants (un ordinateur suffit). Les développeurs informatiques n'ont donc pas forcément besoin d'une perspective de revenu important pour que le développement des logiciels soit rentable.
- En troisième lieu, l'absence de règles formelles ne signifie pas qu'il n'y a aucune règle dans les communautés de développeurs et que tout est permis. Au contraire, les développeurs sont contraints par des normes implicites, souvent très fortes, et qui encadrent leur comportement. Ces normes dictent des comportements de bonne conduite et permettent d'éviter a minima les comportements de passager clandestin. Par exemple, s'approprier les lignes de code d'un autre développeur est sanctionné par la communauté. La hiérarchie est également établie sur une base informelle et l'ensemble des membres de la communauté reconnaît l'autorité de leaders dont la légitimité est basée sur leurs apports passés. Les sanctions encourues par le développeur ou l'organisation qui refuserait de se plier à ces normes peuvent aller jusqu'à l'exclusion de la communauté et la dégradation de l'image du déviant. L'existence de normes implicites offre ainsi un niveau de protection minimal aux développeurs ;
- Enfin, un dernier mécanisme qui explique la contribution des acteurs économiques au développement de logiciels libres repose sur les actifs complémentaires (Teece, 1986 ; 2000), qui permettent d'expliquer pourquoi des entreprises investissent dans le développement de logiciels libres. En effet, les trois mécanismes précédents expliquent surtout pourquoi des individus contribuent, mais sont généralement assez inopérants dans le cas d'entreprises. Or, de nombreuses entreprises investissent dans les logiciels libres (IBM, Google, Amazon, Facebook, pour ne citer que les plus connues). Ces entreprises

ont toutes en commun le fait qu'elles utilisent des logiciels pour générer de la valeur, mais que le logiciel n'est pas le cœur de leur modèle d'affaires. L'avantage concurrentiel de ces entreprises repose sur des actifs complémentaires au logiciel et sur lesquels l'entreprise détient une exclusivité. Peu importe alors que ce logiciel soit la propriété exclusive ou non de l'entreprise puisque la source de son avantage concurrentiel est ailleurs.

- Par exemple, Google utilise des logiciels pour faire tourner son moteur de recherche. Et Google a besoin de logiciels efficaces pour offrir le meilleur service possible. Mais l'avantage de Google sur ses concurrents ne repose pas sur le fait que Google utilise les meilleurs logiciels. Si demain un concurrent arrive sur le marché avec des meilleurs logiciels il lui sera quand même très difficile de détrôner Google. L'avantage de Google repose plutôt sur son image, sa marque, éléments renforcés par les externalités de réseau. Google peut donc sans crainte contribuer au développement de logiciels libres, que l'entreprise pourra ensuite utiliser pour améliorer ses services, sans pour autant craindre de perdre des parts de marchés en offrant aux concurrents la possibilité d'utiliser également ces logiciels. Autrement dit, le recours au logiciel libre permet à Google de bénéficier de logiciels de qualité à moindre coût. L'explication est identique pour Amazon, Facebook et IBM.
- Les actifs complémentaires jouent également un rôle important pour les entreprises qui offrent des services complémentaires au logiciel (formation, installation, maintenance, etc.). Ces entreprises réalisant leurs bénéfices sur les services complémentaires et pas sur la vente du logiciel en lui-même ont donc tout intérêt à faire en sorte que le logiciel soit de la meilleure qualité possible et donc à contribuer à son amélioration, même si cela équivaut à investir dans un bien public. En effet, plus la qualité du logiciel est affirmée, plus la demande de ce logiciel est forte et plus la demande de service complémentaire est élevée !

Au final, l'exemple du logiciel libre illustre ainsi parfaitement certains des mécanismes incitatifs qui permettent le renouvellement créatif en l'absence de PI formelle. Ces mécanismes ne sont pas forcément spécifiques au cas du logiciel, comme nous allons maintenant le montrer.

5.2 Les différents mécanismes incitatifs dans les industries à « low IP regime »

5.2.1 Coûts faibles et motivation intrinsèque des créateurs

L'argumentaire économique de la PI est implicitement basé sur le fait que la création, ainsi que sa diffusion au sein de l'économie (production, distribution, commercialisation, etc.), sont des activités coûteuses (alors que la copie est relativement aisée) (voir partie 1 de ce rapport). Or, il arrive que les activités de création et de distribution en elles-mêmes ne nécessitent pas forcément d'importants investissements monétaires, en dehors du temps ou de l'effort du ou des créateurs. Ce peut être le cas dans le domaine du logiciel, comme précisé plus haut, mais aussi dans le domaine de la cuisine⁵⁵, de la mode, de la littérature, des arts plastiques, de la musique, ou encore dans le spectacle vivant. Aussi, si l'investissement de départ n'est pas trop élevé, les créateurs n'ont pas forcément besoin de perspectives de profit significatives afin de se lancer dans leur projet.

L'effet des coûts faibles est d'autant plus fort que la nature de la motivation des créateurs est intrinsèque. Dans ce cas en effet, le créateur crée pour le plaisir de créer, sans attendre de compensation monétaire en retour. Cette motivation intrinsèque se retrouve dans la plupart des métiers créatifs, quel que soit le secteur. Les créateurs sont largement motivés par l'acte de créer lui-même. Le chef trouve du plaisir à inventer des nouvelles recettes, le designer à créer de nouveaux vêtements, le comique à inventer de nouvelles histoires drôles, le chanteur de nouvelles chansons, etc.

⁵⁵ Le cas de la cuisine reste ambigu puisque, comme vu dans la partie 2, la création peut être très coûteuse et nécessiter d'importants investissements, en particulier dans le cas de la cuisine moléculaire. Il n'en reste pas moins que pour la majorité des chefs, la création repose plus sur l'inspiration du moment, du contexte particulier, etc.

Or, il est facile de voir que lorsque ces deux conditions sont réunies (nature fortement intrinsèque de la motivation et coût de la création (plutôt) faible) les incitations à créer peuvent rester élevées même en l'absence de DPI. En effet, dans ce cas la question de la récompense monétaire et donc des incitations via des DPI n'est plus pertinente. Le créateur est incité à créer (et peut le faire puisque l'investissement est faible) même sans DPI. D'ailleurs l'introduction d'une récompense monétaire peut même dans certains cas extrêmes réduire la motivation des créateurs (on parle d'effet d'éviction motivationnel, Frey, 1997). Amabile *et al.* (1986) montrent par exemple que rémunérer des participants sollicités pour résoudre des problèmes peut réduire leur motivation à participer.

Remarquons que si la nature intrinsèque de la motivation explique pourquoi l'activité de création reste intense même en l'absence de DPI, il reste que le plus souvent les activités de valorisation économique des créations (production, distribution) nécessitent des investissements conséquents. On retrouve ici un argument central à la PI, mentionné dans la partie 1 de ce rapport : la PI est surtout nécessaire pour inciter à investir dans la valorisation économique des créations et pas dans la création elle-même. En conséquence, pour que l'absence de DPI ne pénalise pas l'activité créatrice il est nécessaire que les coûts de production et de distribution des créations soient également faibles. Or, il est intéressant de remarquer que, dans de nombreux secteurs ces coûts de production et de distribution ont fortement diminués du fait des progrès technologiques. C'est clairement le cas du logiciel, mais également celui de la musique. Dans ce dernier cas, si les évolutions technologiques ont facilité le transfert de fichiers numériques et donc la copie illégale de musique, ils ont également contribué à réduire significativement les coûts de la distribution de musique. Aujourd'hui, l'enregistrement et la diffusion de masse d'une chanson via internet devient accessible à un individu, ce qui était impensable il y a quelques décennies.

5.2.2 Les actifs complémentaires et le retour à l'expérience « live »

Ensuite, un élément essentiel permettant d'assurer la protection des créateurs et la rentabilité des investisseurs même en l'absence de DPI repose sur la notion d'actifs complémentaires (Teece, 2000). Certaines créations, inventions, doivent, pour être valorisées, être combinées avec d'autres actifs. Par exemple, une recette de cuisine n'a de l'intérêt que si l'on dispose des éléments pour la

valoriser (ingrédients de qualité, cadre attractif du restaurant, personnel formé, etc.) ; un sac ou vêtement de luxe sont le plus souvent le résultat d'une combinaison à la fois d'un design de créateur, de matières et de savoir-faire rares et coûteux ; pour faire un bon spectacle, la compétence des techniciens, la fonctionnalité ou le prestige de la salle jouent un rôle important. Dans ce cas précis, ce qui crée la valeur économique n'est pas l'actif isolé mais la combinaison des différents actifs. Aussi, un inventeur ou un créateur n'a pas forcément besoin de protection sur son invention ou sa création s'il dispose d'une protection forte sur les actifs complémentaires nécessaires pour lui donner de la valeur. On retrouve ici l'argument développé plus haut concernant Google et ses logiciels.

En particulier, un actif complémentaire souvent essentiel est la marque, qui permet de valoriser les produits sur la base d'une réputation. La marque correspond à un ensemble d'éléments permettant d'identifier un produit ou un ensemble de produits provenant d'une même origine. Elle permet donc de construire une identité et une réputation pour des produits, et éventuellement d'y associer, par la publicité, des valeurs, des images, ou des symboles, tous ces éléments contribuant à la construction d'une image de marque. Le signe permettant d'identifier la marque peut être protégé par un DPI, ce qui rend la marque non copiable par les concurrents. La marque peut alors constituer un moyen de s'approprier les bénéfices de l'innovation. En effet les consommateurs qui commencent à acheter un produit innovant sous une certaine marque sont susceptibles de rester fidèles à cette marque après l'arrivée d'offres concurrentes sur le marché. La construction d'une marque forte peut ainsi être utilisée comme complément dans la stratégie de protection de l'innovation, pour renforcer la protection par le secret (stratégie adoptée par exemple par Coca-Cola) ou bien pour prolonger la position de monopole obtenue par un brevet (c'est le cas en particulier dans l'industrie pharmaceutique) (Llerena et Millot 2013). Dans le cas des industries créatives, le nom du créateur fonctionne en grande partie comme une marque et peut être utilisé de la même façon pour valoriser les créations sur la base de la réputation du créateur.

Dans nombre de secteurs créatifs, une protection sur certains actifs complémentaires permet ainsi aux créateurs de valoriser leurs créations même si cette dernière est copiée. Cet argumentaire implique cependant qu'il est essentiel pour les investisseurs de capitaliser sur des actifs

complémentaires difficilement copiables. Comme expliqué plus haut, la marque joue très souvent ce rôle et permet ainsi à des créateurs d'être rentables même en présence de copie, notamment dans les industries du luxe. Dans le domaine de la haute cuisine, la qualité du service, des produits est un actif complémentaire essentiel à la recette. Aussi, peu importe que la recette soit copiée, l'expérience d'un repas dans un grand restaurant ne l'est pas. Idem pour les spectacles vivants. Une histoire drôle ou un tour de magie peuvent être copiés, mais ils ne s'expriment pleinement que dans le contexte du spectacle. Or, ce contexte est difficile à reproduire à l'identique car il s'appuie sur un ensemble d'actifs difficiles à copier. Au final, les humoristes ne vendent pas une histoire drôle, mais un spectacle. Les chefs ne vendent pas une recette mais un repas.

5.2.3 Les normes

Les cas de la haute cuisine (Fauchart et von Hippel, 2008), de la magie (Loshin, 2007) et du monologue comique sur scène (Oliar et Sprigman, 2008) mettent tous en évidence un mécanisme d'appropriation apparemment puissant: les normes sociales qui régulent la copie et en limitent les conséquences. En effet, en l'absence de mécanisme formel de régulation (par exemple des droits de PI), les individus dans un secteur peuvent tenter de s'auto-organiser et de développer et de mettre en œuvre leurs propres règles informelles. Les individus ne respectant pas ces règles s'exposent ainsi à des sanctions qui peuvent aller jusqu'à l'exclusion de la communauté⁵⁶.

En matière de protection de la création, les normes ont toujours joué un rôle important. C'est par exemple le cas dans la science, où les normes de la communauté scientifique (en matière de citation notamment ou d'éthique de recherche) jouent un rôle majeur dans le fonctionnement de cette communauté et dans la diffusion de connaissances scientifiques (Merton, 1973). C'est

⁵⁶ Oliar et Springman (2009), par exemple, relatent le cas de l'acteur comique américain Robin Williams, préférant ne plus se produire dans les « comedy club » pour ne pas avoir à affronter les regards méprisants de ses pairs lui reprochant d'avoir par le passé volé des lignes comiques à d'autres humoristes.

également le cas du logiciel libre ou de la plupart des secteurs créatifs où la PI s'applique difficilement. Les acteurs du secteur sont alors incités à mettre en place leurs propres règles informelles afin de pallier l'absence de PI. Ces règles peuvent offrir une protection a minima contre la copie et maintenir des incitations à créer élevées. C'est par exemple ce qui est montré par Oliar et Sprigman dans le cas du monologue comique sur scène aux États-Unis (*stand-up comedy*), comme montré dans la partie 4. Selon ces auteurs, la mise en œuvre de normes simples a permis d'accroître les incitations des auteurs dans ce domaine et a ainsi augmenté significativement le nombre d'histoires drôles produites.

Les normes sont des règles simples partagées par l'ensemble des membres d'une communauté. Il peut s'agir, comme dans la haute cuisine, de se différencier des autres et de trouver sa propre identité culinaire. Ou, dans le cas où il y aurait quand même une copie, de reconnaître la paternité d'une création lorsqu'on la copie (en mentionnant sur sa carte le nom du créateur). Également, il peut s'agir de s'engager auprès de ses pairs à ne pas révéler un tour de magie au grand public, de ne pas révéler une recette de cuisine que l'on nous a apprise, ou encore de ne pas voler l'histoire d'un collègue comique. Toutes ces normes, très simples dans leurs principes, peuvent alors offrir une protection a minima aux créateurs.

Cependant, si le système de normes peut s'avérer très efficace pour limiter la copie, son application effective se heurte souvent à des difficultés importantes, notamment lorsque la communauté des créateurs est importante et hétérogène. Un premier problème consiste en effet à détecter le non-respect de la norme. Par exemple, si un chef transmet une recette à un autre qui s'engage à ne pas la révéler, mais que celui-ci la révèle en secret à d'autres collègues, comment le créateur peut-il s'apercevoir de cette déviance ? Cet exemple illustre bien la difficulté d'appliquer le système de normes lorsque la communauté est large. Ce problème a d'ailleurs souvent été souligné en théorie des jeux où il est bien connu que le problème de passager clandestin augmente lorsque le groupe s'agrandit. Autrement dit, les normes fonctionnent surtout dans une configuration de « small worlds » et s'affaiblissent lorsque la taille de la communauté devient trop importante. Pour certain, internet transforme notre espace en un petit monde où tout se sait. Internet permettrait ainsi d'identifier plus facilement les déviances et non-respect des normes au

sein d'une communauté et améliorerait la performance de ce système. Notons qu'il est également possible qu'internet, en contribuant à mondialiser certaines communautés, ait l'effet opposé.

Un second problème inhérent au système de normes a trait à la nature de la punition. Comment la rendre dissuasive de manière à empêcher les comportements de déviance ? Dans la plupart des communautés, le seul élément de punition disponible reste la destruction de la réputation et l'exclusion de la communauté. Cette punition est ainsi coûteuse si le déviant accorde une importance à sa réputation (par exemple une réputation de copieur peut largement nuire à un chef de cuisine qui communique justement sur son originalité) ou au fait d'appartenir à la communauté (par exemple si l'appartenance lui offre accès à des informations privilégiées). En particulier, une punition standard dans la plupart des communautés est le refus de partager des informations dans le futur avec des personnes déviantes. L'efficacité de ce type de punition repose donc sur le fait que le déviant potentiel accorde suffisamment d'importance à ses gains futurs. La déviance offre en effet généralement un gain immédiat (par exemple, j'utilise une histoire drôle que je m'étais engagé à ne pas utiliser pour mon nouveau spectacle, ou je dévoile lors d'une émission de télévision les astuces de magie de mes pairs) pour une perte qui aura lieu éventuellement dans le futur (mes collègues refuseront de partager leurs histoires drôles et astuces avec moi). Autrement dit, la dissuasion est effective uniquement si la préférence pour le présent des individus n'est pas trop forte. Dans le cas contraire, ils choisissent de se comporter en passager clandestin et de ne pas respecter la norme (von Hippel, 1987).

5.2.4 Externalités de réseau, effets de mode et l'effet positif de la copie sur la demande globale

Enfin, dans certains cas, de manière paradoxale, la copie peut accroître la valeur d'un produit et augmenter le prix de réserve des consommateurs. C'est notamment le cas en présence d'externalités de réseau. On parle d'externalité de réseau lorsque la valeur d'un bien s'accroît avec le nombre d'utilisateurs de ce bien (par exemple le téléphone, internet, facebook). Lorsqu'il y a des externalités de réseau, le prix de réserve des consommateurs augmente avec le nombre d'utilisateurs. Par exemple, plus il y a d'utilisateurs d'un téléphone et plus il devient intéressant d'avoir un téléphone et donc plus les consommateurs sont prêts à payer pour en acquérir un. En

présence d'externalité de réseau, il peut donc devenir rentable pour une entreprise de diffuser ses produits (même gratuitement) afin d'augmenter leur valeur. Autrement dit, la copie, en contribuant à diffuser un produit, peut accroître la valeur de ce produit (en augmentant le nombre d'utilisateurs). Toute la question pour le créateur est alors de capter une part de cette valeur créée.

En effet, si, d'un côté, les externalités de réseau impliquent qu'il est important pour les entreprises de s'ouvrir, de favoriser la diffusion de leurs produits (de mettre en place des standards, de favoriser la compatibilité, etc.) et de ne pas reposer uniquement sur des stratégies exclusives, d'un autre côté, il est également important d'être capable de s'approprier la valeur créée. Les entreprises doivent arbitrer entre création de valeur (qui passe par l'ouverture, la diffusion, la copie, etc.) et appropriation de la valeur créée (qui passe par de la protection et du contrôle). Il est important pour les entreprises de diffuser leurs créations, afin d'accroître la valeur créée, mais il faut pouvoir le faire tout en gardant un certain contrôle afin de s'approprier cette valeur créée.

Si les externalités de réseau jouent parfois un rôle fondamental dans les secteurs à haute technologie (les télécommunications notamment), on peut néanmoins se demander si tel est également le cas dans certains secteurs créatifs ? Probablement, notamment dans les secteurs où les phénomènes de mode jouent un rôle important, le cas le plus frappant étant l'industrie de la mode (Raustiala et Sprigman, 2006).

Le mécanisme des effets de mode est en effet assez semblable aux effets de réseaux. Une mode suppose qu'un certain nombre de consommateurs utilisent un produit. La valeur de ce dernier augmente ainsi avec le nombre d'adopteurs, i.e. la copie peut bénéficier au créateur en faisant en sorte que son produit devienne « la » mode. Par contre, dans le cas de la mode il y a généralement un seuil au-delà duquel l'externalité positive ne s'applique plus. Si trop de personnes utilisent le produit, il risque de se démoder. C'est notamment le cas dans le domaine du prêt à porter où la mode perd de son intérêt si trop de personnes l'adoptent, puisque l'un des rôles importants de la tenue vestimentaire reste de se distinguer des autres. Autrement dit, il existerait une relation en U inversé entre le nombre d'utilisateur et la valeur retirée des produits dans le domaine de la mode.

Du point de vue du secteur dans son ensemble, la copie a donc un effet bénéfique indéniable : elle augmente la taille du marché ! (elle augmente la demande globale). Dans ces conditions, les entreprises d'un secteur peuvent parfaitement avoir intérêt à être copiées. Le problème cependant, comme dans le cas des externalités de réseau et comme décrit dans la partie 3, reste celui de l'appropriation de la valeur créée. Comment les entreprises copiées (et qui donc contribuent à créer de la valeur) peuvent-elles s'approprier cette valeur ? Ce n'est pas tout en effet d'accroître la demande sur un marché, il s'agit de pouvoir capter une part de cette demande additionnelle. Sinon la copie n'est bien évidemment pas souhaitable du point de vue des entreprises. Or, afin de capter une partie importante de la valeur créée par la copie, les créateurs à l'origine des modes peuvent s'appuyer sur leurs marques. Ces dernières jouent en effet un rôle considérable puisqu'elles restent souvent les seuls éléments distincts entre deux entreprises qui offrent le même service, le seul élément permettant au consommateur de faire leur choix. Les marques vont ainsi permettre aux entreprises copiées de se différencier et donc de s'approprier une part importante de la valeur globale créée par la copie. Au final, une entreprise pouvant s'appuyer sur une marque reconnue peut avoir intérêt à être copiée puisque, si la copie réduit en partie sa part de marché, elle contribue également à accroître la taille du marché. Or l'effet marque peut faire en sorte que le premier effet (négatif) soit suffisamment faible pour que la copie reste bénéfique à l'entreprise. Mais cela n'est bien sûr pas le cas pour une entreprise ne bénéficiant pas de cet effet de réputation.

5.2.5 Protection naturelle : imitation et copie difficiles et coûteuses

Un dernier élément qui explique pourquoi les incitations à créer peuvent être élevées, même en l'absence de DPI, repose sur l'existence de barrières naturelles à l'imitation et la copie. Comme expliqué dans la première partie, la vision standard de la PI considère implicitement que la copie est facile, rapide et peu coûteuse, détruisant ainsi largement les incitations des créateurs en l'absence de DPI. Or, cela est souvent très exagéré, notamment lorsque la création requiert un savoir-faire important comme c'est le cas dans la mode, la magie ou la cuisine par exemple. Aussi, très souvent la copie grossière est facile et peu coûteuse, mais la copie à l'identique reste difficile, offrant ainsi une protection naturelle aux créateurs. Le savoir-faire d'un créateur, en particulier, est difficile à reconstituer et, lorsque c'est possible, cela prend du temps. Le savoir

d'un chorégraphe est également une manière souvent efficace de protéger une chorégraphie. L'imitation et la copie à l'identique sont donc le plus souvent des procédés lents et coûteux. Le créateur originel bénéficie alors d'un « first mover advantage » c'est-à-dire une période d'exclusivité durant laquelle il est le seul à pouvoir offrir son service ou produit sur le marché.

Dans le cas de nombreux biens d'expérience, les créateurs bénéficient également d'une protection naturelle. En effet, dans ce cas l'implication directe du créateur est un élément attendu par le public. Dans une expérience live les gens veulent relier une histoire, un mythe, attachés à une personne, quand bien même sa performance n'est pas la meilleure possible à tel instant donné. Les spectateurs veulent manger chez un chef en particulier, veulent voir un artiste connu, et pas son imitation. De nombreux groupes de musique font ainsi des tournées en imitant des groupes et artistes connus (« tribute to Metallica » etc.). Mais quelle que soit la qualité de la musique proposée par ces groupes, ils ne se substitueront jamais à l'original simplement parce qu'ils ne sont pas l'original. Cet argument recoupe celui développé plus haut sur les actifs complémentaires. La copie est difficile si la création est associée à un actif difficilement copiable (un nom, une personne, en l'occurrence ici).

5.2.6 Les bienfaits de la concurrence

Les mécanismes incitatifs évoqués ci-dessus sont renforcés par un autre élément, central dans tous les domaines de l'économie : la concurrence. En effet, si d'un côté la vision standard de la PI insiste sur le fait que la concurrence peut être néfaste à la création (car elle réduit les profits et donc les incitations à investir), elle ne doit pas faire oublier les avantages de la concurrence, qui reste un formidable moteur pour la création, dès lors que certains mécanismes permettent aux créateurs de s'approprier ne serait-ce qu'une petite part de la valeur qu'ils créent (mécanismes évoqués tout au long de cette partie). Pour reprendre une expression chère à Schumpeter (1942), la concurrence reste le moteur principal de l'innovation (Baumol, 2002, de son côté compare les marchés libres au sens anglo-saxon de *free markets* à « une machine à innover »). Les acteurs de l'innovation sont incités, du fait des mécanismes concurrentiels, à investir dans la nouveauté afin de se différencier et ainsi de s'extraire de la concurrence parfaite.

Les vertus de la concurrence permettent alors d'expliquer pourquoi les investissements dans la nouveauté restent élevés alors même que les créations ne sont pas formellement protégeables. Il suffit souvent que l'investisseur puisse bénéficier d'une courte période d'avance sur ses concurrents, qu'il puisse se protéger par des actifs complémentaires ou que les normes en vigueur dans le secteur lui offrent un minimum de protection, pour que ses incitations à investir dans la nouveauté et la création soient importantes. Ceci est particulièrement le cas dans les secteurs où le cycle de vie des produits est court, comme par exemple la mode (secteur exigeant par définition un renouvellement constant). Dans une certaine mesure, on peut ainsi affirmer que, dès lors que certains des mécanismes évoqués ici permettent aux créateurs et aux investisseurs de s'approprier une partie de la valeur qu'ils contribuent à générer, la concurrence reste le principal moteur de la création.

5.3 Construction d'un cadre analytique permettant de comprendre les différences entre les secteurs

Les mécanismes incitatifs évoqués dans cette partie sont tous spécifiques à certains contextes et certains secteurs. Ils opèrent avec efficacité dans certains cas et moins dans d'autres. Il reste alors à comprendre quels contextes particuliers sont propices à quels mécanismes ? Autrement dit, quand la PI formelle est-elle absolument nécessaire ? Quand l'est-elle moins ? Et quand ne l'est-elle pas du tout ? Pour cela il nous faut analyser les différences entre les secteurs évoqués dans ce rapport. En quoi ces secteurs diffèrent-ils entre eux ainsi qu'avec d'autres secteurs plus étudiés tels que le livre, la musique enregistrée, ou le cinéma ? Nous proposons ici une analyse permettant d'expliquer ces différences. Cette analyse, bien que préliminaire et non exhaustive, a le mérite de mettre en avant les problématiques et les mécanismes principaux du renouvellement créatif propres à chaque secteur. Notons que notre analyse se porte au niveau des différents produits culturels, des différents secteurs d'activité économique, et non pas au niveau des domaines artistiques ou créatifs. Un même domaine de création peut ainsi correspondre à différents types de produits (la création de musique peut donner lieu à la fois à la production de disques et de concerts en direct).

En matière de copie et d'incitation, il nous semble qu'il est essentiel d'insister sur deux dimensions clés, résumées dans le tableau 1, et qui permettent de mettre en avant les différences entre les secteurs :

- La possibilité de fixer l'œuvre ou la création sur un support indépendant (autrement dit : la possibilité de « consommer » l'œuvre en dehors de la présence du créateur) : c'est le cas pour un livre, un article de presse, ou pour de la musique enregistrée sur un disque. Les créations dans ces secteurs sont distribuées sur un support indépendant du créateur lui-même. Cela peut également être le cas d'un spectacle vivant (cirque, théâtre, magie, etc.) enregistré et diffusé sur un DVD ou à la télévision. Ce n'est pas le cas, par contre, pour la haute cuisine puisque dans ce dernier cas l'expérience offerte ne peut être transmise indépendamment du grand chef. Une recette peut certes être codifiée dans un livre mais il ne s'agira que d'une liste d'ingrédients et d'instructions, il ne s'agira pas du plat lui-même. Notons que, bien évidemment, visionner un film au cinéma n'est pas équivalent à le regarder chez soi et qu'écouter un disque n'est pas équivalent à voir le groupe ou le chanteur sur scène. Cependant, on peut considérer que dans ces cas, la création est en partie 'détachable' du créateur, ce qui engendre une problématique spécifique.
- L'importance de l'aspect d'expérience dans l'offre créative : en haute cuisine, en haute couture, ou dans les spectacles vivants, on consomme une 'expérience' et non pas uniquement un produit culturel. En effet, ce que le consommateur recherche lorsqu'il achète un vêtement de haute couture ou lorsqu'il se rend dans un grand restaurant c'est une expérience exclusive ou l'assurance d'une distinction particulière. Cette expérience comprend la visite de l'antre du créateur, la possibilité éventuelle de discuter avec le créateur et d'adapter le produit (pour la haute couture), du temps passé dans une ambiance particulière. Elle comprend aussi des 'gains positionnels' ou les bénéfices en termes de statut social d'arborer une marque connue ou de pouvoir dire qu'on s'est rendu dans un restaurant célèbre. Les aspects d'expérience sont également présents, par définition, dans le cas des performances scéniques, telle le cirque ou un concert de musique voire, dans une moindre mesure, un film au cinéma. Par contre, ils sont largement moins présents

dans d'autres secteurs tels que le livre ou la presse numérique. L'essentiel de la valeur se trouve en effet ici dans le bien acheté. Il peut y avoir un intérêt à rencontrer l'auteur, à discuter de la manière dont il a conçu son livre, etc. Mais dans l'ensemble, pour la majorité des consommateurs, cela n'ajoute qu'une valeur marginale au livre. Ce n'est pas une prestation nécessairement attendue, ni la raison qui les pousse en général à acheter le livre.

Le croisement de ces deux dimensions permet ainsi de définir des enjeux spécifiques en matière de protection intellectuelle et d'incitations au renouvellement créatif, comme cela est exposé dans le tableau 1. En fonction de la case dans laquelle on se trouve, les enjeux de protection de la création diffèrent fortement. Cela nous permet d'identifier quatre cas de figure, selon lesquels les droits de PI sont absolument nécessaires, simplement utiles ou largement inutiles pour inciter au renouvellement créatif :

En premier lieu, dans certains domaines tels que la littérature et la presse, la création se concrétise en produits culturels, codifiés sur des supports indépendants et facilement copiables (un livre, un film, un disque). De surcroît, l'expérience live n'a que peu d'importance. Aussi, comme la valeur essentielle est détachable du créateur, il n'y a pas techniquement de différence majeure entre une copie et l'original. Pour le lecteur, si les différents éditeurs sont compétents, il n'y a pas de raison qu'il y ait une différence de qualité entre un roman édité par une maison d'édition ou une autre. De même que la version originale d'un article de presse est de qualité essentiellement identique aux versions copiées que l'on peut trouver sur internet. Or, en raison des avancées technologiques, cette copie est aujourd'hui facile et la diffusion peut facilement échapper au créateur. Dans ce cas, ***le principal moteur du renouvellement créatif reste les droits de propriétés intellectuels formels*** (notamment le droit d'auteur), qui permettent de limiter la copie et offrent une exclusivité aux créateurs. La PI reste ici le plus souvent absolument nécessaire pour inciter à la création.

Tableau 1 : Proposition de cadre analytique pour comprendre les différences sectorielles en matière de renouvellement créatif

Typologie des secteurs		Fixation sur support indépendant	
		Possible	Impossible
Importance des aspects d'expérience	Peu importante	- Livre - Presse - Musique enregistrée - Film (DVD)	
	Très importante	-Musique (concert) - Film (cinéma) - Spectacle vivant (magie, comique, théâtre, opéra, ballet, cirque)	- Haute cuisine - Haute couture

Moteurs du renouvellement créatif		Fixation sur support indépendant	
		Possible	Impossible
Importance des aspects d'expérience	Peu importante	- Droits de PI essentiels	
	Très importante	-Droits de PI utiles pour assurer des revenus complémentaires - Protection naturelle -Investissement dans l'expérience offerte (actifs complémentaires) -Normes	- Droits de PI largement inutiles - Protection naturelle -Normes -Actifs complémentaires - Externalités de réseau

En second lieu, dans d'autres domaines, comme les spectacles vivants, s'il reste possible de fixer l'œuvre sur un support indépendant (captation filmée ou enregistrée), la performance en direct de l'œuvre offre une valeur ajoutée importante et souvent essentielle, i.e. l'expérience en direct constitue la principale source de valeur. De nombreuses personnes apprécient ainsi d'aller au théâtre, à l'opéra, au cirque ou d'assister à des spectacles de magie, mais détestent les regarder à la télévision ou en DVD. Dans ce cas, si la reproduction à l'identique du support est techniquement possible, la reproduction de la performance en direct est bien plus compliquée. Aussi, si la protection par PI reste un enjeu afin d'assurer aux créateurs une exclusivité sur leurs supports, le moteur essentiel du renouvellement créatif est, pour les créateurs, basé sur les normes, les actifs complémentaires et la protection naturelle. Il s'agit en particulier d'investir

dans l'unicité de l'expérience offerte au consommateur. *La PI ici peut donc simplement permettre d'apporter des revenus d'appoint aux créateurs (en commercialisant des DVD par exemple), mais elle n'est pas centrale pour inciter au renouvellement créatif.* La performance en direct constitue véritablement le cœur de ces secteurs.

Notons que dans certains domaines de création, les créateurs peuvent capitaliser à la fois sur l'expérience live et sur la vente de biens culturels fixés sur des supports indépendants. C'est en particulier le cas de la musique où il est possible d'acheter un disque et d'assister à un concert. C'est également, dans une moindre mesure, le cas des films qui peuvent être visionnés alternativement chez soi en DVD ou au cinéma. Or, à l'inverse des secteurs précédents, tels que l'opéra, le théâtre, le cirque, etc., où l'expérience live est essentielle, ici les deux (expérience live et vente sur des supports indépendants) ont une valeur significative pour les consommateurs. Si un producteur de cirque peut difficilement envisager vivre exclusivement en vendant des DVD, cela est possible pour un producteur de musique ou de film. Aussi, dans ces domaines *les droits de PI peuvent permettre de générer des revenus importants via la vente de contenu sur des supports indépendants mais ne sont pas forcément nécessaires pour inciter au renouvellement créatif.* Le processus de création se poursuivrait vraisemblablement en leur absence car il reste possible pour les créateurs de capitaliser sur l'expérience live (en passant d'un modèle d'affaires basé sur le produit à un modèle d'affaires basé sur le service, i.e. comme dans le cas du logiciel libre).

Enfin, dans d'autres secteurs, tels que la haute cuisine ou la très haute couture, la création ne peut être fixée sur un support indépendant et l'essentiel de la valeur repose non pas sur la création en elle-même mais sur sa performance en direct. D'ailleurs, il est important de noter que dans ces secteurs la copie n'a que peu d'intérêt car elle n'a pas de valeur. Seule l'originalité et l'expérience comptent. Or, cette expérience n'est pas facilement transmissible. Elle est éphémère et doit être reproduite sans cesse par le créateur. Les risques pour le créateur ne sont donc pas dans la diffusion incontrôlée du support de la création mais dans l'imitation ou la copie de la création par des concurrents, soit de catégorie équivalente soit de moindre catégorie. Le moteur du renouvellement créatif dans ce cas passe moins par des droits de PI formels que par les normes, les actifs complémentaires, les effets de réseau et la protection naturelle. *Des droits*

exclusifs formels de PI sur les contenus sont ici le plus souvent inutiles pour inciter au renouvellement créatif. Les marques, qui protègent la réputation et le nom associés à la création, restent quant à elles importantes.

Il apparaît donc que les problématiques de protection et d'incitation à la création ne soient pas directement transférables d'un secteur à l'autre. Selon la nature de la création, différents modes de diffusion peuvent être envisagés, pour lesquels la PI formelle n'a pas nécessairement la même importance. Notons finalement que ces situations ne sont pas immuables, et que règles de PI et nature de la création évoluent et interagissent dans une relation dynamique. Cet exemple est illustré par le cas des spectacles humoristiques aux Etats-Unis, analysé par Oliar et Springman (2008). D'une part l'émergence des règles de PI au milieu du vingtième siècle a favorisé la créativité originale axée sur des éléments immatériels comme le texte, et d'autre part plus les textes sont originaux, plus l'application des règles de PI a été rendue aisée. Le débat PI-créativité n'est donc pas qu'un débat quantitatif mais il est aussi un débat qualitatif : les modes de protection n'impactent pas que la quantité de création mais la nature de la création. Changer les règles de protection peut ainsi engendrer des changements inattendus sur le type de créativité dans lequel les gens s'engagent. Dans le cas des spectacles humoristiques, Oliar et Springman ne prennent pas partie pour un type de création ou l'autre. Dans les deux cas la créativité était forte, seule la nature de la créativité était différente. Il apparaît donc que les modes de protection ont un caractère non-immuable, allant de pair avec un caractère non-immuable de la nature de la création, les deux aspects étant dépendants l'un de l'autre.

Conclusion générale

L'absence de droits de PI formels n'est pas toujours un obstacle au renouvellement créatif. Les incitations à investir dans la création restent parfois très élevées alors même que les créateurs ne peuvent pas revendiquer de droits de PI formels. Dans ce rapport nous avons notamment eu l'occasion de présenter un certain nombre de secteurs dans lesquels le renouvellement créatif semble pouvoir se passer de droits de PI formels. Nous avons également passé en revue un certain nombre de mécanismes qui permettent de maintenir un niveau élevé d'incitation, comme les normes informelles en vigueur au sein d'une communauté de créateurs, la difficulté naturelle d'imiter à l'identique, les externalités de réseau et effets de mode, ou encore, les actifs complémentaires, importants dans le cas des biens d'expérience. Au final, comme le précise Loshin (2007), si la création a besoin de protection intellectuelle, elle n'a pas forcément besoin de droits formels de propriété intellectuelle. Il est parfois possible de garantir une certaine forme de protection même en l'absence du droit formel.

Il est d'ailleurs important de préciser que les secteurs présentés ici ne sont pas des cas complètement isolés. Les mécanismes mis en avant opèrent, à des degrés différents, dans un grand nombre d'autres secteurs tels que le parfum, par exemple, les tatouages (Perdzanowski, 2013), ou même la production de films à caractère pornographiques (Darling, 2013). Ces secteurs également connaissent un dynamisme créatif fort alors même que la PI formelle s'applique difficilement et que l'imitation est généralement importante.

Le point essentiel à nos yeux pour expliquer le dynamisme culturel en l'absence de PI formelle réside dans la possibilité de mobiliser des sources alternatives de protection, en grande partie liées aux aspects d'expérience. Plutôt que de tenter de vendre directement leur création sur des supports indépendants (ce qui est difficilement rentable si cette création est facile à copier), les créateurs peuvent choisir de l'incorporer à d'autres actifs difficiles à reproduire. En d'autres termes, les acteurs basent leur stratégie sur les services plutôt que sur la vente de produits manufacturés. Cette stratégie peut donner lieu à l'émergence de nouveaux modèles d'affaires. Cela s'est déjà produit avec les logiciels, en particulier les logiciels libres, où les acteurs offrent

le logiciel gratuitement mais facturent des services autour de ce logiciel (maintenance, etc.). Cela pourrait également se produire dans d'autres secteurs, tels que la musique.

Dans cette logique, une stratégie courante pour générer des revenus lorsque le régime de PI est faible est de capitaliser sur l'*expérience live* qui reste très difficile à copier. L'exemple de la musique est à ce titre emblématique. Si un album de musique est copiable, un concert ne l'est pas. Aussi, plutôt que d'utiliser les concerts comme outil promotionnel pour la vente de disques (i.e. facturer le produit plutôt que le service), les créateurs risquent de davantage devoir utiliser les disques (de plus en plus difficiles à vendre du fait du téléchargement sur internet), comme outil promotionnel pour leurs concerts qui, eux, seront, plus chers (i.e. facturer le service plutôt que le produit). Remarquons que ce phénomène n'est pas spécifique à la musique. Dans la plupart des secteurs créatifs l'expérience live reste un moyen privilégié pour rentabiliser une création. Par exemple, au début du 19^{ième} siècle, lors de la naissance de l'industrie de l'aéronautique, les inventeurs des premiers avions ne gagnaient pas d'argent en vendant leurs inventions directement (via des licences de brevet par exemple), mais en organisant des démonstrations au grand public lors de meeting live (où ils montraient leurs inventions au grand public qui payait un droit d'accès).

Si les droits de PI ne sont pas forcément toujours nécessaires pour permettre aux créateurs de générer des revenus, ils affectent les stratégies des acteurs (la manière dont ils vont rentabiliser leurs créations) ainsi que la structure des marchés (Arora *et al.*, 2001). ***La détermination des droits de propriété a en effet un impact direct sur la structure des secteurs, les modèles d'affaires des créateurs et la nature des produits offerts.*** Dans un monde où une création isolée sur un support indépendant de son créateur est facile à protéger, les créateurs auront tendance à baser leur stratégie sur la vente de supports. A l'inverse, dans un monde où la copie est facile et peu coûteuse, les créateurs doivent incorporer ces créations avec des actifs plus difficiles à copier, i.e. vendre des services et des prestations live. Par exemple, dans un monde où une chanson est facile à protéger (disons le monde des années 1980 et 1990), les chanteurs vendent directement des disques. Mais dans un monde où les chansons sont faciles à copier (les années 2000 à nos jours), les créateurs doivent les incorporer à des actifs difficiles à copier et donc vendent plutôt des concerts et des produits dérivés.

Ce raisonnement permet notamment d'établir des conjectures intéressantes sur l'évolution possible de certains secteurs créatifs si l'on en venait à modifier la législation sur la PI. Par exemple, dans le cas de la musique, si la tendance actuelle se poursuit, la distribution de musique quasiment gratuitement sur internet (via des sites de streaming ou de téléchargement) risque de devenir bientôt une norme. Les ventes de disques risquent ainsi de continuer à chuter sans pour autant que les revenus générés par les sites de téléchargement ou de streaming légaux n'augmentent significativement. Les distributeurs auront alors intérêt, en contrepartie, à investir dans les activités complémentaires, tels que des concerts par exemple. Un affaiblissement des droits de PI formels pourrait ainsi renverser les modèles d'affaires de la vente de supports indépendants vers de la performance live. Le cas de la haute cuisine pourrait illustrer un scénario inverse. Imaginons, en effet, que les recettes de cuisine soient désormais protégées par un droit de PI formel empêchant leur réplcation sans l'accord de son créateur. Dans ce cas les chefs n'auraient plus besoin de combiner leurs recettes avec d'autres actifs mais pourraient les vendre directement sur un marché des recettes de cuisine (analogue au marché des brevets tel qu'il en existe aujourd'hui dans certains secteurs industriels (Arora *et al.*, 2001)). Cette évolution possible est illustrée par l'exemple de la fondation EIBulli présentée dans la partie 2 de ce rapport, mais aussi par l'exemple de chefs qui tentent de déposer des brevets et ensuite d'accorder des licences d'exploitation (le plus souvent aux industriels de l'agroalimentaire et non pas à leurs pairs). Dans un tel scénario on observerait ainsi un basculement d'un modèle d'affaires basé aujourd'hui sur la performance live (un diner dans un grand restaurant) vers un modèle d'affaires basé sur la vente de supports indépendants (des recettes).

La technologie également peut jouer un rôle important, en particulier l'évolution des technologies de reproduction des œuvres créatives. Le progrès continu de ces technologies est susceptible d'engendrer des évolutions majeures dans les modèles d'affaires et la nature de la création dans différents domaines, pouvant aussi bien se traduire par une importance accrue donnée aux DPI formels, que par un investissement croissant dans les actifs complémentaires. On peut par exemple imaginer que la diffusion massive de la technologie d'impression 3D engendrera des chamboulements majeurs dans un certain nombre d'industries, en particulier l'industrie du design, et donnera une importance cruciale à la protection par les dessins et modèles. On peut

imaginer, à plus long terme, des évolutions analogues dans le cas de la cuisine ou du vêtement, si des technologies de reproduction à l'identique de ce type de produit venaient à émerger. Dans tous les cas, PI, technologie et nature de la création sont trois éléments qui sont liés et qui évoluent de manière conjointe. Un choc, un changement significatif intervenant sur l'un de ces éléments peut entraîner un changement général de système.

Une question importante pour conclure ce rapport est ainsi de savoir *quels sont les enseignements pour d'autres industries culturelles frappées directement par le passage au numérique et l'affaiblissement des droits de PI formels, tels que la musique, le cinéma, l'édition ou la presse*. Une conséquence majeure est que, dès lors qu'il est possible de se tourner vers un modèle d'affaires basé sur l'expérience live ou de mobiliser des effets de mode ou de réseau, d'autres sources de revenus existent, et le renouvellement créatif peut s'opérer malgré la copie. La copie entraîne ainsi essentiellement un renouvellement des modèles d'affaires mais pas le niveau global des incitations. Bien sûr les revenus de la création qui peuvent être envisagés ne sont pas équivalents dans les deux types de modèles d'affaires. Le levier de revenus offert par la diffusion sur support indépendant, ayant un coût marginal quasiment nul, n'est pas le même dans le cas des biens d'expérience par définition rares ou contingenté. Mais, si les revenus couvrent le coût fixe de création, alors les incitations à créer existent et on peut imaginer des situations où on se rapproche de l'optimum social où chacun des biens (support indépendant ou bien d'expérience) serait vendu sur le marché à son coût marginal. A l'inverse, dans les cas où l'expérience live reste peu pertinente, les droits de PI formels restent essentiels pour inciter au renouvellement créatif. D'une manière générale il est probable dans le futur que l'expérience live soit de plus en plus valorisée et que les créateurs jouent de manière croissante sur les aspects d'expérience. Après tout, les grands chefs rejouent leur partition chaque soir et les grands couturiers ne font que des pièces uniques. Ce modèle pourrait à l'avenir s'imposer dans les autres secteurs.

Cette analyse suggère ainsi que le renouvellement créatif est susceptible de se poursuivre dans les secteurs de la musique, et dans une moindre mesure, du cinéma, malgré l'affaiblissement de la PI due au passage au numérique. La conclusion est plus pessimiste pour les secteurs de la presse ou

de l'édition. Dans ces deux cas, les droits de PI formels restent nécessaires car il existe peu d'éléments alternatifs pour permettre aux créateurs de valoriser la création : pas d'effet de réseau (hormis certaines propriétés de marchés bifaces qui permettent de lever des financements, mais souvent insuffisants, via la publicité pour la presse), peu d'actifs complémentaires, etc. Le problème principal est que ce type de création est entièrement codifié (par l'écriture), et est donc entièrement diffusée sur support indépendant. Avec les progrès du numérique, de la presse en ligne, du livre électronique, les risques sont donc grands que l'affaiblissement des DPI impacte négativement les investissements et la création. Reste l'impact de la marque (notamment en ce qui concerne la presse en ligne), et l'espoir que le papier continue à perdurer dans le cas de l'édition, i.e. que les lecteurs valorisent encore les beaux livres.

En conclusion, un enseignement important offert par cette analyse est que, si les évolutions technologiques, en permettant une plus facile reproductibilité des créations et les conditions d'une codification de l'œuvre sur un support indépendant du créateur, créent des risques de diffusion incontrôlée des créations et une moindre appropriabilité par leurs créateurs, une voie pour réduire ce risque consiste à faire en sorte que la création s'inscrive dans une expérience culturelle plutôt que de s'incarner exclusivement en un produit culturel. Face à une copie de plus en plus difficile à contrôler, un changement dans les modèles d'affaires des acteurs pourrait s'opérer. Le créateur peut en effet mettre en place des stratégies afin de s'approprier une part plus importante des gains permis par ses créations. Il peut notamment capitaliser sur les actifs complémentaires et sur l'expérience en direct, donc indissociable du créateur et unique, qui met le créateur et sa création en scène.

Une conséquence importante en matière de politique culturelle est ainsi qu'il n'est pas forcément nécessaire d'insister uniquement sur le renforcement des droits de propriété intellectuelle formels pour assurer le renouvellement créatif. Ces derniers n'ont pas la même importance en fonction des contextes et dans de très nombreux secteurs (probablement la grande majorité des industries culturelles) les créateurs peuvent mettre en œuvre des stratégies alternatives pour valoriser leurs créations. L'octroi de droits de propriété intellectuelle formels, s'il a une importance majeure sur la distribution des revenus, n'est pas le seul paramètre qui entre en jeu dans le niveau global d'incitation.

Références bibliographiques

Akerlof, G. (1970), “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics* 84, 488-500.

Amabile T.M., Hennessey B.A. , Grossman B.S. (1986), “Social influences on creativity: The effects of contracted-for reward”, *Journal of Personality and Social Psychology* 50, 14-23.

Arora A., Fosfuri A., Gambardella A. (2001), *Markets for Technology : the Economics of Innovation and Corporate Strategy*, Cambridge, Mass: MIT Press.

Arrow, K. J. (1962), “Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention”, dans *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton: Princeton university Press, 609-625.

Barbéris, I., Poirson, M. (2013), *L’ conomie du spectacle vivant*, Paris : PUF, Que sais-je? N 3972.

Barnes, D. (2006), “A New Economics of Trademarks”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 5(1).

Barrère, C. (2008), “Intellectual Property Rights on Creativity and Heritage: the Case of the Fashion Industry”, DIME Working Papers on IPR, no. 71.

Baumol, W. J., Bowen, W. G. (1966), *Performing arts*, New York: Twentieth Century Fund.

Baumol, W.J. (2002), *The Free Market Innovation Machine: Analysing the Growth Miracle of Capitalism*, Princeton: Princeton University Press.

Benhamou F., Farchy J. (2009), *Droit d’auteur et copyright*, Paris : La découverte, coll. « Rep res ».

Blackmon, L. (2012), “The Devil Wears Prado: A Look at the Design Piracy Prohibition Act and the Extension of Copyright Protection to the World of Fashion”, *Pepperdine Law Review* 35(1), 107-160.

Bollier, D. (2006), “Is Stage Direction a Type of Property?”, *Commons magazine* (note de blog), www.onthecommons.org/stage-direction-type-property

Bonaccorsi A., Rossi C. (2003), “Why open source software can succeed”, *Research Policy* 32, 1243-1258.

Buccafusco, C. (2007), “On the legal consequences of saucers: should Thomas Keller’s recipes be per se copyrightable? *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 24(3), 1124-1130.

Chesbrough, H. W. (2003), *Open Innovation: The New Imperative for Creating And Profiting from Technology*, First Trade Paper Edition, Boston: Harvard Business Press.

“Chorégraphie et droit d’auteur : questions soulevées par un art en mouvement” (2012), (note de blog), <http://lacedscygnes.blogspot.fr/2012/01/choregraphie-et-droit-dauteur-questions.html>

Cohen W. M., Levinthal D. A. (1989), "Innovation and Learning : The Two Faces of R&D", *The Economic Journal*, 99, 569-596.

Cohen W. M., Nelson R. R., Walsh J. P. (2000), "Protecting their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why US Manufacturing Firms Patent (or not)", NBER working paper, no. 7552.

Cohendet P., Foray D., Guellec D., Mairesse J. (1999), "La Gestion Publique des Externalités Positives de Recherche", dans Mairesse *et al.*, *Innovations et Performances : Approches Interdisciplinaires*, Paris: EHESS, 367-383.

Cunningham E. (2009). "Protecting cuisine under the rubric of intellectual property law: should the law play a bigger role in the kitchen", *The Journal of High Technology Law*, 9(1).

Dalle J.M., Jullien N. (2003), "'Libre' Software : Turning Fads into Institutions", *Research Policy*, 32.

Darling K. (2013), "What drives IP without IP? A study of the online adult entertainment industry", MIT working paper.

Di Stefano G., King A., Verona G. (2013), "Hell's kitchen: sanctioning violations of norms of knowledge use in gourmet cuisine", Working paper HEC Paris.

Dorny, S., Martinelli, J-L., Metzger, H-A., Murat, B. (2012), "Financement du spectacle vivant : développer, structurer, pérenniser", Rapport au Ministre de la culture et de la communication. www.culturecommunication.gouv.fr/Actualites/Missions-et-rapports/financement-du-spectacle-vivant-developper-structurer-perenniser.

Fauchart E., von Hippel E. (2008), "Norms based IP systems: the case of French chefs" *Organization Science*, 19(2), 187-201.

Frey, B. (1997), *Not just for the money: An economic theory of personal motivation*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Hammarén, A. (2002), "The Copyrightability of Stage Direction". *Scandinavian Studies in Law*, 42 (2002), 65-71

Hardin, G. (1968), "The tragedy of the commons", *Science*, 162, 1243–1248.

Harrington, R. (2004), "Part I: The Culinary Innovation Process - A Barrier to Imitation", *Journal of Foodservice Business Research*, 7, 35-57.

Heller, M. (2008), *The Gridlock Economy: How Too Much Ownership Wrecks Markets, Stops Innovation, and Costs Lives*, New York: Basic books.

Hilton, B., C.J. Choi, S. Chen (2004), "The Ethics of Counterfeiting in the Fashion Industry: Quality, Credence and Profit Issues", *Journal of Business Ethics*, 55, 345-354.

Hurt R., Schuchman R. (1966), "The Economic Rationale of Copyright", *The American Economic Review* 56 (1/2), 421-432.

- Julia, G. (2012), “Un écho inattendu de la lex mercatoria : la lex magica”, *Revue de la Recherche Juridique*, 2012-4.
- Julia, G. (2009), “La protection du secret du magicien par la chorégraphie de l’invisible”. *Gazette du Palais* 25 Juillet 2009.
- Kapferer, J.N. (2008), *The new strategic brand management*, 4e ed., Kogan Page.
- Kapferer, J.N. (1991). *Les marques, capital de l'entreprise*, Paris :Les Editions d'Organisation.
- Kitch, E. (1977), “The Nature and Function of the Patent System”, *Journal of Law and Economics*, 20, 265-290..
- Landes W., Posner R. (2003), *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Boston: Harvard University Press.
- Landes W., Posner R. (1989), “An economic analysis of copyright law”, *The Journal of Legal studies*, 18(2), 325-363.
- Landes W., Posner R. (1987), “Trademark Law: An Economic Perspective”, *Journal of Law and Economics*, 30 (2), 265-309.
- Latarjet, B. et al. (2004), “Pour un débat national sur l’avenir du spectacle vivant”, Compte-rendu de mission au Ministre de la culture et de la communication. www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/latarjet/rapport_7mai2004.pdf.
- Lerner J., Tirole J. (2001), “The Open Source Movement : Key Research Questions”, *European Economic Review*, 45, 819-826.
- Lessig, L. (2008), *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York: Penguin Press HC.
- Lessig, L. (2004), *Free Culture: The nature and future of creativity*, New York: Penguin books.
- Lessig, L. (2001), *The Future of Ideas*, New York: Vintage Books.
- Lévêque F., Ménière Y. (2003), *Economie de la propriété intellectuelle*, Paris: la Découverte.
- Levin R. C., Klevorick K., Nelson R. R., Winter S. (1987), “Appropriating the Returns from Industrial Research and Development”, *Brooking Papers on Economic Activity*, 3, 783-820.
- Livingston, M. (2009), “Inspiration or Imitation: Copyright Protection for Stage Directions”, *Boston College Law Review*, 50, 427.
- Llerena, P., Millot, V. (2013), “Are Trade Marks and Patents Complementary or Substitute Protections for Innovation”, Document de Travail du BETA, no. 2013-01.
- Loshin J. (2007), “Secrets revealed: How magicians protect intellectual property without law”, Working paper Yale Law School.

- Mansfield E., Schwartz M., Wagner S. (1981), "Imitation Costs and Patents: An Empirical Study", *The Economic Journal*, 91, 907-918.
- Merton, R.K. (1973), *The sociology of science*, Chicago: University of Chicago Press.
- Oliar, D., Sprigman, C. (2010), "Intellectual Property Norms in Stand-Up Comedy", dans *The making and unmaking of intellectual property*, Chicago: University of Chicago Press.
- Oliar, D., Sprigman, C. (2009), "From Corn to Norms: How IP Entitlements Affect What Stand-Up Comedians Create", University of Virginia Legal Working Paper Series, no. 60.
- Oliar, D., Sprigman, C. (2008), "There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy", *Virginia Law Review*, 94(8).
- OMPI (2004), *Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, Genève: WIPO. <http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/>
- Ordover, J. A. (1991), "A Patent System for Both Diffusion and Exclusion", *Journal of Economic Perspectives*, 5, 43-60.
- Ottbacher M., Harrington R.J. (2007). "The innovation development process of Michelin-starred chefs". *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, 19 (6), 444-460.
- Perzanowski A. (2013), "Tattoos & IP Norms", *Minnesota Law Review*, 98(2).
- Plant, A. (1934), "The Economic Aspects of Copyright in Books", *Economica*, 1(2), 167-195.
- Rao H., Monin P., Durand R. (2006), "Institutional Change in Toque Ville: Nouvelle Cuisine as an Identity Movement in French Gastronomy", *American Journal of Sociology*, 108(4), 795-843.
- Raustiala K., Sprigman C. (2012), *The knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, Oxford: Oxford University Press.
- Raustiala K., Sprigman C. (2010), "The Vigilantes of Comedy: a Guest Post", (note de blog), www.onthecommons.org/stage-direction-type-property.
- Raustiala K., Sprigman C. (2006), "The piracy paradox: innovation and intellectual property in fashion design", *Virginia Law Review*, 92, 1687.
- Sadtler, S. (2012), "Preservation and Protection in Dance Licensing: How Choreographers Use Contract to Fill in the Gaps of Copyright and Custom". *Columbia Journal of Law & the Arts*, 35, 253-581.
- Schumpeter, J. (1942), *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper.
- Schumpeter, J (1911), *Théorie de l'évolution économique*, Paris : Dalloz-Sirey, 1999.
- Schutte, L. (2011), "Copyright for Couture", *Duke Law & Technology Review*, 11.
- Scotchmer, S. (2004), *Innovation and Incentives*, Cambridge, MA: MIT Press.

- Scotchmer, S. (1991), “Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law”, *Journal of Economic Perspectives*, 5, 29-41.
- Scruggs, B. (2007), “Should Fashion Design Be Copyrightable?”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 6 (1), 122-137.
- Shapiro C., Varian H. (1998), *Information rules: A strategic guide to the network economy*, Boston: Harvard University Press.
- Shirwaikar, P. (2009), “Fashion Copying and Design of the Law”, *Journal of Intellectual Property Rights*, 14, 113-121.
- Simmel, G. (1904), “Fashion”, *International Quarterly*, 10, 130-155.
- Singer, B. A. (1983). “In Search of Adequate Protection for Choreographic Works: Legislative and Judicial Alternatives vs. the Custom of the Dance Community”. *U. Miami L. Rev.*, 38, 287.
- Spence, M. (1973), “Job Market signalling”, *Quarterly Journal of Economics*, 87, 355-374.
- Straus, N. (2012), “Trade Dress Protection for Cuisine: Monetizing Creativity in a low-IP industry”, *UCLA Law Review*, 60, 182-260.
- Teece, D., (2000), *Managing intellectual capital*, Oxford: Oxford University Press.
- Teece, D.J. (1986), “Profiting from technological innovation”, *Research Policy*, 15 (6), 285-305.
- Tsai, J. P. (2005), “Fashioning protection: A note on the protection of Fashion Designs in the United States”, *Lewis & Clark Law Review*, 447-468.
- Urrutiaguer, D. (2010), *Economie et droit du spectacle vivant en France*, Paris : Presses de la Sorbonne Nouvelle.
- Van Camp, J. (1994), “Copyright of choreographic works”, dans *1994–1995 Entertainment, Publishing and the Arts Handbook*, Eagan: Clark Boardman Callaghan, 59-92.
- Vega C., Ubbink J. (2008), “Molecular gastronomy: a food fad or science supporting innovative cuisine?”, *Food Science and Technology*, 19, 372-382.
- Von Hippel (1994), “Sticky Information and the Locus of Problem Solving: Implications for Innovation”, *Management Science*, 40 (4), 429-439.
- Von Hippel E. (1988), *The Sources of Innovation*, Cambridge, USA: MIT Press.
- Von Hippel, E. (1987), “Cooperation between rivals: informal know how trading”, *Research Policy*, 16, 291–302.
- Wallon, E. (2010), “Le spectacle vivant en chiffres (2010)”, dans *Politiques et pratiques de la culture*, sous la direction de P. Poirrier, Paris : La Documentation française.
- Weber S. (2004), *The success of open source*, Boston: Harvard University press.