

Copyright et droit des marques à l'ère numérique

Olivier Bomsel

▶ **To cite this version:**

Olivier Bomsel. Copyright et droit des marques à l'ère numérique. Propriété industrielle, 2010, 12 (Décembre 2012), pp.étude 16. hal-00494225

HAL Id: hal-00494225

https://minesparis-psl.hal.science/hal-00494225

Submitted on 22 Jun 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CERNA WORKING PAPER SERIES

Copyright et droit des marques à l'ère numérique

Internaliser les externalités du sens

Olivier Bomsel

Working Paper 2010-10

Cerna, Centre d'économie industrielle
MINES ParisTech
60, boulevard Saint Michel
75272 Paris Cedex 06 – France
Tél. : 33 (1) 40 51 90 00

March 2010



Copyright et droit des marques à l'ère numérique

Internaliser les externalités du sens

Olivier Bomsel



Chaire ParisTech d'Economie des Médias et des Marques

Cerna, MINES ParisTech

Tél. : 33 (1) 40 51 90 36

bomsel@mines-paristech.fr

Résumé

L'adoption du codage binaire comme standard universel d'encryptage ou, si l'on préfère, comme alphabet d'une nouvelle écriture mondialisée, est générateur d'externalités très positives souvent appelées effets de réseau. En gros, plus cette écriture est utilisée et plus elle est utile à chaque scripteur. Mais qu'en est-il du sens ? Que sont les externalités, les effets sociétaux associés à la mise en forme et à la circulation du sens ? Sont-ils, eux aussi, strictement positifs ? Peut-on encore, dans le paradigme numérique, séparer la notion d'*expression* — couverte par le copyright — du sens que celle-ci produit ? Le sens n'est-il pas aussi dépendant de la notion de marque (*brand*) ? Et si oui, comment les institutions du copyright et des marques se combinent-elles pour stimuler et prescrire des informations signifiantes ?

Pour traiter ces questions, on montrera que les formes signifiantes historiquement protégées par le copyright — expressions, créations — induisent des externalités spécifiques, positives et négatives, donnant lieu à des protocoles d'incitation mais aussi de censure. On montrera ensuite que dans la fonction signifiante, la question du « qui parle », l'identification de l'émetteur joue un rôle essentiel. On montrera enfin, que l'institution du copyright, tout comme celle du droit d'auteur, en permettant l'appropriation d'une forme signifiante, lui assigne aussi une marque, un émetteur identifié. Et que ces deux institutions engendrent des externalités croisées. De là que l'institution du copyright ne saurait être entièrement dissociée de celle du droit des marques.

Mots-clefs : Copyright, droit d'auteur, droit des marques, propriété intellectuelle, économie des médias.

Position du problème

La catégorie de propriété intellectuelle est récente (Blaug, 2005). Elle se réfère à la dimension informationnelle de certains biens (Arrow, 1962) pour lesquels la définition de droits de propriété induit une internalisation économique (Demsetz, 1967). Cette caractérisation permet de réexaminer, de rationaliser par l'analyse économique, les institutions juridiques séculaires que sont le copyright, le brevet et le droit des marques (Watt, 2000, Landes et Posner, 2003).

Celles-ci, comme le montre très bien Blaug, se sont développées en réponse à des besoins identifiés par les techniques d'un système industriel pour lesquels la production d'information obéissait à des logiques très différentes : « *Il n'est jamais venu à l'esprit de quiconque avant, disons les années 1980, que des phénomènes aussi disparates que les brevets pour des inventions mécaniques, des produits et des procédés industriels (et maintenant des biotechnologies, des algorithmes, voire des méthodes de gestion), des droits d'auteur et de copie pour l'expression littéraire et artistique, et des marques et noms commerciaux pour des biens et services, puissent être généralisés sous l'intitulé* droits de propriété*, tous conférés par le système juridique et rapportés à des bouts d'information isolés résultant d'une forme d'activité intellectuelle appropriable* »[1].

Depuis, le déploiement des technologies numériques a conduit à une remise en cause de ces institutions — statut des logiciels, piratage massif, *creative commons*, idéologie du *no logo* (Klein, 2000) — incitant à une réévaluation de leur fonction économique.

En effet, l'information telle que la numérisation la fait surgir (Varian, Shapiro, 1998) procède d'une définition nouvelle : est information tout ce qui se code en séquences de bits. Cette définition qui assigne à l'information non pas une vertu signifiante, une utilité sémantique, mais une dimension scriptable, *traçable,* circulante, introduit une quantification en volume qui se substitue aux représentations traditionnelles du sens[2]. A l'ère numérique, l'*information* ne désigne plus l'action de mise en forme signifiante, mais le bit ou la séquence de bits, autrement dit le morceau de code permettant de transcrire et traiter logiquement un élément signifiant. La monnaie, les lois, les contrats, les logiciels, les films, les livres, la musique, les formules chimiques font désormais partie des biens informationnels.

L'adoption du codage binaire comme standard universel d'encryptage ou, si l'on préfère, comme alphabet d'une nouvelle écriture mondialisée, est générateur d'externalités très positives souvent appelées effets de réseau (Liebowitz, Margolis, 2002). En gros, plus cette écriture est

[1] Blaug (2005). Page 71-72.

[2] Depuis le début du déploiement de l'Internet, Lawrence Lessig et ses disciples prônent que l'élévation des débits des réseaux engendre un accroissement équivalent des moyens de connaissance à disposition des individus.

utilisée et plus elle est utile à chaque scripteur. Cette utilité croissante de l'écriture est amplifiée par les gains de productivité de l'électronique (loi de Moore), lesquels étendent ses fonctionnalités. Mais qu'en est-il du sens ? Que sont les externalités, les effets sociétaux associés à la mise en forme et à la circulation du sens ? Sont-ils, eux aussi, strictement positifs ? Peut-on encore, dans le paradigme numérique, séparer la notion d'*expression* — couverte par le copyright — du sens que celle-ci produit ? Le sens n'est-il pas aussi dépendant de la notion de marque (*brand*) ? Et si oui, comment les institutions du copyright et des marques se combinent-elles pour stimuler et prescrire des informations signifiantes ?

Pour traiter ces questions, on montrera que les formes signifiantes[3] historiquement protégées par le copyright — expressions, créations — induisent des externalités spécifiques, positives et négatives, donnant lieu à des protocoles d'incitation mais aussi de censure. On montrera ensuite que dans la fonction signifiante, la question du « qui parle », l'identification de l'émetteur joue un rôle essentiel. On montrera enfin, que l'institution du copyright, tout comme celle du droit d'auteur, en permettant l'appropriation d'une forme signifiante, lui assigne aussi une marque, un émetteur identifié. Et que ces deux institutions engendrent des externalités croisées. De là que l'institution du copyright ne saurait être entièrement dissociée de celle du droit des marques.

Externalités médiatiques

Le copyright y compris sous la forme du droit d'auteur[4] est contemporain de l'apparition des médias écrits. Les études historiques (Starr 2004, Birn 2007) sur le déploiement des médias montrent clairement que l'octroi de privilèges d'édition ou d'autorisations de reproduire vise aussi à contrôler les effets indésirables de la circulation d'information dans la société.[5] Dans chaque pays, et de façon renouvelée pour chaque nouveau média, les institutions d'encouragement à la production d'informations signifiantes ont été associées à des mécanismes de censure.

Dit autrement, la circulation publique d'informations signifiantes est génératrice d'externalités positives et négatives. Les externalités positives sont bien connues des économistes : transmission du savoir, de l'expérience artistique, de la connaissance des marchés, des règles

[3] On utilise ici l'expression forme signifiante par opposition aux logiciels qui s'intègrent dans les systèmes de codage mais qui, pour le consommateur final, ne veulent rien dire, ne véhiculent aucun sens.

[4] Sauf mention explicite, on utilisera indifféremment l'expression copyright ou droit d'auteur pour désigner les formes de propriété associées à des expressions déposées sans contrôle administratif préalable. On reviendra néanmoins dans le texte sur la fonction de la désignation institutionnelle du titulaire du droit.

[5] Dans le second chapitre de *The Creation of the Media,* Paul Starr mène une analyse comparée de l'émergence de la sphère publique française et britannique illustrant la nature des externalités négatives et le choix des moyens d'internalisation institués par chaque pays. Basic Books, New York, 2004. P 30-45. Raymond Birn, quant à lui, analyse le fonctionnement, la logique et les effets de *La Censure royale des livres dans la France des Lumières*, Odile Jacob, Paris, 2007.

sociales, etc. Ce sont elles qui, de manière implicite, fondent les discours économiques sur les institutions de propriété intellectuelle (Plant, 1934, Watt, 2000, Landes et Posner, 2003). Les externalités négatives — désinformation, fausses rumeurs, fausse science, calomnies, amoralité, indécence, appel au crime, à la sédition, etc. — sont moins souvent débattues. Néanmoins, elles existent et font l'objet, hors du champ de l'économie, d'analyses sociologiques, historiques et institutionnelles.

La diversité des régimes juridiques du copyright et des règles de censure reflète les différences de perception de ces externalités dans les différentes sociétés et les protocoles institutionnels de leur internalisation. Paul Starr soutient ainsi que les premières émeutes de Boston (Août 1765) conduisant à la constitutionnalisation du *free speech*, furent consécutives à l'extension par la couronne britannique de la taxe du *Stamp* visant, en Angleterre, à limiter la circulation des journaux au sein d'une élite sociale. Une telle censure était, selon lui, complètement inadaptée au développement d'une société coloniale américaine, largement alphabétisée et très dépendante de la circulation de l'écrit. [6]

De même, des sinologues contemporains (Jullien, 1995) opposant la dialectique grecque et le discours chinois, montrent que la tradition impériale de l'usage de la langue, largement théorisée par Confucius, introduit dans celle-ci des éléments de rhétorique favorisant le détour, l'obliquité, plutôt que la confrontation directe. Alors que les Grecs, dont les Américains sont les héritiers, privilégiaient, tant militairement que symboliquement, la contradiction, l'affrontement, l'antagonisme, les chinois, jusque dans l'usage de la langue, ont toujours prôné la métaphore, la diversion, la sinuosité [7]. On peut dire ici que la langue, premier moyen d'expression dont l'Etat et les *lettrés* prescrivent formellement l'usage public, internalise des effets de censure. Et qu'à ce titre, ni l'usage, ni les vertus du *free speech* conçu comme la liberté de tout dire, n'engendrent les mêmes évaluations sociales.

Enfin, dans l'univers numérique, les débats récents sur les conditions d'accès aux contenus pornographiques — déclarations du gouvernement australien (2007), de Steve Jobs sur l'*iPad* (2010) — rappellent qu'il existe encore des externalités négatives à la circulation des informations signifiantes et de nombreux moyens de les internaliser.

Parmi ceux-ci, bien évidemment, les mécanismes de propriété. Il faut alors s'interroger sur la nature économique du copyright, à savoir : n'est-il, comme on l'a toujours dit, qu'une institution d'internalisation d'externalités positives — incitant à la création signifiante et aux transactions de celle-ci — ou opère-t-il aussi des fonctions d'internalisation d'externalités négatives,

[6] Ibid. Chapitre 3. P. 60-65.

[7] Parmi les très nombreux exemples cités par Jullien, sur l'art de l'attaque verbale : « *Montrer du doigt la poule pour injurier le chien*. (…) Je montre l'un mais c'est l'autre qui est visé ; *l'un* est seulement l'occasion d'un détour — et, comme tel, ostensiblement affiché — en vue d'atteindre *l'autre*, en secret. Page 57. C'est aussi un peu la fonction de cet exemple…

autrement dit de tri, de filtre, de censure dans les informations médiatiques. Et si oui, quels sont ces mécanismes, comment les analyser ?

Economie de la censure

L'affaire des placards, l'une des premières manifestations de l'imprimé en France s'est terminée dans un bain de sang inaugurant un siècle de Guerres de Religion[8]. Plus sérieusement, les études de Raymond Birn sur la Censure Royale en France au siècle des Lumières mettent en évidence les risques considérables encourus par la monarchie de droit divin à ce que circulent des discours justifiant l'ordre social par d'autres causes que la Providence. Si la légitimité du pouvoir est de l'ordre du divin, celle-ci se réduit avec la prolifération d'explications sociales laïques[9]. Il y a donc, à l'époque moderne, en Europe, une opposition permanente entre la légitimation politique de l'Etat et la progression de la connaissance scientifique. Birn montre à quel point les institutions de censure telles qu'elles ont existé en France au XVII^{e} et au XVIII^{e} siècle, ont contribué à traiter cette contradiction en incitant les auteurs — en l'espèce, les Encyclopédistes — à minimiser les effets séditieux de leurs discours. Le fait d'avoir choisi une institution laïque autonome, de préférence à l'Eglise ou aux Parlements régionaux, a permis, selon Birn, grâce à l'habileté des Censeurs royaux, de piloter de manière subtile, hors des intérêts religieux ou locaux, la publication des Encyclopédistes[10]. Finalement, l'apparition du Droit d'auteur dans le tourbillon la Révolution Française marquera l'épuisement idéologique et institutionnel de ce processus.

Cet exemple est intéressant à deux titres : il rappelle d'abord que, bien souvent, la censure est préalable au droit d'auteur, et il suggère, ensuite, que celui-ci lui succède dès lors qu'on peut internaliser plus efficacement les externalités négatives par le marché que par l'Etat. Car c'est ainsi que fonctionne le copyright. En désignant un responsable légal de la publication, que celui-ci soit l'auteur ou l'éditeur, il engage un agent économique devant les effets sociétaux de la diffusion du sens. Celui-ci participe aux résultats commerciaux de la diffusion des œuvres, mais encourt également les sanctions des publications illégales. En cela le copyright est bien une institution de censure : dès lors que la société édicte des règles légales de publication,

[8] Des imprimés blasphématoires furent placardés dans la nuit du 17 au 18 octobre1534 dans les rues de Paris, dans d'autres villes du royaume, et jusque sur la porte de la chambre royale de François I^{er} au château d'Amboise. D'inspiration calviniste, ces placards visaient la pratique catholique de l'eucharistie. En réaction, le roi confessa ouvertement sa foi catholique et ordonna des persécutions qui initièrent les Guerres de Religion en Europe. (Berthoud, 1973).

[9] Et inversement, l'idéologie laïciste de l'Etat français républicain est à la mesure de ce qu'était la légitimation divine de la monarchie absolue.

[10] On retrouve actuellement en France des débats portant sur le rôle et la nature des processus éditoriaux de *Wikipedia*, face aux institutions académiques de la connaissance. Les articles *Wikigrills* de la revue *Books*, visent à mettre en défaut, par des contre-exemples, la fiabilité des articles de *Wikipedia*.

l'éditeur les anticipe dans le choix des œuvres publiées [11].

Certes, on peut arguer que le dépôt d'un copyright ou d'un droit d'auteur n'est, contrairement au brevet ou aux marques, soumis à aucun contrôle préalable et qu'à ce titre, le droit protège l'expression ou la création, quel qu'en soit l'usage ultérieur. Cependant, ce droit n'aura de sens économique qu'à partir du moment où l'expression deviendra une œuvre, c'est-à-dire lorsqu'elle sera effectivement publiée. La chaîne des relations contractuelles issues du copyright permet de répercuter sur la création non seulement les signaux émanant du marché, mais aussi les règles sociales imposées par la loi. C'est ainsi que le copyright joue son rôle d'institution d'internalisation dont l'originalité est qu'elle traite autant les aspects positifs que les aspects négatifs de la diffusion médiatique.

Une conséquence immédiate est que la resquille (*free-riding*) du copyright, si elle structure des réseaux de contrefaçon massive, permet aussi la circulation de contenus usuellement censurés. Le déploiement de l'Internet à large bande s'est accompagné d'un piratage massif de contenus sous copyright, mais également d'une pollution notable de l'espace médiatique : *pop ups*, images pornographiques, fausses nouvelles... Alors que tous les pays filtrent systématiquement les images télédiffusées aux mineurs, ceux-ci ont été exposés par Internet, soit délibérément, soit malgré eux, à des images jusqu'alors réservés aux *adultes*. Les externalités positives du déploiement des réseaux ont été privilégiées par les sociétés et les Etats par rapport aux externalités négatives du contournement du copyright et de la censure induite. On peut ainsi inférer qu'un des effets externes du piratage massif a été l'exposition de millions de mineurs à des images sexuellement explicites. Il est significatif qu'au terme d'une décennie de piratage, l'apparition de l'*iPad* comme plateforme de valorisation des biens sous copyright et d'application plus rigoureuse de celui-ci, s'accompagne d'une communication de son concepteur visant à en exclure les contenus pornographiques.

Pour conclure sur ce point, le copyright n'est pas qu'un outil d'incitation à la création signifiante ou à l'expression d'idées de toute sorte, c'est aussi un outil de tri, de censure, de dissuasion de la diffusion d'informations jugées inutiles ou nuisibles. A ce titre, la spécification du titulaire des droits — l'auteur dans le *droit d'auteur*, l'éditeur dans le copyright — ne vise pas à seulement à optimiser les coûts de transaction dans la gestion de ces droits[12]. Elle sert aussi à désigner le responsable légal de la diffusion des œuvres. Le dispositif du droit d'auteur permet de séparer l'individu, auteur d'une expression, du responsable légal de sa diffusion sociale. Dans les pays où le *free speech* n'a pas de statut légal, le droit d'auteur est une garantie

[11] Paul Starr (2003) rappelle comment, entre 1907 et 1922, l'industrie cinématographique américaine (syndiquée depuis dans la MPAA) s'est substituée aux églises, aux ligues de vertu et aux municipalités des grandes métropoles pour établir les règles de censure de l'industrie cinématographique. Pages 315-326.

[12] Voir Watt (2000) Chapitre 6, pages 161- 166.

de liberté individuelle : toute expression peut être librement enregistrée. L'éditeur qui l'acquiert est responsable de la publication, comptable de ses effets devant le marché et la loi. Le copyright, en revanche, fait de son titulaire le responsable exclusif des effets sociétaux de la circulation du discours. Dans tous les cas, l'éditeur est le portier — le physionomiste, le *gatekeeper* — de la diffusion sociale et donc, des effets escomptés de la circulation du sens[13].

Le problème économique du « qui parle »

La structuration du sens des informations dépend du protocole selon lequel elles circulent. Il faut ici distinguer deux usages fondamentaux : la correspondance et la communication médiatique (Bomsel, 2010).

La correspondance, à des fins commerciales ou privées, engage des agents nommément identifiés. Ce sont eux qui déclenchent et organisent, dans un usage qui leur est propre, la circulation d'information. Les systèmes techniques de correspondance assurent l'identification des parties — avant même désormais que l'échange ne commence — et la non déformation des signaux échangés. Ce point est essentiel car, dans la *co-respondance*, les signaux s'élaborent et s'échangent dans l'anticipation réciproque de l'utilité de chaque agent. De telles informations, utiles aux transactions entre correspondants, ne donnent pas lieu à transaction externe et ne sont pas couvertes par le copyright[14].

La communication médiatique est celle par laquelle une source diffuse vers des publics anonymes. C'est l'éditeur qui décide du format et du protocole de publication[15]. Les expressions ainsi médiatisées sont couvertes par le copyright et donnent lieu à exploitation commerciale. Le consommateur est averti par le protocole d'édition — publication, exposition, projection publique, radiodiffusion, revues critiques… — de la dimension médiatique du signal.

Pour le consommateur, les médias sont des biens d'expérience. Leur utilité vient du sens, lequel n'est évalué qu'après avoir été perçu. De là la question du rapport entre valeur sémantique d'un signal, au sens que la linguistique donne à cette catégorie, et valeur économique telle que la mesurent la monnaie ou l'utilité. Ce point est d'une complexité qui dépasse le cadre de cet article, quoique les grands économistes du XVIII^{e} siècle n'aient pas hésité à publier des traités

[13] Richard Caves (2000) indique que seulement trois ou quatre manuscrits sur dix mille reçus annuellement par Doubleday sont finalement publiés. Pour les romans, ce chiffre se rapporte à quinze mille manuscrits. (page 53). La censure, au sens ici du filtrage, constitue donc la première des fonctions éditoriales.

[14] Le secret commercial n'est pas justiciable de copyright. Voir Landes et Posner (2003), Chapitre 13, page 354 et suivantes. Néanmoins, des éléments de correspondance privée peuvent être protégés par le copyright en vue d'une publication future.

[15] Le terme français d'éditeur — de *e dare*, en latin, donner au dehors — est utilisé ici comme l'équivalent du terme anglais *publisher*, littéralement « publieur ». Qu'est ce que « donner au dehors » lorsque ce qu'on donne est immatériel ? C'est tout l'enjeu de cette réflexion…

dans ces deux disciplines[16] suggérant ainsi les passerelles reliant l'une à l'autre. Il est clair que si l'information est la matière de l'économie, les questions de la productivité sémantique et de la valorisation utilitariste du sens en font également partie. [17]

En particulier, la perception du sens est extrêmement sensible au *contexte*, autrement dit à l'environnement sémantique, à la signalisation, aux éléments d'évaluation sociale associés à l'information transmise. A commencer bien sûr par la signalisation de l'auteur qui forme le premier nom, la première marque transmise au consommateur. Symétriquement à l'identification des parties qui constitue le point départ de la correspondance, l'identification du « qui parle » initie toute communication médiatique.

Dans leur discussion très ouverte sur le bien-fondé de l'extension de la durée du copyright, Liebowitz et Margolis (2004) soulignent que des effets de snobisme ou de Veblen (Leibenstein, 1950) s'appliquent très couramment aux biens sous copyright[18]. Ces effets sont pratiquement toujours associés à des connotations externes à l'expression elle-même, autrement dit à une signalisation, à des marques, structurant « l'effet de sens » engendré par le bien. Pour reprendre un de leurs exemples : tel artiste limitant le nombre de tirage de ses lithographies, voire de ses vidéos, accroît certes la valeur unitaire de celles-ci, mais entretient aussi la perception de rareté — l'effet de snobisme ou Veblen — associée à son nom, à sa signature, à sa marque éditoriale.

Plus généralement, si un bien signifiant ne s'évalue qu'à l'usage, la sélection adverse pour le consommateur est maximale. Celui-ci sera alors d'autant plus sensible à la signalisation du bien que celle-ci réduit son risque de perte. L'obtention d'un prix littéraire accroît les ventes d'un livre très au delà du signal de qualité donné par la récompense proprement dite [19]. La raison est que cet accroissement est dû non pas au différentiel de qualité entre cet ouvrage et ses voisins, mais à la réduction du risque de l'acheteur, lequel se trouve cautionné par l'institution littéraire. De là l'importance de l'ensemble des signaux guidant le consommateur vers le bien. Un flux signifiant sans autre signal que lui même sera largement ignoré, car spontanément évalué

[16] Smith est l'auteur d'un traité sur l'origine des langages s'interrogeant précisément sur le processus d'assignation de noms aux objets. *Considerations concerning the first Formation of Languages and the different genius of original and compounded languages*. Publié en 1761, réédité par J.Ralph Lindgren en 1967, The Adam Smith Library. Voir aussi J.Giacometti. « Langage et Monnaie chez Locke et Turgot », dans *Aspects de l'Economie Politique en France au XVIIIe siècle*, n°spécial *d'Economie et Sociétés*, sér. PE 1 mars 1984, page 119-137.

[17] Landes et Posner (2003) consacrent l'ouverture de leur chapitre sur le droit des marques à une évocation des performance sémantiques des mots ou expressions. L'enjeu est d'expliciter, par l'octroi d'une marque générique, le risque de création d'un monopole sémantique. Pages 168-172.

[18] Les auteurs réagissent à prise de position de 17 économistes de renom — dont les prix Nobel Akerlof, Arrow, Coase et Friedman — contre la décision de la Cour Suprême américaine d'étendre de 50 à 70 ans après la mort des auteurs, la durée de validité du copyright. Cette décision est connue sous le de Sonny Bono Act ou de CTEA, Copyright Term Extension Act (1998).

[19] 237 000 exemplaires vendus en moyenne pour un prix Goncourt en France selon Livres Hebdo (2006) et 730 000 pour les Bienveillantes de Jonathan Littel (Gallimard, 2006). Ce chiffre est très au-dessus des ventes moyennes des succès de littérature générale (20 000 exemplaires).

comme du bruit. Pis, du silence.

Or, ces signaux, qu'on appellera éditoriaux, sont nombreux, subtils et, bien souvent, connotatifs : ils interfèrent avec le sens du signal originel en lui adjoignant des significations complémentaires[20]. Tel commentaire politique n'aura pas le même sens selon qu'il est rédigé par tel ou tel chroniqueur identifié, et publié à telle ou telle place dans tel ou tel journal. Tel article d'économie n'aura pas le même écho selon le journal scientifique qui acceptera de le publier. La marque du journal, identifiée par le lecteur à une ligne éditoriale, à un contexte signifiant, connote le contenu, en complète le sens[21].

Le point qui nous importe ici est que les signaux éditoriaux contribuant à la valeur sémantique des discours, ont statut économique de marques, autonome de celui du copyright. Ces marques correspondent à des investissements, généralement durables, dans la signalisation des flux signifiants. Ainsi donc, la plupart des biens signifiants sont porteurs, au delà de l'expression couverte par le copyright, d'une valeur de marque élevant, souvent considérablement, leur utilité. Contrairement à l'idée reçue, la valeur sociale d'une marque éditoriale est très supérieure à celle d'un médicament [22]: un texte d'auteur célèbre publié sous un pseudonyme inconnu sera bien moins identifié, prescrit et vendu qu'un médicament générique dont les propriétés sont connues de tous les prescripteurs. Et inversement, la circulation de discours anonymes est perçue comme une nuisance sociale : en 2010, la *Federal Trade Commission* (FTC) américaine a menacé d'une amende de 10 000 dollars les blogueurs qui ne feraient pas mention de leurs sponsors, tandis qu'une loi française, encore en discussion, vise à interdire l'anonymat des *blogs*. Les marques complètent ainsi, de manière indispensable, le dispositif d'internalisation de la circulation du sens.

Marques et copyright sont alors complémentaires. Or, si dans le financement de la création, il est possible d'agréger les deux types d'actifs en en distinguant les apporteurs respectifs, une fois le contenu diffusé, la séparation devient impossible. Cette situation est particulièrement patente dans le cas du copyright puisque c'est l'expression et uniquement celle-ci qui est couverte par le droit d'exploitation. Cependant, un internaute qui resquille un titre musical de Michael Jackson contrevient certes aux règles du copyright, mais il contrefait, dans le même acte, la marque « Michael Jackson ». Cette marque s'est construite dans la composition et l'enregistrement de

[20] La connotation est une opération sémantique complexe dans laquelle nous ne pouvons entrer ici. Elle a néanmoins des effets économiques considérables puisqu'elle accroît l'utilité du sens. On peut simplement rappeler que John Stuart Mill (1843) considérait que les noms propres n'étaient pas connotatifs, thèse contestée par de nombreux linguistes, (ceux de Port Royal, deux siècles avant lui), par la psychanalyse, et largement utilisée dans l'exploitation commerciale des marques (Bomsel, 2010).

[21] Au moment même où j'écris ce texte, et malgré ma marque éditoriale d'auteur, j'ignore s'il sera finalement publié et ce que sera sa signalisation.

[22] Landes et Posner (2003) page 54 : *« Brand loyalty is nowhere near as important a factor in the market for books as in the market for drugs, but it is not fully absent ».* Cette proposition méconnaît l'importance du « qui parle » dans la signification d'une expression.

titres musicaux, et plus encore par des investissements répétés en communication médiatique de toute sorte, en performances scéniques et cinématographiques, en tournées internationales.

Ainsi donc, ce qui, au final, et même sous une forme purement informationnelle, est prisé par le consommateur, n'est pas seulement l'expression déposée dans le copyright, mais la combinaison indissociable de celle-ci et de symboles connotatifs que sont l'ensemble des prescripteurs, des marques, ayant *opéré* l'expression, ayant contribué à lui donner son sens, et par là, à l'identifier en tant qu'*œuvre* aux yeux du consommateur.

Ce point n'est pas anecdotique, il questionne la pertinence de l'analyse du copyright en tant qu'institution économique autonome. Dans son ouvrage récent, mais antérieur au déploiement de la numérisation, Richard Watt (2000) identifie le copyright par ce qui distingue l'expression du support. Le support est un artefact de distribution, généralement matériel, donc rival, qui vient compléter l'expression protégée en la rendant accessible au consommateur. Le copyright permet donc, dans l'analyse de Watt et, plus généralement, des économistes de la propriété intellectuelle, de séparer l'information du support et de lui dédier un raisonnement économique autonome. Ce raisonnement examine les incitations à la création produites par la concession — temporaire et limitée à l'usage public — du droit exclusif d'en faire des « copies » et la perte sociale induite par l'exclusion de certains consommateurs de l'accès aux œuvres protégées.

Le problème que nous soulevons est que la création n'a pas, en soi, d'utilité sociale si le consommateur ignore d'où elle provient et qui l'*autorise*. Et que le support matériel des copies n'a pas qu'une fonction logistique, mais aussi une fonction signifiante : il véhicule des symboles, des signaux, des marques éditoriales, à commencer par celle de l'auteur qu'il met en résonance avec d'autres signaux, d'autres marques. Lesquelles, par leur dimension connotative, contribuent puissamment à la valeur du sens.

Copyright et marques dans l'industrie des médias

Ces remarques ne remettent pas en cause la pertinence du copyright en tant qu'institution économique puisque, semblablement aux brevets, il identifie un input sur lequel peut s'établir une séquence d'investissements menant le produit jusqu'au consommateur. Cette séquence est néanmoins très différente pour les expressions non signifiantes, les logiciels qui opèrent des systèmes techniques dont ils sont complémentaires, et pour les formes signifiantes dont la circulation sociale engendre des externalités des deux sens. C'est ici qu'intervient l'institution des marques.

L'articulation entre copyright et marques — qu'on appellera ici éditoriales car elles contribuent à l'élaboration du sens — structure l'ensemble des industries de medias. L'édition, au sens de la publication de formes signifiantes, s'est, de tout temps, servie des marques d'auteur pour

diffuser des produits. Les nègres de Jules César, d'Alexandre Dumas, de Jack London (Sinclair Lewis) ont écrit pour les marques d'auteur sous lesquelles leurs textes ont circulé. Les studios d'Hollywood ont inventé le *star system,* la marque éditoriale de l'acteur, autant pour créer que pour vendre des produits. Jadis intégrée dans le processus de production — les studios engageaient les acteurs sur des contrats à long terme —, celle-ci est désormais un actif autonome coté au jour le jour sur le marché des talents[23]. Témoins de cette désintégration, les toiles de Warhol, allégories d'une fabrique de la célébrité (*The Factory*), mettent en abîme les marques engendrées par les médias.

L'originalité des marques éditoriales est que, certes, en abaissant les coûts de recherche, en restreignant la sélection adverse, elles réduisent les coûts de transaction de la circulation des œuvres. Mais aussi et surtout, qu'elles ajoutent du sens à l'expression proprement dite par la connotation des noms, des symboles qu'elles introduisent.

Si l'on appelle médias les industries du sens ayant en charge la diffusion publique d'expressions signifiantes et internalisant les effets de leur circulation, force est de constater que le copyright et les marques y sont indissociablement liés. Car le rôle industriel des médias n'est pas tant de financer, assembler et diffuser sur des supports *ad hoc* des expressions signifiantes, que de filtrer, nommer, éclairer, labelliser « qui parle », et de bâtir autour de ces signaux des marques connotatives enrichissant le sens et abaissant les coûts de transaction. Les médias créent des marques qui deviennent le support symbolique de l'expression grâce auquel « l'œuvre » acquiert à la fois son statut signifiant et sa dimension publique ou commerciale. Cette *opération* — la transformation de l'expression en *œuvre*, identifiée comme telle par le consommateur — est le cœur du métier industriel des médias. Ainsi, n'importe quelle figure de la scène médiatique ou politique — déjà *opérée*, *autorisée* par un média — dispose d'une marque éditoriale susceptible de s'exprimer sur un nouveau support. Celui-ci connotera l'expression qui circulera, dès lors, armée d'un nouvelle caution.

Au plan économique, ce mécanisme crée des dynamiques concurrentielles originales puisque aussitôt qu'un auteur peut être identifié, celui-ci devient le détenteur de sa marque dont il va gérer, avec des marques tierces et complémentaires, l'actif sémantique, le pouvoir signifiant et prescripteur. Dit autrement, il existe entre marques éditoriales des externalités croisées très puissantes, aussi imprévisibles que les marchés des œuvres, et que les contrats des industries créatives (Caves 2000) s'efforcent d'internaliser. Ces externalités tiennent, d'une part, à la dimension connotative des marques par laquelle l'ajout du sens — la connotation — crée une valeur ajoutée commerciale, non quantifiable *a priori*. Et, d'autre part, à l'effet de long terme sur la valeur d'une marque individuelle (d'auteur, d'acteur, d'artiste…) que peut produire un

[23] Caves (2000) page 89.

succès financé par un éditeur. Si un tel succès rapporte ponctuellement à l'éditeur, il n'en capture pas, sauf à l'avoir dûment anticipé, l'externalité qu'est la valorisation de la marque d'auteur. L'intégration verticale des studios de Hollywood dans l'exploitation du *star system* a, semble-t-il, constitué une forme d'internalisation efficace de ces externalités croisées. Plus généralement, les grandes firmes de médias, les studios, les majors, sont, à coup sûr, celles qui conduisent au mieux cette internalisation.

Au plan juridique, la marque d'auteur se justifie d'autant mieux qu'elle satisfait à la règle de possession, i.e. qu'elle s'appose à un produit ayant déjà donné lieu à transaction commerciale[24]. Qu'on l'appelle droit moral, droit à l'image, ou droit des marques, il s'agit d'un actif dont la valeur s'éprouve dans le sens qu'elle apporte au produit. Les industries de médias, de la musique aux évènements sportifs en passant par l'audiovisuel, les arts plastiques et la littérature, suscitent et internalisent non seulement par le copyright et ses droits voisins, mais aussi par le droit des marques — jusques et y compris celles de leurs sponsors — , les externalités positives et négatives de la circulation du sens.

Questions ouvertes sur l'économie du copyright

Ces quelques remarques interpellent autant l'économie que le droit de la propriété intellectuelle.

Elles suggèrent d'abord, que contrairement à ce que l'économie du copyright soutient depuis Arnold Plant (1934), les externalités des expressions signifiantes sont tantôt positives et tantôt négatives, et que la propriété les internalise symétriquement. Ainsi donc, l'enjeu du copyright n'est-il pas tant le champ de l'exclusivité sémantique, territoriale et temporelle du droit de copie, que la possibilité de bâtir sur celui-ci des actifs de signalisation. Laquelle est à la fois connotative, homogène, extensive à l'expression elle-même, et transactionnelle, facilitant la recherche et la sélection.

Le second point est qu'il existe entre expressions et marques éditoriales des externalités croisées qui contribuent à la circulation du sens. Ces externalités sont déjà prises en compte dans la notion de *droit d'auteur* qui, à la différence du *copyright*, associe l'expression à son premier prescripteur. Dans l'univers dématérialisé, ces externalités sont internalisées par l'industrie des médias dont la fonction est de structurer le sens des expressions publiques en sorte d'en accroître l'utilité sociale. Le poids économique des marques éditoriales devient d'autant plus fort que les barrières physiques à la circulation des signes ont pratiquement disparu.

Ces deux facteurs expliquent les tensions existant autour de la durée de validité du copyright et des droits voisins. Selon qu'on impute au copyright, *a fortiori* au droit d'auteur, une fonction

[24] Landes et Posner (2003) insistent sur le fait qu'aux Etats-Unis une marque ne peut être déposée que si elle signe un produit déjà commercialisé. *First-possesion rule*. Page 179-186.

d'incitation à la création d'expressions nouvelles, ou, au contraire, au renforcement de marques éditoriales, elles aussi signifiantes, discriminantes et socialement utiles, on alignera la durée du copyright et des droits voisins tantôt sur celle de la vie de l'auteur, tantôt sur celle des marques connotatives. Les positions de Liebowitz et Margolis (2004) sur le bien-fondé de l'extension du copyright, ou de Landes et Posner (2002) sur le copyright renouvelable reconnaissent implicitement le poids des marques éditoriales dans l'économie du copyright.

En outre, une part significative des débats sur l'économie du copyright porte sur le choix de ses titulaires. Qu'il s'agisse du choix du titulaire dans le copyright et le droit d'auteur, ou de celui entre gestion exclusive et gestion collective de droits de licence, ils sont généralement présentés comme visant à minimiser les coûts de transaction des droits. L'éclairage par le droit et l'économie des marques des garanties accordées à l'auteur — du droit moral — explique la convergence entre ces deux institutions. Quant à la gestion collective des droits, si elle permet dans certains cas d'abaisser leurs coûts de transaction, elle peut aussi dissuader d'engager des investissements de signalisation ayant la même fonction.

Enfin, dans le débat sur les œuvres orphelines dont il est reproché aux ayants droit d'être inconnus d'éventuels éditeurs, empêchant ainsi le grand public d'avoir accès aux œuvres, il faut s'interroger sur la question des marques éditoriales. Hal Varian (2007), chef économiste de Google, propose sur ce point d'octroyer aux éditeurs potentiels une dérogation les dispensant de peine pour infraction au copyright, si ceux-ci font la preuve d'efforts de recherche des ayants droit. Une telle règle instituerait une exception au principe d'accord préalable des ayants droit qui fonde la dynamique des marques éditoriales. Il faut cependant s'interroger sur la portée sociale réelle des œuvres orphelines. Car, ou bien leurs auteurs sont totalement inconnus et le nouvel éditeur aura peu de bénéfice à les diffuser sans signalisation, ou bien les droits sont déjà exploités par d'autres éditeurs, lesquels, ayant investi dans une marque éditoriale, perdront leur exclusivité faute d'ayants droit identifiés. Les effets d'une telle dérogation, fragilisant le catalogue des créateurs de marques, ne sont pas forcément bénéfiques.

A l'ère de la dématérialisation des médias, l'adjonction des effets économiques dus aux marques éditoriales à ceux induits par le copyright relance de manière très stimulante la recherche sur l'économie de ces institutions.

Bibliographie

Kenneth J. Arrow, Economic welfare and allocation of resources for invention », in R.Nelson (ed), The rate and direction of inventive activity. Princeton University Press, Princeton, NJ, USA, 1962.

Gabrielle Berthoud, *Antoine Marcourt, réformateur et pamphlétaire, du Livre des marchans aux Placards de 1534*. Genève, Droz, 1973.

Raymond Birn, *La Censure royale des livres dans la France des Lumières*, Odile Jacob, Paris, 2007.

Mark Blaug, « Why did Schumpeter neglect intellectual property rights ? », *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2005, vol. 2(1), pp. 69-74

Olivier Bomsel, *L'économie immatérielle. Industries et marchés d'expériences.* Gallimard, Paris, 2010.

Richard Caves, *Creative Industries : contracts between art and commerce*. Harvard University Press, 2000.

Harold Demsetz, «Toward a Theory of Property Rights», *The American Economic Review*, vol. 57, no 2, mai 1967, p. 347-359.

Steve Jobs, « Folks Who Want Porn Can Buy An Android Phone », Huffington Post, 20 Avril 2010.

Naomi Klein, *No logo : Taking aim and the brand bullies*, Picador, 2000.

Bertrand Jullien, *Le détour et l'accès, Stratégie du sens en Chine, en Grèce*. Grasset, Paris, 1995.

William M. Landes et Richard A. Posner, « Infinitely renewable copyright », John Olin Law & Economics working paper N°154, (2e séries) 11-15, 2002.

William M. Landes et Richard A. Posner, *The Economic structure of Intellectual property Law, Belknap*, Harvard, 2003.

Harvey Leibenstein « Bandwagon, Snob and Veblen effects in the Theory of Consumer's demand. » *The Quarterly Journal of Economics*, mai 1950.

Stanley Liebowitz et Stephen Margolis « Network effects », dans *Handbook of Telecommunication Economics*, sous la direction de Martin Cave et alii, North Holland, Elsevier, 2002.

Stanley Liebowitz et Stephen Margolis « Seventeen famous economists weigh in on copyright : the role of theory, empirics and network effects», Working Paper, Janvier 2004.

John Stuart Mill *Systèmes de logique inductive et déductive*, Livre I, Chapitre II, §5. Londres, 1843. Ed. française, Mardaga, 1988.

Arnold Plant, « The economic aspects of copyright in books », 1 Economica, 167, 1934.

Paul Ryan : « Australia to spend $189 million on anti-porn tech initiative », Ars Technica, 14 Août 2007.

Paul Starr, *The Creation of the Media*, Basic Books, New York, 2004.

Hal Varian et Carl Shapiro, *Information Rules*, Harvard Business Press, 1998.

Hal R. Varian, « Copyright term extension and orphan works », *Industrial and Corporate change*, Printemps 2007.

Richard Watt, *Copyright and Economic theory, Friends or foes ?,* Edward Elgar, Northampton, Ma, USA, 2000.