

# Culture Libre

Lawrence Lessig

Petter Reinholdtsen

Oslo

Culture libre : comment les médias utilisent la technologie et la loi pour verrouiller la culture et contrôler la créativité / Lawrence Lessig.

Copyright © 2004 Lawrence Lessig. Droits réservés.

<http://free-culture.cc/>

Publié en 2015. Première publication en 2004 par The Penguin Press.

L'édition norvégienne Bokmål et française est publiée par Petter Reinholdtsen avec l'aide de nombreux volontaires.

Mis en forme avec dblatex utilisant la fonte Crimson Text.

Extrait d'un éditorial titré « The Coming of Copyright Perpetuity », *The New York Times*, 16 janvier 2003. Copyright © 2003 du The New York Times Co. Réimprimé avec permission.

Dessin de la figure 10.18 (p. 134) de Paul Conrad, copyright Tribune Media Services, Inc.  
Tout droit réservé. Réimprimé avec permission.

Schéma de la figure 10.19 (p. 137) autorisation du commissaire du bureau du FCC, Michael J. Copps.

Couverture créée par Petter Reinholdtsen avec inkscape.

Les citations sur la couverture viennent de <http://free-culture.cc/jacket/>.

Le portrait sur la couverture a été créé en 2013 par ActuaLitté et sous licence Creative Commons Attribution-ShareAlike 2.0. Obtenu à partir de l'URL  
[https://commons.wikimedia.org/wiki/File%3ALawrence\\_Lessig\\_\(11014343366\)\\_cropped.jpg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File%3ALawrence_Lessig_(11014343366)_cropped.jpg).

Classifications :

(Dewey) 306.4, 306.40973, 306.46, 341.7582, 343.7309/9

(UDK) 347.78

(Bibliothèque du Congrès des USA) KF2979.L47 2004

(ACM CRCS) K.4.1

L'impression a été sponsorisée par la fondation NUUG,  
<http://www.nuugfoundation.no/>.

Inclut un index.

Le fichier source au format DocBook est disponible au lien <https://github.com/petterreinholdtsen/free-culture-lessig>. Merci de signaler à cette URL tout problème concernant ce livre.



Ce livre est sous licence Creative Commons. Cette licence permet une utilisation non commerciale de cette œuvre, à la condition de signaler les attributions de l'œuvre. Pour plus d'informations concernant la licence, voir <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/1.0/>.

Format / MIME-type	ISBN
Diffusion US par lulu.com	978-82-690182-6-4
application/pdf	978-82-690182-7-1
application/epub+zip	978-82-690182-8-8

## Du même auteur

- *The USA is lesterland : The nature of congressional corruption* (2014)
- *Republic, lost : How money corrupts Congress - and a plan to stop it* (2011)
- *Remix : Making art and commerce thrive in the hybrid economy* (2008)
- *Code: Version 2.0* (2006)
- *The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World* (2001)
- *Code: And Other Laws of Cyberspace* (1999)



À Eric Eldred — dont l'œuvre m'a amené en premier à cette cause, et pour qui elle continue.



# Table des matières

<b>Introduction</b>	<b>15</b>
<b>I « Piratage »</b>	<b>25</b>
Créateurs	29
« Simples copistes »	37
Catalogues	49
« Pirates »	53
Cinéma . . . . .	53
Musique enregistrée . . . . .	54
Radio . . . . .	56
Télévision par câble . . . . .	57
« Piratage »	61
Piratage I . . . . .	61
Piratage II . . . . .	64
<b>II « Propriété »</b>	<b>75</b>
Fondateurs	79
Enregistreurs	87
Transformateurs	91
Collectionneurs	97
« Propriété »	103
Pourquoi Hollywood a raison . . . . .	108
Débuts . . . . .	113
Loi : durée . . . . .	114
Loi : portée . . . . .	117
Loi et Structure : atteinte . . . . .	119
Structure et Loi : force . . . . .	125
Marché : Concentration . . . . .	136
Ensemble . . . . .	140
<b>III Casse-têtes</b>	<b>145</b>
Chimères	147
Dommages	151
Contraindre les créateurs . . . . .	151
Contraindre les innovateurs . . . . .	154
Corrompre les citoyens . . . . .	162

<b>IV Équilibres</b>	<b>169</b>
<b>Eldred</b>	<b>173</b>
<b>Eldred II</b>	<b>199</b>
<b>Conclusion</b>	<b>205</b>
<b>Postface</b>	<b>215</b>
Nous, maintenant . . . . .	215
Reconstruire les libertés autrefois présumées acquises : exemples	216
Reconstruire la culture libre : une idée . . . . .	220
Eux, bientôt . . . . .	223
1. Davantage de formalités . . . . .	223
Enregistrement et renouvellement . . . . .	224
Marquage . . . . .	225
2. Une durée plus courte . . . . .	226
3. Usage libre contre usage loyal . . . . .	227
4. Libérer la musique, à nouveau . . . . .	229
5. Virer beaucoup d'avocats . . . . .	234
<b>Notes</b>	<b>237</b>
<b>Remerciements</b>	<b>255</b>
<b>À propos de cette édition</b>	<b>257</b>
<b>Index</b>	<b>258</b>

## À propos de l'auteur

LAWRENCE LESSIG (<http://www.lessig.org>), professeur de droit et John A. Wilson Distinguished Faculty Scholar à la Faculté de droit de Stanford, est le fondateur du Stanford Center for Internet and Society et est le président de l'association Creative Commons (<http://creativecommons.org>). Auteur de *The Future of Ideas* (Random House, 2001) et de *Code : And Other Laws of Cyberspace* (Basic Books, 1999), Lessig est un membre du comité de la Public Library of Science, de l'Electronic Frontier Foundation, et de Public Knowledge. Il a été le lauréat du prix de la Free Software Foundation pour le progrès du logiciel libre, a été mentionné deux fois dans *BusinessWeek* « e.biz 25 », et a figuré parmi les cinquante « visionnaires » de *Scientific American*. Diplômé de l'Université de Pennsylvanie, de Cambridge et de Yale Law School, Lessig a été greffier pour le juge Richard Posner de la Septième Cour d'Appel des États-Unis.



## Préface

À la fin de sa critique de mon premier livre, *Code : And Other Laws of Cyberspace*, David Pogue, un brillant auteur de nombreux textes informatiques et techniques, écrivait :

Contrairement à la loi véritable, Internet n'a pas la capacité de punir. Il ne touche pas les gens qui ne sont pas en ligne (et seule une petite minorité de la population mondiale l'est). Et si vous n'aimez pas Internet, vous pouvez toujours éteindre le modem<sup>1</sup>.

Pogue était sceptique vis-à-vis de l'argument principal du livre, à savoir que le logiciel, ou le « code », fonctionne comme une sorte de loi. Sa critique suggérait l'heureuse idée que si la vie dans le cyberspace tournait mal, nous pouvions toujours actionner l'interrupteur, et « abracadabra ! » être de retour à la maison. Coupons le modem, débranchons l'ordinateur, et tout problème existant dans cet espace cesse de nous « toucher ».

Pogue avait peut-être raison en 1999. Je suis sceptique, mais peut-être. Mais quand bien même il aurait eu raison à l'époque, ce n'est plus le cas aujourd'hui : *Culture Libre* traite des problèmes causés par Internet même une fois que le modem est éteint. Ce livre démontre comment les batailles qui font rage aujourd'hui concernant la vie en ligne affectent fondamentalement ceux « qui ne sont pas en ligne ». Il n'y a plus d'interrupteur pour nous isoler des effets d'Internet.

Mais contrairement à *Code*, le sujet de ce livre n'est pas tellement Internet en soi. Le sujet en est plutôt les effets d'Internet sur une de nos traditions, qui est bien plus fondamentale et, aussi difficile à admettre que ce soit pour certains passionnés d'informatique et de technologies, bien plus importante.

Cette tradition, c'est la manière dont notre culture est créée. Comme je l'explique dans les pages qui suivent, nous venons d'une tradition de « culture libre » : non pas libre au sens de gratuit, pour reprendre la phrase du fondateur du logiciel libre<sup>2</sup>, mais « libre » comme dans « expression libre », « marchés libres », « commerce libre », « libre entreprise », « libre volonté », et « élections libres ». Une culture libre protège et soutient les créateurs et les innovateurs. Elle le fait d'une manière directe, en accordant des droits de propriété intellectuelle. Mais elle le fait aussi indirectement, en limitant la portée de ces droits, pour garantir que les nouveaux créateurs restent *aussi libres que possible* d'un contrôle du passé. Une culture libre n'est pas une culture sans aucune propriété, pas plus qu'un marché libre n'est un marché dans lequel tout est gratuit. Le contraire d'une culture libre est une « culture de permis-

sions » : une culture au sein de laquelle les créateurs peuvent créer uniquement avec la permission des puissants, ou des créateurs du passé.

Si nous comprenions ce changement, je pense que nous nous y opposerions. Non pas « nous » à gauche, ou « vous » à droite, mais nous tous qui ne sommes pas actionnaires de ces industries de la culture qui ont caractérisé le vingtième siècle. Que vous soyez de gauche ou de droite, si vous êtes, en ce sens, désintéressés, alors l'histoire que je raconte ici va vous déranger. Car les changements que je décris touchent à des valeurs que les deux bords de notre culture politique tiennent pour fondamentales.

Nous avons eu un aperçu de cette union sacrée au début de l'été 2003. Lorsque la FCC envisagea d'assouplir la réglementation qui limite la concentration des médias, une coalition extraordinaire se mit en place, et la FCC reçut plus de 700.000 lettres de protestation contre ce changement. Lorsque William Safire se décrivit défilant « mal à l'aise, au côté du mouvement des Femmes en Rose pour la Paix et de la National Rifle Association, entre la libérale Olympia Snowe et le conservateur Ted Stevens », il eut une formule simple pour décrire ce qui était en jeu : la concentration du pouvoir. Il demanda :

Ceci vous paraît-il anti-conservateur ? Pas à moi. Les conservateurs devraient jeter l'anathème contre la concentration du pouvoir, qu'il soit politique, d'entreprise, médiatique, culturel. La diffusion du pouvoir jusqu'à l'échelon local, encourageant ainsi la participation individuelle, est l'essence même du fédéralisme et la plus grande expression de la démocratie<sup>3</sup>.

Cette idée est un élément de l'argumentation de *Culture Libre*. Cependant, mon sujet n'est pas juste la concentration du pouvoir qui résulte d'une concentration de la propriété, mais plutôt, peut-être parce que c'est moins visible, la concentration du pouvoir qui résulte d'un changement radical dans la portée pratique de la loi. La loi est en train de changer ; ce changement modifie la façon dont notre culture est créée. Ce changement devrait vous inquiéter, que vous vous intéressiez à Internet ou non, et que vous soyez à droite ou à gauche de Safire.

Le titre et la plus grande partie de mon argumentation sont inspirés du travail de Richard Stallman et de la Free Software Foundation. A vrai dire, quand je relis le travail de Stallman, et plus particulièrement les essais dans *Free Software, Free Society*, je me rends compte que toutes les idées théoriques que je développe ici sont des idées que Stallman a décrites voilà des décennies. Il serait donc légitime d'affirmer que ce travail est un « simple » travail dérivé.

J'accepte cette critique, si vraiment c'en est une. Le travail d'un juriste est toujours un travail dérivé, et je ne veux rien faire d'autre dans ce livre que de rappeler à une culture une tradition qui a toujours été la sienne. Comme Stallman, je défends cette tradition sur la base de valeurs. Comme Stallman, je crois que ces valeurs sont celles de la liberté. Et comme Stallman, je crois que ces valeurs, héritées de notre passé, vont avoir besoin d'être défendues à l'avenir. Notre passé a connu une culture libre ; notre avenir n'en connaîtra une que si nous changeons le chemin que nous sommes en train d'emprunter

aujourd'hui. Comme les arguments de Stallman pour le logiciel libre, le plaidoyer pour une culture libre achoppe sur une confusion qui est difficile à éviter, et même encore plus difficile à comprendre. Une culture libre n'est pas une culture sans propriété ; ce n'est pas une culture dans laquelle les artistes ne sont pas payés. Une culture sans propriété, ou dans laquelle les créateurs ne pourraient pas être payés, serait l'anarchie, et non pas la liberté. Et mon propos n'est pas de plaider pour l'anarchie.

Au contraire, la culture libre que je défends dans ce livre est un équilibre entre anarchie et contrôle. Une culture libre, comme un marché libre, est pleine de propriété. Elle est pleine de règles de propriété, et de contrats, que les pouvoirs publics doivent faire respecter. Mais tout comme un marché libre est perverti quand sa propriété devient féodale, de même une culture libre peut être dévoyée par un extrémisme des règles de propriété qui la définissent. C'est ce que je crains pour notre culture aujourd'hui. C'est contre cet extrémisme que ce livre est écrit.



## Introduction

**Le 17 décembre** 1903, sur une plage venteuse de Caroline du Nord, en un peu moins de cent secondes, les frères Wright démontrèrent qu'un véhicule autopropulsé plus lourd que l'air pouvait voler. Le moment fut électrique et son importance largement comprise. Presque immédiatement, cette technologie nouvelle du vol habité suscita une explosion d'intérêt, et une nuée d'innovateurs se mirent à l'améliorer.

À l'époque où les frères Wright inventaient l'avion, la loi américaine stipulait que le propriétaire d'un terrain était non seulement propriétaire de la surface de son terrain, mais de tout le sous-sol, jusqu'au centre de la Terre, et de tout l'espace au-dessus, « jusqu'à l'infini »<sup>4</sup>. Depuis des années, les érudits s'étaient demandés comment interpréter au mieux l'idée que des droits de propriété terrestres puissent monter jusqu'aux cieux. Cela signifiait-il que vous possédiez les étoiles ? Pouviez-vous poursuivre les oies en justice, pour violations de propriété, délibérées et répétées ?

Puis vinrent les avions et, pour la première fois, ce principe de la loi américaine — profondément ancré dans notre tradition, et reconnu par les plus importants juristes de notre passé — prenait de l'importance. Si ma terre s'étend jusqu'aux cieux, qu'advient-il quand un avion d'United Airlines survole mon champ ? Ai-je le droit de lui interdire ma propriété ? Ai-je le droit de mettre en place un accord d'autorisation exclusive au profit de Delta Airlines ? Pouvons-nous organiser des enchères pour déterminer la valeur de ces droits ?

En 1945, ces questions donnèrent lieu à un procès fédéral. Quand des fermiers de Caroline du Nord, Thomas Lee et Tinie Causby commencèrent à perdre des poulets à cause d'avions militaires volant à basse altitude (apparemment, les poulets terrorisés se jetaient contre les murs du poulailler et en mouraient), ils portèrent plainte au motif que le gouvernement violait leur propriété. Bien entendu, les avions n'avaient jamais touché la surface du terrain des Causby. Mais si, comme l'avaient déclaré en leur temps Blackstone, Kent et Coke, leur terrain s'étendait « vers le haut jusqu'à l'infini », alors le gouvernement commettait une violation de propriété, et les Causby voulaient que cela cesse.

La Cour suprême accepta d'entendre le cas des Causby. Le Congrès avait déclaré les voies aériennes publiques. Mais si le droit de propriété s'étendait réellement jusqu'aux espaces célestes, alors la déclaration du Congrès pouvait très bien être anticonstitutionnelle, car elle constituait une « expropriation » sans dédommagement. La Cour reconnut que « selon l'ancienne doctrine les droits de propriété foncière s'étendent jusqu'à la périphérie de l'univers ».

Mais le Juge Douglas n'avait pas la patience d'écouter l'ancienne doctrine. En un simple paragraphe adressé à la Cour, il annula des centaines d'années de droit foncier :

[La] doctrine n'a pas sa place dans le monde moderne. L'espace aérien est public, comme l'a déclaré le Congrès. Si ce n'était pas vrai, n'importe quel opérateur de vols transcontinentaux serait exposé à des plaintes sans nombre, pour violation de propriété. Le sens commun se révolte à cette idée. Donner raison à des revendications privées sur l'espace aérien entraînerait une paralysie des lignes aériennes, compromettrait profondément leur développement et leur contrôle dans l'intérêt public, et reviendrait à privatiser un bien qui a vocation à être public<sup>5</sup>.

« Le sens commun se révolte à cette idée. » C'est comme ça que la loi fonctionne en général. Pas souvent de façon aussi abrupte et impatiente, mais en définitive, c'est comme ça qu'elle fonctionne. C'était le style de Douglas de ne pas tergiverser. D'autres juges auraient noirci des pages et des pages pour arriver à la même conclusion, que Douglas fit tenir en une seule ligne : « le sens commun se révolte à cette idée ». Mais qu'elle tienne en quelques mots ou en plusieurs pages, le génie particulier d'un système de droit commun comme le nôtre est que la loi s'adapte aux technologies de son époque. Et en s'adaptant, elle change. Des idées qui un jour semblent solides comme le roc sont friables le lendemain.

Ou du moins, c'est ainsi que les choses se passent quand il n'y a personne de puissant pour s'opposer au changement. Les Causby n'étaient que des fermiers. Et bien qu'il y eut sans doute beaucoup de gens fâchés comme eux par le trafic aérien naissant (on espère quand même que peu de poulets se jetaient contre les murs), tous les Causby du monde auraient eu beaucoup de mal à s'unir et à arrêter l'idée et la technique que les frères Wright avaient fait naître. Les frères Wright avaient ajouté l'avion au pot commun technologique ; le concept se répandit comme un virus dans un poulailler ; les fermiers comme Causby se trouvèrent brutalement confrontés à « ce qui semblait raisonnable » étant donné la technologie inventée par les Wright. Ils pouvaient à loisir, debout dans leurs fermes, poulets morts à la main, menacer du poing ces nouvelles technologies. Ils pouvaient alerter leurs élus, ou même aller en justice. Mais en fin de compte, la force de « l'évidence » — le pouvoir du « bon sens » — allait l'emporter. Il n'était pas possible de permettre que leur intérêt « privé » nuise à un intérêt public évident.

**Edwin Howard Armstrong** est un des inventeurs géniaux oubliés de l'Amérique. Il entra sur la scène des grands inventeurs américains juste après des géants comme Thomas Edison et Alexandre Graham Bell. Mais son travail dans le domaine de la technique radiophonique fut peut-être, de celle de tous les inventeurs individuels, la plus importante des cinquante premières années de la radio. Il avait reçu une meilleure instruction que Michael Faraday, qui avait découvert en 1831 l'induction électrique alors qu'il était apprenti-relieur. Mais il avait la même intuition au sujet de la manière dont les ondes radio fonctionnaient et, en trois occasions au moins, Armstrong inventa des

technologies extrêmement importantes qui firent avancer notre compréhension de la radio.

Au lendemain de Noël 1933, quatre brevets furent accordés à Armstrong pour son invention la plus importante : la radio FM. Jusque là, les radios grand public émettaient en modulation d'amplitude (AM). Les théoriciens de l'époque avaient déclaré que la radio en modulation de fréquence (FM) ne pourrait jamais fonctionner. Ils avaient raison pour la radio FM dans une bande étroite de fréquences. Mais Armstrong découvrit que la radio à modulation de fréquence dans une large bande de spectre délivrait un son d'une fidélité étonnante, avec beaucoup moins de parasites, et nécessitait bien moins de puissance d'émission.

Il fit une démonstration de cette technologie le 5 novembre 1935, au cours d'une réunion de l'Institut des Ingénieurs Radio, à l'Empire State Building de New York. Il tourna le bouton de réglage de la radio, captant au passage une multitude d'émission AM, jusqu'à ce qu'il trouve l'émission qu'il avait préparée, l'émetteur étant situé à vingt-sept kilomètres de là. La radio se fit tout à fait silencieuse, comme si le poste était mort, et alors, avec une clarté que personne dans la pièce n'avait jamais entendue venant d'un appareil électrique, elle reproduisit la voix d'un animateur : « Ici la radio amateur W2AG à Yonkers, New York, émettant en modulation de fréquence à deux mètres cinquante. »

L'auditoire entendit alors ce que personne n'avait cru possible :

On versa un verre d'eau à Yonkers, devant le microphone : le bruit ressemblait à celui de l'eau qui coule. [...] On froissa et déchira une feuille de papier : le bruit fut celui du papier, et non le grésillement d'un feu de forêt. [...] On passa un disque des marches de Sousa, et on joua un solo de piano et un air de guitare. [...] La musique se répandit avec une clarté rarement, voire jamais entendue venant d'une « boîte à musique » radiophonique<sup>6</sup>.

Comme nous le suggère notre bon sens, Armstrong avait découvert une technologie de radio très supérieure. Mais à l'époque de son invention, Armstrong travaillait pour la RCA. La RCA était alors l'acteur dominant du marché alors dominant de la radio AM. Vers 1935, il existait un millier de stations de radio à travers les États-Unis, mais les stations des grandes villes appartenaient toutes à une poignée de réseaux.

Le directeur de la RCA, David Sarnoff, un ami d'Armstrong, voulait qu'Armstrong trouve un moyen de supprimer les parasites de la radio AM. Il fut donc fort enthousiasmé quand celui-ci lui annonça qu'il avait un système pour supprimer les parasites de la « radio ». Mais quand Armstrong lui montra son invention, Sarnoff ne fut pas content.

Je pensais qu'Armstrong allait inventer une sorte de filtre pour enlever les parasites de notre radio AM. Je ne pensais pas qu'il allait lancer une révolution : démarrer une fichue nouvelle industrie qui entrerait en concurrence avec la RCA<sup>7</sup>.

L'invention d'Armstrong menaçait l'empire de la RCA, et la firme entreprit d'étouffer la radio FM. La FM était peut-être une technologie supérieure, mais Sarnoff était un tacticien supérieur. Comme le décrit un auteur,

Les atouts de la FM, essentiellement d'ordre technique, ne faisaient pas le poids face aux efforts des marchands, bureaux de brevets et cabinets d'avocats, pour éloigner cette menace contre l'industrie dominante. Car la FM, si on la laissait se développer librement, impliquait [...] un bouleversement des rapports de force au sein de la radio [...] et à long terme l'abandon du système soigneusement contrôlé de radio AM, grâce auquel la RCA avait bâti son empire<sup>8</sup>.

Au début, la RCA confina la technologie au sein de l'entreprise, en insistant sur le fait qu'il était nécessaire de faire des expériences supplémentaires. Quand, après deux ans de tests, Armstrong s'impatienta, la RCA commença à utiliser son pouvoir auprès du gouvernement pour bloquer le déploiement de la radio FM dans son ensemble. En 1936, la RCA engagea l'ancien directeur de la FCC, avec pour mission de faire en sorte que la FCC attribuerait les fréquences de manière à castrer la FM, essentiellement en déplaçant la radio FM vers une bande différente du spectre. Au début, ces efforts échouèrent. Mais quand l'attention d'Armstrong et celle de la nation furent détournées par la seconde guerre mondiale, le travail de la RCA commença à porter des fruits. Peu après la fin de la guerre, la FCC annonça un ensemble de mesures clairement destinées à paralyser la radio FM. Comme Lawrence Lessing le décrivit :

La série de coups qu'a reçus la radio FM juste après la guerre, sous forme de règlements dictés, à travers la FCC, par les intérêts des grandes maisons de radio, étaient d'une force et d'un caractère retors incroyables<sup>9</sup>.

Afin de faire libérer des fréquences pour le dernier pari de la RCA, la télévision, les utilisateurs de la radio FM allaient être déplacés vers une bande de fréquences totalement nouvelle. Il fallut aussi diminuer la puissance des émetteurs radio FM, ce qui signifiait qu'on ne pouvait plus utiliser la FM pour radiodiffuser d'un bout à l'autre du pays. (Ce changement fut très fortement soutenu par AT&T, parce que la perte d'émetteurs relais FM impliquait que les stations de radio auraient à acheter des liaisons filaires à AT&T.) La progression de la radio FM fut ainsi étouffée, du moins provisoirement.

Armstrong résista aux efforts de la RCA. En réponse, la RCA résista aux brevets d'Armstrong. Après avoir incorporé la technologie FM dans les standards émergents de la télévision, la RCA déclara les brevets invalides, sans raison, et presque quinze ans après leur dépôt. L'entreprise refusa donc de lui payer des royalties. Pendant six ans, Armstrong livra une coûteuse guerre légale pour défendre ses brevets. Finalement, juste au moment où les brevets expiraient, la RCA proposa de transiger pour une somme si faible qu'elle ne couvrait même pas les frais d'avocats d'Armstrong. Défait, brisé, et désormais ruiné, Armstrong écrivit en 1954 un court billet à sa femme, et se donna la mort en se jetant par la fenêtre du treizième étage.

C'est ainsi que la loi fonctionne parfois. Pas souvent de manière aussi tragique, et rarement accompagnée d'histoires héroïques, mais parfois c'est ainsi qu'elle fonctionne. Depuis toujours, le gouvernement et ses agences ont fait l'objet de détournements. Ceci a plus de chance de se produire si des intérêts puissants se trouvent menacés par des changements légaux ou techniques. Ces intérêts puissants, trop souvent, exercent leur influence au sein du gouvernement pour obtenir sa protection. Bien sûr, la rhétorique excusant cette protection est toujours inspirée par la défense de l'intérêt public ; la réalité est quelque peu différente. Des idées qui un jour semblent solides comme le roc, mais qui laissées à elles-mêmes se seraient effritées le lendemain, se maintiennent grâce à cette corruption subtile de notre processus politique. La RCA avait ce que les Causby n'avaient pas : le pouvoir de confisquer les effets du progrès technique.

**Internet n'a pas** été inventé par une seule personne. On ne peut pas non plus lui attribuer une date de naissance précise. Cependant, en très peu de temps, Internet est entré dans les mœurs américaines. D'après le « Pew Internet and American Life Project », 58 pour cent des américains avaient accès à Internet en 2002, contre 49 pour cent deux ans auparavant<sup>10</sup>. Ce nombre pourrait bien dépasser les deux tiers de la nation avant la fin 2004.

Au fur et à mesure qu'Internet s'est intégré à la vie ordinaire, il a changé certaines choses. Certains de ces changements sont d'ordre technique : Internet a rendu les communications plus rapides, rassembler des données est devenu moins coûteux, et ainsi de suite. Ces changements techniques ne sont pas le sujet de ce livre. Certes, ils sont importants. Certes, ils ne sont pas bien compris. Mais ils font partie des choses qui disparaîtraient si nous arrêtiions tout à coup d'utiliser Internet. Ils ne touchent pas les gens qui n'utilisent pas Internet, ou du moins, ils ne les touchent pas directement. Ils pourraient faire le sujet d'un livre sur Internet. Mais ceci n'est pas un livre sur Internet.

Le sujet de ce livre est plutôt un effet d'Internet, mais qui va au-delà d'Internet : un effet sur la façon dont la culture est élaborée. Ma thèse est qu'Internet a introduit dans ce processus un changement important, et dont nous n'avons pas encore pris conscience. Ce changement va transformer radicalement une tradition qui est aussi ancienne que notre République. La plupart des gens, s'ils avaient conscience de ce changement, le refuseraient. Cependant, la plupart ne voient même pas ce qu'Internet a changé.

Nous pouvons percevoir ce changement en distinguant culture commerciale et culture non commerciale, et en comparant les aspects légaux de chacune. Par « culture commerciale », j'entends cette partie de la culture qui est produite et vendue, ou qui est produite pour être vendue. Par « culture non commerciale », j'entends tout le reste. Quand un vieil homme s'asseyait autrefois dans un parc ou à un coin de rue pour raconter des histoires que les enfants (ou les adultes) consommaient, c'était de la culture non commerciale. Quand Noah Webster faisait publier son « Reader », ou Joel Barlow sa poésie, c'était de la culture commerciale.

Au début de notre histoire, et pour l'essentiel de notre tradition, la culture non commerciale a été non réglementée. Bien sûr, si vos histoires étaient obscènes, ou si votre chanson troublait l'ordre public, il était possible que la loi

intervienne. Mais la loi laissait cette culture « libre », et n'intervenait jamais directement dans sa création ou sa diffusion. Les moyens habituels par lesquels les citoyens ordinaires partageaient et transformaient leur culture (raconter des histoires, rejouer des scènes de théâtre ou de télévision, participer à des clubs d'amateurs, partager de la musique, enregistrer des cassettes) n'étaient pas réglementés.

La loi s'intéressait seulement à la création commerciale. Au début légèrement, puis d'une façon assez exhaustive, la loi a protégé les intérêts des créateurs, en leur accordant des droits exclusifs sur leurs créations, de façon à ce qu'ils puissent vendre ces droits sur un marché commercial<sup>11</sup>. Bien sûr, cela représente aussi une partie importante de la création culturelle, et cette partie est devenue de plus en plus importante en Amérique. Mais en aucun cas elle n'a été un élément dominant de notre tradition. Au contraire, ça n'était qu'une partie de notre culture, sous contrôle, et équilibrée par la partie libre.

Aujourd'hui, cette démarcation nette entre le libre et le « contrôlé » a disparu<sup>12</sup>. Internet a préparé le terrain à cette disparition, et avec l'appui des médias, la loi y a contribué. Pour la première fois dans notre tradition, les moyens habituels par lesquels les individus créent et partagent leur culture tombent sous le coup de la loi, qui a étendu son emprise à des pans entiers de la culture jusqu'ici libres de tout contrôle. La technologie, qui jusqu'ici avait préservé l'équilibre historique entre la culture libre et la culture nécessitant une « permission », a été défait. La conséquence est que notre culture est de moins en moins libre, et de plus en plus une culture de permissions.

On nous justifie ce changement comme nécessaire à la protection de la création commerciale. Et en effet, sa motivation est précisément le protectionnisme. Mais le protectionnisme qui justifie le changement que je décris plus loin n'est pas d'un genre limité et équilibré, comme celui qui caractérisait la loi dans le passé. Il ne s'agit pas d'un protectionnisme qui protège les artistes. C'est plutôt un protectionnisme qui permet de protéger certains secteurs d'activité. Certaines corporations, menacées par le potentiel qu'a Internet de changer la manière dont la culture, commerciale ou non, est produite et partagée, se sont unies pour inciter le législateur à les protéger. C'est l'histoire de la RCA et Armstrong ; c'est le rêve des Causby.

Car pour beaucoup de gens, Internet a libéré une possibilité extraordinaire, de participer à la création et à l'élaboration d'une certaine culture, qui rayonne bien au-delà des frontières locales. Cette possibilité a changé les conditions de création et d'élaboration de la culture en général, et ce changement menace les industries établies du contenu. Ainsi, Internet est aux fabricants et distributeurs de contenu du vingtième siècle ce que la radio FM fut à la radio AM, ou ce que le camion fût au chemin de fer du XIX<sup>e</sup> siècle : le début de la fin, ou du moins une transformation substantielle. Les technologies numériques, liées à Internet, pourraient générer un marché de la culture plus concurrentiel et plus dynamique ; ce marché pourrait accueillir des créateurs plus variés et plus nombreux. Ces créateurs pourraient proposer et distribuer des créations plus variées et plus nombreuses ; et, en fonction de quelques facteurs importants, ces créateurs pourraient, en moyenne, mieux gagner leur vie dans ce système qu'ils ne le font aujourd'hui — du moins si les RCA de

notre temps n'utilisent pas la loi pour se protéger de cette concurrence.

Cependant, comme je le montre dans les pages qui suivent, c'est exactement ce qui est en train de se produire dans notre culture aujourd'hui. Ces équivalents actuels des radios du début du vingtième siècle ou des chemins de fer du dix-neuvième siècle usent de leur influence pour que la loi les protège contre ces moyens nouveaux, plus efficaces, et plus dynamiques, de fabriquer la culture. Il sont en train de réussir à transformer Internet avant qu'Internet ne les transforme.

Beaucoup de gens ne voient pas les choses de cette manière. Les batailles au sujet du copyright et d'Internet leur semblent éloignées. Pour les rares personnes qui y prêtent attention, elles semblent surtout se résumer à de simples interrogations, à savoir : le « piratage » va-t-il être autorisé, et la « propriété » va-t-elle être protégée. La « guerre » qui a été engagée contre les technologies de l'Internet, et que Jack Valenti, le président de la Motion Picture Association of America (MPAA) appelle sa « guerre anti-terroriste personnelle »<sup>13</sup> a été présentée comme une bataille pour faire régner la loi et pour faire respecter la propriété. Pour savoir de quel côté se ranger dans cette guerre, il suffirait simplement de décider si nous sommes pour ou contre la propriété.

Si c'était vraiment là l'alternative, alors je serais du côté de Jack Valenti et de l'industrie du contenu. Moi aussi, je crois en la propriété, et particulièrement en l'importance de ce que M. Valenti appelle poétiquement la « propriété des créations ». Je crois que le « piratage » est mauvais, et que la loi, intelligemment écrite, devrait punir le « piratage », que ce soit sur Internet ou ailleurs.

Mais ces idées simples cachent une question bien plus fondamentale et un changement bien plus important. Ma crainte est que, à moins que nous n'arrivions à comprendre ce changement, la guerre pour débarrasser le monde des « pirates » d'Internet ne débarrasse aussi notre culture de certaines valeurs qui ont fondé notre société depuis ses débuts.

Ces valeurs ont fondé une tradition qui, pendant les 180 premières années de notre République au moins, a garanti aux créateurs le droit de s'inspirer librement du passé, et a protégé créateurs et innovateurs du contrôle de l'État ou d'un contrôle privé. Le Premier Amendement (NdT : de la Constitution) protège les créateurs du contrôle de l'État. Et comme le démontre avec force le professeur Neil Netanel<sup>14</sup>, la loi sur le copyright, bien équilibrée, protège les créateurs du contrôle privé. Notre tradition n'est donc ni soviétique, ni une tradition de patrons. Au contraire, elle a délimité un large espace au sein duquel les créateurs ont pu élaborer et étendre notre culture.

Cependant la loi, en cherchant à réagir aux changements technologiques liés à Internet, a répondu par une augmentation massive de la réglementation sur la création en Amérique. Pour nous inspirer d'œuvres existantes, ou bien pour les critiquer, nous devons d'abord demander la permission, à la manière d'Oliver Twist. Bien sûr, la permission est souvent accordée. Mais elle n'est pas souvent accordée à un indépendant, ou à qui veut critiquer. Nous avons créé une sorte de noblesse culturelle. Ceux qui sont dans la classe noble ont la vie facile, ceux qui n'y sont pas ne l'ont pas. Mais c'est la noblesse, sous toute ses formes, qui est étrangère à notre tradition.

L'histoire qui suit a pour sujet cette guerre. Mon sujet n'est pas la « place centrale de la technologie » dans notre vie quotidienne. Je ne crois pas aux dieux, numériques ou autres. Il ne s'agit pas non plus d'une tentative de diaboliser un individu ou un groupe, car je ne crois pas non plus au diable, qu'il soit capitaliste ou autre. Il ne s'agit ni d'un conte moral, ni d'un appel au jihad contre une industrie.

Il s'agit plutôt d'un effort pour comprendre une guerre, désespérément destructrice, inspirée par les technologies d'Internet, mais qui s'étend bien au-delà du code informatique. Et en nous faisant comprendre cette guerre, c'est un effort pour trouver la paix. La dispute en cours autour des technologies d'Internet n'a aucune bonne raison de continuer. Notre tradition et notre culture souffriront beaucoup si cette guerre se prolonge de façon injustifiée. Nous devons comprendre les racines du conflit. Nous devons le résoudre vite.

**Comme la bataille** des Causby, l'objet du conflit, est, en partie, la « propriété ». La propriété dans cette guerre n'est pas aussi palpable que celle des Causby, et aucun poulet innocent n'y a perdu la vie. Pourtant, pour une majorité de gens, les idées qui accompagnent cette notion de « propriété » sont aussi évidentes que l'inviolabilité de leur ferme ne l'était aux yeux des Causby. Nous sommes comme les Causby. Ainsi, la plupart d'entre nous tiennent pour acquis les extraordinaires revendications faites de nos jours par les détenteurs de « propriété intellectuelle ». La plupart d'entre nous, comme les Causby, considérons que ces revendications sont évidentes. Et par conséquent, comme les Causby, nous protestons quand une nouvelle technologie interfère avec cette propriété. Tout comme pour eux, il nous semble clair que ces nouvelles technologies d'Internet « violent » une revendication légitime de « propriété ». Tout comme pour eux, il nous semble clair que la loi doit intervenir pour faire cesser cette violation.

Et par conséquent, quand des passionnés d'informatique ou de technologie veulent défendre ce qu'ils appellent des technologies à la Armstrong ou à la Wright Brothers, nous restons indifférents. Le sens commun ne se révolte pas. Contrairement au cas des malheureux Causby, le sens commun est du côté des propriétaires dans cette guerre. Contrairement aux heureux frères Wright, Internet n'a pas inspiré de révolution en sa faveur.

Mon souhait est de faire évoluer ce sens commun. Je m'étonne de plus en plus du pouvoir de cette idée de propriété intellectuelle, et surtout de sa capacité à handicaper le sens critique des hommes politiques et des citoyens. Jamais dans notre histoire la partie « possédée » de notre « culture » n'a été aussi importante qu'aujourd'hui. Et pourtant, la concentration du pouvoir qui contrôle les usages de cette culture n'a jamais été aussi largement acceptée.

Le mystère, c'est : pourquoi ? Aurions-nous enfin compris une vérité concernant la valeur et l'importance d'une propriété absolue sur les idées et la culture ? Aurions-nous découvert que notre tradition a eu tort de rejeter une revendication aussi absolue ?

Ou bien est-ce parce que l'idée d'une propriété absolue des idées et de la culture bénéficie aux RCA de notre époque, et ne nous choque pas à première vue ?

Cette dérive brutale par rapport à notre tradition de libre culture est-elle

le fait d'une Amérique corrigeant une erreur de son passé, comme elle l'a fait après une guerre sanglante contre l'esclavage, et comme elle le fait lentement avec les inégalités ? Ou bien n'est-elle qu'une manifestation de plus d'un système politique détourné par une poignée d'intérêts particuliers puissants ?

Si le sens commun conduit à l'extrémisme sur ces questions, est-ce vraiment parce qu'il croit à cet extrémisme ? Ou alors, est-ce que le sens commun cède devant l'extrémisme, parce que, comme dans le cas d'Armstrong contre la RCA, le côté le plus puissant s'est arrangé pour imposer ses vues ?

Je ne cherche pas à être mystérieux. Mon opinion personnelle est faite. Je crois qu'il était juste que le sens commun se révolte contre l'extrémisme des Causby. Je crois qu'il serait juste que le sens commun se révolte contre les revendications extrêmes faites aujourd'hui au nom de la « propriété intellectuelle ». Ce que la loi exige aujourd'hui est de plus en plus stupide, un peu comme un shérif qui arrêterait un avion pour violation de propriété. Cependant les conséquences de cette stupidité sont bien plus profondes.

**La bataille** qui fait rage actuellement est centrée autour de deux idées : le « piratage » et la « propriété ». Mon but dans les deux prochaines parties de ce livre est d'explorer ces deux idées.

Ma méthode n'est pas la méthode habituelle d'un universitaire. Je ne souhaite pas vous plonger dans des arguties complexes, mâtinées de références à d'obscurs théoriciens français, aussi naturel que ce soit pour les bizarres individus que nous sommes devenus, nous autres universitaires. Au contraire, je commence chaque partie par quelques histoires, afin d'établir un contexte dans lequel ces idées apparemment simples peuvent mieux être comprises.

Les deux parties présentent l'idée centrale de ce livre : alors qu'Internet a engendré quelque chose de nouveau et de fantastique, notre gouvernement, poussé par les médias à répondre à cette « chose nouvelle », est en train de détruire quelque chose de très ancien. Plutôt que comprendre les changements que permet Internet, et au lieu de laisser au « sens commun » le temps de trouver la meilleure réponse possible, nous laissons ceux qui sont le plus menacés par ces changements user de leur influence pour changer la loi. Et bien plus grave, pour changer quelque chose de fondamental concernant notre identité.

Nous les laissons faire, je pense, non pas parce qu'ils ont raison, ou parce qu'une majorité d'entre nous croit réellement en ces changements. Nous les laissons faire parce que les intérêts les plus menacés comptent parmi les plus puissants acteurs dans notre système législatif désespérément corrompu. Ce livre est l'histoire d'une conséquence de plus de cette corruption ; une conséquence dont pour la plupart nous n'avons pas conscience.



Première partie

« Piratage »



**La guerre** contre le « piratage » est née en même temps que les lois qui réglementent la propriété des créations. Les contours précis de ce concept de « piratage » sont difficiles à cerner, mais il est facile de comprendre les injustices qu'il entraîne. Au cours d'un procès qui étendit le champ d'application du droit d'auteur anglais aux partitions musicales, Lord Mansfield écrivit :

Une personne peut utiliser la copie en interprétant la musique, mais elle n'a pas le droit de priver l'auteur de ses profits en multipliant les copies et en les écoulant pour son propre compte<sup>15</sup>.

Aujourd'hui, nous sommes au milieu d'une autre « guerre » contre le « piratage ». Internet a provoqué cette guerre. Internet a permis la diffusion efficace des contenus. Le partage des fichiers en peer-to-peer (p2p) est l'une des technologies les plus efficaces qu'Internet a rendues possibles. Grâce à un système d'information répartie, les systèmes p2p facilitent la diffusion rapide de contenus, d'une manière inconcevable il y a seulement une génération.

Cette efficacité ne tient pas compte des contraintes traditionnellement imposées par le droit d'auteur. Le réseau ne fait pas de différence entre le partage de contenu sous copyright ou non. De ce fait, de grandes quantités de contenus sous copyright ont été échangées. En retour, ces échanges ont provoqué une guerre, les détenteurs de copyright craignant qu'ils ne « privent l'auteur de ses profits. »

Les guerriers du copyright se sont tournés vers les tribunaux, vers les législateurs, et, de plus en plus, vers la technologie, pour défendre leur « propriété » contre le « piratage ». Une génération d'américains, nous mettent-ils en garde, est élevée dans l'idée que la « propriété » devrait être « gratuite ». Oubliez les tatouages, qu'importent les piercings, nos enfants sont en train de devenir des voleurs !

Il ne fait aucun doute que le « piratage » est quelque chose de mauvais, et que les pirates devraient être punis. Mais avant de convoquer les bourreaux, nous devrions replacer cette notion de « piratage » dans un certain contexte. Car si le concept est de plus en plus utilisé, on trouve, à son cœur même, une idée assez extraordinaire qui est, presque certainement, erronée.

Cette idée est à peu près la suivante :

Le travail créatif a de la valeur. Dès que j'utilise le travail créatif d'autre personnes, ou que je fonde mon travail sur le leur, je leur prends quelque chose qui a de la valeur. Dès lors que je prends quelque chose qui a de la valeur à quelqu'un d'autre, je devrais avoir son autorisation. Il est injuste de prendre quelque chose qui a de la valeur à quelqu'un sans avoir sa permission. C'est une forme de piratage.

Ce point de vue sous-tend les débats en cours. C'est ce que Rochelle Dreyfuss, professeur en droit à l'université de New York, appelle la théorie « valeur implique droits » de la propriété des créations<sup>16</sup> — s'il y a valeur, alors quelqu'un doit avoir un droit dessus. C'est cette perspective qui a conduit l'organisation des droits d'auteur, l'ASCAP, à faire un procès aux Girl Scouts pour ne pas avoir payé pour les chansons que les filles chantaient autour des feux de camp de scouts.<sup>17</sup> Il y avait de la « valeur » (les chansons), donc il

devait y avoir un « droit », quand bien même ce droit allait contre les Girl-Scouts.

Cette idée est certainement une interprétation possible de la façon dont la propriété des créations devrait fonctionner. Elle pourrait très bien servir de cadre à un système légal protégeant la propriété des créations. Cependant, la théorie « valeur implique droit » n'a jamais été la théorie américaine de la propriété des créations. Cette théorie n'a jamais eu sa place dans notre droit.

Au contraire, dans notre tradition, la propriété intellectuelle est un moyen. C'est un moyen de favoriser l'épanouissement de la création dans la société, mais qui reste subordonné à la valeur de la créativité. Le débat actuel constitue un revirement de cette tradition. Nous sommes devenus si préoccupés de protéger l'instrument que nous perdons de vue l'objectif.

À l'origine de cette confusion, il y a une différence que la loi ne prend plus la peine de faire : la différence entre d'une part le fait de republier le travail de quelqu'un d'autre, et d'autre part le fait de transformer ce travail, ou de se fonder sur ce travail. Au départ, les lois sur le copyright ne concernaient que la publication, aujourd'hui elles réglementent les deux aspects.

Ce regroupement n'avait pas beaucoup d'importance avant l'apparition d'Internet. Les procédés de publication étaient coûteux, et par conséquent la grande majorité de l'édition était commerciale. Les organisations commerciales pouvaient se permettre de se conformer à la loi — même aux lois d'une complexité byzantine que sont devenues les lois sur le copyright. Ce n'était qu'une dépense supplémentaire nécessaire pour faire des affaires.

Mais depuis l'apparition d'Internet, cette limite naturelle au champ d'application de la loi a disparu. La loi ne contrôle plus seulement la créativité des créateurs commerciaux, mais celle de tout le monde. Cette extension serait peut-être anodine si les lois sur le copyright ne réglementaient que la « copie ». Cependant, vu la largesse et le flou avec lesquels s'applique la loi actuelle, cette extension prend beaucoup d'importance. Les inconvénients de cette loi dépassent maintenant de beaucoup ses avantages initiaux : elle affecte la créativité non commerciale, et, de plus en plus, aussi, la créativité commerciale. Comme nous le verrons plus clairement dans les chapitres suivants, le rôle de la loi est de moins en moins de soutenir la créativité, et de plus en plus de protéger certaines industries de la concurrence. Juste au moment où les technologies numériques auraient pu libérer un flot extraordinaire de créativité, commerciale et non commerciale, la loi entrave cette énergie par des règlements vagues d'une complexité insensée, et en menaçant de peines d'une sévérité déraisonnable. Nous allons peut-être assister, comme l'écrit Richard Florida, à l'« Essor de la classe créative »<sup>18</sup> (NdT : « Rise of the Creative Class », titre d'un livre de Richard Florida). Malheureusement, nous sommes aussi en train d'assister à une augmentation extraordinaire de la réglementation de cette « classe créative ».

Ces fardeaux réglementaires n'ont aucun sens dans notre tradition. Nous devrions commencer par comprendre cette tradition un peu mieux, et par placer dans leur vrai contexte les batailles en cours contre le comportement étiqueté « piratage ».

## Créateurs

**En 1928** est né un personnage de dessin animé. Mickey Mouse, première version, fit ses débuts en mai de cette année là dans *Plane Crazy*, un flop retentissant. En novembre, au « Colony Theater » de New York, dans le premier dessin animé avec son synchronisé largement distribué, le personnage qui allait devenir Mickey Mouse prit vie dans *Steamboat Willie*.

Le son synchronisé était apparu un an plus tôt au cinéma dans le film *The Jazz Singer*. Devant ce succès, Walt Disney copia la technique et introduisit le son dans les dessins animés. Personne ne savait si cela allait marcher, ou, si ça marchait, si ça plairait au public. Mais après un premier essai pendant l'été 1928, les résultats furent sans équivoque. Laissons Disney décrire cette première expérience :

Deux de mes employés pouvaient lire la musique, et l'un d'eux jouait de l'harmonica. Nous les avons placés dans une pièce d'où ils ne pouvaient pas voir l'écran, et nous nous sommes débrouillés pour diffuser le son dans la pièce où nos épouses et nos amis s'apprêtaient à regarder le film.

Les garçons travaillaient avec une partition indiquant la musique et les effets sonores. Après plusieurs faux départs, nous réussîmes à accorder le son avec l'action. L'homme à l'harmonica jouait l'air, nous autres du bruitage donnions des coups de sifflet et des coups de casserole, dans le rythme. La synchronisation était presque bonne.

Notre assistance fut transportée. Les gens réagirent d'instinct à cette union du son et du mouvement. Je pensais qu'ils me faisaient marcher. Du coup, ils me placèrent dans l'assistance, et recommencèrent l'action. C'était épouvantable, mais aussi, merveilleux ! Et c'était nouveau !<sup>19</sup>

Ub Iwerks, un des plus talentueux professionnel du dessin animé, alors associé de Disney, l'exprima plus vigoureusement : « Je n'ai jamais été aussi excité de ma vie. Rien depuis n'a jamais égalé ça ».

Disney avait créé quelque chose de très nouveau, fondé sur quelque chose d'assez nouveau. Le son synchronisé donnait vie à une forme de créativité qui avait rarement, sauf dans les mains de Disney, été autre chose qu'une technique de remplissage dans d'autres films. Dans les premiers temps de l'histoire du dessin animé, l'invention de Disney définit le standard que les

autres allaienr peiner à suivre. Et très souvent, le génie de Disney, ses éclairs de créativité, furent fondés sur des travaux d'autres personnes.

Tout ceci est familier. Ce que vous ignorez peut-être, c'est qu'une autre importante transition marque aussi 1928. Cette année là, un génie comique créait son dernier film muet produit d'une façon indépendante. Ce génie était Buster Keaton. Le film était *Steamboat Bill, Jr.*.

Keaton est né en 1895 dans une famille d'artistes de music-hall. Il fut un maître du film muet, usant du genre burlesque pour provoquer le fou rire du public. *Steamboat Bill, Jr.* est un classique de ce genre, fameux chez les cinéphiles passionnés pour ses cascades incroyables. Le film était typique de Keaton : très populaire, et parmi les meilleurs du genre.

*Steamboat Bill, Jr.* est antérieur au dessin animé de Disney *Steamboat Willie*. La similitude des titres n'est pas une coïncidence. *Steamboat Willie* est une parodie en dessin animé de *Steamboat Bill*<sup>20</sup>, et tous les deux sont construits autour d'une musique commune. Ce n'est pas seulement à l'invention du son synchronisé dans *The Jazz Singer* que nous devons *Steamboat Willie*. C'est aussi de l'invention de *Steamboat Bill, Jr.* par Buster Keaton, lui même inspiré par la chanson « *Steamboat Bill* », qu'est né *Steamboat Willie*, et, de *Steamboat Willie*, Mickey Mouse.

Cet « emprunt » n'avait rien d'exceptionnel, ni pour Disney, ni pour l'industrie d'alors. Disney parodiait toujours les longs métrages de son époque<sup>21</sup>. Beaucoup d'autres en faisaient autant. Les premiers dessins animés sont truffés d'imitations, de légères variations de thèmes populaires, de nouvelles versions d'anciens contes. C'est l'éclat des différences qui était la clef du succès. Chez Disney, c'était le son qui donnait à ses dessins animés cet éclat. Plus tard, ce fut la qualité de son travail par rapport à celui de la concurrence, qui fabriquait à la chaîne. Ces additions se fondaient cependant sur un socle emprunté. Disney enrichissait le travail d'autres avant lui, créant du neuf avec de l'à peine vieux.

L'emprunt était parfois léger. D'autre fois, il était important. Pensez aux contes de fées des frères Grimm. Si vous êtes aussi oublious que moi-même, vous pensez sans doute que ces contes sont joyeux, gentils, qu'ils conviennent à tous les enfants au moment de se mettre au lit. En réalité, les contes de Grimm sont effrayants. Les parents qui oseraient lire ces histoires sanglantes et moralisatrices à leurs enfants sont rares, et peut-être excessivement ambitieux.

Disney reprit ces contes et les raconta à nouveau d'une façon qui les projeta dans une ère nouvelle. Il anima les contes avec de la lumière et des personnages. Sans complètement supprimer les touches d'angoisse et de danger, il rendit drôle ce qui était sinistre et insuffla émotion et compassion là où auparavant on trouvait de la peur. Et pas seulement à partir de l'œuvre des frères Grimm. En réalité, en reconstituant le catalogue des œuvres où Disney utilise des créations antérieures, on obtient un ensemble étonnant : *Snow White* (1937), *Fantasia* (1940), *Pinocchio* (1940), *Dumbo* (1941), *Bambi* (1942), *Song of the South* (1946), *Cinderella* (1950), *Alice in Wonderland* (1951), *Robin Hood* (1952), *Peter Pan* (1953), *Lady and the Tramp* (1955), *Mulan* (1998), *Sleeping Beauty* (1959), *101 Dalmatians* (1961), *The Sword in the*

*Stone* (1963), et *The Jungle Book* (1967). Mentionnons encore un exemple plus récent, qu'il faudrait peut-être mieux oublier : *Treasure Planet* (2003). Dans tous ces cas, Disney (ou Disney, Inc.) a extrait l'inventivité de la culture qui l'entourait, combiné cette inventivité avec son extraordinaire talent personnel, et graver ce mélange dans l'âme de ses créations. Extraire, combiner, et graver.

Ceci est une forme de créativité. C'est une forme de créativité dont nous devons nous souvenir et nous réjouir. Certains diront qu'il n'existe de créativité que de cette sorte. Il n'est pas nécessaire d'aller si loin pour en reconnaître l'importance. Nous pourrions l'appeler « la créativité Disney », quoique ce serait un peu fallacieux. C'est, plus précisément, « la créativité Walt Disney » : une forme d'expression et de génie qui utilise et transforme la culture qui nous entoure.

En 1928, Disney était libre de fonder ses œuvres sur une culture relativement récente. Les travaux du domaine public en 1928 n'étaient pas très anciens et par conséquent encore très vivants. La durée moyenne du copyright était d'environ trente ans, pour cette minorité de travaux qui étaient effectivement sous copyright<sup>22</sup>. Cela voulait dire que pour trente ans, en moyenne, les auteurs ou les détenteurs du copyright d'une œuvre de l'esprit avaient un « droit exclusif » à contrôler certains usages des œuvres. Il fallait la permission du détenteur du copyright pour utiliser, d'une façon limitée, les œuvres sous copyright.

Au terme du copyright, une œuvre entre dans le domaine public. Il n'est plus nécessaire d'avoir une permission pour l'utiliser ou fonder un autre travail sur elle. Pas de permission, et, par conséquent, pas de juristes. Le domaine public est un « terrain sans juristes ». C'est ainsi que la plupart des travaux du dix-neuvième siècle purent être utilisés librement par Disney en 1928. Puisant ou misérable, autorisé ou non, tout un chacun était libre d'utiliser ces travaux à sa guise.

C'est ainsi que les choses se déroulaient depuis toujours. Jusqu'à une période récente, le domaine public n'a jamais été bien loin à l'horizon. De 1790 jusqu'à 1978, la durée moyenne du copyright n'a jamais été supérieure à trente deux ans. En d'autres termes, toutes les créations vieilles d'une génération et demi étaient librement à la disposition de tous sans avoir besoin de la permission de personne. Pour donner une équivalence actuelle, les œuvres des années 1960 et 1970 seraient actuellement librement à la disposition d'un nouveau Walt Disney. En fait, actuellement, on ne peut présumer qu'une œuvre fait partie du domaine public que si elle date d'avant la grande crise de 1929.

**Bien entendu**, Walt Disney ne détenait pas de monopole sur la « créativité Disney ». L'Amérique non plus. Pays totalitaires exceptés, la culture libre, jusqu'à récemment, est une norme universelle, et amplement appliquée.

Considérons par exemple une forme de créativité que de nombreux américains tiennent pour bizarre, mais qui est profondément ancrée dans la culture japonaise : les *mangas*, genre de bandes dessinées. Les Japonais sont passionnés de bande dessinée. Près de 40 pour cent des publications sont des bandes dessinées, et 30 pour cent des revenus de l'édition en provient. Les

mangas sont partout dans la société japonaise, dans tous les kiosques ; dans les transports publics, on les remarque dans de nombreuses mains.

Les américains ont tendance à faire peu de cas de cette forme de culture. La bande dessinée est une caractéristique peu attrayante de notre culture. Nous avons peu de chance de bien comprendre les mangas, parce que nous sommes peu nombreux à avoir déjà lu quelque chose qui ressemble à ces authentiques « romans graphiques ». Pour les Japonais, les mangas embrassent tous les aspects de la vie sociale. Pour nous, la bande dessinée évoque des « hommes en collants » ridicules. Et de toute façon, ce n'est pas comme si le métro de New York était plein de lecteurs de Joyce ou même d'Hemingway. Des gens de différentes cultures se distraient de façons différentes ; les Japonais de cette curieuse et intéressante façon.

Mais mon but n'est pas ici de comprendre les mangas. Il est de décrire une variante des mangas, tout à fait étrange du point de vue d'un juriste, mais tout à fait familière selon une perspective Disney.

C'est le phénomène des *doujinshis*. Les doujinshis sont aussi des bandes dessinées, mais une sorte de copie des mangas. La création des doujinshis obéit à des règles strictes. Une copie *conforme* n'est pas un doujinshi ; l'artiste doit apporter une contribution à l'art qu'il copie, par des transformations légères et subtiles, ou alors plus sensibles. Un doujinshi peut ainsi utiliser une bande dessinée traditionnelle répandue, et la reprendre en changeant le scénario. Ou garder tout le caractère d'un personnage, mais changer légèrement son aspect. Il n'existe pas de formule qui définit ce qui fait qu'un doujinshi est suffisamment « différent ». Mais la différence doit exister pour caractériser un vrai doujinshi. Il existe des commissions qui rejettent les vulgaires copies, et autorisent les authentiques doujinshis à participer à des expositions spécialisées.

Ces bandes dessinées inspirées par d'autres représentent une grosse part du marché des mangas. De tout le Japon, plus de 33.000 groupes de créateurs réalisent ces fragments de « créativité Walt Disney ». Deux fois par an, plus de 450 000 Japonais se rassemblent dans de grandes manifestations pour les échanger et les vendre. Ce marché existe en parallèle du marché commercial grand public des mangas. Il est à l'évidence, d'une certaine façon, en compétition avec ce marché. Mais les personnes qui contrôlent le marché commercial des mangas n'entrennent pas d'action soutenue pour fermer le marché des doujinshis. Il prospère, malgré la concurrence et malgré la loi.

Pour les spécialistes du droit, la caractéristique la plus curieuse du marché des doujinshis est simplement qu'il lui soit permis d'exister. D'après la loi japonaise sur le copyright, qui reflète, au moins sur le papier, la loi américaine, le marché des doujinshis est illégal. Les doujinshis sont clairement des « œuvres dérivées ». Il n'est pas d'usage pour les créateurs de doujinshi d'obtenir la permission des auteurs de mangas. En pratique, simplement, ils utilisent et modifient les créations des autres, comme le fit Walt Disney avec *Steamboat Bill, Jr.* Cette « appropriation », sans permission du détenteur original du copyright, est illégale d'après la loi japonaise, comme d'après la loi américaine.

Pourtant, ce marché illégal existe, et même prospère, au Japon. Beaucoup

pensent même que c'est précisément à son existence que les mangas japonais doivent leur prospérité. Voici ce que me disait l'auteur américain de bandes dessinées Judd Winick : « Les premiers temps de la bande dessinée en Amérique ressemblaient à ce qui se passe au Japon aujourd'hui. [...] Les comics américains sont nés en se copiant les uns les autres. [...] C'est ainsi que [les artistes] apprennent à dessiner, pas en décalquant les comics, mais en les examinant et en les copiant » et en leur empruntant<sup>23</sup>.

Les comics américains sont maintenant très différents, explique Winick, en partie à cause de la difficulté légale à les adapter à la façon des doujinshis. Il poursuit, parlant de Superman : « il y a des règles, et il faut s'y tenir ». Superman ne « peut pas » faire certaines choses. « Pour un créateur, il est frustrant de devoir respecter des limitations définies il y a cinquante ans. »

L'usage, au Japon, atténue ce problème légal. Certains disent que c'est précisément l'effet heureux sur le marché des mangas japonais qui explique cette tolérance. Par exemple Salil Mehra, professeur de droit à la Temple University, émet l'hypothèse que le marché des mangas accepte ces infractions parce qu'elles incitent le marché des mangas à être plus productif et plus riche. Tout le monde y perdrat si les doujinshis étaient interdits, ce qui explique que la loi n'interdit pas les doujinshis<sup>24</sup>.

Cette explication comporte cependant un défaut, admis par Mehra : le mécanisme à l'origine de cette indulgence n'est pas clair. Il est possible que le marché dans son ensemble se porte mieux avec des doujinshis autorisés plutôt qu'interdits, mais cela n'explique pas pourquoi chaque détenteur de copyright, considéré isolément, ne fasse pas de procès. Si la loi ne fait pas d'exception spéciale en faveur des doujinshis (et d'ailleurs il est déjà arrivé que des créateurs de doujinshis soient attaqués en justice par des auteurs de mangas), pourquoi n'existe-t-il pas de mécanisme solide pour faire obstacle aux « emprunts » perpétrés par la culture doujinshi ?

J'ai passé quatre mois merveilleux au Japon, et posé cette question aussi souvent que possible. C'est un ami d'un gros cabinet de juristes japonais qui m'a sans doute donné la meilleure explication. Il m'a dit, un après-midi : « nous n'avons pas assez d'avocats. Nous n'avons simplement pas assez de ressources pour engager des poursuites dans des affaires de ce genre ».

C'est un sujet sur lequel nous reviendrons : la réglementation par la loi est fonction non seulement de la formulation de la loi, mais aussi des coûts nécessaires pour la faire appliquer. Pour le moment, concentrons-nous sur la question évidente, qui est éludée : le Japon se porterait-il mieux d'avoir plus d'avocats ? Les mangas seraient-ils plus riches si les artistes doujinshis étaient régulièrement poursuivis en justice ? Les Japonais gagneraient-ils quelque chose d'important s'ils pouvaient interdire cette pratique de partage sans indemnisation ? La piraterie, ici, nuit-elle à ses victimes, ou leur est-elle bénéfique ? Des avocats combattant cette piraterie seraient-ils utiles à leurs clients, ou leur causeraient-ils du tort ?

### **Interrompons-nous** un moment.

Si vous êtes semblables à la plupart des gens qui s'intéressent pour la première fois à ces questions, si vous êtes comme moi-même il y a une décennie, alors, vous êtes certainement, à cet instant, troublé par une idée à laquelle

vous n'aviez jamais réfléchi jusqu'alors.

Nous vivons dans un monde qui tient la « propriété » en haute valeur. Je partage cette idée. Je crois en la valeur de la propriété en général, et je crois aussi en la valeur de cette étrange forme de propriété que les juristes appellent la « propriété intellectuelle »<sup>25</sup>. Une grande communauté, variée, ne peut pas survivre sans propriété ; une société grande et moderne ne peut pas prospérer sans propriété intellectuelle.

Mais il faut juste une seconde de réflexion pour réaliser qu'il existe beaucoup de valeurs dans le monde que la « propriété » ne peut pas « capturer ». Je n'entends pas par là « l'amour ne s'achète pas », je veux parler effectivement de valeur faisant partie intégrante des processus de production, marchands comme non marchands. Si les dessinateurs, chez Disney, avaient volé une boîte de crayons pour dessiner Steamboat Willie, nous n'aurions pas hésité à condamner ce vol. Même mineur, même passé inaperçu, c'eût été un délit. Pourtant, il n'y avait rien de mal, au moins d'après la loi de l'époque, aux emprunts de Disney à Buster Keaton ou aux frères Grimm. Il n'y avait rien de mal aux emprunts à Keaton, parce qu'ils auraient été jugés loyaux. Il n'y avait rien de mal aux emprunts aux frères Grimm, parce que leurs œuvres étaient dans le domaine public.

Donc, bien que Disney (ou, plus généralement, quiconque exerçant une « créativité Disney ») prenne quelque chose de valeur, notre tradition ne considère pas cette prise comme un délit. Certains emprunts restent gratuits et libres dans une libre culture, et cette liberté est un bien.

Même chose avec la culture doujinshi. Si un auteur de doujinshi s'introduisait dans le bureau d'un éditeur et se sauvait, sans payer, avec mille copies (voire même une seule) de son dernier ouvrage, nous n'hésiterions pas une seconde à déclarer l'artiste en tort. En plus de commettre une violation de propriété, il aurait volé quelque chose de valeur. La loi proscrit ce genre de vol, petit ou grand.

Pourtant il existe une réticence évidente, même chez les avocats japonais, à dire que les artistes copieurs de mangas « volent ». Cette forme de « créativité Walt Disney » est tenue pour loyale, même si les avocats, spécialement, trouvent difficile d'expliquer pourquoi.

Quand on y réfléchit, on peut trouver mille et un exemples de mécanismes similaires. Les scientifiques se servent des travaux d'autres scientifiques sans demander de permission, ou sans payer pour ce privilège (« Excusez-moi, Professeur Einstein, pourrais-je avoir la permission d'utiliser votre théorie de la relativité pour démontrer que vous aviez tort au sujet de la physique quantique ? »). Les compagnies théâtrales interprètent des adaptations des œuvres de Shakespeare sans permission de quiconque. (Y a-t-il *quelqu'un* pour penser sérieusement que Shakespeare serait mieux diffusé s'il existait un organisme central de gestion des droits de Shakespeare qui serait un passage obligé pour tous les producteurs de cet auteur ?) Et Hollywood obéit à des cycles, avec certains genres de films : cinq films traitant d'astéroïdes à la fin des années 1990 ; deux films catastrophe impliquant des volcans en 1997.

Les créateurs ici et partout ont toujours et de tout temps créé à partir du passé, et du présent qui les entoure. Cette création s'est faite toujours et de

tout temps, au moins en partie, sans dédommagement ni autorisation du créateur d'origine. Aucune société, démocratique ou non, n'a jamais exigé que soit payée chaque expression d'une « créativité Walt Disney », ou qu'une autorisation soit toujours recherchée. Au contraire, chaque société (les sociétés démocratiques peut-être un peu plus que les autres) a laissé des pans de sa culture libres d'être repris.

Par conséquent, la difficulté n'est pas de savoir si une culture est libre. Toutes les cultures sont libres jusqu'à un certain point. La difficulté est de « quantifier cette liberté ». Est-elle limitée aux membres du parti ? Aux membres de la famille royale ? Aux dix entreprises les plus performantes de Wall Street ? Ou est-ce que cette liberté est accessible à beaucoup ? Aux artistes en général, qu'ils soient affiliés au Metropolitan ou pas ? Aux musiciens en général, qu'ils soient blancs ou non ? Aux cinéastes en général, qu'ils soient affiliés à un studio ou non ?

Les cultures libres sont celles qui, largement ouvertes, permettent la création à partir de ce qui existe ; les cultures qui ne sont pas libres, ou qui imposent d'obtenir des permissions, offrent bien moins. Notre culture était libre. Elle le devient de moins en moins.



## « Simples copistes »

En 1839, Louis Daguerre inventa le premier procédé pratique permettant de réaliser ce que nous allions appeler des « photographies » : le si bien nommé « daguerréotype ». Le procédé était compliqué et coûteux, et la discipline par conséquent réservée aux professionnels et à quelques riches amateurs passionnés (il exista même une association — American Daguerre Association — qui contribua à réglementer cette industrie, comme toutes les associations de ce genre, en étouffant la concurrence pour maintenir des prix élevés).

Cependant, malgré des prix élevés, la demande pour les daguerréotypes était forte. Cela incita les inventeurs à trouver des moyens plus simples et moins chers de produire ces « images automatiques ». Bientôt, William Talbot découvrit un procédé pour fabriquer des « négatifs ». Mais comme ceux-ci étaient en verre, et devaient être maintenus humides, le procédé restait encore coûteux et compliqué. En 1870 furent introduites les plaques sèches, permettant de séparer plus facilement la prise de vue du développement. Il s'agissait encore de plaques en verre et ce n'était toujours pas une méthode à la portée du plus grand nombre.

L'avancée qui permit de démocratiser la photographie n'apparut qu'en 1888, et fut l'œuvre d'un seul homme. George Eastman, photographe amateur, était contrarié par la technologie des plaques. En un éclair de génie, il comprit que si le film pouvait être rendu souple, il deviendrait possible de l'enrouler autour d'un axe. Cette bobine pourrait alors être expédiée à un dévelopeur, ce qui entraînerait une baisse sensible des coûts de la photographie. En diminuant les coûts, Eastman s'attendait à ce que le nombre de photographes augmente sensiblement.

Eastman mis au point un film flexible, recouvert d'une émulsion. Il plaça des rouleaux de film dans un modèle d'appareil photo petit et simple : le Kodak. Celui-ci fut commercialisé en mettant en avant sa simplicité : « Appuyez sur le bouton et nous faisons le reste »<sup>26</sup>. Eastman décrivit son invention dans *The Kodak Primer* :

Le principe du système Kodak est de séparer le travail que n'importe qui peut faire en photographie, de celui que seul un expert peut faire. [...] Nous fournissons à n'importe qui, homme, femme ou enfant, suffisamment intelligent pour tenir un boîtier immobile et appuyer sur un bouton, un appareil qui élimine le besoin d'installations exceptionnelles et d'une connaissance pointue de cet art. On peut l'utiliser sans apprentissage préliminaire,

sans chambre noire et sans produits chimiques<sup>27</sup>.

Pour 25 dollars, tout le monde pouvait faire des photos. L'appareil était vendu déjà chargé avec une pellicule, et retourné après utilisation, pour développement, à l'usine Eastman. Évidemment, avec le temps, le prix de l'appareil est allé diminuant et sa facilité d'utilisation a augmenté. Ainsi, le rouleau de pellicule fut à l'origine de la croissance exponentielle de la photographie populaire. Le premier appareil photo d'Eastman est sorti en 1888. L'année suivante, Kodak tirait plus de six mille négatifs par jour. Entre 1888 et 1909, alors que la production industrielle augmentait de 4,7 pour cent, les ventes d'équipements et de matériels photographiques augmentaient de 11 pour cent<sup>28</sup>. Les ventes de Eastman Kodak augmentèrent durant cette même période de 17 pour cent par an en moyenne<sup>29</sup>.

Cependant, la véritable importance de l'invention d'Eastman n'était pas de nature économique. Elle était de nature sociale. La photographie professionnelle donnait aux gens des aperçus d'endroits qu'ils n'auraient jamais pu voir autrement. La photographie amateur leur permit de garder des traces de leurs propres vies d'une façon impossible jusqu'alors. Comme le remarque l'auteur Brian Coe, « pour la première fois, l'album de photos a donné à l'homme de la rue une mémoire permanente de sa famille et de ses activités. [...] Pour la première fois dans l'Histoire, il existe une authentique archive en images de l'apparence et des activités des gens ordinaires, sans interprétation [littéraire] ni déformation »<sup>30</sup>.

En ce sens, l'appareil Kodak était une technique d'expression. Le crayon ou le pinceau aussi, bien sûr. Mais il fallait des années d'entraînement avant que des amateurs puissent s'en servir de manière utile et efficace. Avec le Kodak, il devenait plus simple et plus rapide de s'exprimer. Les barrières à l'expression s'abaissaient. Les snobs allaient évidemment esquisser un sourire de mépris devant sa « qualité », les professionnels allaient l'écartier pour sa médiocrité. Mais il suffit de regarder un enfant étudier comment encadrer au mieux une photo, pour capter cette expérience de la créativité permise par le Kodak. Un outil démocratique donnait à des gens ordinaires des moyens de s'exprimer, plus facilement qu'aucun autre outil auparavant.

Qu'est-ce qui était nécessaire pour que cette technique prospère ? À l'évidence, le génie d'Eastman joua un rôle important. Mais le cadre juridique eut aussi une grande part. Car, tôt dans l'histoire de la photographie, il y eut une série de décisions judiciaires qui aurait très bien pu changer de façon importante son devenir. Les tribunaux durent trancher la question de savoir si le photographe, amateur ou professionnel, avait besoin d'une autorisation pour prendre et développer à sa guise n'importe quelle photo. Ils répondirent que non<sup>31</sup>.

Les arguments avancés pour justifier la nécessité d'une permission vont nous sembler étonnamment familiers. Le photographe « prenait » quelque chose de la personne ou du bâtiment qu'il photographiait — il piratait quelque chose qui avait de la valeur. Certains pensaient même qu'il prenait l'âme du sujet. De même que Disney n'était pas autorisé à voler les crayons que ses dessinateurs utilisaient pour dessiner Mickey, de même ces photographes ne devaient pas être autorisés à prendre des images qui avaient de la valeur.

L'argument de l'autre partie devrait également nous être familier. Certes, il se pouvait que le photographe utilise une chose qui avait de la valeur. Mais les citoyens devraient au moins avoir le droit de prendre des images de ce qui était à la vue du public (Louis Brandeis, bien avant de siéger à la Cour suprême, pensait que la règle devait être différente pour les espaces privés<sup>32</sup>). Peut-être cela signifiait-il que le photographe obtenait quelque chose pour rien. Tout comme Disney pouvait s'inspirer de *Steamboat Bill, Jr.* ou des frères Grimm, le photographe devait être libre de capturer une image sans indemniser son sujet.

Heureusement pour M. Eastman, et pour la photographie, ces premières décisions allèrent en faveur des pirates. En général, aucune permission ne devait être requise pour prendre un cliché et le partager. La permission était présumée. La liberté, implicite (la loi introduirait finalement une restriction pour les célébrités : les photographes professionnels ont plus d'obligations à respecter quand ils prennent, en vue de commercialisation, des clichés de gens célèbres. Mais dans la majorité des cas, on peut prendre des photos sans acquitter de droits<sup>33</sup>).

On ne peut que faire des suppositions à propos de ce que serait devenue la photographie si la loi était allée dans l'autre sens. Avec une présomption contre lui, le photographe aurait dû présenter une autorisation. Eastman Kodak aurait peut-être dû, aussi, présenter une autorisation avant de développer les pellicules. Après tout, sans autorisation, Eastman Kodak aurait bénéficié du « vol » perpétré par le photographe. Tout comme Napster a bénéficié des violations de copyright commis par ses utilisateurs, Kodak aurait bénéficié des violations de « droits à l'image » de ses photographes. Nous pouvons imaginer alors que la loi exige d'une entreprise qu'elle produise une autorisation, avant de pouvoir développer des photos. Nous pouvons imaginer le développement de tout un système pour gérer ces permissions.

Mais, bien qu'un tel système de permissions soit imaginable, il est très difficile de croire que la photographie eût prospéré comme elle l'a fait, si l'obligation d'avoir des permissions avait fait partie intégrante des lois qui la régissent. Certes, la photographie aurait existé. Elle se serait développée avec le temps. Les professionnels auraient continué d'utiliser la technologie de la même manière — car ils auraient plus facilement supporté les contraintes du système de permissions. Mais on n'aurait pas vu la diffusion de la photographie auprès des gens ordinaires. Sa croissance n'aurait été en rien comparable. Et certainement rien de comparable au développement d'une technologie d'expression démocratique.

**Si vous conduisez** à travers le Presidio (NdT : quartier historique) de San Francisco, vous pouvez voir deux bus scolaires jaunes criards, et le logo « Just Think ! » à la place du nom d'une école. Mais ces bus rendent possibles des projets qui ne sont pas « uniquement » intellectuels. Ces bus sont bourrés de technologies qui apprennent aux enfants comment bricoler des films. Pas les films d'Eastman. Pas même ceux de votre magnétoscope. Plutôt ceux des caméscopes numériques. Just Think ! est un projet qui permet aux enfants de faire des films, de manière qu'ils puissent comprendre et critiquer la culture filmée dans laquelle ils baignent. Chaque année, ces bus visitent plus de trente

écoles, et permettent à entre trois et cinq cents enfants d'apprendre quelque chose sur les médias, en faisant quelque chose avec les médias. En faisant, ils pensent. En manipulant, ils apprennent.

Ces bus ne sont pas bon marché, mais la technologie qu'ils transportent l'est de plus en plus. Le coût d'un système de vidéo numérique de haute qualité a énormément baissé. D'après un analyste, « Il y a cinq ans, un bon système d'édition vidéo numérique coûtait 25.000 dollars. Aujourd'hui vous pouvez obtenir de la qualité professionnelle pour 595 dollars »<sup>34</sup>. Ces bus sont bourrés de technologies qui auraient coûté des centaines de milliers de dollars il y a à peine dix ans. Et maintenant il est possible d'imaginer non seulement des bus comme ceux-là, mais aussi des salles de classe dans tout le pays où les enfants apprennent de plus en plus ce que les enseignants appellent la « lecture des médias ».

La « lecture des médias », comme la définit Dave Yanofsky, le directeur exécutif de Just Think !, « est la capacité [...] de comprendre, d'analyser et de déconstruire les images des médias. Son but est de permettre [aux enfants] de comprendre comment fonctionnent les médias, comment ils sont construits, de quelle manière ils sont distribués, et de quelle manière les gens y ont accès. »

Il peut paraître étrange de parler de « lecture ». Pour une majorité de gens, la « lecture » se réfère à ce qui est écrit. Faulkner, Hemingway et les accords du participe passé sont les choses qui vont avec la lecture.

Peut-être. Mais dans un monde où les enfants voient en moyenne 390 heures de publicité télévisée par an, soit entre 20.000 et 45.000 publicités<sup>35</sup>, il est de plus en plus important de comprendre la « grammaire » des images. Car de même qu'il existe une grammaire de l'écrit, il y en a aussi une pour les images. Et de même que les enfants apprennent à écrire en rédigeant beaucoup de textes horribles, de même ils apprennent la grammaire des images en construisant beaucoup d'images médiocres (au moins au début).

Un nombre croissant d'intellectuels et d'activistes tiennent cette forme de lecture pour cruciale dans la culture de la prochaine génération. En effet, bien que toute personne sachant écrire comprenne les difficultés de l'écriture (difficulté d'ordonner une histoire, de garder l'attention du lecteur, de former des phrases compréhensibles), peu de gens ont une notion du fonctionnement des images, comment elles retiennent le spectateur ou l'emmènent à travers une histoire, comment elles déclenchent l'émotion ou produisent du suspense.

Il a fallu une génération au cinéma pour apprendre à bien faire ces choses. Mais même après, la connaissance venait en filmant et non pas en écrivant quelque chose au sujet du film. La compétence venait en faisant l'expérience de la réalisation d'un film et non pas en lisant un livre qui en parle. On apprend à écrire en écrivant et en réfléchissant ensuite à ce qu'on a écrit. On apprend à écrire avec des images en les réalisant et en réfléchissant ensuite à ce qu'on a créé.

Cette grammaire a évolué avec les médias. Quand il ne s'agissait que de films, comme me l'a expliqué Elizabeth Daley, directeur du Centre de Communication Annenberg de l'Université de Californie du Sud et doyenne de

l'école de Cinéma-Télévision de l'USC, cette grammaire concernait « le placement des objets, les couleurs, [...] le rythme, la vitesse, et la texture »<sup>36</sup>. Mais quand les ordinateurs ouvrent un espace interactif où une histoire est autant « jouée » que suivie, la grammaire évolue. Le contrôle simple de la narration est perdu et donc d'autres techniques deviennent nécessaires. L'auteur Michael Crichton maîtrisait la narration de science-fiction. Mais quand il essaia de faire un jeu d'ordinateur basé sur un de ses livres, il lui a fallu apprendre une nouvelle forme. Comment conduire des gens à leur insu, le long de l'intrigue d'un jeu, n'est pas évident, même pour un auteur à succès<sup>37</sup>.

Cette compétence est précisément le métier qu'apprend un réalisateur de films. Comme le décrit Daley, « les gens sont très surpris par la manière dont ils sont conduits tout au long d'un film. C'est parfaitement construit pour être invisible, donc vous ne vous en rendez pas compte. Si un réalisateur réussit son métier, alors vous n'avez pas conscience d'avoir été mené. » Et si avez conscience d'avoir été mené à travers un film, alors c'est un échec.

Pour autant l'impulsion en faveur d'une extension de l'enseignement de la lecture (une lecture qui dépasse le texte pour inclure des éléments sonores et visuels) n'est pas là pour faire de meilleurs metteurs en scène. Le but n'est pas du tout d'améliorer la profession. Au contraire, comme l'explique Daley,

De mon point de vue, la fracture numérique la plus importante n'est peut-être pas l'accès à un ordinateur. C'est plutôt la capacité de se saisir du langage avec lequel cet ordinateur travaille. Sinon très peu de gens peuvent écrire avec ce langage, et tous les autres sont réduits à être « read-only » (NdT : en « lecture seule »).

« Read-only. » Récepteurs passifs d'une culture produite ailleurs. Plantes vertes. Consommateurs. Voici le monde des médias du vingtième siècle.

Le vingt-et-unième siècle pourrait être différent. Ce point est crucial : Il pourrait permettre à la fois de lire et d'écrire. Ou au moins, de lire et de mieux comprendre l'art d'écrire. Ou mieux, de lire et de comprendre les outils qui permettent à l'écriture de guider ou de tromper. Le but de toute lecture, et de ce type de lecture en particulier, est de « permettre aux gens de choisir le langage approprié pour ce qu'ils ont besoin de créer ou d'exprimer »<sup>38</sup>. C'est de permettre aux étudiants de « communiquer dans le langage du vingt-et-unième siècle »<sup>39</sup>.

Comme n'importe quel langage, ce langage vient plus facilement à certains qu'à d'autres. Il ne vient pas forcément plus facilement à ceux qui excellent dans le langage écrit. Daley et Stephanie Barish, le directeur de l'Institut d'Études Multimédia au Centre Annenberg, décrivent l'exemple particulièrement saisissant d'un projet qu'ils effectuèrent dans un lycée. C'était un lycée très pauvre du centre ville de Los Angeles. Selon tous les critères traditionnels du succès, ce lycée était en échec. Mais Daley et Barish effectuèrent un programme qui donna aux enfants l'occasion d'utiliser des films pour s'exprimer sur un sujet que les étudiants connaissent : la violence par armes à feu.

Le cours eut lieu les vendredis après-midi et il créa un problème inédit pour cette école. Alors que le problème de la plupart des cours est de faire venir les enfants, le problème cette fois-ci fut de les en détourner. Les « enfants étaient là à 6 heures du matin et partaient à 5 heures de l'après-midi »,

dit Barish. Ils travaillaient plus dur que dans tout autre cours, pour faire ce qui devrait être le sujet de toute éducation : apprendre à s'exprimer.

En utilisant tout ce qu'ils « purent trouver comme support libre sur le web » et des outils relativement simples pour permettre aux enfants de mixer « des images, du son, et du texte », Barish indiqua que la classe avait produit une série de projets montrant des éléments sur la violence par armes à feu que peu auraient compris sinon. Cette production était proche de la vie de ces étudiants. Barish expliqua que le projet « leur a donné un outil et l'autonomie leur permettant de le comprendre et d'en parler ». Cet outil a permis de développer une expression — avec plus de réussite et de puissance que ne l'aurait permis le seul texte. « Si vous aviez dit à ces étudiants, "vous devez l'écrire", ils auraient simplement baissé les bras et fait autre chose », a indiqué Barish car, sans aucun doute, ces étudiants n'auraient pas su exprimer correctement leurs idées avec du texte. D'autre part, le texte n'est pas la forme dans laquelle *ces idées* peuvent être le mieux exprimées. La puissance de ce message dépend de son lien avec la forme d'expression.

« Mais », demandai-je, « le but de l'instruction n'est-il pas d'apprendre aux enfants à écrire ? » Bien sûr, ça l'est en partie. Mais pourquoi leur apprenons-nous à écrire ? Le but de l'instruction, m'expliqua Daley, est de donner aux étudiants un moyen de « construire du sens ». Affirmer que ceci se réduit à l'écriture, c'est comme dire qu'apprendre à écrire revient à apprendre à épeler. L'écrit n'est qu'une partie — et de moins en moins prépondérante — de notre manière de nous exprimer. Comme Daley l'expliqua dans la partie la plus intéressante de notre interview :

Ce que nous voulons, c'est donner à ces étudiants les moyens de construire du sens. Si vous ne leur donnez que l'écrit, ils ne le feront pas. Parce qu'ils n'y arriveront pas. Vous savez, vous avez là Johnny qui sait regarder des films, il sait jouer à des jeux vidéo, il sait peindre des graffiti sur tous vos murs, il sait démonter votre voiture, et il sait faire encore beaucoup d'autres choses. Simplement, il ne sait pas lire votre texte. Donc Johnny vient à l'école, et vous lui dites, « Johnny, tu es illétré. Tu ne sais rien faire d'intéressant ». Et bien, Johnny a deux possibilités : ou bien il va se déprécier, ou bien c'est vous qu'il va déprécier. Et s'il n'a pas de problèmes d'ego, c'est vous qu'il va déprécier. Mais si à la place vous lui dites « Et bien, avec toutes les choses que tu sais faire, parlons un peu de ce sujet. Joue-moi une musique, ou bien montre-moi des images, ou bien dessine-moi quelque-chose qui reflète ce que tu en penses. » Pas en lui donnant un caméscope et [...] en disant « on va s'amuser avec la caméra et faire un petit film », mais plutôt sers-toi de ces éléments que tu comprends, qui sont ton langage, et construis un message qui a du sens sur le sujet.  
[...]

Cela libère beaucoup de potentiel. Et ce qui arrive ensuite, bien sûr, comme ce fut le cas dans toutes ces classes, c'est qu'ils finissent par se rendre compte que « j'ai besoin d'expliquer ceci, et pour ça j'ai vraiment besoin d'écrire quelque chose ». Et, comme

le dit un des professeurs à Stephanie, ils réécrivaient un paragraphe 5, 6, 7, 8 fois, jusqu'à ce qu'ils soient satisfaits.

Parce qu'ils en avaient besoin. Il y avait un motif pour le faire. Ils avaient besoin de dire quelque chose, à la différence de simples exercices scolaires. Ils avaient vraiment besoin d'utiliser un langage qu'ils ne parlaient pas très bien. Mais ils avaient fini par comprendre que ce langage leur donnait beaucoup de pouvoir.

**Quand deux avions** se sont écrasés contre le World Trade Center, un autre sur le Pentagone, et un quatrième dans un champ en Pennsylvanie, tous les médias du monde se sont mis à couvrir l'événement. A chaque instant de chaque jour de cette semaine-là, et pendant les semaines qui suivirent, les médias en général, et les télévisions en particulier, ont répété l'histoire des événements auxquels nous venions d'assister. Leur histoire était une redite, car nous avions vu les événements qui étaient relatés. Le génie de cet acte terroriste horrible fut que la seconde attaque, retardée, était parfaitement synchronisée pour s'assurer que le monde entier serait en train de regarder.

Ces redites nous ont semblé de plus en plus familières. Il y avait de la musique pendant les entractes, et des logos graphiques qui passaient à l'écran. Les interviews étaient formatées. Il y avait de l'« équilibre », et du sérieux. C'était de l'information, chorégraphiée sous une forme que nous attendions de plus en plus, de l'« info-divertissement », quand bien même le divertissement est une tragédie.

Mais à côté de ces informations publiées sur la « tragédie du 11 septembre », ceux qui parmi nous étaient reliés à Internet ont pu observer une production tout autre. Internet était plein de récits des mêmes événements. Cependant, ces récits avaient un point de vue très différent. Certaines personnes avaient réalisé des pages qui regroupaient des photos du monde entier et les présentaient sous forme de diapositives avec du texte. D'autres proposaient des lettres ouvertes. Il y avait des enregistrements sonores. Il y avait de la colère et de la déception. Il y avait des tentatives pour fournir un contexte. Il y avait, en bref, une remarquable mobilisation mondiale, dans le sens où Mike Godwin l'utilise dans son livre *Cyber Rights*, autour d'une actualité qui a captivé l'attention du monde entier. Il y a eu ABC et CBS, mais il y a aussi eu Internet.

Mon propos n'est pas de faire un simple éloge d'Internet, bien que je pense que ceux qui ont soutenu cette forme d'expression méritent un éloge. Je cherche plutôt à démontrer en quoi cette forme d'expression est importante. Car comme Kodak, Internet permet de capturer des images. Et comme dans un film créé par un étudiant de « Just Think ! », ces images peuvent être combinées à du son ou à du texte.

Mais à la différence d'une technologie qui se contenterait de capturer des images, Internet permet de partager ces créations avec un nombre extraordinaire de gens, presque instantanément. Ceci est quelque chose de nouveau dans notre tradition ; non pas le fait que la culture puisse être saisie de façon mécanique, et évidemment pas non plus le fait que les événements reçoivent des commentaires critiques, mais le fait que cette combinaison d'images, de

son et de commentaires puisse être largement répandue, presque instantanément.

Le 11 septembre n'a pas été une aberration, mais un début. Vers la même époque, une forme de communication qui a pris depuis beaucoup d'importance, venait de faire son apparition dans l'esprit du public : Le Web-log, ou blog. Le blog est une sorte de journal public, et dans certaines cultures, comme au Japon, il fonctionne beaucoup comme un journal intime. Dans ces cultures, il consigne des faits privés d'une manière publique — c'est une sorte de *Jerry Springer* électronique, disponible partout dans le monde.

Mais aux États-Unis, les blogs ont pris un caractère très différent. Certains utilisent cet espace simplement pour parler de leur vie privée. Mais beaucoup l'utilisent pour engager des débats publics. Ils discutent de sujets d'intérêt public, critiquent ceux qui se trompent à leurs yeux, critiquent les hommes politiques sur les décisions qu'ils prennent, proposent des solutions aux problèmes que nous voyons tous : les blogs donnent l'impression d'une réunion publique virtuelle, mais à laquelle nous n'avons pas besoin d'être présents en même temps, et où les conversations ne sont pas nécessairement reliées. Les meilleures contributions sont relativement courtes ; elles pointent directement vers d'autres propos, en les critiquant ou en y ajoutant quelque chose. Les blogs sont sans doute la forme la plus importante de discours public non chorégraphié que nous possédions.

Ceci est une affirmation forte. Et pourtant, elle en dit autant sur notre démocratie que sur les blogs. Voici l'aspect de l'Amérique qui est le plus difficile à accepter pour ceux d'entre nous qui aiment l'Amérique : notre démocratie s'est atrophiée. Bien sûr nous avons des élections, et la plupart du temps les tribunaux permettent à ces élections de compter. Un nombre relativement restreint de personnes votent à ces élections. Le cycle de ces élections est devenu complètement professionnalisé et routinier. La plupart d'entre nous pensent que c'est ça, la démocratie.

Mais la démocratie ne s'est jamais réduite à des élections. La démocratie, c'est la souveraineté du peuple, mais la souveraineté signifie plus que de simples élections. Dans notre tradition, cela signifie aussi le contrôle à travers des débats raisonnés. C'était d'ailleurs là l'idée qui capture l'imagination de l'écrivain français du XIXe siècle Alexis de Tocqueville, auteur de la plus importante analyse de la *Démocratie en Amérique* de ce temps-là. Ce n'étaient pas les élections populaires qui le fascinaient ; c'était le jury, une institution judiciaire qui donnait à des gens ordinaires le pouvoir de décider de la vie ou de la mort d'autres citoyens. Et le plus fascinant pour lui était que le jury ne faisait pas que voter l'issue du procès. Ils délibéraient. Les membres se mettaient d'accord sur la meilleure solution, ils tentaient de se convaincre les uns les autres de ce qui leur paraissait être la « bonne » solution et, au moins dans les cas d'assises, devaient obtenir l'unanimité pour que le procès soit clos<sup>40</sup>.

Et pourtant, même cette institution faiblit de nos jours en Amérique. Et à sa place, il n'existe pas d'effort concerté pour permettre aux citoyens de débattre. Certaines personnes appellent à la création d'une institution dont ce serait le rôle<sup>41</sup>. Et dans certaines villes de Nouvelle Angleterre, quelque chose d'analogique aux délibérations existe encore. Mais pour la plupart d'entre

nous, et la plupart du temps, il n'existe ni espace ni moment réservé au « débat démocratique ».

Le plus bizarre est qu'en général, ce débat n'a même pas l'autorisation d'avoir lieu. Nous, la démocratie la plus puissante du monde, avons adopté une norme forte, qui nous interdit de parler de politique. Il est permis de parler de politique avec les gens avec qui vous êtes d'accord. Mais il est impoli d'en discuter avec ceux avec qui vous n'êtes pas d'accord. Le discours politique se fait isolé, et un discours isolé se fait plus extrême<sup>42</sup>. Nous tenons le discours que nos amis veulent entendre, et nous n'entendons presque rien au-delà de ce qu'ils nous disent.

Arrive le blog. L'architecture même du blog résout une partie de ce problème. Les gens postent quand ils en ont envie, et ils lisent quand ils en ont envie. La difficulté est de synchroniser les gens. Une technologie qui permet aux gens de communiquer de façon asynchrone, comme le courrier électronique, augmente les occasions de communiquer. Les blogs permettent des débats publics sans obliger le public à se rassembler en un seul endroit.

Mais au-delà de l'architecture, les blogs ont aussi résolu le problème des normes. Il n'existe pas (encore) de norme qui interdise de parler de politique sur un blog. De fait, cet espace est rempli de discours à teneur politique, de droite comme de gauche. Certains des sites les plus populaires sont conservateurs ou libertaires, mais beaucoup ont toutes les couleurs politiques. Et même les blogs qui ne sont pas politiques traitent de problèmes politiques quand l'occasion se présente.

Pour le moment, l'impact de ces blogs est faible, mais pas nul. Sans les blogs, le nom de Howard Dean aurait sans-doute disparu de la course à l'élection présidentielle de 2004. Car quand bien même le nombre de leurs lecteurs reste faible, leur lecture a un effet.

Ils ont un effet direct sur les actualités, qui avaient un cycle de vie différent dans les médias traditionnels. L'affaire Trent Lott en est un exemple. Quand Lott effectua un « dérapage verbal » lors d'une fête en l'honneur du sénateur Strom Thurmond, en vantant la politique ségrégationniste de Thurmond, il avait fait le calcul correct que cette histoire disparaîtrait de la presse traditionnelle en quarante-huit heures. Ce qui fut le cas. Mais il n'avait pas compté avec sa durée de vie sur les blogs. Les blogueurs n'arrêtèrent pas de rechercher cette histoire. Au cours du temps, de plus en plus de récits de ce « dérapage » apparurent. Finalement, cette histoire fit son retour dans la presse traditionnelle. Pour finir Lott fut forcé de démissionner en tant que leader de la majorité au sénat<sup>43</sup>.

Ce cycle différent est possible car les blogs ne sont pas soumis aux mêmes contraintes commerciales que les autres médias. Les journaux et les télévisions sont des entités commerciales. Ils doivent faire en sorte de garder l'attention. S'ils perdent des lecteurs, ils perdent des revenus. Comme les requins, ils sont obligés d'avancer sans arrêt.

Mais les blogueurs n'ont pas de contrainte de ce genre. Ils peuvent persévérer, ils peuvent se concentrer sur un sujet, ils peuvent devenir sérieux. Si un blogueur écrit un texte particulièrement intéressant, de nombreux internautes créent des liens vers ce texte. Et plus le nombre de liens vers un

texte augmente, mieux ce texte est classé. Les gens lisent ce qui a du succès ; ce qui a du succès a été sélectionné par un processus très démocratique de classement par les pairs.

Dans un second registre, aussi, les blogs suivent un cycle différent de la presse traditionnelle. Comme me l'a dit Dave Winer, un des pères de ce mouvement, et un auteur de logiciels depuis plusieurs décennies, une autre différence est l'absence de « conflit d'intérêt » financier. « Je pense que vous devriez débarrasser le journalisme du conflit d'intérêt », m'a dit Winer. « Un journaliste amateur n'a pas de conflit d'intérêt, ou alors ce conflit d'intérêt est si facile à voir que vous savez, vous pouvez vous en débarrasser. »

Ces conflits sont d'autant plus importants que les médias deviennent plus concentrés (nous en reparlerons plus loin). La concentration permet aux médias de cacher plus de choses au public — et CNN a reconnu l'avoir fait après la guerre en Irak, par peur des conséquences sur ses propres employés<sup>44</sup>. Elle leur impose aussi d'adopter un point de vue plus cohérent. (En pleine guerre d'Irak, j'ai lu un message sur Internet, de quelqu'un qui à l'époque écoutait une liaison satellite avec un reporter en Irak. La maison mère de New York répétait sans cesse au reporter que sa version de la guerre était trop triste : elle devait proposer un reportage plus optimiste. Quand elle dit à New York que ça n'était pas garanti, ils rétorquèrent que c'était *eux* qui écrivaient « le reportage »).

Les Blogs donnent aux amateurs un moyen d'entrer dans le débat — j'emploie le mot « amateur » non pas au sens de personne inexpérimentée, mais au sens d'un athlète olympique, c'est-à-dire quelqu'un qui n'est payé par personne pour rendre compte. Cela permet d'avoir des sources d'information bien plus variées, comme l'a montré la couverture du désastre de la navette Columbia, quand des centaines de personnes du sud-ouest des États-Unis se sont tournées vers Internet pour raconter ce qu'elles avaient vu<sup>45</sup>. Et cela amène les lecteurs à lire plusieurs points de vue, et à estimer la vérité « par triangulation », comme le dit Winer. Les blogs, d'après Winer, « sont un lien direct avec notre pensée, et il n'y a pas d'intermédiaire » — avec tous les avantages, et tous les inconvénients que cela suppose.

Winer est confiant en l'avenir d'un journalisme contaminé par les blogs. « Ça va devenir une compétence essentielle », prédit-il, pour les personnalités publiques, et de plus en plus pour les particuliers. Il n'est pas sûr que ça plaise au « journalisme » — certains journalistes ont reçu pour instruction de limiter leur activité sur les blogs<sup>46</sup>. Mais il est clair que nous sommes encore dans une période de transition. « Une grande partie de ce que nous faisons maintenant correspond à un exercice d'échauffement », m'a dit Winer. Beaucoup de choses doivent parvenir à maturité, pour que cet espace démontre son plein effet. Et comme l'ajout de contenus dans cet espace est, parmi les utilisations d'Internet, celle qui viole le moins de copyrights, expliqua Winer, « nous sommes la dernière chose qu'ils censureront ».

Ce discours a un effet sur la démocratie. Winer pense que ceci est dû au fait que « vous ne devez pas travailler pour quelqu'un qui contrôle, [pour] un gardien du temple ». C'est vrai. Mais il a aussi un autre effet sur la démocratie. Quand des citoyens toujours plus nombreux expriment leur point de

vue, le défendent par écrit, cela modifie la manière dont les gens perçoivent les problèmes publics. Il est facile de se tromper tout seul. C'est plus difficile quand le produit de votre esprit peut être critiqué par d'autres. Bien sûr, rares sont les hommes qui reconnaissent avoir tort. Mais encore plus rares sont ceux qui ne tiennent pas compte du fait que l'on démontre qu'ils ont tort. Le fait d'écrire ses idées, arguments et critiques, améliore la démocratie. Aujourd'hui, il y a peut-être deux millions de blogs où de tels débats écrits prennent place. Quand il y en aura dix millions, nous assisterons à quelque chose d'extraordinaire.

**John Seely Brown** est le directeur scientifique de Xerox. Son travail, comme il le décrit sur son site Web, est centré sur « l'apprentissage humain et [...] la création d'écologies de la connaissance afin de créer [...] de l'innovation. »

Brown voit donc ces technologies de création numérique sous un angle un peu différent des perspectives que j'ai décrites jusqu'ici. Je suis certain qu'il serait enthousiasmé par n'importe quelle technologie qui pourrait améliorer la démocratie. Mais ce qui l'intéresse vraiment, c'est la manière dont ces technologies affectent l'apprentissage.

D'après Brown, nous apprenons en bricolant. À l'époque où « la plupart d'entre nous grandissaient », explique-t-il, on bricolait « sur des moteurs de motos, de tondeuses, des automobiles, des radios, etc. » Mais les technologies numériques rendent possible un bricolage d'un type différent : avec des idées abstraites, mais sous forme concrète. Les jeunes de « Just Think ! » ne se contentent pas de réfléchir à la manière dont une publicité représente un homme politique ; en utilisant les technologies numériques, ils peuvent découper cette publicité, et la manipuler, bricoler afin de voir comment elle produit son effet. Les technologies numériques ont lancé une forme de bricolage, ou de « collage libre », comme l'appelle Brown. Beaucoup peuvent compléter ou transformer les résultats d'expériences faites par beaucoup d'autres.

Jusqu'ici, le meilleur exemple de grande envergure de ce type de bricolage est le logiciel libre, ou open-source. Il s'agit de logiciels dont le code source est partagé. N'importe qui peut télécharger la technologie qui fait tourner ces programmes. Et n'importe quelle personne désireuse d'apprendre comment fonctionne un aspect particulier d'une technologie libre ou open-source peut modifier le code.

Cette possibilité crée une « plateforme d'apprentissage d'un type entièrement nouveau », comme le décrit Brown. « Dès que vous commencez à faire cela, vous [...] offrez un collage libre à la communauté, de sorte que d'autres gens peuvent examiner votre code, le retoucher, faire des essais, voir s'ils peuvent l'améliorer. » Chaque effort est une forme d'apprentissage. « L'open source devient une plateforme d'apprentissage majeure. »

Dans ce processus, « les choses concrètes avec lesquelles vous bricolez sont abstraites. C'est du code ». Les jeunes « déplacent leur habileté à bricoler vers le domaine abstrait, et ce bricolage n'est plus une activité solitaire que vous faites dans votre garage. Vous bricolez au sein d'une communauté. [...] Vous bricolez avec les créations d'autres personnes. Plus vous bricolez, plus vous améliorez. » Plus vous améliorez, plus vous apprenez.

Le même processus est aussi à l'œuvre avec les contenus. Et il se produit de la même manière collaborative quand ce contenu est sur le Web. Comme le dit Brown, « le Web [est] le premier médium qui rend véritablement hommage à de multiples formes d'intelligence. » Les technologies précédentes, comme la machine à écrire ou le traitement de texte, ont aidé à amplifier l'écrit. Mais le Web amplifie bien plus, et pas uniquement l'écrit. « Le Web [...] dit ceci : si vous êtes musicien, artiste, ou bien intéressé par le cinéma [alors] il y a beaucoup de choses que vous pouvez faire avec ce medium. Aujourd'hui, [le web] peut amplifier ces multiples formes d'intelligence, et leur rendre hommage. »

Brown parle de ce qu'Elizabeth Daley, Stephanie Barish, et Just Think ! nous enseignent : le fait que ce bricolage culturel instruit autant qu'il crée. Il développe des talents d'une manière différente, et il s'ensuit un type différent de reconnaissance.

Cependant, la liberté de bricoler avec ces objets n'est pas garantie. En fait, comme nous allons le voir au cours de ce livre, cette liberté est de plus en plus menacée. Alors qu'il ne faisait aucun doute que votre père avait le droit de bricoler le moteur de sa voiture, il est très peu probable que votre enfant aura le droit de bricoler les images qu'elle trouve autour d'elle. La loi et, de plus en plus, la technologie, interfèrent avec une liberté que la technologie et la curiosité auraient normalement garantie.

Ces restrictions sont devenues la préoccupation de certains chercheurs et spécialistes. Ed Felten, professeur à Princeton (et dont nous reparlerons au chapitre 10 (p. 103)) a développé un argument fort en faveur du « droit à bricoler », comme il s'applique à l'informatique et au savoir en général<sup>47</sup>. Mais l'inquiétude de Brown est antérieure, ou plus fondamentale. Elle concerne ce que les enfants peuvent ou ne peuvent pas apprendre, à cause de la loi.

« Voici où va l'éducation du vingt-et-unième siècle », explique Brown. Nous devons « comprendre comment les enfants qui grandissent dans un monde numérique pensent et veulent apprendre ».

« Mais », comme le dit Brown, et comme le démontre la suite de ce livre, « nous sommes en train de construire un système légal qui supprime complètement les tendances naturelles des enfants de l'ère numérique. [...] Nous sommes en train de construire une architecture qui libère 60 pour cent de l'intellect, [et] un système légal qui referme cette même partie de l'intellect. »

Nous sommes en train de construire une technologie qui prend la magie du Kodak, permet de combiner des images et du son, y ajoute un espace pour accueillir des commentaires, et la possibilité de diffuser partout cette créativité. Mais nous construisons aussi des lois pour fermer cette technologie.

« Ce n'est pas comme ça qu'on fait marcher une culture », comme me le dit Brewster Kahle, que nous rencontrerons au chapitre 9 (p. 97), dans un rare moment de découragement.

## Catalogues

**À l'automne 2002**, Jesse Jordan de la ville d'Oceanside, dans l'état de New York, s'inscrivit en première année au Rensselaer Polytechnic Institute, à Troy, état de New York. Sa matière principale au RPI était la technologie de l'information. Bien qu'il ne fût pas programmeur, en octobre Jesse décida de commencer à jouer avec les techniques de moteurs de recherche qui étaient disponibles sur le réseau du RPI.

Le RPI est l'un des centres de recherche technologiques les plus avancés d'Amérique. Il délivre des diplômes dans des domaines allant de l'architecture et l'ingénierie aux sciences de l'information. Plus de 65 pour cent de ses 5000 étudiants ont terminé le lycée en figurant parmi les 10 pour cent des meilleurs de leur classe. L'école rassemble ainsi un mélange idéal de talent et d'expérience afin d'imaginer puis de concevoir, une génération pour l'âge des réseaux.

Le réseau informatique du RPI relie les étudiants, les enseignants et l'administration. Il relie également le RPI à Internet. Tout ce qui est disponible sur le réseau de RPI ne l'est pas sur Internet. Mais le réseau est conçu pour permettre aux étudiants d'avoir accès à Internet, ainsi qu'un accès plus privé aux autres membres de la communauté du RPI.

Les moteurs de recherche permettent de mesurer le degré d'intimité d'un réseau. Google a beaucoup rapproché Internet de nous, en améliorant de manière fantastique la qualité des recherches sur le réseau. Les moteurs de recherche spécialisés y parviennent encore mieux. Le principe des moteurs de recherche pour « intranet », des moteurs de recherche qui cherchent à l'intérieur du réseau d'une institution, est de fournir aux utilisateurs de cette institution un meilleur accès aux données de cette institution. Les entreprises pratiquent cela couramment, afin de permettre à leurs employés d'accéder à des données qui ne sont pas disponibles en dehors de l'entreprise. Les universités le font aussi.

Ces moteurs fonctionnent grâce à la technologie même du réseau. Microsoft, par exemple, possède un système de fichier en réseau, qui permet aux moteurs de recherche d'interroger le système très facilement, pour savoir quels contenus sont disponibles publiquement (sur ce réseau). Le moteur de recherche de Jesse fut construit de manière à tirer avantage de cette technologie. Il utilisait le système de fichiers de Microsoft afin de construire une liste de tous les fichiers disponibles sur le réseau du RPI.

Le moteur de Jesse n'était pas le premier développé pour le réseau du RPI. En effet, son moteur de recherche était une simple modification de mo-

teurs conçus par d'autres. Sa seule amélioration importante était la correction d'une erreur du système de partage de fichier de Microsoft, qui provoquait des plantages d'ordinateurs. Avec les moteurs préexistants, en tentant d'accéder à un fichier qui se trouvait sur un ordinateur qui n'était plus en ligne avec un navigateur Windows, on pouvait faire planter son ordinateur. Jesse modifia légèrement le système pour résoudre ce problème, en ajoutant un bouton sur lequel un utilisateur pouvait cliquer pour savoir si la machine qui contenait le fichier était toujours en ligne.

Le moteur de Jesse fut mis en ligne fin octobre. Durant les six mois suivants, il continua à le perfectionner et à en améliorer la fonctionnalité. En mars, le système fonctionnait plutôt bien. Jesse avait plus d'un million de fichiers dans son index, qui comprenait tous les types de contenus se trouvant sur les ordinateurs des utilisateurs du réseau.

Ainsi donc l'index produit par son moteur de recherche contenait des images, que les étudiants pouvaient utiliser, pour les mettre sur leur site web ; des copies de cours ou de la recherche ; des copies de textes techniques ; des films courts réalisés par les étudiants ; des brochures d'universités — en bref, tout ce que les utilisateurs du réseau du RPI rendaient disponible dans un répertoire public de leur ordinateur.

Mais l'index contenait aussi des fichiers de musique. En fait, ils représentaient un quart des fichiers listés par le moteur de recherche de Jesse. Mais cela veut dire, bien sûr, que les trois quarts n'en étaient pas, et — ce point est parfaitement clair — Jesse ne fit rien pour pousser les gens à mettre des fichiers de musique dans leurs répertoires publics. Il ne fit rien pour cibler le moteur de recherche vers ces fichiers. C'était un étudiant qui expérimentait une technologie similaire à Google, dans une université où il étudiait les sciences de l'information, et par conséquent, expérimenter était le but. À la différence de Google, ou de Microsoft en l'occurrence, il ne gagnait pas d'argent de ses expériences ; il n'avait pas non plus de lien avec une entreprise qui en gagnerait de son activité. Ce n'était qu'un étudiant qui expérimentait une technologie, dans un environnement où c'était précisément ce qu'il était supposé faire.

Le 3 avril 2003, Jesse fut contacté par le doyen du RPI. Le doyen l'informa que la Recording Industry Association of America, la RIAA, était en train de porter plainte contre lui et trois autres étudiants qu'il ne connaissait même pas, dont deux se trouvaient dans d'autres universités. Quelques heures plus tard, on remit à Jesse les documents concernant la plainte. Lorsqu'il lut ces documents et vit les nouvelles s'y rapportant, il fut de plus en plus étonné.

« C'était absurde », me dit-il. « Je ne pense pas avoir fait quoi que ce soit de mal. [...] Je ne pense pas qu'il y ait quoi que ce soit de mal avec le moteur de recherche que j'ai fait tourner, ou [...] avec ce que j'y ai apporté. C'est-à-dire que je ne l'ai pas modifié d'une manière qui favorise ou facilite le travail de pirates. Je l'ai simplement modifié pour le rendre plus facile à utiliser » — une fois de plus, un *moteur de recherche*, que Jesse n'avait pas écrit lui-même, afin de permettre aux membres de RPI d'accéder à des contenus que Jesse n'avait pas créés ou postés lui-même, et dont la vaste majorité n'avait rien à voir avec de la musique.

Mais la RIAA appelait Jesse un pirate. Elle prétendait qu'il animait un réseau, et que par conséquent il avait « délibérément » violé les lois sur le droit d'auteur. Elle demanda de lui verser des dommages-intérêts pour sa faute. En cas d'« infraction délibérée », le Copyright Act définit ce que les juristes appellent des « dommages-intérêts préétablis ». Ces dommages-intérêts permettent à un détenteur de copyright de réclamer 150.000 dollars par infraction. Comme la RIAA se plaignait de plus d'une centaine d'infractions au copyright, elle demanda à Jesse au moins 15.000.000 de dollars.

Des procès similaires furent intentés à trois autres étudiants : un autre étudiant du RPI, un à l'Université Technique du Michigan, et un à Princeton. Leurs situations étaient semblables à celle de Jesse. Bien que chaque cas fût différent dans le détail, la conclusion était exactement la même : d'énormes « dommages-intérêts » que la RIAA prétendait être en droit de demander. En additionnant ces indemnités, ces quatre procès demandaient aux tribunaux américains de dédommager les plaignants pour près de 100 *milliards* de dollars — soit six fois le *total* des profits de l'industrie cinématographique en 2001<sup>48</sup>.

Jesse appela ses parents. Ils le soutenaient, mais étaient un peu effrayés. Un de ses oncles était avocat. Il commença à négocier avec la RIAA. Ils demandèrent combien d'argent Jesse avait. Jesse avait économisé 12.000 dollars, grâce à des emplois d'été et autres travaux. Ils demandèrent 12.000 dollars pour retirer leur plainte.

La RIAA voulait que Jesse reconnaisse avoir fait quelque chose de mal. Il refusa. Ils voulaient qu'il accepte un jugement qui lui aurait interdit de travailler dans de nombreux secteurs technologiques pour le reste de sa vie. Il refusa. Ils lui firent comprendre que le fait d'être traduit en justice n'allait pas être une partie de plaisir. (Le père de Jesse me raconta que l'avocat principal sur le dossier, Matt Oppenheimer, avait dit à Jesse, « Je ne vous conseille pas de vous payer une deuxième visite chez un dentiste comme moi. ») Et tout du long, la RIAA répéta qu'elle ne retirerait pas sa plainte avant d'avoir pris le dernier centime économisé par Jesse.

La famille de Jesse fut scandalisée par ces prétentions. Ils voulaient se défendre en justice. Mais l'oncle de Jesse leur fit comprendre la nature du système légal américain. Jesse pouvait se défendre contre la RIAA. Il se pouvait même qu'il gagne. Mais le coût d'un procès de ce genre, dit-il à Jesse, serait d'au moins 250.000 dollars. S'il gagnait, il ne récupérerait pas cet argent. S'il gagnait, il se retrouverait avec un bout de papier mentionnant qu'il avait gagné, et un autre bout de papier déclarant que lui et sa famille étaient ruinés.

Ainsi donc, Jesse était devant un choix digne de la mafia : 250.000 dollars pour une chance de gagner, ou bien 12.000 dollars pour un règlement à l'amiable.

L'industrie du disque répète qu'il s'agit d'une question de loi et de morale. Mettons la loi de côté pour le moment, et pensons seulement à la morale. Où est la morale dans un procès comme celui-là ? Quelle vertu y a-t-il à faire des boucs émissaires ? La RIAA est un lobby extrêmement puissant. Son président gagne, semble-t-il, plus d'un million de dollars par an. Les artistes, en revanche, ne sont pas bien payés. Un chanteur gagne en moyenne 45.900 dol-

lars par an<sup>49</sup>. La RIAA a énormément de moyens, pour influencer et diriger la politique. Où est donc la morale à prendre l'argent d'un étudiant pour avoir fait tourner un moteur de recherche<sup>50</sup> ?

Le 23 juin, Jesse vira ses économies à l'avocat de la RIAA. La plainte fut retirée. Et par ces mots, cet étudiant qui avait transformé un ordinateur en un procès à 15 millions de dollars devint un militant :

Je n'étais absolument pas un militant [avant]. Je n'ai jamais vraiment voulu être un militant. [...] [Mais] on m'y a poussé. En aucune manière je n'avais prévu quelque chose de ce genre, mais je pense que ce que la RIAA a fait est complètement absurde.

Les parents de Jesse gardent une certaine fierté pour leur militant malgré lui. Comme me l'a dit son père, Jesse « se considère comme très conservateur, et moi aussi. [...] Il n'est pas du genre à se battre pour sauver les arbres. [...] Je trouve que c'est très bizarre que ce soit tombé sur lui. Mais il veut que les gens sachent qu'ils envoient un mauvais signal. Et il veut corriger cela. »

## « Pirates »

Si « pirater » signifie utiliser la propriété artistique des autres sans leur permission — si le principe « valeur implique droits » est vrai — alors l'histoire de l'industrie du contenu est une histoire de piratage. Chaque secteur important de l'industrie des médias d'aujourd'hui — cinéma, disque, radio et télévision par câble — est né d'une forme de piratage selon cette définition. Ce chapitre montre comment chaque génération de pirates a fini par rejoindre le club des industries respectables — jusqu'à aujourd'hui.

### Cinéma

L'industrie cinématographique de Hollywood fut créée par des pirates en fuite<sup>51</sup>. Les créateurs et metteurs en scène migrèrent de la Côte Est vers la Californie au début du vingtième siècle, en partie afin d'échapper au contrôle que les brevets accordaient à l'inventeur du cinéma, Thomas Edison. Ce contrôle était exercé par un « trust », la Motion Pictures Patent Company, et était basé sur la propriété intellectuelle de Thomas Edison — ses brevets. Edison crée la MPPC afin d'exercer les droits que sa propriété intellectuelle lui donnait, et la MPPC ne prenait pas sa mission à la légère.

Comme le rapporte un commentateur :

Un ultimatum en janvier 1909 fut donné à toutes les compagnies pour se mettre en règle avec la licence. En février, les hors-la-loi qui ne possédaient pas de licence, et qui s'appelaient entre eux les indépendants, protestèrent contre le trust et continuèrent de travailler sans se soumettre au monopole d'Edison. À l'été 1909, le mouvement indépendant était en pleine activité, avec des producteurs et des propriétaires de cinémas qui utilisaient des équipements illégaux et importaient de la pellicule pour créer leur propre marché clandestin.

Voyant le nombre de cinémas pirates dans le pays augmenter rapidement, la Compagnie des Brevets réagit contre le mouvement indépendant, en créant une filiale de gros bras, connue sous le nom de Compagnie Générale des Films, chargée de bloquer l'entrée des cinémas sans licence. Au cours d'actions répressives qui sont entrées dans la légende, la Générale des Films confisqua les équipements sans licence, interrompit l'approvisionnement des salles qui passaient des films sans licence, et monopolisa le circuit de

distribution, en acquérant toutes les bourses aux films américaines, à l'exception de celle détenue par Wiliam Fox, un indépendant qui continua de défier le Trust après que sa licence fut révoquée<sup>52</sup>.

Les Napster de l'époque, les « indépendants », étaient des compagnies comme la Fox. Et pas moins qu'aujourd'hui, ces compagnies résistaient vigoureusement. « Les tournages étaient interrompus par des vols de machines, et des “accidents” se produisaient fréquemment, qui se traduisaient par des pertes de négatifs, d'équipements, de bâtiments et parfois de vies »<sup>53</sup>. Cela poussa les indépendants à fuir vers la Côte Ouest. La Californie était suffisamment hors de portée d'Edison pour que les producteurs de films puissent pirater ses inventions sans craindre la loi. c'est ce que firent simplement les leaders du cinéma de Hollywood, et plus particulièrement Fox.

Bien sûr, la Californie se développa rapidement, et la loi fédérale finit par être appliquée à l'Ouest. Mais comme les brevets n'accordaient qu'un monopole vraiment « limité » à leur détenteur (seulement dix-sept ans à l'époque), au moment où les agents fédéraux furent en nombre suffisant, les brevets avaient expiré. Une nouvelle industrie était née, en partie issue du piratage de la propriété intellectuelle d'Edison.

## Musique enregistrée

L'industrie du disque est née d'un autre genre de piratage, mais pour s'en apercevoir il faut connaître certains détails sur la manière dont la loi s'applique à la musique.

A l'époque où Edison et Henri Fournéaux inventaient des machines à reproduire la musique (Edison le phonographe, Fournéaux le piano mécanique), la loi accordait aux compositeurs le droit exclusif de contrôler les copies et les exécutions publiques de leur musique. En d'autres termes, si en 1900 j'avais voulu une copie de « Happy Mose », un succès de Phil Russel en 1899, la loi stipulait que j'aurais dû payer pour avoir le droit d'obtenir une copie de la partition musicale, et que j'aurais aussi dû payer pour avoir le droit de la jouer en public.

Mais qu'en était-il si j'avais voulu enregistrer « Happy Mose », à l'aide du phonographe d'Edison, ou du piano mécanique de Fournéaux ? La loi bloquait sur ce point. Il était assez clair que j'aurais dû payer pour chaque copie de la partition que j'aurais faite en créant cet enregistrement. Et il était aussi clair que j'aurais dû payer pour chaque exécution en public de l'œuvre que j'aurais enregistrée. Mais ce qui n'était pas clair, c'était si j'aurais dû payer pour une « exécution publique » pour enregistrer la chanson à mon domicile (même aujourd'hui, vous ne devez rien aux Beatles si vous chantez leurs chansons sous la douche), ou si j'avais enregistré la chanson de mémoire (les copies qui sont dans votre cerveau ne sont pas — encore — soumises à la loi sur le droit d'auteur). Donc, si je chantais la chanson devant un appareil d'enregistrement à mon propre domicile, il n'était pas sûr que je doive quelque chose au compositeur. Et, surtout, il n'était pas sûr que je doive quoi que ce soit au com-

siteur si je faisais ensuite des copies de ces enregistrements. À cause de cette faille juridique, on pouvait à l'époque pirater la chanson de quelqu'un d'autre, sans rien payer au compositeur.

Les compositeurs (et éditeurs) étaient tout sauf heureux de cette possibilité de piratage. Pour reprendre les mots du sénateur Alfred Kittredge, du Sud Dakota,

Rendez-vous compte de l'injustice. Un compositeur écrit une chanson ou un opéra. Un éditeur achète au prix fort les droits de cet opéra, et le place sous copyright. Et puis arrivent l'industrie phonographique, et les entreprises qui découpent des rouleaux de musique, et qui volent délibérément le travail du compositeur et de l'éditeur, sans aucune considération pour [leurs] droits<sup>54</sup>.

Les innovateurs qui avaient développé la technologie pour enregistrer le travail des autres « essoraiient le travail, le talent et le génie des compositeurs américains »<sup>55</sup> et l'*« industrie de l'édition musicale »* se trouvait donc « à la merci de ces pirates »<sup>56</sup>. Comme l'a dit John Philip Sousa, de la manière la plus directe possible, « Si ils font du profit avec ma musique, alors j'en veux ma part »<sup>57</sup>.

Ces arguments trouvent un écho familier dans les guerres d'aujourd'hui. De même que les arguments de la partie adverse. Les inventeurs du piano mécanique arguèrent qu'il était « parfaitement possible de démontrer que l'apparition de machines à jouer de la musique n'a privé aucun compositeur de rien qu'il n'eut avant ». Au contraire, les machines augmentaient les ventes de partitions<sup>58</sup>. Quoi qu'il en soit, dirent les inventeurs, le devoir du Congrès était de « privilégier l'intérêt du [public], qu'il représente et doit servir ». « Tous ces discours parlant de "vol" », écrivit le conseiller général de la Compagnie Américaine des Graphophones, « ne sont que de la poudre aux yeux, car il n'existe pas de propriété des idées musicales, littéraires ou artistiques, sauf définie par décret »<sup>59</sup>.

La loi trancha rapidement cette bataille en faveur des compositeurs et des interprètes qui enregistraient leur musique. Le Congrès amenda la loi pour s'assurer que les compositeurs soient payés pour les « reproductions mécaniques » de leur musique. Mais plutôt que d'accorder au compositeur un contrôle total sur le droit de faire des reproductions mécaniques, le Congrès donna aux interprètes le droit d'enregistrer de la musique, à un prix fixé par le Congrès, après que le compositeur ait autorisé un premier enregistrement. C'est cette partie de la loi sur le copyright qui rend possible les reprises. Une fois qu'un compositeur a autorisé un enregistrement de sa musique, les autres sont libres d'enregistrer la même musique, du moment qu'ils paient au compositeur original une taxe fixée par la loi.

En général, la loi américaine appelle ça une « licence obligatoire », mais je préfère parler de « licence statutaire ». Une licence statutaire est une licence dont les termes sont fixés par la loi. Après que le Congrès amenda le Copyright Act en 1909, les maisons d'enregistrement furent libres de distribuer des copies de leurs enregistrements, du moment qu'ils payaient au compositeur (ou au détenteur des droits d'auteur) la taxe fixée par le décret.

Cela constitue une exception dans la loi sur le droit d'auteur. Quand John

Grisham écrit un roman, un éditeur est libre de publier ce roman seulement si Grisham lui en donne la permission. Celui-ci, en revanche, est libre de réclamer la somme qui lui plaît en échange de cette permission. Le prix pour publier Grisham est donc fixé par Grisham lui-même, et la loi sur le droit d'auteur dit qu'en général vous n'avez pas le droit d'utiliser le travail de Grisham sans sa permission.

Mais la loi régissant les enregistrements sonores donne moins aux artistes. Et donc, en effet, la loi *subventionne* l'industrie du disque à travers une sorte de piratage — en donnant aux musiciens un contrôle plus faible qu'elle ne donne aux autres auteurs de créations artistiques. Les Beatles ont moins de contrôle sur leur création que Grisham n'en a sur la sienne. Et l'industrie du disque et le public sont les bénéficiaires de ce contrôle moindre. L'industrie du disque obtient quelque chose de valeur pour moins que ce qu'elle paierait normalement ; le public a accès à un éventail plus large de créations musicales. En effet, le Congrès fut très explicite sur les raisons pour lesquelles il accordait ce choix. Sa crainte était le pouvoir monopolistique des ayants droit, et que ce pouvoir n'étouffe la créativité à venir<sup>60</sup>.

Bien que l'industrie du disque soit devenue plutôt timide récemment sur ce sujet, historiquement sa position a été en faveur des licences statutaires pour les enregistrements. Comme l'indique un rapport du Comité Judiciaire de la Chambre des Représentants datant de 1967 :

les producteurs de disques soutinrent vigoureusement que le système de licences obligatoires devait être maintenu. Ils soutinrent que l'industrie du disque, qui pèse un demi milliard de dollars, est d'une importance économique majeure aux États-Unis et dans le monde ; les disques sont aujourd'hui le principal moyen de diffusion de la musique, et cela cause des problèmes particuliers, car les chanteurs ont besoin d'un accès non restreint à la musique, de manière non discriminatoire. Historiquement, firent-ils remarquer, il n'existant pas de droits à l'enregistrement avant 1909, et le décret de 1909 avait accepté les licences obligatoires en tant que mesure anti-monopolistique délibérée, en échange de l'octroi de ces droits. Ils ajoutèrent que le résultat en a été une abondance de disques, donnant au public des prix plus bas, une qualité meilleure, et un choix plus large<sup>61</sup>.

Cette limitation des droits des musiciens, ce piratage partiel de leur travail créatif, bénéficient aux maisons de disques, et au public.

## Radio

La radio aussi est née du piratage.

Lorsqu'une radio passe un disque sur les ondes, cela constitue une « exécution publique » de l'œuvre du compositeur<sup>62</sup>. Comme je l'ai décrit plus haut, la loi donne au compositeur (ou au détenteur des droits d'auteur) un droit exclusif sur les exécutions publiques de son œuvre. La station de radio doit donc de l'argent au compositeur pour cette exécution.

Mais quand une station de radio passe un disque, elle ne fait pas seulement une copie de l'œuvre du *compositeur*. La radio effectue aussi une copie de l'œuvre de *l'interprète*. C'est une chose d'avoir « Joyeux Anniversaire » chanté à la radio par la chorale d'enfants locale ; c'en est une toute autre si ce sont les Rolling Stones ou bien Lyle Lovett qui chantent. L'interprète ajoute de la valeur à la composition jouée par la station de radio. Et si la loi était parfaitement cohérente, la station de radio devrait payer l'interprète pour son travail, tout comme elle paie le compositeur pour sa musique.

Mais ce n'est pas le cas. D'après la loi sur les diffusions radiophoniques, la station de radio n'a pas à payer l'interprète. La station de radio doit seulement payer le compositeur. Par conséquent, la station reçoit quelque chose sans contrepartie. Elle peut diffuser le travail de l'artiste gratuitement, même si elle doit payer le compositeur pour avoir le droit de passer sa chanson.

Cela peut faire une énorme différence. Supposez que vous composiez un morceau de musique. Supposez que ce soit le premier. Vous détenez le droit exclusif d'autoriser son exécution publique. Donc si Madonna veut chanter votre chanson en public, elle doit obtenir votre permission.

Supposez qu'elle chante votre chanson, et qu'elle l'aime beaucoup. Elle décide alors d'en faire un enregistrement, qui devient un tube. D'après notre loi, chaque fois qu'une station de radio passera votre chanson, vous recevrez de l'argent. Et Madonna ne reçoit rien, à part l'effet indirect sur les ventes de ses CDs. La diffusion publique de son enregistrement n'est pas un droit « protégé ». Ainsi donc, la station de radio *pirate* la valeur du travail de Madonna, sans rien lui payer.

Sans doute, on pourra rétorquer que les interprètes en bénéficient. En moyenne, la publicité qu'ils en tirent vaut plus que les droits qu'ils abandonnent. Peut-être. Mais quand bien même, la loi laisse d'habitude au créateur le droit de faire son choix. En faisant le choix à sa place, cette loi donne à la station de radio le droit de prendre quelque chose sans contrepartie.

## Télévision par câble

La télévision par câble elle-aussi est née d'une forme de piratage.

Lorsque les entrepreneurs du câble commencèrent à fournir la télévision par câble à des communautés en 1948, la plupart refusèrent de payer les chaînes hertziennes pour les contenus qu'ils transmettaient à leurs clients. Même lorsque les compagnies du câble commencèrent à vendre l'accès à la télévision par câble, ils refusèrent de payer ce qu'ils revendaient. Ainsi, les compagnies du câble napsterisaient les contenus émis sur les ondes, mais d'une manière encore plus éhontée que tout ce que Napster a jamais fait — Napster n'a jamais fait payer pour les contenus qu'ils permettaient aux gens de partager.

Les chaînes hertziennes et les détenteurs de copyright s'attaquèrent rapidement à ce vol. Rosel Hyde, le président de la FCC, voyait cette pratique comme une forme de « compétition déloyale et potentiellement destructrice »<sup>63</sup>. Bien qu'il pût y avoir un « intérêt public » à augmenter l'offre

de la télévision par câble, Douglas Anello, conseiller général de la National Association of Broadcasters, demanda au sénateur Quentin Burdick lors d'un procès, « L'intérêt public vous commande-t-il d'utiliser la propriété de quelqu'un d'autre ? »<sup>64</sup> Un autre représentant des chaînes hertziennes le dit en ces termes :

Ce qu'il y a d'extraordinaire au sujet de la télévision par câble, c'est que c'est la seule industrie à ma connaissance qui revend un produit qu'elle n'a pas payé<sup>65</sup>.

Encore une fois, la demande des détenteurs de copyright semblait suffisamment raisonnable :

Tout ce que nous demandons, c'est quelque chose de très simple, c'est que ceux qui maintenant prennent notre propriété pour rien paient pour cela. Nous tentons d'arrêter un piratage, et je ne crois pas qu'il y ait un terme moins fort pour décrire cela. Je pense qu'il y a des mots plus durs qui conviendraient.<sup>66</sup>

C'était des « resquilleurs », d'après Charlton Heston, le président de la Guilde des Acteurs, qui « privaient les acteurs de leurs revenus »<sup>67</sup>.

Mais encore une fois, il existait un autre point de vue sur ce débat. Pour citer le vice-ministre de la Justice, Edwin Zimmerman,

Notre préoccupation ici n'est pas de savoir s'il existe ou non une protection du copyright, le problème est de savoir si les détenteurs de copyright déjà dédommagés, qui possèdent déjà un monopole, devraient être autorisés à étendre ce monopole. [...] La question ici est à combien doit s'élever leur compensation, et jusqu'où doit s'étendre leur droit à une compensation<sup>68</sup>.

Les détenteurs de copyright traînèrent les compagnies du câble en justice. Par deux fois, la Cour Suprême statua que les compagnies du câble ne leur devaient rien.

Il fallut au Congrès presque trente ans pour résoudre la question de savoir si les compagnies du câble devaient payer pour les contenus qu'elles « pirateaient ». À la fin, le Congrès la résolut de la même manière qu'il avait résolu la question des lecteurs de disques et des pianos mécaniques. Oui, les compagnies du câble devraient payer pour les contenus qu'ils distribuaient ; mais le prix qu'ils devraient payer ne serait pas décidé par le détenteur du copyright. Ce prix serait fixé par la loi, de sorte que les chaînes hertziennes ne puissent faire obstruction à la technologie émergente du câble. Les compagnies du câble ont donc, en partie, bâti leur empire sur le « piratage » de la valeur créée par le contenu des chaînes hertziennes.

**Ces différentes histoires** chantent le même refrain. Si « piratage » veut dire utiliser la valeur de la création artistique de quelqu'un sans sa permission, et c'est de plus en plus le sens qu'on accorde à ce mot aujourd'hui<sup>69</sup>, alors chaque industrie concernée par le copyright de nos jours est le résultat et le bénéficiaire d'une certaine forme de piratage. Le cinéma, la musique, la radio, la télévision par câble... La liste est longue, et elle pourrait bien s'allonger.

Chaque génération accueille les pirates de la génération précédente — jusqu'à aujourd'hui.



## « Piratage »

Il y a du piratage de contenus protégés par copyright. Énormément. Ce piratage prend de nombreuses formes. La plus significative est le piratage commercial, l'appropriation non autorisée du bien d'autrui dans un contexte commercial. Malgré les nombreuses justifications qui sont présentées dans sa défense, cette appropriation est mauvaise. Personne ne devrait la pardonner et la loi devrait l'arrêter.

Mais, en dehors de copies pirates vendues dans le commerce, il existe une autre sorte d'« appropriation », qui est plus directement liée à Internet. Cette appropriation, elle aussi, semble mauvaise à beaucoup, et elle est mauvaise la plupart du temps. Avant de nous intéresser à cette forme particulière de « piratage », nous devrions cependant comprendre sa nature un peu plus. Pour son plus grand malheur, cette appropriation est significativement plus ambiguë qu'une simple reproduction qui ne tient pas compte des droits, et la loi devrait lever cette ambiguïté, comme elle l'a si souvent fait dans le passé.

### Piratage I

Partout dans le monde, mais particulièrement en Asie et en Europe de l'Est, des entreprises ne font rien d'autre que prendre le travail des autres protégé par copyright, le copier et le vendre dans son intégralité sans la permission du détenteur dudit copyright. L'industrie du disque estime qu'elle perd environ 4,6 milliards de dollars chaque année à cause du piratage physique<sup>70</sup> (ce qui correspond à un CD sur trois vendus dans le monde entier). La MPAA estime ses pertes annuelles à trois milliards de dollars du fait du piratage.

C'est du piratage pur et simple. Rien dans les arguments de ce livre, ni dans ceux que font la plupart des gens quand ils parlent du sujet de ce livre, ne met en doute ce simple fait : le piratage est mauvais.

Cela ne veut pas dire que des excuses et des justifications ne peuvent pas être trouvées. Nous pourrions, par exemple, nous rappeler que, pour les cent premières années de la République américaine, l'Amérique ne respecta pas les copyrights étrangers. Nous sommes nés, en ce sens, en nation pirate. Cela pourrait donc sembler hypocrite pour nous d'insister si fortement pour que d'autres pays en voie de développement considèrent comme injuste ce que nous avons, pendant les cent premières années de notre existence, considéré comme juste.

Cette excuse n'est pas vraiment valable. Techniquelement, notre loi n'interdisait pas l'appropriation de travaux étrangers. Elle s'était explicitement limitée aux travaux américains. Ainsi les éditeurs américains qui publient des travaux étrangers sans la permission des auteurs étrangers ne violaient aucune règle. Les magasins vendant des copies en Asie, à l'inverse, violent la loi asiatique. La loi asiatique protège vraiment les copyrights étrangers et de tels magasins violent cette loi. Donc, le piratage qu'ils pratiquent n'est pas qu'une faute morale, mais une transgression légale, et pas uniquement au niveau international, mais aussi au niveau local.

Pour dire vrai, ces règlements locaux ont été, en fait, imposés à ces pays. Aucun pays ne peut faire partie de l'économie mondiale et choisir de ne pas protéger les copyrights internationalement. Nous sommes peut-être nés nation pirate, mais nous n'accepterons pas qu'une autre nation ait une enfance similaire.

Cependant, si un pays doit être considéré comme souverain, alors ses lois sont ses lois, indépendamment de leur origine. La loi internationale sous laquelle ces pays vivent leur donne quelques occasions d'échapper aux contraintes de la loi sur la propriété intellectuelle<sup>71</sup>. Selon moi, plus de pays en voie de développement devraient profiter de cette occasion, mais quand ils ne font pas, alors leurs lois devraient être respectées. Et conformément aux lois de ces pays, ce piratage est mal.

Sinon, nous pourrions aussi essayer d'excuser ce piratage en notant que, dans ce cas, cela ne fait pas de tort à l'industrie. Les Chinois qui ont accès aux CDs américains à 50 cents [NdT : de dollar] l'unité ne sont pas des gens qui pourraient acheter ces mêmes CDs à 15 dollars pièce. Donc personne n'a en réalité moins d'argent qu'il n'aurait pu en avoir de toute façon<sup>72</sup>.

C'est souvent vrai (quoique j'ai des amis qui ont acheté des milliers de DVDs piratés et qui ont certainement assez d'argent pour payer ce qu'ils ont pris) et cela relativise quand même un peu le préjudice de tels vols. Les extrémistes dans ce débat aiment dire : « Vous n'entreriez pas chez Barnes & Noble pour prendre un livre sans le payer ; pourquoi cela devrait-il être différent avec la musique en ligne ? » La différence est, bien sûr, que quand vous prenez un livre de Barnes & Noble, ils ont un livre de moins à vendre. À l'inverse, quand vous prenez un MP3 d'un réseau informatique, il n'y a pas un CD de moins à vendre. La physique du piratage de l'immatériel est différente de la physique du piratage du matériel.

Cet argument est encore vraiment faible. Cependant, bien que le copyright soit un droit de propriété d'un type spécial, il *reste* un droit de propriété. Comme tous les droits de propriété, le copyright donne à son détenteur le droit de décider les termes selon lesquels le bien est partagé. Si le détenteur ne veut pas vendre, il n'y est pas obligé. Il y a des exceptions : les licences statutaires importantes qui s'appliquent au contenu protégé par copyright indépendamment du souhait du détenteur. Ces licences donnent aux gens le droit « de prendre » le contenu protégé par le droit d'auteur, que le détenteur veuille vendre ou non. Mais quand la loi ne donne pas aux gens ce droit, il est illégal de prendre ce contenu même si cela ne crée aucun préjudice. Si nous avons un système de propriété, et que ce système est en harmonie avec

la technologie de son époque, alors il est mal de s'approprier quelque chose sans la permission du propriétaire. C'est exactement ce que « propriété » signifie.

Enfin, nous pourrions essayer d'excuser ce piratage avec l'argument que le piratage aide en réalité le détenteur du copyright. Quand un Chinois « vole » Windows, cela le rend dépendant de Microsoft. Microsoft perd la valeur du logiciel qui a été volé. Mais il gagne des utilisateurs qui sont habitués à vivre dans le monde Microsoft. Dans quelque temps, quand la nation sera plus riche, de plus en plus de gens achèteront le logiciel plutôt que de le voler. Et quelque temps après, parce que cet achat lui profitera, Microsoft tirera des bénéfices du piratage. Si au lieu de pirater Microsoft Windows, le Chinois avait utilisé le système d'exploitation GNU/LINUX, libre et gratuit, alors ces utilisateurs chinois n'achèteraient finalement pas de produits Microsoft. Sans piratage, Microsoft perdrait.

Cet argument, lui aussi, est en partie fondé. La stratégie de dépendance est une bonne stratégie. De nombreuses entreprises l'utilisent. Certaines prospèrent grâce à elle. Par exemple, les étudiants en droit ont libre accès aux deux plus grandes bases de données juridiques. Les sociétés qui vendent l'accès à ces bases de données espèrent chacune que ces étudiants deviendront si habitués à leur service qu'ils voudront l'utiliser plutôt que l'autre, une fois devenus avocats (et qu'ils paieront alors de lourds frais d'abonnement).

Là encore, l'argument n'est pas terriblement convaincant. Nous ne défendons pas un alcoolique quand il vole sa première bière simplement parce que cela le rend plus susceptible d'acheter les trois suivantes. Au lieu de cela, nous permettons d'habitude aux entreprises de décider elles-mêmes quand il est préférable de donner leur produit. Si Microsoft craint la concurrence de GNU/LINUX, alors Microsoft peut donner son produit, comme il l'a fait, par exemple, avec Internet Explorer pour combattre Netscape. Un droit de propriété signifie donner au propriétaire le droit de dire qui a accès à quoi — au moins d'habitude. Et si la loi arrive à concilier les droits du détenteur de copyright avec les droits d'accès, alors enfreindre la loi est, encore une fois, une mauvaise chose.

Ainsi, même si je comprends l'attrait de ces justifications du piratage, et que j'en vois certainement la motivation, à mon avis, au final, ces efforts pour justifier le piratage commercial ne tiennent plus. Cette sorte de piratage est effrénée et ne cause que du tort. Elle ne transforme pas le contenu qu'elle vole ; elle ne transforme pas le marché avec lequel elle est en concurrence. Elle donne simplement à quelqu'un un accès à quelque chose auquel il n'a pas droit selon la loi. Rien n'a changé qui puisse mettre en doute cette loi. Cette forme de piratage est complètement dans l'erreur.

Mais même si certains piratages sont complètement mauvais, tous ne le sont pas, comme le suggèrent les exemples des quatre chapitres précédents. Ou du moins, tous les « piratages » ne sont pas mauvais, si ce terme prend le sens de plus en plus utilisé actuellement. Beaucoup de sortes de « piratage » sont utiles et productives, pour produire soit de nouveaux contenus, soit de nouvelles façons de faire des affaires. Ni notre tradition, ni n'importe quelle tradition n'ont jamais interdit tous les « piratages » dans cette acceptation du

terme.

Cela ne signifie pas qu'il n'y a aucune question levée par la dernière affaire de piratage en date : le partage de fichiers peer-to-peer. Mais cela signifie que nous devons comprendre un peu mieux le préjudice causé par le peer-to-peer avant de le condamner à la potence, avec pour charge d'accusation le piratage.

Car, (1) comme Hollywood à ses débuts, le partage p2p s'émancipe d'une industrie au contrôle excessif ; et (2) comme l'industrie du disque à ses débuts, il exploite simplement une nouvelle façon de distribuer du contenu ; (3) mais, à la différence de la télévision câblée, personne ne vend le contenu qui est partagé sur les services p2p.

Ces différences distinguent le partage p2p du vrai piratage. Elles devraient nous pousser à trouver une façon de protéger les artistes tout en permettant à ce partage de survivre.

## Piratage II

L'élément essentiel du « piratage » que la loi cherche à supprimer est une utilisation qui « vole l'auteur [de son] bénéfice »<sup>73</sup>. Cela veut dire que nous devons déterminer, s'il y a lieu, quel est le préjudice causé par le partage p2p avant de savoir dans quelle mesure la loi devrait l'empêcher ou trouver une alternative pour garantir à l'auteur ses profits.

Le Peer-to-peer a été rendu célèbre par Napster. Mais les inventeurs de la technologie de Napster n'ont créé aucune innovation technologique majeure. Comme chaque grande avancée dans l'innovation sur Internet (et, probablement comme partout ailleurs<sup>74</sup>), Shawn Fanning et son équipe avaient simplement réuni des composants qui avaient été développés indépendamment.

Le résultat a été une combustion spontanée. Lancé en juillet 1999, Napster a accumulé plus de 10 millions d'utilisateurs en neuf mois. Après dix-huit mois, il y avait près de 80 millions d'utilisateurs enregistrés du système<sup>75</sup>. Les cours de justice ont rapidement fermé Napster, mais d'autres services sont apparus pour le remplacer (Kazaa est actuellement le service de p2p le plus populaire. Il se targue de plus de 100 millions de membres). Ces systèmes de services ont des architectures différentes, bien que très proches au niveau des fonctionnalités : chacun permet aux utilisateurs de rendre disponible un contenu à un nombre quelconque d'autres utilisateurs. Avec un système p2p, vous pouvez partager vos chansons préférées avec votre meilleur ami — ou vos 20.000 meilleurs amis.

D'après un certain nombre d'estimations, une proportion énorme d'américains a goûté à la technologie du partage de fichiers. Une étude Ipsos-Insight de septembre 2002 a évalué à 60 millions le nombre d'américains qui ont téléchargé de la musique — 28 pour cent des américains plus âgés que 12 ans<sup>76</sup>. Un sondage du groupe NPD cité dans le *New York Times* a estimé que 43 millions de citoyens ont utilisé les réseaux de partage de fichiers pour faire des échanges en mai 2003<sup>77</sup>. La majorité d'entre eux n'était pas des enfants. Quel que soit le chiffre réel, une quantité massive de données est « tirée » de ces réseaux. La facilité et le caractère peu coûteux des réseaux de partage de

fichiers ont inspiré des millions de gens pour profiter de la musique d'une manière nouvelle.

Une part de cette nouveauté implique une infraction au copyright. Une autre part non. Et même dans la partie qui constitue techniquement une infraction, le calcul du préjudice réel causé au détenteur du copyright est plus compliqué qu'on ne pourrait le penser. En effet, considérons — un peu plus soigneusement que ne le font habituellement les orateurs partiaux de ce débat — les différents types de partages possibles avec le partage de fichiers, et les différents dommages que cela entraîne.

Ceux qui partagent des fichiers partagent différents types de contenu. On peut regrouper ces différents types en quatre catégories.

- A. Il y a ceux qui utilisent les réseaux de partage comme substitut à l'achat. Ainsi, quand un nouveau CD de Madonna est mis en vente dans le commerce, plutôt que d'acheter le CD, ces utilisateurs le téléchargent tout simplement. Nous pourrions pinailler en nous demandant si, oui ou non, ceux qui se l'ont pris de cette manière l'auraient effectivement acheté si le partage ne l'avait mis à disposition gratuitement. La plupart ne l'aurait probablement pas fait, mais il y a clairement certaines personnes qui l'auraient acheté. Ces derniers sont la cible de catégorie A : les utilisateurs qui téléchargent au lieu d'acheter.
- B. Il y a ceux qui utilisent les réseaux de partage pour avoir un échantillon de la musique qu'ils comptent acheter. Ainsi, un ami envoie à un autre ami un MP3 d'un artiste dont ce dernier n'a jamais entendu parler. L'autre ami achète alors le CD de l'artiste. C'est une sorte de publicité ciblée, qui a relativement des chances de marcher. Si l'ami qui recommande l'album n'a rien à y gagner, alors on pourrait s'attendre à ce que les recommandations soient tout à fait bonnes. L'effet net de ce partage pourrait augmenter la quantité de musique achetée.
- C. Il y en a beaucoup qui utilisent les réseaux de partage pour avoir accès à des contenus protégés par copyright qui ne sont plus vendus ou qu'ils n'auraient pas achetés parce que les coûts de transaction en dehors d'Internet sont trop élevés. Cette utilisation des réseaux de partage est parmi la plus utile pour beaucoup. Les chansons qui bercèrent votre enfance, mais qui ont depuis longtemps disparu du marché apparaissent magiquement de nouveau sur le réseau (une amie m'a dit que quand elle a découvert Napster, elle a passé un week-end entier à « récupérer » de vieilles chansons. Elle a été stupéfiée par l'étendue et la variété des contenus qui étaient disponibles). Pour les œuvres non vendues, c'est toujours techniquement une infraction au copyright, bien que le détenteur du copyright ne vende désormais plus cette œuvre ; le préjudice économique est nul — c'est le même préjudice lorsque je vends ma collection de 45 tours des années 60 à un collectionneur local.
- D. Enfin, il y en a beaucoup qui utilisent les réseaux de partage pour avoir accès à des éléments qui ne sont pas protégés par copyright ou que le détenteur du copyright veut donner.

Dans quelles proportions pèsent ces différents types de partage ?

Commençons par quelques points simples mais importants. Du point de vue de la loi, seul le partage de type D est complètement légal. D'un point de vue économique, seule la catégorie A est clairement préjudiciable<sup>78</sup>. Le type de partage B est illégal, mais pleinement bénéfique. Le type C est illégal, et pourtant bénéfique à la société (puisque l'engouement pour la musique est bon) et bénin pour l'artiste (puisque son œuvre n'est pas disponible autrement). Ainsi, en fin de compte, évaluer l'impact du partage est une question à laquelle il est difficile de répondre — et certainement beaucoup plus difficile que ne le prétend la rhétorique actuelle.

L'importance de la nuisance occasionnée par le partage dépend fortement du degré de nuisance du partage de type A. De même qu'Edison s'est plaint de Hollywood, que les compositeurs se sont plaints des rouleaux de piano pneumatique, que les interprètes se sont plaints de la radio, et que la télévision hertzienne s'est plainte de la télévision par câble, l'industrie de la musique se plaint que le partage de type A est une sorte de « vol » qui « dévaste » l'industrie.

Même si les chiffres suggèrent vraiment que le partage est nuisible, l'ordre de grandeur du préjudice est plus dur à estimer. Cela a longtemps été la pratique de l'industrie du disque de blâmer la technologie à la moindre baisse des ventes. L'histoire de l'enregistrement sur cassette est un bon exemple. Comme le montre une étude menée par Cap Gemini Ernst & Young, « Plutôt qu'exploiter cette technologie nouvelle et populaire, les maisons de disque l'ont combattue »<sup>79</sup>. Elles ont prétendu que chaque album enregistré sur cassette était un album invendu, et quand des ventes de disques ont chuté de 11,4 pour cent en 1981, l'industrie a prétendu que ce fait en était ainsi la preuve. La technologie était le problème, et une technologie permettant d'interdire ou de réglementer était la réponse.

Pourtant, peu de temps après, et avant que le Congrès n'ait eu l'occasion de voter une réglementation, MTV fut lancée et l'industrie connut un redressement des ventes. « Au final », conclut Cap Gemini, « la “crise” [...] n'était pas due aux cassettes — qui ne disparurent pas après l'apparition de MTV — mais résultait en grande partie de l'absence d'innovation musicale chez les majors du disque »<sup>80</sup>.

Mais le fait que l'industrie se soit trompée par le passé ne signifie pas qu'elle se trompe aujourd'hui. Pour évaluer la menace réelle que le partage p2p représente pour l'industrie du disque en particulier, et pour la société en général — ou tout du moins la société qui hérite de la tradition laissée par l'industrie cinématographique, l'industrie du disque, l'industrie radiophonique, la télévision par câble, et le magnétoscope — la question n'est pas simplement de savoir si le partage de type A est nuisible ou pas. La question est aussi de savoir dans quelle *mesure* ce type de partage est nuisible et dans quelle mesure les autres types sont bénéfiques.

Commençons à répondre à cette question en nous concentrant sur le préjudice net, du point de vue de l'industrie en général, causé par les réseaux de partage. « Le préjudice net » porté à l'industrie dans son ensemble est la quantité de partage de type A qui excède le type B. Si les maisons de disque vendent plus de disques grâce aux échantillons qu'elles n'en perdent à cause

des substitutions, alors en fin de compte les réseaux de partage profitent aux entreprises de musique. Dans ce cas elles auraient donc peu de raisons *viables* de leur résister.

Cela pourrait-il être vrai ? L'industrie dans son ensemble pourrait-elle tirer profit du partage de fichiers ? Aussi étrange que cela puisse paraître, les statistiques de ventes de CDs suggèrent que ça pourrait l'être dans un futur proche.

En 2002, la RIAA a annoncé que les ventes de CD avaient chuté de 8,9 pour cent, passant de 882 millions à 803 millions d'unités ; les revenus ont baissé 6,7 pour cent<sup>81</sup>. Cela confirme la tendance de ces dernières années. La RIAA accuse le piratage par Internet d'être à l'origine de cette tendance, alors qu'il y a beaucoup d'autres causes qui pourraient expliquer cette baisse. SoundScan, par exemple, signale une chute de plus de 20 pour cent du nombre de CDs sortis depuis 1999. Cela explique sans doute une partie de la diminution des ventes. L'augmentation des prix pourrait expliquer au moins une partie des pertes. « De 1999 à 2001, le prix moyen d'un CD est monté 7,2 pour cent, passant de 13,04 dollars à 14,19 dollars »<sup>82</sup>. La concurrence d'autres formes de média pourrait aussi expliquer une partie du déclin. Comme le note Jane Black dans *BusinessWeek*, « la musique du film Haute Fidélité (*High Fidelity*) a un prix en catalogue de 18,98 dollars. Vous pourriez obtenir le film entier [sur DVD] pour 19,99 dollars »<sup>83</sup>.

Mais supposons que la RIAA ait raison et que toute la baisse des ventes de CD soit imputable au partage sur Internet. Voici le hic : dans la même période que celle où la RIAA évalue à 803 millions les CDs vendus, la RIAA estime que 2,1 milliards de CDs ont été téléchargés gratuitement. Ainsi, bien que 2,6 fois le nombre total de CDs vendus ait été téléchargé gratuitement, le revenu des ventes n'a chuté que de 6,7 pour cent.

Il y a trop de choses différentes qui sont arrivées en même temps pour pouvoir expliquer ces chiffres de façon définitive, mais une conclusion est inévitable : l'industrie du disque demande constamment, « Quelle est la différence entre le téléchargement d'une chanson et le vol d'un CD ? », alors que leurs propres chiffres révèlent la différence. Si je vole un CD, alors il y a un CD de moins à vendre. Chaque prélèvement est une vente perdue. Mais sur la base des chiffres que la RIAA fournit, il est absolument clair que le même principe n'est pas valable pour le téléchargement. Si chaque téléchargement était une vente perdue — si chaque utilisation de Kazaa « vol[ait] l'auteur de [son] bénéfice » — alors l'industrie aurait souffert d'une baisse des ventes de 100 pour cent l'année dernière, et non une baisse de 7 pour cent. Si 2,6 fois le nombre de CDs vendus ont été téléchargés gratuitement, et que pourtant les recettes des ventes n'ont baissé que de 6,7 pour cent, alors il y a réellement une différence énorme entre « télécharger une chanson » et « voler un CD ».

Ce sont les préjudices — allégués et peut-être exagérés mais, supposons-le, réels. Qu'en est-il des bénéfices ? Le partage de fichier impose peut-être des coûts à l'industrie du disque. Quelle valeur produit-il en dehors de ces coûts ?

Le partage de type C est bénéfique — rendre disponible quelque chose qui est techniquement sous copyright mais qui n'est plus commercialisé. Cela

ne représente pas une petite catégorie d'œuvres. Il y a des millions de chansons qui ne sont plus commercialisées<sup>84</sup>. Et même si on peut envisager que certaines œuvres ne sont plus disponibles parce que les artistes qui les produisent le souhaitent ainsi, la grande majorité n'est plus commercialisée uniquement parce que l'éditeur ou le distributeur a décidé que cela n'avait plus d'intérêt économique *pour l'entreprise* de le faire.

Dans l'espace réel — bien avant Internet — le marché avait une réponse simple à ce problème : les magasins de livres et de CDs d'occasion. Il y a des milliers de tels dépôts en Amérique aujourd'hui<sup>85</sup>. Ces magasins achètent les œuvres à des propriétaires, et les vendent ensuite. Et conformément à la loi du copyright américaine, quand ils achètent et vendent ces œuvres, *même si elles sont toujours sous copyright*, le détenteur du copyright n'obtient pas un centime. Les magasins de livres et de CDs d'occasion sont des entités commerciales ; qui gagnent de l'argent des œuvres qu'ils vendent ; mais comme pour les sociétés du câble avant les licences statutaires, ils ne doivent pas payer le détenteur du copyright pour le contenu qu'ils vendent.

Le partage de type C, alors, ressemble beaucoup aux magasins de livres ou de CDs d'occasion. C'est différent, bien sûr, parce que la personne qui met à disposition le contenu n'en tire pas un revenu. C'est aussi différent, bien sûr, parce que dans le monde réel, quand je vends un CD, je ne l'ai plus désormais, alors que dans le monde virtuel, quand quelqu'un partage mon enregistrement de 1949 de Bernstein « Deux Chansons d'Amour » (*Two Love Songs*), je l'ai toujours. Cette différence aurait une importance économique si le détenteur du copyright de 1949 vendait le CD en concurrence avec mon partage. Mais nous parlons de la classe des œuvres qui ne sont plus commercialisées actuellement. Internet le rend disponible, par le partage coopératif, sans rivaliser avec le marché.

Il se pourrait bien, toute chose considérée, qu'il soit préférable que le détenteur du copyright reçoive quelque chose de ce commerce. Mais le simple fait de pouvoir faire mieux n'implique pas qu'il faudrait interdire les magasins de livres d'occasion. Présenté différemment, si vous pensez que le type de partage C devrait être arrêté, pensez-vous que les bibliothèques et les magasins de livres d'occasion devraient être fermés aussi ?

Enfin, et peut-être surtout, les réseaux de partage de fichiers permettent au partage de type D d'exister — le partage de contenus que les détenteurs du copyright veulent voir partagés ou pour lesquels il n'y a plus de copyright en cours. Ce partage rend clairement service aux auteurs et à la société. L'auteur de science-fiction Cory Doctorow, par exemple, a sorti son premier roman *Down and Out in the Magic Kingdom* à la fois en librairie et en version téléchargeable gratuitement le même jour. Son calcul (et celui de son éditeur) était que la version en ligne ferait une belle publicité pour le livre « réel ». Les gens en liraient une partie en ligne, et s'en feraient une opinion. S'ils l'aimaient, alors ils seraient plus susceptibles de l'acheter. L'œuvre de Doctorow est de type D. Si les réseaux de partage permettent de diffuser son œuvre, alors lui et la société en ressortent gagnants (en réalité, bien plus que gagnants : c'est un grand livre !).

De même pour les œuvres mises dans le domaine public : ce partage bé-

néfice à la société sans aucun préjudice légal aux auteurs. Si des efforts pour résoudre le problème du partage du type A, faits pour protéger ce type d'œuvres, détruisent la possibilité du partage de type D, alors nous perdrions quelque chose d'important.

La question dans l'ensemble est la suivante : tandis que l'industrie du disque dit, de façon compréhensible, « Voilà combien nous avons perdu », on doit aussi demander « Dans quelle mesure la société a-t-elle tiré profit du partage p2p ? Quelle est la rentabilité ? Quelles sont les œuvres qui seraient autrement indisponibles ? »

Car contrairement au piratage décrit dans la première section de ce chapitre, une part importante du « piratage » par partage de fichiers est totalement légal et bénéfique. Et comme le piratage que j'ai décrit dans le chapitre 4 (p. 53), ce piratage est en grande partie motivé par une nouvelle façon de diffuser les contenus, liée aux évolutions des technologies de distribution. Ainsi, en cohérence avec la tradition qui nous a donné Hollywood, la radio, l'industrie du disque, et la télévision câblée, la question à se poser à propos du partage de fichiers est comment préserver au mieux ses bienfaits tout en minimisant (autant que possible) le préjudice injustifié qu'il cause aux artistes. C'est une question d'équilibre. La loi devrait chercher cet équilibre et cet équilibre sera trouvé seulement avec le temps.

« Mais cette guerre ne vise-t-elle pas uniquement le partage illégal ? La cible n'est-elle pas juste ce que vous appelez le partage de type A ? »

Vous pourriez le penser. Et nous devrions l'espérer. Mais jusqu'ici, il n'en est rien. L'effet de la guerre prétendument ciblée sur le partage de type A uniquement est ressenti bien au-delà de cette seule catégorie de partage. C'est plus évident dans le cas de Napster lui-même. Quand Napster dit à la cour fédérale qu'il avait développé une technologie pour bloquer le transfert de 99,4 pour cent des données identifiées en infraction, la cour fédérale répondit à la défense de Napster que 99,4 pour cent n'étaient pas suffisants. Napster devait amener le nombre d'infractions « à zéro »<sup>86</sup>.

Si 99,4 pour cent ne sont pas suffisants, alors c'est une guerre aux technologies de partage de fichiers, et non une guerre contre les infractions au copyright. Il n'y a aucun moyen d'assurer qu'un système de p2p est utilisé à 100 pour cent du temps conformément à la loi, pas plus qu'il n'y a de façon de garantir que 100 pour cent des magnétoscopes ou 100 pour cent des machines de Xerox ou 100 pour cent des pistolets sont utilisés en accord avec la loi. La tolérance zéro signifie zéro p2p. L'arrêt du tribunal signifie que nous, en tant que société, devons perdre les bienfaits du p2p, même pour les utilisations totalement légales et bénéfiques qu'il dessert, simplement pour garantir qu'il y a zéro infraction au copyright causée par le p2p.

La tolérance zéro ne fait par partie de notre histoire. Elle n'a pas produit l'industrie du contenu que nous connaissons aujourd'hui. L'histoire de la loi américaine est une recherche d'équilibre. Quand de nouvelles technologies modifiaient la façon de distribuer du contenu, la loi s'ajustait, après quelque temps, à la nouvelle technologie. Dans cet ajustement, la loi cherchait à préserver les droits légitimes des créateurs tout en protégeant l'innovation. Parfois, cela a signifié plus de droits pour les créateurs. Parfois moins.

Donc, comme nous l'avons vu, quand la « reproduction mécanique » a menacé les intérêts des compositeurs, le Congrès a concilié les droits des compositeurs et les intérêts de l'industrie du disque. Il a accordé des droits aux compositeurs, mais aussi aux interprètes : les compositeurs devaient être payés, mais à un prix fixé par le Congrès. Mais quand la radio a commencé à passer les enregistrements des interprètes, et qu'ils se sont plaints au Congrès que leur « propriété de création » n'était pas respectée (puisque la station de radio ne devait pas les payer pour la création qu'elle diffusait), le Congrès a rejeté leur revendication. Un avantage indirect était suffisant.

La télévision par câble a suivi le modèle des disques. Quand les tribunaux ont rejeté la plainte demandant que les chaînes du câble payent pour le contenu qu'elles rediffusaient, le Congrès a répondu en donnant aux chaînes un droit à une contrepartie, mais à un niveau fixé par la loi. Il a de la même façon donné aux sociétés du câble le droit du contenu, tant qu'elles payaient le prix statutaire.

Ce compromis, comme le compromis concernant les disques et les pianos mécaniques, a servi deux buts importants — en fait, les deux buts essentiels de toute législation sur le copyright. Premièrement, la loi assurait que les nouveaux innovateurs auraient la liberté de développer de nouvelles façons de distribuer du contenu. Deuxièmement, la loi assurait que les détenteurs de copyright seraient payés pour le contenu qui était distribué. Une crainte était que si le Congrès obligeait simplement la télévision par câble à payer les détenteurs de copyright quelle que soit leur exigence pour ces contenus, alors ces détenteurs associés aux chaînes utiliseraient leur pouvoir pour étouffer cette nouvelle technologie, le câble. Mais si le Congrès avait permis au câble d'utiliser le contenu des chaînes gratuitement, alors il aurait injustement subventionné le câble. Ainsi le Congrès a choisi une ligne qui assurerait une *contrepartie* sans donner au passé (les chaînes hertzianes) le contrôle sur le futur (le câble).

La même année où le Congrès établit cet équilibre, deux producteurs et distributeurs principaux de films intentèrent un procès contre une autre technologie, l'enregistreur de bande vidéo (maintenant appelé magnétoscope) que Sony avait produit : le Betamax. Le motif de la plainte de Disney et Universal contre Sony était relativement simple : Sony produisait un appareil, selon Disney et Universal, qui permettait aux consommateurs de se livrer à une infraction au copyright. Parce que l'appareil de Sony avait un bouton « enregistrer », l'appareil pourrait être utilisé pour enregistrer des films et des spectacles protégés par copyright. Sony profitait donc de l'infraction au copyright de ses clients. Il devrait donc, d'après la plainte de Disney et Universal, être partiellement tenu responsable de cette infraction.

La plainte de Disney et Universal avait quelque fondement. Sony avait vraiment décidé de concevoir sa machine pour pouvoir enregistrer très simplement des émissions télévisées. Il aurait pu construire une machine qui bloque ou interdise la copie directe d'une émission de télévision. Ou probablement, il aurait pu construire une machine que ne puisse copier que s'il y avait un signal spécial « Copiez-moi » sur la ligne. Il était clair que beaucoup d'émissions télévisées n'auraient pas accordé la permission de copier.

En effet, si quelqu'un avait demandé, la majorité des émissions n'aurait sans doute pas autorisé la copie. Et face à cette préférence évidente, Sony aurait pu concevoir son système pour réduire au minimum les possibilités d'infraction au copyright. Il ne l'a pas fait, et pour cela, Disney et Universal voulaient le tenir responsable de ses choix d'architecture.

Le président de MPAA, Jack Valenti, est devenu le défenseur le plus loquace des studios. Valenti a appelé les magnétoscopes les « vers de cassettes » [NdT : littéralement les « vers solitaires »]. Il a averti « Quand il y aura 20, 30, 40 millions de ces magnétoscopes sur la terre, nous serons envahis par des millions de ces “vers solitaires”, rongeant le cœur et l'essence même du capital le plus précieux qu'un détenteur de copyright a, son copyright »<sup>87</sup>. « On n'a pas besoin d'être formé au marketing sophistiqué et au jugement inventif », dit-il au Congrès, « pour comprendre la dévastation sur le marché cinématographique causée par des centaines de millions d'enregistrements qui auront un impact défavorable sur l'avenir de la communauté créatrice dans ce pays. C'est simplement une question d'économie de base et d'un bon sens total »<sup>88</sup>. En effet, comme des sondages le montreraient plus tard, 45 pour cent des propriétaires de magnétoscope auraient une bibliothèque de films de dix vidéos ou plus<sup>89</sup> — une utilisation que la Cour considérerait plus tard comme non « acceptable ». En « autorisant les possesseurs de magnétoscope à copier librement par le biais d'une exemption aux infractions de copyright sans créer un mécanisme pour indemniser des détenteurs de copyright », témoigna Valenti, le Congrès « prendrait aux propriétaires l'essence même de leur propriété : le droit exclusif de contrôler qui peut utiliser leur œuvre, c'est-à-dire qui peut la copier et qui profite ainsi de sa reproduction »<sup>90</sup>.

Cela a pris huit ans pour que ce cas soit résolu par la Cour suprême. Dans l'intervalle, la neuvième cour d'appel régionale, qui inclut Hollywood dans sa juridiction — le Juge principal Alex Kozinski, qui siège à cette cour, s'y réfère comme « le Circuit de Hollywood » — a tenu à ce que Sony soit responsable de l'infraction du copyright rendu possible par ses machines. En vertu du décret de la neuvième cour, cette technologie totalement familiale — que Jack Valenti avait appelé « l'Égorgeur de Boston de l'industrie cinématographique américaine » (pire encore, c'était un Égorgeur de Boston *japonais* de l'industrie cinématographique américaine) — était une technologie illégale<sup>91</sup>.

Mais la Cour suprême renversa la décision de la neuvième cour d'appel. Et dans son revirement, la Cour expliqua clairement son interprétation sur quand et si les tribunaux devaient intervenir dans de tels différends. Comme la Cour l'écrivit :

Une politique raisonnée, aussi bien que l'histoire, soutient notre respect constant du Congrès quand des innovations technologiques majeures modifient le marché des éléments protégés par copyright. Le congrès a l'autorité constitutionnelle et la capacité institutionnelle d'accommoder entièrement les diverses combinaisons des intérêts rivaux qui sont inévitablement impliqués par de telles technologies nouvelles<sup>92</sup>.

Il a été demandé au congrès de répondre à la décision de la Cour suprême. Mais comme pour la requête des artistes interprètes à propos des émissions radiophoniques, le Congrès rejeta la demande. Le congrès était convaincu que le film américain en avait assez, en dépit de ce « vol ». Si nous plaçons ces cas ensemble, un schéma apparaît clairement :

CAS	QUI A ÉTAIT « PIRATÉ »	RÉPONSE DES TRIBUNAUX	RÉPONSE DU CONGRÈS
Enregistrements	Compositeurs	Pas de protection	Licence légale
Radio	Artistes interprètes	N/A	Rien
Télévision par câble	Diffuseurs	Pas de protection	Licence légale
Magnétoscopes	Créateurs de films	Pas de protection	Rien

Dans chaque cas à travers notre histoire, une nouvelle technologie a changé la façon dont les contenus étaient distribués<sup>93</sup>. Dans chaque cas, tout au long de notre histoire, ce changement a signifié que quelqu'un a obtenu un « tour gratuit » sur le travail de quelqu'un d'autre.

Dans *aucun* de ces cas, ni les tribunaux, ni le Congrès n'ont supprimé tous ces tours gratuits. Dans *aucun* de ces cas, ni les tribunaux, ni le Congrès ne demanderaient que la loi garantisse au détenteur du copyright d'avoir toute la valeur de son copyright. Dans chaque cas, les détenteurs de copyright se sont plaints de ce « piratage ». Dans chaque cas, le Congrès a pris des mesures pour reconnaître une part de légitimité dans le comportement des « pirates ». Dans chaque cas, le Congrès a permis à quelque nouvelle technologie de profiter des contenus faits auparavant. Il a équilibré les intérêts en jeu.

Quand vous réfléchissez à tous ces exemples et aux autres exemples qui composent les quatre premiers chapitres de cette partie, cet équilibre a du sens. Est-ce que Walt Disney était un pirate ? Les Doujinshi seraient-ils meilleurs si leurs créateurs devaient demander la permission ? Les outils qui permettent aux autres de capter et de diffuser des images comme moyen de cultiver ou de critiquer notre culture devraient-ils être mieux réglementés ? Est-il vraiment juste que fabriquer un moteur de recherche vous expose à 15 millions de dollars de dommages et intérêts ? Cela aurait-il été mieux si Edison avait contrôlé le cinéma ? Chaque orchestre devrait-il faire appel à un avocat pour obtenir la permission d'enregistrer une chanson ?

Nous pourrions répondre oui à chacune de ces questions, mais notre tradition a répondu non. Dans notre tradition, comme la Cour suprême l'a affirmé, le copyright « n'a jamais accordé à son détenteur le contrôle complet de toutes les utilisations possibles de son œuvre »<sup>94</sup>. Au lieu de cela, les utilisations particulières que la loi réglemente ont été définies en équilibrant l'intérêt d'un droit exclusif, et les contraintes qui en découlent. Et, historiquement, cet équilibrage a été fait *après* qu'une technologie ait mûri, ou participe à un ensemble de technologies qui facilitent la distribution des contenus.

Nous devrions faire la même chose aujourd’hui. La technologie d’Internet évolue rapidement. La manière dont les gens se connectent à Internet (filaire et sans-fil) évolue très rapidement. Sans doute le réseau ne devrait-il pas devenir un instrument pour « voler » les artistes. Mais la loi ne devrait pas non plus devenir un instrument pour consacrer un modèle particulier de financement des artistes (ou plus exactement des distributeurs). Comme je le décris en détail dans le dernier chapitre de ce livre, nous devrions garantir un revenu aux artistes tout en permettant au marché de sécuriser le moyen le plus efficace de promouvoir et de distribuer le contenu. Cela nécessitera des changements de loi, au moins de façon transitoire. Ces changements devraient être faits de façon à équilibrer la protection de la loi et la forte contribution à l’intérêt général que continue d’apporter l’innovation.

C'est particulièrement vrai quand une nouvelle technologie offre un mode de distribution largement supérieur. Et c'est ce qu'offre le p2p. Les technologies du p2p peuvent être idéales pour déplacer efficacement des contenus à travers un réseau très divers. Si on les laissait se développer, elles pourraient rendre le réseau bien plus efficace. Pourtant ces « bienfaits publics potentiels », comme l'écrit John Schwartz dans le *New-York Times*, « pourraient être retardés à cause du combat contre le P2P »<sup>95</sup>.

**Pourtant quand quelqu'un** commence à parler d'« équilibre », les guerriers du copyright soulèvent un argument différent. « Tout ce brassage d'air sur l'équilibre et les incitations », disent-ils, « ignore un point fondamental. Notre contenu », insistent les guerriers, « est notre propriété. Pourquoi devrions-nous attendre le Congrès pour “rééquilibrer” nos droits de propriété ? Devez-vous attendre avant d'appeler la police quand votre voiture a été volée ? Et pourquoi le Congrès devrait-il délibérer des mérites de ce vol ? Se demande-t-on si le voleur a fait bon usage de la voiture volée avant de l'arrêter ? »

« C'est *notre propriété* » insistent les guerriers. « Et elle devrait être protégée comme n'importe quelle autre propriété ».



# **Deuxième partie**

## **« Propriété »**



**Les guerriers du copyright** ont raison : un copyright est une forme de propriété. Il peut être détenu et vendu, et la loi protège contre son vol. En général, le détenteur d'un copyright peut choisir de l'exercer au prix qu'il lui plaît. Les marchés font jouer l'offre et la demande, qui déterminent en partie le prix qu'il peut en obtenir.

Mais, en langage ordinaire, appeler un copyright une « propriété » est un peu trompeur, car la propriété liée au copyright est d'un type bien singulier. En effet, l'idée même de posséder une idée ou une expression est très étrange. Je sais ce que je prends si je prends la table de pique-nique que vous avez mise au fond de votre jardin. Je prends un objet, la table de pique-nique, et une fois que je l'ai prise, vous ne l'avez plus. Mais qu'est-ce que je prends, si je prends la bonne *idée* que vous avez eue de mettre une table de pique-nique dans votre jardin — par exemple, en allant acheter une table chez Sears, et en la mettant au fond de mon jardin ? Quelle est dans ce cas la chose que je prends ?

La différence ne tient pas seulement au fait que les tables de pique-nique sont des objets physiques et non pas des idées, même si c'est une différence importante. La différence tient au fait que dans la plupart des cas — en fait, dans pratiquement tous les cas sauf pour un nombre restreint d'exceptions — les idées sont libres. Je ne vous prends rien si je copie votre manière de vous habiller — bien que je risque de passer pour quelqu'un de bizarre si je le fais tous les jours, surtout si vous êtes une femme. Au contraire, comme disait Thomas Jefferson (et ceci est particulièrement vrai si je copie la manière dont quelqu'un s'habille), « Celui qui reçoit une idée de moi, reçoit une instruction sans diminuer la mienne ; de même que celui qui allume sa chandelle à la mienne, reçoit de la lumière sans me faire de l'ombre »<sup>96</sup>.

Les exceptions à l'utilisation libre concernent les idées et expressions couvertes par la loi des brevets et du copyright, et quelques autres cas que je n'aborderai pas ici. Dans ce cas la loi stipule que vous ne pouvez pas prendre mon idée ou expression sans ma permission : la loi transforme l'impalpable en propriété.

Mais comment, jusqu'à quel point, et sous quelle forme — les détails, en d'autres termes — ont ici leur importance. Afin de bien comprendre comment est apparu cet exercice de transformation de l'impalpable en propriété, il nous faut replacer cette « propriété » dans son contexte.<sup>97</sup>

Pour cela, ma stratégie sera la même que dans la partie précédente. Je propose quatre anecdotes, afin d'aider à replacer dans son contexte l'idée que « le copyright est une propriété ». D'où cette idée est-elle venue ? Quelles sont ses limites ? Comment s'applique-t-elle en pratique ? Après ces anecdotes, le sens de cette assertion — « le copyright est une propriété » — sera un peu plus clair, et ses implications apparaîtront bien différentes de celles que les guerriers du copyright voudraient bien nous le faire accepter.



## Fondateurs

**William Shakespeare** a écrit *Roméo et Juliette* en 1595. La pièce fut publiée pour la première fois en 1597. C'était la onzième grande pièce de théâtre écrite par Shakespeare. Il continua d'écrire des pièces jusqu'en 1613, et les pièces qu'il a écrites ont défini depuis lors la culture anglo-américaine. Les œuvres de cet écrivain du seizième siècle ont imprégné notre culture si profondément que souvent nous n'en reconnaissons même plus l'origine. J'ai entendu un jour quelqu'un faire ce commentaire au sujet de l'adaptation de Henri V par Kenneth Branagh : « J'ai aimé, mais Shakespeare contient tellement de clichés ».

En 1774, presque 180 ans après que *Roméo et Juliette* fut écrit, beaucoup considéraient encore que le « copy-right » était le droit exclusif d'un unique éditeur londonien, Jacob Tonson<sup>98</sup>. Tonson était le plus en vue d'un petit groupe d'éditeurs appelé les Conger<sup>99</sup> qui contrôlaient les ventes de livres en Angleterre au dix-huitième siècle. Les Conger prétendaient avoir un droit perpétuel de contrôler la « copie » de livres qu'ils avaient acquis auprès de leurs auteurs. Ce droit perpétuel signifiait que personne d'autre ne pouvait publier de copies d'un livre dont ils détenaient les droits. Les classiques étaient maintenus à des prix élevés : la concurrence, qui aurait pu produire des éditions meilleures ou moins chères, était éliminée.

Maintenant, l'année 1774 a quelque chose d'étonnant, pour qui s'y connaît un peu en loi sur le droit d'auteur. L'année la plus connue dans l'histoire du droit d'auteur est 1710, année où le Parlement anglais adopta la première loi de « copyright ». Connue sous le nom de Statut d'Anne, cette loi stipulait que tout travail publié serait placé sous copyright pour quatorze années, renouvelables une fois si l'auteur était vivant, et que tout travail publié avant 1710 serait protégé pour une durée additionnelle unique de vingt-et-une années<sup>100</sup>. Selon cette loi, *Roméo et Juliette* aurait dû être libre de droits en 1731. Pourquoi, dans ce cas, la question de savoir s'il était sous le contrôle de Tonson se posait-elle toujours en 1774 ?

La raison est que les Anglais ne s'étaient pas encore mis d'accord sur ce qu'était un « copyright » — en fait personne ne l'avait fait. À l'époque où les Anglais passaient le Statut d'Anne, il n'y avait aucune autre législation gouvernant le droit d'auteur. La dernière loi réglementant l'activité des éditeurs, le Licensing Act de 1662, avait expiré en 1695. Cette loi donnait aux éditeurs un monopole sur la publication, afin de faciliter le contrôle de ce qui était publié par la Couronne. Mais après son expiration, il n'y avait pas de loi positive qui réservait aux éditeurs, ou « Imprimeurs », un droit exclusif d'imprimer

des livres.

Qu'il n'y ait pas eu de loi *positive* ne veut pas dire qu'il n'y avait pas de loi du tout. La tradition légale anglo-américaine tient compte à la fois des législateurs et des jurisprudences, afin de savoir quelles lois doivent gouverner les comportements. Nous appelons « loi positive » les lois passées par le législateur. Nous appelons « loi commune » les jurisprudences. La loi commune définit le cadre dans lequel le législateur passe ses lois. Le législateur, d'ordinaire, ne peut sortir de ce cadre que s'il passe une loi pour en changer. Et donc la vraie question, une fois que le statut avait expiré, était de savoir si la loi commune pouvait protéger un copyright, indépendamment de toute loi positive.

Cette question était importante pour les éditeurs, ou « libraires », comme ils étaient appelés, car il y avait une concurrence croissante de la part d'éditeurs étrangers. Les Écossais, en particulier, publiaient et exportaient de plus en plus de livres vers l'Angleterre. Cette concurrence réduisait les profits des Conger, qui réagirent en demandant au Parlement de passer une loi qui leur donne à nouveau le contrôle exclusif de la publication. Cette demande aboutit finalement au Statut d'Anne.

Le Statut d'Anne accordait à l'auteur ou au « propriétaire » d'un livre le droit exclusif d'imprimer ce livre. Cependant, au désespoir des libraires, une limitation importante était que la loi n'accordait ce droit au libraire que pour une durée limitée. À la fin de cette durée, le copyright « expirait », et l'œuvre devenait libre et pouvait être publiée par n'importe qui. Ou du moins, il semble que c'est ce que le législateur croyait.

Maintenant, la question à laquelle je souhaite que vous réfléchissiez un moment est la suivante : Pourquoi le Parlement avait-il limité ce droit exclusif ? La question n'est pas comment la limite fut choisie, mais pourquoi cette limite *existait-elle* ?

Car les éditeurs, et les auteurs qu'ils représentaient, avaient un argument très fort. Prenons par exemple *Roméo et Juliette* : Cette pièce a été écrite par Shakespeare. C'est son seul génie qui lui a donné naissance. En créant cette pièce, il n'a pris la propriété de personne (c'est une affirmation controversée, mais passons), pas plus qu'il n'a rendu plus difficile la création de pièces par d'autres. Pourquoi donc la loi autorise-t-elle quelqu'un à prendre un jour la pièce de Shakespeare, sans sa permission ni celle d'un de ses agents ? Quelle raison y a-t-il à laisser quelqu'un d'autre « voler » le travail de Shakespeare ?

La réponse tient en deux parties. Premièrement, il nous faut savoir quelque chose de spécial concernant la notion de « copyright » qui existait au temps du Statut d'Anne. Deuxièmement, nous devons comprendre quelque chose d'important au sujet de ces « libraires ».

Premièrement, au sujet du copyright. Au cours des trois cents dernières années, nous n'avons cessé d'élargir le champ d'application du concept de « droit d'auteur ». Mais en 1710, il ne s'agissait pas tant d'un concept que d'un droit très particulier. Le droit d'auteur est né sous la forme d'un ensemble d'interdictions très spécifiques : Il interdisait aux autres de reproduire un livre. En 1710, le « copy-right » était le droit d'utiliser une machine particulière afin de répliquer une œuvre particulière. Il n'allait pas plus loin que ce

droit très étroit. Il ne contrôlait pas la manière dont une œuvre pouvait être utilisée. Aujourd’hui ce droit comporte une longue liste de restrictions de la liberté des autres : il accorde à l'auteur le droit exclusif de copier, le droit exclusif de distribuer, le droit exclusif d'exécuter, etc.

Ainsi, par exemple, même si le copyright sur les œuvres de Shakespeare était éternel, tout ce que cela aurait voulu dire au sens original du terme, c'est que personne n'aurait pu rééditer une œuvre de Shakespeare sans la permission des ayants droit. Cela n'aurait en rien contrôlé, par exemple, la manière dont cette œuvre aurait pu être jouée, le fait qu'on puisse la traduire, ou que Kenneth Branagh soit autorisé à faire ses films. Le « copy-right » n'était qu'un droit exclusif d'imprimer — rien de moins, bien sûr, mais aussi rien de plus.

Même ce droit limité était vu avec scepticisme par les Britanniques. Ces derniers avaient eu une expérience longue et douloureuse des « droits exclusifs », surtout ceux garantis par la Couronne. Les Anglais avaient connu une guerre civile, en partie à cause de la pratique qu'avait la Couronne d'octroyer des monopoles, surtout pour des œuvres qui existaient déjà. Le roi Henry VIII avait octroyé une patente pour imprimer la Bible, et octroyé à Darcy le monopole d'imprimer des cartes à jouer. Le parlement anglais commença à résister à ces prérogatives de la Couronne. En 1656, il fit passer le Statut des Monopoles, qui limitait les monopoles aux brevets pour les inventions nouvelles. Et en 1710, le parlement était impatient de s'occuper du monopole grandissant de l'édition.

Ainsi le « copy-right ; droit de copie », vu comme un droit monopolistique, était naturellement vu comme un droit qui devait être limité. (Aussi convainquant que soit l'argument « ceci est ma propriété, et devrait le rester pour toujours », essayez de rester convainquant en articulant « ceci est mon monopole, et devrait le rester pour toujours ».) L'état protégeait les droits exclusifs, mais seulement dans la mesure où la société en bénéficiait. Les Anglais voyaient les dégâts qui résultaient des traitements de faveur ; ils avaient passé une loi pour les faire cesser.

Ensuite, à propos des libraires. Le problème n'était pas seulement que le copyright était un monopole. Cela provenait aussi du fait que le monopole était tenu par les libraires. De nos jours, ils nous semblent pittoresques et inoffensifs. Ils n'étaient pas vus comme inoffensifs dans l'Angleterre du dix-septième siècle. Les membres de la Congrégation étaient de plus en plus vus comme des monopolistes de la pire espèce — des instruments de la répression de la couronne, vendant la liberté de l'Angleterre pour garantir leur propre profit. Les attaques contre ces monopolistes étaient dures : Milton les décrit comme des « vieux titulaires de brevets et accapareurs du marché de la vente de livres » ; c'était « des hommes qui ne travaillent donc pas dans une profession honnête, dans laquelle l'apprentissage est inutile »<sup>101</sup>.

Beaucoup croyaient que le pouvoir exercé par les libraires limitait la diffusion du savoir, au moment même où les Lumières enseignaient l'importance de l'éducation et de la diffusion de la connaissance en général. L'idée que la connaissance devait être libre fut un des jalons de l'époque, et ces puissants intérêts commerciaux interféraient avec cette idée.

Pour contrecarrer ce pouvoir, le Parlement décida d'augmenter la concurrence

rence parmi les libraires, et la manière la plus facile de le faire fut de favoriser la diffusion des livres les plus intéressants. Le Parlement décida donc de limiter la durée des copyrights et, par là même, garantit que les livres de valeur pourraient être ouverts à la publication pour tous les libraires après un temps limité. La mise en place d'une durée de vingt et un ans pour les œuvres existantes fut un compromis pour combattre la puissance des libraires. La limitation des durées était un moyen indirect d'assurer la concurrence entre éditeurs, et ainsi la construction et la diffusion de la culture.

Néanmoins, en 1731 (1710 + 21), les libraires prirent peur. Ils voyaient les conséquences de plus de concurrence, et comme tout compétiteur, ils n'aimaient pas ça. Ils commencèrent par ignorer le Statut d'Anne, en continuant d'insister sur leurs droits perpétuels de contrôle de la publication. Mais en 1735 et 1737, ils tentèrent de persuader le Parlement de prolonger leurs durées. Vingt et un ans ne leur suffisaient pas ; ils avaient besoin de plus de temps.

Le Parlement rejeta leurs requêtes. Ces mots d'un pamphlétaire de l'époque font écho à la situation actuelle :

Je ne vois aucune raison pour accorder une prolongation supplémentaire aujourd'hui, qui ne serait là que pour être prolongée encore et encore, au fur et à mesure que les durées précédentes expirent ; si cette loi devait passer, elle établirait de fait un monopole perpétuel, une chose justement odieuse au regard de la loi ; ce serait une grande entrave au commerce, un découragement de l'apprentissage, sans aucun bénéfice pour les auteurs mais un impôt général sur le public ; et tout ceci pour seulement augmenter les gains privés des libraires<sup>102</sup>.

Ayant échoué au Parlement, les éditeurs se tournèrent vers les tribunaux, dans une série de procès. Leur argument était simple et direct : le Statut d'Anne donnait aux auteurs certaines protections au travers d'une loi positive, mais ces protections n'étaient pas destinées à remplacer la loi commune. Elles étaient destinées simplement à la compléter. Sous la loi commune, il était déjà interdit de prendre la « propriété » de création d'une autre personne et de l'utiliser sans sa permission. Le Statut d'Anne n'y a rien changé, dirent les libraires. C'est pourquoi, selon eux, lorsque le Statut d'Anne a expiré, cela ne signifiait pas que les protections de la loi commune aient expiré : selon cette loi, ils avaient le droit d'interdire la publication d'un livre, même si le Statut d'Anne avait expiré. C'était, selon eux, la seule manière de protéger les auteurs.

C'était un argument astucieux, un de ceux qui avaient le soutien des principaux juristes de l'époque. Il démontrait aussi une extraordinaire perversité. Jusqu'alors, comme l'a écrit le professeur de droit Raymond Patterson, « Les éditeurs [...] avaient autant d'égards pour les auteurs qu'un fermier en a pour son bétail. »<sup>103</sup> Les libraires ne prenaient aucune attention aux droits des auteurs. Leur seule préoccupation était le profit monopolistique qu'ils pouvaient tirer de leurs œuvres.

L'argument des libraires ne fut pas accepté sans lutte. Le principal protagoniste de cette lutte était un libraire écossais nommé Alexander Donaldson.<sup>104</sup>

Donaldson ne faisait pas partie des Conger de Londres. Il commença sa carrière à Edimbourg en 1750. Son commerce était concentré sur les rééditions bon marché d'« œuvres standard dont la durée de copyright avait expiré », du moins selon le Statut d'Anne<sup>105</sup>. La maison d'édition de Donaldson prospéra et devint « quelque chose comme un centre pour écossais instruits ». « Parmi eux », écrit le professeur Mark Rose, se trouvait « le jeune James Boswell qui, avec son ami Andrew Erskine, publia avec Donaldson une anthologie de poèmes écossais contemporains. »<sup>106</sup>

Quand les libraires de Londres tentèrent de fermer la boutique de Donaldson en Écosse, il répliqua en déménageant sa boutique à Londres, où il vendit des éditions bon marché « des livres anglais les plus populaires, en défiance au supposé droit de la loi commune sur la Propriété Littéraire »<sup>107</sup>. Ses livres étaient 30 à 50 pour cent moins chers que ceux des Conger, et il justifiait son droit de leur faire concurrence par le fait que, selon le Statut d'Anne, les œuvres qu'il vendait n'étaient plus protégées.

Les libraires de Londres donnèrent rapidement suite, afin d'empêcher un tel « piratage ». Un certain nombre d'actions contre les « pirates » réussirent, la plus importante victoire étant celle de *Millar contre Taylor*.

Millar était un libraire, qui en 1729 avait acquis les droits du poème « The Seasons » de James Thomson. Millar répondait aux exigences du Statut d'Anne, et reçut donc la protection complète prévue par le statut. Une fois le copyright expiré, Robert Taylor commença à imprimer une édition concurrente. Millar le poursuivit, arguant d'un droit perpétuel selon la loi commune, quoi qu'en dise le Statut d'Anne<sup>108</sup>.

A l'étonnement des juristes modernes, un des plus grands juges de l'histoire anglaise, Lord Mansfield, approuva les libraires. Quelle que soit la protection accordée par le Statut d'Anne aux libraires, ce dernier n'annulait en aucun cas les droits découlants de la loi commune. La question était de savoir si la loi commune protégeait l'auteur contre les « pirates ». La réponse de Mansfield fut oui : la loi commune empêchait Taylor de réimprimer le poème de Thomson sans la permission de Millar. Cette loi commune donnait donc effectivement aux libraires un droit perpétuel de contrôler la publication de tout livre étant assigné.

Pris comme un problème de justice abstraite, en raisonnant comme si la justice n'était qu'affaire de déduction logique en partant de principes de base, la conclusion de Mansfield peut sembler juste. Mais ce qu'elle ne prenait pas en compte, c'était le problème plus vaste que le Parlement avait eu à résoudre en 1710 : Comment limiter au mieux le monopole des éditeurs ? La stratégie du Parlement avait été d'offrir une durée de protection pour les travaux existants qui était assez longue pour acheter la paix en 1710, mais assez courte pour assurer que la culture passe dans le domaine de la concurrence au bout d'un temps raisonnable. En vingt et un ans, pensait le Parlement, la Grande-Bretagne passerait du système de culture contrôlée voulu par la Couronne, à la culture libre dont nous avons hérité.

Cependant, le combat pour défendre les limites imposées par le Statut d'Anne ne devait pas se terminer là, et c'est ici que Donaldson entre dans la

danse.

Millar mourut peu après sa victoire, il ne fut donc pas fait appel. Son héritier vendit les poèmes de Thomson à une association d'imprimeurs, dont Thomas Beckett faisait partie<sup>109</sup>. Donaldson publia ensuite une édition non autorisée des œuvres de Thomson. Beckett, fort de la décision prise dans l'affaire *Millar*, obtint une injonction à l'encontre de Donaldson. Donaldson fit appel devant la Chambre des Lords, qui fonctionnait comme notre Cour Suprême. En février 1774, cette chambre eut l'occasion d'interpréter la signification des limites décidées par le Parlement soixante ans plus tôt.

Fait plutôt rare en matière de loi, l'affaire *Donaldson contre Beckett* attira une attention immense dans toute la Grande-Bretagne. Les avocats de Donaldson soutinrent que quels que soient les droits qui avaient pu exister sous la loi commune, le Statut d'Anne les rendait obsolètes. Après l'adoption du Statut d'Anne, la seule protection légale pour un droit exclusif de contrôler une publication devait venir de ce statut. Donc, disaient-ils, une fois que la durée spécifiée dans le Statut d'Anne était écoulée, les œuvres qui avaient été protégées par ce statut n'étaient plus protégées.

La Chambre des Lords était une institution étrange. Les questions légales étaient soumises à la Chambre, et les « lords de la loi », membres d'une distinction judiciaire spéciale qui fonctionnait beaucoup comme les juges de notre Cour Suprême, votaient en premier. Ensuite, une fois que les lords de la loi avaient voté, la Chambre des Lords votait au complet.

Les rapports sur le vote des lords de la loi sont mitigés. D'après certains, il semble que le copyright perpétuel ait prévalu. Mais il n'y a pas d'ambiguïté concernant le vote de la Chambre des Lords au complet. À une majorité des deux tiers (22 contre 11), ils rejetèrent l'idée de copyrights perpétuels. Quelle que soit la manière dont on interprétait la loi commune, un copyright était maintenant fixé pour un temps limité, après lequel l'œuvre protégée par copyright passait dans le domaine public.

« Le domaine public. » Avant le procès *Donaldson contre Beckett*, il n'y avait pas de notion claire de domaine public en Angleterre. Avant 1774, l'idée dominante était que la loi commune sur le copyright était perpétuelle. Après 1774, le domaine public était né. Pour la première fois dans l'histoire anglo-américaine, le contrôle légal sur les créations expirait, et les plus grandes œuvres de l'histoire anglaise, y compris celles de Shakespeare, Bacon, Milton, Johnson, et Bunyan, étaient libres de contraintes légales.

C'est difficile à imaginer pour nous, mais cette décision de la Chambre des Lords provoqua une réaction populaire et politique extraordinaire. En Écosse, où la plupart des « éditeurs pirates » effectuaient leur travail, les gens fêtèrent cette décision dans les rues. Comme le rapporta l'*Edinburgh Advertiser*, « Aucune cause privée n'avait à ce point capté l'attention du public, et aucune cause n'avait été défendue devant la Chambre des Lords dont l'issue intéressait autant de gens ». « Grandes réjouissances à Edinburgh après la victoire sur la propriété littéraire : feux de joie et illuminations »<sup>110</sup>.

A Londres, cependant, du moins parmi les éditeurs, la réaction fut aussi forte dans la direction opposée. Le *Morning Chronicle* rapporte :

Par la décision précédente [...] c'est une valeur d'environ 200.000

livres de ce qui fut honnêtement acheté lors de ventes publiques, et qui était considéré hier comme de la propriété, est maintenant réduite à néant. Les libraires de Londres et de Westminster, qui pour beaucoup d'entre eux avaient vendu leurs biens et leurs maisons afin d'acheter des Copyrights, se retrouvent en quelque sorte ruinés, et ceux qui après plusieurs années de métier pensaient avoir acquis une compétence à offrir à leur famille se retrouvent sans un centime à offrir à leurs successeurs.<sup>111</sup>

« Ruinés » est un peu exagéré. Mais il n'est pas exagéré de dire que le changement fut profond. La décision de la Chambre des Lords signifiait que les libraires ne pourraient plus contrôler la manière dont la culture se développerait en Angleterre. Désormais, la culture en Angleterre était *libre*. Non pas au sens où les droits d'auteur n'étaient pas respectés, car bien sûr, pour une durée limitée suivant la publication d'une œuvre, le libraire avait le droit exclusif de contrôler la publication de ce livre. Et non pas au sens où les livres pouvaient être volés, car même après que le copyright avait expiré, il fallait toujours acheter le livre à quelqu'un. Mais *libre* en ce sens que la culture et sa croissance n'étaient plus contrôlés par un petit groupe d'éditeurs. Comme tout marché libre, celui de la culture libre allait croître à partir des choix des consommateurs et des producteurs. La culture anglaise se développerait en fonction des choix des nombreux lecteurs anglais — choix des livres qu'ils achetaient et écrivaient, choix des idées qu'ils répétaient et adoptaient. Ils choisissaient dans un *cadre concurrentiel*, et non pas dans un cadre où les choix concernant quelle culture est disponible, et de quelle manière on y accède, seraient faits par une minorité, en dépit des souhaits de la majorité.

Du moins, c'était la règle dans un monde où le Parlement était opposé aux monopoles, et résistait aux plaidoyers protectionnistes des éditeurs. Dans un monde où le Parlement aurait été plus flexible, la culture libre aurait été moins protégée.



## Enregistreurs

**Jon Else** est un réalisateur. Il est surtout connu pour ses documentaires, et ses œuvres ont eu beaucoup de succès. C'est aussi un enseignant, et en tant qu'enseignant moi-même, j'envie la loyauté et l'admiration que lui vouent ses étudiants. (J'ai rencontré, par hasard, deux de ses étudiants au cours d'un dîner. Ils le considéraient comme un dieu.)

Else a travaillé sur un documentaire auquel je participais. Pendant une pause, il me raconta une histoire qui parlait de la liberté de création dans les films aux États-Unis aujourd'hui.

En 1990, Else travaillait à un documentaire sur la Tétralogie de Wagner. Le sujet du documentaire concernait les machinistes à l'Opéra de San Francisco. Les machinistes constituent une partie particulièrement curieuse et pittoresque d'un opéra. Pendant une représentation, ils se promènent sous la scène, dans la loge du souffleur et le local d'éclairage. Ils font un contraste parfait avec l'art de la scène.

Pendant une des représentations, Else filmait des machinistes en train de jouer aux dames. Dans un coin de la salle il y avait un écran de télévision. À l'écran, pendant que les machinistes jouaient aux dames et que l'opéra jouait Wagner, passaient *Les Simpson*. D'après Else, cette touche de dessin animé permettait de mieux ressentir ce que la scène avait de spécial.

Des années plus tard, quand il finit par obtenir un financement pour terminer son film, Else voulut s'acquitter des droits pour ces quelques secondes des *Simpson*. Car bien sûr, ces quelques secondes sont protégées par copyright ; et bien sûr, pour utiliser du contenu sous copyright, il faut la permission du détenteur de copyright, sauf si c'est pour un « usage loyal » ou autre cas particulier du même genre.

Else appela le bureau de Matt Groening, le créateur des *Simpson*, pour obtenir sa permission. Groening fut d'accord. Il ne s'agissait que de quatre secondes et demie, sur un minuscule écran de télévision dans un coin de la pièce. Quel mal pouvait-il y avoir à cela ? Groening était content d'avoir ces quelques secondes des *Simpson* dans le film, mais il dit à Else de contacter Gracie Film, la compagnie qui produit le programme.

Chez Gracie Films on fut aussi d'accord, mais comme Groening, on voulut faire attention. On dit donc à Else de contacter la Fox, la maison mère de Gracie Films. Else appela la Fox et leur expliqua l'histoire du clip dans un coin de l'écran. Else dit que Matt Groening avait déjà donné sa permission. Il voulait juste obtenir confirmation de la Fox.

C'est alors que, comme me le raconta Else, « deux choses se produisirent.

Premièrement nous découvrîmes [...] que la création de Matt Groening ne lui appartenait pas — ou du moins que quelqu'un [chez Fox] croyait qu'elle ne lui appartenait pas ». Et deuxièmement, la Fox « voulait dix mille dollars en échange de l'utilisation de ces quatre secondes et demie des *Simpson*, qui apparaissaient de manière tout à fait fortuite sur un coin de l'écran. »

Else était certain qu'il y avait erreur. Il réussit à obtenir ce qu'il pensa être la vice-présidente pour les questions de licence, Rebecca Herrera. Il lui expliqua « Vous devez faire erreur [...] nous vous demandons le tarif éducatif ». C'était bien le tarif éducatif, lui répondit Herrera. Un jour plus tard, Else rappela pour obtenir confirmation de ce qu'on lui avait dit.

« Je voulais m'assurer que j'avais bien compris », me dit il. « Oui, vous avez bien compris », lui dit-elle. Il en coûterait 10.000 dollars d'utiliser le clip des *Simpson* dans le coin de l'écran d'un documentaire sur la Tétralogie de Wagner. Et puis, d'une manière étonnante, Herrera dit à Else : « Et si vous citez ce que je viens de dire, vous entendrez parler de nos avocats ». Plus tard, un assistant de Herrera dit à Else : « Ils se fichent du reste. Ils veulent l'argent et c'est tout. »

Else n'avait pas de quoi acheter le droit de remontrer ce que montrait la télévision des coulisses de l'opéra de San Francisco. Montrer cette réalité dépassait le budget du réalisateur. À la dernière minute avant la sortie du film, Else remplaça à l'ordinateur la vue par un extrait d'un autre film sur lequel il avait travaillé dix ans plus tôt, *The Day After Trinity*.

**Il ne fait aucun doute** que quelqu'un, que ce soit Matt Groening ou la Fox, est propriétaire des droits des *Simpson*. Ces droits sont leur propriété. Pour utiliser ce contenu protégé, la permission du détenteur des droits est parfois nécessaire. Si l'utilisation que Else voulait faire des *Simpson* était un des cas restreints par la loi, alors il avait besoin d'obtenir la permission avant de pouvoir les utiliser de cette manière. Et dans un marché libre, c'est le propriétaire des droits qui fixe le prix de toute utilisation pour laquelle la loi lui accorde le contrôle.

Par exemple, une « représentation publique » des *Simpson* est soumise au contrôle du propriétaire des droits. Si vous prenez quelques-uns de vos épisodes favoris, louez un cinéma, et faites payer pour voir « Mes épisodes préférés des *Simpson* », alors il vous faut la permission du propriétaire des droits. Et ce propriétaire peut (c'est son bon droit, à mon avis) faire payer le montant qu'il lui plaît — 10 dollars ou un million de dollars. C'est son droit, car fixé par la loi.

Mais quand des juristes entendent cette histoire sur Jon Else et la Fox, leur première pensée est « usage loyal »<sup>112</sup>. L'utilisation par Else de 4,5 secondes d'une vue indirecte d'un épisode des *Simpson* est clairement un usage loyal des *Simpson* — et l'usage loyal ne nécessite pas la permission de qui que ce soit.

J'ai donc demandé à Else pourquoi il ne s'était pas tout simplement prévalu de l'« usage loyal ». Voici sa réponse :

Le fiasco des *Simpson* a été pour moi une leçon sur le fossé qui sépare ce que les avocats jugent sans importance de leur point de vue abstrait, et ce qui en pratique est d'une importance écrasante

pour nous autres qui essayons de tourner et diffuser des documentaires. Je n'ai jamais douté qu'il s'agisse d'un « usage clairement loyal » sur le plan purement légal. Mais je ne pouvais pas me reposer là-dessus en pratique. Voici pourquoi :

1. Avant qu'un film puisse être diffusé, la chaîne nous impose de souscrire à une assurance de responsabilité civile professionnelle. Les assureurs demandent un « bulletin visuel », qui dresse la liste de chaque séquence du film, sa source et son statut de licence. Ils ont une notion assez restreinte de l'« usage loyal », et prétendre à un « usage loyal » peut compromettre la demande d'assurance.
2. Je n'aurais probablement jamais dû poser la question à Matt Groening dès le départ. Mais je savais que la Fox avait l'habitude de rechercher et de stopper toute utilisation des *Simpson* sans licence, tout comme George Lucas se distinguait pour ses recours aux tribunaux concernant l'utilisation de *Star Wars*. Donc j'ai décidé de suivre la loi à la lettre, en pensant que nous obtiendrions une licence gratuite ou presque pour quatre secondes de *Simpson*. En tant que producteur de documentaires contraint de faire des économies sur les lacets, la dernière chose dont j'avais besoin était de risquer un procès, même en dommages, et même pour défendre un principe.
3. Il se trouve que j'ai parlé avec un de vos collègues de la Faculté de Droit de Stanford [...] qui m'a confirmé qu'il s'agissait d'un usage loyal. Il a aussi confirmé que la Fox « porterait plainte et vous ferait passer la corde au cou », quelle que soit la validité de mes arguments. Il me dit clairement que ce serait celui qui avait le plus d'avocats et les poches les plus profondes qui l'emporterait.
4. En général, cette question de l'usage loyal se pose à la fin d'un projet, alors que nous devons tenir une date de sortie et que nous n'avons plus d'argent.

En théorie, usage loyal signifie que l'on peut se passer de permission. Par conséquent la théorie favorise la culture libre, et préserve d'une culture de permissions. Mais en pratique, l'usage loyal fonctionne très différemment. Le flou des limites légales, combiné à lénormité des amendes infligées à qui les franchit, fait qu'en pratique l'usage loyal est très restreint dans beaucoup de domaines de la création artistique. La loi vise juste, mais la manière dont elle est appliquée vise ailleurs.

Cet exemple montre combien la loi s'est éloignée de ses racines du dix-huitième siècle. La loi est née comme bouclier pour protéger les revenus des éditeurs de la concurrence déloyale d'un pirate. Elle a grandi comme une épée qui se mêle de tous les usages, transformatifs ou non.



## Transformateurs

**En 1993**, Alex Alben, un avocat, travaillait pour Starwave, Inc. Starwave était une entreprise innovante fondée par Paul Allen, le cofondateur de Microsoft, dans le but de développer du contenu numérique. Bien avant qu'Internet ne devienne populaire, Starwave commença à investir dans de nouvelles technologies permettant la diffusion de contenus que la puissance des réseaux permettait d'anticiper.

Alben s'intéressait tout spécialement aux nouvelles technologies. Il était intrigué par le marché émergent de la technologie du CD-ROM — non pas pour la distribution des films, mais pour faire des choses avec les films qui serait difficile à réaliser autrement. En 1993, il initia le développement d'un produit servant à produire une retrospective du travail d'un acteur donné. Le premier acteur choisi fut Clint Eastwood. L'idée était de mettre à l'affiche tout le travail d'Eastwood avec des clips tirés de ses films et des interviews de personnes importantes dans sa carrière.

À l'époque, Eastwood avait déjà fait plus de cinquante films en tant qu'acteur et réalisateur. Alben commença une série d'interviews avec Eastwood, l'interrogeant sur sa carrière. Puisque c'était Starwave qui produisait ces interviews, la compagnie était libre de les inclure sur son CD.

Les interviews seules n'auraient pas fait un produit très intéressant, alors Starwave voulut ajouter du contenu tiré des films d'Eastwood : des affiches, des scripts, et d'autres choses en rapport avec les films qu'Eastwood avait fait. La majeure partie de sa carrière, Eastwood l'avait passé chez Warner Brothers, et il était donc relativement facile d'obtenir la permission d'accès à ce contenu.

Puis Alben et son équipe décidèrent d'inclure d'authentiques extraits de film. « Notre objectif était d'avoir un extrait de chacun des films d'Eastwood », me dit Alben. C'est à ce moment-là que le problème se posa. « Personne n'avait réellement fait ça auparavant », expliqua Alben. « Personne n'avait jamais essayé de faire cela dans la perspective de couvrir la carrière d'un acteur. »

Alben présenta l'idée à Michael Slade, le PDG de Starwave. Slade lui demanda : « Bon, que devrons-nous faire ? »

Alben répondit : « Et bien, nous allons devoir nous acquitter des droits de chaque personne qui apparaît dans ces films, de même pour la musique et tout ce que nous voulons utiliser dans ces extraits de film ». Slade lui dit : « Excellent ! Faisons cela »<sup>113</sup>.

Le problème était que ni Alben ni Slade n'avait la moindre idée de ce

qui serait nécessaire à l'obtention des autorisations. Tous les acteurs jouant dans chacun des films auraient pu réclamer des redevances pour la réutilisation d'un film. Cependant, les CD-ROM n'avaient pas été spécifiés dans les contrats avec les acteurs, alors il n'y avait aucun moyen de savoir ce que Starwave allait faire.

J'ai demandé à Alben comment il avait réglé le problème. Visiblement fier de son esprit d'initiative, qui masquait l'évidente bizarrie de son récit, Alben raconta ce qu'ils avaient fait :

Nous avons examiné les extraits de films un par un. Nous avons choisi, en fonction de critères artistiques, quels extraits de film inclure — bien sûr, nous allions utiliser l'extrait « Make my day » de *Dirty Harry*. Mais ensuite il fallait trouver le type au sol qui tremble sous le canon, et il fallait sa permission. Et il fallait décider combien nous allions le payer.

Nous avons décidé qu'il serait équitable de leur offrir le tarif de figurant en échange du droit de réutiliser leur travail. Il s'agit d'un extrait de moins d'une minute, mais pour pouvoir réutiliser ce travail dans le CD-ROM, le tarif à l'époque était d'environ 600 dollars. Donc, il nous a fallu identifier les gens. Certains d'entre eux étaient difficile à identifier, parce que dans les films d'Eastwood on ne sait pas toujours qui est le type qui passe à travers la vitre : est-ce l'acteur ou le cascadeur ? Et ensuite, tout simplement, nous avons monté une équipe, mon assistant et quelques autres, et nous avons commencé à appeler ces personnes.

Certains acteurs étaient heureux de nous aider — Donald Sutherland, par exemple, s'assura lui-même que tous les droits étaient acquittés. D'autres étaient étonnés de leur chance. Alben leur demandait « Allô, puis-je vous payer 600 dollars, ou peut-être 1.200 si vous apparaîsez dans deux films, vous voyez ? » Et ils disaient « Vous êtes sérieux ? Hé, j'aimerais beaucoup 1.200 dollars ». Et d'autres, bien sûr, étaient un peu difficiles (les ex-épouses délaissées, en particulier). Mais finalement, Alben et son équipe avaient acquitté les droits pour ce CD-ROM de rétrospective sur la carrière de Clint Eastwood.

C'était une *année* plus tard — « et même à ce moment nous n'étions pas sûrs de les avoir tous acquittés ».

Alben est fier de son travail. Ce projet était le premier du genre, et à sa connaissance c'était la seule fois où une équipe avait entrepris un effort aussi massif dans le but de sortir une rétrospective.

Tout le monde pensait que cela serait trop difficile. Tout le monde levait les mains au ciel et disait « Oh, mon dieu, un film, cela fait tellement de copyrights, il y a la musique, la mise en scène, le directeur, les acteurs ». Mais nous l'avons fait. Nous en avons séparé chaque partie, et dit « OK, il y a tant d'acteurs, tant de directeurs, [...]tant de musiciens » et nous avons procédé de manière très systématique et nous avons acquitté les droits.

Et sans aucun doute, le produit lui-même était exceptionnellement bon. Eastwood l'adorait, et il se vendit très bien.

Mais je fis observer à Alben à quel point il semble étrange qu'il ait fallu un an de travail simplement pour s'acquitter des droits. Sans doute Alben l'avait fait de manière très efficace, mais pour reprendre un mot célèbre de Peter Drucker, « il n'y a rien de plus inutile que de faire efficacement quelque chose qu'on ne devrait pas faire du tout »<sup>114</sup>. Est-il normal, demandai-je à Alben, de devoir procéder ainsi pour réaliser un travail nouveau ?

Car, comme il le reconnut, « très peu de gens [...] ont le temps et les ressources, et la volonté de faire cela », et donc, très peu d'œuvres de ce type seraient jamais réalisés. Est-il normal, lui demandai-je, du point de vue de ceux qui ont reçu les droits en premier, que vous ayez à acquitter des droits pour ce type d'extraits ?

Je ne pense pas. Quand un acteur joue un rôle dans un film, il ou elle est très bien payée [...] Et ensuite si 30 secondes de ce rôle sont utilisées dans un nouveau produit qui est une rétrospective sur la carrière de quelqu'un, je ne pense pas que cette personne [...] doive être indemnisée pour cela.

Ou du moins, est-ce là la *manière* dont l'artiste doit être indemnisé ? Ne pourrait-il pas y avoir, demandai-je, un système de licences statutaires, que l'on paierait pour être libre de réutiliser ce type d'extraits ? Était-il vraiment raisonnable qu'un créateur doive rechercher chaque acteur, directeur, ou musicien, pour obtenir leur accord explicite ? Est-ce qu'il n'y aurait pas plus de créations si on pouvait simplifier l'aspect légal du processus de création ?

Absolument. Je pense que s'il y avait un système de licences équitables (dans lequel vous ne seriez pas soumis à des chantages ou à des ex-épouses répudiées), nous verrions beaucoup plus de travaux de ce type, car il ne serait pas si décourageant de tenter de monter une rétrospective de la carrière de quelqu'un et de l'illustrer avec des extraits de sa carrière. Si vous étiez le producteur d'une de ces œuvres, vous auriez à prendre en compte un coût supplémentaire : celui de payer X dollars à l'artiste qui a effectué le travail. Mais ce serait un coût connu. Voilà le problème qui empêche tout le monde de travailler et rend ce type de produit difficile à réaliser. Si vous saviez que vous avez cent minutes de film dans ce produit et que cela va vous coûter X, alors vous feriez votre budget en fonction et vous pourriez obtenir des fonds ainsi que tout ce dont vous avez besoin pour le produire. Mais si vous dites « Oh, je veux cent minutes de quelque chose, et je n'ai aucune idée de ce que cela va me coûter et un certain nombre de personnes vont me réclamer de l'argent », alors il devient difficile de monter tout cela.

Alben travaillait pour une grande compagnie. Sa compagnie était soutenue par certains des investisseurs les plus riches au monde. Il avait donc une autorité et des facilités qu'un créateur de sites Web moyen n'a pas. Donc, s'il lui a

fallu un an, combien de temps cela aurait-il pris à quelqu'un d'autre ? Et combien de créativité est perdue simplement parce que les coûts d'acquittement des droits sont si élevés ?

Ces coûts sont le fardeau de ce type de réglementation. Prenons la casquette d'un Républicain un instant, et mettons-nous un peu en colère. Le gouvernement définit l'étendue de ces droits, et cette étendue détermine combien il coûtera de les négocier. (Souvenez-vous de l'idée que la propriété foncière s'étend aux cieux, et imaginez le pilote achetant des droits de passage pendant qu'il négocie son vol de Los Angeles à San Francisco.) Ces droits peuvent très bien avoir eu leur raison d'être ; mais quand les circonstances changent, ils n'ont plus de sens du tout. Ou du moins, un républicain bien entraîné et hostile à toute réglementation devrait considérer ces droits et demander : « Ceci est-il toujours justifié ? » J'ai parfois vu une lueur de reconnaissance quand les gens comprenaient cela, mais en de rares occasions seulement. La première fois ce fut lors d'une conférence de juges fédéraux en Californie. Les juges s'étaient rassemblés pour discuter du sujet nouveau de cyber-loi. On me demanda de faire partie du panel. Harvey Saferstein, un avocat d'un cabinet respecté de L.A., présenta au panel une vidéo qu'il avait produite avec un ami, Robert Fairbank.

La vidéo était un collage brillant de films de chaque période du vingtième siècle, le tout organisé à la façon d'un épisode de *60 minutes*. L'exécution était parfaite, fidèle jusqu'à reproduire le chronomètre de soixante minutes. Les juges en adorèrent chaque minute.

Lorsque les lumières furent allumées, je jetai un œil vers mon collègue de panel, David Nimmer, peut-être l'expert en copyright le plus en vue dans le pays. Il y avait sur son visage un regard étonné, alors qu'il scrutait cette salle de plus de 250 juges bien divertis. D'une voix sentencieuse, il commença son discours par une question : « Savez-vous combien de lois fédérales viennent d'être violées dans cette pièce ? »

Car bien évidemment, les deux brillants créateurs de ce film n'avaient pas fait ce qu'Alben avait fait. Ils n'avaient pas passé une année à s'acquitter des droits de ces extraits ; techniquement, ce qu'ils avaient fait violait la loi. Bien sûr, ils n'allaien pas être poursuivis pour cette violation (et ce malgré la présence de 250 juges et d'un troupeau d'officiers de police fédérale). Mais Nimmer montrait un point important : une année avant que quiconque n'entende parler de Napster, et deux ans avant qu'un autre membre du panel, David Boies, ne défende Napster devant la Neuvième Cour d'Appel, Nimmer essayait de faire voir à ces juges que la loi ne serait pas en accord avec les capacités permises par cette technologie. La technologie signifie que maintenant vous pouvez facilement faire des choses étonnantes ; mais que vous ne pouvez pas facilement les faire de façon légale.

**Nous vivons** dans une culture du « copier-coller », rendue possible par la technologie. Toute personne qui écrit une présentation connaît la liberté extraordinaire offerte par l'architecture copier-coller d'Internet : en une seconde vous pouvez trouver pratiquement n'importe quelle image ; en une autre seconde vous l'avez incorporée à votre présentation.

Mais les présentations ne sont qu'un début. En utilisant Internet et ses

archives, les musiciens sont capables d'enchaîner des mixages de sons jamais imaginés auparavant ; les réalisateurs de films sont capables de faire des films à partir d'extraits trouvés sur des ordinateurs autour du monde. Un site extraordinaire en Suède prend des images d'hommes politiques et leur ajoute de la musique, pour créer des commentaires politiques mordants. Un site appelé Camp Chaos a produit une des critiques les plus acerbes qui soit de l'industrie du disque, en combinant la musique et la technologie Flash.

Et toutes ces créations sont techniquement illégales. Même si leurs créateurs voulaient être dans la « légalité », ce qu'il en coûte est incroyablement élevé. Par conséquent, pour ceux qui observent la loi, un trésor de créativité n'est jamais exprimé. Et quant à la partie qui s'exprime, si elle ne suit pas les règles d'acquittement des droits, ses créations ne sortent jamais.

Pour certains, ces histoires suggèrent une solution : modifions le jeu des droits, de sorte que les gens soient libres de s'inspirer de notre culture. Libres d'ajouter ou de composer comme il leur plaît. Nous pourrions même effectuer ce changement sans pour autant imposer que l'usage « libre » soit « gratuit ». Non, le système pourrait simplement faire qu'il soit facile pour des créateurs d'indemniser les artistes dont ils reprennent le travail sans avoir besoin d'une armée d'avocats avec eux : par exemple, une loi disant « la redevance due au détenteur de copyright d'une œuvre non enregistrée, pour les usages dérivés de cette œuvre, sera 1 pour cent des revenus nets, à mettre de côté pour le détenteur de copyright ». Sous cette règle, le détenteur de copyright pourrait bénéficier d'une redevance, mais il n'aurait pas le bénéfice d'un droit de propriété totale (qui implique le droit de choisir son prix) à moins qu'il ne fasse enregistrer son œuvre.

Qui pourrait objecter à cela ? Et quelle serait la raison pour objecter ? Nous parlons de créations qui ne sont même pas réalisées aujourd'hui ; et qui, si elles étaient réalisées selon ce plan, généreraient de nouveaux revenus pour les artistes. Pour quelle raison pourrait-on s'y opposer ?

**En février 2003**, les studios DreamWorks ont annoncé avoir passé un accord avec Mike Myers, le génie comique de *Saturday Night Live* et de *Austin Powers*. D'après l'annonce, Myers et DreamWorks allaient travailler ensemble pour former un « pacte unique de réalisation de films ». Selon l'accord, DreamWorks « va acquérir les droits de films célèbres et classiques, écrire de nouveaux scénarios et, en utilisant une technologie numérique de pointe, insérer Myers et d'autres acteurs dans ces films, en créant ainsi un spectacle entièrement nouveau ».

L'annonce appelait ça faire du « film sampling ». Comme l'expliqua Myers, « Film Sampling est une manière passionnante d'ajouter une touche originale à des films existants, et de permettre au public de voir de vieux films sous un jour nouveau. Les artistes de rap ont fait cela pendant des années avec la musique, et bien maintenant nous sommes capables de reprendre le concept et de l'appliquer au cinéma ». Steven Spielberg était cité, disant : « Si quelqu'un est capable de trouver une manière de rendre accessibles de vieux films à un public nouveau, c'est bien Mike. »

Spielberg a raison. Le Film sampling de Myers sera brillant. Mais si vous n'y pensez pas, vous risquez de manquer le point véritablement étonnant de

cette annonce. Alors que l'immense majorité de notre héritage cinématographique reste protégée par le droit d'auteur, le sens véritable de l'annonce de DreamWorks est le suivant : C'est Mike Myers, et seulement Mike Myers, qui est libre de faire du sampling. Toute liberté générale de s'inspirer des archives de notre culture, une liberté qui en d'autres circonstances serait supposée nous appartenir à tous, est maintenant un privilège réservé à ceux qui sont amusants et célèbres — et riches, on suppose.

Ce privilège devient réservé pour deux raisons. La première est la continuation de l'histoire du dernier chapitre : le flou lié à la notion d'« usage loyal ». L'essentiel du « sampling » devrait être considéré comme un « usage loyal ». Mais peu de gens s'appuient sur une garantie si faible pour créer. Cela nous amène à la deuxième raison pour laquelle le privilège est réservé à une minorité : Les coûts de négociation des droits légaux pour la réutilisation d'une œuvre sont astronomiques. Ces coûts reflètent les coûts liés à l'usage loyal : ou bien vous payez un avocat pour défendre votre droit à l'usage loyal, ou bien vous en payez un pour rechercher toutes les permissions, de sorte que vous n'aurez pas à vous appuyer sur l'usage loyal. D'une manière ou d'une autre, le processus de création consiste à payer des avocats — encore un privilège, ou peut-être un tourment, réservé à une minorité.

## Collectionneurs

**En avril 1996**, des millions de « bots » (programmes informatiques conçus pour « tisser », c'est-à-dire parcourir automatiquement Internet et recopier son contenu) commencèrent à parcourir le Net. Page par page, ces « bots » recopièrent l'information trouvée sur Internet sur un petit nombre d'ordinateurs situés dans un sous-sol du Presidio (NdT : quartier historique) de San Francisco. Une fois que les « bots » eurent couvert tout Internet, ils recommencèrent depuis le début. Encore et encore, une fois tous les deux mois, ces programmes effectuaient des copies d'Internet et les archivaient.

En octobre 2001, les « bots » avaient rassemblé plus de cinq années de copies. Et lors d'une modeste conférence à Berkeley, en Californie, les archives composées de ces copies, les Archives d'Internet, furent mises à disposition du monde. En utilisant une technologie appelée « la Machine à Remonter Dans le Temps » (« the Way Back Machine »), vous pouviez visiter une page Web, et consulter toutes ses copies depuis 1996, et voir quand elle avait été modifiée.

Voilà un aspect d'Internet qui aurait plu à Orwell. Dans la dystopie décrite dans 1984, les vieux journaux étaient constamment remis à jour, pour s'assurer que la vision présente du monde, approuvée par le gouvernement, n'était pas contredite par les actualités passées.

Des milliers de travailleurs rééditionnaient continuellement le passé, de sorte qu'il était impossible de savoir si l'article que vous lisiez aujourd'hui était le même que celui qui avait été imprimé à la date inscrite sur le papier.

Il en va de même avec Internet. Si vous visitez une page Web aujourd'hui, vous n'avez aucun moyen de savoir si le contenu que vous lisez est le même que celui que vous avez lu précédemment. La page peut sembler être la même, mais son contenu pourrait facilement être différent. Internet est la bibliothèque d'Orwell : constamment réécrite, sans aucune mémoire fiable.

Du moins, jusqu'à la Machine à Remonter Dans le Temps. Grâce à cette machine, et aux Archives d'Internet, vous pouvez voir ce qu'Internet a été. Vous avez le pouvoir de voir ce dont vous vous souvenez. Et c'est peut-être plus important, vous avez le pouvoir de trouver ce dont vous ne vous souvenez pas, et que d'autres préféreraient que vous oubliez.<sup>115</sup>

**Nous tenons** pour acquis que nous pouvons revenir en arrière et voir ce que nous nous souvenons avoir lu. Pensez aux journaux. Si vous voulez étudier la réaction du journal de votre ville natale face aux émeutes raciales à Watts en 1965, ou au canon à eau de Bull Connor en 1963, vous pouvez aller à la bibliothèque municipale et consulter les journaux. Ils existent probable-

ment sur microfiche. Si vous avez de la chance, ils existent aussi sur papier. D'une manière ou d'une autre, vous êtes libres, en utilisant une bibliothèque, de revenir en arrière, et de vous souvenir : pas seulement de ce dont il est commode de se souvenir, mais de quelque chose qui est proche de la vérité.

On dit que ceux qui oublient l'Histoire sont condamnés à la revivre. Ce n'est pas tout à fait vrai. Nous oublions *tous* l'Histoire. L'essentiel est de savoir si nous avons un moyen de revenir en arrière et de (re)découvrir ce que nous avons oublié. Plus concrètement, l'essentiel est de savoir si un point de vue objectif sur le passé peut nous aider à rester honnêtes. Les bibliothèques nous y aident, en rassemblant du contenu et en le conservant, pour les élèves, pour les chercheurs, pour nos grand-parents. Une société libre suppose cette connaissance.

Internet était une exception à cette règle. Jusqu'aux Archives d'Internet, il n'y avait aucun moyen de revenir en arrière. Internet était le médium éphémère par essence. Et maintenant, alors qu'Internet contribue de plus en plus à construire et réformer la société, il devient de plus en plus important que nous en conservions une forme historique. Il est tout à fait étrange de constater que nous avons pléthore d'archives de journaux de petites villes d'un peu partout dans le monde, mais qu'il n'y a qu'une seule et unique copie d'Internet : celle conservée par les Archives d'Internet.

Brewster Kahle est le fondateur des Archives d'Internet. Il eut beaucoup de succès en tant que chercheur en informatique, et plus encore ensuite, en tant qu'entrepreneur d'Internet. Dans les années 90, Kahle décida qu'il avait eu assez de réussites en affaires. Il était temps de connaître un autre genre de réussite. Il entreprit donc une série de projets destinés à archiver le savoir de l'humanité. Les Archives d'Internet n'étaient que le premier projet de cet Andrew Carnegie de l'Internet. En décembre 2002, les Archives avaient dépassé les 10 milliards de pages, et grossissaient d'un milliard d'autres chaque mois.

La Machine à Remonter Dans le Temps constitue la plus grande archive du savoir humain de l'histoire de l'humanité. Fin 2002, elle contenait « deux cent trente Téraoctets de matériel », et était « dix fois plus volumineuse que la Bibliothèque du Congrès ». Et ce n'était que la toute première des archives que Kahle projetait d'édifier. En plus des Archives d'Internet, Kahle construisait des Archives Télévisées. La télévision s'avère être encore plus éphémère qu'Internet. Alors qu'une bonne partie de la culture du vingtième siècle a été construite via la télévision, seule une infime partie en est accessible aujourd'hui. Trois heures d'actualités sont enregistrées tous les soirs par l'Université de Vanderbilt — grâce à une dérogation à la loi sur le copyright. Ce contenu est indexé, et reste accessible aux universitaires pour un prix très raisonnable. « Mais en dehors de ceux-là, [la télévision] n'est quasiment pas disponible », me confia Kahle. « Si vous étiez Barbara Walters, vous auriez accès à [ces archives], mais qu'en est-il si vous êtes un simple étudiant ? » Ajouta Kahle,

Vous rappelez-vous lorsque Dan Quayle conversait avec Murphy Brown ? Vous souvenez-vous de cette expérience surréelle d'un homme politique conversant avec un personnage de fiction télévisée ? Si vous étiez un étudiant voulant étudier cela, et si vous

vouliez obtenir ces échanges entre eux deux, l'épisode de *60 Minutes* qui sortit après [...] ce serait presque impossible. [...] Ce matériel est presque introuvable. [...]

Pourquoi cela ? Pourquoi la partie de notre culture qui est sur journaux papier reste-t-elle accessible pour toujours, alors que la partie qui est sur cassettes vidéo ne l'est pas ? Comment se fait-il que nous ayons créé un monde où les chercheurs qui voudront comprendre l'influence des médias sur l'Amérique du dix-neuvième siècle auront moins de difficultés que ceux qui voudront comprendre l'influence des médias sur l'Amérique du vingtième siècle ?

C'est en partie à cause de la loi. Au début de la législation américaine sur le droit d'auteur, les détenteurs de copyright devaient déposer des copies de leur ouvrage en bibliothèque. Ces copies étaient destinées à la fois à faciliter la propagation du savoir, ainsi qu'à s'assurer qu'une copie serait accessible une fois le copyright expiré, pour que d'autres puissent éventuellement lire et copier l'ouvrage.

Ces règles s'appliquaient également aux films. Mais en 1915, la Bibliothèque du Congrès fit une exception pour les films. Les films pouvaient être sous copyright une fois de tels dépôts faits. Mais le cinéaste avait ensuite l'autorisation de réemprunter le film ainsi déposé, sans limite de temps, gratuitement. Rien qu'en 1915, il y avait plus de 5.475 films déposés et « réempruntés ». Donc, quand le copyright d'un film expire, il n'y en a plus aucune copie dans aucune bibliothèque. La copie existe — si tant est qu'elle existe encore — dans les archives de la société qui a produit le film<sup>116</sup>.

En général, cela vaut aussi pour la télévision. À l'origine les émissions de télévision n'étaient pas sous copyright ; il n'y avait aucun moyen d'enregistrer ces émissions, il n'y avait donc aucune crainte de « vol ». Mais quand la technologie permit leur capture, les diffuseurs comptèrent de plus en plus sur la législation. La loi exigeait qu'ils fassent une copie de chaque émission pour que l'ouvrage soit « copyright »é. Mais ces copies étaient simplement détenues par les diffuseurs. Aucune bibliothèque n'avait de droits dessus ; le gouvernement ne les réclamait pas. Le contenu de cette partie de la culture américaine est pratiquement invisible pour quiconque.

Kahle était impatient de changer cela. Avant le 11 septembre 2001, lui et ses alliés avaient commencé à enregistrer la télévision. Ils avaient choisi vingt chaînes du monde entier, et appuyé sur le bouton Enregistrer. À partir du 11 septembre, Kahle, avec des douzaines de collaborateurs, choisirent vingt chaînes du monde entier et, à partir du 11 octobre 2001, mirent en ligne gratuitement la couverture de la semaine du 11 septembre. Tout le monde pouvait voir comment les journaux télévisés de par le monde avaient couvert cette journée.

Kahle avait le même projet pour les films. Avec Rick Prelinger, dont les archives cinématographiques contiennent près de 45.000 « films éphémères » (c'est-à-dire des films non produits par Hollywood, et jamais protégés par le droit d'auteur), Kahle mit en place les Archives du Cinéma. Prelinger le laissa numériser 1.300 films de ces archives, et mettre ces films sur Internet, pour qu'ils puissent être téléchargés gratuitement. La société de Prelinger est à but

lucratif. Elle vend des copies de ces films sous forme de pellicules. Il fit la découverte suivante : après en avoir rendu une partie significative librement accessible, ses ventes de pellicules augmentèrent très fortement. Les gens pouvaient trouver facilement le contenu qu'ils voulaient utiliser. Certains téléchargeaient ce contenu et faisaient leurs propres films. D'autres achetaient des copies afin de permettre la création d'autres films. D'une manière ou d'une autre, l'archive rendait possible l'accès à cette partie importante de notre culture. Envie de voir une copie du film « Duck and Cover » qui expliquait aux enfants comment se protéger au milieu d'une attaque nucléaire ? Allez sur archive.org, et vous pourrez télécharger le film en quelques minutes — gratuitement.

Ici encore, Kahle nous donne accès à une partie de notre culture, qu'autrement nous ne pourrions pas obtenir facilement, voire pas du tout. Il s'agit d'une autre partie de ce qui définit le vingtième siècle, et qui est perdue pour l'Histoire. La loi ne requiert pas que ces copies soient conservées ou déposées dans une archive par quiconque. Par conséquent, il n'existe pas de moyen simple de les trouver.

Le point clé ici, c'est l'accès, pas le prix. Kahle veut permettre un accès libre à ce contenu, mais il veut aussi permettre à d'autres de vendre cet accès. Son but est de s'assurer que la concurrence existe parmi ceux qui proposent un accès à cette partie importante de notre culture. Pas pendant la vie commerciale d'une création, mais pendant cette seconde vie que possède toute création : sa vie non-commerciale.

Car c'est une idée dont on devrait tenir compte plus clairement. Toute création artistique traverse plusieurs « vies ». Au cours de sa première vie, si le créateur est chanceux, l'œuvre est vendue. Dans ce cas le marché commercial est une réussite pour le créateur. La grande majorité des créations artistiques ne connaissent pas un tel succès, mais c'est le cas flagrant de certaines d'entre elles. Pour ces productions, la vie commerciale est extrêmement importante. Sans ce marché commercial, il y aurait, semble-t-il, beaucoup moins de créations.

Une fois que la vie commerciale d'une création a pris fin, notre tradition a toujours encouragé une seconde vie. Un journal apporte les nouvelles du jour à notre palier de porte. Le jour suivant, il sert à emballer du poisson, ou bien à remplir des boîtes contenant des cadeaux fragiles, ou encore à construire une archive de connaissances sur notre histoire. Au cours de cette seconde vie, le contenu peut continuer d'informer, même si cette information n'est plus vendue.

La même chose est aussi vraie au sujet des livres. Un livre cesse d'être imprimé très rapidement (aujourd'hui, en moyenne après un an<sup>117</sup>). Une fois épuisé, il peut être vendu dans des magasins de livres d'occasion, sans que le détenteur de copyright n'obtienne quoi que ce soit, et il peut être conservé dans une bibliothèque, où beaucoup de gens le liront, tout aussi gratuitement. Les librairies d'occasion et les bibliothèques sont donc la seconde vie d'un livre. Cette seconde vie est extrêmement importante pour la diffusion et la stabilité de la culture.

Cependant, il devient de plus en plus difficile de croire en une seconde vie

stable pour les éléments de création les plus importants de la culture populaire des vingtième et vingt-et-unième siècles. Pour ces composantes (télévision, films, musique, radio, Internet), il n'y a pas de garantie d'une seconde vie. Pour ces types de culture, c'est comme si nous avions remplacé nos bibliothèques par des magasins Barnes & Noble. L'accès à cette culture se réduit à la demande d'un certain marché limité. Au-delà de ça, la culture disparaît.

**Pendant la plus grande partie** du vingtième siècle, ce sont les conditions économiques qui en ont voulu ainsi. C'eut été un coût démentiel que de rassembler et de rendre accessibles toutes les émissions de télévision, tous les films et toute la musique existants : le coût des copies analogiques est extraordinairement élevé. Donc, même si la loi aurait restreint en principe la capacité d'un Brewster Kahle de copier la culture en général, la véritable contrainte était d'ordre économique. Le marché rendait impossible de faire quoi que ce soit de cette culture éphémère ; la loi avait peu d'effet pratique.

La caractéristique peut-être la plus importante de la révolution numérique est que, pour la première fois depuis la Bibliothèque d'Alexandrie, il est possible d'imaginer la construction d'une archive qui contienne toute la culture produite ou distribuée publiquement. La technologie nous permet d'imaginer une archive de tous les livres publiés, et bientôt de toutes les images animées et de tous les sons.

La mesure de cette archive potentielle est quelque chose que nous n'avons jamais imaginé auparavant. Les Brewster Kahle de notre histoire en ont rêvé ; mais nous arrivons à un moment où, pour la première fois, ce rêve est devenu possible. Comme le décrit Kahle :

Il semble qu'il y ait quelque deux ou trois millions d'enregistrements de musique. En tout. Il y a environ cent mille films sortis en salle, [...] et entre un et deux millions de films [distribués] durant le vingtième siècle. Il y a environ vingt-six millions de titres de livres. Tout cela tiendrait dans des ordinateurs qui tiendraient dans cette salle, et que pourrait s'offrir une petite entreprise. Nous sommes donc à un tournant de notre histoire. L'accès universel est le but. Et la possibilité de vivre une vie différente, basée là-dessus, donne [...] des frissons. Cela pourrait être une des plus grandes fiertés de l'humanité. Avec la bibliothèque d'Alexandrie, le premier homme sur la Lune, et l'invention de l'imprimerie.

Kahle n'est pas le seul libraire. L'Internet Archive n'est pas la seule archive. Mais Kahle et l'Internet Archive suggèrent ce que l'avenir des bibliothèques et des archives pourrait être. *Quand s'arrête la vie commerciale d'une œuvre ? Je ne sais pas. Mais elle finit par s'arrêter. Et quand cela arrive, Kahle et son archive nous font découvrir un monde dans lequel le savoir et la culture restent disponibles à jamais. Certains s'en inspireront, pour la comprendre ; d'autres pour la critiquer. Certains s'en serviront, comme Walt Disney, pour re-créer le passé pour l'avenir. Ces technologies nous promettent quelque chose qui était devenu inimaginable pour la majeure partie de notre passé : un futur pour notre passé. La technologie numérique pourrait réaliser à nouveau le rêve de la Bibliothèque d'Alexandrie.*

La technologie a donc supprimé le coût économique de la construction d'une telle archive. Mais il reste le coût légal. Car, pour autant que nous puissions appeler de nos vœux ces « archives », aussi réconfortante que soit l'idée d'une « bibliothèque », le « contenu » qui est rassemblé dans ces espaces numériques est aussi la « propriété » de quelqu'un. Et la loi sur la propriété restreint les libertés dont Kahle et les autres feraient usage.

## « Propriété »

**Jack Valenti** est le président de la Motion Picture Association of America (MPAA) depuis 1966. Il est arrivé pour la première fois à Washington dans les valises de l'administration de Lyndon Johnson. La célèbre photographie de Johnson prêtant serment dans Air Force One après l'assassinat du Président Kennedy montre Valenti à l'arrière-plan. Pendant presque quarante ans passés à la tête de la MPAA, Valenti s'est imposé comme le lobbyiste peut-être le plus en vue et le plus efficace de Washington.

La MPAA est la branche américaine de l'International Motion Picture Association. Elle fut formée en 1922 en tant qu'association commerciale dont le but était de défendre les films américains contre des critiques intérieures croissantes. Aujourd'hui l'organisation ne représente pas seulement des metteurs en scène, mais aussi les producteurs et les distributeurs de spectacles pour la télévision, la vidéo, et le câble. Son conseil d'administration est composé des présidents des sept producteurs et distributeurs principaux de films et d'émissions de télévision aux États-Unis : Walt Disney, Sony Pictures Entertainment, MGM, Paramount Pictures, Twentieth Century Fox, Universal Studios, et Warner Brothers.

Valenti n'est que le troisième président de la MPAA. Aucun président avant lui n'avait eu autant d'influence sur cette organisation, ou sur Washington. En bon Texan, Valenti possède le talent politique le plus important dans le Sud : la capacité à paraître simple et lent, tout en dissimulant une pensée rapide comme l'éclair. À ce jour, Valenti joue à l'homme simple et humble. Mais ce diplômé de Harvard, auteur de quatre livres, qui termina le lycée à quinze ans et effectua plus de cinquante missions aériennes de combat durant la deuxième guerre mondiale, n'est pas Monsieur Tout-Le-Monde. Quand Valenti est allé à Washington, il a compris la quintessence de cette ville.

En défendant la liberté artistique et la liberté d'expression sur laquelle repose notre culture, la MPAA a été très bénéfique. En créant son système de notation, la MPAA nous a probablement évité une censure dommageable. Mais il y a un aspect de la mission de cette organisation qui est à la fois le plus radical et le plus important : il s'agit de l'effort continual de cette organisation, incarné par chaque acte de Valenti, pour redéfinir la notion de « propriété de création ».

En 1982, le discours de Valenti devant le Congrès illustrait parfaitement cette stratégie :

Qu'importe la longueur des argumentations, quelles que soient les charges et contre-charges, quels que soient les tumultes et les cris,

les hommes et femmes raisonnables retourneront toujours au problème fondamental, le thème central qui anime tout ce débat : *les détenteurs de propriété intellectuelle doivent obtenir les mêmes droits et protections que tous les autres détenteurs de propriété de la nation*. Voilà le problème. Voilà la question. Et c'est sur ce terrain que toute l'audition, et tous les débats qui s'ensuivront, doivent rester<sup>118</sup>.

La stratégie de cette rhétorique, comme toujours chez Valenti, est brillante et simple, et brillante parce que simple. Le « thème central » auquel les « hommes et femmes raisonnables » retourneront est celui-ci : « Les détenteurs de propriété intellectuelle doivent se voir accordés les mêmes droits et protections que tous les autres les détenteurs de propriété de la nation ». Valenti aurait pu continuer ainsi : « Il n'y a pas de citoyen de seconde classe. Il ne devrait donc pas y avoir de détenteurs de propriété de seconde classe ».

Cette revendication possède une force d'attraction évidente. Elle est exprimée avec tant de clarté qu'elle rend l'idée évidente, aussi évidente que la notion d'utiliser des élections pour désigner les présidents. Mais en fait, *personne* parmi les gens qui prennent ce débat au sérieux ne soutient de position plus extrême. Jack Valenti, aussi doux et brillant soit-il, est peut-être le pire extrémiste de la nation lorsqu'il s'agit de la nature et de la portée de la « propriété intellectuelle ». Ses vues n'ont *aucun* lien raisonnable avec ce qui constitue vraiment notre tradition juridique, même si la force discrète de son charme texan a lentement redéfini cette tradition, du moins à Washington.

Alors que la « propriété intellectuelle » est certainement une « propriété », au sens laborieux et précis que les juristes ont l'habitude de comprendre<sup>119</sup>, il n'y a jamais eu de cas, et il ne devrait pas y en avoir, où les « détenteurs de propriété intellectuelle » ont obtenu « les mêmes droits et protections que tous les autres détenteurs de propriété ». En effet, si les détenteurs de propriété intellectuelle obtenaient les mêmes droits que tous les autres détenteurs de propriété, alors ceci instituerait un changement radical, et radicalement indésirable, dans notre tradition.

Valenti le sait. Mais il parle pour une industrie qui se fiche bien de notre tradition et des valeurs qu'elle représente. Il parle pour une industrie qui au contraire se bat pour restaurer la tradition que les Britanniques ont démise en 1710. Dans le monde qui résulterait des changements de Valenti, quelques puissants exerceraient un contrôle strict sur la manière dont notre culture serait développée.

J'ai deux objectifs dans ce chapitre. Le premier est de vous convaincre que, sur le plan historique, l'assertion de Valenti est absolument fausse. Le second est de vous convaincre qu'il serait terriblement mauvais pour nous de rejeter notre histoire. Nous avons toujours traité les droits sur la propriété des créations différemment des droits des autres types de propriété. Ils n'ont jamais été pareils aux autres droits. Et ils ne devraient jamais devenir pareils, car, aussi contre-intuitif que cela puisse paraître, les rendre identiques reviendrait à réduire fondamentalement la possibilité pour les nouveaux créateurs de créer. La créativité tient à ce que ses propriétaires n'aient pas de contrôle absolu sur elle.

Les organisations comme la MPAA, avec les hommes plus puissants de l'arrière-garde dans leur conseil d'administration, n'ont aucun intérêt, en dépit de leur rhétorique, à faire en sorte que les jeunes puissent les remplacer. Aucune organisation, aucun individu n'a intérêt à cela. (Posez-moi la question au sujet de ma chaire, par exemple.) Mais ce qui est bon pour la MPAA ne l'est pas nécessairement pour l'Amérique. Une société qui défend les idéaux d'une culture libre doit justement préserver la possibilité pour une créativité nouvelle de menacer l'ancienne.

**Pour avoir** un indice montrant qu'il y a quelque chose de fondamentalement erroné dans l'argumentation de Valenti, il nous suffit de lire la Constitution des États-Unis.

Les Pères Fondateurs de notre Constitution aimaient la « propriété ». En fait, ils l'aimaient tellement qu'ils ont incorporé à la Constitution une clause importante : si le gouvernement vous prend votre propriété (s'il vous exproprie de votre maison, ou bien s'il acquiert une parcelle de terrain de votre ferme), il doit, selon la « Clause des Expropriations » du Cinquième Amendement, vous payer un « dédommagement juste ». La Constitution garantit donc que la propriété est, en un certain sens, sacrée. Elle ne peut *jamais* être soustraite à son propriétaire, sauf si le gouvernement paie pour ce privilège.

Et pourtant la même constitution parle très différemment à propos de ce que Valenti appelle la « propriété de création ». Dans l'article qui accorde au Congrès le pouvoir de créer la « propriété de création », la Constitution *exige* qu'après un « temps limité », le Congrès abroge les droits qu'il a accordé et mette la « propriété de création » gratuitement dans le domaine public. Et quand le Congrès fait cela, quand l'expiration de la durée d'un copyright vous en « exproprie » pour le mettre dans le domaine public, le Congrès n'a aucune obligation de payer un « dédommagement juste » pour cette « expropriation ». Au contraire, la même constitution qui exige qu'on vous indemnise pour votre terre, exige que vous perdiez votre droit de « propriété créative » sans la moindre compensation.

La constitution stipule donc de prime abord qu'on ne doit pas accorder les mêmes droits à ces deux formes de propriété. Elles doivent simplement être traitées différemment. Valenti ne demande donc pas juste un changement dans notre tradition, quand il soutient que les détenteurs de « propriété de création » devraient obtenir les mêmes priviléges que tout autre détenteur de droit de propriété. Il plaide en effet pour un changement dans notre constitution elle-même.

Réclamer un changement de notre constitution n'est pas forcément une erreur. Notre constitution originale était mauvaise sur bien des points. La constitution de 1789 a renforcé l'esclavage ; elle prévoyait que les sénateurs soient nommés plutôt qu'élus ; elle a permis au collège électoral de provoquer une égalité entre le président et son propre vice-président (comme cela s'est produit en 1800). Les Pères Fondateurs étaient sans doute extraordinaires, mais je serais le premier à reconnaître qu'ils ont commis de grosses erreurs. Depuis lors, nous avons corrigé certaines de ces erreurs ; il en reste sans doute d'autres, que nous devrions corriger aussi. Ainsi je ne pense pas que si Jefferson a fait une chose, nous devions faire de même.

En revanche, je pense que si Jefferson a fait quelque chose, nous devrions au moins tenter de comprendre *pourquoi*. Pourquoi les Pères Fondateurs, défenseurs fanatiques de la propriété privée qu'ils étaient, ont-ils rejeté l'idée que la propriété sur les créations donne les mêmes droits que les autres types de propriétés ? Pourquoi ont-ils requis l'existence d'un domaine public pour ce type de propriété ?

Pour répondre à cette question, nous devons prendre du recul sur l'histoire de ces droits de « propriété sur les créations », et sur le contrôle qu'ils ont rendu possible. Quand nous verrons clairement comment ces droits ont été définis différemment, nous serons mieux en mesure de poser la question qui devrait être au centre de cette guerre. La question n'est pas si la propriété sur les créations devrait être protégée, mais plutôt de quelle manière. Non pas *si* nous allons défendre les droits que la loi accorde aux détenteurs de propriétés sur les créations, mais plutôt quel doit être l'équilibre de ces droits. Non pas *si* les artistes doivent être payés, mais plutôt si les institutions créées pour garantir que les artistes soient payés ont aussi besoin de contrôler la manière dont la culture se développe.

Pour répondre à ces questions, nous avons besoin de concepts généraux pour dire comment la propriété est protégée. Plus précisément, nous avons besoin de concepts plus vastes que ceux que permet le langage juridique. Dans *Code et Autres Lois du Cyberespace*, j'ai utilisé un modèle simple pour décrire ces concepts. Pour chaque droit ou règle particulière, ce modèle montre comment quatre modalités différentes interagissent, pour renforcer ou affaiblir ce droit ou cette règle. Je l'ai représenté avec le diagramme suivant :

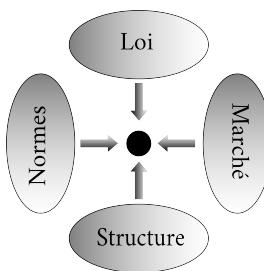


FIGURE 10.1

Au centre du diagramme se trouve le point réglementé : l'individu ou le groupe qui est la cible de la réglementation, ou le détenteur d'un droit. (Dans chaque cas tout au long de ce paragraphe, nous pouvons décrire ça soit comme une réglementation, soit comme un droit. Par simplicité, je parlerai seulement de réglementations.) Les ovales représentent les quatre manières par lesquelles l'individu ou le groupe peut être réglementé — soit contraint, soit, sinon, permis. La loi est la contrainte la plus évidente (au moins pour les avocats). Elle contraint en menaçant de sanctions après les faits si les règles définies à l'avance sont violées. Donc si, par exemple, vous violez sciemment le copyright de Madonna en copiant une chanson de son dernier CD et la pos-

tez sur le Web, vous pouvez être condamné à une amende de 150.000 dollars. L'amende est une punition *a posteriori* pour la violation d'une règle préexistante. Elle est imposée par l'État.

Les normes forment un autre type de contrainte. Elles aussi sanctionnent un individu pour avoir violé une règle. Mais la sanction d'une norme est infligée par la communauté, et non pas (ou pas seulement) par l'État. Il n'y a peut-être pas de loi contre le fait de cracher, mais cela ne veut pas dire que vous ne serez pas puni si vous crachez par terre en faisant la queue au cinéma. La punition n'est peut-être pas dure, ce qui dépend toutefois de la communauté, mais elle pourrait facilement être plus sévère que bon nombre de peines imposées par l'État. Ce qui fait la différence, ce n'est pas la sévérité de la règle, mais l'origine de son application.

Le marché est un troisième type de contrainte. Sa contrainte est effectuée à travers des conditions : vous pouvez faire X si vous payez Y ; vous serez payé M si vous faites N. Ces contraintes ne sont évidemment pas indépendantes des lois et des normes — c'est la loi sur la propriété qui définit ce qui doit être acheté pour être pris légalement ; ce sont les normes qui disent ce qui est vendu de manière appropriée. Mais pour un ensemble de normes donné, et sur la base de lois sur la propriété et de contrats, le marché impose une contrainte simultanée sur la façon de se comporter d'un individu ou d'un groupe.

Pour finir, et pour le moment peut-être, plus mystérieusement, la « structure » — le monde physique tel qu'on le trouve — est une contrainte sur le comportement. Un pont écroulé peut contraindre votre capacité à traverser une rivière. Des voies de chemin de fer peuvent contraindre la capacité d'une communauté à intégrer sa vie sociale. Tout comme le marché, la structure n'effectue pas sa contrainte à travers des punitions *a posteriori*. Au lieu de cela, tout comme le marché, la structure effectue ses contraintes à travers des conditions simultanées. Ces conditions ne sont pas imposées par des tribunaux faisant appliquer des contrats, ni par la police punissant le vol, mais par nature, de façon « structurelle ». Si un boulet d'une tonne bloque votre route, c'est la loi de la gravité qui applique cette contrainte. Si un billet d'avion de 500 dollars vous sépare d'un vol pour New York, c'est le marché qui applique cette contrainte.

Donc le premier point à noter concernant ces quatre modalités de réglementation est évident : elles interagissent. Les restrictions imposées par l'une peuvent être renforcées par une autre. Ou les restrictions imposées par l'une peuvent être sapées par une autre.

Le deuxième point en découle directement : si nous voulons comprendre la véritable liberté que quiconque possède à un moment donné pour faire une chose particulière, nous devons considérer comment ces quatre modalités interagissent. Qu'il y ait ou non d'autres contraintes (il peut très bien il y en avoir ; je ne prétends pas être exhaustif), ces quatre-là sont parmi les plus importantes, et tout régulateur (que ce soit de contrôle ou de libération) doit examiner comment ces quatre en particulier interagissent.

Ainsi, par exemple, considérez la « liberté » de conduire une voiture à vitesse élevée. Cette liberté est en partie restreinte par les lois : des limitations

de vitesse qui disent à quelle vitesse vous pouvez rouler dans des endroits particuliers à des moments particuliers. Elle est en partie restreinte par la structure : des dos d'ânes, par exemple, ralentissent les conducteurs les plus raisonnables ; des régulateurs de vitesse dans des bus, un autre exemple, fixent la vitesse maximale à laquelle on peut conduire. Cette liberté est en partie restreinte par le marché : l'efficacité du carburant diminue au fur et à mesure que la vitesse augmente, et donc le prix de l'essence est une contrainte indirecte sur la vitesse. Conduisez à 100 km/h devant une école dans votre propre voisinage et vous serez vraisemblablement réprimé par les voisins. La même norme ne serait pas aussi efficace dans une autre ville, ou la nuit.

Le dernier point à signaler sur ce modèle simple devrait aussi être assez clair : alors que ces quatre modalités sont analytiquement indépendantes, la loi joue un rôle spécial car elle affecte les trois autres<sup>120</sup>. La loi, en d'autres termes, opère parfois pour augmenter ou diminuer la contrainte d'une modalité particulière. Ainsi, la loi pourrait être utilisée pour augmenter les taxes sur l'essence, afin d'inciter à rouler moins vite. La loi pourrait être utilisée pour faire installer plus de dos d'ânes, afin d'augmenter la difficulté de rouler vite. La loi pourrait être utilisée pour financer des campagnes stigmatisant la conduite dangereuse. Ou bien la loi pourrait être utilisée pour requérir que d'autres lois soient plus strictes — une exigence fédérale pour que les états diminuent la vitesse maximale autorisée, par exemple — afin de baisser l'attrait de la conduite rapide.

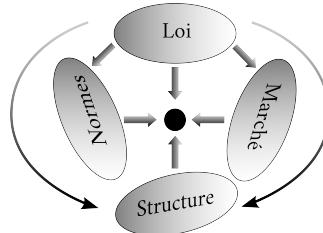


FIGURE 10.2

Ces contraintes peuvent ainsi changer, et elles peuvent être changées. Pour comprendre la protection efficace de la liberté ou celle de la propriété à chaque moment, nous devons suivre ces changements au fil du temps. Une restriction imposée par une modalité peut être effacée par une autre. Une liberté permise par une modalité peut être chassée par une autre<sup>121</sup>.

## Pourquoi Hollywood a raison

Ce que ce modèle révèle de plus évident est simplement pourquoi, ou en quoi, Hollywood a raison. Les défenseurs du copyright ont rallié à leur cause le Congrès et les tribunaux. Ce modèle nous aide à comprendre en quoi ce ralliement a du sens.

Disons que c'est l'image de la réglementation du copyright avant Internet :

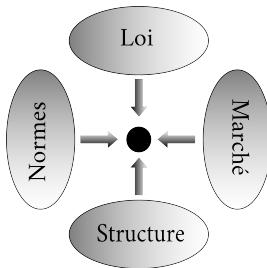


FIGURE 10.3

Il y a un équilibre entre la loi, les normes sociales, le marché et la structure. La loi limite la possibilité de copier et partager du contenu en imposant des pénalités à ceux qui copient et partagent. Ces pénalités sont renforcées par des technologies qui rendent copie et partage difficiles (structure) et coûteux (marché). Cependant, ces pénalités sont atténuées par des habitudes que nous admettons tous — par exemple, des jeunes qui enregistrent les disques de leurs copains. Ces utilisations de contenu protégé peuvent bien constituer des infractions, les normes de notre société, du moins avant Internet, les tolèrent.

Voilà qu'arrive Internet, ou, plus précisément, des technologies comme le format MP3 ou le partage de fichiers (« peer to peer »). Là, les contraintes de structure changent radicalement, tout comme celles venant du marché. Et pendant que le marché et la structure assouplissent tous les deux les règles du copyright, les normes renforcent cette tendance. L'équilibre satisfaisant (pour les défenseurs du copyright du moins) qui prévalait avant Internet devient de fait une situation anarchique.

D'où la réaction compréhensible des défenseurs du copyright, et sa justification. La technologie a changé, disent-ils, et la conséquence de ce changement, une fois qu'il s'est diffusé au travers du marché et des normes, est que l'équilibre des protections dont jouissaient les détenteurs de droits a disparu. C'est l'Irak après la chute de Saddam, mais à l'heure actuelle aucun gouvernement ne justifie le pillage qui s'ensuit.

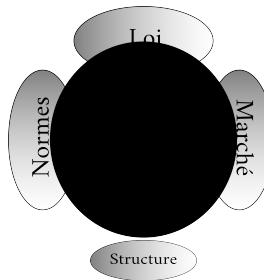


FIGURE 10.4

Pas plus cette analyse que les conclusions qui en découlent ne sont nouvelles pour les défenseurs. En effet, dans un « livre blanc » préparé par le Département du commerce (un département lourdement influencé par les défenseurs du copyright) en 1995, cette combinaison de modalités régulatrices a déjà été identifiée, et la stratégie pour y répondre déjà élaborée. En réponse aux changements apportés par Internet, le livre blanc affirme que (1) le Congrès devrait durcir les lois protégeant la propriété intellectuelle, (2) les entreprises devraient adopter de nouvelles techniques de marketing, (3) les techniciens devraient être incités à développer du code protégeant les contenus, (4) les éducateurs devraient apprendre aux jeunes à mieux respecter le copyright.

Cette stratégie composite est juste ce dont le copyright avait besoin — si c'était pour préserver cet équilibre particulier qui existait avant le changement apporté par Internet. Et on devrait simplement s'attendre que ce soit la demande des industries de contenu. C'est typiquement américain, comme la tarte aux pommes, de considérer l'existence agréable dont vous jouissez comme un droit, et de compter sur la loi pour protéger ce droit si quelque chose vient à l'altérer. Les propriétaires qui habitent dans le lit d'un fleuve n'hésitent pas à en appeler au gouvernement pour reconstruire (et reconstruire encore) leur maison lorsque le fleuve (structure) déborde sur leur propriété (loi). Les agriculteurs n'hésitent pas à en appeler au gouvernement pour les tirer d'affaire lorsqu'un virus (structure) dévaste leurs troupeaux. Les syndicats n'hésitent pas à en appeler au gouvernement lorsque les importations (marché) détruisent l'industrie sidérurgique des U.S.A.

C'est pourquoi il n'y a rien d'anormal ni de surprenant dans la campagne menée par l'industrie du contenu pour se protéger des conséquences néfastes d'une innovation technologique. Et je serais la dernière personne à prétendre que la technologie mouvante d'Internet n'a pas eu un effet profond sur la façon de mener les affaires pour l'industrie du contenu, ou comme le décrit John Seely Brown, sur son « architecture de revenus ».

Mais ce n'est pas parce qu'un intérêt particulier demande l'aide du gouvernement que cette aide doit nécessairement être accordée. Et ce n'est pas parce que le changement technologique a affaibli une manière particulière de faire des affaires que le gouvernement doit nécessairement intervenir pour sauver cette ancienne manière de faire des affaires. Kodak, par exemple, a

perdu de l'ordre de 20% du marché traditionnel de la pellicule au profit du marché nouveau des appareils photos numériques<sup>122</sup>. Y a-t-il quelqu'un pour penser que le gouvernement devrait interdire les appareils numériques juste pour soutenir Kodak ? Les autoroutes ont nui au transport par rail. Y a-t-il quelqu'un pour penser qu'il faudrait interdire les camions *dans le but* de protéger le rail ? Plus proche du sujet de ce livre, les télécommandes ont nui au côté « captif » de la publicité télévisée (si une pub ennuyeuse passe sur le petit écran, la télécommande permet facilement de zapper), et il se peut bien que ce changement ait nui au marché de la publicité télévisée. Mais est-ce qu'il y a quelqu'un pour penser qu'il faudrait réglementer l'usage de la télécommande pour soutenir la télévision commerciale ? (peut-être en ne permettant de zapper qu'une fois par minute, ou de ne passer que sur dix chaînes par heure ?)

La réponse à toutes ces questions forcément rhétoriques est évidemment non. Dans une société libre, avec un marché libre, soutenu par des entreprises libres et un commerce libre, le rôle du gouvernement n'est pas de soutenir un secteur d'activité au détriment d'un autre. Son rôle n'est pas de choisir un vainqueur et de le protéger de tout échec. Si le gouvernement faisait cela de façon habituelle, nous n'aurions jamais aucun progrès. Comme Bill Gates, le président de Microsoft l'a écrit en 1991, dans une note critiquant les brevets logiciels, « les entreprises établies ont un intérêt à évincer leurs futurs concurrents<sup>123</sup> ». Et en ce qui concerne les start-ups, les entreprises établies ont en les moyens (songez aux radios RCA et FM). Un monde où des concurrents arrivant avec de nouvelles idées doivent se battre non seulement contre le marché, mais aussi contre le gouvernement, est un monde où les idées nouvelles n'ont aucune chance de réussite. C'est un monde qui va vers la stagnation. C'est l'Union soviétique sous Brejnev.

Donc, tandis qu'il est compréhensible que les industries menacées par les nouvelles technologies qui compromettent leurs méthodes commerciales sollicitent la protection du gouvernement, les politiques ont le devoir particulier de garantir que cette protection ne compromet pas le progrès. C'est le devoir des hommes politiques, en d'autres termes, de garantir que les mesures qu'ils prennent en réponse aux demandes de ceux qui ont été lésés par le changement technologique, sont des mesures qui préservent les intérêts et les opportunités d'innovation et de changement.

Dans le contexte des lois qui réglementent l'expression — ce qui inclut, évidemment, la loi sur le copyright — ce devoir est encore plus impérieux. Quand l'industrie, se plaignant des changements technologiques, exige du Congrès des mesures qui pèsent sur l'expression et la créativité, les politiciens devraient être particulièrement prudents. C'est toujours une mauvaise chose pour le gouvernement de se mêler de la réglementation des marchés de l'expression. Les risques encourus à ce jeu-là sont précisément ceux pour lesquels les auteurs de notre constitution ont institué le premier amendement : « Le Congrès ne doit édicter aucune loi [...] restreignant la liberté d'expression ». Ainsi, lorsqu'on demande au Congrès d'examiner une loi qui risque de « restreindre » la liberté d'expression, il devrait examiner — soigneusement — si une telle réglementation est justifiée.

Le propos que je vais développer maintenant, ne cherche pas à savoir si

les changements réclamés par les défenseurs du copyright sont « justifiés ». Il porte sur leurs effets. Car avant d'en venir à la question de la justification, une question difficile qui dépend beaucoup de vos valeurs personnelles, il faut d'abord se demander si nous évaluons bien les conséquences des changements que souhaite l'industrie du contenu.

Voici une métaphore qui illustrera l'argumentation qui suit.

En 1873, le DDT a été synthétisé pour la première fois. En 1948, le chimiste suisse Paul Hermann Muller a reçu le prix Nobel pour son travail démontrant les propriétés insecticides du DDT. Dans les années 50, cet insecticide a été très largement utilisé pour combattre les parasites porteurs de maladie, ainsi que pour augmenter la production agricole.

Personne ne met en doute le fait que supprimer des parasites ou augmenter la production du bétail soit une bonne chose. Personne ne met en doute le fait que le travail de Muller a été de valeur et qu'il a probablement sauvé des vies, peut-être même des millions.

Mais en 1962, Rachel Carson a publié *Printemps silencieux*, qui démontre que le DDT, quels qu'aient été les bienfaits qu'il a apportés au début, a eu aussi des conséquences imprévues sur l'environnement. Les oiseaux ont perdu leur capacité à se reproduire. Toute la chaîne écologique a été détruite.

Personne n'a pour but de détruire l'environnement et Paul Muller n'a certainement jamais voulu faire de mal aux oiseaux. Mais l'effort déployé pour résoudre un ensemble de problèmes a produit un autre ensemble de problèmes, bien plus graves aux yeux de certains que ceux qu'on avait cherché à résoudre en premier lieu. Ou plus précisément, les problèmes causés par le DDT ont été pires que ceux qu'il a résolus, du moins si l'on considère les autres manières, plus écologiques, d'atteindre le but qu'il était censé atteindre.

C'est précisément l'image que James Boyle, professeur de droit à l'Université de Duke, utilise lorsqu'il soutient que nous avons besoin d'une « écologie » de la culture<sup>124</sup>. Son propos, et celui que je cherche à développer dans la suite de ce chapitre, n'est pas de dire que le but du copyright est mauvais, ou que les auteurs ne devraient pas être payés pour leur travail, ou que la musique devrait être donnée « gratuitement ». Le sujet, c'est que certains des moyens que nous pourrions employer pour protéger les auteurs risquent d'avoir des conséquences imprévisibles pour l'environnement culturel, tout comme le DDT en a eues pour l'environnement naturel. Et, tout comme les critiques faites au DDT ne constituent pas une approbation de la malaria ou une attaque contre les agriculteurs, de même la critique d'un ensemble particulier de mesures de protection du copyright ne constitue pas une approbation de l'anarchie ou une attaque à l'encontre des auteurs. Nous cherchons seulement un environnement favorable à la création, et nous devrions prêter attention aux conséquences de nos actions sur cet environnement.

Mon argumentation, dans le cadre de ce chapitre, tente de cartographier ces conséquences. Nul doute que la technologie d'Internet a eu un effet spectaculaire sur la capacité des détenteurs de copyright à protéger leurs contenus. Mais il ne devrait pas non plus y avoir de doute sur le fait que si vous additionnez les changements effectués au fil du temps à la loi sur le copyright, au changement technique qu'Internet subit à l'heure actuelle, le résultat ne se

réduira pas à une protection efficace des œuvres sous copyright. Le résultat, généralement non perçu, de cette augmentation massive de protection sera dévastateur pour l'environnement de la créativité.

En une phrase : pour nous débarrasser d'un moustique, nous répandons du DDT, avec des effets sur la culture libre bien plus dévastateurs que ceux qu'aurait causés ce moustique.

## Débuts

L'Amérique a copié les lois anglaises sur le copyright. En fait, nous les avons copiées en les améliorant. Notre constitution rend le but de la « propriété des créations » très clair ; les limitations explicites de ces lois renforcent l'intention initiale des anglais d'éviter que les éditeurs aient un pouvoir excessif.

Le pouvoir d'établir les droits de « propriété des créations » est accordé au Congrès d'une manière qui, pour notre constitution du moins, est très bizarre. L'Article I, section 8, clause 8 de notre Constitution établit que :

Le Congrès a le pouvoir de promouvoir le Progrès des Sciences et Techniques, en assurant pour une durée limitée aux Auteurs et Inventeurs un Droit exclusif sur leurs Écrits et Découvertes respectifs.

Nous pouvons appeler cela une « clause de progrès », pour mettre en lumière ce que cette clause ne dit pas. Elle ne dit pas que le Congrès a le pouvoir d'accorder des « droits de propriété sur les créations ». Elle dit que le Congrès a le pouvoir de *promouvoir le progrès*. L'objet de la clause est d'accorder un pouvoir, et il s'agit d'un but public, pas le but d'enrichir des éditeurs, ni même initialement de rémunérer les auteurs.

La clause de progrès limite explicitement la durée du copyright. Comme nous l'avons vu au chapitre 6 (p. 79), les anglais ont limité la durée du copyright pour garantir qu'une minorité ne puisse pas exercer un contrôle disproportionné sur la culture en ayant un contrôle exagéré sur la publication. Nous pouvons supposer que les auteurs de la Constitution ont imité les anglais dans un but similaire. En fait, contrairement aux anglais, ces auteurs ont renforcé cet objectif en exigeant que le copyright ne s'applique qu'aux « auteurs ».

La conception de cette clause de progrès reflète la conception de la Constitution en général. Lorsqu'ils voulaient éviter un problème, ses auteurs construisaient une structure. Pour ne pas concentrer le pouvoir aux mains des éditeurs, ils ont établi une structure qui exclut les éditeurs du copyright et n'accorde qu'une durée brève à celui-ci. Pour ne pas concentrer le pouvoir aux mains d'une église, ils ont interdit au gouvernement de fonder une église. Pour ne pas concentrer le pouvoir aux mains du gouvernement fédéral, ils ont créé des structures pour renforcer le pouvoir des états — ce qui inclut le Sénat dont les membres à cette époque étaient désignés par les états, et un collège électoral, lui aussi désigné par les états, pour choisir le président. Dans chaque cas, il y a une *structure* qui exerce une surveillance et crée un équilibre dans le

cadre constitutionnel, conçue pour éviter une concentration de pouvoir qui serait inévitable autrement.

Je ne pense pas que les auteurs de notre constitution reconnaîtraient la réglementation que nous appelons « copyright » (NDT : « droit-de-copie ») aujourd’hui. Le champ d’application de cette réglementation va bien au-delà de tout ce qu’ils ont pu imaginer. Pour commencer à comprendre ce qu’ils ont fait, il faut replacer notre « copyright » dans son contexte : il faut voir en quoi il a changé pendant les 210 années écoulées depuis sa conception.

Certains de ces changements proviennent de la loi : certains pour tenir compte de changements technologiques et certains pour tenir compte de changements technologiques dans le contexte d’une concentration particulière de pouvoir au niveau du marché. Dans le langage de notre modèle, nous sommes partis d’ici :

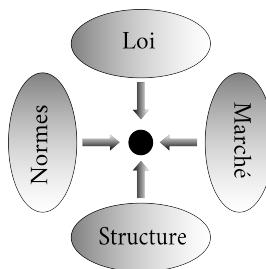


FIGURE 10.5

Nous finirons là :

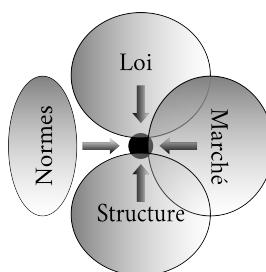


FIGURE 10.6

Je vais maintenant expliquer comment.

## Loi : durée

Lorsque le premier Congrès édicta des lois pour protéger la propriété des créations, il fit face à la même incertitude concernant le statut de cette propriété que les anglais, qui s’y étaient confrontés en 1774. Beaucoup d’états

avaient fait passer des lois protégeant la propriété des créations, et certains pensaient que ces lois ne faisaient que compléter les droits de la loi commune qui protégeait déjà les auteurs de créations<sup>125</sup>. Ce qui signifie qu'il n'y avait pas de domaine public garanti aux États Unis en 1790. Si les copyrights étaient protégés par la loi commune, alors il n'y avait aucun moyen simple de savoir si une œuvre publiée aux États Unis était libre ou protégée. Tout comme en Angleterre, cette incertitude persistante empêchait les éditeurs de compter sur un domaine public pour la réimpression et la diffusion des œuvres.

Cette incertitude prit fin lorsque le Congrès vota une législation accordant des copyrights. Comme la loi fédérale a précédence sur toute loi contraire d'un état, les protections fédérales des œuvres sous copyright annulent toute protection issue d'une loi d'état. Tout comme en Angleterre où le « Statut d'Anne » garantit que les copyrights de toutes les œuvres anglaises finissent par expirer, un statut fédéral stipulait que tout copyright accordé par un état devait expirer également.

En 1790, le Congrès édicta la première loi sur le copyright. Il institua un copyright fédéral et le fixa pour quatorze ans. Si l'auteur était encore en vie à l'issue de ces quatorze années, alors il pouvait choisir de le renouveler pour quatorze années supplémentaires. S'il ne le renouvelait pas, son œuvre passait dans le domaine public.

Alors que de nombreuses œuvres furent créées aux États-Unis pendant les dix premières années de la république, seulement 5 pour cent de ces œuvres étaient en fait enregistrées sous le régime du copyright fédéral. De toutes les œuvres créées aux États Unis avant 1790 et de 1790 à 1800, 95 pour cent passèrent immédiatement dans le domaine public ; le reste passerait dans le domaine public au pire vingt-huit années plus tard, et plus probablement durant les quatorze années qui suivraient<sup>126</sup>.

Ce système de renouvellement constituait une pièce critique du système américain de copyright. Il garantissait que la durée maximale du copyright serait accordée uniquement lorsque c'était demandé. À l'issue de la période initiale de quatorze ans, si l'auteur ne prenait pas la peine de renouveler le copyright, alors ce n'était pas la peine que la société maintienne le copyright non plus.

Quatorze ans ne nous semblent peut-être pas une longue durée, mais pour la grande majorité des détenteurs de copyright de cette époque, c'était bien assez long : seule une petite minorité d'entre eux renouvelait leur copyright ; les autres laissaient leur travail passer dans le domaine public<sup>127</sup>.

Encore aujourd'hui, cette construction serait pertinente. La plupart des créations n'a que quelques années de vie commerciale. La plupart des livres sont épuisés en moins d'un an<sup>128</sup>. Lorsque cela se produit, la vente des livres d'occasion n'est plus soumise aux règles du copyright. Ainsi les livres ne sont plus *de fait* sous le contrôle du copyright. Le seul usage commercial de ces livres est la vente de livres d'occasion ; cet usage — parce qu'il n'implique pas de publication — est libre en effet.

Au cours des cent premières années de la République, la durée du copyright a changé une seule fois. En 1831, cette durée est passée d'un maximum de 28 ans à un maximum de 42 ans en augmentant la durée initiale du copy-

right de 14 à 28 ans. Dans les cinquante ans qui suivirent, cette durée augmenta une nouvelle fois. En 1909, le Congrès prolongea la durée de renouvellement de 14 à 28 ans, portant la durée maximale à 56 ans.

Puis, au début de 1962, le Congrès a adopté une pratique qui a servi depuis à définir la loi sur le copyright. Onze fois durant les quarante dernières années, le Congrès a augmenté la durée de copyrights existants ; deux fois durant cette période, il a allongé la durée des futurs copyrights. Au début, ces allongements étaient courts, de l'ordre de un à deux ans. En 1976, le congrès a allongé tous les copyrights existants de dix-neuf ans. Et en 1998, avec le « Sonny Bono Copyright Term Extension Act », il a allongé la durée des copyrights existants et futurs de vingt ans.

L'effet de ces allongements est simplement de pénaliser, ou de retarder, le passage des œuvres dans le domaine public. Ce dernier allongement signifie que le domaine public aura été pénalisé de trente-neuf ans en plus des cinquante-cinq ans initiaux, soit une augmentation de 70 pour cent depuis 1962. Donc, pendant les vingt ans qui s'écouleront après l'édition du « Sonny Bono Act », tandis qu'un million de brevets tomberont dans le domaine public, aucun copyright n'arrivera à l'expiration de sa durée légale.

L'effet de ces allongements est encore exacerbé par un autre changement, peu remarqué, de la loi sur le copyright. Souvenez-vous, j'ai dit que les initiateurs de la loi avaient prévu un régime en deux temps, obligeant un détenteur de copyright à le renouveler à l'issue de sa durée initiale. Cette exigence de renouvellement permettait aux œuvres pour lesquelles la protection du copyright n'était plus nécessaire de passer plus vite dans le domaine public. Les œuvres restant protégées seraient celles qui continuaient à avoir une valeur commerciale.

Les États Unis ont abandonné ce système sage en 1976. Pour toutes les œuvres créées après 1978, il n'y avait plus qu'une seule durée du copyright — la durée maximale. Pour des auteurs « personnes physiques », cette durée était de cinquante ans après leur mort. Pour les entreprises, cette durée était de soixantequinze ans. Puis, en 1992, le Congrès a abandonné l'exigence de renouvellement pour toutes les œuvres créées avant 1978. Toutes les œuvres encore sous copyright ont obtenu la durée maximale possible. Après le Sonny Bono Act, cette durée était de quatre vingt quinze ans.

Ce changement signifiait que la loi américaine n'avait plus aucun moyen de garantir automatiquement que les œuvres qui n'étaient plus exploitées puissent tomber dans le domaine public. Ces changements de législation ont rendu le domaine public orphelin. Malgré l'exigence d'avoir une durée « limitée », nous n'avons aucune preuve que quelque chose la limitera.

L'effet de ces changements sur la durée moyenne du copyright est considérable. En 1973, plus de 85 pour cent des détenteurs de copyright négligeaient de les renouveler, ce qui fait que la durée moyenne du copyright en 1973 n'était que de 32,2 ans. Par suite de la suppression de l'exigence de renouvellement, la durée moyenne du copyright est maintenant la durée maximale. En trente ans, la durée moyenne a triplé, passant de 32,2 ans à 95 ans<sup>129</sup>.

## Loi : portée

La « portée » d'un copyright est l'éventail des droits accordés par la loi. La portée du copyright américain a changé de façon spectaculaire. Ces changements ne sont pas forcément mauvais, mais il faut en comprendre l'importance si nous voulons garder ce débat dans son contexte.

En 1790, sa portée était très restreinte. Le copyright couvrait uniquement « les cartes, les graphiques et les livres ». Cela ne concernait donc pas, par exemple, la musique ou l'architecture. Plus précisément, le copyright donnait à l'auteur le droit exclusif de « publier » l'œuvre sous copyright. Ce qui veut dire que quelqu'un ne violait le copyright que s'il rééditait l'œuvre sans la permission du détenteur du copyright. Enfin, le droit accordé par le copyright était un droit exclusif sur un livre bien précis. Ce droit ne s'étendait pas à ce que les juristes appellent « les œuvres dérivées ». Par conséquent, il n'interférerait pas avec le droit de n'importe qui en dehors de l'auteur de traduire un livre sous copyright, ou d'adapter l'histoire à un autre mode de présentation (comme une pièce de théâtre basée sur un livre publié).

Cela aussi a changé considérablement. Tandis qu'il est très difficile de le décrire en des termes simples et généraux, ce droit couvre pratiquement toute œuvre qui prend une forme tangible. Il couvre aussi bien la musique que l'architecture, le théâtre que les programmes d'ordinateur. Il donne au détenteur du copyright non seulement le droit exclusif de « publier » l'œuvre, mais aussi celui contrôler toute « copie » de cette œuvre. Le plus important en ce qui concerne notre propos actuel est que le droit donne au détenteur du copyright tout contrôle non seulement sur son œuvre proprement dite, mais aussi sur toute « œuvre dérivée ». De cette façon, le droit protège plus de créations, les protège de façon plus complète, et protège les œuvres basées de façon significative sur la création originale.

En même temps que le champ du copyright s'est étendu, les contraintes procédurales du droit se sont assouplies. Je viens de décrire la suppression complète de l'exigence de renouvellement en 1992. En plus de cette exigence de renouvellement, pendant la plus grande partie de l'histoire de la loi américaine sur le copyright, l'œuvre devait être enregistrée avant de pouvoir jouir de la protection. Il y a eu également l'obligation que toute œuvre sous copyright soit marquée du fameux © ou du mot *copyright*. Et pendant tout ce temps, on a exigé que les œuvres soient placées en dépôt auprès du gouvernement avant que le copyright puisse être garanti.

La raison de cette obligation d'enregistrement venait de l'interprétation logique que pour la majorité des œuvres, aucun copyright n'était requis. Une fois encore, pendant les dix premières années de la République, 95 pour cent des œuvres éligibles au copyright ne furent jamais mises sous copyright. Ainsi, la règle était le reflet de la norme : la plupart des œuvres n'avaient apparemment pas besoin de copyright, donc l'enregistrement réduisait l'application de la loi aux quelques œuvres enregistrées. Le même raisonnement justifiait l'obligation de marquer une œuvre sous copyright — il était ainsi facile de savoir si un copyright était revendiqué. L'obligation de dépôt des œuvres visait à garantir qu'une fois le copyright expiré, il y aurait

une copie de l'œuvre quelque part afin qu'elle puisse être copiée par d'autres sans avoir à localiser l'auteur original.

Toutes ces « formalités » furent abolies dans le système américain quand nous avons décidé de suivre la loi européenne sur le copyright. Il n'y a pas l'obligation d'enregistrer une œuvre pour obtenir un copyright ; le copyright est maintenant automatique ; le copyright existe que vous marquez ou non votre œuvre avec un © ; et le copyright existe que vous mettiez ou non à disposition une copie pour que d'autres la reproduisent.

Prenons un exemple pratique pour comprendre la portée de ces différences.

Si, en 1790, vous aviez écrit un livre et que vous étiez un des 5 pour cent à avoir effectivement mis ce livre sous copyright, alors la loi du copyright vous protégeait contre d'autres éditeurs voulant prendre votre livre et le rééditer sans votre permission. Le but de la loi était de réglementer les éditeurs afin d'empêcher ce type de concurrence injuste. En 1790, il y avait 174 éditeurs aux États-Unis<sup>130</sup>. La loi sur le copyright était donc une réglementation minuscule d'une proportion minuscule d'une part minuscule du marché de la création des États-Unis — les éditeurs.

La loi laissait les autres créateurs totalement déréglementés. Si je copiais votre poème à la main, encore et encore, afin de l'apprendre par cœur, mon acte n'était absolument pas réglementé par la loi de 1790. Si je prenais votre roman et en faisait une pièce de théâtre, ou si je le traduisais ou l'abrégeais, aucune de ces activités n'étaient réglementées par la loi sur le copyright. Ces activités de création restaient libres, alors que les activités des éditeurs étaient restreintes.

Aujourd'hui, l'histoire est très différente : si vous écrivez un livre, votre livre est automatiquement protégé. En fait, pas seulement votre livre. Chaque courriel, chaque note de votre conjoint, chaque griffonnage, *chaque* acte créatif qui prend une forme tangible — tout cela est automatiquement placé sous copyright. Il n'y a pas besoin d'enregistrer ou de marquer votre travail. La protection est une conséquence de la création, et non pas des étapes que vous effectuez pour la protéger.

Cette protection vous donne le droit (sujet à quelques exceptions de type usage loyal) de contrôler comment les autres copient votre œuvre, qu'ils la copient pour la rééditer ou pour en partager un extrait.

Tout ceci est la partie évidente. N'importe quel système de droit d'auteur contrôlerait l'édition concurrentielle. Mais il y a une seconde partie dans le copyright d'aujourd'hui qui n'est pas du tout évidente. C'est la protection des « droits dérivés ». Si vous écrivez un livre, personne ne peut en faire un film sans permission. Personne ne peut le traduire sans permission. CliffsNotes (NdT : une série de livres scolaires analysant des œuvres littéraires) ne pourrait pas en faire un résumé à moins d'en avoir la permission. Le copyright, en d'autres termes, est maintenant non seulement un droit exclusif sur vos écrits, mais aussi un droit exclusif sur une grande proportion des écrits inspirés par eux.

C'est ce droit dérivatif qui semblerait le plus bizarre à nos législateurs, bien qu'il soit devenu comme une seconde nature pour nous. À l'origine, cette

extension a été créée pour traiter les contournements évidents d'un copyright plus restreint. Si j'écris un livre, pouvez-vous changer un mot et revendiquer un copyright sur un livre nouveau et différent ? Évidemment cela serait une farce pour le copyright, et donc la loi a été correctement étendue pour inclure ces légères modifications au même titre que les œuvres originales mot pour mot.

En empêchant cette farce, la loi a créé un pouvoir étonnant à l'intérieur d'une culture libre — tout du moins, c'est étonnant quand vous comprenez que la loi s'applique non seulement à l'éditeur commercial mais aussi à n'importe qui possédant un ordinateur. Je comprends le tort qu'il y a à dupliquer et revendre l'œuvre de quelqu'un d'autre. Mais pour autant que cela soit néfaste, transformer l'œuvre de quelqu'un d'autre est de nature différente. Certains voient la transformation comme n'étant pas mauvaise du tout — ils croient que notre loi, tels que les législateurs l'ont écrite, ne devrait pas du tout protéger les droits dérivatifs<sup>131</sup>. Que l'on aille ou non aussi loin, il semble évident que quel que soit le tort causé, il est fondamentalement différent de celui causé par la piraterie directe.

Et pourtant la loi du copyright traite ces deux types de tort de la même manière. Je peux aller devant les tribunaux et obtenir une injonction contre votre piratage de mon livre. Je peux aller devant les tribunaux et obtenir une injonction contre votre transformation de mon livre<sup>132</sup>. Ces deux différentes utilisations de ma création sont traitées de la même manière.

Ceci encore peut vous sembler juste. Si j'ai écrit un livre, alors pourquoi auriez-vous le droit d'écrire un film qui reprend mon histoire, et de faire de l'argent dessus sans me rémunérer ou m'en donner le mérite ? Ou si Disney crée une créature appelée « Mickey Mouse », pourquoi auriez-vous le droit de fabriquer des jouets Mickey Mouse et d'être celui qui fait du commerce sur la valeur créée au départ par Disney ?

Ce sont de bons arguments, et, de façon générale, je ne dis pas que les droits dérivatifs sont injustifiés. Mon intention en ce moment est bien plus limitée : elle est simplement de montrer clairement que cette extension est un changement significatif des droits accordés initialement.

## Loi et Structure : atteinte

Alors qu'à l'origine la loi réglementait seulement les éditeurs, le changement dans l'étendue du copyright signifie que la loi réglemente aujourd'hui les éditeurs, les utilisateurs, et les auteurs. Elle les réglemente, car tous les trois sont capables de faire des copies, et le cœur de la réglementation sur le copyright porte sur la copie<sup>133</sup>.

« Copie ». Cela semble être à l'évidence l'objet de la réglementation de la loi du copyright. Mais comme avec l'argumentation de Jack Valenti du début de ce chapitre, que la « propriété des créations » mérite les « mêmes droits » que toutes les autres propriétés, c'est cette évidence à laquelle nous devons faire le plus attention. Car tandis qu'il peut être évident que dans le monde avant Internet, les copies étaient le déclencheur manifeste de la loi du copy-

right, à la réflexion, il devrait être évident que dans le monde avec Internet, les copies *ne devraient pas* être le déclencheur de la loi sur le copyright. Plus précisément, elles ne devraient pas *toujours* l'être.

C'est peut-être la revendication centrale de ce livre, donc laissez-moi m'y prendre très lentement afin que l'idée soit bien comprise. Mon argument est qu'Internet devrait au moins nous forcer à repenser les conditions sous lesquelles la loi du copyright s'applique automatiquement<sup>134</sup>, car il est clair que la portée actuelle du copyright n'a jamais été envisagée, et encore moins choisie, par les législateurs qui en ont promulgué la loi.

Nous pouvons voir cette idée de manière abstraite en commençant par ce cercle en grande partie vide.

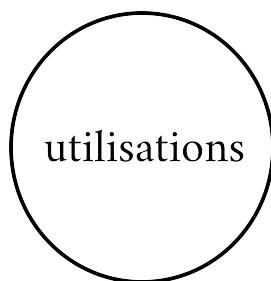


FIGURE 10.7

Pensez à un livre dans l'espace réel, et imaginez ce cercle comme représentant toutes ses *utilisations* potentielles. La plupart d'entre elles ne sont pas réglementées par la loi du copyright, car elles ne créent pas de copie. Si vous lisez un livre, cet acte n'est pas réglementé par la loi du copyright. Si vous donnez le livre à quelqu'un, cet acte ne l'est pas non plus. Si vous revendez un livre, cet acte n'est pas réglementé (la loi du copyright stipule expressément qu'après la première vente d'un livre, le détenteur du copyright ne peut pas imposer davantage de conditions sur la mise à disposition de ce livre). Si vous dormez sur le livre ou l'utilisez pour surélever une lampe ou laissez votre chiot le mordiller, ces actes ne sont pas réglementés par la loi du copyright, car ces actes ne créent pas de copie.

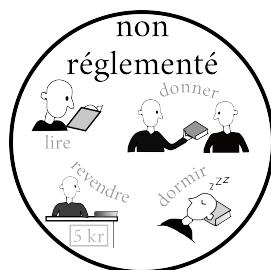


FIGURE 10.8

Évidemment, toutefois, certaines utilisations d'un livre sous copyright sont réglementées par la loi du copyright. Rééditer ce livre, par exemple, crée une copie. C'est donc réglementé par la loi du copyright. En effet, cette utilisation particulière se trouve au cœur du cercle des utilisations possibles d'une œuvre sous copyright. C'est l'utilisation paradigmique dûment réglementée par la réglementation sur le copyright (voir le premier diagramme 10.9 (p. 121)).

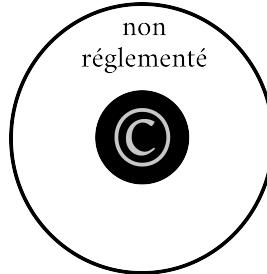


FIGURE 10.9

Enfin, il existe une minuscule bande d'utilisations de copies, par ailleurs réglementées, qui restent non réglementées car la loi les considère comme étant de l'« usage loyal ».

Ce sont des utilisations qui elles-mêmes impliquent la copie, mais que la loi traite comme non réglementées, parce que la politique publique exige qu'elles le restent. Vous êtes libre de citer ce livre, même pour une critique plutôt négative, sans ma permission, même si une citation constitue une copie. Cette copie donnerait normalement au détenteur du copyright le droit exclusif de dire s'il l'autorise ou non, mais la loi lui refuse tout droit exclusif sur de tels « usages loyaux » en raison de la politique publique (et probablement du Premier Amendement).

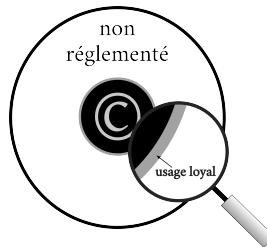


FIGURE 10.10

Dans l'espace réel, donc, les utilisations possibles d'un livre sont divisées en trois sortes : (1) utilisations non réglementées, (2) utilisations réglementées et (3) utilisations réglementées qui sont néanmoins considérées comme « justes » sans se soucier de l'opinion du détenteur du copyright.

Arrive Internet — un réseau distribué numérique où chaque utilisation d'une œuvre sous copyright produit une copie<sup>135</sup>. Et à cause de cette seule et arbitraire caractéristique de la conception d'un réseau numérique, la portée de la catégorie 1 change nettement. Des utilisations qui étaient auparavant présumées non réglementées sont maintenant présumées l'être. Il n'y a plus un ensemble d'utilisations présumées non réglementées qui forment une liberté associée à une œuvre sous copyright. Au lieu de cela, chaque utilisation est maintenant soumise au copyright, parce qu'elle crée également une copie — la catégorie 1 se fait avaler par la catégorie 2. Et ceux qui défendaient les utilisations non réglementées d'œuvres sous copyright doivent regarder exclusivement la catégorie 3, les usages loyaux, pour supporter le poids de ce déplacement.

Soyons donc très précis pour que cette idée générale soit bien claire. Avant Internet, si vous achetiez un livre et le lisiez dix fois, le détenteur du copyright n'avait pas de moyen crédible lié au *copyright* pour contrôler l'utilisation de son livre. La loi du copyright n'aurait rien eu à dire si vous lisiez le livre une fois, dix fois, ou chaque soir avant de vous coucher. Aucun de ces cas d'utilisation — la lecture — ne pouvait être réglementé par la loi du copyright car aucune de ces utilisations ne produisait de copie.

Mais le même livre au format électronique est efficacement régi par un ensemble différent de règles. Maintenant, si le détenteur du copyright disait que vous ne pouvez lire le livre qu'une seule fois ou seulement une fois par mois, alors la *loi du copyright* l'aiderait à exercer ce degré de contrôle, à cause de la caractéristique accidentelle de cette loi qui déclenche son application lorsqu'il y a copie. Maintenant, si vous lisez le livre dix fois et que la licence ne vous l'autorise que cinq fois, alors à chaque fois que vous lisez le livre (ou une de ses parties) au-delà de la cinquième fois, vous faites une copie du livre contrairement à la volonté du détenteur du copyright.



FIGURE 10.11

Il y a certaines personnes qui pensent que c'est parfaitement sensé. Mon but pour le moment n'est pas de discuter si ça l'est ou non. Mon but est seulement de montrer clairement le changement. Une fois que vous le voyez, quelques autres considérations deviennent également claires :

Premièrement, aucun décideur n'a jamais eu l'intention de faire disparaître la catégorie 1. Le Congrès n'a pas réfléchi à l'effondrement des utilisa-

tions présumées non réglementées des œuvres sous copyright. Il n'y a aucune preuve que les décideurs avaient cette idée en tête quand ils ont permis à notre politique, dont il est ici question, de changer. Les utilisations non réglementées constituaient une partie importante de la culture libre avant Internet.

Deuxièmement, ce changement est particulièrement troublant dans le cadre d'une transformation de contenu créatif. Encore une fois, nous pouvons tous comprendre la nuisance du piratage commercial. Mais la loi prétend maintenant réglementer *n'importe quelle* transformation faite avec une machine d'une œuvre de création. Le « copier coller » et le « couper coller » deviennent des crimes. Retoucher une histoire et la diffuser à d'autres expose le manipulateur à au moins une obligation de justification. Aussi troublante que soit cette extension pour la copie d'une œuvre particulière, elle est extraordinairement troublante pour les transformations d'œuvre de création.

Troisièmement, ce glissement de la catégorie 1 vers la catégorie 2 met un poids extraordinaire sur la catégorie 3 (« usage loyal ») que l'usage loyal n'avait jamais eu à supporter auparavant. Si un détenteur de copyright essayait maintenant de contrôler combien de fois je peux lire un livre en ligne, la réponse naturelle serait d'affirmer que c'est une violation de mes droits d'usage loyal. Mais il n'y a jamais eu de litige pour déterminer si la lecture est un droit d'usage loyal, car avant Internet, la lecture ne déclencheait pas l'application de la loi du copyright, et par conséquent il n'y avait pas besoin de l'usage loyal comme défense. Auparavant, le droit de lire était effectivement protégé, car la lecture n'était pas réglementée.

Ce point concernant l'usage loyal est totalement ignoré, même par les défenseurs de la culture libre. Nous sommes piégés en soutenant que nos droits dépendent de l'usage loyal — sans même jamais poser la question évoquée plus haut sur l'extension de la réglementation réelle. Une protection mince fondée sur l'usage loyal a du sens lorsque la majorité des utilisations est *non réglementée*. Mais quand tout devient a priori réglementé, alors les protections de l'usage loyal ne suffisent plus.

Le cas de Video Pipeline est un bon exemple. Video Pipeline était fabriquant de « bandes-annonces » pour des films en vente dans des magasins de vidéos. Ces magasins diffusaient les bandes-annonces comme moyen de promotion des vidéos. Video Pipeline obtenait les bandes-annonces des distributeurs de films, les mettait sur cassette, et vendait ces cassettes aux magasins.

L'entreprise fit ça pendant environ quinze ans. Puis, en 1997, elle commença à réfléchir à Internet comme autre moyen de distribuer ces bandes-annonces. L'idée était d'étendre leur technique de « vente par échantillon » en donnant aux magasins en ligne la même capacité de « naviguer » parmi les films. Tout comme dans une librairie vous pouvez lire quelques pages d'un livre avant de l'acheter, donc, vous pourriez aussi voir un extrait de film en ligne avant de l'acheter.

En 1998, Video Pipeline informa Disney et d'autres distributeurs de film qu'elle avait l'intention de distribuer les bandes-annonces par Internet (plutôt qu'en envoyant des cassettes) aux distributeurs de leurs vidéos. Deux ans plus tard, Disney demanda à Video Pipeline d'arrêter. Le propriétaire de Video Pipeline souhaita discuter du sujet avec Disney — il avait construit une activité

de distribution de ce contenu comme un moyen d'aider Disney à vendre ses films ; il avait des clients qui dépendaient de la diffusion de ce produit. Disney acceptait de parler seulement si Video Pipeline cessait immédiatement la distribution. Video Pipeline pensait que cela faisait partie de leurs droits « d'usage loyal » de distribuer des extraits comme ils le faisaient. Donc ils intentèrent un procès pour demander à la cour de déclarer qu'ils étaient dans leur droit.

Disney contre-attaqua en justice — pour 100 millions de dollars de dommages et intérêts. Ces dommages et intérêts étaient demandés au motif que Video Pipeline avait « délibérément violé » le copyright de Disney. Quand un tribunal conclut à une infraction délibérée, il peut accorder des dommages et intérêts non pas sur la base du préjudice réel au détenteur du copyright, mais sur la base d'un montant fixé par la loi. Parce que Video Pipeline avait diffusé sept cents extraits de films Disney pour permettre aux magasins de vidéos de vendre ces films, Disney poursuivait désormais Video Pipeline pour 100 millions de dollars.

Disney a le droit de contrôler sa propriété, bien sûr. Mais les magasins de vidéos qui vendaient les films de Disney avaient en quelque sorte également le droit de pouvoir vendre les films achetés à Disney. La revendication de Disney au tribunal était que les magasins étaient autorisés à vendre les films et à lister leur titre, mais, sans la permission de Disney, ils n'étaient pas autorisés à montrer des extraits des films pour faire leur vente.

Maintenant, vous pensez peut-être que c'est un cas difficile à trancher, et je pense que les tribunaux le considéreraient comme tel. Mon objectif ici est de cartographier le changement qui donne un tel pouvoir à Disney. Avant Internet, Disney ne pouvait pas vraiment contrôler comment les gens accédaient à son contenu. Une fois qu'une vidéo était sur le marché, la « doctrine de la première vente » donnait au vendeur la liberté d'utiliser la vidéo comme bon lui semblait, incluant la diffusion d'extraits pour susciter les ventes de la vidéo complète. Mais avec Internet, il devient possible à Disney de centraliser le contrôle d'accès à ce contenu. Parce que chaque utilisation d'Internet produit une copie, son utilisation devient l'objet d'un contrôle de copyright. La technologie étend la portée du contrôle effectif, parce qu'elle génère une copie pour chaque transaction.

Sans doute, une possibilité n'est pas encore un abus, et donc la possibilité de contrôle n'est pas encore un abus de contrôle. Barnes & Noble (NdT : une chaîne de librairies) a le droit de dire que vous ne pouvez pas toucher un livre dans leur magasin ; la loi sur la propriété leur en donne le droit. Mais le marché protège efficacement contre cet abus. Si Barnes & Noble interdisait de feuilleter les livres, alors les clients choisiraient d'autres librairies. La concurrence protège des extrêmes. Et il se peut même (mon argument jusqu'à présent ne remet même pas cela en question) que la concurrence éviterait n'importe quel danger similaire quand il s'agit de copyright. Bien sûr, les éditeurs exerçant les droits octroyés par les auteurs peuvent essayer de réglementer combien de fois vous lisez un livre, ou essayer de vous empêcher de partager le livre avec quiconque. Mais dans un marché concurrentiel comme celui du livre, le danger que cela arrive est assez faible.

Une fois de plus, mon intention jusqu'à présent est simplement de cartographier les changements rendus possibles par cette structure modifiée. Permettre à la technologie d'appliquer le contrôle du copyright signifie que ce contrôle n'est plus défini par une politique équilibrée. Le contrôle du copyright est simplement ce que les propriétaires privés choisissent. Dans certains contextes, au moins, ce fait est inoffensif. Mais dans d'autres, c'est la recette d'un désastre.

## Structure et Loi : force

La disparition des utilisations non réglementées serait à elle seule déjà un changement assez grand, mais un second changement important provoqué par Internet amplifie sa portée. Ce second changement n'affecte pas la portée de la réglementation du copyright ; il affecte comment elle est appliquée.

Dans le monde d'avant la technologie numérique, c'était généralement la loi qui contrôlait si quelqu'un était réglementé par la loi du copyright, et comment. Qui dit loi, dit tribunal, dit juge : à la fin, c'était un être humain, formé dans la tradition de la loi et conscient des équilibres que la tradition embrassait, qui disait si et comment une loi devait restreindre votre liberté.

Il y a une anecdote célèbre à propos d'une bataille entre les Marx Brothers et Warner Brothers. Les Marx prévoyaient de faire une parodie de *Casablanca*. Warner Brothers s'y opposa. Ils écrivirent une lettre désagréable aux Marx, les avertissant qu'il y aurait de graves conséquences légales s'ils continuaient dans leur projet<sup>136</sup>.

Cela a amené les Marx Brothers à répondre de la sorte : ils avertirent Warner Brothers que les Marx Brothers « étaient frères bien avant que vous le soyez »<sup>137</sup>. Les Marx Brothers possédaient ainsi le mot *brothers*, et si Warner Brothers insistait pour essayer de contrôler *Casablanca*, alors les Marx Brother insisteraient pour avoir le contrôle sur *brothers*.

Une menace absurde et creuse, bien sûr, parce que Warner Brothers, comme les Marx Brothers, savait qu'aucun tribunal n'appliquerait jamais une telle demande. Cet extrémisme était sans rapport avec les réelles libertés dont quiconque (y compris Warner Brothers) jouissait.

Sur Internet, toutefois, il n'y a pas de vérification des règles idiotes, parce que sur Internet, de plus en plus, les règles sont appliquées par une machine et non par un être humain : de plus en plus, les règles de la loi sur le copyright, telles qu'interprétées par le détenteur du copyright, sont construites dans la technologie qui délivre le contenu protégé. C'est le code, plutôt que la loi, qui décide. Et le problème avec les règlements par le code, c'est que, à la différence de la loi, le code n'a pas de honte. Le code n'aurait pas compris l'humour des Marx Brothers. La conséquence de ceci n'est pas drôle du tout.

Considérons la vie de mon Adobe eBook Reader (NdT : lecteur de livre électronique Adobe).

Un e-book est un livre sous une forme électronique. Un Adobe eBook n'est pas un livre publié par Adobe ; Adobe produit simplement le logiciel que les éditeurs utilisent pour livrer les e-books. Il fournit la technologie, que les édi-

teurs utilisent pour livrer leur contenu.



FIGURE 10.12

La figure 10.12 (p. 126) est l'image d'une vieille version de mon Adobe eBook Reader.

Comme vous pouvez le voir, j'ai une petite collection d'e-books dans cette bibliothèque d'e-books. Certains de ces livres reproduisent du contenu qui est dans le domaine public : *Middlemarch*, par exemple, est dans le domaine public. Certains d'entre eux reproduisent du contenu qui n'est pas dans le domaine public : mon propre livre *L'avenir des idées* n'est pas encore dans le domaine public. Prenons *Middlemarch* d'abord. Si vous cliquez sur ma copie e-book de *Middlemarch*, vous verrez une jolie couverture, et puis un bouton en bas appelé Permissions.

Si vous cliquez sur le bouton Permissions, vous allez voir la liste des permissions que l'éditeur prétend accorder avec ce livre.



FIGURE 10.13

D'après mon eBook Reader, j'ai la permission de copier dans le presse-

papiers de l'ordinateur dix sélections de texte tous les dix jours. (Jusqu'à présent, je n'ai copié aucun texte dans le presse-papiers.) J'ai également la permission d'imprimer dix pages du livre tous les dix jours. Pour finir, j'ai la permission d'utiliser le bouton Read Aloud (NdT : lire à voix haute) pour entendre *Middlemarch* lu par l'ordinateur.

Voici le e-book d'une autre œuvre dans le domaine public (y compris les traductions) : *La Politique* d'Aristote.

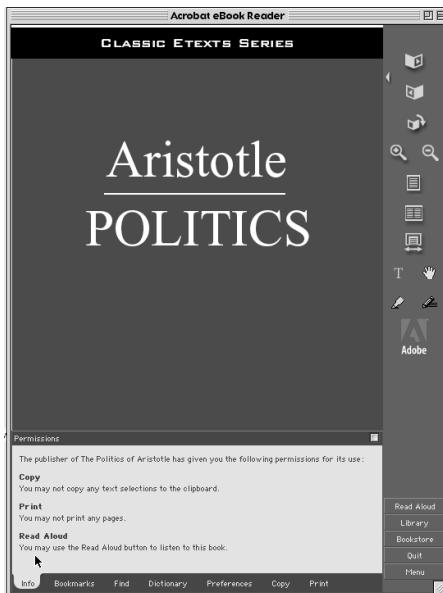


FIGURE 10.14

D'après ses permissions, aucune impression ni copie n'est permise du tout. Mais heureusement, vous pouvez utiliser le bouton Read Aloud pour écouter ce livre.

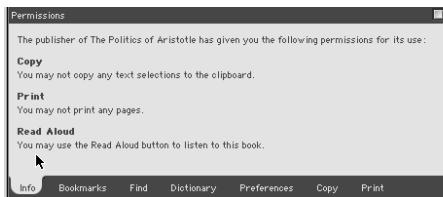


FIGURE 10.15

Enfin (et c'est le plus gênant), voici les permissions pour la version e-book originale de mon dernier livre, *L'avenir des idées* :

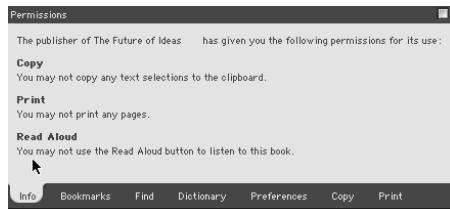


FIGURE 10.16

Pas de copie, pas d'impression, et ne vous avisez pas d'essayer d'écouter ce livre !

Maintenant, l'Adobe eBook Reader appelle ces contrôles « permissions » — comme si l'éditeur avait le pouvoir de contrôler comment sont utilisées ces œuvres. Pour des œuvres soumises au copyright, le détenteur du copyright en a certainement le pouvoir — dans les limites de la loi sur le copyright. Mais pour des œuvres non soumises au copyright, le pouvoir du copyright ne s'applique pas<sup>138</sup>. Quand mon e-book de *Middlemarch* dit que j'ai la permission de copier seulement dix sélections de texte en mémoire tous les dix jours, cela signifie en réalité que l'eBook Reader a permis à l'éditeur de contrôler comment j'utilise le livre sur mon ordinateur, bien au-delà du contrôle que la loi autorise.

Au lieu de cela, le contrôle provient du code — de la technologie dans laquelle « réside » le livre électronique. Bien que le e-book dise que ce sont des permissions, c'est le genre de « permissions » que la plupart d'entre nous ne pratique pas. Quand une adolescente obtient la « permission » de sortir jusqu'à minuit, elle sait (à moins d'être Cendrillon) qu'elle peut sortir jusqu'à deux heures du matin, mais qu'elle subira une sanction si elle se fait prendre. Mais quand l'Adobe eBook Reader dit que j'ai la permission de faire dix copies du texte dans la mémoire de l'ordinateur, cela signifie qu'après dix copies, l'ordinateur n'en fera pas plus. Pareil pour les restrictions d'impression : après dix pages, le eBook Reader n'en imprimera pas plus. C'est la même chose pour la restriction idiote qui dit que vous ne pouvez pas utiliser le bouton Read Aloud pour lire mon livre à voix haute — l'entreprise ne vous poursuivra pas en justice si vous le faites ; à la place, si vous appuyez sur le bouton Read Aloud, la machine ne lira simplement pas à voix haute.

Ce sont des *contrôles*, pas des permissions. Imaginez un monde où les Marx Brothers vendraient un logiciel de traitement de texte qui, quand vous tenteriez de taper « Warner Brothers », effacerait « Brothers » de la phrase.

C'est l'avenir de la loi du copyright : ce ne sera pas tant la *loi* sur le copyright que le *code* du copyright. Les contrôles d'accès au contenu ne seront pas ratifiés par les tribunaux ; ces contrôles seront ceux codés par des programmeurs. Et alors que les contrôles construits par la loi sont toujours amenés à être vérifiés par un juge, les contrôles construits par la technologie n'ont pas de vérification interne similaire.

En quoi est-ce important ? N'est-il pas toujours possible de contourner les contrôles faits par la technologie ? Les logiciels étaient habituellement vendus

avec des techniques qui limitaient la capacité des utilisateurs à les copier, mais c'étaient des protections triviales à défaire. Pourquoi ne sera-t-il pas trivial de défaire ces protections aussi ?

Nous n'avons fait qu'effleurer la surface de cette histoire. Retournons à l'Adobe eBook Reader.

Plus tôt dans la vie de l'Adobe eBook Reader, Adobe souffrait de relations publiques cauchemardesques. Parmi les livres que vous pouviez télécharger gratuitement sur le site de Adobe figurait une copie d'*Alice au pays des merveilles*. Ce merveilleux livre est dans le domaine public. Pourtant quand vous cliquiez sur Permissions pour ce livre, vous aviez le message suivant :

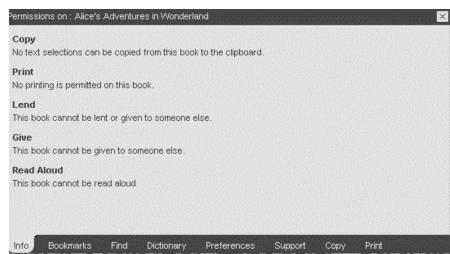


FIGURE 10.17

Voici un livre pour enfants du domaine public que vous n'êtes pas autorisé à copier, ni autorisé à prêter, ni autorisé à donner, et, comme l'indiquent les « permissions », ni autorisé à « lire à voix haute » !

Le cauchemar des relations publiques était lié à cette dernière permission. Parce que le texte ne disait pas que vous n'étiez pas autorisé à utiliser le bouton Read Aloud ; il disait que vous n'aviez pas la permission de lire le livre à voix haute. Cela a amené certaines personnes à penser qu'Adobe restreignait le droit des parents, par exemple, de lire le livre à leurs enfants, ce qui semblait, c'est le moins qu'on puisse dire, absurde.

Adobe répondit rapidement qu'il était absurde de penser qu'il essayait de restreindre le droit de lire un livre à voix haute. [Note : Quelle ironie intéressante pour Adobe de dire qu'il est « absurde » de restreindre un livre d'être lu à voix haute quand elle construit exactement cette capacité dans ses logiciels.] Évidemment c'était seulement restreindre la capacité d'utiliser le bouton Read Aloud pour avoir le livre lu à voix haute. Mais Adobe n'a jamais répondu à la question suivante : Adobe serait-il donc d'accord pour qu'un client utilise librement un logiciel pour contourner les restrictions mises dans l'eBook Reader ? Si une entreprise (appelons-la Elcomsoft) développait un programme pour désactiver la protection technique d'un Adobe eBook afin qu'une personne aveugle, disons, puisse utiliser un ordinateur pour lire le livre à voix haute, Adobe penserait-il que cet usage de l'eBook Reader est loyal ? Adobe n'a pas répondu parce que la réponse, aussi absurde puisse-t-elle paraître, est non.

Ce n'est pas pour dire du mal d'Adobe. En effet, Adobe est parmi les entreprises les plus innovantes, développant des stratégies pour équilibrer l'accès

ouvert au contenu et des incitations pour que les entreprises innovent. Mais la technologie d'Adobe permet le contrôle, et Adobe a un intérêt à défendre ce contrôle. Cet intérêt est compréhensible, mais ce qu'il produit est souvent délirant.

Pour illustrer ce fait dans un cas particulièrement absurde, voici une de mes histoires préférées qui met en évidence la même chose.

Prenons le chien robot de Sony nommé « Aibo ». L'Aibo apprend des tours, fait des câlins et vous suit. Il ne consomme que de l'électricité et ne fait pas tant de dégâts que ça (au moins dans votre maison).

L'Aibo est cher et populaire. Des fans du monde entier ont monté des clubs pour échanger des histoires. Un fan en particulier a monté un site Web pour pouvoir partager des informations sur le chien Aibo. Ce fan a monté aibopet.org (et aibohack.org, mais celui-ci mène au même site), et sur ce site il a fourni des informations sur comment apprendre à un Aibo à faire des tours en plus de ceux que Sony lui a appris.

« Apprendre » a ici un sens spécial. Les Aibos sont juste des ordinateurs mignons. Vous apprenez à un ordinateur à faire quelque chose en le programmant différemment. Donc, dire qu'aibopet.com donnait des informations sur comment apprendre au chien à faire de nouveaux tours est juste une manière de dire qu'aibopet.com donnait aux utilisateurs de l'animal de compagnie Aibo l'information sur comment hacker (NdT : bricoler) leur « chien »-ordinateur pour lui faire faire de nouveaux tours (d'où le nom aibohack.com).

Si vous n'êtes pas programmeur ou ne connaissez pas beaucoup de programmeurs, le verbe *hacker* (NdT : en anglais, tailler ou découper) a une connotation particulièrement peu sympathique. Les non-programmeurs taillent des buissons ou la mauvaise herbe. Les non-programmeurs dans des films d'horreur font encore pire. Mais pour les programmeurs, ou codeurs, comme je les appelle, *hacker* est un terme bien plus positif. Un *hack* veut juste dire du code qui permet au programme de faire quelque chose qu'il n'était pas prévu ou permis de faire. Si vous achetez une nouvelle imprimante pour un vieil ordinateur, vous constaterez peut-être que l'imprimante ne marche pas, ou n'est pas « pilotée » par le vieil ordinateur. Si vous découvrez ça, vouserez ensuite content de trouver un hack sur le Net de quelqu'un qui a écrit un pilote qui permette à l'ordinateur d'utiliser l'imprimante que vous venez d'acheter.

Certains hacks sont faciles. D'autres sont incroyablement difficiles. Les hackeurs en tant que communauté aiment relever et se lancer des défis, avec des objectifs de plus en plus difficiles. Il y a un certain respect qui va avec le talent de bien hacker. Il y a un respect fort mérité qui va avec le talent de hacker avec éthique.

Le fan de Aibo montrait un peu des deux talents quand il a hacké le programme et offert au monde un morceau de code qui permettait à l'Aibo de danser le jazz. Le chien n'était pas programmé pour danser le jazz. C'était une petite adaptation astucieuse qui avait transformé le chien en une créature plus talentueuse que celle construite par Sony.

J'ai raconté cette histoire à de nombreuses occasions, à la fois dans et en dehors des États-Unis. Une fois, un membre du public interloqué m'a de-

mandé s'il était permis pour un chien de danser le jazz aux États-Unis ? Nous oubliions que les histoires sur l'arrière-pays font toujours le tour d'une grande partie du monde. Soyons donc simplement clair avant de continuer : ce n'est (plus maintenant) un crime nulle part de danser le jazz. Ce n'est pas non plus un crime d'apprendre à votre chien de danser le jazz. Cela ne devrait pas non plus être un crime (quoique nous n'avons pas beaucoup de quoi continuer ici) d'apprendre à votre chien à danser le jazz. Danser le jazz est une activité complètement légale. On imagine que le propriétaire d'aibopet.com a pensé : *quel problème potentiel pourrait-il y avoir à apprendre à danser à un chien robot ?*

Mettons le chien en veilleuse une minute, et tournons-nous vers un spectacle de poney — pas au sens littéral, mais plutôt un article qu'un universitaire de Princeton nommé Ed Felten a écrit pour une conférence. Cet universitaire de Princeton est reconnu et respecté. Il a été engagé par le gouvernement dans l'affaire Microsoft pour évaluer les affirmations de Microsoft sur ce qui pouvait et ne pouvait pas être fait avec son propre code. Dans ce procès, il a fait preuve à la fois d'une grande intelligence et de sang-froid. Soumis à un lourd harcèlement de la part des avocats de Microsoft, Ed Felten a fait front. On n'allait pas le museler par la force sur quelque chose qu'il connaissait très bien.

Mais la bravoure de Felten a été vraiment mise à l'épreuve en avril 2001<sup>139</sup>. Lui et un groupe de collègues étaient en train de travailler sur un article qui allait être présenté en conférence. L'objet de l'étude était de décrire les faiblesses d'un système de chiffrement en cours de développement par Secure Digital Music Initiative utilisé comme technique pour contrôler la distribution de musique.

Le but de la coalition SDMI était d'avoir une technologie qui permette aux propriétaires de contenu d'exercer un bien meilleur contrôle de leur contenu que ce que permettait Internet, tel que conçu à l'origine. En utilisant le chiffrement, SDMI souhaitait développer un standard qui permettrait à un détenteur de contenu de dire « cette musique ne peut pas être copiée », et d'avoir un ordinateur qui respecte cette consigne. La technologie devait faire partie d'un « système éprouvé » de contrôle, qui ferait d'Internet un système bien plus fiable pour les détenteurs de contenu.

Quand SDMI pensa être proche d'un standard, il organisa un concours. Les participants devaient casser le chiffrement d'un contenu crypté par SDMI, et en cas de réussite rapporter les problèmes au consortium.

Felten et son équipe comprirent rapidement la méthode de chiffrement. Lui et son équipe virent la faiblesse de ce type de méthode : beaucoup de systèmes de chiffrement souffriraient de la même faiblesse, et Felten et son équipe pensaient que cela valait le coup de le signaler à ceux qui étudient les techniques de chiffrement.

Examinons ce que Felten était en train de faire. Encore une fois, nous sommes aux États-Unis. Nous avons un principe de liberté d'expression. Nous avons ce principe pas juste parce que c'est la loi, mais aussi parce que c'est une grande idée. Une tradition de liberté d'expression fortement protégée a des chances d'encourager les critiques les plus variées. Ces critiques sont suscep-

tibles, en échange, d'améliorer les systèmes ou les gens ou les idées critiquées.

Ce que Felten et ses collègues étaient en train de faire, c'était publier un papier décrivant la faiblesse d'une technologie. Ils ne diffusaient pas de la musique gratuitement, ni ne développaient ou déployaient cette technologie. L'article était un essai scientifique, incompréhensible pour la plupart des gens. Mais il montrait clairement la faiblesse dans le système SDMI, et pourquoi SDMI, dans sa conception actuelle, ne réussirait pas.

Ce qui relie les deux, aibopet.com et Felten, ce sont les lettres qu'ils ont reçues. Aibopet.com reçut une lettre de Sony concernant le hack de aibopet.com. Bien qu'un chien dansant le jazz soit parfaitement légal, Sony écrivit :

Votre site contient des informations donnant les moyens de contourner le protocole de protection contre la copie du logiciel AIBO, constituant une violation des dispositions du Digital Millennium Copyright Act.

Et bien qu'un article scientifique expliquant la faiblesse d'un système de chiffrement devrait également être parfaitement légal, Felten reçut une lettre d'un avocat de la RIAA disant :

Toute divulgation d'information obtenue de la participation au Public Challenge serait en dehors du cadre des activités permises par l'Accord et pourrait vous exposer vous et votre équipe de recherche à des poursuites en vertu du Digital Millennium Copyright Act (« DMCA »).

Dans les deux cas, cette loi étrangement orwellienne était invoquée pour contrôler la diffusion de l'information. Le Digital Millennium Copyright Act faisait de la diffusion de ces informations un délit.

Le DMCA a été voté pour répondre à la première peur des détenteurs de copyright concernant le cyberspace. La peur que le contrôle du copyright soit effectivement mort ; la réponse fut de trouver des technologies qui pourraient contrebalancer. Ces nouvelles technologies seraient des technologies de protection de copyright — des technologies pour contrôler la réplication et la distribution de contenu protégé. Elles étaient conçues comme du *code* destiné à modifier le *code* original d'Internet, pour rétablir une protection des détenteurs de copyright.

Le DMCA était une loi faite pour soutenir la protection de ce code conçu pour protéger le contenu sous copyright. C'était, pourrait-on dire, du *code légal* destiné à soutenir le *code logiciel* qui lui-même était destiné à soutenir le *code légal du copyright*.

Mais le DMCA n'a pas été conçu pour simplement protéger les œuvres sous copyright dans la limite de ce que prévoit la loi sur le copyright. Sa protection, pour ainsi dire, ne s'est pas arrêtée à la ligne tracée par la loi sur le copyright. Le DMCA réglementait des systèmes conçus pour contourner des mesures de protection de copyright. Il a été créé pour interdire ces systèmes, que l'accès à du contenu sous copyright rendu possible par ce contournement soit une violation du copyright ou pas.

Aibopet.com et Felten en sont de parfaits exemples. Le hack du Aibo contournait un système de protection de copyright dans le but de permettre au chien de danser le jazz. Cette activation a sans doute impliqué l'utilisation de matériel sous copyright. Mais comme le site d'aibopet.com n'était pas à but commercial, et que l'utilisation ne permettait pas de violations ultérieures de copyright, il n'y a pas de doute que le hack d'aibopet.com était de l'usage loyal du matériel de Sony. Pourtant l'usage loyal n'est pas un argument de défense contre le DMCA. Pour lui, la question n'est pas de savoir si l'utilisation de matériel sous copyright est une violation du copyright. La question est de savoir si un système de protection de copyright a été contourné.

La menace contre Felten était plus atténuée, mais elle suivait le même raisonnement. En publiant un article expliquant comment un système de protection de copyright pouvait être contourné, prétendit l'avocat de la RIAA, Felten était lui-même en train de distribuer une technique de contournement. Ainsi, même si lui-même ne violait le copyright de personne, son étude théorique permettait à d'autres d'enfreindre le copyright appartenant à d'autres.

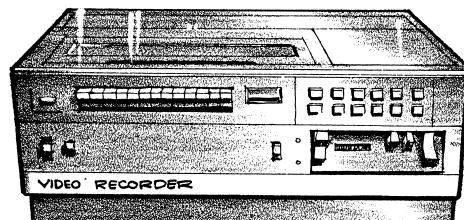
La bizarrerie de ces arguments est capturée dans une caricature dessinée en 1981 par Paul Conrad. À cette époque, un tribunal de Californie avait affirmé que le magnétoscope pouvait être interdit car c'était une technologie d'infraction du copyright : il permettait aux consommateurs de copier des films sans la permission du détenteur du copyright. Il y avait sans doute des utilisations de la technologie qui étaient légales : Fred Rogers, alias « Mr. Rogers », par exemple, avait témoigné dans cette affaire qu'il voulait que les gens se sentent libres d'enregistrer *Mr. Roger's Neighborhood*.

Des chaînes publiques, aussi bien que des chaînes commerciales, diffusent le « Neighborhood » à des heures où certains enfants ne peuvent pas le regarder. Je pense que c'est un vrai service rendu aux familles que de pouvoir enregistrer de tels programmes et de les montrer à des heures appropriées. J'ai toujours pensé qu'avec la venue de toute cette nouvelle technologie qui permet aux gens d'enregistrer le « Neighborhood » sans avoir à le regarder, et je parle du « Neighborhood » parce que c'est ce que je produis, qu'elles deviendraient bien plus actives dans la programmation de leur vie télévisuelle familiale. Très franchement, je suis opposé au fait que des gens soient programmés par d'autres. Mon approche globale des émissions a toujours été que « Vous êtes une personne importante simplement comme vous êtes. Vous pouvez prendre des décisions saines ». Peut-être que je m'égare, mais je pense simplement que tout ce qui permet à une personne d'être plus active dans le contrôle de sa vie, de manière saine, est important<sup>140</sup>.

Même s'il y avait des utilisations qui étaient légales, le tribunal a tenu pour responsables les entreprises produisant le magnétoscope, car certaines de ses utilisations étaient illégales.

Ce qui amena Conrad à dessiner le dessin de la figure 10.18 (p. 134), que nous pouvons reprendre pour le DMCA.

Je n'ai pas d'argument qui pourrait surpasser cette image, mais laissez-moi essayer de m'en approcher.



CONRAD  
© CONRAD 1988

ON WHICH ITEM HAVE THE COURTS RULED THAT MANUFACTURERS AND RETAILERS BE HELD RESPONSIBLE FOR HAVING SUPPLIED THE EQUIPMENT?

FIGURE 10.18— « Pour quel objet les tribunaux ont-ils rendus responsables les constructeurs et les détaillants d'avoir fourni l'article ? »

Les dispositions anti-contournement du DMCA ciblent les technologies de contournement de copyright. Les technologies de contournement peuvent être utilisées à des fins différentes. Elles peuvent être utilisées, par exemple, pour permettre le piratage massif de matériel sous copyright — une mauvaise fin. Ou elles peuvent être utilisées pour permettre l'utilisation de certains matériaux sous copyright d'une façon qui serait considérée comme de l'usage loyal — une bonne fin.

Un pistolet peut être utilisé pour tuer un policier ou un enfant. Les plupart des gens seraient d'accord pour dire qu'un tel usage est mauvais. Ou un pistolet peut être utilisé pour s'entraîner au tir ou se protéger contre un intrus. Au moins quelques personnes diraient que de tels usages seraient bons. C'est, aussi, une technologie qui a à la fois des bons et des mauvais usages.

L'idée évidente du dessin de Conrad est l'étrangeté d'un monde où les pistolets sont légaux, malgré les dommages qu'ils peuvent faire, alors que les magnétoscopes (et les technologies de contournement) sont illégaux. Flash : *Personne n'est jamais mort à cause d'un contournement de copyright*. Et pourtant la loi interdit absolument les technologies de contournement, malgré le bien potentiel qu'elles pourraient apporter, mais autorise les pistolets, malgré les dommages évidents et tragiques qu'ils provoquent.

Les exemples de l'Aibo et de la RIAA démontrent comment les détenteurs de copyright sont en train de changer l'équilibre accordé par la loi du copyright. En utilisant du code, les détenteurs de copyright restreignent l'usage

loyal ; en utilisant le DMCA, ils sanctionnent ceux qui tenteraient d'échapper aux restrictions sur l'usage loyal qu'ils imposent par le code. La technologie devient un moyen par lequel l'usage loyal peut être effacé ; la loi du DMCA soutient cet effacement.

C'est ainsi que le *code* devient la *loi*. Les contrôles intégrés dans la technologie de protection de l'accès et contre la copie deviennent des règles, dont la violation constitue également une infraction à la loi. De cette manière, le code étend la loi — en augmentant sa réglementation, même si l'objet qu'il réglemente (des activités qui autrement constitueraient simplement de l'usage loyal) est en dehors de la portée de la loi. Le code devient la loi ; le code étend la loi ; le code étend ainsi le contrôle effectué par les détenteurs de copyright — au moins pour les détenteurs de copyright qui ont des avocats pouvant écrire les lettres de menaces que Felten et aibopet.com ont reçues.

Il y a un dernier élément de l'interaction entre la structure et la loi qui contribue à la force de la réglementation du copyright. C'est la facilité avec laquelle les infractions à la loi peuvent être détectées. Car contrairement à la rhétorique habituelle à la naissance du cyberspace — qui dit que sur Internet, personne ne sait si vous êtes un chien ou un chat — de plus en plus, compte tenu des évolutions des technologies déployées sur Internet, il est facile de trouver le chien qui a commis un acte illégal. Les technologies d'Internet sont ouvertes aussi bien aux espions qu'aux partageurs, et les espions s'améliorent dans la recherche d'identité de ceux qui enfreignent les règles.

Par exemple, imaginez que vous fassiez partie d'un fan club de *Star Trek*. Vous vous rassemblez chaque mois pour partager des anecdotes, et peut-être pour monter une sorte de fiction de fans sur la série. Une personne jouerait Spock, une autre le capitaine Kirk. Les personnages commencerait avec une trame issue d'une vraie histoire, et la continueraient simplement<sup>141</sup>.

Avant Internet, c'était, dans le fond, une activité totalement non-réglementée. Peu importe ce qui se passait dans la salle de votre club, la police du copyright ne vous aurait jamais dérangé. Vous étiez libre dans cet espace de faire ce que vous vouliez avec cette partie de notre culture. Vous étiez autorisé à l'utiliser selon votre souhait, sans crainte de contrôle légal.

Mais si vous déplacez votre club sur Internet, et que généralement vous acceptez d'autres adhérents, cela se passerait très différemment. Des robots parcourant le Net à la recherche d'infractions aux marques et aux copyrights trouveraient rapidement votre site. Vos écrits de fiction, en fonction de la propriété des séries que vous dépeignez, pourraient bien motiver une menace d'avocat. Et ignorer la menace d'un avocat serait en effet extrêmement coûteux. La loi sur le copyright est extrêmement efficace. Les peines sont sévères, et la procédure est rapide.

Ce changement dans la puissance réelle de la loi est dû à la facilité avec laquelle la loi peut maintenant être appliquée. Ce changement modifie également l'équilibre de la loi de manière radicale. C'est comme si votre voiture transmettait la vitesse à laquelle vous roulez à chaque moment de votre conduite ; cela serait la dernière étape avant que l'état ne commence à imprimer des amendes à partir des données que vous envoyez. C'est, en réalité, ce qui est en train de se passer ici.

## **Marché : Concentration**

La durée du copyright a augmenté de manière considérable – triplement durant les trente dernières années. Le domaine d'application du copyright a augmenté aussi – régissant à l'origine uniquement les éditeurs pour maintenant s'appliquer à tout le monde. Et la portée du copyright a changé, car toute action devient une copie et est par conséquent susceptible d'être réglementée. Et comme les techniciens trouvent de meilleurs moyens pour contrôler l'utilisation du contenu, et comme l'application du copyright est renforcée par la technologie, la force du copyright change aussi. Une utilisation abusive est plus facile à trouver et à contrôler. Cette réglementation du processus de création, qui a commencé comme une réglementation minuscule portant sur une part minuscule du marché de la création, est devenue le régulateur principal de la création. C'est une augmentation massive de l'étendue du contrôle gouvernemental sur l'innovation et la créativité ; le copyright serait totalement méconnaissable pour ceux qui le créèrent.

Et pourtant, de mon point de vue, ces changements ne seraient pas si importants s'il n'y avait une évolution supplémentaire dont on doit aussi tenir compte. C'est une évolution qui d'une certaine manière nous est très familière, même si sa signification et sa portée ne sont pas bien comprises. C'est elle qui justifie précisément pourquoi nous devons nous inquiéter de toutes les autres évolutions que j'ai citées.

C'est l'évolution dans la concentration et l'intégration des médias. Dans les vingt dernières années, la nature de la propriété des médias a subi une transformation radicale, provoquée par le changement des lois régissant les médias. Avant que ce changement survienne, les différentes formes de média étaient possédées par des entreprises différentes. Maintenant, les médias sont entre les mains de quelques sociétés. En effet, depuis les changements annoncés en juin 2003 par la FCC, la plupart s'attendent à ce que d'ici quelques années 85% des médias soient contrôlés par seulement trois sociétés.

Ces évolutions sont de deux sortes : l'étendue de la concentration, et sa nature.

Les évolutions sur l'étendue sont les plus faciles à décrire. Comme l'a résumé le sénateur John McCain à partir des statistiques sur la propriété des médias présentées dans le rapport à la FCC, « cinq sociétés contrôlent 85% de nos sources médiatiques<sup>142</sup> ». Les cinq labels Universal Music Group, BMG, Sony Music Entertainment, Warner Music Group, et EMI contrôlent 84,8% du marché musical américain<sup>143</sup>. Les « cinq plus grands opérateurs du câble drainent jusqu'à 74% des abonnés au niveau national<sup>144</sup> ».

L'histoire de la radio est encore plus dramatique. Avant la dérégulation, les plus grandes compagnies de radio possédaient moins de 75 stations. Aujourd'hui une compagnie possède plus de 1.200 stations. Durant cette période de concentration, le nombre de propriétaires de stations de radio a chuté de 34%. Aujourd'hui, sur la plupart des marchés, les deux acteurs principaux contrôlent 74% des revenus. Globalement, quatre compagnies drainent 90% des revenus nationaux de la publicité radio.

Il y a aussi une concentration des propriétaires de journaux. Aujourd'hui,

il y a six cents fois moins de quotidiens aux États Unis qu'il y a quatre-vingts ans, et dix entreprises contrôlent la moitié des tirages du pays. Il y a vingt éditeurs de journaux importants aux États Unis. Les dix premiers studio de cinéma récoltent 99% des revenus cinématographiques. Les dix principales compagnies de câble comptabilisent 85% des revenus du secteur. C'est un marché très éloigné de la presse libre que les rédacteurs de la constitution cherchaient à protéger. En fait, c'est un marché qui est entièrement protégé – par le marché.

La concentration est une chose. L'évolution la plus insidieuse concerne la nature de cette concentration. Comme James Fallows le soulignait dans un article récent sur Rupert Murdoch :

Les Sociétés du groupe Murdoch constituent un système de production inégalé dans son intégration. Elles fournissent le contenu — films de la Fox [...] émissions télé de la Fox [...] diffusion d'événements sportifs exclusifs de la Fox, plus des quotidiens et des livres. Elles vendent le contenu au public et aux annonceurs — dans les journaux, sur le réseau hertzien, et les réseaux câblés. Et elles gèrent le système de distribution physique qui transmet le contenu aux clients. Le système de satellites de Murdoch diffuse maintenant News Corp en Europe et en Asie ; si Murdoch devient l'unique propriétaire du plus grand système de télévision directe, ce système servira la même fonction aux États Unis<sup>145</sup>.

Le modèle de Murdoch c'est le modèle des médias modernes. Pas simplement quelques compagnies possédant beaucoup de radio, mais quelques compagnies possédant autant de variétés de média que possible. Un dessin décrit mieux ce modèle que des milliers de mots :

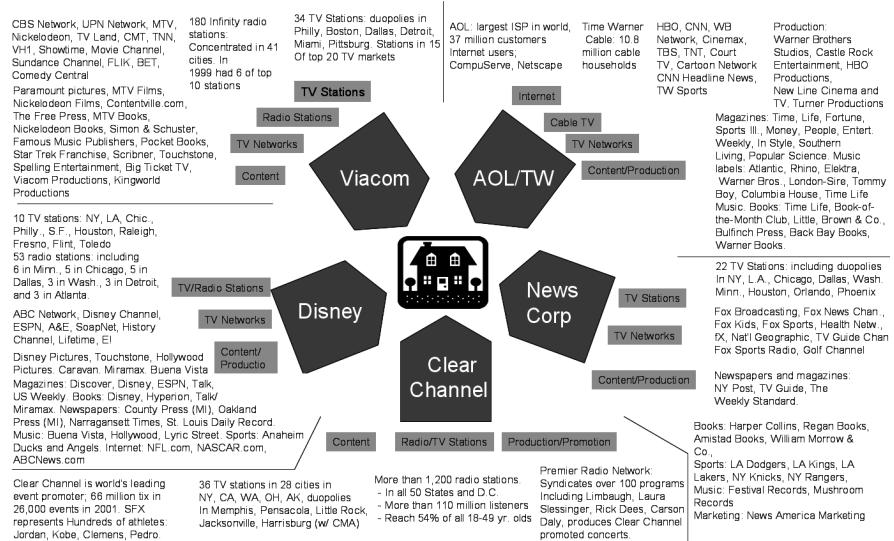


FIGURE 10.19

Cette concentration est-elle si importante ? Affecte-t-elle le contenu ou ce qui est distribué ? Ou s'agit-il simplement d'un moyen plus efficace de produire et de distribuer du contenu ?

Mon point de vue était que la concentration ne devrait pas déranger. Je pensais qu'il ne s'agissait que d'une structure financière plus efficace. Mais maintenant, après avoir lu et écouté un ensemble de créateurs essayant de me convaincre du contraire, je commence à changer d'avis.

Voici une histoire représentative qui suggère comment cette concentration peut jouer.

En 1969, Norman Lear réalisa un pilote pour la série *All in the Family*. Il le présenta à ABC. La chaîne ne l'aima pas. C'est trop provocateur, dit ABC à Lear. Refaites-le. Lear le refit encore plus provocateur que le premier. ABC était exaspéré. Vous êtes à côté du sujet, lui dirent-ils. Nous le voulions moins provocateur, pas davantage.

Plutôt que de se soumettre, Lear proposa son émission ailleurs. CBS était ravi d'avoir la série ; ABC ne pouvait pas l'en empêcher. Les copyrights de Lear garantissaient son indépendance vis-à-vis de la chaîne<sup>146</sup>.

Le chaîne ne contrôlait pas ces copyrights car la loi interdisait aux chaînes de contrôler les contenus qu'ils diffusaient. La loi imposait une séparation entre les chaînes et les producteurs de contenu ; cette séparation garantissait la liberté de Lear. Et jusqu'en 1992, grâce à ces règles, la grande majorité des émissions de grande écoute – 75% d'entre elles – était « indépendante » des chaînes.

En 1994, la FCC supprima les règles imposant cette indépendance. Après ce changement, les chaînes ont rapidement modifié l'équilibre. En 1985, il existait 25 studios indépendants de production de télévision ; en 2002, il n'en restait plus que 5. « En 1992, seulement 15% des nouvelles séries étaient produites par la filiale d'une chaîne. L'année dernière, le pourcentage des émissions produites par des filiales de chaîne a plus que quintuplé pour atteindre 77%. » « En 1992, 16 nouvelles séries ont été produites indépendamment du contrôle d'un conglomérat, et l'année dernière, il n'y en a eu qu'une »<sup>147</sup>. En 2002, 75% des émissions en prime time étaient produites par la chaîne qui les diffusait. « Dans la période entre 1992 et 2002, le nombre d'heures par semaine d'émission en prime time produites par les chaînes ont augmenté de 200%, tandis que le nombre d'heures par semaine d'émission en prime time produites par des studios indépendants a chuté de 63%. »<sup>148</sup>

Aujourd'hui, un autre Norman Lear avec un autre *All in the Family* aurait le choix soit de rendre l'émission moins provocatrice, soit d'être renvoyé. Le contenu des productions développées pour une chaîne est de plus en plus la propriété de la chaîne.

Tandis que le nombre de chaînes a augmenté de manière considérable, la propriété de ces chaînes s'est concentrée dans les mains de quelques-uns. Comme le disait Barry Diller à Bill Moyers :

Et bien, si vous avez des entreprises qui produisent, financent, diffusent sur leur chaîne, et qui distribuent au niveau mondial tout ce qui passe par leur système de distribution, alors ce que vous obtenez c'est de moins en moins d'acteurs réels dans le proces-

sus. [Nous] avions des douzaines et des douzaines de producteurs indépendants d'émission de télévision. Maintenant il n'en reste même pas une poignée<sup>149</sup>.

Cette réduction a un effet sur ce qui est produit. La production de chaînes aussi vastes et concentrées est de plus en plus homogène. De plus en plus prudente. De plus en plus stérile. La production des journaux d'actualité de ces chaînes est de plus en plus façonnée par le message que la chaîne veut véhiculer. Ce n'est pas le parti communiste, bien que de l'intérieur, cela doive ressembler un peu au parti communiste. Personne ne peut émettre un doute sans risque de conséquences – pas nécessairement le bannissement en Sibérie, mais une sanction tout de même. Des points de vue indépendants, critiques, différents sont rejetés. Ce n'est pas un environnement pour une démocratie.

L'économie offre un parallèle qui permet d'expliquer pourquoi cette intégration affecte la créativité. Clay Christensen a écrit sur le « le dilemme des innovateurs » : le fait que de grandes sociétés traditionnelles ignorent de manière délibérée les percées technologiques qui concurrencent leur cœur de métier. La même analyse pourrait aider à expliquer pourquoi de grands groupes de média traditionnels trouvent rationnels d'ignorer de nouvelles tendances culturelles<sup>150</sup>. Les mastodontes non seulement ne sprintent pas, mais ne devraient pas sprinter. Si le terrain est réservé aux géants, il y aura très peu de sprint.

Je ne pense pas que nous connaissions suffisamment l'économie du marché des médias pour affirmer avec certitude ce que la concentration et l'intégration amèneront. Les rendements sont importants, et les effets sur la culture difficiles à mesurer.

Mais, il y a un exemple évident qui montre nettement le problème.

En plus de la guerre des copyrights, nous sommes au milieu de la guerre de la drogue. La politique gouvernementale combat les cartels de la drogue ; les tribunaux au pénal et au civil sont surchargés des suites de ce combat.

Laissez-moi maintenant me disqualifier pour toute nomination éventuelle au gouvernement, en disant que je crois que ce combat est une profonde erreur. Je ne suis pas pro-drogue. Au contraire, je viens d'une famille victime de la drogue, bien que les drogues qui détruisirent ma famille étaient entièrement légales. Je crois que ce combat est une erreur profonde car les dommages collatéraux sont si grands qu'ils rendent folle la poursuite de la guerre. Quand vous additionnez le fardeau sur le système judiciaire, le désespoir de générations d'ado dont la seule réelle opportunité économique est d'être un revendeur, les atteintes aux protections constitutionnelles à cause de la surveillance constante que ce combat implique, et, par dessus tout, la complète destruction du système judiciaire de plusieurs pays d'Amérique latine à cause du pouvoir des cartels de la drogue, je pense qu'il est impossible de croire que le bénéfice marginal de la réduction de la consommation américaine de drogue puisse contrebalancer ces coûts.

Vous n'êtes peut-être pas convaincu. D'accord, nous sommes en démocratie et c'est par le vote que nous choisissons notre politique. Mais pour cela,

nous sommes fondamentalement tributaires de la presse qui informe les américains de ces sujets.

Au début de 1998, l'office national de lutte contre la drogue lança une campagne médiatique dans sa « guerre contre les drogues ». La campagne produisit des tas de clips traitant de questions relatives aux drogues illégales. Dans une des séries (*Nick et Norm*) deux hommes dans un bar discutent de l'idée de légaliser des drogues comme un moyen d'éviter certains des dommages collatéraux de cette guerre. L'un avance un argument en faveur de la légalisation des drogues. L'autre répond à l'argument du premier par un développement convaincant et étayé. À la fin, le premier gars change d'avis (c'est de la télé). L'insert publicitaire se termine par une attaque accablante contre la campagne pour la légalisation.

Assez juste. Bonne publicité. Pas vraiment trompeuse. Elle délivre bien son message. Il s'agit d'un message raisonnable et équilibré.

Mais imaginons que vous pensiez que c'est un message erroné et que vous vouliez faire une contre publicité. Imaginons que vous vouliez présenter une série de spots qui cherchent à démontrer les extraordinaires dommages collatéraux de la guerre contre la drogue. Pouvez vous le faire ?

Évidemment toutes ces annonces coûtent beaucoup d'argent. Supposons que vous arriviez à récolter les fonds. Supposons qu'un groupe de citoyens donne suffisamment d'argent pour vous aider à diffuser votre message. Êtes-vous sûr que votre message sera entendu ?

Non. Ce n'est pas sûr. Les chaînes de télévision ont pour politique d'éviter les annonces sujettes à « controverse ». Les annonces produites par le gouvernement sont supposées ne pas être sujettes à controverse ; les annonces en désaccord avec le gouvernement sont sujettes à controverse. Cette sélectivité peut être jugée incompatible avec le premier amendement, mais la cour suprême a décidé que les stations ont le droit de choisir ce qu'elles diffusent. Donc les principales chaînes commerciales refuseront à une des parties la possibilité de présenter son avis sur un débat crucial. Et les tribunaux entérineront les droits des stations à de telles pratiques<sup>151</sup>.

Je serais ravi de défendre aussi les droits des diffuseurs, si nous vivions dans univers médiatique réellement varié. Mais la concentration des médias jette un doute sur cette hypothèse. Si une poignée de sociétés contrôlent l'accès aux médias, et que cette poignée d'entreprises décide quelles sont les opinions politiques que doivent promouvoir ses chaînes, alors il est évident que la concentration pose problème. Vous partagez peut-être les opinions choisies par cette poignée de compagnies. Mais vous ne devriez pas apprécier un monde où seuls quelques-uns peuvent décider des sujets que les autres peuvent connaître.

## Ensemble

Il y a quelque chose de naïf et d'évident dans la revendication des guerriers du copyright que le gouvernement devrait « protéger ma propriété ». Dans l'abstrait, c'est évidemment vrai et, d'ordinaire, complètement inoffen-

sif. Toute personne saine d'esprit qui n'est pas un anarchiste devrait être d'accord.

Mais quand nous voyons de quelle manière spectaculaire la « propriété » a changé — lorsque nous admettons que sa capacité actuelle à interagir avec à la fois la technologie et les marchés signifie que la contrainte effective sur la liberté de cultiver notre culture est radicalement différente — la revendication commence à être moins innocente et évidente. Étant donné (1) le pouvoir de la technologie à s'ajouter au contrôle de la loi, et (2) le pouvoir de la concentration des marchés à affaiblir les possibilités de contestation, si l'application stricte des droits de « propriété » massivement étendus accordés par le copyright change fondamentalement la liberté de cultiver et de réutiliser le passé dans cette culture, alors on doit se demander si cette propriété ne devrait pas être redéfinie.

Pas violemment. Ni absolument. Je ne dis pas que nous devrions abolir le copyright ou revenir au XVIII<sup>e</sup> siècle. Ce serait une erreur totale, désastreuse pour les initiatives créatives les plus importantes dans notre culture aujourd'hui.

Mais il y a un espace entre zéro et un, malgré la culture d'Internet. Et ces changements massifs du pouvoir réel de la réglementation du copyright, liés à la concentration accrue de l'industrie du contenu et entre les mains d'une technologie qui permettra de plus en plus le contrôle de l'utilisation de la culture, devraient nous amener à considérer qu'un autre ajustement est nécessaire. Pas un ajustement qui augmenterait le pouvoir du copyright. Pas un ajustement qui augmenterait sa durée. Plutôt, un ajustement qui restaurerait l'équilibre qui a traditionnellement défini la réglementation du copyright — un affaiblissement de cette réglementation, pour renforcer la créativité.

La loi du copyright n'est pas comme le Rocher de Gibraltar. Ce n'est pas un ensemble d'engagements constants que, pour une raison mystérieuse, les adolescents et les mordus d'informatique méprisent maintenant. Au contraire, le pouvoir du copyright a augmenté énormément sur une courte période, en même temps que les technologies de distribution et de création changeaient, et que les lobbyistes faisaient pression pour donner aux détenteurs de copyright plus de contrôle. Les changements faits par le passé en réponse aux évolutions technologiques suggèrent que nous avons peut-être bien besoin de changements similaires à l'avenir. Et ces changements doivent être des *rèductions* de la portée du copyright, en réponse à l'augmentation extraordinaire du contrôle que la technologie et le marché permettent.

Car la seule chose qui est perdue dans cette guerre contre les pirates est une chose que nous ne voyons qu'après avoir sondé l'étendue de ces changements. Quand on additionne l'effet des changements de loi, la concentration des marchés, et l'évolution technologique, on aboutit à un résultat étonnant : *jamais, dans notre histoire, un si petit nombre d'individus n'a eu le droit légal de contrôler autant le développement de notre culture qu'aujourd'hui.*

Pas même quand les copyrights étaient perpétuels, car alors ils ne touchaient précisément que ces œuvres de création. Pas même quand les éditeurs étaient les seuls à avoir les outils pour publier, car le marché était alors beaucoup plus varié. Pas même quand il n'y avait que trois chaînes de télévi-

sion, car même dans ce cas, les journaux, les studios de cinéma, les stations de radio, et les éditeurs étaient indépendants des chaînes. Le copyright n'a jamais protégé un tel éventail de droits, contre un éventail aussi grand d'acteurs, pour une durée aussi longue. Cette forme de réglementation — une réglementation minuscule d'une minuscule partie de l'énergie créatrice d'une nation à ses débuts — est maintenant une réglementation massive de l'ensemble du processus créatif. La loi, la technologie, et le marché interagissent maintenant pour que cette réglementation historiquement inoffensive devienne la plus importante réglementation de la culture que notre société libre a jamais connu<sup>152</sup>.

Cela a été un long chapitre. Son but peut maintenant être brièvement énoncé.

Au début de ce livre, j'ai fait la distinction entre la culture commerciale et non-commerciale. Au cours de ce chapitre, j'ai fait la distinction entre copier une œuvre et la transformer. Nous pouvons maintenant combiner ces deux distinctions et dessiner une carte claire des changements que la loi du copyright a subis. En 1790, la loi ressemblait à ceci :

	PUBLIE	TRANSFORME
Commercial	©	Libre
Non-commercial	Libre	Libre

L'acte de publier une carte, un graphique, et un livre était réglementé par la loi sur le copyright. Rien d'autre ne l'était. Les transformations étaient libres. Et comme le copyright s'obtenait uniquement avec une inscription, et comme seuls ceux qui avaient l'intention d'obtenir un bénéfice commercial s'enregistraient, la copie par édition d'œuvres non-commerciales était également libre.

À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, la loi avait changé en ceci :

	PUBLIE	TRANSFORME
Commercial	©	©
Non-commercial	Libre	Libre

Les œuvres dérivées étaient alors réglementées par la loi sur le copyright — si publiées, ce qui encore, étant donné l'économie de l'édition à cette époque, signifie qu'elles étaient commercialisées. Mais les éditions et transformations non-commerciales étaient encore essentiellement libres.

En 1909, la loi changea pour réglementer les copies, pas l'édition, et après ce changement, la portée de la loi fut liée à la technologie. Plus la technologie de copie se répandait, plus la portée de la loi s'étendait. Ainsi en 1975, comme les photocopieuses devenaient de plus en plus courantes, on pourrait dire que la loi commençait à ressembler à ceci :

	COPIE	TRANSFORME
Commercial	©	©
Non-commercial	© / Libre	Libre

La loi était interprétée pour atteindre la copie non-commerciale au travers, disons, des photocopies, et pourtant la plupart des copies en dehors du marché commercial restait libre. Mais les conséquences de l'apparition des technologies numériques, en particulier dans le cadre d'un réseau numérique, signifie que la loi ressemble maintenant à ceci :

	COPIE	TRANSFORME
Commercial	©	©
Non-commercial	©	©

Tous les domaines sont gouvernés par la loi sur le copyright, alors qu'auparavant la plupart des créations ne l'était pas. La loi réglemente maintenant la gamme complète des créations — commerciales ou non, transformatrices ou non — avec les mêmes règles conçues pour réglementer les éditeurs commerciaux.

Évidemment, la loi sur le copyright n'est pas l'ennemi. L'ennemi, c'est une réglementation qui est néfaste. Donc on devrait maintenant se demander si déployer les réglementations de la loi sur le copyright dans chacun de ces domaines est véritablement une bonne chose.

Je ne doute pas que réglementer les copies commerciales est bénéfique. Mais je ne doute pas non plus que réglementer les copies non-commerciales (tel qu'appliqué maintenant) fait plus de mal que de bien et, tout spécialement, pour la transformation non-commerciale. Et de plus en plus, pour les raisons évoquées en particulier aux chapitres 7 (p. 87) et 8 (p. 91), on pourrait même se demander si au final elle n'est pas préjudiciable pour la transformation commerciale. Davantage d'œuvres commerciales de transformation seraient créées si les droits dérivés étaient drastiquement réduits.

Le problème n'est donc pas simplement de savoir si le copyright est une propriété. Le copyright est bien sûr une sorte de « propriété », et bien sûr, comme avec toute propriété, l'État se doit de la protéger. Mais contrairement à une idée préconçue, ce droit de propriété (comme pour tous les droits de propriété<sup>153</sup>) a été conçu, historiquement, pour concilier le besoin important de mesures incitatives pour les auteurs et les artistes, et le besoin tout aussi important d'assurer l'accès à l'œuvre de création. Cet équilibre a toujours été établi en fonction des nouvelles technologies. Et pendant presque la moitié de notre histoire, le « copyright » n'a pas *du tout* contrôlé la liberté de réutiliser ou de transformer une œuvre de création. La culture américaine est née libre, et pendant presque 180 ans notre pays a systématiquement protégé une culture libre, vivante et riche.

Nous avons obtenu cette culture libre parce que notre loi respectait d'importantes limites sur l'étendue des intérêts protégés par la « propriété ». La naissance même du « copyright » comme droit statutaire reconnaissait ces limites, en accordant aux détenteurs de copyright une protection pour une durée limitée (l'histoire du chapitre 6 (p. 79)). La tradition de « l'usage loyal » est animée par une préoccupation identique, alors qu'elle est soumise à une contrainte croissante, à mesure que le prix pour l'exercer devient inévitablement élevé (l'histoire du chapitre 7 (p. 87)). L'ajout de droits statutaires où

le marché pourrait étouffer l'innovation, est une autre limite familière sur le droit de propriété qu'est le copyright (chapitre 8 (p. 91)). Et accorder aux archives et aux bibliothèques une liberté générale de collecte, malgré les revendications de propriété, est un élément essentiel pour garantir l'âme d'une culture (chapitre 9 (p. 97)). Les cultures libres, comme les marchés libres, sont construites avec la propriété. Mais la nature de la propriété qui établit une culture libre est très différente de la vision extrémiste qui domine le débat aujourd'hui.

La culture libre est de plus en plus la victime de cette guerre contre le piratage. En réponse à une menace réelle, à défaut d'être quantifiée, que les technologies d'Internet représentent pour les modèles économiques de production et de distribution de la culture du vingtième siècle, on est en train de transformer la loi et la technologie d'une manière qui va saper notre tradition de culture libre. Le droit de propriété que constitue le copyright n'est plus le droit équilibré qu'il était, ou qu'il était censé être. Ce droit de propriété est maintenant en déséquilibre, incliné vers un extrême. L'opportunité de créer et de transformer s'affaiblit dans un monde où créer requiert une permission et où il faut consulter un avocat avant d'être créatif.

**Troisième partie**

**Casse-têtes**



## Chimères

Dans une nouvelle célèbre de H. G. Wells, un alpiniste du nom de Nunez se retrouve (en descendant une pente verglacée) dans une vallée inconnue et isolée des Andes Péruviennes<sup>154</sup>. La vallée est extraordinairement belle, avec « de l'eau douce, des prairies, un climat constant, des collines d'une terre riche et brune avec des arbustes enchevêtrés qui portaient des fruits excellents. » Mais les villageois sont tous aveugles. Nunez y voit sa chance. « Au royaume des aveugles », se dit-il, « les borgnes sont rois. » Il décide donc de vivre avec les villageois, pour connaître une vie de roi.

Les choses ne se déroulent pas comme prévu. Il essaie d'expliquer l'idée de vision aux villageois. Ils ne comprennent pas. Il leur dit qu'ils sont « aveugles ». Ils ne connaissent pas le mot *aveugle*. Ils le tiennent pour un idiot. En effet, au fur et à mesure qu'ils se rendent compte des choses qu'il ne sait pas faire (entendre le bruit des pas sur l'herbe, par exemple), ils essaient de le manipuler. Lui, de son côté, devient de plus en plus amer. « “Vous ne comprenez pas”, dit-il, d'une voix qu'il voulait forte et résolue, mais qui se transforma en pleur. “Vous êtes aveugles et moi je vois. Laissez-moi tranquille !” »

Mais les villageois ne le laissent pas tranquille. Pas plus qu'ils ne voient (pour ainsi dire) les avantages de son pouvoir spécial. Même l'objet de tous ses désirs, une jeune femme qui lui semble « la chose la plus belle de toute la création », ne comprend rien à la beauté de la vue. La description faite par Nunez de ce qu'il voit « lui semblait la fantaisie la plus poétique, et elle écoutait sa description des étoiles et des montagnes et de sa propre douce beauté comme s'il s'agissait d'un plaisir coupable. » « Elle ne croyait pas », nous dit Wells et « elle ne pouvait comprendre qu'à moitié, mais elle était mystérieusement enchantée. »

Lorsque Nunez annonce sa volonté d'épouser cet amour « mystérieusement enchanté », son père et le village s'y opposent. « Vois-tu, ma chère », lui explique son père, « c'est un idiot. Il a des illusions. Il ne sait rien faire correctement. » Ils emmènent Nunez chez le médecin du village.

Après un examen attentif, le docteur donne son avis. « Son cerveau est perturbé, » dit-il.

« De quelle manière ? » demande le père. « Ces choses bizarres que l'on appelle les yeux ... sont malades ... d'une manière qui perturbe son cerveau. »

Le docteur continue : « Je pense pouvoir affirmer sans me tromper que pour le soigner complètement, nous n'avons qu'à effectuer une opération chirurgicale simple et facile — c'est-à-dire enlever ces corps irritants [les

yeux]. »

« Remercions le Ciel de nous avoir donné la science ! » dit le père au docteur. Ils informent Nunez de la condition nécessaire pour qu'il soit autorisé à épouser sa fiancée. (Vous devrez lire l'original pour savoir ce qui se passe à la fin. Je crois en une culture libre, mais je ne révèle jamais la fin d'une histoire.)

**Il arrive parfois** que les œufs de jumeaux fusionnent dans l'utérus de leur mère. Cette fusion produit une « chimère ». Une chimère est une créature avec deux patrimoines génétiques. L'ADN dans le sang, par exemple, peut être différent de l'ADN de la peau. Cette possibilité est sous-utilisée pour les romans policiers. « Mais l'ADN démontre avec 100 pour cent de certitude qu'elle n'est pas la personne dont on a retrouvé le sang sur les lieux du crime. [...] » Avant d'avoir lu quelque chose sur ces chimères, j'aurais tenu leur existence pour impossible. Une seule personne ne peut pas avoir deux patrimoines génétiques. L'idée même que l'on a de l'ADN est que c'est le code d'un individu. Mais en fait, non seulement deux individus peuvent avoir le même ADN (vrais jumeaux), mais une personne peut avoir deux ADN différents (une chimère). Notre définition d'une « personne » doit prendre en compte cette réalité.

Plus je travaille à comprendre la dispute actuelle au sujet du copyright et de la culture, que j'ai appelée souvent à tort, mais parfois à raison, « la guerre du copyright », plus je pense que nous avons affaire à une chimère. Par exemple, dans la bataille sur la question « Qu'est-ce que le partage de fichier p2p ? », les deux camps ont à la fois raison et tort. Un camp dit : « Le partage de fichier, c'est comme deux enfants qui s'échangent et copient des cassettes — le genre de chose que nous avons fait depuis une trentaine d'années sans jamais nous poser de questions. » C'est vrai, du moins en partie. Quand je dis à mon meilleur ami d'essayer un nouveau CD que j'ai acheté, et au lieu de lui envoyer le CD, je lui indique mon serveur p2p, c'est, à tous points de vue, exactement ce que chaque directeur de chaque maison de disque faisait étant enfant : partager de la musique.

Mais cette description est aussi fausse en partie. Car si mon serveur p2p fait partie d'un réseau p2p à travers lequel tout le monde peut accéder à ma musique, alors bien sûr mes amis peuvent y accéder, mais c'est déformer le sens du mot « ami » que de dire « mes dix mille meilleurs amis » peuvent y accéder. Que partager ma musique avec mon meilleur ami soit ou non « ce que nous avons toujours été autorisés à faire », nous n'avons pas toujours été autorisés à la partager avec « nos dix mille meilleurs amis. »

De même, quand l'autre camp dit : « Partager des fichiers, c'est exactement comme entrer chez Tower Records, prendre un CD du rayonnage et sortir avec », c'est vrai, du moins en partie. Si, après que Lyle Lovett a (enfin) sorti un nouvel album, plutôt que de l'acheter je vais sur Kazaa et j'en trouve une copie gratuite, ça ressemble beaucoup à voler un CD chez Tower.

Mais ce n'est pas complètement comme voler chez Tower. Après tout, si je leur prends un CD, Tower Records a un CD de moins à vendre, et j'ai un morceau de plastique avec une pochette, quelque chose à exhiber sur mon étagère. (Et pendant qu'on y est, on peut aussi remarquer que si je vole un CD chez Tower Records, le montant maximum de l'amende qui peut m'être

infligée, du moins selon la loi californienne, est de 1.000 dollars. D'après la RIAA, si à l'inverse je télécharge un CD de dix titres, je suis passible d'une amende de 1.500.000 dollars).

Je ne cherche pas à dire que la réalité est différente de ce que chaque camp décrit. Ce que je veux dire, c'est que la réalité est comme ils la décrivent tous les deux — la RIAA et Kazaa. C'est une chimère. Et au lieu de dénier ce que l'autre camp affirme, nous devons commencer à réfléchir à la manière de répondre à cette chimère. Quelles sont les lois qui la gouvernent ?

Nous pourrions répondre simplement que ce n'est pas une chimère. Nous pourrions, avec la RIAA, décider que chaque acte de partage de fichier est un délit. Nous pourrions poursuivre des familles, et leur réclamer des millions de dollars de dommages, simplement parce que des fichiers ont été échangés sur un ordinateur familial. Et nous pouvons forcer les universités à surveiller tout le trafic sur leurs réseaux, pour s'assurer qu'aucun ordinateur n'est utilisé pour commettre ce délit. Ces réponses sont peut-être extrêmes, mais elles ont toutes été soit proposées soit mises en pratique.<sup>155</sup> Ou alors, nous pourrions répondre au partage de fichier de la manière anticipée par beaucoup. Nous pourrions le rendre entièrement légal. Faire qu'il n'y ait pas de responsabilité civile ou légale à rendre des contenus sous copyright disponibles sur Internet. Rendre le partage de fichier comme les rumeurs : que sa seule régulation vienne des normes sociales, mais pas de la loi.

Chaque réponse est possible. Je pense que chacune serait une erreur. Plutôt que d'adopter l'un ou l'autre de ces extrémismes, nous devrions adopter quelque chose qui reconnaît la vérité des deux. Et alors que je termine ce livre avec une description d'un tel système, mon but dans le chapitre suivant est de montrer à quel point il serait mauvais d'adopter la tolérance zéro. Je pense que *chaque* extrême serait pire qu'une alternative raisonnable. Mais je pense que la solution de tolérance zéro serait le pire des deux extrêmes.

Et pourtant la tolérance zéro est de plus en plus la politique de notre gouvernement. Au milieu du chaos créé par l'irruption d'Internet, la carte du pouvoir est en train d'être redessinée de manière radicale. La loi et la technologie y sont déplacées, de manière à donner aux ayants droit un contrôle sur notre culture qu'ils n'ont jamais eu auparavant. Et par cet extrémisme, beaucoup d'opportunités pour innover et créer seront perdues.

Je ne parle pas des opportunités pour les adolescents de « voler » de la musique. Je pense plutôt aux innovations commerciales et culturelles que cette guerre va aussi tuer. Le pouvoir d'innover n'a jamais été aussi largement répandu parmi nos citoyens, et nous n'avons vu que le début de la vague d'innovations que ce pouvoir va libérer. Cependant Internet a déjà vu la perte d'un cycle d'innovation concernant les technologies de distribution de contenu. La loi est responsable de cette perte. En critiquant les protections des contenus ajoutées par le DMCA, le vice-président des relations internationales de l'un de ces innovateurs, eMusic.com, disait :

eMusic s'oppose au piratage. Nous sommes un distributeur de contenus sous copyright, et nous voulons protéger ces droits.

Mais construire une forteresse technologique qui sécurise les majors n'est en aucun cas la seule manière de protéger les intérêts du

copyright, pas plus que cela n'est nécessairement la meilleure. Il est tout simplement trop tôt pour répondre à cette question. Les forces du marché, en agissant naturellement, pourraient très bien aboutir à une industrie organisée selon un modèle totalement différent.

Ce point est d'une importance critique. Les choix faits par l'industrie au sujet de ces systèmes vont directement modeler le marché des médias numériques, et la manière dont l'information numérique est distribuée. En retour, ceci affectera directement les options disponibles pour les consommateurs, à la fois en termes de facilité d'accès aux médias numériques, et d'équipements nécessaires pour y accéder. Faire dès maintenant de mauvais choix retardera la croissance de ce marché, et va à l'encontre de l'intérêt de tout le monde<sup>156</sup>.

En avril 2001, eMusic.com a été rachetée par Vivendi Universal, une des « majors ». Sa position sur ce problème a changé maintenant.

En revenant aujourd'hui sur notre tradition de tolérance, nous n'allons pas seulement éradiquer le piratage. Nous allons aussi sacrifier un certain nombre de valeurs qui sont importantes pour notre culture, et tuer des possibilités qui auraient pu avoir une valeur inestimable.

## Dommages

**Pour combattre** le « piratage » et protéger la « propriété », l'industrie du contenu est entrée en guerre. Le lobbying et de nombreuses campagnes de pressions ont forcé le gouvernement à s'engager dans cette guerre. Comme dans toute guerre, il y aura des victimes directes et des dommages collatéraux. Comme dans toute guerre de prohibition, l'essentiel des dommages sera subi par nos concitoyens.

Jusqu'à présent mon but a été de décrire les conséquences de cette guerre, tout particulièrement pour « la culture libre ». Mais je vais désormais plus loin : cette guerre est-elle justifiée ?

Selon moi, non. Il n'y a aucune raison valable pour que, cette fois, qui serait la première, la loi doive défendre l'ordre ancien contre le nouveau et cela au moment précis où la « propriété intellectuelle » est à son apogée.

Pourtant le « sens commun » ne le voit pas de cette façon. Le sens commun est encore du côté des Causby et de l'industrie du contenu. Les revendications extrêmes de contrôle au nom de la propriété trouvent toujours un écho favorable, et le rejet irrationnel du « piratage » a toujours cours.

La poursuite de cette guerre ne sera pas sans conséquences. Je n'en décrirai que trois. On pourrait dire que chacune des trois est forte. Pour la troisième, j'en suis certain. J'en suis moins sûr pour les deux premières. Les deux premières protègent les RCAs modernes, mais il n'y a aucun Howard Armstrong en coulisses pour combattre les monopoles de la culture d'aujourd'hui.

## Contraindre les créateurs

Dans la prochaine décennie, nous devrions voir une explosion des technologies numériques. Ces technologies permettront à tous de reproduire et de partager de l'information. Cela existe bien sûr depuis l'aube de l'humanité. C'est ainsi que nous communiquons et que nous apprenons. Mais la technologie numérique permet une fidélité de reproduction et un pouvoir de diffusion bien plus grands. Vous pouvez envoyer un courriel pour raconter une blague que vous avez vu sur Comedy Central (NdT : chaîne de télévision câblée américaine), ou bien vous pouvez envoyer la séquence vidéo. Vous pouvez écrire un pamphlet sur les incohérences du politicien que vous aimez le plus haïr, ou vous pouvez réaliser un court métrage qui démonte un argumentaire. Vous pouvez écrire un poème pour déclarer votre flamme, ou vous pouvez mélanger des chansons de vos artistes préférés en un seul morceau et le rendre

accessible sur le Net.

Cette « reproduction et diffusion » numérique est à la fois une extension de la reproduction et de la diffusion qui a toujours fait partie de notre culture, et à la fois quelque chose de nouveau. C'est la suite de Kodak, mais cela dépasse les frontières de la technologie « type Kodak ». La technologie numérique laisse entrevoir un monde où la créativité serait extrêmement diversifiée, et pourrait être facilement et largement partagée. Et si la démocratie s'applique à cette technologie, elle permettra à grand nombre de citoyens de s'exprimer, de critiquer et de contribuer à la culture globale.

La technologie nous a ainsi donné la possibilité de faire quelque chose de la culture qui n'était possible que pour de petits groupes d'individus. Imaginez un vieil homme racontant une histoire lors d'une rencontre de quartier. Imaginez maintenant que cette histoire soit diffusée dans le monde entier.

En fait, tout cela n'est possible que si ces activités sont supposées légales. Sous le régime législatif actuel, ce n'est pas le cas. Oubliez le partage de fichier pour un moment. Pensez à vos excellents sites favoris sur le Net. Les sites web peuvent offrir un aperçu d'émissions télévisées oubliées ; les sites peuvent cataloguer des dessins animés des années 60 ; les sites peuvent mixer des images et du son pour critiquer les politiciens ou les hommes d'affaires ; les sites peuvent collecter des articles sur des sujets pointus scientifiques ou culturels. Il existe une importante quantité d'œuvres créatives à travers l'Internet. Mais, à cause de la manière dont la loi est faite, ces œuvres sont supposées illégales.

Cette présomption va refroidir de plus en plus la créativité, au fur et à mesure que les exemples de condamnations graves pour des infractions floues vont se multiplier. Il est impossible de distinguer clairement ce qui est autorisé de ce qui ne l'est pas, et en même temps, les sanctions pour avoir franchi la ligne sont extrêmement dures. Les quatre étudiants qui avaient été menacés par la RIAA (Jesse Jordan au chapitre 3 (p. 49) n'était qu'un de ceux-là) encourraient une amende de 98 milliards de dollars pour avoir construit des moteurs de recherche qui permettaient de copier des chansons. D'un autre côté, Worldcom, (NdT : entreprise américaine au cœur d'un scandale financier en 2002) qui a escroqué les investisseurs d'une somme de 11 milliards de dollars, et qui a ainsi entraîné une perte de 200 milliards de dollars sur le marché mondial, a eu une amende de seulement 750 millions de dollars<sup>157</sup>. Et d'après la législation actuellement en vigueur au Congrès, un docteur qui amputerait par négligence la mauvaise jambe lors d'une opération ne devrait que 250.000 dollars en dommages et intérêts<sup>158</sup>. Le sens commun peut-il reconnaître l'absurdité d'un monde dans lequel l'amende maximale encourue pour avoir téléchargé deux chansons sur Internet est plus importante que celle encourue par un docteur qui aurait charcuté un patient par négligence ?

La conséquence de ce flou juridique, associé aux sanctions élevées, est qu'une grande quantité de créations ne verra jamais le jour ou ne sera jamais rendue publique. Nous saponsons les bases du processus créatif en stigmatisant les « pirates » de Walt Disney. Nous empêchons les entreprises de s'appuyer sur le domaine public, parce que les frontières du domaine public ne sont pas claires. Le seul moyen d'être gagnant, c'est de payer pour le droit de créer,

et par conséquent, seuls ceux qui payent sont autorisés à créer. Comme ce fut le cas en Union Soviétique, bien que pour des raisons très différentes, nous allons rentrer dans un monde où l'art sera clandestin — pas parce que le message doit nécessairement être politique, mais parce que le simple fait de créer, est un délit. Déjà, des expositions « d'art illégal » circulent aux États-Unis<sup>159</sup>. En quoi consiste cette « illégalité » ? Dans le fait de mixer la culture autour de nous, dans un esprit critique ou réfléchi.

Cette peur de l'illégalité est en partie due aux changements de la loi. J'ai détaillé ces changements au chapitre 10 (p. 103). Mais elle est, dans une plus grande mesure, la conséquence de la facilité de plus en plus grande avec laquelle les infractions peuvent être détectées. Les amateurs du partage de fichiers ont découvert en 2002 à quel point il était facile, pour les détenteurs de copyright, d'amener les tribunaux à ordonner aux fournisseurs d'accès à Internet de révéler qui possède quel contenu. C'est comme si votre lecteur de cassette transmettait une liste des chansons que vous écoutez chez vous, que n'importe qui pourrait consulter pour n'importe quel motif.

Jamais dans notre histoire, un peintre n'a eu à s'occuper de savoir si sa peinture empiétait sur le travail de quelqu'un d'autre. Mais le dessinateur contemporain, qui utilise des outils comme Photoshop et partage du contenu sur le web, doit s'en soucier en permanence. Les images sont omniprésentes, mais on ne peut utiliser dans une création que celles achetées à Corbis (Ndt : société vendant des images numérisées ; propriété de Bill Gates) ou à une autre banque d'images. Et avec l'achat, la censure arrive. Le marché des crayons est libre ; nous n'avons pas à nous occuper de leurs effets sur la créativité. Mais le marché de l'image culturelle est très concentré et réglementé ; nous ne sommes pas aussi libres de les utiliser et de les transformer.

Les avocats ont rarement conscience de cela, car ils voient rarement les choses de manière pragmatique. Comme je l'ai décrit au chapitre 7 (p. 87), en réponse à l'histoire sur le réalisateur de films documentaires Jon Else, j'ai reçu à maintes reprises la leçon des avocats qui prétendaient que l'utilisation de Else relevait de l'usage loyal, et que j'avais donc tort de dire que la loi réglementait ce genre d'emploi.

Mais, en Amérique, usage loyal signifie simplement le droit de louer les services d'un avocat pour défendre votre droit de créer. Et, comme les avocats ont tendance à l'oublier, notre système de défense de droits tels que l'usage loyal est incroyablement mauvais — dans pratiquement tous les contextes, mais particulièrement dans celui-ci. Il coûte trop cher, il est trop lent, et sa conclusion a souvent peu à voir avec la demande de justice qui sous-tend la requête. Le système légal peut être tolérant pour ceux qui sont très riches. Pour tous les autres, c'est le fardeau d'une tradition qui s'enorgueillit d'être basée sur la loi.

Les juges et les juristes ont beau se dire que l'usage loyal fournit une « marge de manœuvre » adaptée entre le contrôle par la loi et la liberté d'accès qu'elle devrait garantir. Mais cela mesure à quel point le système légal est maintenant déconnecté de la réalité. Les règles imposées par les éditeurs aux écrivains, par les distributeurs aux réalisateurs de films, par les maisons de presse aux journalistes — ce sont les vraies lois qui gouvernent la créativité.

Et ces règles ont peu de rapport avec la « loi », sur laquelle les juges s'appuient.

Car dans un monde qui menace de 150.000 dollars une simple violation de copyright, qui demande des dizaines de milliers de dollars juste pour se défendre face à une accusation de violation de copyright, et qui n'accorde jamais à l'accusé acquitté le moindre remboursement des coûts engagés pour défendre ses droits — dans ce monde, l'extraordinaire emprise des lois étouffe l'expression et la créativité au nom du « copyright ». Et dans ce monde, il faut un aveuglement délibéré pour continuer à croire que la culture est libre.

Comme Jed Horovitz, l'homme d'affaires aux commandes de Video Pipeline, me disait :

Nous perdons des opportunités [créatives] ici et là. Les créateurs sont réduits au silence. Les idées sont bâillonnées. Et tandis que beaucoup de choses peuvent [encore] être créées, elles ne seront pas distribuées. Même si l'œuvre est réalisée [...] elle ne sera pas distribuée dans les médias de masse tant que vous n'avez pas un petit mot d'un avocat disant, « Cela a été contrôlé ». Ça ne passera même pas sur PBS (NdT : service de diffusion audiovisuelle non commercial) sans ce type de permission. C'est à ce niveau que s'exerce le contrôle.

## Contraindre les innovateurs

L'histoire de la section précédente était celle d'un gauchiste radical : créativité bridée, artistes censurés, et patati et patata. Peut-être que ça ne vous parle pas. Peut-être que vous pensez qu'il y a assez d'œuvres d'art bizarres, et assez de voix critiques qui s'expriment sur tous les sujets. Et si c'est ce que vous pensez, vous pensez peut-être qu'il n'y a rien d'inquiétant pour vous dans cette histoire.

Mais il y a un aspect de cette histoire qui n'a rien de gauchiste. En effet, c'est un aspect qui pourrait être écrit par le plus extrémiste des idéologues pro-marché. Et si vous êtes un idéologue de cette espèce (mais d'un genre spécial, pour arriver à lire ce livre jusqu'à la page 154), alors vous pourrez y être sensible en remplaçant « culture libre » par « marché libre » dans toute mon argumentation. La démonstration est la même, même si les intérêts liés à la culture sont plus fondamentaux.

L'accusation que j'ai faite jusqu'à présent concernant la réglementation de la culture est la même que les défenseurs du marché libre font à propos de la réglementation du marché. Tout le monde, bien sûr, concède qu'une réglementation du marché est nécessaire — au minimum, nous avons besoin de règles de propriété et de contrat, et des tribunaux pour appliquer les deux. De la même manière, dans ce débat sur la culture, tout le monde concède qu'un cadre légal de copyright est également requis. Mais ces deux perspectives insistent avec vigueur sur le fait que ce n'est pas parce qu'une réglementation est bénéfique, qu'il faudrait plus de réglementation. Et les deux perspectives sont systématiquement attentives à l'exploitation de la réglementation par les

industries puissantes d'aujourd'hui pour simplement se protéger des concurrents de demain.

C'est spécifiquement l'effet le plus spectaculaire du changement dans la stratégie de réglementation que j'ai décrite dans le chapitre 10 (p. 103). La conséquence de cette menace massive de poursuites, liée aux frontières obscures de la loi du copyright, est que ceux qui veulent innover dans cet espace ne peuvent le faire en sécurité que s'ils ont l'acte de décès des industries dominantes de la génération précédente. C'est cette leçon qui a été donnée aux capital-risqueurs au travers d'une série d'affaires, spécialement conçues et exécutées pour qu'ils l'apprennent. Cette leçon — ce que l'ancien PDG de Napster Hank Barry appelle un « voile nucléaire » qui s'est abattu sur la Silicon Valley — est maintenant apprise.

Pour illustrer cette idée, prenez par exemple l'histoire dont j'ai raconté le début dans *L'avenir des idées* et qui a progressé d'une manière que même moi (pourtant extraordinairement pessimiste) n'aurais jamais pu prédire.

En 1997, Michael Robertson lança une société appelée MP3.com. MP3.com avait l'ambition de réinventer le commerce de la musique. Leur but n'était pas juste de faciliter de nouvelles manières d'accéder au contenu. Leur but était aussi de favoriser de nouvelles façons de créer du contenu. Contrairement aux maisons de disques dominantes, MP3.com offrait aux créateurs un endroit pour distribuer leurs créations, sans exiger un engagement exclusif de leur part.

Pour faire marcher ce système, toutefois, MP3.com avait besoin d'une manière fiable de recommander de la musique à ses utilisateurs. L'idée derrière cette alternative était d'exploiter les préférences musicales révélées des auditeurs pour leur recommander de nouveaux artistes. Si vous aimez Lyle Lovett, vous avez des chances d'apprécier Bonnie Raitt. Et ainsi de suite.

Cette idée nécessitait d'avoir un moyen simple pour récupérer les préférences des utilisateurs. MP3.com a trouvé une méthode extraordinairement ingénieuse pour récolter ces informations. En janvier 2000, la société lança un service nommé my.mp3.com. En utilisant un logiciel fourni par MP3.com, un utilisateur s'inscrivait à un compte et insérait dans son ordinateur un CD. Le logiciel identifiait le CD, puis donnait à l'utilisateur l'accès à ce contenu. Donc, par exemple, si vous aviez inséré un CD de Jill Sobule, alors, où que vous soyez — au travail ou à la maison — vous pouviez avoir accès à cette musique avec ce compte. Ce système était ainsi une sorte de juke-box verrouillé.

Il n'y pas de doute que certains pouvaient utiliser ce système pour copier illégalement du contenu. Mais cette possibilité existait avec ou sans MP3.com. Le but du service MP3.com était de donner aux utilisateurs accès à leur propre contenu, et en produit dérivé, de découvrir le genre de musique qu'ils aimaient.

Pour faire marcher ce système, toutefois, MP3.com devait copier 50.000 CDs sur un serveur. (En principe, cela aurait pu être à l'utilisateur d'uploader la musique, mais cela aurait été une grande perte de temps, et cela aurait donné une qualité de service contestable.) La société acheta donc 50.000 CDs dans un magasin, et commença le processus de copie de ces CDs. Encore une

fois, elle ne servait le contenu de ces copies qu'à ceux qui avaient authentifié avoir une copie du CD auquel ils voulaient avoir accès. Donc même si c'était 50.000 copies, c'était 50.000 copies destinées à donner aux clients quelque chose qu'ils avaient déjà acheté.

Neuf jours après que MP3.com ait lancé son service, les cinq maisons de disque dominantes, sous la bannière de la RIAA, attaquèrent MP3.com en justice. MP3.com régla l'affaire avec quatre des cinq majors. Neuf mois plus tard, un juge fédéral déclara MP3.com coupable d'infraction délibérée vis-à-vis de la cinquième major. Appliquant la loi telle qu'elle est, le juge imposa une amende de 118 millions de dollars à MP3.com. MP3.com finit par régler l'affaire avec le dernier plaignant, Vivendi Universal, en payant plus de 54 millions de dollars. Vivendi racheta MP3.com presque un an plus tard.

Je vous ai déjà raconté cette partie de l'histoire. Maintenant attendez sa conclusion.

Après le rachat de MP3.com, Vivendi se retourna contre ses avocats et leur fit un procès pour faute professionnelle, pour lui avoir affirmé de bonne foi que le service offert serait considéré comme légal au regard de la loi sur le copyright. Cette poursuite cherchait à punir tout avocat qui avait osé suggérer que la loi était moins restrictive que ce que les maisons de disques exigeaient.

Le but clair de cette poursuite (qui se termina par un arrangement d'un montant confidentiel peu de temps après que l'histoire ne soit plus couverte par la presse) était d'envoyer un message sans équivoque aux avocats conseillant des clients dans ce domaine : ce n'est pas seulement vos clients qui pourraient souffrir si l'industrie du contenu dirige ses feux contre eux. C'est aussi vous. Donc ceux d'entre vous qui croient que la loi devrait être moins restrictive, devraient réaliser qu'un tel point de vue leur coûtera cher, à eux et à leur établissement.

Cette stratégie ne se limite pas aux avocats. En avril 2003, Universal et EMI poursuivirent Hummer Winblad, l'entreprise de capital-risque qui avait financé Napster à un certain stade de son développement, ainsi que son co-fondateur (John Hummer), et son associé gérant (Hank Barry)<sup>160</sup>. Ici aussi, le motif de la plainte était que l'entreprise de capital-risque aurait dû reconnaître à l'industrie du contenu le droit de contrôler comment devait se développer l'industrie. Ils devaient être tenus pour personnellement responsables pour avoir financé une société dont le commerce s'est avéré être hors-la-loi. Ici encore, le but de la poursuite judiciaire est transparent : tout capital-risqueur reconnaît maintenant que si vous financez une société dont l'activité n'est pas approuvée par les dinosaures, vous prenez des risques pas seulement sur le marché, mais aussi devant un tribunal. Vous investissez non seulement dans une société, mais aussi dans un procès. L'environnement est devenu si extrême que même les fabricants de voiture ont peur des technologies qui touchent au contenu. Dans un article du *Business 2.0*, Rafe Needleman relate une discussion avec BMW :

J'ai demandé pourquoi, avec toute la capacité de stockage et la puissance informatique qui se trouvent dans une voiture, il n'y avait pas moyen de jouer des fichiers MP3. On m'a dit que les ingénieurs BMW en Allemagne avaient prototypé un nouveau véhi-

cule qui pouvait jouer des MP3 avec son système audio, mais que les départements juridique et marketing de la société n'étaient pas à l'aise avec l'idée de la mettre sur le marché américain. Même aujourd'hui, aucune nouvelle voiture n'est vendue aux États-Unis avec de véritables lecteurs MP3<sup>161</sup>...

C'est un véritable système mafieux — rempli d'offres « la bourse ou la vie », gouverné à la fin non pas par les tribunaux mais par les menaces que la loi permet aux détenteurs de copyright d'exercer. C'est un système qui va évidemment et nécessairement étouffer l'innovation. C'est déjà assez difficile de démarrer une entreprise. C'est une difficulté insurmontable si l'entreprise est constamment sous la menace de poursuites.

L'idée n'est pas que les entreprises devraient avoir le droit d'exercer des activités illégales. L'idée est la définition de « illégal ». La loi est une accumulation d'incertitudes. Nous n'avons pas de bon moyen de savoir comment elle devrait s'appliquer aux nouvelles technologies. Et pourtant en inversant notre tradition de respect de la justice, et en adoptant les pénalités étonnamment hautes que la loi du copyright impose, ces incertitudes produisent maintenant une réalité qui est bien plus conservatrice que juste. Si la loi imposait la peine de mort pour les contraventions, beaucoup moins de gens conduiraient. Le même principe s'applique à l'innovation. Si l'innovation est constamment à la merci de poursuites aléatoires et illimitées, nous aurons une innovation bien moins dynamique et beaucoup moins de créativité.

L'idée est directement équivalente à l'argument gauchiste concernant l'usage loyal. Quelle que soit la « vraie » loi, la réalité de l'effet de la loi dans ces deux contextes est la même. Ce système de réglementation terriblement punitif va systématiquement étouffer la créativité et l'innovation. Il protégera quelques industries et quelques créateurs, mais fera du mal à l'industrie et à la créativité en général. Le marché libre et la culture libre reposent sur une concurrence dynamique. Et pourtant l'effet de la loi aujourd'hui est de simplement étouffer ce genre de compétition. L'effet est de produire une culture sur-réglementée, tout comme l'effet de trop de contrôle dans le marché est de produire un marché sur-réglementé.

La construction d'une culture de permission, plutôt que d'une culture libre, est le premier moyen important avec lequel les changements que j'ai décrits vont entraver l'innovation. Une culture de permission signifie une culture d'avocats — une culture dans laquelle pour pouvoir créer il faut appeler son avocat. Une fois de plus, je ne suis pas anti-avocat, tout du moins quand ils restent à leur place. Je ne suis certainement pas anti-loi. Mais notre profession a perdu le sens de la mesure. Et les leaders de notre profession ne se rendent plus compte des coûts exorbitants que notre profession impose aux autres. L'inefficacité de la loi est une honte pour notre tradition. Et même si je crois que notre profession devrait donc tout faire pour rendre la loi plus efficace, elle devrait au moins tout faire pour limiter l'étendue de la loi là où elle ne fait rien de bon. Les coûts cachés de transaction dans une culture de permission sont suffisants pour enterrer les créativités les plus diverses. Il faut trouver beaucoup d'arguments pour arriver à justifier un tel résultat.

**L'incertitude** de la loi est un frein à l'innovation. Il y a un second far-

deau qui opère plus directement. C'est l'effort de nombreuses personnes de l'industrie du contenu, d'utiliser la loi pour légiférer directement sur la technologie d'Internet afin qu'elle protège mieux leur contenu.

La motivation de cette réaction est évidente. Internet permet la diffusion efficace de contenu. Cette efficacité est une caractéristique de la conception d'Internet. Mais du point de vue de l'industrie du contenu, cette caractéristique est un « bogue ». La diffusion efficace de contenu signifie que les distributeurs de contenu ont plus de mal à contrôler sa distribution. Une réponse évidente à cette efficacité est donc de rendre Internet moins efficace. Si Internet permet le « piratage », alors, dit cette réponse, nous devrions briser les genoux d'Internet.

Il y a de nombreux exemples de cette forme de législation. Sous la pression de l'industrie du contenu, des membres du Congrès ont menacé de faire une loi qui exigerait que les ordinateurs déterminent si le contenu auquel ils ont accès est protégé ou pas, et qu'ils désactivent la diffusion d'un contenu protégé<sup>162</sup>. Le Congrès a déjà lancé des procédures pour explorer la possibilité de rendre obligatoire un « jeton de diffusion » sur tout système capable de transmettre de la vidéo numérique (c'est-à-dire un ordinateur), et qui désactiverait la possibilité de copier tout contenu signalé pour diffusion. D'autres membres du Congrès ont proposé de protéger les fournisseurs de contenu d'éventuelles poursuites judiciaires pour la technologie qu'ils pourraient déployer pour traquer les violateurs de copyright et neutraliser leurs machines<sup>163</sup>.

Dans un sens, ces solutions semblent logiques. Si le problème est le code, pourquoi ne pas réglementer le code pour enlever le problème. Mais toute réglementation d'une infrastructure technique sera toujours adaptée à la technologie particulière du moment. Elle imposera des contraintes et des coûts importants sur la technologie, mais sera susceptible d'être éclipsée par des avancées destinées à contourner précisément ces règles.

En mars 2002, une large coalition de sociétés high-tech, menées par Intel, essayèrent d'amener le Congrès à réaliser les dégâts qu'une telle législation causerait<sup>164</sup>. Leur argument n'était évidemment pas que le copyright ne devrait pas être protégé. Au lieu de cela, ils ont soutenu que toute protection ne devrait pas faire plus de mal que de bien.

**Il y a une** manière plus évidente par laquelle cette guerre nuit à l'innovation — encore une fois, cette histoire sera assez familière des adeptes du marché libre.

Le copyright est peut-être une propriété, mais comme toutes les propriétés, c'est aussi une forme de réglementation. C'est une réglementation qui bénéficient à certains et cause du tort à d'autres. Bien faite, elle bénéficie aux créateurs et fait du tort aux sangsues. Mal faite, les puissants l'utilisent pour vaincre leurs concurrents.

Comme je l'ai décrit dans le chapitre 10 (p. 103), malgré la partie réglementaire du copyright, par ailleurs objet de restrictions importantes soulignées par Jessica Litman dans son livre *Digital Copyright*<sup>165</sup>, le bilan du copyright sur l'ensemble de son histoire n'est pas mauvais. Comme le détaille le chapitre 10 (p. 103), quand de nouvelles technologies sont arrivées, le Congrès a trouvé le juste milieu pour garantir que le nouveau était protégé

de l'ancien. Des licences obligatoires, ou statutaires, font partie de cette stratégie. L'usage libre (comme dans le cas du magnétoscope) en est une autre.

Mais cette habitude du respect envers les nouvelles technologies a maintenant changé avec l'avènement d'Internet. Plutôt que de trouver un juste milieu entre les prétentions d'une nouvelle technologie et les droits légitimes des créateurs de contenu, à la fois les tribunaux et le Congrès ont imposé des restrictions légales qui auront pour effet d'étouffer le nouveau pour bénéficier à l'ancien.

La réponse des tribunaux est assez universelle<sup>166</sup>. Elle se reflète dans les menaces et les réponses véritablement mises en œuvre par le Congrès. Je ne ferai pas la liste de toutes ces réponses ici<sup>167</sup>. Mais il y a un exemple qui en capture toute la saveur. C'est l'histoire de la mort des webradios.

Comme je l'ai décrit dans le chapitre 4 (p. 53), quand une station de radio diffuse une chanson, l'artiste-interprète n'est pas payé pour cette « interprétation radiophonique » à moins qu'il ou elle en soit également le compositeur. Donc, par exemple si Marylin Monroe avait enregistré une version de « Happy Birthday » — pour immortaliser sa fameuse prestation devant le Président Kennedy à Madison Square Garden — alors à chaque diffusion de cet enregistrement à la radio, les propriétaires actuels du copyright de « Happy Birthday » recevraient de l'argent, mais pas Marylin Monroe.

Le raisonnement derrière cet équilibre atteint par le Congrès a du sens. La justification était que la radio était une sorte de publicité. L'artiste interprète en bénéficiait donc parce qu'en diffusant sa musique, la station de radio rendait plus probable l'achat de ses disques. Ainsi, l'artiste interprète avait quelque chose, même si c'était indirectement. Probablement que ce raisonnement avait moins à voir avec résultat qu'avec le pouvoir des stations de radio : leurs lobbyistes étaient assez bons pour arrêter toutes tentatives d'obtenir du Congrès une loi de compensation des artistes interprètes.

Arrive la webradio. Comme la radio normale, la webradio est une technologie qui diffuse du contenu d'un émetteur à un auditeur. La diffusion se fait par Internet, et non par des ondes radioélectriques. Ainsi, je peux « capter » une station de webradio à Berlin tout en étant à San Francisco, même s'il n'y a pas moyen pour moi de capturer une radio habituelle au-delà de la zone métropolitaine de San Francisco.

Cette caractéristique de l'architecture de la webradio signifie qu'il y a potentiellement un nombre illimité de stations de radio qu'un utilisateur pourrait capturer en utilisant son ordinateur, alors qu'avec l'architecture actuelle de la radiodiffusion, il y a une limite évidente du nombre d'émetteurs et des fréquences d'émission. La webradio pourrait donc être plus compétitive que la radio habituelle ; elle pourrait fournir un éventail plus large de stations. Et parce que le public potentiel pour la webradio est le monde entier, des stations de niche pourraient facilement se développer et vendre leur contenu à un nombre relativement élevé d'utilisateurs à travers le monde. D'après certaines estimations, plus de 80 millions d'utilisateurs à travers le monde ont écouté cette nouvelle forme de radio.

Ainsi la webradio est à la radio ce que la FM était à l'AM. C'est une amélioration potentiellement largement plus importante que l'amélioration de la

FM par rapport à l'AM, étant donné que non seulement la technologie est meilleure, donc, également, la compétition. En effet, il y a un parallèle direct entre le combat pour instaurer la radio FM et le combat pour protéger la webradio. Comme l'explique un auteur parlant de la lutte d'Howard Armstrong pour permettre à la radio FM d'exister,

Un nombre presque illimité de stations FM était possible dans les ondes courtes, mettant ainsi fin aux restrictions artificielles imposées sur la radio dans les grandes ondes surpeuplées. Si la FM se développait librement, le nombre de stations serait limité uniquement par l'économie et la concurrence, et non par des restrictions techniques. [...] Armstrong compara la situation apparue dans la radio à ce qui se passa après l'invention de la presse d'imprimerie, quand les gouvernements et les classes dirigeantes tentèrent de contrôler ce nouvel instrument de communication de masse en lui imposant des licences restrictives. Cette tyrannie fut brisée seulement quand il devint possible aux hommes d'acquérir librement des machines d'impression et de les utiliser librement. La FM dans ce sens était une invention aussi grande que la presse d'imprimerie, car elle donnait aux radios l'opportunité de briser ses chaînes<sup>168</sup>.

Ce potentiel pour la radio FM ne se réalisa jamais — pas parce que Armstrong avait tort à propos de la technologie, mais parce qu'il avait sous-estimé le pouvoir des « intérêts particuliers, habitudes, coutumes et [de la] législation »<sup>169</sup> de retarder la croissance de cette technologie compétitive.

On pourrait maintenant faire exactement la même affirmation sur la webradio. Car encore, il n'y a pas de limitation technique qui pourrait restreindre le nombre de stations de webradio. Les seules restrictions sur la webradio sont celles imposées par la loi. La loi du copyright est une de ces lois. Donc la première question que nous devrions nous poser est : quelles sont les règles du copyright qui gouverneraient la webradio ?

Mais ici le pouvoir des lobbyistes est inversé. La webradio est une industrie nouvelle. Les artistes interprètes, d'un autre côté, ont un lobby très puissant, la RIAA. Ainsi lorsque le Congrès considéra le phénomène de la webradio en 1995, les lobbyistes ont poussé le Congrès à adopter une règle différente pour la webradio de celle qui s'applique à la radio terrestre. Alors que la radio terrestre n'a pas à payer notre Marylin Monroe hypothétique quand elle diffuse son enregistrement hypothétique de « Happy Birthday », la webradio *le fait*. Non seulement la loi n'est pas neutre envers la webradio — en fait la loi est plus contraignante pour la webradio que pour la radio terrestre.

Cette contrainte financière n'est pas légère. Comme l'estime le professeur de droit William Fisher de Harvard, si une webradio distribuait de la musique populaire sans publicité à (environ) dix mille auditeurs, 24 heures par jour, le montant total des frais artistiques à payer par la station de radio s'élèverait à plus de 1 million de dollars par an<sup>170</sup>. Une station de radio normale diffusant le même contenu ne payerait pas de frais équivalents.

La contrainte n'est pas seulement financière. Selon les règles initialement

proposées, une station de webradio (mais pas une station de radio terrestre) devrait collecter les informations suivantes de *chaque transaction d'écoute* :

1. nom du service ;
2. chaîne du programme (les stations AM/FM utilisent le « station ID ») ;
3. type de programme (archivé/en boucle/en direct) ;
4. date de transmission ;
5. heure de transmission ;
6. fuseau horaire d'origine de la transmission ;
7. désignation numérique de l'endroit de l'enregistrement sonore dans le programme ;
8. durée de la transmission (à la seconde près) ;
9. titre de l'enregistrement sonore ;
10. code ISRC de l'enregistrement ;
11. année de sortie de l'album par indication de copyright et dans le cas d'albums de compilations, la date de sortie de l'album et la date de copyright du morceau ;
12. artiste interprète y figurant ;
13. titre de vente de l'album ;
14. maison de disque ;
15. code UPC de l'album vendu ;
16. numéro de catalogue ;
17. informations sur le détenteur du copyright ;
18. genre musical de la chaîne ou du programme (format de station) ;
19. nom du service ou entité ;
20. chaîne ou programme ;
21. date et heure auxquelles l'utilisateur s'est connecté (dans le fuseau horaire de l'utilisateur) ;
22. date et heure auxquelles l'utilisateur s'est déconnecté (dans le fuseau horaire de l'utilisateur) ;
23. fuseau horaire où le signal a été reçu (utilisateur) ;
24. identifiant unique de l'utilisateur ;
25. pays où l'utilisateur a reçu les transmissions.

Le président de la Bibliothèque du Congrès a finalement suspendu ces exigences de renseignement, en attente d'étude supplémentaire. Et il changea également les taux fixés initialement par le comité d'arbitrage en charge de fixer les taux. Mais la différence fondamentale entre la webradio et la radio terrestre demeure : la webradio doit payer un *type de taxe de copyright* que la radio terrestre ne paie pas.

Pourquoi ? Qu'est-ce qui justifie cette différence ? Y a-t-il eu une étude de l'impact économique de la webradio qui justifierait ces différences ? Le motif était-il de protéger les artistes contre le piratage ?

Dans un rare élan de candeur, un expert de la RIAA a admis ce qui semblait évident à tout le monde à cette époque. Comme Alex Alben, vice-président de la Politique Publique à Real Networks, me disait :

La RIAA, qui représentait les maisons de disques, présenta des témoignages sur ce qu'ils imaginaient être le prix négocié entre un vendeur et un acheteur potentiels, et c'était bien plus élevé. C'était dix fois plus que ce que les stations de radio payent pour jouer les mêmes chansons sur la même période. Et donc les avocats représentant les diffuseurs sur le web demandèrent à la RIAA, [...] « Comment arrivez-vous à un taux qui est tellement plus élevé ? Pourquoi est-ce que cela vaut plus que la radio ? Parce que nous avons ici des centaines de milliers de diffuseurs sur le web prêts à payer, et cela devrait établir le taux du marché, et si vous fixez le taux si haut, vous allez conduire les petits diffuseurs à la faillite. [...] »

Et les experts de la RIAA dirent : « Et bien, nous ne voyons pas vraiment cela comme une industrie avec des milliers de diffuseurs sur le web, nous pensons que cela devrait être une industrie avec, vous voyez, cinq ou six gros acteurs qui peuvent payer un taux élevé, et c'est un marché stable, prévisible. » (Insistance ajoutée.)

Traduction : le but est d'utiliser la loi pour éliminer la concurrence, afin que cette plateforme potentiellement immensément compétitive, qui ferait exploser la diversité et la portée du contenu, ne cause pas de tort aux dinosaures du passé. Il n'y a personne, ni de droite ni de gauche, qui devrait cautionner cette utilisation de la loi. Et pourtant il n'y a pratiquement personne, ni de droite ni de gauche, qui fait quoi que ce soit d'efficace pour l'empêcher.

## Corrompre les citoyens

L'excès de réglementation tue la créativité. Il bride l'innovation. Il donne aux dinosaures un droit de veto sur l'avenir. Il gaspille le potentiel extraordinaire d'une créativité démocratique rendue possible par la technologie numérique.

En plus de ces dommages importants, il y en a un autre, qui était important pour nos prédécesseurs, mais semble oublié aujourd'hui. L'excès de réglementation corrompt les citoyens, et affaiblit l'état de droit.

La guerre qui est livrée aujourd'hui est une guerre de prohibition. Comme toute guerre de prohibition, elle est dirigée contre le comportement d'un très grand nombre de citoyens. Selon le *New York Times*, 43 millions d'américains ont téléchargé de la musique en mai 2002<sup>171</sup>. Selon la RIAA, le comportement de ces 43 millions d'américains est un délit. Nous avons donc un système de loi qui transforme 20 pour cent de l'Amérique en délinquants. Plus la RIAA fera de procès aux Napster et autres Kazaa, mais aussi à des étudiants qui

construisent des moteurs de recherche, et de plus en plus à de simple usagers qui téléchargent du contenu, plus les technologies de partage de fichiers feront de progrès, afin de mieux protéger et cacher leurs usages illégaux. C'est une course aux armements, une guerre civile, où l'extrémisme d'un camp renforce celui de son adversaire.

Les tactiques de l'industrie du contenu exploitent les défaillances du système légal américain. Quand la RIAA a poursuivi Jesse Jordan en justice, elle savait qu'elle avait trouvé en Jordan un bouc-émissaire, et non pas un inculpé. La menace d'avoir à payer tout l'argent du monde en dommages et intérêts (15.000.000 \$) ou presque tout l'argent du monde pour se défendre (250.000 \$ en frais de justice) amena Jordan à choisir de payer tout l'argent du monde qu'il avait (12.000 \$) pour arrêter le procès. La même stratégie anime les procès de la RIAA contre des utilisateurs individuels. En septembre 2003, la RIAA poursuivit 261 personnes — parmi lesquels une fille de 12 ans vivant dans un HLM et un homme de 70 ans qui n'avait aucune idée de ce qu'était le partage de fichiers<sup>172</sup>. Comme le découvrirent ces boucs-émissaires, cela coûtera toujours plus de se défendre contre ces procès que de simplement trouver un arrangement. (La fille de douze ans, par exemple, comme Jesse Jordan, paya avec ses économies de 2.000 \$ pour régler l'affaire.) Notre loi est un système abominable pour la défense des droits. C'est une honte pour notre tradition. Et la conséquence de la loi telle qu'elle est, est que ceux qui ont le pouvoir peuvent se servir de la loi pour annuler les droits qui les gênent.

Les guerres de prohibition ne sont pas nouvelles en Amérique. Celle-ci est juste plus extrême que tout ce nous avons vu auparavant. Nous avons fait l'expérience de la prohibition de l'alcool, à une époque où la consommation d'alcool était de 5,7 litres par personne et par an. La guerre contre la boisson a d'abord réduit cette consommation de juste 30 pour cent du niveau précédent la prohibition, mais à la fin de la prohibition, la consommation avait remonté jusqu'à 70 pour cent du niveau précédent la prohibition. Les américains buvaient presque autant, mais un grand nombre étaient maintenant des criminels<sup>173</sup>. Nous avons lancé une guerre contre la drogue visant à réduire la consommation de narcotiques réglementés, que 7 pour cent (ou 16 millions) d'américains consomment actuellement<sup>174</sup>. C'est une chute par rapport au pic de 1979 qui était de 14 pour cent de la population. Nous réglementons les automobiles au point qu'une vaste majorité des américains enfreignent la loi chaque jour. Nous avons un système fiscal tellement complexe qu'une majorité des paiements en liquide fraudent régulièrement<sup>175</sup>. Nous nous enorgueillissons de notre « société libre », mais une liste sans fin de comportements ordinaires est réglementée au sein de notre société. Avec, comme résultat, une énorme proportion d'américains qui violent régulièrement au moins une loi.

Cet état de fait n'est pas sans conséquence. C'est un problème particulièrement saillant pour des professeurs comme moi, dont le travail est d'apprendre aux étudiants en droit l'importance de l'« éthique ». Comme l'a dit mon collègue Charlie Nesson à une classe à Stanford, chaque année les écoles de droit accueillent des milliers d'étudiants qui ont téléchargé illégalement de la musique, consommé illégalement de l'alcool et parfois de la drogue, travaillé

illégalement sans payer de taxes, conduit illégalement des voitures. Ce sont des gamins pour qui se comporter illégalement est de plus en plus la norme. Et après, nous, en tant que professeurs de droit, sommes supposés leur apprendre comment se comporter de manière éthique — comment dire non aux pots-de-vin, ou garder les fonds des clients séparés, ou respecter une exigence de divulgation d'un document qui signifiera que votre affaire est terminée. Des générations d'américains — plus dans certaines parties de l'Amérique que d'autres, mais tout de même, partout en Amérique aujourd'hui — ne peuvent pas vivre leur vie à la fois normalement et légalement, étant donné que « normalement » implique un certain degré d'illégalité.

La réponse à cette illégalité générale est soit d'appliquer la loi plus sévèrement ou soit de changer la loi. Nous, en tant que société, devons apprendre comment faire ce choix plus rationnellement. Le fait qu'une loi ait un sens dépend, au moins en partie, de savoir si les coûts de la loi, à la fois prévus et collatéraux, sont plus importants que les bénéfices. Si les coûts, prévus et collatéraux, sont bel et bien plus importants que les bénéfices, alors la loi devrait être changée. Autrement, si les coûts du système existant sont bien plus élevés que les coûts d'une alternative, alors nous avons une bonne raison de considérer cette alternative.

Je ne défends pas l'idée stupide qui voudrait que juste parce que des gens violent une loi, nous devrions donc l'abroger. Évidemment, nous pourrions réduire les statistiques des meurtres de manière spectaculaire en légalisant le meurtre les mercredis et les vendredis. Mais cela n'aurait aucun sens, étant donné que le meurtre est mal tous les jours de la semaine. Une société a raison de bannir le meurtre toujours et partout.

Mon idée est plutôt celle que les démocraties ont comprise pendant des générations, mais que nous avons récemment appris à oublier. L'état de droit dépend des gens obéissant à la loi. Plus nous, en tant que citoyens, faisons l'expérience d'enfreindre la loi, et plus c'est fréquent, moins nous respectons la loi. Évidemment, dans la plupart des cas, la question importante c'est la loi, pas le respect de la loi. Je ne me préoccupe pas de savoir si un violeur respecte la loi ou non ; je veux l'attraper et l'incarcérer. Mais je me soucie de savoir si mes étudiants respectent la loi ou non. Et je me soucie de savoir si les règles du droit génèrent ce manque de respect croissant à cause des réglementations extrêmes qu'elles imposent. Vingt millions d'américains ont atteint la majorité depuis qu'Internet a introduit cette idée différente du « partage ». Nous avons besoin d'être capables d'appeler ces vingt millions d'américains « citoyens », et non pas « délinquants ».

Quand au moins quarante-trois millions de citoyens téléchargent du contenu d'Internet, et qu'ils utilisent des outils pour combiner ce contenu de manière non autorisée par les propriétaires de copyright, la première question que nous devrions nous poser n'est pas de savoir comment mieux impliquer le FBI. La première question devrait être de savoir si cette prohibition particulière est réellement nécessaire pour atteindre les buts particuliers visés par la loi sur le copyright. Y a-t-il un autre moyen de garantir que les artistes soient payés sans transformer quarante-trois millions d'américains en délinquants ? Est-ce que cela a du sens s'il y a d'autres manières d'assurer

que les artistes soient payés sans transformer l'Amérique en une nation de délinquants ?

Cette idée abstraite peut être clarifiée avec un exemple particulier.

Nous possédons tous des CDs. Beaucoup d'entre nous possèdent encore des disques vinyles. Ces morceaux de plastique encodent la musique que nous avons d'une certaine manière achetée. La loi protège notre droit d'acheter et de vendre ce plastique : je n'enfreins pas le copyright si je vends tous mes disques de classique à un magasin de disques d'occasion et si j'achète des disques de jazz pour les remplacer. Cette « utilisation » des enregistrements est libre.

Mais comme l'a montré l'engouement pour les MP3, il y a une autre utilisation des disques vinyles qui est effectivement libre. Parce que ces enregistrements étaient fabriqués sans technique de protection contre la copie, je suis « libre » de copier, ou « ripper », la musique de mes disques sur le disque dur d'un ordinateur. En effet, Apple Corporation est allée jusqu'à suggérer que la « liberté » était un droit : dans une série de publicités, Apple a approuvé les capacités des technologies numériques à « Ripper, Mélanger, Graver ».

Cette « utilisation » de mes enregistrements a certainement de la valeur. J'ai commencé une vaste opération chez moi de ripper tous mes CDs et ceux de ma femme, et de les stocker dans une archive. Puis, en utilisant iTunes d'Apple, ou un programme merveilleux appelé Andromeda, nous pourrons construire différentes playlists de notre musique : Bach, Baroque, Chansons d'Amour, Chansons d'Amour de *The Significant Others* — le potentiel est infini. Et en réduisant les coûts de mélange des listes de lecture, ces technologies aident à produire une créativité, avec des listes de lecture qui ont chacune, indépendamment des autres, une valeur intrinsèque. Des compilations de chanson sont des créations et ont une signification à leur manière.

Cette utilisation est permise par les médias non protégés — que ce soient les CDs ou des disques. Mais les médias non protégés permettent également le partage de fichier. Le partage de fichier menace (ou c'est ce que l'industrie du contenu croit) la possibilité pour les créateurs de tirer un juste revenu de leur créativité. Et donc, beaucoup commencent à expérimenter des technologies pour supprimer les médias non protégés. Ces technologies, par exemple, permettraient de créer des CDs qui ne pourraient pas être rippés. Ou elles pourraient permettre à des programmes espions d'identifier du contenu rippé sur les machines des gens.

Si ces technologies décollaient, alors la constitution d'une grande archive de votre propre musique deviendrait assez difficile. Vous pourriez fréquenter des cercles de hackers, et obtenir la technologie qui désactiverait les protections de ce contenu. Verser dans ces technologies est illégal, mais peut-être que cela ne vous dérange pas beaucoup. Dans tous les cas, pour la vaste majorité des gens, ces technologies de protection détruirait effectivement l'archivage des CDs. La technologie, en d'autres termes, nous forcerait tous à retourner dans le monde où, soit nous écouterions la musique en manipulant des morceaux de plastique, soit nous ferions partie d'un système de « gestion des droits numériques » particulièrement complexe.

Si le seul moyen de garantir aux artistes un revenu était d'éliminer la possi-

bilité de déplacer librement du contenu, alors ces technologies qui interfèrent avec la liberté de déplacer du contenu seraient justifiables. Et si néanmoins il y avait un autre moyen de garantir que les artistes soient payés, sans verrouiller tout contenu ? Et si, en d'autres termes, un système différent pouvait garantir la rémunération des artistes tout en préservant également la liberté de déplacer du contenu facilement ?

Je ne vais pas chercher maintenant à prouver qu'il existe un tel système. Je propose une version d'un tel système dans le dernier chapitre de ce livre. Pour le moment, le seul sujet est celui-ci, relativement non controversé : si un système différent atteignait les mêmes objectifs légitimes que le système de copyright existant, mais laissait les consommateurs et les créateurs bien plus libres, alors nous aurions une très bonne raison de suivre cette alternative — à savoir, la liberté. Le choix, en d'autres termes, ne serait pas entre la propriété et le piratage ; le choix serait entre différents systèmes de propriété et les libertés que chacun permettrait.

Je crois qu'il existe un moyen d'assurer que les artistes soient payés sans changer quarante-trois millions d'américains en délinquants. Mais l'aspect saillant de cette alternative est que cela conduirait à un marché de production et de distribution de la créativité très différent. Les quelques dominants, qui contrôlent aujourd'hui la vaste majorité de la distribution de contenu dans le monde, n'exerceraient plus ce contrôle extrême. Au lieu de cela, ils finiraient comme les calèches.

A ceci près que les fabricants de calèches actuels ont déjà sellé le Congrès, et chevauchent la loi pour se protéger contre cette nouvelle forme de concurrence. Pour eux, le choix est entre quarante-trois millions d'américains à considérer comme des criminels et leur propre survie.

On peut comprendre pourquoi ils choisissent de faire ainsi. On ne peut pas comprendre pourquoi nous, en tant que démocratie, continuons à faire ainsi. Jack Valenti est charmant ; mais pas si charmant quand il justifie l'abandon d'une tradition aussi profonde et importante que notre tradition d'avoir une culture libre.

**Il y a un** aspect supplémentaire de cette corruption, particulièrement important pour les libertés civiles, et qui découle directement de toute guerre de prohibition. Comme l'explique Fred von Lohmann, l'avocat de l'Electronic Frontier Foundation, c'est le « dommage collatéral » qui « survient à chaque fois que vous changez un très grand pourcentage de la population en criminels ». C'est le dommage collatéral sur les libertés civiles en général.

« Si vous pouvez traiter quelqu'un comme un hors-la-loi présumé », explique von Lohmann,

alors tout d'un coup de nombreuses protections fondamentales de la liberté civile s'évaporent à un degré ou à un autre. [...] Si vous êtes un contrevenant du copyright, comment pouvez-vous espérer avoir de quelconques droits à la vie privée ? Si vous êtes un contrevenant du copyright, comment pouvez-vous espérer être en sécurité contre des saisies de votre ordinateur ? Comment pouvez-vous espérer continuer à recevoir l'accès à Internet ? [...] Nos sensibilités changent aussitôt que nous pensons : « Oh, bon,

mais cette personne est un criminel, un hors-la-loi ». Et bien, ce que cette campagne contre le partage de fichier a fait, c'est transformer un pourcentage remarquable des internautes américains en « hors-la-loi ».

Et la conséquence de cette transformation du public américain en criminels est qu'il devient banal, au regard du traitement attendu, d'effacer effectivement une grande partie de la vie privée à laquelle la plupart prétendent.

Les internautes ont commencé à voir cela généralement en 2003 lorsque la RIAA lança sa campagne pour forcer les fournisseurs d'accès à Internet à révéler les noms des clients que la RIAA croyait coupable d'enfreindre la loi sur le copyright. Verizon lutta contre cette demande et perdit. Avec une simple demande à un juge, et sans aucune injonction donnée au client, l'identité d'un internaute serait désormais révélée.

La RIAA étendit ensuite cette campagne, en annonçant une stratégie générale pour poursuivre des internautes présumés coupables d'avoir téléchargé de la musique sous copyright à partir de systèmes de partage de fichiers. Mais comme nous l'avons vu, les dédommages potentiels de ces poursuites sont astronomiques : si un ordinateur familial est utilisé pour télécharger la valeur d'un CD de musique, la famille s'expose à une amende de 2 millions de dollars en dommages et intérêts. Cela n'a pas empêché la RIAA de poursuivre un certain nombre de ces familles, tout comme elle avait poursuivi Jesse Jordan<sup>176</sup>.

Même ceci sous-estime l'espionnage mené actuellement par la RIAA. Un rapport de CNN à la fin de l'été dernier décrivait une stratégie adoptée par la RIAA pour traquer les utilisateurs de Napster<sup>177</sup>. En utilisant un algorithme de hachage sophistiqué, la RIAA prenait ce qui est en fait une signature de chaque chanson dans le catalogue de Napster. Toute copie d'un de ces MP3s aura la même « signature ».

Alors imaginez le scénario suivant, tout à fait plausible : imaginez qu'un ami donne un CD à votre fille — une collection de chansons tout comme les cassettes que vous faisiez étant enfant. Vous ne savez pas, et votre fille non plus, d'où viennent ces chansons. Mais elle les copie sur son ordinateur. Puis elle emmène son ordinateur au lycée et le connecte au réseau de l'université, et si le réseau informatique de l'université « collabore » avec l'espionnage de la RIAA, et qu'elle n'a pas correctement protégé son contenu du réseau (savez-vous faire cela vous-même ?), alors la RIAA pourra détecter votre fille comme étant une « criminelle ». Et d'après le règlement que les universités commencent à appliquer<sup>178</sup>, votre fille peut perdre le droit d'utiliser le réseau informatique de l'université. Elle peut, dans certains cas, être renvoyée.

Maintenant, bien sûr, elle aura le droit de se défendre. Vous pouvez lui prendre un avocat (à 300 \$ de l'heure, si vous avez de la chance), et elle peut plaider qu'elle ne savait rien sur l'origine des chansons, ou du fait qu'elle venaient de Napster. Il se peut très bien que l'université la croit. Mais l'université pourrait ne pas la croire. Elle pourrait traiter cette « contrebande » avec une présomption de culpabilité. Et comme l'ont déjà appris un certain nombre d'étudiants, la présomption d'innocence disparaît au milieu des guerres de prohibition. Cette guerre n'est pas différente. Comme le dit von Lohmann,

Donc quand nous parlons de nombres comme quarante ou soixante millions d'américains considérés comme étant essentiellement des violeurs de copyright, vous créez une situation où les libertés civiles de ces personnes sont d'une manière générale grandement en péril. Je ne pense pas qu'il existe une quelconque analogie où vous pourriez choisir une personne au hasard dans la rue et être convaincu qu'elle a commis un acte illégal qui pourrait la mettre au pilori par d'éventuelles poursuites au pénal pour crime, ou par une amende de centaines de millions de dollars à payer au civil. Bien sûr nous roulons tous trop vite, mais rouler vite n'est pas le genre d'acte pour lequel nous perdons régulièrement des libertés civiles. Certaines personnes prennent de la drogue, et je pense que c'est l'analogie la plus proche, mais de nombreuses personnes ont noté que la guerre contre la drogue a érodé toutes nos libertés civiles parce qu'elle a traité tant d'américains comme des criminels. Et bien, je pense qu'il est juste de dire que le partage de fichiers est, en nombre d'américains, à un ordre de magnitude plus grand que la prise de drogue. [...] Si quarante à soixante millions d'américains sont devenus des hors-la-loi, alors nous sommes vraiment sur une pente glissante qui mènera à la perte de beaucoup de libertés civiles pour chacun de ces quarante à soixante millions d'individus.

Quand quarante à soixante millions d'américains sont considérés comme « criminels » par la loi, et quand la loi pourrait atteindre le même objectif — sécuriser les droits des auteurs — sans considérer ces millions d'individus comme « criminels », qui est le méchant ? Les américains ou la loi ? Qu'est-ce qui est américain, une guerre constante contre notre peuple ou un effort concerté par voie démocratique pour changer notre loi ?

# Quatrième partie

# Équilibres



**Voici la scène :** Vous êtes debout au bord de la route. Votre voiture a pris feu. Vous êtes énervé et en colère parce que vous êtes en partie responsable de l'incendie. Et maintenant vous ne savez pas comment l'éteindre. Près de vous se trouve un seau rempli d'essence. Évidemment, ce n'est pas avec de l'essence que vous allez l'éteindre.

Alors que vous êtes en train de réfléchir, quelqu'un arrive. Paniquée, elle s'empare du seau. Avant que vous n'ayez pu lui dire d'arrêter (ou avant qu'elle n'ait pu comprendre pourquoi arrêter) le seau vole en l'air. L'essence est sur le point de toucher la voiture en flammes. Et elle est sur le point de mettre le feu à tout ce qui se trouve autour.

**Une guerre** du copyright fait rage autour de nous, et nous nous occupons d'un faux problème. Sans doute, les technologies actuelles menacent certaines entreprises. Aucun doute qu'elles menacent aussi certains artistes. Mais les technologies changent. Les industries et les ingénieurs ont beaucoup de moyens d'utiliser la technologie pour se protéger des menaces engendrées par Internet. C'est un feu qui, livré à lui-même, s'éteindrait tout seul.

Cependant nos décideurs ne veulent pas laisser ce feu tout seul. Les poches pleines de l'argent des lobbyistes, ils sont décidés à intervenir pour éliminer le problème qu'ils perçoivent. Mais le problème qu'ils perçoivent n'est pas la véritable menace qui pèse sur notre culture. Car pendant que nous regardons ce petit feu dans un coin de la scène, un changement massif est en train de se produire partout ailleurs, dans la manière dont la culture est produite.

D'une manière ou d'une autre, nous devons trouver un moyen de tourner notre attention vers ce problème plus important et plus fondamental. Nous devons trouver un moyen d'éviter de répandre de l'essence sur ce feu.

Nous n'avons pas encore trouvé ce moyen. Au lieu de quoi nous semblons enfermés dans un point de vue simple et binaire. Quel que soit le nombre de gens qui essaient d'ouvrir ce débat, c'est le point de vue simple et binaire qui l'emporte. Nous nous retournons pour contempler le feu quand nous devrions garder les yeux sur la route.

J'ai consacré mon existence à ce défi pendant les dernières années. Cela a aussi été un échec. Dans les deux chapitres qui suivent, je décris quelques-uns de mes efforts, jusqu'ici sans succès, pour trouver un moyen de recentrer le débat. Nous devons comprendre ces échecs si nous voulons comprendre comment gagner.



## Eldred

En 1995, un père était frustré que ses filles semblent ne pas apprécier Hawthorne. Nul doute qu'il y avait plus d'un père dans cette situation, mais au moins l'un d'entre eux tenta d'y changer quelque chose. Eric Eldred, un programmeur à la retraite qui vivait dans le New Hampshire, décida de mettre Hawthorne sur le web. Une version électronique, pensa Eldred, avec des liens vers des images et des textes explicatifs, ressusciterait l'œuvre de cet auteur du dix-neuvième siècle.

Cela ne marcha pas — du moins pour ses filles. Elles ne trouvèrent pas Hawthorne plus intéressant qu'avant. Mais l'expérience d'Eldred donna naissance à un hobby, et ce hobby engendra une vocation : Eldred allait construire une bibliothèque d'œuvres du domaine public, en scannant ces œuvres et en les mettant gratuitement à la disposition de tous.

La bibliothèque d'Eldred n'était pas simplement une copie de certaines œuvres du domaine public, quoique même une copie eût été d'une grande valeur pour les gens de par le monde qui ne peuvent pas accéder aux versions imprimées de ces œuvres. Au lieu de cela, Eldred produisait des œuvres dérivées de ces œuvres du domaine public. Tout comme Disney changea Grimm en histoires plus accessibles au vingtième siècle, Eldred transforma Hawthorne, et de nombreux autres, en une forme plus accessible — techniquement accessible — aujourd'hui.

La liberté d'Eldred de faire ça avec l'œuvre d'Hawthorne est issue de la même source que celle de Disney. *Scarlet Letter* d'Hawthorne est passé dans le domaine public en 1907. Il était donc libre d'accès pour quiconque, sans besoin de la permission des héritiers de Hawthorne ou de qui que ce soit d'autre. Certains, comme Dover Press et Penguin Classics, prennent des œuvres du domaine public et produisent des éditions imprimées, qu'ils vendent en librairie partout dans le pays. D'autres, comme Disney, prennent ces histoires et les changent en dessins animés, parfois avec succès (*Cendrillon*), parfois sans (*Notre-Dame de Paris*, *La Planète au Trésor*). Ce sont toutes des publications commerciales d'œuvres du domaine public.

Internet a créé la possibilité de faire des publications non commerciales des œuvres du domaine public. Celle d'Eldred n'est qu'un exemple. Il y en a littéralement des milliers d'autres. Des centaines de milliers de personnes de par le monde ont découvert cette plateforme d'expression et l'utilisent maintenant pour partager des œuvres qui sont, aux yeux de la loi, d'accès libre et gratuit. Cela a produit ce que nous pourrions appeler une « industrie non commerciale de publication », qui, avant Internet, était limitée aux gens avec

un grand ego ou avec une cause politique ou sociale. Mais avec Internet, cela comprend une population très diverse et des groupes dévoués à la diffusion de la culture en général<sup>179</sup>.

Comme je l'ai dit, Eldred habite dans le New Hampshire. En 1998, la collection de poèmes de Robert Frost, *New Hampshire*, était promise au passage dans le domaine public. Eldred voulait publier cette collection dans sa bibliothèque publique gratuite. Mais le Congrès s'interposa. Comme je l'ai décrit dans le chapitre 10 (p. 103), en 1998, pour la onzième fois en quarante ans, le Congrès prolongea la durée des copyrights existants — cette fois de vingt ans. Eldred devrait attendre 2019 avant d'être libre d'ajouter à sa collection des œuvres créées après 1923. En effet, aucune œuvre sous copyright ne passerait dans le domaine public avant cette date (sauf si le Congrès prolonge à nouveau la durée). En comparaison, pendant la même période, plus de un million de brevets passeront dans le domaine public.

C'était le Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA) (NdT : Loi d'Extension du Délai de Copyright de Sonny Bono), édictée à la mémoire du membre du Congrès et ancien musicien Sonny Bono, qui, selon sa veuve, Mary Bono, croyait que « les copyright devraient durer pour toujours ».<sup>180</sup>

Eldred décida de se battre contre cette loi. Il s'y résolut d'abord par la désobéissance civile. Dans une série d'entretiens, Eldred annonça qu'il publierait comme prévu, malgré le CTEA. Mais à cause d'une deuxième loi passée en 1998, le NET (No Electronic Theft, Pas de Vol Électronique) Act, son acte de publication allait faire d'Eldred un criminel — que quelqu'un porte plainte ou non. C'était une stratégie dangereuse à entreprendre pour un programmeur invalide.

C'est à ce moment que je fus impliqué dans la bataille d'Eldred. J'étais un spécialiste de la constitution, dont la première passion était l'interprétation constitutionnelle. Et bien que les cours de droit constitutionnel ne se focalisent jamais sur la Clause de Progrès (Progress Clause), elle m'avait toujours frappé comme étant crucialement différente. Comme vous le savez, la Constitution dit :

Le Congrès a le pouvoir de promouvoir le Progrès de la Science [...] en sécurisant pour une Durée limitée aux Auteurs [...] un Droit exclusif sur leurs [...] Écrits.

Comme je l'ai décrit, cette clause est unique parmi la clauses d'allocation de pouvoir de la section 8 de l'Article I de notre Constitution. Toute autre clause conférant du pouvoir au Congrès dit simplement que le Congrès a le pouvoir de faire quelque chose — par exemple, de réglementer « le commerce parmi les divers États » ou de « déclarer la guerre ». Mais ici, le « quelque chose » est très particulier — de « promouvoir [...] le Progrès » — à travers des moyens également spécifiques — en « sécurisant » des « Droits exclusifs » (c'est-à-dire des copyrights) « pour une Durée limitée ».

Au cours des quarante dernières années, le Congrès a pris l'habitude de prolonger la durée existante de la protection du copyright. Ce qui m'a rendu perplexe dans cette pratique c'est que, si le Congrès a le pouvoir de prolonger les durées existantes, alors l'exigence de la Constitution que ces durées soient

« limitées » n'aura pas d'effet pratique. Si à chaque fois qu'un copyright est sur le point d'expirer le Congrès a le pouvoir de le prolonger, alors le Congrès peut réussir ce que la Constitution interdit clairement — la durée perpétuelle « par versements échelonnés », comme le dit si bien le Professeur Peter Jaszi.

En tant qu'universitaire, ma première réaction fut de me plonger dans les livres. Je me souviens être resté assis tard au bureau, fouillant des bases de données en ligne à la recherche de toute considération sérieuse sur la question. Personne n'avait jamais contesté la pratique du Congrès de prolonger les durées existantes. Cette lacune constitue peut-être en partie la raison pour laquelle le Congrès semblait si confortablement installé dans son habitude. Ceci, et aussi le fait que cette pratique est devenue si lucrative pour le Congrès. Le Congrès sait que les détenteurs de copyright seront disposés à payer des sommes considérables pour voir leurs durées de copyright prolongées. Et donc le Congrès est assez satisfait d'exploiter ce bon filon.

Car c'est le cœur de la corruption dans notre système actuel de gouvernement. « Corruption » non pas dans le sens où les représentants sont soudoyés. Plutôt, « corruption » dans le sens où le système incite les bénéficiaires des lois du Congrès à donner de l'argent au Congrès pour l'inciter à voter les lois. Le temps est limité ; et le Congrès ne peut pas tout faire. Pourquoi ne pas limiter ses actions aux choses à faire impérativement — et qui rapportent ? Prolonger la durée du copyright est très lucratif.

Si cela n'est pas évident pour vous, considérez la chose suivante : disons que vous êtes un des quelques très chanceux propriétaires d'un copyright qui continue à rapporter de l'argent cent ans après sa création. La succession de Robert Frost est un bon exemple. Frost est mort en 1963. Sa poésie continue à avoir une valeur extraordinaire. Ainsi les ayants droit de Robert Frost bénéficient grandement de toute prolongation du copyright, puisqu'aucun éditeur ne donnerait de l'argent aux ayants droit si les poèmes écrits par Frost pouvaient être édités par quiconque gratuitement.

Donc imaginez que l'ayant droit de Robert Frost gagne 100 000 dollars par an pour trois poèmes de Frost. Et imaginez que le copyright pour ces poèmes soit sur le point d'expirer. Vous siégez au comité qui gère l'héritage de Robert Frost. Votre conseiller financier vient à votre réunion du comité avec un rapport très morose :

« L'année prochaine », annonce le conseiller, « nos droits sur les œuvres A, B et C vont expirer. Cela signifie que l'année prochaine, nous ne recevrons plus le chèque annuel de droits d'auteur de 100 000 dollars des éditeurs de ces œuvres ».

« Il y a une proposition au Congrès, toutefois », continue-t-il, « qui pourrait changer ça. Quelques membres du Congrès ont émis un projet de loi pour prolonger la durée du copyright de vingt ans. Cette loi aurait une valeur extraordinaire pour nous. Donc nous devrions espérer que cette loi soit adoptée. »

« Espérer ? » dit un membre du comité. « Ne pouvons-nous pas y faire quelque chose ? »

« Eh bien, évidemment, oui », répond le conseiller. « Nous pourrions contribuer aux campagnes d'un certain nombre de représentants pour essayer de s'assurer de leur soutien au projet de loi. »

Vous détestez la politique. Vous détestez contribuer aux campagnes. Donc vous voulez savoir si cette pratique répugnante en vaut le coup. « Combien obtiendrions-nous si cette prolongation passait ? » demandez-vous au conseiller. « Combien vaut-elle ? »

« Et bien », dit le conseiller, « si vous êtes sûr que vous continuerez à obtenir au moins 100.000 dollars par an de ces copyrights, et que vous utilisez le “taux d’escompte” que nous utilisons pour évaluer les investissements de la succession (6 pour cent), alors cette loi vaudrait 1.146.000 dollars pour la succession. »

Vous êtes un peu choqué par ce montant, mais vous arrivez rapidement à la conclusion correcte :

« Donc vous dites que cela vaudrait le coup pour nous de payer plus de un million de dollars en contributions de campagne si nous étions sûrs que ces contributions feraient passer cette loi ? »

« Absolument », répond le conseiller. « Cela vaut le coup pour vous de contribuer jusqu’à la “valeur actualisée” du revenu que vous attendez de ces copyrights. Ce qui pour nous signifie plus d’un million de dollars. »

Vous voyez rapidement l’idée — vous, en tant que membre du comité et, j’espère, vous le lecteur. Chaque fois que les copyrights sont sur le point d’expirer, tout bénéficiaire dans la position des héritiers de Robert Frost est face au même choix : s’il peut contribuer à obtenir une loi qui prolonge le copyright, il bénéficiera grandement de cette prolongation. Et donc à chaque fois que les copyrights sont sur le point d’expirer, il y a une quantité massive de lobbying pour prolonger leur durée.

D’où une machine à mouvement perpétuel en direction du congrès : aussi longtemps que la législation pourra être achetée (bien qu’indirectement), il y aura toutes les motivations du monde à acheter davantage de prolongations de copyright.

Dans le lobbying qui a mené au vote du Sonny Bono Copyright Term Extension Act, cette « théorie » sur les motivations s’est avérée juste. Dix des trente représentants ayant soutenu la loi à la Chambre ont reçu la contribution maximale du comité d'action politique de Disney ; au sénat, huit des douze représentants ont reçu des contributions<sup>181</sup>. On estime que la RIAA et la MPAA ont dépensé plus de 1,5 million de dollars en lobbying dans le cycle électoral de 1998. Ils ont payé plus de 200.000 dollars en contributions de campagne<sup>182</sup>. On estime que Disney a contribué pour plus de 800.000 dollars aux campagnes de réélection du cycle de 1998<sup>183</sup>.

La loi constitutionnelle n’oublie pas les choses évidentes. Ou au moins, elle n’en a pas besoin. Donc quand j’examinais la plainte d’Eldred, cette réalité à propos des motivations sans fin pour augmenter la durée du copyright était centrale dans ma réflexion. De mon point de vue, un tribunal pragmatique, engagé à interpréter et appliquer la Constitution de nos concepteurs, verrait que si le Congrès a le pouvoir d’augmenter les durées existantes, alors il n’y aurait aucune exigence constitutionnelle effective que ces durées soient « limitées ». S’ils pouvaient le faire une fois, ils le feraient à nouveau, encore et encore.

C’était également mon avis que *cette Cour Suprême* ne permettrait pas au

Congrès de prolonger les durées existantes. Comme le sait toute personne proche de la Cour Suprême, cette Cour a de plus en plus restreint le pouvoir du Congrès quand elle a vu que les actions du Congrès excédaient le pouvoir accordé par la Constitution. Pour les spécialistes constitutionnels, l'exemple le plus célèbre de cette tendance est la décision de la Cour Suprême prise en 1995 de faire tomber une loi qui interdisait la possession d'armes près des écoles.

Depuis 1937, la Cour Suprême a fait une interprétation très étendue des pouvoirs accordés au Congrès ; donc, tandis que la constitution accorde au Congrès le pouvoir de ne réglementer que le « commerce entre les différents états » (aussi appelé « commerce inter-état »), la Cour Suprême a interprété ce pouvoir comme incluant le pouvoir de réglementer toute activité qui touche simplement le commerce entre états.

Alors que l'économie grandissait, ce standard signifiait de plus en plus qu'il n'y avait pas de limite au pouvoir de réglementation du Congrès, étant donné que quasiment toute activité, considérée à l'échelle nationale, affecte le commerce entre états. Une Constitution conçue pour limiter le pouvoir du Congrès était à la place interprétée comme n'imposant aucune limite.

La cour suprême, sous la présidence du juge Rehnquist, changea ça au procès *États-Unis contre Lopez*. Le gouvernement avait affirmé que posséder des armes près des écoles affectait le commerce entre états. Les armes près des écoles augmentent le crime, le crime fait baisser la valeur immobilière, et ainsi de suite. Dans sa plaidoirie, le président de la Cour demanda au gouvernement si avec un tel raisonnement il y avait quelque activité qui pourrait ne pas affecter le commerce entre états. Le gouvernement dit qu'il n'y en avait pas ; si le Congrès dit qu'une activité affecte le commerce entre états, alors cette activité affecte le commerce entre états. Selon le gouvernement, la Cour Suprême n'était pas en position de remettre en question le Congrès.

« Nous marquons une pause pour examiner les implications des arguments du gouvernement », écrit le président de la Cour<sup>184</sup>. Si le Congrès pouvait à sa guise considérer que n'importe quel sujet concerne le commerce entre état, alors il n'y aurait aucune limite au pouvoir du Congrès. Cette décision dans *Lopez* fut réaffirmée cinq ans plus tard dans *États-Unis contre Morrison*<sup>185</sup>.

Si un principe est applicable ici, alors il devrait s'appliquer à la Clause de Progrès autant qu'à la Clause de Commerce<sup>186</sup>. Et s'il est appliqué à la Clause de Progrès, cela devrait mener à la conclusion que le Congrès ne peut pas étendre une durée existante. Si le Congrès pouvait étendre une durée existante, alors il n'y aurait pas de « point d'arrêt » à son pouvoir sur les durées, alors que la Constitution établit expressément qu'une telle limite existe. Ainsi, le même principe appliqué au pouvoir d'accorder des copyrights devrait impliquer que le Congrès n'a pas le droit de prolonger la durée des copyrights existants.

Si, pour ainsi dire, le principe annoncé dans *Lopez* représentait un principe. Beaucoup crurent que la décision dans *Lopez* était une manœuvre politique — une Cour Suprême conservatrice, qui croyait dans les droits des états, utilisant son pouvoir sur le Congrès pour mettre en avant ses propres préfé-

rences politiques personnelles. Mais j'ai rejeté ce point de vue sur la décision de la Cour Suprême. En effet, peu après la décision, j'ai écrit un article démontrant que cette décision était « fidèle » à l'esprit de la Constitution. L'idée que la Cour Suprême fonde ses décisions sur des calculs politiques m'a paru extraordinairement ennuyeuse. Je n'allais pas dévouer ma vie à enseigner la loi constitutionnelle si ces neuf juges se comportaient en petits politiciens.

**Faisons maintenant une pause** pendant un instant pour être sûr de bien comprendre quelle argumentation ne s'applique pas à l'affaire *Eldred*. En insistant sur les limites de la Constitution sur le copyright, Eldred ne cautionnait évidemment pas le piratage. En effet, à l'évidence, il combattait une sorte de piratage — le piratage du domaine public. Quand Robert Frost écrivit son œuvre et quand Walt Disney créa Mickey Mouse, la durée maximale du copyright était de seulement cinquante-six ans. À cause de changements dans l'intervalle, Frost et Disney avaient déjà bénéficié d'un monopole de soixantequinze ans sur leur œuvre. Ils avaient profité du marché que la Constitution imagine : en échange d'un monopole protégé pendant cinquante-six ans, ils créaient de nouvelles œuvres. Mais maintenant ces entités utilisaient leur pouvoir — par l'argent des lobbyistes — pour avoir vingt ans de plus de monopole. Ce morceau de vingt ans était pris du domaine public. Eric Eldred combattait un piratage qui nous concerne tous.

Certaines personnes voient le domaine public avec mépris. Dans leur dossier devant la Cour Suprême, la Nashville Songwriters Association écrivit que le domaine public n'était rien d'autre que du « piratage légal »<sup>187</sup>. Mais ce n'est pas du piratage quand la loi l'autorise ; et dans notre système constitutionnel, la loi l'exige. Certains peuvent ne pas apprécier les exigences de la Constitution, mais cela n'en fait pas une charte de pirate.

Comme nous l'avons vu, notre système constitutionnel impose des limites aux copyrights afin de garantir que leurs propriétaires n'influencent par trop lourdement le développement et la distribution de notre culture. Pourtant, comme l'a découvert Eric Eldred, nous avons installé un système qui garantit que la durée des copyrights sera constamment prolongée. Nous avons créé là un scénario catastrophe pour le domaine public. Les copyrights n'ont pas expiré, et n'expireront pas, aussi longtemps que le Congrès est libre d'être acheté pour les prolonger à nouveau.

**Ce sont les copyrights de valeur** qui sont responsables de l'allongement de la durée. Mickey Mouse et « Rhapsody in Blue ». Ces œuvres ont trop de valeur pour que les détenteurs de copyright les lâchent. Mais le vrai préjudice à notre société de ces prolongations de copyright n'est pas que Mickey Mouse reste à Disney. Oubliez Mickey Mouse. Oubliez Robert Frost. Oubliez toutes les œuvres des années 1920 et 1930 qui continuent à avoir une valeur commerciale. Le vrai préjudice ne vient pas de ces œuvres célèbres. Le vrai préjudice touche les œuvres qui ne sont pas célèbres, pas commercialisées, et qui en conséquence ne sont plus disponibles.

Si vous regardez les œuvres créées dans les vingt premières années (de 1923 à 1942) concernées par le Sonny Bono Copyright Term Extension Act, deux pour cent de ces œuvres continuent à avoir une quelconque valeur commerciale. Ce sont les propriétaires de copyright de ces deux pour cent qui ont

fait passer le CTEA. Mais la loi et ses effets ne se sont pas limités à ces deux pour cent. La loi a prolongé la durée du copyright de façon générale<sup>188</sup>.

Pensez aux conséquences pratiques de cette extension — concrètement, comme un homme d'affaire, pas comme un avocat désireux d'avoir plus de travail juridique. En 1930, 10.047 livres ont été publiés. En 2000, 174 d'entre eux étaient encore imprimés. Imaginons que vous êtes Brewster Kahle, et que vous vouliez rendre disponible au monde dans votre projet iArchive les 9.873 livres restants. Qu'auriez-vous à faire ?

Et bien, tout d'abord, vous auriez à déterminer lesquels de ces 9.873 livres sont encore sous copyright. Cela nécessiterait d'aller dans une bibliothèque (ces données ne sont pas en ligne) et de tourner les pages de nombreux tomes, à faire les vérifications croisées des titres et des auteurs des 9.873 livres avec le registre du copyright, et les enregistrements de renouvellement des œuvres publiées en 1930. Cela produira une liste de livres encore sous copyright.

Puis pour les livres encore sous copyright, vous auriez besoin de localiser les propriétaires actuels du copyright. Comment feriez-vous cela ?

La plupart des gens pensent qu'il doit y avoir une liste de ces propriétaires de copyright quelque part. Les gens pragmatiques pensent ainsi. Comment pourrait-il y avoir des milliers et des milliers de monopoles gouvernementaux sans qu'il y ait au moins une liste ?

Mais il n'y a pas de liste. Il y a peut-être un nom en 1930, et puis en 1959, de la personne qui a enregistré le copyright. Mais imaginez simplement la difficulté, en pratique insurmontable, de retrouver des milliers de tels enregistrements — d'autant plus que la personne enregistrée n'est pas forcément le propriétaire actuel. Et nous ne parlons que de 1930 !

« Mais il n'y a pas une liste générale des propriétaires », répondent les apologistes du système. « Pourquoi devrait-il y en avoir une des propriétaires de copyright ? »

Eh bien, en fait, si vous y réfléchissez, il y a de nombreuses listes de qui possède quelle propriété. Pensez aux actes de vente dans l'immobilier, ou aux titres de propriété sur les voitures. Et quand bien même il n'y aurait pas de liste, les conventions de l'espace physique sont assez bonnes pour suggérer qui est le propriétaire d'une partie de propriété. (Une balançoire installée dans votre jardin est probablement à vous.) Donc formellement ou de façon informelle, nous avons un moyen plutôt bon de dire qui possède quelle propriété tangible.

Donc : vous marchez dans la rue et vous voyez une maison. Vous pouvez savoir qui possède cette maison en regardant dans le registre du palais de justice. Si vous voyez une voiture, il y a habituellement une plaque d'immatriculation qui fera le lien avec le propriétaire de la voiture. Si vous voyez un tas de jouets d'enfants devant la pelouse d'une maison, il est assez facile de déterminer qui possède les jouets. Et s'il nous arrive de voir une balle de baseball traîner dans un caniveau sur le côté de la route, cherchez du regard un peu autour de vous des enfants jouant à la balle. Si vous ne voyez pas d'enfant, alors d'accord : voici un morceau de propriété dont il n'est pas facile de déterminer le propriétaire. C'est l'exception qui confirme la règle : que d'ordinaire nous savons assez bien qui possède quelle propriété.

Comparez cette histoire à la propriété intangible. Vous allez dans une bibliothèque. La bibliothèque possède les livres. Mais qui possède les copyrights ? Comme décrit précédemment, il n'existe pas de liste de propriétaires de copyright. Il y a les noms des auteurs, bien sûr, mais leurs copyrights peuvent être assignés, ou passés à un héritier comme les vieux bijoux de Grand-Mère. Pour savoir qui possède quoi, il vous faudrait embaucher un détective privé. Au bout du compte : le propriétaire ne peut pas être facilement localisé. Et dans un régime comme le nôtre, dans lequel utiliser une propriété sans la permission du propriétaire est un délit, la propriété ne va tout bonnement pas être utilisée.

La conséquence par rapport aux vieux livres est qu'ils ne vont pas être numérisés, et ainsi ils vont simplement disparaître en pourriant sur les étagères. Mais la conséquence pour d'autres œuvres de création est bien plus affreuse.

Considérez l'histoire de Michael Agee, président de Hal Roach Studios, qui possède les copyrights des films de Laurel et Hardy. Agee est un bénéficiaire direct du Bono Act. Les films de Laurel et Hardy ont été faits entre 1921 et 1951. Seul un de ces films, *The Lucky Dog*, est actuellement hors copyright. Mais sans le CTEA, les films réalisés après 1923 auraient commencé à entrer dans le domaine public. Parce que Agee contrôle les droits exclusifs de ces films populaires, il se fait beaucoup d'argent. D'après une estimation, « Roach a vendu environ 60.000 cassettes vidéos et 50.000 DVDs des films muets du duo »<sup>189</sup>.

Et pourtant Agee s'est opposé au CTEA. Son raisonnement démontre une vertu rare dans cette culture : l'altruisme. Il argumenta dans un dossier devant la Cour Suprême que le Sonny Bono Copyright Term Extension Act, s'il était maintenu, détruirait tout une génération de cinéma américain.

Son argument est direct. Une minuscule fraction de cette œuvre continue à avoir une quelconque valeur commerciale. Le reste — dans la mesure qu'il survive — reste dans des coffres à ramasser de la poussière. Il se peut que certaines de ces œuvres actuellement sans valeur commerciale soient considérées dans le futur par les propriétaires des coffres comme ayant de la valeur. Pour que cela arrive, toutefois, il faut que le bénéfice commercial de l'œuvre excède les coûts de fabrication pour sa distribution.

On ne sait pas se prononcer sur les bénéfices, mais on en connaît beaucoup sur les coûts. Dans la majeure partie de l'histoire du cinéma, les coûts de restauration d'un film étaient très élevés ; les technologies numériques ont considérablement baissé ces coûts. Alors que la restauration d'un film en noir et blanc de quatre-vingt-dix minutes coûtait plus de 10.000 dollars en 1933, cela ne coûte maintenant que 100 dollars pour numériser une heure d'un film de 8 mm<sup>190</sup>.

La technologie de restauration n'est pas le seul coût, ni le plus important. Les avocats, aussi, sont un coût, un coût très important et en croissance. En plus de préserver le film, un distributeur a besoin de sécuriser les droits. Et pour sécuriser les droits d'un film sous copyright, vous avez besoin de localiser le propriétaire du copyright.

Ou plus précisément, *les propriétaires*. Comme nous l'avons vu, il n'y a pas

seulement un seul copyright associé à un film ; il y en a beaucoup. Il n'y a pas une unique personne que vous pouvez contacter pour ces copyrights ; il y en a autant que de propriétaires de droits, ce qui s'avère être un nombre très grand. Ainsi les coûts pour acquitter les droits de ces films sont exceptionnellement élevés.

« Mais ne pouvez-vous pas juste restaurer le film, le distribuer, et ensuite payer la propriétaire du copyright quand elle se présente ? » Bien sûr, si vous voulez commettre un délit. Et même si commettre un délit vous est égal, quand elle se présentera, elle aura le droit de vous poursuivre pour tout le profit que vous avez fait. Donc, si le film est un succès, vous pouvez être sûr que vous aurez un coup de fil de l'avocat de quelqu'un d'autre. Et si le film ne marche pas, vous ne pourrez même pas couvrir les frais de votre propre avocat. Dans tous les cas, vous devez parler à un avocat. Et comme c'est trop souvent le cas, dire que vous devez parler à un avocat est pareil que dire que vous ne gagnerez pas assez d'argent.

Pour certains films, le bénéfice de sortir le film peut bien excéder ces coûts. Mais dans la grande majorité des cas, les bénéfices ne peuvent pas l'emporter sur les coûts légaux. Ainsi, pour la vaste majorité des vieux films, argumenta Agee, le film ne sera pas restauré et distribué jusqu'à ce que le copyright expire.

Mais d'ici à ce que le copyright de ces films expire, le film aura disparu. Ces films ont été produits à base de nitrate, et le nitrate se dissout au fil du temps. Ils seront partis, et la cartouche de métal dans laquelle ils sont maintenant rangés sera remplie avec rien d'autre que de la poussière.

**De toutes** les œuvres de création produites par des humains où que ce soit, une minuscule fraction a toujours une valeur commerciale. Pour cette minuscule fraction, le copyright est un système légal d'une importance cruciale. Pour cette minuscule fraction, le copyright crée des motivations pour produire et distribuer cette œuvre. Pour cette minuscule fraction, le copyright agit comme un « moteur d'expression libre ».

Mais même pour cette minuscule fraction, la véritable durée pendant laquelle l'œuvre de création a une vie commerciale est extrêmement courte. Comme je l'ai indiqué, la plupart des livres imprimés sont épuisés en une année. La même chose est vraie pour la musique et le cinéma. La culture commerciale est comme un requin. Elle doit toujours être en mouvement. Et quand une œuvre de création tombe en disgrâce des distributeurs commerciaux, la vie commerciale s'achève.

Cela ne veut toutefois pas dire que la vie de l'œuvre s'achève. Nous ne gardons pas des bibliothèques pour faire de la concurrence à Barnes & Noble, et nous n'avons pas des archives de films parce que nous nous attendons à ce que les gens choisissent entre passer le vendredi soir à regarder des films nouveaux et passer le vendredi soir à regarder un documentaire d'actualités de 1930. La vie non commerciale de la culture est importante et a de la valeur — pour le divertissement mais aussi, et surtout, pour le savoir. Pour comprendre qui nous sommes, et d'où nous venons, et comprendre nos erreurs et leur origine, nous avons besoin d'avoir accès à cette histoire.

Dans ce contexte, les copyrights ne favorisent pas un moteur d'expression

libre. Dans ce contexte, il n'y a pas besoin d'un droit exclusif, et les copyrights ont un effet négatif.

Pourtant, pendant la majeure partie de notre histoire, ils ont aussi causé peu de préjudice. Quand une œuvre avait fini sa vie commerciale, il n'y avait pas d'*utilisation liée au copyright* qui pouvait être interdite par un droit exclusif. Quand un livre était épuisé, vous ne pouviez pas l'acheter chez un éditeur. Mais vous pouviez toujours l'acheter dans une bouquinerie, et quand une bouquinerie le vend, il n'y a pas besoin de payer quelque chose au propriétaire du copyright, en Amérique tout du moins. Ainsi, l'usage ordinaire d'un livre après sa commercialisation n'était pas assujetti à la loi sur le copyright.

C'était aussi le cas pour le cinéma. Les coûts de restauration d'un film — les coûts économiques réels, pas les frais d'avocat — étaient si élevés, qu'il n'était pas du tout envisageable de préserver ni de restaurer un film. Comme les restes d'un grand dîner, quand c'est fini, c'est fini. Une fois qu'un film terminait sa vie commerciale, il peut avoir été archivé pendant un moment, mais c'était la fin de sa vie tant que le marché n'avait pas plus à offrir.

En d'autres termes, bien que le copyright ait été relativement court pendant la majeure partie de notre histoire, des copyrights longs n'auraient pas posé de problème aux œuvres ayant perdu leur valeur commerciale. L'existence de copyrights longs pour ces œuvres aurait été sans conséquence.

Mais la situation a maintenant changé.

Une conséquence d'une importance cruciale de l'émergence des technologies numériques est de permettre l'archivage dont Brewster Kahle rêve. Les technologies numériques rendent maintenant possible la préservation et l'accès à toute sorte de connaissance. Lorsqu'un livre est épuisé, nous pouvons imaginer le numériser et le rendre disponible à quiconque, pour toujours. Lorsqu'un film n'est plus distribué, nous pourrions le numériser et le rendre disponible à quiconque, pour toujours. Les technologies numériques donnent une nouvelle vie au matériel sous copyright une fois sa commercialisation terminée. Il est maintenant possible de préserver et d'assurer un accès universel à cette connaissance et culture, ce qui n'était pas le cas auparavant.

Et maintenant la loi du copyright s'interpose. Chaque étape de la production de cette archive numérique pour notre culture enfreint le droit exclusif du copyright. Numériser un livre, c'est le copier. Ce qui requiert la permission du propriétaire du copyright. Pareil pour la musique, les films, ou tout autre partie de notre culture protégée par copyright. Les efforts pour rendre ces choses disponibles aux historiens, ou aux chercheurs, ou à ceux qui veulent juste explorer, sont maintenant inhibés par un ensemble de règles initialement écrites pour un contexte radicalement différent.

Voici l'effet néfaste principal de l'allongement de la durée : maintenant que la technologie permet de reconstruire la bibliothèque d'Alexandrie, la loi s'interpose. Et elle ne s'interpose pas pour un but utile du copyright, comme de permettre au marché commercial de diffuser la culture. Non, nous parlons de culture après sa vie commerciale. Dans ce contexte, le copyright ne sert aucun but lié à la diffusion du savoir. Dans ce contexte, le copyright n'est pas un moteur d'expression libre. Le copyright est un frein.

Vous demanderez peut-être, « Mais si les technologies numériques

baisseront les coûts pour Brewster Kahle, alors elles baisseront les coûts pour les Éditions Machin, également. Donc, les Éditions Machin ne vont-ils pas faire aussi bien que Brewster Kahle dans la diffusion large de la culture ? » Peut-être. Un jour. Mais il n'y a absolument pas de preuve que les éditeurs seraient aussi complets que les bibliothèques. Si Barnes & Noble proposait le prêt à bas prix de ses livres en magasin, est-ce que cela éliminerait le besoin de bibliothèques ? Seulement si vous pensez que le seul rôle d'une bibliothèque est de servir la demande « du marché ». Mais si vous pensez que son rôle est plus important que cela — comme d'archiver la culture, qu'il y ait une demande ou non pour la partie archivée — alors nous ne pouvons pas compter sur le marché commercial pour faire le travail de bibliothécaire pour nous.

Je serais le premier d'accord pour qu'il en fasse le plus possible : nous devrions compter sur le marché autant que possible pour diffuser et rendre possible la culture. Mon message n'est absolument pas anti-marché. Mais là où nous voyons que le marché ne fait pas du bon travail, alors nous devrions accorder aux forces externes au marché la liberté de remplir les trous. Comme l'a calculé un chercheur pour la culture américaine, 94 pour cent des films, des livres et de la musique produits entre 1923 et 1946 n'est pas disponible commercialement. Aussi immoderé soit l'amour que l'on peut porter au marché, si l'accès aux œuvres est un de nos buts, y pourvoir à hauteur de 6 pour cent est un échec<sup>191</sup>.

**En janvier 1999**, nous avons engagé des poursuites au nom d'Eric Eldred au tribunal de district fédéral de Washington, D.C., en demandant au tribunal de déclarer le Sonny Bono Copyright Term Extension Act anticonstitutionnel. Les deux revendications centrales que nous fîmes étaient (1) qu'étendre la durée existante violait l'exigence de « durée limitée » de la Constitution et (2) qu'allonger la durée de vingt ans supplémentaires violait le Premier Amendement.

Le tribunal de district rejeta nos plaintes sans même entendre un argument. Un jury de la Cour d'Appel du Circuit de D.C. (NdT : un circuit est une division administrative d'un État) rejeta également nos plaintes, après cependant avoir entendu un argumentaire développé. Mais cette décision reçut au moins un avis contraire, celui d'un des juges les plus conservateurs de ce tribunal. Cet avis minoritaire donna vie à nos plaintes.

Le juge David Sentelle dit que le CTEA violait l'exigence que les copyrights soient seulement pour une « durée limitée ». Son argumentaire était aussi élégant que simple : si le Congrès peut prolonger la durée existante, alors il n'y a pas de « point d'arrêt » au pouvoir du Congrès sous la Clause du Copyright. Le pouvoir d'allonger des durées existantes signifie que le Congrès n'a pas l'obligation d'accorder des durées qui sont « limitées ». Ainsi, argumenta le juge Sentelle, le tribunal devait interpréter l'expression « durée limitée » pour lui donner du sens. Et la meilleure interprétation, argumenta le juge Sentelle, serait de priver le Congrès du pouvoir de prolonger la durée existante.

Nous avions demandé la Cour d'Appel du Circuit de D.C. en entier pour instruire l'affaire. D'ordinaire, les affaires sont instruites par un jury de trois, excepté pour les affaires importantes ou celles qui soulèvent des problèmes spécifiques au Circuit en entier, auquel cas le tribunal siège « en banc » pour

instruire l'affaire.

La Cour d'Appel rejeta notre demande d'instruire l'affaire en banc. Cette fois, le Juge Sentelle était rejoint par le membre le plus libéral du Circuit D.C., le Juge David Tatel. À la fois le juge le plus conservateur et le juge le plus libéral du Circuit D.C. croyaient que le Congrès avait dépassé ses limites.

C'était ici que la plupart s'attendaient à ce que l'affaire *Eldred contre Ashcroft* meure, car la Cour Suprême révise rarement une décision d'une cour d'appel. (Elle instruit environ cent affaires par an, sur plus de cinq cents appels.) Et elle ne révise pratiquement jamais une décision qui confirme une loi si aucun autre tribunal n'a déjà révisé la loi.

Mais en février 2002, la Cour Suprême a surpris le monde en répondant à notre pétition pour réviser le jugement du Circuit D.C. L'exposé était prévu pour octobre 2002. L'été serait consacré à l'écriture de dossiers et à préparer la plaiderie.

C'est terminé maintenant, un an plus tard alors que j'écris ces mots. C'est encore étonnamment difficile. Si vous savez quelque chose à propos de cette histoire, vous savez que nous avons perdu l'appel. Et si vous en savez un peu plus que le minimum, vous pensez probablement qu'il n'y avait aucune chance que l'affaire puisse être gagnée. Après notre défaite, j'ai reçu littéralement des milliers de missives de sympathisants et de soutiens, me remerciant pour mon travail au nom de cette cause noble mais vouée à l'échec. Et aucune de cette pile n'était plus important pour moi que le courriel de mon client, Eric Eldred.

Mais mon client et ces amis avaient tort. Cette affaire pouvait être gagnée. Elle aurait dû être gagnée. Et peu importe avec quelle insistance j'essaye de me raconter à nouveau cette histoire à moi-même, je ne peux pas m'empêcher de croire que c'est ma propre erreur qui a fait perdre cette affaire.

L'erreur a été faite tôt, bien qu'elle n'est devenue évidente qu'à la toute fin. Notre affaire a été soutenue depuis le tout début par un avocat extraordinaire, Geoffrey Stewart, et par le cabinet d'avocat qu'il a rejoint, Jones, Day, Reavis et Pogue. Jones Day ont encaissé une bonne quantité de mécontentement de la part de leurs clients protectionnistes du copyright pour nous avoir soutenu. Ils ont ignoré cette pression (quelque chose que peu de cabinets d'avocats feraient aujourd'hui), et tout au long de l'affaire, ils ont donné tout ce qu'ils pouvaient.

Il y avait trois avocats clés de Jones Day sur l'affaire. Geoff Stewart était le premier, mais ensuite Dan Bromberg et Don Ayer furent pas mal impliqués. Bromberg et Ayer en particulier avaient une vision commune sur comment l'affaire pouvait être gagnée : nous ne gagnerions, m'ont-ils continuellement dit, que si nous pouvions faire paraître le problème « important » aux yeux de la Cour Suprême. Ça devait apparaître comme une atteinte dramatique à la liberté d'expression et à la culture libre ; sinon, ils ne voteraien jamais contre « les plus puissants groupes de médias du monde ».

Je déteste cette vision de la loi. Bien sûr je pensais que le Sonny Bonno Act portait un préjudice dramatique à la liberté d'expression et à la culture libre. Bien sûr que je continue à le penser. Mais l'idée que la Cour Suprême décide de la loi en fonction de l'importance qu'elle porte aux problèmes est simplement fausse. Elle pourrait être « juste » dans le sens de « vraie », je pen-

sais, mais elle est « fausse » dans le sens de « cela ne devrait pas être ainsi ». Comme je croyais que toute interprétation fidèle de ce que les concepteurs de la Constitution ont fait mènerait à la conclusion que le CTEA était anticonstitutionnel, et comme je croyais que toute interprétation fidèle de ce que signifiait le Premier Amendement mènerait à la conclusion que le pouvoir d'allonger la durée existante du copyright est anticonstitutionnel, je n'étais pas persuadé que nous aurions à vendre notre affaire comme du savon. Tout comme une loi interdisant la swastika est anticonstitutionnelle, non pas parce que la Cour aime les Nazis, mais parce qu'une telle loi violerait la Constitution, alors également, à mes yeux, la Cour déciderait si la loi du Congrès était anticonstitutionnelle en se basant sur la Constitution, et non pas en fonction de leur appréciation des valeurs qu'elle contient.

Dans tous les cas, pensais-je, la Cour devait déjà voir le danger et le mal causé par cette sorte de loi. Pour quelle autre raison accorderaient-ils une révision ? Il n'y avait aucune raison d'entendre l'affaire à la Cour Suprême s'ils n'étaient pas convaincus que cette réglementation était nocive. Donc à mes yeux, nous n'avions pas besoin de les persuader que cette loi était mauvaise, nous avions besoin de montrer qu'elle était anticonstitutionnelle.

Il y avait un aspect, toutefois, où je sentais que la politique aurait son importance et pour lequel je pensais avoir trouvé une réponse. J'étais convaincu que la Cour n'entendrait pas nos arguments si elle pensait qu'ils ne venaient que d'une bande de gauchistes idiots. La Cour Suprême n'allait pas se lancer dans un nouveau champ de révision judiciaire s'il lui semblait que c'était simplement la préférence d'une petite minorité politique. Même si mon objectif dans l'affaire n'était pas de démontrer à quel point le Sonny Bono Act était mauvais mais de démontrer qu'il était anticonstitutionnel, j'espérais pouvoir établir mon argumentaire à partir de dossiers couvrant toute la gamme des points de vue politiques. Pour montrer que cette plainte contre le CTEA était bien établie sur la *loi* et non sur de la politique, donc, nous avons essayé de rassembler le spectre le plus large de critiques crédibles — crédibles non pas parce qu'elles étaient riches et célèbres, mais parce que, en synthèse, elles démontraient que cette loi était anticonstitutionnelle indépendamment de la tendance politique de chacun.

La première étape est arrivée d'elle-même. L'organisation de Phyllis Schlafly, Eagle Forum, a été un adversaire du CTEA dès le tout début. Mme Schlafly voyait le CTEA comme une trahison de la part du Congrès. En novembre 1998, elle écrivit un éditorial piquant qui attaquait le Congrès Républicain pour avoir permis à la loi de passer. Comme elle l'écrivit : « Vous demandez-vous parfois pourquoi les lois qui créent une aubaine financière à de intérêts particuliers spécifiques passent facilement à travers le tortueux processus législatif, alors que les lois qui bénéficient au bien public semblent s'embourber ? » La réponse, comme le documente l'éditorial, était le pouvoir de l'argent. Schlafly énuméra les contributions de Disney aux acteurs-clés des comités. C'était l'argent, et non pas la justice, qui donna à Disney vingt ans de plus sur le contrôle de Mickey Mouse, argumenta Schlafly.

À la cour d'appel, Eagle Forum était enthousiaste d'enregistrer un dossier soutenant notre position. Leur dossier constituait l'argument qui est devenu

la revendication centrale devant la Cour Suprême : si le Congrès peut étendre la durée existante du copyright, il n'y a pas de limite au pouvoir du Congrès à fixer la durée. Cet argument fortement conservateur persuada un juge fortement conservateur, le Juge Sentelle.

À la Cour Suprême, les dossiers de notre côté étaient aussi variés que possible. Ils incluaient un dossier extraordinairement historique de la Free Software Foundation (foyer du projet GNU qui a rendu possible GNU/Linux). Ils incluaient un dossier puissant sur les coûts de l'incertitude par Intel. Il y avait deux dossiers de professeurs de loi, un par des experts du copyright et un par des experts du Premier Amendement. Il y avait un dossier exhaustif et incontesté, fait par des experts mondiaux de l'histoire de la Clause de Progrès. Et bien sûr, il y avait un nouveau dossier par Eagle Forum, répétant et renforçant ses arguments.

Ces dossiers formulaient un argument légal. Puis, pour soutenir l'argument légal, il y avait un certain nombre de dossiers puissants issus de bibliothèques et d'archives, parmi lesquelles l'Internet Archive, la American Association of Law Libraries, et la National Writers Union.

Mais deux dossiers capturèrent au mieux l'argument politique. Un des deux fit l'argument que j'ai déjà décrit : un dossier de Hal Roach Studios affirmait qu'à moins que la loi soit enterrée, toute une génération de film américain disparaîtrait. L'autre rendit l'argument économique absolument clair.

Ce dossier d'économistes était signé par dix-sept économistes, parmi lesquels cinq Prix Nobel, parmi lesquels Ronald Coase, James Buchanan, Milton Friedman, Kenneth Arrow et George Akerlof. Les économistes, comme le démontre la liste des lauréats du Prix Nobel, s'étendaient sur tout le spectre politique. Leurs conclusions étaient puissantes : il n'y avait rien de plausible dans la revendication que l'allongement de la durée des copyrights existants favoriserait une quelconque augmentation des motivations à créer. De tels allongements n'étaient rien d'autre qu'une « recherche de rente » — le terme élégant que les économistes utilisent pour décrire une législation d'intérêt particulier hors de contrôle.

La même recherche d'équilibre se reflétait dans l'équipe juridique que nous avions rassemblée pour écrire nos dossiers dans l'affaire. Les avocats de Jones Day étaient avec nous depuis le début. Mais quand l'affaire s'est retrouvée devant la Cour Suprême, nous avons ajouté trois avocats pour nous aider à présenter l'argumentaire pour cette Cour : Alan Morrison, un avocat de Public Citizen, un groupe de Washington qui a contribué à l'histoire constitutionnelle avec une série de victoires marquantes à la Cour Suprême pour la défense des droits individuels ; ma collègue et doyenne, Kathleen Sullivan, qui a soutenu de nombreuses affaires à la Cour, et qui nous a conseillés dès le début sur une stratégie avec le Premier Amendement ; et finalement Charles Fried, ancien conseiller auprès du Ministre de la Justice.

Fried était une victoire particulière pour notre camp. Tous les autres anciens conseillers auprès du Ministre de la Justice étaient embauchés par l'autre camp pour défendre le pouvoir du Congrès de donner aux sociétés des médias la faveur spéciale d'une durée étendue de copyright. Fried était le seul qui avait décliné ce poste lucratif pour prendre la défense de quelque

chose auquel il croyait. Il avait été l'avocat en chef de Ronald Reagan à la Cour Suprême. Il a aidé à constituer la série d'affaires qui ont limité le pouvoir du Congrès dans le cadre de la Clause de Commerce. Et bien qu'il eut soutenu de nombreuses positions à la Cour Suprême avec lesquelles j'étais personnellement en désaccord, son ralliement à la cause était un vote de confiance pour notre argumentaire.

Le gouvernement, pour la défense de la loi, avait sa collection d'amis, également. De manière significative, cependant, aucun historien ou économiste ne figuraient parmi ces « amis ». Les dossiers dans l'autre camp de l'affaire étaient écrits exclusivement par des sociétés de média majeures, des députés, et des propriétaires de copyright.

Les sociétés de média n'étaient pas une surprise. Elles avaient le plus à gagner avec cette loi. Les députés n'étaient pas non plus une surprise — ils défendaient leur pouvoir et, indirectement, le filon des contributions que ce pouvoir induisait. Et bien sûr ce n'était pas surprenant que les détenteurs de copyright défendent l'idée qu'ils devraient continuer à avoir le droit de contrôler qui faisait quoi avec le contenu qu'ils voulaient contrôler.

Les représentants du Dr. Seuss, par exemple, soutinrent qu'il était mieux pour les successeurs du Dr. Seuss de contrôler ce qu'il arrivait à l'œuvre du Dr. Seuss — mieux que de permettre qu'elle tombe dans le domaine public — car si cette créativité était dans le domaine public, alors les gens pourraient l'utiliser pour « glorifier les drogues et créer de la pornographie »<sup>192</sup>. C'était également le motif des successeurs de Gershwin, qui défendaient leur « protection » de l'œuvre de George Gershwin. Ils refusent, par exemple, d'accorder un droit d'exploitation pour *Porgy and Bess* à quiconque qui refuse d'utiliser des Afro-Américains dans la distribution<sup>193</sup>. C'est leur vision de comment cette partie de la culture américaine devrait être contrôlée, et ils voulaient que cette loi les aide à effectuer ce contrôle.

Cet argument a rendu clair un sujet qui est peu relevé dans ce débat. Quand le Congrès décide de prolonger la durée des copyrights existants, le Congrès choisit quels porte-paroles elle va favoriser. Des détenteurs de copyrights célèbres et adorés, tels que les successeurs de Gershwin et du Dr. Seuss, viennent au Congrès et disent, « Donnez-vous vingt ans pour contrôler l'expression à propos de ces icônes de la culture américaine. Nous ferons mieux pour eux que n'importe qui d'autre ». Bien sûr le Congrès aime récompenser les gens populaires et célèbres en leur donnant ce qu'ils veulent. Mais lorsque le Congrès donne à des gens un droit exclusif de parler d'une certaine façon, c'est juste ce que le Premier Amendement est censé empêcher.

Nous avons argumenté de cette façon dans un dossier final. Non seulement maintenir le CTEA signifie qu'il n'y a pas de limite au pouvoir du Congrès d'étendre le copyright — allongements qui concentreraient davantage le marché ; cela voudrait également dire qu'il n'y avait pas de limite au Congrès de faire du favoritisme, à travers le copyright, avec qui a le droit de parler.

**Entre février** et octobre, je n'ai pas fait grand-chose hormis préparer le dossier. Dès le début, comme je l'ai dit, j'avais fixé la stratégie.

La Cour Suprême était divisée en deux camps importants. Un camp que

nous avons appelé « les Conservateurs ». L'autre, nous l'avons appelé « le Reste ». Parmi les Conservateurs figuraient le président de la Cour Rehnquist, le juge O'Connor, le juge Scalia, le juge Kennedy, et le juge Thomas. Ces cinq-là ont été les plus constants pour limiter le pouvoir du Congrès. C'étaient les cinq qui avaient soutenu la série d'affaires *Lopez/Morrison* qui disaient qu'une clause de pouvoir devait être interprétée pour garantir que les pouvoirs du Congrès aient des limites.

Les quatre juges qui s'étaient fortement opposés à la limitation du pouvoir du Congrès formaient le Reste. Ces quatre-là — le juge Stevens, le juge Souter, le juge Ginsburg et le juge Breyer — ont soutenu à plusieurs reprises que la Constitution donne au Congrès toute discrétion de décider comment mettre en œuvre au mieux ses pouvoirs. Affaire après affaire, ces juges ont soutenu que le rôle de la Cour devrait être un rôle de respect. Même si j'avais été personnellement le plus souvent d'accord avec les votes de ces quatre juges, c'étaient également les votes que nous avions le moins de chance d'obtenir.

En particulier, le moins probable était celui du juge Ginsburg. En plus de son point de vue général sur le respect du Congrès (excepté là où des problèmes de genre sexuel étaient impliqués), elle avait été particulièrement respectueuse des décisions du Congrès au sujet de la protection de la propriété intellectuelle. Elle et sa fille (une excellente et bien connue experte en propriété intellectuelle) étaient faites de la même étoffe concernant la propriété intellectuelle. Nous nous attendions à ce qu'elle soit d'accord avec les écrits de sa fille : que le Congrès avait le droit dans ce contexte de faire comme il le désirait, même si ce que le Congrès désirait avait peu de sens.

Juste derrière le juge Ginsburg, se trouvaient deux juges que nous considérions également comme des alliés improbables, malgré de possibles surprises. Le juge Souter était fortement en faveur du respect du Congrès, comme l'était le juge Breyer. Mais les deux étaient également très sensibles aux intérêts de la liberté d'expression. Et, comme nous le croyions fortement, il y avait un argument contre ces prolongations rétrospectives qui était très important pour la liberté d'expression.

Le seul vote en lequel nous pouvions avoir confiance était celui du juge Stevens. L'histoire se souviendra du juge Stevens comme un des meilleurs juges de cette Cour. Ses votes sont systématiquement éclectiques, ce qui signifie simplement qu'aucune idéologie simple n'explique ce qu'il défendra. Mais il avait systématiquement soutenu les limites concernant la propriété intellectuelle en général. Nous étions assez confiants qu'il reconnaîtrait les limites ici.

Cette analyse du « Reste » montrait très clairement où devait porter notre effort : sur les Conservateurs. Pour remporter l'affaire, nous avions à fracturer ces cinq-là et obtenir au moins une majorité pour tracer notre route. Ainsi, l'unique argument prédominant qui animait notre revendication reposait sur l'innovation jurisprudentielle la plus importante des Conservateurs — l'argument sur lequel s'est appuyé le juge Sentelle à la Cour d'Appel, à savoir que le pouvoir du Congrès doit être interprété afin que ses clauses de pouvoir aient des limites.

C'était donc là le cœur de notre stratégie — une stratégie dont je suis res-

ponsable. Nous amènerions la Cour à voir que tout comme avec l'affaire *Lopez*, sous l'argument du gouvernement ici, le Congrès aurait toujours le pouvoir illimité de prolonger des durées existantes. S'il y avait bien quelque chose de clair dans la Clause de Progrès, c'était que le pouvoir du Congrès était supposé être « limité ». Notre but était d'obtenir que la Cour réconcilie *Eldred* avec *Lopez* : si le pouvoir du Congrès de réglementer le commerce était limité, alors, également, le pouvoir du Congrès de réglementer le copyright devait être limité.

**L'argumentation** du côté du gouvernement se résumait à ceci : le Congrès l'a déjà fait auparavant. Il devrait être autorisé à le refaire. Le gouvernement affirmait que depuis le tout début, le Congrès prolonge la durée des copyrights existants. Donc, soutenait le gouvernement, la Cour ne devrait pas dire maintenant que cette pratique est anticonstitutionnelle.

Il y avait une part de vérité dans l'affirmation du gouvernement, mais pas beaucoup. Nous étions certainement d'accord que le Congrès a prolongé la durée existante en 1831 et en 1909. Et bien sûr, en 1962, le Congrès a commencé à prolonger régulièrement les durées existantes — onze fois en quarante ans.

Mais il faudrait relativiser cette « habitude ». Le Congrès a prolongé les durées existantes une fois dans les cent premières années de la République. Il l'a refait une fois les cinquante années suivantes. Ces rares prolongations contrastent avec la pratique désormais régulière de prolonger les durées existantes. Quel que soit la retenue que le Congrès a eu dans le passé, cette retenue avait maintenant disparu. Le Congrès était maintenant dans un cycle d'extensions ; il n'y avait pas de raison de s'attendre à ce que ce cycle s'arrête. Cette Cour n'avait pas hésité à intervenir dans le passé lorsque le Congrès était dans un cycle similaire de prolongation. Il n'y avait pas de raison qu'elle ne puisse pas intervenir ici.

**La plaidoirie** était prévue pour la première semaine d'octobre. Je suis arrivé dans le D.C. deux semaines avant la plaidoirie. Durant ces deux semaines, j'étais à plusieurs reprises « interrogé » par des avocats qui se sont portés volontaires pour aider dans cette affaire. De tels « interrogatoires » étaient simplement des rounds d'entraînement, où des aspirants juge bombardent de questions des aspirants vainqueurs.

J'étais convaincu que pour gagner, j'avais à garder la Cour concentrée sur une simple idée : que si cette extension était permise, alors il n'y aurait aucune limite au pouvoir de fixer les durées. Suivre le gouvernement signifierait que les durées seraient effectivement illimitées ; nous suivre donnerait au Congrès une ligne claire à suivre : ne prolongez pas les durées existantes. Les interrogatoires étaient un entraînement efficace ; j'ai trouvé les moyens de ramener chaque question à cette idée centrale.

Un interrogatoire se fit devant les avocats de Jones Day. Don Ayer était le sceptique. Il avait servi dans le Département de Justice de Reagan avec le Conseiller auprès du Ministre de la Justice Charles Fried. Il avait soutenu de nombreuses affaires devant la Cour Suprême. Et dans sa revue de l'interrogatoire, il a exprimé son inquiétude :

« J'ai juste peur qu'à moins qu'ils voient vraiment le mal causé, ils ne se-

ront pas disposés à perturber cette pratique que le gouvernement dit être habituelle depuis deux-cents ans. Vous devez les amener à voir le préjudice causé — les amener passionnément à voir le préjudice. Car s'ils ne voient pas ça, alors nous n'avons aucune chance de gagner. »

Il pouvait avoir soutenu de nombreuses affaires devant cette Cour, pensais-je, mais il n'en comprenait pas l'essence. En tant que greffier, j'avais vu les juges rendre la bonne décision — pas à cause de la politique mais parce que c'était juste. En tant que professeur de droit, j'avais passé ma vie à enseigner à mes étudiants que cette Cour fait la bonne chose — pas à cause de la politique mais parce que c'est juste. En écoutant l'argumentation de Ayer pour sa passion des pressions politiques, je compris son idée, et je la rejetai. Notre plaidoirie était juste. C'était suffisant. Laissez les politiciens apprendre à voir que c'est également bon.

**La nuit précédent** la plaidoirie, une file de personnes commençait à se former devant la Cour Suprême. L'affaire avait capté l'attention de la presse et du mouvement de la culture libre. Des centaines de personnes faisaient la queue pour avoir la chance de voir la procédure. Des douzaines ont passé la nuit sur les marches de la Cour Suprême pour être sûrs d'avoir un siège.

Tout le monde n'avait pas à faire la queue. Les gens qui connaissaient les juges pouvaient demander des sièges qu'ils contrôlaient. (J'ai demandé au cabinet du juge Scalia des sièges pour mes parents, par exemple.) Les membres du barreau de la Cour Suprême peuvent obtenir un siège dans une section spéciale qui leur est réservée. Et les sénateurs et députés ont un emplacement spécial où ils peuvent s'asseoir, aussi. Et enfin, bien sûr, la presse a une tribune, tout comme les greffiers travaillant pour les juges à la Cour. Et ce matin-là, au moment où nous entrions, il n'y avait plus aucune place de libre. C'était une plaidoirie concernant la loi sur la propriété intellectuelle, et pourtant les salles étaient pleines. Alors que j'entrai pour prendre place devant la Cour, je vis mes parents assis sur la gauche. Et comme je m'assoyais à la table, je vis Jack Valenti assis dans la section spéciale réservée habituellement à la famille des juges.

Quand le président de la Cour m'appela pour commencer ma plaidoirie, je commençai là où j'avais l'intention de rester : sur la question des limites du pouvoir du Congrès. C'était une affaire sur les pouvoirs en nombre limité (ou clauses de pouvoir), dis-je, et si ces pouvoirs avaient une quelconque limite.

Le juge O'Connor m'arrêta en moins d'une minute de mon ouverture. L'histoire la dérangeait.

**JUGE O'CONNOR :** Le Congrès a déjà prolongé la durée si souvent à travers les ans, et si vous avez raison, ne courrons-nous pas le risque de remettre en cause les prolongations de durée précédentes ? Je veux dire, cela semble être une pratique qui a commencé dès la toute première loi.

Elle était assez disposée à concéder que « cela remettait directement en question ce que les concepteurs avaient à l'esprit ». Mais ma réponse était encore et encore d'insister sur les limites du pouvoir du Congrès.

**M. LESSIG :** Et bien, si cela remet en question ce que les concep-

teurs avaient à l'esprit, alors la question est : y a-t-il une manière d'interpréter leurs mots qui donne un effet à ce qu'ils avaient à l'esprit, et la réponse est oui.

Il y a deux moments dans cette plaidoirie où j'aurais dû voir où la Cour était en train d'aller. Le premier c'était une question du juge Kennedy, qui observa :

**JUGE KENNEDY** : Et bien, je suppose qu'il est implicite dans cette argumentation que la loi de 1976, également, aurait dû être déclarée nulle, et que nous pourrions l'abandonner à cause de dérangement provoqué, en ceci que pendant toutes ces années la loi a entravé le progrès de la science et des arts utiles. Je ne vois juste aucune preuve empirique de cela.

Et voici mon erreur criante. Comme un professeur corrigeant un étudiant, je répondis,

**M. LESSIG** : Juge, nous ne faisons pas du tout d'affirmation empirique. Rien dans notre plainte sur la Clause de Copyright ne repose sur l'assertion empirique d'une gêne au progrès. Notre seul argument est celui d'une limite structurelle nécessaire pour assurer que ce qui serait une durée effectivement perpétuelle ne soit pas permise sous les lois du copyright.

C'était une réponse correcte, mais ce n'était pas la bonne réponse. La bonne réponse était plutôt qu'il y avait un préjudice évident et profond. Tout un tas de dossiers a été écrit là-dessus. Il voulait l'entendre. Et c'était là le moment où le conseil de Don Ayer aurait dû servir. C'était du softball (Ndt : sorte de baseball) ; ma réponse était une frappe manquée.

Le second vint du président de la Cour, pour qui toute l'affaire avait été conçue. Car le président avait élaboré larrêt *Lopez*, et nous espérions qu'il verrait cette affaire comme son cousin germain.

Il était clair en l'espace d'une seconde qu'il n'était pas du tout sympathique. Pour lui, nous étions une bande d'anarchistes. Comme il le demanda :

**PRÉSIDENT DE LA COUR** : Et bien, mais vous voulez plus que cela. Vous voulez le droit de copier mot pour mot les livres des autres gens, n'est-ce pas ?

**M. LESSIG** : Nous voulons le droit de copier mot pour mot des œuvres qui devraient être dans le domaine public et qui le seraient s'il n'y avait pas une loi qui ne peut pas être justifiée sous une analyse ordinaire du Premier Amendement ou sous une lecture appropriée des limites incorporées dans la Clause de Copyright.

Les choses s'améliorèrent pour nous quand le gouvernement donna son argumentation ; car maintenant la Cour avait saisi le cœur de notre revendication. Comme le demanda le juge Scalia au Conseiller auprès du Ministre de la Justice Olson,

**JUGE SCALIA** : Vous dites que l'équivalent fonctionnel d'une durée illimitée serait une violation [de la Constitution], mais c'est

précisément l'argumentation qui est en train d'être faite par les pétitionnaires ici, qu'une durée limitée qui est extensible est fonctionnellement équivalente à une durée illimitée.

Lorsque Olson eut fini, ce fut à mon tour de donner la réfutation finale. Les gesticulations d'Olson avaient ravivé ma colère. Mais ma colère était toujours dirigée vers des principes, non pas vers du concret. Le gouvernement argumentait comme si c'était la toute première affaire qui envisageait des limites sur le pouvoir du Congrès sur la Clause de Copyright et de Brevet. Toujours en professeur et non comme avocat, je terminai en rappelant la longue histoire de la Cour imposant des limites au pouvoir du Congrès au nom de la Clause de Copyright et de Brevet — en effet, la toute première affaire qui a annulé une loi du Congrès et relative à un abus sur une clause de pouvoir était basée sur la Clause de Copyright et de Brevet. Entièrement vrai. Mais cela n'allait pas ramener la Cour de mon côté.

**En quittant** le tribunal ce jour-là, je savais qu'il y avait une centaine de points que j'aurais voulu refaire. Il y avait une centaine de questions auxquelles j'aurais voulu répondre différemment. Mais vue sous un certain angle, cette affaire me laissait optimiste.

On avait demandé au gouvernement encore et encore, quelle est la limite ? Encore et encore, il avait répondu qu'il n'y avait pas de limite. C'était précisément la réponse que je voulais que la Cour entende. Car je ne pouvais pas imaginer comment la Cour, en comprenant que le gouvernement croyait que le pouvoir du Congrès sur les durées de la Clause de Copyright était illimité, pouvait soutenir la position du gouvernement. Le Conseiller auprès du Ministre de la Justice avait fait mon argumentation à ma place. Peu importe combien de fois j'ai essayé, je ne pouvais pas comprendre comment la Cour pourrait promulguer un jugement où le pouvoir sur la Clause du Commerce était limité, mais illimité sur Clause du Copyright. Dans ces rares moments où je me laissais croire que nous avions dominé, c'était parce je pensais que cette Cour — en particulier les Conservateurs — se sentirait elle-même contrainte par la règle de la loi qu'elle avait établie ailleurs.

**Le matin** du 15 janvier 2003, j'étais en retard de cinq minutes au bureau et j'ai manqué l'appel de 7 heures du matin du greffier de la Cour Suprême. En écoutant le message, je pouvais dire en un instant qu'elle avait de mauvaises nouvelles à rapporter. La Cour Suprême avait confirmé la décision de la Cour d'Appel. Sept juges avaient voté dans la majorité. Il y avait deux minoritaires.

Quelques secondes plus tard, les délibérations arrivèrent par courriel. J'ai décroché le téléphone, posté une annonce sur notre blog, et me suis assis pour voir où j'avais eu tort dans mon raisonnement.

Mon *raisonnement*. Voici une affaire qui a engouffré tout l'argent du monde contre le *raisonnement*. Et voici le dernier professeur de droit naïf, parcourant les pages, cherchant un raisonnement.

J'ai d'abord parcouru le jugement, cherchant comment la Cour distinguait le principe dans cette affaire, du principe de Lopez. L'argumentaire était introuvable nulle part. L'affaire n'était même pas citée. L'argumentation centrale de notre affaire n'apparaissait même pas dans le jugement de la Cour.

Le juge Ginsbourg ignorait simplement l'argument des clauses de pouvoir.

En accord avec son point de vue que le pouvoir du Congrès n'était pas limité en général, elle avait jugé le pouvoir du Congrès non limité ici.

Son opinion était parfaitement honnête — pour elle, et pour le juge Souter. Aucun ne croyait en *Lopez*. C'eût été trop attendre d'eux qu'ils écrivent un jugement qui reconnaîtrait, et encore moins qui expliquerait, la doctrine qu'ils avaient tant cherché à vaincre.

Mais alors que je réalisais ce qui s'était passé, je ne pouvais pas croire ce que j'étais en train de lire. J'avais dit qu'il n'était pas possible que cette Cour puisse réconcilier les pouvoirs limités de la Clause de Commerce avec les pouvoirs illimités de la Clause de Progrès. Je n'aurais jamais pu imaginer qu'ils pourraient réconcilier les deux simplement *en ne mentionnant pas l'argument*. Il n'y avait pas d'incohérence parce qu'ils ne parlaient pas des deux ensemble. Il n'y avait donc aucun principe qui s'ensuivait de l'affaire *Lopez* : dans cette affaire, le pouvoir du Congrès était limité, mais dans celle-ci, non.

Et pourtant, de quel droit pouvaient-ils choisir les valeurs des concepteurs qu'ils respecteraient ? De quel droit pouvaient-ils — les cinq silencieux — sélectionner la partie de la Constitution qu'ils appliqueraient, en se basant sur les valeurs qu'ils pensaient importantes ? On en revenait à l'argumentation que je disais détester du début : j'avais échoué à les convaincre que le problème ici était important, et j'avais échoué à reconnaître qu'en dépit de mon aversion pour un tel système dans lequel la Cour choisit les valeurs constitutionnelles qu'il respectera, c'était le système actuel.

Le juge Breyer et le juge Stevens écrivirent des avis minoritaires très forts. L'avis de Stevens était construit sur des considérations internes à la loi : il argumenta que la tradition de la loi de la propriété intellectuelle ne devrait pas soutenir cette prolongation injustifiée des durées. Sa démonstration reposait sur l'analyse comparative avec la législation des brevets (tout comme nous). Mais le reste de la Cour émit des doutes sur ce parallèle — sans expliquer comment exactement les mêmes mots dans la Clause de Progrès pouvaient signifier des choses totalement différentes selon que cela parle de brevets ou de copyrights. La Cour a laissé l'accusation du juge Stevens sans réponse.

L'avis du juge Breyer, peut-être le meilleur avis qu'il ait jamais écrit, était externe à la Constitution. Il soutenait que la durée des copyrights est devenue si longue qu'elle en est devenue illimitée dans les faits. Nous avions dit que sous la durée actuelle, un copyright donnait à un auteur 99,8 pour cent de la valeur d'un copyright illimité. Breyer disait que nous avions tort, que le véritable chiffre était 99,9997 pour cent d'une durée perpétuelle. Dans un cas comme dans l'autre, l'idée était claire : si la Constitution disait qu'une durée devait être « limitée », et que la durée existante était longue au point d'être effectivement illimitée, alors c'était anticonstitutionnel.

Ces deux juges avaient compris tous les arguments que nous avions plaidés. Mais parce qu'aucun ne croyait en l'affaire *Lopez*, aucun ne voulait s'appuyer sur ce cas pour justifier le rejet de cette prolongation. L'affaire avait été décidée sans que personne n'ait remarqué l'argument que nous avions rapporté du Juge Sentelle. C'était *Hamlet sans le Prince*.

**La défaite amène la dépression.** On dit que c'est un signe de santé quand la dépression fait place à la colère. Ma colère est venue rapidement, mais elle

n'a pas soigné la dépression. Cette colère était de deux sortes.

C'était d'abord ma colère contre les cinq « Conservateurs ». Cela aurait été bien de leur part d'avoir expliqué en quoi le principe de *Lopez* ne s'appliquait pas dans cette affaire. Cela n'aurait pas été un argument très convaincant, je pense, l'ayant lu par d'autres, et ayant essayé de l'utiliser moi-même. Mais cela aurait été au moins un acte d'intégrité. Ces juges en particulier ont dit à plusieurs reprises que l'interprétation correcte de la Constitution est l'« originalisme » — d'abord comprendre le texte des concepteurs, interprété dans leur contexte, à la lumière de la structure de la Constitution. Cette méthode a produit *Lopez*, et de nombreux autres verdicts « originalistes ». Où était leur « originalisme » maintenant ?

Ici, ils avaient rejoint un avis qui n'a jamais essayé d'expliquer ce que les concepteurs avaient voulu dire en rédigeant la Clause de Progrès comme ils l'ont fait ; un avis qui n'a jamais essayé d'expliquer comment la structure de cette clause affecterait l'interprétation du pouvoir du Congrès. Et aussi un avis qui n'a même pas essayé d'expliquer pourquoi cet octroi de pouvoir pouvait être illimité, alors que la Clause de Commerce était limitée. Bref, ils avaient rejoint un avis qui ne s'appliquait pas à, et était incohérent avec, leur propre méthode d'interprétation de la Constitution. Cet avis peut bien avoir donné le résultat qu'ils veulent. Il ne s'y trouve aucun raisonnement quoi soit en accord avec leurs propres principes.

Ma colère envers les Conservateurs a rapidement mené à une colère contre moi-même. Car j'avais laissé une vision de la loi que j'aimais interférer avec une vision de la loi telle qu'elle est.

La plupart des avocats, et la plupart des professeurs de droit, ne s'attardent pas sur l'idéalisme des tribunaux en général et de cette Cour Suprême en particulier. La plupart a une vue bien plus pragmatique. Quand Don Ayer disait que cette affaire serait gagnée si je pouvais convaincre les juges que les valeurs des concepteurs étaient importantes, j'ai lutté contre l'idée, parce que je ne voulais pas croire que c'est ainsi que la Cour décide. J'ai insisté pour plaider l'affaire comme si c'était une simple application d'un ensemble de principes. J'avais un argument qui suivait la logique. Je n'avais pas besoin de perdre mon temps à démontrer qu'elle serait populaire.

En lisant la transcription de cette plaidoirie en octobre, je voyais une centaine d'endroits où les réponses auraient pu emmener la discussion dans différentes directions, où la vérité sur le préjudice que ce pouvoir incontrôlé causerait aurait pu être explicité à cette Cour. Le juge Kennedy, de bonne foi, voulait qu'on le lui montre. Moi, bêtement, j'ai corrigé sa question. Le juge Souter, de bonne fois, voulait qu'on lui montre les dommages au Premier Amendement. Moi, comme un professeur de maths, j'ai recadré la question pour faire une argumentation logique. Je leur avais montré comment ils pouvaient annuler cette loi du Congrès s'ils le voulaient. Il y avait une centaine d'endroits où j'aurais pu les aider à le vouloir, mais mon entêtement, mon refus de céder, m'a arrêté. J'avais essayé de persuader des centaines d'auditoires auparavant ; j'avais mis de la passion dans cette volonté de persuader ; mais j'ai refusé d'essayer de persuader cet auditoire avec la passion que j'avais utilisée ailleurs. Ce n'était pas sur cette base qu'un tribunal devrait décider d'un

enjeu.

Cela aurait-il été différent si j'avais plaidé différemment ? Cela aurait-il été différent si Don Ayer l'avait soutenue ? Ou Charles Fried ? Ou Kathleen Sullivan ?

Mes amis ont fait bloc autour de moi pour insister que non. La Cour n'était pas prête, insistèrent mes amis. C'était voué à l'échec. Il en faudrait beaucoup plus pour montrer à notre société pourquoi nos concepteurs avaient raison. Et quand nous le ferons, nous serons capables de le montrer à cette Cour.

Peut-être, mais j'en doute. Ces juges n'ont pas d'intérêt financier à ne pas faire la chose juste. Ils ne sont pas sous pression. Ils ont peu de raison de s'interdire à faire bien. Je ne peux pas m'empêcher de penser que si j'étais revenu de cette belle image de la justice dépassionnée, j'aurais pu les persuader.

Et même si je ne le pouvais pas, cela ne justifie pas ce qui s'est passé en janvier. Car au début de cette affaire, un des plus importants professeurs en propriété intellectuelle d'Amérique déclara publiquement que le fait que je présente cette affaire était une erreur. « La Cour n'est pas prête », dit Peter Jaszi ; ce problème ne devrait pas être soulevé jusqu'à ce qu'elle soit prête.

Après la plaidoirie et la délibération, Peter me dit, et publiquement, qu'il avait tort. Mais si en effet cette Cour ne pouvait pas être persuadée, alors c'est encore la preuve que Peter avait raison. Soit je n'étais pas prêt pour défendre cette affaire de manière à ce qu'elle se termine bien, soit la cour n'était pas prête à l'entendre et y donner une issue favorable pour nous. Dans tous les cas, la décision de présenter cette affaire — une décision que j'ai prise quatre ans auparavant — était mauvaise.

**Alors que les réactions** au Sonny Bono Act lui-même étaient presque unanimement négatives, les réactions à la décision de la Cour étaient mitigées. Personne, au moins dans la presse, n'essaya de dire que prolonger la durée du copyright était une bonne idée. Nous avions gagné la bataille des idées. Là où la décision était louée, cela venait de journaux qui avaient été sceptiques concernant l'activisme de la Cour dans d'autres affaires. Le respect du Congrès était une bonne chose, même s'il laissait intacte une loi stupide. Mais là où la décision était attaquée, c'était parce qu'elle laissait intacte une loi stupide et nuisible. *Le New York Times* écrivit dans son éditorial,

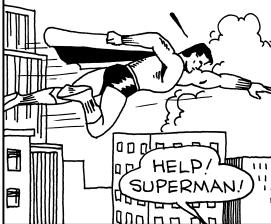
En effet, la décision de la Cour Suprême rend probable que nous voyions le début de la fin du domaine public et la naissance de la perpétuité du copyright. Le domaine public est une grande expérience, une qu'on ne devrait pas laisser mourir. La possibilité de créer librement à partir de l'intégralité de la production créative de l'humanité est une des raisons pour laquelle nous vivons dans une époque d'un tel ferment créatif fructueux.

Les meilleures réactions étaient celles des caricatures. Il y avait une foule d'images hilarantes — de Mickey en prison ou dans ce genre-là. La meilleure, de mon point de vue de l'affaire, était celle de Ruben Bolling, reproduite par la figure 13.1 (p. 196). La ligne « puissant et riche » est un peu injuste. Mais le coup de poing dans la figure ressemblait exactement à ça.

L'image qui restera toujours dans ma tête était celle évoquée par la citation du *New York Times*. Cette « grande expérience » que nous appelons le « do-

**TOM the  
DANCING  
BUG®**

SUPERMAN IS PATROLING THE CITY, WHEN HE HEARS A HIGH-PITCHED PLEA!



THAT CRY CAME FROM THIS BUILDING... WHO'S THERE?



BY  
RUBEN  
BOLLING

HA-HA! WELCOME TO MY DOMAIN, SUPERMAN!



THAT'S BECAUSE WHEN CONGRESS'S ENDLESS EXTENSIONS OF **COPYRIGHT TERMS** ARE DECLARED **UNCONSTITUTIONAL**, YOU'LL ALL BE MY--OR ANYONE'S--HELPLESS PLAYTHINGS!



COPYRIGHT FADING! CAN'T...RESIST UNAUTHORIZED...USE!



IF HE CAN CAPTURE SUPERMAN, WHO CAN SAVE US?!

AND NOW I'LL FORCE YOU ALL TO PERFORM "GONE WITH THE WIND"!



OH NO!  
**JUDGE SCALIA!!**

**JUDGE SCALIA**  
JUDGE SCALIA, CRUSADING SUPREME COURT JUSTICE, WHO FIGHTS A NEVER-ENDING BATTLE TO PROTECT THE POWERFUL AND WEALTHY.



B-BUT YOU MUST AGREE THAT THE CONSTITUTION PLAINLY LIMITS CONGRESS'S POWER... URK



FRANKLY, PUNK, I DON'T GIVE A DAMN!

DIST. BY UNIVERSAL PRESS SYNDICATE ©2003 R.BOLLING 633 [www.tomthedancingbug.com](http://www.tomthedancingbug.com)

FIGURE 13.1

maine public » est-elle terminée ? Quand je pourrai faire la lumière dessus, je pense, ce sera « Chérie, j'ai rétréci la Constitution ». Mais je peux difficilement faire la lumière dessus. Nous avions dans la Constitution un engagement pour la culture libre. Dans l'affaire que j'ai portée, la Cour Suprême a effectivement renoncé à cet engagement. Un meilleur avocat leur aurait fait voir les choses différemment.



## Eldred II

**Le jour où** la décision sur l'affaire *Eldred* fut prononcée, le destin voulut que je doive me rendre à Washington D.C. (Le jour où la pétition demandant une réaudition pour *Eldred* fut refusée — signifiant que l'affaire était réellement finalement terminée — le sort voulut que je donne un discours aux ingénieurs à Disney World.) C'était un vol particulièrement long pour ma ville la moins préférée. L'arrivée dans la ville en provenance de Dulles était retardée à cause du trafic, donc j'ai ouvert mon ordinateur et j'ai écrit un éditorial.

C'était un acte de contrition. Durant tout le vol de San Francisco à Washington, je ressassais en boucle dans ma tête le même conseil de Don Ayer : vous devez leur faire voir pourquoi c'est important. Et cette consigne alternait avec la question du juge Kennedy : « Pendant toutes ces années la loi a entravé le progrès de la science et des arts utiles. Je ne vois juste aucune preuve empirique de ceci. » Et donc, ayant échoué dans l'argument du principe constitutionnel, finalement, je me suis tourné vers un argument politique.

Le *New York Times* publia le texte. Dedans, je proposais une solution de dépannage simple : cinquante ans après qu'une œuvre a été publiée, le propriétaire du copyright serait obligé d'enregistrer l'œuvre et de payer un petit tarif. S'il payait le tarif, il aurait le bénéfice de la durée totale du copyright. Sinon, l'œuvre passerait dans le domaine public.

Nous l'appelâmes la Loi Eldred (NdT : Eldred Act), mais c'était juste pour lui donner un nom. Eric Eldred était assez gentil pour laisser son nom être utilisé une fois de plus, mais comme il l'avait dit plus tôt, elle ne passera pas tant qu'elle n'aura pas un autre nom.

Ou deux autres noms. Car selon le point de vue, c'est soit la « Loi d'Amélioration du Domaine Public » ou la « Loi de Dérégulation de la Durée du Copyright ». De toute façon, l'idée essentielle est claire et évidente : enlever le copyright là où il ne fait que bloquer l'accès et la diffusion de la connaissance. Laissez-le durer aussi longtemps que le Congrès le permet pour les œuvres valant moins de 1 dollar. Mais pour tout le reste, libérez l'œuvre.

La réaction à cette idée fut incroyablement forte. Steve Forbes l'a soutenue dans un éditorial. J'ai reçu une avalanche de courriels et de lettres de soutien. Quand vous vous concentrez sur le problème de la créativité perdue, les gens peuvent voir que le système du copyright n'a pas de sens. Comme tout bon Républicain pourrait le dire, ici la réglementation du gouvernement bloque simplement l'innovation et la créativité. Et comme tout bon Démocrate pourrait le dire, ici le gouvernement bloque l'accès et la diffusion de la connaissance sans bonne raison. En effet, il n'y a pas de différence réelle entre les

Démocrates et les Républicains sur ce sujet. N'importe qui peut reconnaître le préjudice stupide causé par le système actuel.

En effet, de nombreuses personnes ont reconnu le bénéfice évident de l'obligation d'enregistrement. Car une des choses les plus difficiles à propos du système actuel pour les gens qui veulent obtenir un droit sur du contenu est qu'il n'y a pas d'endroit évident où chercher les propriétaires actuels de copyright. Puisque l'enregistrement n'est pas requis, que marquer le contenu n'est pas requis, qu'aucune formalité n'est requise du tout, il est souvent trop difficile de localiser les propriétaires de copyright pour leur demander la permission d'utiliser ou obtenir un droit sur leur œuvre. Le système pourrait baisser ces coûts, en établissant au moins un registre où les propriétaires de copyright pourraient être identifiés.

Comme je l'ai décrit dans le chapitre 10 (p. 103), les formalités de la loi du copyright furent supprimées en 1976, lorsque le Congrès suivit les Européens en abandonnant toute exigence de formalité pour se voir accorder un copyright<sup>194</sup>. On dit que les Européens voient le copyright comme un « droit naturel ». Les droits naturels n'ont pas besoin de formulaires pour exister. Les européens pensaient que les traditions qui exigeaient que les détenteurs de copyright remplissent un formulaire pour avoir leurs droits protégés, à l'exemple de la tradition anglo-américaine, ne respectaient pas vraiment la dignité de l'auteur. Mon droit en tant que créateur dépend de ma créativité, et non pas d'une faveur spéciale du gouvernement.

C'est de la bonne rhétorique. Cela a l'air merveilleusement romantique. Mais c'est une politique de copyright absurde. C'est absurde particulièrement pour les auteurs, car un monde sans formalités cause du tort au créateur. La possibilité de diffuser la « créativité Walt Disney » est détruite quand il n'y a pas de moyen simple de savoir ce qui est protégé et ce qui ne l'est pas.

Le combat contre les formalités a remporté sa première victoire réelle à Berlin en 1908. Des avocats du copyright international amendèrent la Convention de Berne en 1908, pour exiger que la durée du copyright soit la vie de l'auteur plus cinquante ans, ainsi que l'abolition des formalités du copyright. Ces formalités étaient détestées parce que les histoires de pertes par inadvertance étaient de plus en plus banales. C'était comme si un personnage de Charles Dickens gérait tous les bureaux de copyright, et que l'oubli d'un point sur un *i* ou d'une barre sur un *t* faisait perdre le seul revenu d'une veuve.

Ces protestations étaient fondées et raisonnables. Et la rigueur des formalités, en particulier aux États-Unis, était absurde. La loi devrait toujours avoir un moyen de pardonner les erreurs innocentes. Il n'y a pas de raison que la loi du copyright ne le puisse pas, également. Plutôt que d'abandonner complètement les formalités, la réaction à Berlin aurait dû être d'adopter un système d'enregistrement plus équitable.

Cependant, même un tel système aurait suscité de la résistance, car l'enregistrement aux dix-neuvième et vingtième siècles était encore cher. C'était aussi une corvée. L'abolition des formalités promettait non seulement de sauver les veuves affamées, mais également d'alléger le fardeau d'une réglementation inutile imposée aux créateurs.

En plus de la protestation pratique des auteurs en 1908, il y avait également une revendication morale. Il n'y avait aucune raison que la propriété intellectuelle soit une forme de propriété de seconde classe. Si un charpentier construit une table, ses droits sur la table ne dépendent pas du remplissage d'un formulaire avec le gouvernement. Il a « naturellement » un droit de propriété sur la table, et il peut faire valoir ce droit contre quiconque volerait la table, qu'il ait informé ou non le gouvernement de sa possession de la table.

Cet argument est juste, mais ses implications sont trompeuses. Car l'argument en faveur des formalités ne dépend pas du fait que la propriété créative soit une propriété de seconde classe. L'argument en faveur des formalités vient des problèmes spécifiques que la propriété créative présente. La loi des formalités répond à la physique spéciale de la propriété créative, pour assurer qu'elle peut être efficacement et équitablement répartie.

Personne ne pense, par exemple, que la propriété foncière est de seconde classe, juste parce que vous devez enregistrer un acte auprès d'un tribunal pour rendre la vente effective. Et peu de gens penseraient qu'une voiture est une propriété de seconde classe juste parce que vous devez la faire immatriculer auprès de l'État et poser les plaques avec un permis. Dans les deux cas, tout le monde voit qu'il y a une raison importante pour sécuriser l'enregistrement — dans les deux cas parce que cela rend le marché plus efficace et parce que cela sécurise mieux les droits du propriétaire. Sans système d'enregistrement pour le terrain, les propriétaires devraient perpétuellement garder leur domaine. Avec l'enregistrement, ils peuvent simplement montrer un acte à la police. Sans système d'enregistrement pour les voitures, le vol de voiture serait bien plus facile. Avec un système d'enregistrement, le voleur a bien plus de difficultés pour vendre une voiture volée. Le détenteur de propriété a une légère contrainte, mais ces contraintes produisent généralement un bien meilleur système de protection de la propriété.

C'est une physique spéciale similaire qui rend les formalités importantes dans la loi sur le copyright. Contrairement à la table d'un charpentier, il n'y a rien par nature qui rend relativement évident qui possède un morceau particulier de propriété de création. Un enregistrement du dernier album de Lyle Lovett peut se trouver dans un milliard d'endroits sans que rien ne puisse nécessairement le relier à un propriétaire particulier. Et comme pour une voiture, il est impossible d'acheter et de vendre une propriété de création en confiance s'il n'y a pas un moyen simple d'authentifier qui en est l'auteur et quels droits il possède. Les transactions simples sont détruites dans un monde sans formalités. Des transactions *d'avocat*, complexes et chères, les remplacent.

C'était la compréhension du problème du Sonny Bono Act que nous avions essayé de démontrer à la Cour. C'était la partie que je n'avais pas « comprise ». Parce que nous vivons dans un système sans formalités, il n'y a aucun moyen facile de réutiliser ou transformer notre culture issue du passé. Si les durées du copyright étaient, comme le juge Story disait qu'elles seraient, « courtes », alors cela n'aurait pas beaucoup d'importance. Sous le système des concepteurs, une œuvre était présumée contrôlée pendant quatorze ans. Après quatorze ans, elle était présumée non contrôlée.

Mais maintenant que les copyrights peuvent durer environ un siècle, l'incapacité de savoir ce qui est protégé et ce qui ne l'est pas devient un frein énorme et évident sur le processus créatif. Si le seul moyen pour qu'une bibliothèque puisse offrir une exposition sur le New Deal sur Internet est de faire appel à un avocat pour acquitter les droits de chaque image et son, alors le système du copyright pèse sur la créativité à un niveau jamais vu auparavant *parce qu'il n'y a pas de formalités*.

La Loi Eldred a été conçue pour répondre exactement à ce problème. Si cela vaut 1 dollar pour vous, alors enregistrez votre œuvre et vous pourrez avoir la durée la plus longue. Les autres sauront comment vous contacter et, donc, comment obtenir votre permission s'ils veulent utiliser votre œuvre. Et vous aurez le bénéfice d'une durée de copyright étendue.

Si pour vous cela ne vaut pas la peine d'enregistrer pour profiter d'une durée prolongée, alors cela ne devrait pas non plus valoir la peine pour le gouvernement de défendre votre monopole sur cette œuvre. L'œuvre devrait passer dans le domaine public où tout le monde peut la copier, ou créer des archives avec, ou réaliser un film basé dessus. Elle devrait devenir libre si elle ne vaut pas 1 dollar pour vous.

Certains s'inquiètent de la contrainte sur les auteurs. La contrainte d'enregistrer l'œuvre ne signifierait-elle pas que le 1 dollar est en fait trompeur ? La corvée ne vaut-elle pas plus de 1 dollar ? N'est-ce pas le vrai problème avec l'enregistrement ?

Exact, c'est le problème. La corvée est épouvantable. Le système actuel est affreux. Je suis complètement d'accord que le Copyright Office a fait un travail lamentable (sans doute parce qu'ils sont horriblement financés) concernant la possibilité de faire un enregistrement simple et bon marché. Toute solution réelle au problème des formalités doit régler le problème réel des *gouvernements* se tenant au cœur de tout système de formalités. Dans ce livre, j'offre une telle solution. Cette solution refait essentiellement le Copyright Office. Pour l'instant, imaginez que c'est Amazon qui gère le système d'enregistrement. Imaginez que c'est l'enregistrement en un clic. La Loi Eldred proposerait un enregistrement simple en un clic cinquante ans après la publication d'une œuvre. D'après des données historiques, ce système mettrait jusqu'à 98 pour cent des œuvres commerciales, œuvres qui ne sont plus commercialisées, dans le domaine public en l'espace de cinquante ans. Qu'en pensez-vous ?

**Quand Steve Forbes** a soutenu cette idée, certaines personnes à Washington commencèrent à y prêter attention. De nombreuses personnes me contactèrent en m'indiquant des élus qui seraient enclins à mettre en place la Loi Eldred. Et j'en avais quelques-uns qui ont directement suggéré qu'ils seraient enclins à faire le premier pas.

Un élue, Zoe Lofgren en Californie, est allé jusqu'à écrire un projet de loi. La loi résolvait tout problème concernant le droit international. Elle imposait la plus simple des exigences possible sur les propriétaires de copyright. En mai 2003, il semblait que la loi serait mise en place. Le 16 mai, j'ai posté sur le blog de la Loi Eldred, « nous sommes tout proche ». Il y a eu une réaction générale dans la communauté des blogs qu'une bonne chose pourrait se passer à ce

moment-là.

Mais à ce stade, les lobbyistes commencèrent à intervenir. Jack Valenti et le conseil général de la MPAA allèrent au bureau de la députée pour donner le point de vue de la MPAA. Assisté par son avocat, comme me l'a dit Valenti, Valenti informa la députée que la MPAA s'opposerait à la Loi Eldred. Les raisons sont honteusement maigres. Surtout, la faiblesse de ces arguments montre clairement quel est l'objet réel du débat.

La MPAA a d'abord soutenu que le Congrès avait « fermement rejeté le principe même de la loi proposée » — que les copyrights soient renouvelés. C'était vrai, mais sans aucun rapport, étant donné que le « rejet ferme » du Congrès avait eu lieu bien avant qu'Internet ne permette de simplifier le renouvellement. Deuxièmement, elle a soutenu que la proposition causerait du tort aux propriétaires de copyright pauvres — apparemment ceux qui ne pouvaient pas se permettre le prix de 1 dollar. Troisièmement, elle a soutenu que le Congrès avait déterminé qu'allonger la durée d'un copyright encouragerait le travail de restauration. Peut-être pour le petit pourcentage des œuvres couvertes par la loi du copyright ayant encore une valeur commerciale, mais là encore c'était sans aucun rapport, puisque la proposition n'interromprait pas la durée allongée à moins que le prix de 1 dollar ne soit pas payé. Quatrièmement, la MPAA a soutenu que la loi imposerait des coûts « énormes », puisqu'un système d'enregistrement n'est pas gratuit. C'est assez vrai, mais ces coûts sont certainement moins élevés que les coûts pour s'acquitter des droits d'un copyright d'un propriétaire inconnu. Cinquièmement, elle s'est inquiétée des risques si le copyright d'une histoire sous-jacente à un film devait passer dans le domaine public. Mais quel risque est-ce ? Si c'est dans le domaine public, alors le film est une utilisation dérivée valide.

Finalement, la MPAA a soutenu que la loi actuelle permettait aux propriétaires de copyright de le donner s'ils le souhaitaient. Mais toute l'idée est qu'il y a des milliers de propriétaires de copyright qui ne savent même pas qu'ils ont un copyright à donner. Qu'ils soient libres de renoncer à leur copyright ou pas — une revendication controversée dans cette affaire — à moins qu'ils soient au courant d'un copyright, ils ne sont pas susceptibles de le faire.

**Au début de ce livre**, j'ai raconté deux histoires à propos de la loi réagissant aux changements technologiques. Dans l'une, le bon sens a prévalu. Dans l'autre, le bon sens a été retardé. La seule différence entre ces deux histoires, c'est le pouvoir de l'opposition — le pouvoir du côté de ceux qui se sont battus pour défendre le statu quo. Dans les deux cas, une nouvelle technologie menaçait de vieux intérêts. Mais dans un seul cas, ces intérêts avaient le pouvoir de se protéger contre la menace de cette nouvelle concurrence.

J'ai utilisé ces deux cas comme un moyen de cadrer la guerre qui est le sujet de ce livre. Car ici aussi, une nouvelle technologie force la loi à réagir. Et ici aussi, nous devrions demander, est-ce que la loi suit ou résiste au bon sens ? Si le bon sens soutient la loi, qu'est-ce qui explique ce bon sens ?

Quand le problème est le piratage, il est juste que la loi soutienne les propriétaires de copyright. Le piratage commercial que j'ai décrit est mauvais et nuisible, et la loi devrait travailler à l'éliminer. Quand le sujet est le partage par peer-to-peer, il est facile de comprendre pourquoi la loi soutienne

encore les propriétaires : une bonne part de ce partage est mauvais, même s'il est inoffensif. Quand le sujet porte sur la durée du copyright sur Mickey Mouse dans le monde, il est encore possible de comprendre pourquoi la loi favorise Hollywood : la plupart des gens ne voient pas les raisons de limiter la durée du copyright ; il est donc encore possible de voir de la bonne foi dans la résistance.

Mais quand les propriétaires de copyright s'opposent à une proposition telle que la Loi Eldred, alors, finalement, voilà un exemple qui met à nu les intérêts personnels qui motivent cette guerre. Cette loi libérerait une palette extraordinaire de contenu qui n'est pas utilisé autrement. Elle n'empêcherait pas un propriétaire de copyright d'exercer un contrôle continu sur son contenu. Elle libérerait simplement ce que Kevin Kelly appelle le « Contenu Caché » qui remplit les archives du monde entier. Alors quand les guerriers s'opposent à un changement comme celui-ci, nous devrions poser une simple question :

Que veut réellement l'industrie ?

Avec très peu d'effort, ces guerriers pourraient protéger leur contenu. La volonté de bloquer une chose comme la Loi Eldred n'a donc pas pour but de protéger *leur* contenu. C'est un effort pour s'assurer que plus rien ne passe dans le domaine public. C'est une étape supplémentaire pour s'assurer que le domaine public ne fera jamais concurrence, qu'il n'y aura aucune utilisation de contenu non contrôlée commercialement, et qu'il n'y aura aucune utilisation commerciale de contenu sans *leur* permission d'abord.

L'opposition à la Loi Eldred révèle à quel point l'autre camp est extrémiste. Le plus puissant et sexy et aimé des lobbys n'a pas pour but la protection de la « propriété », mais en réalité le rejet de la tradition. Leur but n'est pas simplement de protéger ce qui est à eux. *Leur but est de s'assurer que tout ce qui est ici est à eux.*

Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi les guerriers adoptent ce point de vue. Il n'est pas difficile de voir quel parti ils tireraient si la concurrence du domaine public couplé à Internet pouvait d'une façon ou d'une autre être annulée. Tout comme la RCA craignait la concurrence de la FM, ils craignent la concurrence du domaine public connecté à un public qui a maintenant les moyens de créer à partir d'œuvres publiques, et de partager ses propres créations.

Ce qui est difficile à comprendre, c'est pourquoi le public adopte ce point de vue. C'est comme si la loi faisait des avions des voleurs de propriété. La MPAA se dresse avec les Causbys et demande que leurs droits de propriété inutiles et lointains soient respectés, de telle sorte que les détenteurs de ces copyrights lointains et oubliés puissent bloquer le progrès des autres.

Tout cela semble découler facilement de cette acceptation confortable du principe de « propriété » dans la propriété intellectuelle. Le sens commun le soutient, et tant qu'il le soutient, les assauts pleuvront sur les technologies d'Internet. La conséquence sera une « société de la permission » croissante. Le passé peut être cultivé seulement si vous pouvez identifier le propriétaire et obtenir la permission de réutiliser son œuvre. Le futur sera contrôlé par cette emprise (souvent introuvable) du passé.

## Conclusion

**Il y a plus de trente-cinq millions de personnes atteintes par le virus du SIDA dans le monde. Vingt-cinq millions d'entre elles sont en Afrique subsaharienne. Dix-sept millions sont déjà mortes. Dix-sept millions d'Africains, cela représente, en proportion de la population, sept millions d'américains. Mais ça fait surtout dix-sept millions d'Africains.**

Il n'y a pas de remède contre le SIDA, mais il existe des médicaments qui ralentissent sa progression. Ces thérapies antirétrovirales sont encore expérimentales, mais elles ont eu un effet radical. Aux États-Unis, les malades du SIDA qui prennent régulièrement un cocktail de ces médicaments augmentent leur espérance de vie de dix à vingt ans. Pour certains, les médicaments rendent la maladie presque invisible.

Ces médicaments coûtent cher. Quand ils furent mis sur le marché aux États-Unis, ils coûtaient entre 10.000 et 15.000 dollars par personne et par an. Aujourd'hui, certains coûtent 25.000 dollars par an. À ces prix, bien sûr, aucun pays d'Afrique ne peut offrir ces médicaments à la grande majorité de sa population : 15.000 dollars, c'est trente fois le PNB par habitant du Zimbabwe. À ce prix, les médicaments sont complètement inaccessibles.<sup>195</sup>

Ces prix ne sont pas élevés parce que les ingrédients des médicaments coûtent cher. Ils sont élevés parce que les médicaments sont protégés par des brevets. Les entreprises pharmaceutiques qui produisent ces mixtures salutaires jouissent d'un monopole d'au moins vingt années sur leurs inventions. Elles utilisent ce monopole pour gagner le plus d'argent possible du marché. Ce pouvoir est en retour utilisé pour maintenir des prix élevés.

Beaucoup de gens sont sceptiques au sujet des brevets, en particulier des brevets sur les médicaments. Je ne le suis pas. En effet, de tous les domaines de recherche qui pourraient bénéficier des brevets, la recherche de médicaments est, à mon avis, celui qui en a le plus clairement besoin. Les brevets donnent à une entreprise pharmaceutique la garantie que si elle invente un nouveau médicament qui soigne une maladie de façon efficace, elle sera capable d'avoir un retour sur son investissement, et même de gagner plus. C'est une incitation extrêmement utile. Je serais la dernière personne à réclamer que la loi les abolisse, du moins sans rien changer d'autre.

Mais c'est une chose que d'être en faveur des brevets, même des brevets sur les médicaments. C'en est une autre que de savoir comment gérer au mieux une crise. Et quand les dirigeants africains commencèrent à comprendre quelle dévastation le SIDA apportait, ils cherchèrent des moyens d'importer des traitements contre le VIH à un coût très inférieur aux prix

du marché.

En 1997, l'Afrique du Sud tenta une parade. Elle autorisa l'importation de médicaments brevetés qui avaient été produits ou mis sur le marché d'un autre pays avec l'accord du détenteur de copyright. Par exemple, si un médicament était vendu en Inde, il pouvait être exporté d'Inde vers l'Afrique. Ceci est appelé une « importation parallèle », et est en général autorisé par les lois du commerce international, et est spécifiquement autorisé à l'intérieur de l'Union Européenne.<sup>196</sup>

Cependant, les États-Unis s'opposèrent à cette loi. Et c'est le moins qu'on puisse dire. Comme le rapporte l'Association Internationale de la Propriété Intellectuelle, « Le gouvernement U.S. pressa l'Afrique du Sud... de ne pas autoriser les licences obligatoires, ou bien les importations parallèles »<sup>197</sup>. Par l'intermédiaire du Bureau des Représentants de Commerce des États-Unis (USTR), le gouvernement demanda à l'Afrique du Sud de changer sa loi— et pour ajouter de la pression à cette demande, en 1998 le USTR désigna l'Afrique du Sud pour d'éventuelles sanctions commerciales. La même année, plus de quarante compagnies pharmaceutiques entamèrent des procès dans les tribunaux sud-africains, pour remettre en question la politique du gouvernement. Les États-Unis furent ensuite rejoints par d'autres gouvernements de l'Union Européenne. Leur argument, et l'argument des compagnies pharmaceutiques, était que l'Afrique du Sud manquait à ses obligations selon la loi internationale, en ne respectant pas les brevets pharmaceutiques. La demande de ces gouvernements, États-Unis en tête, était que l'Afrique du Sud respectât ces brevets, tout comme elle respectait les autres types de brevets, nonobstant toute conséquence sur le traitement du SIDA en Afrique du Sud.<sup>198</sup> Nous devrions replacer l'intervention des États-Unis dans son contexte. Il ne fait aucun doute que les brevets ne sont pas la raison principale pour laquelle les Africains n'ont pas accès aux médicaments. La pauvreté, et l'absence totale d'infrastructure médicale sont plus importants. Mais que les brevets soient ou non la raison principale, le prix des médicaments a un effet sur la demande, et les brevets ont un effet sur leur prix. Ainsi donc, l'intervention de notre gouvernement a contribué à stopper l'afflux de médicaments en Afrique, que son effet soit marginal ou non.

En stoppant le flux de médicaments contre le SIDA vers l'Afrique, le gouvernement des États-Unis n'a pas mis de côté ces médicaments, pour les réserver à ses propres citoyens. Ce n'est pas comme pour du blé (ce qu'ils mangent n'est plus pour nous). Au contraire, le flux que les États-Unis ont stoppé était, de fait, un flux de connaissance : savoir comment, à partir de matières premières qui existent en Afrique, synthétiser des médicaments qui sauveraient 15 à 30 millions de vies.

L'intervention des États-Unis n'a pas non plus servi à protéger les profits des compagnies pharmaceutiques américaines — du moins, pas significativement. Ces pays étaient loin de pouvoir acheter leurs médicaments à ces compagnies, au prix où ils étaient vendus. Une fois de plus, les Africains sont bien trop pauvres pour pouvoir se payer ces médicaments aux prix proposés. Stopper les importations parallèles de ces médicaments ne servait pas à augmenter les ventes des compagnies U.S.

Non, l'argument en faveur d'une restriction de ce flux d'information, qui était nécessaire pour sauver des millions de vies, concernait l'intouchabilité de la propriété.<sup>199</sup> C'est parce que la « propriété intellectuelle » aurait été violée que ces médicaments ne devaient pas aller en Afrique. C'est un principe concernant l'importance de la « propriété intellectuelle » qui a conduit ces gouvernants à intervenir contre la politique anti-sida de l'Afrique du Sud.

Prenons un peu de recul maintenant. D'ici une trentaine d'années, nos enfants nous demanderont comment nous avons pu laisser faire une chose pareille. Comment avons-nous pu autoriser une politique dont la conséquence directe a été d'accélérer la mort de 15 à 30 millions d'Africains, et dont le véritable bénéfice a été d'affirmer l'*« intouchabilité »* d'une idée ? Quelle justification possible pouvait-il y avoir à une politique qui a provoqué tant de morts ? Quelle est cette folie qui a laissé mourir tant de gens au nom d'une abstraction ?

Certains accusent les compagnies pharmaceutiques. Pas moi. Ce sont des entreprises. Leurs dirigeants ont l'obligation légale de faire des bénéfices. Ils mettent en avant une certaine politique des brevets, non pas par idéal, mais parce que c'est la politique qui leur permet de gagner le plus d'argent. Et si cette politique est celle qui leur rapporte le plus d'argent, c'est uniquement à cause d'une certaine corruption de notre système politique — une corruption dont les compagnies pharmaceutiques ne sont certainement pas responsables.

Cette corruption est le manque d'intégrité de nos propres politiciens. En effet les compagnies pharmaceutiques aimeraient beaucoup, disent-elles, et je les crois, vendre leurs médicaments aussi bon marché que possible à certains pays d'Afrique ou d'ailleurs. Bien sûr elles auraient quelques problèmes à résoudre, pour s'assurer que ces médicaments ne soient pas remis sur le marché aux États-Unis, ces problèmes sont d'ordre techniques. Ils peuvent être surmontés.

Cependant, un problème différent ne pourrait pas être évité. C'est la peur qu'un politicien démagogue n'interpelle les présidents des compagnies pharmaceutiques devant le Sénat ou la Chambre des Représentants, et ne demande : « Comment se fait-il que vous puissiez vendre ce médicament anti-sida pour un dollar le comprimé en Afrique, et que le même médicament coûte 1.500 dollars à un américain ? » Parce qu'il n'y a pas de « réponse simple » à cette question, son effet serait d'induire une régulation des prix en Amérique. Les compagnies pharmaceutiques évitent d'entrer dans cette spirale. Elles renforcent l'idée que la propriété doit être sacrée. Elles adoptent une stratégie rationnelle dans un contexte irrationnel, et dont la conséquence involontaire est peut-être la mort de millions de personnes. Et au final cette stratégie rationnelle se cache derrière un idéal : l'intouchabilité d'une idée appelée « propriété intellectuelle ».

Donc, quand le sens commun de vos enfants vous interrogera, que direz-vous ? Quand le sens commun de toute une génération finira par se révolter contre ce que nous avons fait, comment pourrons-nous le justifier ? Par quel argument ?

Une politique raisonnable en matière de brevets pourrait endosser et sou-

tenir le système de brevets, sans pour autant atteindre tout le monde en tout endroit de la même manière. De même qu'une politique raisonnable en matière de droit d'auteur pourrait endosser et soutenir un système de droits sans devoir réglementer la diffusion de la culture de manière parfaite et immuable, une politique raisonnable en matière de brevets pourrait endosser et soutenir un système de brevets sans nécessairement bloquer la diffusion de médicaments dans des pays trop pauvres pour jamais pouvoir les acheter aux prix du marché. Une politique raisonnable, en d'autres termes, serait une politique équilibrée. Pour l'essentiel de notre histoire, nos politiques en matières de droit d'auteur et de brevets ont justement été équilibrées en ce sens.

Mais nous avons, en tant que culture, perdu ce sens de la mesure. Nous avons perdu le regard critique qui nous aide à voir ce qui sépare la vérité de l'extrémisme. Un certain fondamentalisme de la propriété, qui n'a aucun lien avec notre tradition, règne maintenant dans la culture — de manière incongrue, et avec des conséquences autrement plus sérieuses pour la circulation des idées et de la culture que presque toutes les décisions politiques que nous pouvons prendre en tant que démocratie.

**Une idée simple** nous aveugle, et à la faveur de l'obscurité, beaucoup de choses se passent que nous rejeterions si nous les voyions. Nous prenons si peu de recul pour accepter l'idée de propriété des idées que nous ne remarquons pas à quel point il est monstrueux de refuser leur bénéfice à un peuple qui meurt. Nous prenons si peu de recul pour accepter l'idée de propriété culturelle que nous ne nous interrogeons même pas lorsque le contrôle de cette propriété nous empêche, en tant que peuple, de développer notre culture démocratiquement. La cécité devient notre sens commun. Et le défi à relever pour quiconque voudrait restaurer notre droit à développer une culture est de trouver le moyen de faire ouvrir les yeux à ce sens commun.

Jusqu'ici, le sens commun sommeille. Il n'y a pas de révolte. Le sens commun ne voit même pas pourquoi se révolter. L'extrémisme qui domine maintenant ce débat trouve écho dans des idées qui paraissent naturelles, et cet écho est amplifié par les RCA d'aujourd'hui. Ils mènent une guerre fanatique contre le « piratage », et dévastent une culture au nom de la créativité. Ils défendent l'idée de « propriété de création », en transformant les véritables créateurs en paysans sans terre des temps modernes. Ils sont choqués par l'idée que leurs droits puissent être équilibrés, alors même que les acteurs principaux de cette guerre du contenu ont profité d'un contexte plus équilibré. Ça sent l'hypocrisie. Mais même dans une ville comme Washington, l'hypocrisie passe inaperçue. Des lobbys puissants, des problèmes complexes, et une faculté d'attention digne de MTV, produisent une « tempête parfaite » pour la culture libre.

**En août 2003**, une dispute éclata aux États-Unis au sujet d'une décision de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle d'annuler une conférence<sup>200</sup>. À la demande d'intérêts divers, l'OMPI avait décidé d'organiser un séminaire sur les « projets ouverts et collaboratifs pour créer des biens publics ». C'est le type de projets qui a réussi à produire des biens publics sans s'appuyer sur un usage uniquement propriétaire de la propriété intellectuelle. Internet et le Web en sont des exemples, tous deux ont été développés à par-

tir de protocoles du domaine public. Un mouvement nouveau visant à développer des revues scientifiques ouvertes, comme le projet Public Library of Science décrit dans la Postface, en faisait partie. De même qu'un projet pour recenser les Single Nucleotide Polymorphisms (SNP), dont l'importance pour la recherche biomédicale est tenue pour cruciale. (Ce projet non-commercial comprenait un consortium rassemblant le Wellcome Trust et des compagnies pharmaceutiques et technologiques, dont Amersham Biosciences, AstraZeneca, Aventis, Bayer, Bristol-Myers Squibb, Hoffmann-La Roche, Glaxo-SmithKline, IBM, Motorola, Novartis, Pfizer, and Searle.) Le Global Positioning System (GPS), que Ronald Reagan avait rendu libre au début des années 1980, en faisait partie. De même que les « logiciels libres et open-source ».

Le but de la conférence était de considérer ces projets divers à la lumière d'un aspect commun : à savoir qu'aucun de ces projets n'était lié à cet extrémisme de la propriété intellectuelle. Au lieu de quoi, dans chacun d'entre eux, la propriété intellectuelle était équilibrée par des accords visant à maintenir un accès ouvert, ou à limiter les appropriations possibles.

Du point de vue de ce livre, donc, la conférence était idéale<sup>201</sup>. Parmi les projets à l'ordre du jour, on comptait à la fois des travaux commerciaux et non-commerciaux. Ils s'occupaient essentiellement de science, mais avec différents points de vue. Et l'OMPI était un hôte idéal pour cette discussion, puisque c'est l'organisme international prééminent qui s'occupe des problèmes de propriété intellectuelle.

En effet, il m'est arrivé d'être raillé en public pour ne pas avoir reconnu ce rôle à l'OMPI. En février 2003, j'ai donné un discours à une conférence préparatoire du Sommet Mondial sur la Société de l'Information (WSIS). Au cours d'une conférence de presse qui précédait mon discours, on me demanda ce que j'allais dire. Je répondis que j'allais parler un peu de l'importance d'équilibrer la propriété intellectuelle pour le développement de la société de l'information. La modératrice m'interrompit brusquement, pour m'informer ainsi que les journalistes présents, qu'aucune question relative à la propriété intellectuelle ne serait discutée au WSIS, car ces questions étaient du ressort exclusif de l'OMPI. Dans le discours que j'avais préparé, j'avais fait de la propriété intellectuelle un thème relativement mineur. Mais après cette déclaration étonnante, je fis de la propriété intellectuelle l'unique sujet de mon discours. Il n'était pas possible de parler d'une « Société de l'Information » sans parler aussi de la partie de l'information et de la culture qui serait libre. Mon discours ne rendit pas très heureuse mon immodeste modératrice. Et il ne fait aucun doute qu'elle avait raison de penser que la protection de la propriété intellectuelle était en principe du ressort de l'OMPI. Mais à mon avis, il ne saurait y avoir trop de conversations au sujet de la quantité de propriété intellectuelle dont nous avons besoin. Car à mon avis, l'idée même d'équilibre de la propriété intellectuelle s'est perdue.

Ainsi donc, que WSIS fut ou non l'endroit pour discuter d'équilibrer la propriété intellectuelle, j'avais pensé qu'il était certain que l'OMPI l'était. Et la conférence sur les « projets ouverts et collaboratifs pour créer des biens publics » semblait convenir parfaitement à l'agenda de l'OMPI.

Mais il y a un projet dans cette liste qui est très controversé, du moins

parmi les lobbyistes. Il s'agit du projet « logiciels libres et open-source ». Microsoft, en particulier, prend soin d'éviter toute discussion sur le sujet. De leur point de vue, une conférence pour discuter de logiciels libres et open-source serait comme une conférence pour discuter du système d'exploitation d'Apple. Les logiciels libres et open-source sont en concurrence avec ceux de Microsoft. Et à l'international, beaucoup de gouvernements ont commencé à tester l'obligation, pour leurs propres administrations, d'utiliser des logiciels libres ou open-source, plutôt que des « logiciels propriétaires ».

Je ne veux pas entrer dans ce débat ici. Qu'il me suffise de préciser que la différence n'est pas entre logiciel commercial et non-commercial. Il y a beaucoup d'entreprises de premier plan qui dépendent fondamentalement du logiciel libre et open-source, IBM étant la plus en vue. IBM déplace de plus en plus son activité vers le système GNU/Linux, le « logiciel libre » le plus célèbre — et IBM est évidemment une entité commerciale. Ainsi, soutenir le « logiciel libre et open-source » n'est pas s'opposer aux entités commerciales. C'est au contraire soutenir un modèle de développement logiciel différent de celui de Microsoft.<sup>202</sup>

Plus important pour le sujet qui nous occupe, soutenir le « logiciel libre et open-source » n'est pas s'opposer au copyright. Les « logiciels libres et open-source » ne sont pas dans le domaine public. Au contraire, comme les logiciels de Microsoft, les détenteurs de copyright de logiciels libres et open-source insistent fortement pour que les termes de leurs licences soient respectés par leurs utilisateurs. Ces termes sont évidemment différents de ceux d'une licence de logiciel propriétaire. Par exemple, un logiciel libre sous la Général Public Licence (GPL) requiert que le code source du logiciel soit rendu public par quiconque le modifie et le redistribue. Mais cette contrainte n'est effective que si le copyright est respecté. Sinon, le logiciel libre ne pourrait pas imposer ce genre de contraintes à ses utilisateurs. Il dépend donc des lois sur le droit d'auteur, au même titre que Microsoft.

Il est donc compréhensible qu'en tant que développeur de logiciels, Microsoft se soit opposé à cette conférence de l'OMPI, et compréhensible qu'il utilise ses lobbyistes pour pousser le gouvernement des États-Unis à s'y opposer aussi. Et en effet, c'est exactement ce qui s'est passé, semble-t-il. Selon Jonathan Krim du *Washington Post*, les lobbyistes de Microsoft réussirent à faire que le gouvernement des États-Unis s'oppose à la conférence<sup>203</sup>. Et sans soutien des U.S., la conférence fut annulée.

Je ne blâme pas Microsoft de faire ce qu'il peut pour servir ses propres intérêts, dans le respect de la loi. Et il est tout à fait légal de faire du lobbying auprès du gouvernement. Il n'y a rien de surprenant qu'ils en fassent ici, et rien non plus de très surprenant à ce que l'éditeur de logiciels le plus puissant des États-Unis ait du succès dans ses efforts de lobbying.

Ce qui est surprenant a été la raison avancée par le gouvernement des États-Unis pour s'opposer à la conférence. Comme le rapporte à nouveau Krim, Lois Boland, le directeur des relations internationales du bureau américain des brevets et des marques, expliqua que « le logiciel open source va à l'encontre de la mission de l'OMPI, qui est de promouvoir les droits de propriété intellectuelle ». Elle est citée disant : « Organiser une conférence dont

le but est de contester ou de relaxer ces droits semble contraire à la mission de l'OMPI. » Ces affirmations sont étonnantes à bien des égards.

Premièrement, elles sont tout simplement fausses. Comme je l'ai expliqué, la plupart des logiciels open source et libres reposent sur cette propriété intellectuelle appelée « copyright ». Sans elle, les restrictions imposées par ces licences ne marcheraient pas. Par conséquent, dire qu'il va « à l'encontre » de la mission de promotion des droits de propriété intellectuelle révèle une faille extraordinaire de raisonnement — le genre d'erreur qui est excusable chez un étudiant de première année en droit, mais embarrassé quand elle est commise par un haut officiel du gouvernement, chargé de s'occuper des questions de propriété intellectuelle.

Deuxièmement, qui a dit que la mission exclusive de l'OMPI était de « promouvoir » la propriété intellectuelle sous sa forme maximale ? Comme on me l'a rappelé lors de cette conférence préparatoire du sommet WSIS, le but de l'OMPI n'est pas seulement de trouver comment protéger au mieux la propriété intellectuelle, mais aussi de trouver quel est le meilleur équilibre pour cette propriété intellectuelle. Comme le sait n'importe économiste ou juriste, la vraie question pour la loi sur la propriété intellectuelle est de trouver cet équilibre. Mais le fait qu'il doit y avoir des limites est, je croyais, incontesté. Il faudrait demander à Mme Boland si les médicaments génériques (des médicaments qui en imitent d'autres dont les brevets ont expiré) sont contraires à la mission de l'OMPI. Le domaine public affaiblit-il la propriété intellectuelle ? Aurait-il mieux valu que les protocoles d'Internet fussent brevetés ?

Troisièmement, même si l'on croit que la mission de l'OMPI est de maximiser les droits de propriété intellectuelle, dans notre tradition ces droits sont détenus par des individus et des corporations. Ils ont le loisir de décider quoi faire de ces droits parce que, encore une fois, ce sont *leurs* droits. S'ils choisissent de « donner » ou de « renoncer à » ces droits, c'est parfaitement en accord avec notre tradition. Quand Bill Gates donne plus de 20 milliards de dollars à des œuvres de bienfaisance, ça n'est pas en contradiction avec les objectifs du système de propriété. C'est, bien au contraire, précisément ce qu'un système de propriété est censé permettre : donner aux individus le droit de décider quoi faire de *leur* propriété.

Quand Mme Boland dit qu'il y a un problème avec une conférence « dont le but est de donner ou de renoncer à ces droits », elle dit que l'OMPI cherche à interférer avec les choix des individus qui détiennent des droits de propriété intellectuelle. Que d'une manière ou d'une autre, le but de l'OMPI devrait être d'empêcher les gens de « donner » ou de « renoncer » à leurs droits de propriété intellectuelle. Que l'OMPI souhaite non seulement que les droits de propriété intellectuelle soient maximisés, mais aussi qu'ils soient exercés de la manière la plus extrême et la plus restrictive possible.

Un tel système de propriété existe dans l'Histoire, et est bien connu de la tradition anglo-américaine. Il est appelé « féodalisme ». Sous ce système, non seulement la propriété était détenue par un nombre relativement restreint d'individus et d'entités, et non seulement les droits qui administraient cette propriété étaient puissants et exhaustifs, mais le système lui-même avait fortement intérêt à assurer que les propriétaires n'affaiblissent pas le système,

en libérant des individus ou des propriétés qui était sous leur contrôle, pour les rendre au marché libre. Le féodalisme dépendait d'un contrôle maximal et d'une concentration maximale. Il combattait toute liberté qui aurait pu interférer avec ce contrôle.

Comme le rapportent Peter Drahos et John Braithwaite, c'est précisément le choix que nous sommes en train de faire au sujet de la propriété intellectuelle<sup>204</sup>. Nous aurons une société de l'information. C'est certain. Notre seul choix maintenant est entre une société de l'information *libre* et une *féodale*. Nous nous dirigeons vers une société de l'information féodale.

Lorsque cette bataille a éclaté, j'en ai parlé sur mon blog. Un débat intéressant s'en est suivi dans la partie réservée aux commentaires. Mme Boland avait un certain nombre de partisans qui tentèrent de montrer pourquoi elle avait raison. Mais il y eut un commentaire qui fut particulièrement déprimant pour moi. Un auteur anonyme écrivit :

George, vous avez mal compris Lessig : Il ne parle que du monde tel qu'il devrait être (« le but de l'OMPI, et le but de tout gouvernement, devrait être de promouvoir un bon équilibre des droits de propriété intellectuelle, pas simplement de promouvoir ces droits »), et non tel qu'il est. Si nous parlions du monde tel qu'il est, alors bien sûr Boland n'a rien dit de faux. Mais dans le monde rêvé de Lessig, bien sûr elle a tort. Toujours prendre garde à la différence entre le monde de Lessig et le nôtre.

Je n'ai pas saisi l'ironie du message la première fois que je l'ai lu. Je l'ai lu rapidement, et j'ai cru que l'auteur défendait l'idée que notre gouvernement devrait rechercher l'équilibre. (Bien sûr, ma critique de Mme Boland ne concernait pas le fait qu'elle cherche un équilibre ou non ; ma critique était que ses commentaires trahissaient une erreur digne d'un étudiant en droit de première année. Je ne me fais pas d'illusions sur l'extrémisme de notre gouvernement, qu'il soit Républicain ou Démocrate. Ma seule illusion, semble-t-il, concerne le fait que notre gouvernement doive ou non dire la vérité).

Évidemment, ce n'était pas l'idée que défendait l'auteur. Au contraire, il ridiculisait l'idée même que dans le monde réel, le « but » d'un gouvernement puisse être de « promouvoir un bon équilibre » de la propriété intellectuelle. Cette idée lui semblait évidemment idiote. Et elle trahissait, selon lui, mon propre utopisme idiot. « Typique pour un universitaire », aurait-il pu ajouter.

Je comprends qu'on me reproche d'être un universitaire utopiste. Je pense moi aussi que l'utopisme est idiot, et je serais le premier à me gausser des idéaux absurdement irréalistes des universitaires au cours de l'histoire (et pas seulement l'histoire de notre pays).

Mais s'il est devenu idiot de supposer que le rôle du gouvernement est de « chercher l'équilibre », comptez-moi parmi les idiots, car cela veut dire que c'est devenu assez grave, en effet. S'il devient évident pour chacun que le gouvernement ne recherche pas l'équilibre, que le gouvernement n'est que l'outil des lobbyistes les plus puissants, que l'idée que le gouvernement soit supposé faire autre chose est absurde, que l'idée d'attendre du gouvernement qu'il dise la vérité et non des mensonges est naïve, alors que sommes nous, la démocratie la plus puissante au monde, devenus ?

C'est peut être folie que d'attendre d'un porte-parole du gouvernement qu'il dise la vérité. C'est peut-être folie de croire que la politique du gouvernement doive être plus que l'exécutant des intérêts les plus puissants. C'est peut-être folie de soutenir que nous devrions préserver une tradition qui a été la nôtre pour l'essentiel de notre histoire — la culture libre.

Si tout cela est folie, alors qu'il y ait plus de fous ! Et vite !

**Il y a des moments** d'espoir dans ce combat. Et des moments qui surprennent. Alors que la FCC envisageait d'assouplir les lois sur la propriété, ce qui aurait eu pour conséquence d'augmenter la concentration des médias, une coalition extraordinaire s'est formée, au-delà des partis, pour combattre ce changement. Peut-être pour la première fois dans l'histoire, des intérêts aussi hétéroclites que la NRA, l'ACLU, Moveon.org, William Safire, Ted Turner, et CodePink Femmes pour la Paix se sont organisés pour s'opposer au changement de politique de la FCC. Un nombre impressionnant de lettres, 700.000, furent envoyées à la FCC, demandant plus de débats et un résultat différent.

Cet activisme n'a pas arrêté la FCC, mais peu après, une large coalition au Sénat votait l'annulation de la décision de la FCC. Les débats d'opposition qui ont conduit à ce vote ont révélé à quel point ce mouvement était devenu puissant. Il n'y avait pas de soutien substantiel à la décision de la FCC, et il y avait un soutien large et continu pour combattre toute concentration supplémentaire des médias.

Mais même ce mouvement oublie une part importante du puzzle. La taille en soi n'est pas mauvaise. La liberté n'est pas menacée simplement parce que certains deviennent très riches, ou parce qu'il y a qu'une poignée d'acteurs de taille. La qualité déplorable des Big Mac et Quarter Pounder ne veut pas dire que vous ne pouvez pas acheter un bon hamburger ailleurs.

Le danger de la concentration des médias ne vient pas de la concentration, mais du féodalisme que cette concentration produit, lié aux changements dans le droit d'auteur. Le danger n'est pas qu'un petit nombre de compagnies puissantes contrôlent une part grandissante des médias. C'est plutôt le fait que cette concentration puisse invoquer des droits aussi extensifs — des droits sur la propriété dont l'étendue est une première historique, qui la rend mauvaise.

Il est donc significatif que tant de gens se soient unis pour demander de la compétition et plus de diversité. Néanmoins, le fait que cette union soit vue comme une union contre la taille en soi n'est pas très surprenant. Nous autres américains avons l'habitude de nous opposer à ce qui est « grand », que ce soit justifié ou non. Que nous puissions être motivés pour nous battre une fois de plus contre les « grands » n'a rien de nouveau.

Il serait nouveau, et très important, si une coalition aussi importante pouvait se lever pour combattre l'extrémisme grandissant qui accompagne l'idée de « propriété intellectuelle ». Non que l'équilibre soit étranger à notre tradition ; en fait, comme j'ai essayé de le montrer, l'équilibre fait partie de notre tradition. Mais plutôt parce que la capacité de penser de manière critique à l'étendue de quelque chose appelée « propriété », n'est plus très bien exercée dans cette tradition.

Si nous étions Achille, ceci serait notre talon. Ce serait le lieu de notre perte.

**Alors que j'écris** ces derniers mots, les journaux sont remplis d'histoires au sujet des procès menés par la RIAA contre presque trois cents individus<sup>205</sup>. Eminem vient d'être poursuivi pour avoir « échantilloné » la musique de quelqu'un d'autre<sup>206</sup>. L'histoire au sujet de Bob Dylan qui a « volé » un auteur japonais vient tout juste de cesser de faire les gros titres<sup>207</sup>. Un correspondant de Hollywood (qui tient à rester anonyme) rapporte « une conversation étonnante avec les gens des studios. Ils ont des [vieux] films extraordinaires, qu'ils adoreraient utiliser, mais ils ne peuvent pas car ils ne peuvent pas acquitter les droits. Ils ont des tas de gens qui pourraient faire des choses étonnantes avec ce contenu, mais il faudrait d'abord des tas d'avocats pour en démêler les droits. » Le Congrès parle de détourner des virus informatiques afin d'attaquer les ordinateurs suspectés de violer la loi. Les universités menacent d'expulsion les étudiants qui utilisent un ordinateur pour partager du contenu.

Et pourtant de l'autre côté de l'Atlantique, la BBC vient d'annoncer qu'elle va créer une « Archive des Créations », à partir de laquelle les sujets britanniques pourront télécharger les contenus de la BBC, les éditer, mélanger, réutiliser<sup>208</sup>. Et au Brésil, le ministre de la culture, Gilberto Gil, lui-même un héros populaire de la musique brésilienne, s'est allié aux Creative Commons pour diffuser du contenu et des licences libres dans ce pays d'Amérique latine<sup>209</sup>. L'histoire que j'ai racontée est bien sombre. La vérité est plus mitigée. Une technologie nous a donné une liberté nouvelle. Lentement, certains commencent à comprendre que cette liberté ne veut pas forcément dire anarchie. Nous pouvons transposer notre culture libre dans le vingt-et-unième siècle, sans que les artistes ne soient lésés, et sans que le potentiel de la technologie numérique ne soit gâché. Il faudra des efforts de réflexion, et surtout de la volonté, pour transformer en Causby les RCA d'aujourd'hui.

Il faut que le sens commun se révolte. Il faut qu'il agisse pour libérer la culture. S'il le fait, qu'il le fasse vite.

## Postface

**Au moins une partie** de ceux qui ont lu jusqu'ici conviendront que quelque chose doit être fait pour changer la direction que nous avons prise. Le reste de ce livre décrit ce qui pourrait être fait.

Je sépare ces moyens en deux catégories : ce que chacun peut faire maintenant, et ce qui requiert l'aide des législateurs. S'il y a une leçon à tirer de l'histoire du sens commun, c'est que son évolution requiert un changement des mentalités.

Ceci veut dire que le mouvement doit commencer par la base. Il doit recruter un nombre significatif de parents, enseignants, libraires, créateurs, auteurs, musiciens, metteurs en scène, scientifiques — pour que chacun répète cette histoire à sa manière, et qu'ils expliquent à leurs voisins pourquoi ce combat est si important.

Une fois que ce mouvement aura un effet sur la base, alors il pourra avoir un effet sur Washington. Nous sommes encore une démocratie. Ce que pensent les gens joue un rôle. Pas aussi important qu'il ne devrait l'être, du moins quand une RCA s'y oppose, mais quand même un rôle. Et donc, dans la deuxième partie qui suit, je décris les changements que le Congrès pourrait entreprendre afin de mieux assurer une culture libre.

## Nous, maintenant

**Le bon sens** appartient à ceux qui s'opposent au copyright, car le débat n'a jusqu'ici été défini qu'en termes extrêmes — comme un grand *soit ceci/soit cela* : soit la propriété soit l'anarchie, soit un contrôle total soit les artistes ne seront pas payés. Si le choix est vraiment de cette nature, alors les opposants au copyright devraient l'emporter.

L'erreur consiste ici à négliger des positions médianes. Il y a des extrêmes dans ce débat mais il n'y a pas qu'eux. Il y a ceux qui croient en un copyright maximal — « Tous droits réservés » — et ceux qui le rejettent — « Libre de droits ». Les partisans du « Tous droits réservés » soutiennent que toute « utilisation » d'une œuvre soumise à copyright devrait d'abord faire l'objet d'une autorisation. Les promoteurs du « Libre de droits » pensent que vous devriez pouvoir exploiter le contenu à votre guise, que vous en ayez la permission ou non.

À sa naissance, l'architecture d'Internet s'est dans les faits rattachée à l'approche « libre de droits ». Le contenu pouvait être copié fidèlement et

facilement ; les droits ne pouvaient être aisément contrôlés. Ainsi, indépendamment du souhait de qui que ce soit, le régime effectif du copyright associé à la structure d'origine de l'Internet relevait du « Libre de droits ». Le contenu était « exploité » quels qu'en soient les droits. Tout droit était dans les faits non protégé.

Ce caractère originel engendra une réaction (opposée quoique pas de même intensité) de la part des détenteurs de copyright. Cette réaction a fait l'objet de ce livre. À travers la législation, le contentieux et les changements dans la conception du réseau, les détenteurs de copyright ont été capables de changer le caractère essentiel de l'environnement de l'Internet originel. Si l'architecture originelle faisait que le régime effectif était « Libre de droits », l'architecture future créera par défaut un régime effectif de « Tous droits réservés ». L'architecture et la loi qui entourent la conception d'Internet produiront de plus en plus un environnement où toute utilisation de contenu requerra une permission. Le monde « copier-coller » qui définit Internet aujourd'hui deviendra un monde « obtenir la permission de copier-coller » qui est un cauchemar de créateur.

Ce qu'il faut, c'est un moyen de dire quelque chose entre les deux, ni « tous droits réservés » ni « aucun droit réservé », mais « des droits réservés » — et ainsi une façon de respecter les copyrights tout en permettant aux auteurs de libérer les droits comme ils le souhaitent. En d'autres termes, nous avons besoin de rétablir un ensemble de libertés que nous tenions pour acquises auparavant.

## **Reconstruire les libertés autrefois présumées acquises : exemples**

Si vous prenez du recul par rapport à la bataille que j'ai décrite ici, vous reconnaîtrez ce problème à partir d'autres contextes. Pensez à la vie privée. Avant Internet, la plupart d'entre nous n'avait pas beaucoup à se soucier à propos des informations sur notre vie que nous diffusions au monde entier. Si vous entriez dans une librairie pour y feuilleter des œuvres de Karl Marx, vous n'aviez pas besoin de vous inquiéter des explications sur vos habitudes de lecture à donner à vos voisins ou à votre chef. La « vie privée » de vos habitudes de lecture était assurée.

Qu'est-ce qui l'assurait ?

Eh bien, si nous pensons en termes des modalités que j'ai décrites dans le chapitre 10 (p. 103), votre vie privée était assurée à cause d'une architecture inefficace pour rassembler des données, et par conséquent à cause d'une contrainte du marché (le coût) sur quiconque voulait rassembler ces données. Si vous étiez suspecté d'être un espion pour la Corée du Nord, il ne fait pas de doute pour la CIA que votre vie privée ne serait pas assurée. Mais c'est parce que la CIA trouverait (nous l'espérons) valable de dépenser les milliers de dollars nécessaires pour vous pister. Mais pour la plupart d'entre nous (là encore, nous l'espérons), l'espionnage ne vaut pas le coût. L'architecture extrêmement inefficace de l'espace réel signifie que nous jouissons tous d'une forte protection de la vie privée. Cette vie privée nous est garantie par la fric-

tion. Pas par la loi (il n'y a pas de loi protégeant la « vie privée » dans un espace public), et dans de nombreux endroits, pas par les normes (les indiscretions et les potins sont trop amusants), mais plutôt par les coûts que la friction impose à quiconque voudrait espionner.

Arrive Internet, où le coût pour surveiller la navigation en particulier est devenu dérisoire. Si vous êtes un client d'Amazon, alors tandis que vous consultez les pages, Amazon collecte les données sur ce que vous avez regardé. Vous le savez car sur un côté de la page, il y a une liste des pages « récemment consultées ». Maintenant, à cause de l'architecture du Net et de la fonction des cookies sur le Net, rien n'est plus facile que de collecter des données. La friction a disparu, et ainsi toute forme de « vie privée » protégée par la friction disparaît, également.

Amazon, bien sûr, n'est pas le problème. Mais nous pourrions commencer à nous inquiéter à propos des bibliothèques. Si vous êtes un de ces gauchistes fous qui pensent que les gens devraient avoir le « droit » de chercher dans une bibliothèque sans que le gouvernement sache quels livres vous regardez (et je suis aussi un de ces gauchistes) alors ce changement dans la technologie de surveillance pourrait vous préoccuper. S'il devient simple de rassembler et de classer qui fait quoi dans les espaces électroniques, alors la vie privée d'hier induite par la friction disparaît.

C'est cette réalité qui explique l'initiative de nombreuses personnes pour définir la « vie privée » sur Internet. C'est la reconnaissance que la technologie peut enlever ce que la friction nous donnait auparavant qui pousse de nombreuses personnes à militer pour que des lois fassent ce que la friction faisait<sup>210</sup>. Et que vous soyez en faveur de ces lois ou pas, c'est le motif qui est important ici. Nous devons faire des étapes affirmatives pour sécuriser un type de liberté dont on bénéficiait passivement auparavant. Un changement dans la technologie force maintenant ceux qui croient en la vie privée à agir affirmativement où, auparavant, la vie privée était donnée par défaut.

Une histoire similaire pourrait être racontée sur la naissance du mouvement du logiciel libre. Quand les ordinateurs avec logiciels furent mis à disposition commercialement pour la première fois, le logiciel — à la fois le code source et les binaires — était libre. Vous ne pouviez pas faire tourner un programme écrit pour une machine Data General sur une machine IBM, donc Data General et IBM ne se préoccupaient pas de contrôler leur logiciel.

C'était le monde dans lequel est né Richard Stallman, et alors qu'il était chercheur au MIT, il s'est attaché à aimer la communauté qui s'est développée avec cette liberté d'explorer et de bricoler le logiciel qui tournait sur les machines. Étant lui-même d'un genre malin, et un programmeur talentueux, Stallman considérait comme nécessaire d'avoir la liberté d'ajouter et de modifier le travail d'autres personnes.

Dans un contexte universitaire, tout du moins, ce n'est pas une idée terriblement radicale. Dans une section de mathématiques, quiconque était libre d'adapter une preuve que quelqu'un donnait. Si vous aviez une meilleure manière de prouver un théorème, vous pouviez prendre ce que quelqu'un d'autre avait fait et le modifier. Dans une section de littérature classique, si vous pensiez que la traduction faite par un collègue d'un texte récemment découvert

était imparfaite, vous étiez libre de l'améliorer. Ainsi, pour Stallman, il semblait évident que vous puissiez être libre de reprendre et d'améliorer un code qui tournait sur une machine. Ceci, également, était du savoir. Pourquoi ne serait-il pas ouvert à la critique comme n'importe quoi d'autre ?

Personne n'a répondu à cette question. À la place, le modèle de revenu dans l'informatique a changé. Comme il était devenu possible d'importer des programmes d'un système à un autre, il était devenu économiquement attractif (au moins aux yeux de certains) de cacher le code de votre programme. De même que les compagnies commençaient à vendre des périphériques pour des systèmes mainframes. Si je pouvais juste prendre le pilote de votre imprimante et le copier, alors cela serait plus facile pour moi de vendre une imprimante sur marché que ça ne l'était pour vous.

Ainsi, la pratique du code propriétaire commença à se répandre, et au début des années 1980, Stallman s'est trouvé entouré de code propriétaire. Le monde du logiciel libre avait été effacé par un changement dans l'économie de l'informatique. Et comme il le croyait, s'il n'y faisait rien, alors la liberté de changer et de partager le logiciel serait fondamentalement affaiblie.

Ainsi, en 1984, Stallman commença un projet pour construire un système d'exploitation libre, afin qu'au moins une souche de logiciel libre survive. C'était la naissance du projet GNU, dans lequel le noyau « Linux » de Linus Torvald a été ajouté pour produire le système d'exploitation GNU/Linux.

La technique de Stallman était d'utiliser la loi du copyright pour construire un monde de logiciels qui doivent rester libre. Un logiciel sous licence GPL de la Free Software Foundation ne peut pas être modifié et distribué à moins que le code source de ce logiciel soit rendu également disponible. Ainsi, qui-conque réutilisant un logiciel sous GPL doit rendre sa réutilisation libre également. Cela assurerait, croyait Stallman, qu'une écologie de code se développerait en restant libre pour que d'autres la réutilise. Son but fondamental était la liberté ; le code créatif innovant était un effet secondaire.

Stallman faisait ainsi pour le logiciel ce que les défenseurs de la vie privée font maintenant pour la vie privée. Il cherchait un moyen de reconstruire une sorte de liberté qui était prise pour acquise auparavant. À travers l'utilisation affirmative de licences qui lient du code sous copyright, Stallman récupérait affirmativement un espace où le logiciel libre survivrait. Il protégeait activement ce qui était auparavant passivement garanti.

Finalement, considérez un exemple très récent qui résonne plus directement avec l'histoire de ce livre. C'est le changement dans la manière dont les revues scientifiques et de recherche sont produites.

Alors que les technologies numériques se développaient, il devint évident pour beaucoup qu'imprimer des milliers de copies de revues chaque mois et les envoyer aux bibliothèques n'était peut-être pas la manière la plus efficace de distribuer le savoir. Au lieu de cela, les revues deviennent de plus en plus électroniques, et les bibliothèques et leurs utilisateurs se voient donner l'accès à ces revues électroniques à travers des sites protégés par mot de passe. Quelque chose de similaire à ceci est arrivé à la loi pendant presque trente ans : Lexis et Westlaw avaient des versions électroniques de rapports d'affaires disponibles pour les membres de leur service. Bien qu'un avis de la

Cour Suprême ne soit pas sous copyright, et que quiconque soit libre d'aller dans une bibliothèque et de le lire, Lexis et Westlaw sont également libres de faire payer les utilisateurs pour le privilège d'obtenir l'accès à cet avis de la Cour Suprême à travers leurs services respectifs.

Il n'y a rien de mal en général avec cela, et, en effet, la possibilité de faire payer l'accès à du contenu même du domaine public est une bonne incitation pour que gens développent des manières nouvelles et innovantes de diffusion du savoir. La loi est d'accord, c'est pourquoi Lexis et Westlaw ont pu prospérer. Et s'il n'y a rien de mal à vendre le domaine public, alors il ne devrait y avoir rien de mal, en principe, à vendre l'accès à du contenu qui n'est pas dans le domaine public.

Mais que se passe-t-il si la seule façon d'obtenir l'accès à des données sociales et scientifiques passe par des services propriétaires ? Que se passe-t-il si personne n'a la possibilité de consulter ces données excepté en payant un abonnement ?

Comme beaucoup commencent à le remarquer, c'est de plus en plus la réalité pour les revues scientifiques. Quand ces revues étaient distribuées sous forme papier, les bibliothèques pouvaient les rendre disponibles à qui-conque avait accès à la bibliothèque. Ainsi, les patients atteints de cancer pouvaient devenir des experts du cancer parce que la bibliothèque leur en donnait l'accès. Ou bien les patients essayant de comprendre les risques d'un traitement particulier pouvaient rechercher ces risques en lisant tous les articles disponibles sur ce traitement. Cette liberté était donc une fonction de l'institution des bibliothèques (les normes) et de la technologie du papier (l'architecture) — pour ainsi dire, il était très difficile de contrôler l'accès à une revue papier.

Toutefois, alors que les revues deviennent électroniques, les éditeurs exigent que les bibliothèques ne donnent pas d'accès public général aux revues. Cela signifie que les libertés données par les revues papier dans les bibliothèques publiques commencent à disparaître. Ainsi, tout comme pour la vie privée et le logiciel, un changement de technologie et le marché réduisent une liberté prise pour acquise auparavant.

Cette réduction de liberté a conduit de nombreuses personnes à prendre des mesures affirmatives pour retrouver la liberté perdue. La Public Library of Science (PLoS) (NdT : Bibliothèque Publique des sciences), par exemple, est une organisation à but non lucratif dédiée à rendre la recherche scientifique disponible à quiconque possédant une connexion à internet. Des auteurs d'ouvrages scientifiques soumettent leurs travaux à la Public Library of Science. Ces ouvrages sont ensuite soumis à revue. S'ils sont acceptés, ils sont alors déposés dans une archive publique électronique et rendus disponibles de façon permanente gratuitement. PLoS vend également une version imprimée de ses ouvrages, mais le copyright pour la version imprimée n'inhibe pas le droit de quiconque de redistribuer gratuitement l'ouvrage.

C'est un des nombreux efforts pour restaurer une liberté prise pour acquise auparavant, mais maintenant menacée par une technologie changeante et les marchés. Il n'y a pas de doute que ces alternatives sont en concurrence avec les éditeurs traditionnels et leurs efforts pour faire de l'argent à partir de

la distribution exclusive de contenu. Mais la concurrence dans notre tradition est supposée être une bonne chose — en particulier quand elle aide à diffuser la connaissance et la science.

## Reconstruire la culture libre : une idée

La même stratégie pourrait être appliquée à la culture, en tant que réaction au contrôle croissant obtenu par la loi et la technologie.

Arrive Creative Commons. Creative Commons est une société à but non lucratif fondée dans le Massachusetts, mais avec son siège à l'Université de Stanford. Son but est de construire une couche de copyright *raisonnable* par-dessus les extrêmes qui règnent actuellement. Elle le fait en rendant facile aux gens la réutilisation des œuvres d'autres personnes. De simples étiquettes, liées à des descriptions humainement lisibles, liées à des licences inattaquables, rendent ceci possible.

*Simples* — ce qui signifie sans intermédiaire, ou sans avocat. En développant un ensemble libre de licences que les gens peuvent attacher à leur contenu, Creative Commons vise à marquer une gamme de contenu qui peut être facilement, et de manière fiable, réutilisé. Ces étiquettes sont ensuite liées à des versions de la licence lisibles par la machine, qui permettent à des ordinateurs d'identifier automatiquement du contenu qui peut être facilement partagé. Ces trois couches ensembles — une licence juridique, une description humainement lisible et des étiquettes lisibles par une machine — constituent une licence Creative Commons. Une licence Creative Commons constitue une garantie de liberté à quiconque accède à la licence, et de manière plus importante, c'est une expression de l'idéal que la personne qui souscrit cette licence croit en quelque chose différent des extrêmes « Tous » ou « Aucun ». Le contenu est marqué avec la marque CC, qui ne signifie pas que le copyright est abandonné, mais que certaines libertés sont données.

Ces libertés vont au-delà des libertés promises par l'usage loyal. Leurs contours précis dépendent des choix faits par le créateur. Le créateur peut choisir une licence qui permet n'importe quel usage, du moment que l'attribution est donnée. Il peut choisir une licence qui permet seulement un usage non commercial. Il peut choisir une licence qui permet toute utilisation du moment que les mêmes libertés sont données aux autres usages (« partage et partage à l'identique »). Ou n'importe quel usage du moment qu'aucun usage dérivé n'est fait. Ou n'importe quel usage dans des pays en voie de développement. Ou n'importe quelle utilisation d'extraits, du moment qu'il n'y a pas de copie complète de l'œuvre. Ou enfin, n'importe quel usage éducatif.

Ces choix établissent ainsi une gamme de libertés supérieure à la loi du copyright par défaut. Ils permettent aussi des libertés qui vont au-delà de l'usage loyal traditionnel. Et le plus important est que ces libertés sont formulées de manière à ce que les utilisateurs ultérieurs puissent les utiliser et compter dessus sans devoir faire appel à un avocat. Creative Commons vise ainsi à construire une couche de contenu, gouvernée par une couche de loi de copyright raisonnable, que d'autres peuvent réutiliser. Des individus et des créateurs feront le choix volontaire de rendre ce contenu disponible. Et

ce contenu nous permettra en retour à reconstruire un domaine public.

C'est juste un projet parmi d'autres de Creative Commons. Et bien sûr, Creative Commons n'est pas la seule organisation recherchant de telles libertés. Mais ce qui distingue Creative Commons de beaucoup d'autres initiatives est que nous ne cherchons pas seulement à parler d'un domaine public ou à avoir l'aide des législateurs le pour construire. Notre but est de construire un mouvement de consommateurs et de producteurs de contenu (les « conducteurs de contenu » comme les appelle l'avocat Mia Garlick) qui aident à construire le domaine public et, par leur travail, démontrent son importance pour les autres créativités.

Le but n'est pas de combattre toutes les sortes de « Tous droits réservés ». Le but est de les compléter. Les problèmes que la loi nous crée en tant que culture sont causés par les conséquences folles et involontaires de lois écrites il y a des siècles, appliquées à une technologie que seul Jefferson aurait pu imaginer. Ces règles peuvent très bien avoir eu du sens face à des technologies d'il y a des siècles, mais elles n'ont pas de sens dans le contexte des technologies numériques. De nouvelles règles — avec des libertés différentes, exprimées de manière à ce que des humains sans avocat puissent les utiliser — sont nécessaires. Creative Commons donne aux gens une manière de commencer efficacement à construire ces règles.

Pourquoi les créateurs participeraient-ils en renonçant à un contrôle total ? Certains participent à une meilleure diffusion de leur contenu. Cory Doctorow, par exemple, est un auteur de science-fiction. Son premier roman, *Down and Out in the Magic Kingdom*, a été publié en ligne et gratuitement, sous une licence Creative Commons, le même jour que sa sortie en librairie.

Pourquoi un éditeur donnerait-il son accord pour cela ? Je soupçonne que son éditeur a raisonné ainsi : il y a deux groupes de personnes : (1) ceux qui vont acheter le livre de Cory qu'il soit ou non sur Internet et (2) ceux qui n'entendraient jamais parler du livre de Cory, s'il n'est pas rendu disponible gratuitement sur Internet. Une certaine partie des (1) téléchargerait le livre de Cory au lieu de l'acheter. Appelez-les les mauvais-(1). Une certaine partie des (2) téléchargerait le livre de Cory, l'aimera et décidera de l'acheter. Appelez-les les bons-(2). S'il y a plus de bons-(2) que de mauvais-(1), la stratégie de diffuser le livre de Cory gratuitement en ligne augmentera probablement les ventes du livre de Cory.

Effectivement, la suite donna clairement raison aux déductions de l'éditeur. Le premier tirage du livre fut épousé des mois avant la date prévue par l'éditeur. Ce premier roman d'un auteur de science-fiction fut un succès total.

L'idée que le contenu libre puisse augmenter la valeur du contenu non-libre a été confirmée par l'expérience d'un autre auteur. Peter Wayner, qui a écrit un livre sur le mouvement du logiciel libre intitulé *Free for All*, en fit une version électronique gratuite sous une licence Creative Commons, après que le livre imprimé fut épousé. Il a ensuite surveillé les prix du livre dans des boutiques de livres d'occasion. Comme prédict, alors que le nombre de téléchargements augmentait, le prix de ce livre d'occasion augmentait, également.

Ce sont des exemples d'utilisation des Creative Commons pour mieux diffuser du contenu propriétaire. Je crois que c'est un usage merveilleux et courant des Commons. Il y en a d'autres qui utilisent les licences Creative Commons pour d'autres raisons. Beaucoup de ceux qui utilisent la « sampling license » (NdT : licence d'échantillonnage) le font car quoi que ce soit d'autre serait hypocrite. La licence d'échantillonnage dit que les autres sont libres, dans des buts commerciaux ou non commerciaux, d'utiliser des extraits de l'œuvre sous licence ; ils ne sont simplement pas libres de mettre à disposition des copies complètes de l'œuvre. C'est cohérent avec leur propre art — eux aussi prennent des extraits chez d'autres. Parce que les coûts légaux de l'échantillonnage sont si élevés (Walter Leaphart, manager du groupe de rap Public Enemy, qui a commencé en échantillonnant la musique des autres, a affirmé qu'il ne « permettait » plus à Public Enemy d'échantillonner, parce que les coûts légaux sont trop élevés<sup>211</sup>), ces artistes diffusent dans l'environnement créatif du contenu que les autres peuvent réutiliser, afin que cette forme de créativité puisse croître.

Enfin, il y en a beaucoup qui mettent leurs contenus sous licence Creative Commons juste pour exprimer aux autres l'importance de l'équilibre dans ce débat. Si vous suivez le système tel qu'il est, vous dites effectivement que vous croyez dans le modèle « Tous droits réservés ». Tant mieux pour vous, mais beaucoup n'y croient pas. Beaucoup croient que même si cette règle est adaptée pour Hollywood et ses caprices, elle ne représente pas le point de vue de la plupart des créateurs sur les droits de leurs œuvres. La licence Creative Commons exprime cette notion de « Des droits réservés », et donne l'opportunité à beaucoup de le dire aux autres.

Dans les six premiers mois de l'expérience Creative Commons, plus d'un million d'objets furent placés sous ces licences de culture libre. L'étape suivante est des partenariats avec des fournisseurs de contenus intermédiaires pour les aider à incorporer dans leur technologie des manières simples pour que les utilisateurs marquent leur contenu avec des libertés Creative Commons. Puis l'étape suivante est d'observer et de célébrer les créateurs qui construisent du contenu en se basant sur du contenu libéré.

Ce sont les premières étapes pour reconstruire un domaine public. Ce ne sont pas de simples arguments ; ce sont des actions. Construire un domaine public est la première étape pour montrer aux gens à quel point ce domaine est important pour la créativité et l'innovation. Creative Commons compte sur des actions volontaires pour réussir cette reconstruction. Elles mèneront à un monde dans lequel plus que des actions volontaires sont possibles.

Creative Commons est juste un exemple d'efforts volontaires de la part d'individus et de créateurs pour changer le mélange des droits qui gouvernent maintenant le champ créatif. Le projet n'est pas en compétition avec le copyright ; il le complète. Son but n'est pas de vaincre les droits des auteurs, mais de rendre plus facile aux auteurs et aux créateurs l'exercice de leurs droits de façon plus souple et à bon marché. Cette différence, nous le croyons, permettra à la créativité de se répandre plus facilement.

# Eux, bientôt

**Nous ne rétablirons** pas une culture libre uniquement par l'action individuelle. Cela nécessitera aussi d'importantes réformes législatives. Un long chemin nous attend avant que les politiciens écoutent ces idées et mettent en œuvre ces réformes. Cependant, cela veut aussi dire que nous avons le temps de faire prendre conscience des changements requis.

Dans ce chapitre, je propose cinq changements : quatre qui sont d'ordre général, et un qui est spécifique au débat le plus agité d'aujourd'hui : la musique. Chacun n'est qu'une étape, pas une fin. Cependant, chacune de ces étapes nous rapprocheraient beaucoup de notre but.

## 1. D'avantage de formalités

Si vous achetez une maison, vous devez enregistrer la vente selon un acte de vente ; si vous achetez une parcelle de terrain dans le but d'y construire une maison, vous devez enregistrer cette acquisition dans un acte. Si vous achetez une voiture, vous recevez une facture et vous déclarez cette voiture. Si vous achetez un ticket d'avion, ce dernier portera votre nom.

Toutes ces formalités sont associées à la propriété. Ce sont des obligations que nous devons supporter si nous voulons que la propriété soit protégée.

A contrario, selon la loi du copyright en vigueur, vous détenez automatiquement un copyright, que vous soyez ou non en conformité avec une quelconque formalité. Vous n'avez pas à déclarer. Vous n'avez même pas à marquer votre contenu. Le contrôle est là par défaut, les « formalités » sont exclues.

Pourquoi ?

Comme je l'ai suggéré dans le chapitre 10 (p. 103), la motivation d'abolir les formalités était une bonne chose. Dans le monde antérieur aux technologies numériques, les formalités imposaient un fardeau sur les titulaires de copyright sans beaucoup de bénéfice. Ainsi, ce fut un progrès quand la loi relâcha les formalités qu'un titulaire de copyright devait remplir pour protéger et sécuriser son œuvre. Ces formalités étaient un obstacle.

Mais Internet change tout cela. Les formalités aujourd'hui n'ont pas besoin d'être un fardeau. Plutôt, c'est le monde sans formalité qui pèse sur la créativité. Aujourd'hui, il n'y a pas de moyen simple de savoir qui possède quoi, ou avec qui on doit avoir affaire afin d'utiliser ou de réutiliser les créations des autres. Il n'y a pas d'enregistrements, il n'y a pas de système pour tracer — il n'y a pas de manière simple de savoir comment obtenir la permission. Et pourtant, étant donné l'augmentation massive du champ d'application de la règle du copyright, obtenir la permission est une étape nécessaire pour tout travail qui réutilise notre passé. Et ainsi, le *manque* de formalités réduit de nombreuses personnes au silence au lieu de leur permettre de parler.

La loi devrait donc changer cette obligation<sup>212</sup> — mais elle ne devrait pas la changer en revenant à l'ancien système défectueux. Nous devrions requérir des formalités, mais nous devrions établir un système qui crée les incitations pour minimiser le poids de ces formalités.

Les formalités importantes sont au nombre de trois : marquer les œuvres sous copyright, enregistrer les copyrights, et demander le renouvellement du copyright. Traditionnellement, la première des trois était quelque chose que le titulaire du copyright faisait ; les deux autres étaient quelque chose que le gouvernement faisait. Mais un système de formalités révisé bannirait le gouvernement du processus, à l'exception de l'unique objectif d'approuver des standards développés par d'autres.

## Enregistrement et renouvellement

Dans l'ancien système, un titulaire de copyright devait s'enregistrer auprès du Copyright Office, pour y déclarer ou renouveler un copyright. En faisant cet enregistrement, le titulaire de copyright payait des frais. Comme avec la plupart des agences gouvernementales, le Copyright Office avait peu de motivation à réduire la lourdeur de l'enregistrement ; il avait également peu de motivation pour minimiser les frais. Et comme le Copyright Office n'est pas un sujet prioritaire dans la politique du gouvernement, le bureau est historiquement terriblement sous-financé. Ainsi, quand des gens qui connaissent la procédure entendent cette idée de formalités, leur première réaction est la panique — rien ne pourrait être pire que forcer les gens à avoir affaire à ce pétrin qu'est le Copyright Office.

Et pourtant il est toujours étonnant pour moi que nous, qui sommes issus d'une tradition d'innovation extraordinaire dans la conception du gouvernement, ne sachions plus penser de manière innovante à la conception des fonctions gouvernementales. Le simple fait qu'il y ait un but public dans un rôle gouvernemental, n'implique pas que le gouvernement doive véritablement l'administrer. Au contraire, nous devrions créer des incitations pour que le privé serve le public, selon les normes que le gouvernement fixe.

Concernant l'enregistrement, un modèle évident est Internet. Il existe au moins 32 millions de sites web enregistrés à travers le monde. Les titulaires de nom de domaine pour ces sites web doivent payer des frais pour maintenir leur enregistrement. Dans les domaines principaux (.com, .org, .net), il y a un enregistrement central. Les enregistrements à proprement parler sont, toutefois, effectuées par de nombreux greffiers en concurrence. Cette compétition fait baisser les coûts de l'enregistrement, et de manière plus importante, elle conduit à simplifier la procédure d'inscription.

Nous devrions adopter un modèle similaire pour l'enregistrement et le renouvellement des copyrights. Le Copyright Office peut bien servir de registre central, mais il ne devrait pas s'occuper des enregistrements. Au lieu de cela, il devrait établir une base de données, et un ensemble de normes pour les greffiers. Il devrait approuver les greffiers qui sont conformes à ces normes. Ces greffiers seraient ensuite en compétition les uns contre les autres pour délivrer les systèmes les moins onéreux et les plus simples pour enregistrer et renouveler les copyrights. Cette compétition réduirait significativement la lourdeur de cette formalité — tout en produisant un registre qui faciliterait l'obtention d'un droit d'exploitation du contenu.

## Marquage

Il fut un temps où l'oubli d'inclure une marque de copyright sur une œuvre de création signifiait que le copyright était déchu. C'était une sanction dure pour ne pas s'être conformé à un règlement — un peu comme imposer la peine de mort pour une contravention dans le monde des droits des créations. Là encore, il n'y a pas de raison qu'une obligation de marquage ait besoin d'être appliquée de cette manière. Et de manière plus importante, il n'y a pas de raison qu'une obligation de marquage doive être appliquée uniformément à tous les médias.

Le but du marquage est de signaler au public que cette œuvre est sous copyright et que l'auteur veut appliquer ses droits. La marque facilite également la localisation d'un titulaire de copyright pour assurer la permission d'utiliser l'œuvre.

Un des problèmes auquel le système du copyright a été confronté tôt, était que des œuvres différentes sous copyright devaient être marquées différemment. Il n'était pas précisé comment et où une statue, un disque, ou un film devaient être marqués. Une nouvelle obligation de marquage pourrait résoudre ces problèmes en reconnaissant les spécificités de chaque support, et en autorisant le système de marquage à évoluer avec les possibilités offertes par les technologies. Le système pourrait rendre possible un signal spécial venant de l'absence de marquage — pas la perte du copyright, mais la perte du droit de pénaliser quelqu'un pour ne pas avoir obtenu la permission au préalable.

Commençons avec le dernier point. Si un titulaire de copyright permet que son œuvre soit publiée sans indication de copyright, la conséquence de cette absence ne doit pas être la perte du copyright. La conséquence serait plutôt que tout le monde a le droit d'utiliser cette œuvre, jusqu'à ce que l'ayant droit s'en plaigne, démontre que c'est son œuvre, et qu'il ne donne pas la permission de l'utiliser<sup>213</sup>. La signification d'une œuvre non marquée serait donc « utilisez-la à moins que quelqu'un ne s'en plaigne ». Si quelqu'un s'en plaint, alors l'obligation serait de ne plus l'utiliser à partir de ce moment dans de nouvelles créations, bien qu'aucune pénalité ne soit exigible pour les utilisations existantes. Cela créerait une forte incitation pour que les titulaires de copyright marquent leur œuvre.

Cela soulève en retour la question sur comment l'œuvre devrait être marquée au mieux. Là encore, le système a besoin de s'adapter alors que les technologies évoluent. La meilleure manière de s'assurer que le système s'adapte est de limiter le rôle du Copyright Office à celui d'approuver des normes de marquage de contenu développées ailleurs.

Par exemple, si une association d'industrie du disque concevait une méthode pour marquer les CDs, elle la proposerait au Copyright Office. Le Copyright Office tiendrait une séance, dans laquelle d'autres propositions pourraient être faites. Le Copyright Office sélectionnerait ensuite la proposition qu'elle juge préférable, et elle baserait ce choix *uniquement* sur sa capacité à être la mieux intégrée dans le système d'enregistrement et de renouvellement. Nous ne compterions pas sur le gouvernement pour innover ; mais nous compterions sur le gouvernement pour garder le produit de l'innovation

en accord avec ses autres fonctions importantes.

Enfin, marquer le contenu clairement simplifierait les exigences d'enregistrement. Si les photographies étaient marquées par auteur et par année, il y aurait peu de raisons pour ne pas permettre à un photographe d'enregistrer à nouveau, par exemple, toutes les photographies prises durant une année particulière, rapidement en une fois. Le but de cette formalité n'est pas de gêner le créateur ; le système lui-même devrait rester le plus simple possible.

L'objectif des formalités est de clarifier les choses. Le système existant ne fait rien pour clarifier les choses. En effet, il semble être conçu pour rendre les choses confuses.

Si des formalités telles que l'enregistrement étaient réinstaurées, une des difficultés majeures quand on compte sur le domaine public serait levée. Il serait simple d'identifier quel contenu est présumé libre ; il serait simple d'identifier qui contrôle les droits pour un type particulier de contenu, il serait simple de déclarer ces droits, et de renouveler cette déclaration au moment approprié.

## 2. Une durée plus courte

La durée du copyright est allée de quarante ans à quatre-vingtquinze ans pour les auteurs personnes morales, et à la vie de l'auteur plus soixante-dix ans pour les auteurs personnes physiques.

Dans *L'Avenir des idées*, j'ai proposé une durée de soixantequinze ans, accordée par périodes de cinq ans avec une obligation de renouvellement tous les cinq ans. Cela semblait assez radical à l'époque. Mais après que nous ayons perdu *Eldred contre Ashcroft*, les propositions sont devenues encore plus radicales. *The Economist* a soutenu une proposition pour une durée de copyright de quarante-cinq ans<sup>214</sup>. D'autres ont proposé d'attacher la durée à la durée des brevets.

Je suis d'accord avec ceux qui croient que nous avons besoin d'un changement radical dans la durée du copyright. Mais que ce soit quarante-cinq ou soixantequinze ans, il y a quatre principes qu'il est important de garder à l'esprit concernant la durée du copyright.

1. *Gardez-la courte* : la durée devrait être aussi longue que nécessaire pour donner l'incitation de créer, mais pas plus longue. Si elle était liée à des protections très fortes des auteurs (afin que les auteurs puissent récupérer des droits des éditeurs), les droits pour la même œuvre (pas les œuvres dérivées) pourraient être étendus davantage. La clé est de ne pas attacher l'œuvre à des réglementations légales quand elle ne bénéficie plus à un auteur.
2. *Gardez-la simple* : la ligne entre le domaine public et le contenu protégé doit rester claire. Les avocats aiment le flou de l'« usage loyal », et la distinction entre « les idées » et « l'expression ». Ce genre de loi leur donne beaucoup de travail. Mais nos premiers législateurs avaient une idée plus simple en tête : protégé contre non protégé. L'intérêt d'une durée courte est qu'il est peu nécessaire d'inclure des cas d'exceptions

dans le copyright lorsque cette durée reste courte. Une « zone sans avocat » claire et active rend moins nécessaire de faire appel aux complexités de l'« usage loyal » et de l'« idée/expression ».

3. *Gardez-la vivante* : le renouvellement de copyright devrait être nécessaire. En particulier si la durée maximale est longue, le titulaire du copyright devrait être obligé de signaler de manière périodique qu'il veut que la protection continue. Cela ne doit pas être une contrainte onéreuse, mais il n'y a pas de raison que ce monopole de protection soit accordé gratuitement. En moyenne, cela prend quatre-vingt-dix minutes pour qu'un vétéran fasse une demande de pension<sup>215</sup>. Si nous infligeons cette contrainte aux vétérans, je ne vois pas pourquoi nous n'exigerions pas des auteurs qu'ils passent dix minutes tous les cinquante ans pour remplir un unique formulaire.
4. *Gardez-la prospective* : quelle que soit la durée que doit avoir le copyright, la leçon la plus claire que les économistes enseignent est qu'une durée une fois accordée ne devrait pas être étendue. C'était peut-être une erreur en 1923 de la part de la loi que d'offrir aux auteurs une durée de seulement cinquante-six ans. Je ne le pense pas, mais c'est possible. Si c'était une erreur, alors la conséquence est qu'il y avait moins d'auteurs qui créaient en 1923 que nous n'aurions eu sinon. Mais nous ne pouvons pas corriger cette erreur aujourd'hui en augmentant la durée. Peu importe ce que nous faisons aujourd'hui, nous n'augmenterons pas le nombre d'auteurs qui ont écrit en 1923. Bien sûr, nous pouvons augmenter la récompense de ceux qui écrivent maintenant (ou alternativement, augmenter le poids du copyright qui étouffe de nombreuses œuvres qui sont aujourd'hui invisibles). Mais augmenter leur récompense n'augmentera pas leur créativité en 1923. Ce qui n'est pas fait n'est pas fait, et il n'y a rien que nous puissions y faire maintenant.

Ces modifications mises ensembles devraient produire une durée *moyenne* de copyright bien plus courte que la durée actuelle. Jusqu'en 1976, la durée moyenne était juste de 32,2 ans. Nous devrions viser la même chose.

Il ne fait pas de doute que les extrémistes qualifieront ces idées de « radicales ». (Après tout, je les appelle « extrémistes ».) Mais là encore, la durée que j'avais recommandée était plus longue que la durée sous Richard Nixon. À quel point est-ce « radical » de demander une loi du copyright plus généreuse que ce qu'elle était sous Richard Nixon ?

### 3. Usage libre contre usage loyal

Comme je l'ai observé au début de ce livre, la loi de la propriété accordait à l'origine aux propriétaires le droit de contrôler leur propriété du sol jusqu'au paradis. L'avion est arrivé. La portée des droits de propriété changea rapidement. Il n'y a pas eu de scandale, ni de défi constitutionnel. Cela n'avait plus de sens d'accorder autant de contrôle, étant donné l'émergence de cette nouvelle technologie.

Notre Constitution donne au Congrès le pouvoir de donner aux auteurs un « droit exclusif » à « leurs écrits ». Le Congrès a donné aux auteurs un

droit exclusif à « leurs écrits » ainsi qu'à tout écrit dérivé (fait par d'autres) suffisamment proche de l'œuvre originale de l'auteur. Ainsi, si j'écris un livre, et que vous faites un film basé sur ce livre, j'ai le pouvoir de vous refuser le droit de sortir ce film, même si ce film n'est pas « mon écrit ».

Le Congrès a accordé les débuts de ce droit en 1870, lorsqu'il a étendu le droit exclusif du copyright pour y inclure le droit de contrôler les traductions et la théâtralisation d'une œuvre<sup>216</sup>. Les tribunaux l'ont ensuite étendu lentement par interprétation judiciaire. Cette expansion a été commentée par un des meilleurs juges, le Juge Benjamin Kaplan.

Nous nous sommes tellement habitués à l'extension du monopole à une vaste gamme de soi-disant œuvres dérivées, que nous ne sentons plus l'étrangeté d'accepter un tel agrandissement du copyright, tout en psalmodiant pourtant l'abracadabra d'une idée et expression.<sup>217</sup>

Je pense qu'il est temps de reconnaître qu'il y a des avions dans ce champ et que l'expansion de ces droits d'usage dérivé n'a plus de sens. Plus précisément, ils n'ont pas de sens sur la période pendant laquelle le copyright s'applique. Et ils n'ont pas de sens en tant qu'allocation amorphe. Considérez chacune de ces limitations l'une après l'autre.

*Durée* : si le Congrès veut accorder un droit dérivateif, alors ce droit devrait avoir une durée bien plus courte. Cela a un sens de protéger le droit de John Grisham de vendre les droits du film issu de son dernier roman (ou du moins je veux bien supposer qu'il y en a) ; mais cela n'a pas de sens qu'il ait la même durée que le copyright sous-jacent. Le droit dérivateif pourrait être important pour inciter à la créativité ; il n'est pas important longtemps après la réalisation de l'œuvre.

*Portée* : de la même manière, la portée des droits dérivateifs devrait être réduite. Une fois de plus, il y a certains cas où les droits dérivateifs sont importants. Ceux-ci devraient être spécifiés. Mais la loi devrait tracer une ligne claire entre les usages réglementés et non réglementés de contenu sous copyright. Quand toutes les « réutilisations » d'une création étaient sous le contrôle des entreprises, peut-être que cela avait un sens de faire appel à des avocats pour négocier les lignes. Cela n'a plus de sens que des avocats négocient les lignes. Pensez à toutes les possibilités de création offertes par les technologies numériques ; imaginez maintenant un déversement de mélasse dans les machines. C'est ce que cette exigence générale de permission fait au processus créatif. Elle l'étouffe.

C'est ce qu'Alben a montré en décrivant l'élaboration du CD Clint Eastwood. Alors qu'il est logique de demander la négociation pour des droits dérivateifs prévisibles — tirer un film d'un livre, ou une piste musicale d'un poème — cela n'a pas de sens de demander à négocier pour l'imprévisible. Ici, un droit statutaire aurait eu beaucoup plus de sens.

Dans chacun de ces cas, la loi devrait marquer les usages qui sont protégés, et la présomption devrait être que les autres usages ne sont pas protégés. C'est l'inverse de la recommandation de mon collègue Paul Goldstein<sup>218</sup>. Son point de vue est que c'est la loi qui devrait être écrite afin que des protections étendues suivent des usages étendus.

Les analyses de Goldstein seraient totalement pertinentes si le coût du système légal était faible. Mais comme nous le voyons actuellement dans le contexte d'Internet, l'incertitude sur l'étendue de la protection, et les incitations pour protéger les modèles de revenu existants, combinées avec un copyright fort, affaiblissent le processus d'innovation.

La loi pourrait remédier à ce problème soit en enlevant la protection au-delà de la partie explicitement tracée ou en accordant des droits de réutilisation selon certaines conditions statutaires. Dans tous les cas, l'effet serait de libérer une grande partie de la culture pour que d'autres la cultivent. Et sous un régime de droits statutaires, cette réutilisation rapporterait plus de revenus aux artistes.

## 4. Libérer la musique, à nouveau

La bataille qui provoqua toute cette guerre concerne la musique, donc il ne serait pas juste de terminer ce livre sans aborder le problème qui est, pour la plupart des gens, le plus pressant — la musique. Il n'y a pas de problème de politique qui puisse mieux enseigner les leçons de ce livre que les batailles autour du partage de musique.

L'attrait de la musique par partage de fichiers a été la cocaïne de la croissance d'Internet. Elle a stimulé les demandes d'accès à Internet plus fortement que toute autre application. C'était l'application « mortelle » d'Internet — probablement dans les deux sens du terme. C'est sans aucun doute l'application qui a conduit à l'augmentation de la bande passante. Elle est peut-être bien l'application qui a conduit aux demandes de réglementations qui vont finalement tuer l'innovation sur le réseau.

Le but du copyright, par rapport au contenu en général et à la musique en particulier, est de créer les incitations pour que la musique soit composée, jouée et, c'est le plus important, diffusée. La loi le fait en donnant un droit exclusif à un compositeur pour contrôler les exécutions publiques de son œuvre, et à un artiste interprète pour contrôler les copies de son interprétation.

Les réseaux d'échange de fichiers compliquent ce modèle en rendant possible la diffusion de contenu pour lequel l'interprète n'a pas été payé. Mais bien sûr, ce n'est pas tout ce que les réseaux de partage de fichiers permettent. Comme je l'ai décrit dans le chapitre 5 (p. 61), ils permettent quatre différents types de partage :

- A. Il y en a certains qui utilisent les réseaux de partage comme substituts à l'achat de CDs.
- B. Il y en a aussi certains qui utilisent les réseaux de partage pour écouter des extraits, afin d'acheter des CDs.
- C. Il y en a beaucoup qui utilisent les réseaux de partage de fichier pour accéder à du contenu qui n'est plus vendu mais qui est encore soumis au copyright, ou qu'il serait trop compliqué d'acheter sur Internet.
- D. Il y a beaucoup qui utilisent les réseaux de partage de fichiers pour accéder à du contenu qui n'est pas sous copyright ou pour avoir un accès que le titulaire du copyright approuve totalement.

Toute réforme de la loi doit garder en vue ces différents usages. Elle doit éviter de gêner le type D même si elle vise à éliminer le type A. L'avidité avec laquelle la loi cherche à éliminer le type A, de plus, doit dépendre de la magnitude du type B. Tout comme avec les magnétoscopes, si l'effet total du partage n'est pas très nuisible, le besoin de réglementation devient considérablement plus faible.

Comme je l'ai dit dans le chapitre 5 (p. 61), la nuisance réelle est sujette à controverse. Dans l'objectif de ce chapitre, toutefois, je suppose que le mal est réel. Je suppose, en d'autres termes, que le type A de partage est bien plus grand que le type B, et est l'utilisation dominante des réseaux de partage.

Néanmoins, il y a un fait crucial à propos du contexte technologique actuel que nous devons garder à l'esprit si nous voulons comprendre comment la loi devrait répondre.

Aujourd'hui, le partage de fichiers est addictif. Dans dix ans, il ne le sera plus. Il est addictif aujourd'hui parce que c'est la manière la plus facile d'avoir accès à une large palette de contenu. Ce ne sera pas le moyen le plus facile d'avoir un tel accès dans dix ans. Aujourd'hui, l'accès à Internet est fastidieux et lent — nous, aux États-Unis, sommes chanceux d'avoir du haut débit à 1,5 mégabit, et nous avons très rarement un service à cette vitesse à la fois en émission et en réception. Bien que l'accès sans fil augmente, la plupart d'entre nous utilise une connexion filaire. La plupart d'entre nous ne peut se connecter qu'avec une machine avec un clavier. L'idée d'un Internet toujours allumé, toujours connecté est principalement juste un fantasme.

Mais cela va devenir une réalité, et cela signifiera que la manière dont nous accédons à Internet aujourd'hui est une technologie en transition. Les faiseurs de politique ne devraient pas faire de politique sur la base d'une technologie en transition. Ils devraient faire une politique en fonction du devenir de la technologie. La question ne devrait pas être, comment la loi devrait réglementer le partage dans ce monde ? La question devrait être, qu'attendra-t-on de la loi quand le réseau deviendra ce qu'il est clairement en train de devenir ? Ce réseau dans lequel toute machine électrique est essentiellement sur le Net ; dans lequel où que vous soyez — excepté peut-être dans le désert des Rocheuses — vous pouvez être instantanément connecté à Internet. Imaginez Internet aussi omniprésent que le meilleur service de téléphonie mobile, où en actionnant un appareil, vous êtes connecté.

Dans ce monde-là, il sera extrêmement facile de se connecter à des services qui vous donnent accès à du contenu à la volée — tels que des webradios, le contenu étant diffusé à l'utilisateur sur demande. Ici, donc, c'est le point critique : quand il devient extrêmement facile de se connecter à des services qui donnent accès à du contenu, il deviendra *plus facile* de se connecter à ces services que de télécharger et stocker ce contenu *sur tous les nombreux appareils où vous voudrez le jouer*. Il sera plus facile, en d'autres termes, de s'inscrire que d'être un gestionnaire de base de données, comme le sont finalement tous ceux qui font du téléchargement-partage de type Napster. Les services de contenu rivaliseront avec le partage de contenu, même si les services font payer pour le contenu auquel ils donnent accès. Il y a déjà des services pour téléphones portables au Japon qui offrent de la musique (payante) diffusée

sur les téléphones portables (améliorés avec des prises casque). Les Japonais payent pour ce contenu même si du contenu « gratuit » au format MP3 est disponible sur le web<sup>219</sup>.

Cette idée sur le futur a pour but de suggérer une perspective sur le présent : il est catégoriquement temporaire. Le « problème » avec le partage de fichiers — dans la mesure où il y a un problème réel — est un problème qui va de plus en plus disparaître alors qu'il deviendra plus facile de se connecter à Internet. Et ainsi c'est une erreur extraordinaire de la part des faiseurs de politique que de « résoudre » ce problème à la lumière d'une technologie qui ne sera plus là demain. La question ne devrait pas être comment réglementer Internet pour éliminer le partage de fichiers (l'évolution du Net fera disparaître ce problème). La question devrait plutôt être comment garantir que les artistes sont payés, pendant cette transition entre les modèles commerciaux du vingtième siècle et les technologies du vingt-et-unième siècle.

La réponse commence en reconnaissant qu'il y a ici différents « problèmes » à résoudre. Commençons par le contenu de type D — le contenu sans copyright ou le contenu sous copyright que l'artiste veut voir partagé. Le « problème » avec ce contenu est de s'assurer que la technologie qui permettra ce genre de partage ne soit pas rendue illégale. Vous pouvez le penser de cette manière : les cabines téléphoniques sont utilisées pour faire des demandes de rançon, sans doute. Mais beaucoup de ceux qui ont besoin d'utiliser les cabines téléphoniques n'ont rien à voir avec des demandes de rançon. Ce serait une erreur de supprimer les cabines téléphoniques pour ne plus avoir d'enlèvements.

Le contenu de type C soulève un « problème » différent. C'est du contenu qui était, à une époque, publié et qui n'est plus disponible. Il n'est peut-être plus disponible parce que l'artiste n'a plus assez de valeur pour la maison de disques avec laquelle il a signé pour porter son œuvre. Ou il n'est peut-être plus disponible parce que l'œuvre est oubliée. De toutes les façons, le but de la loi devrait être de faciliter l'accès à ce contenu, idéalement d'une manière qui rapporte quelque chose à l'artiste.

Ici encore, le modèle est celui de la librairie. Une fois qu'un livre est épuisé, il peut être encore disponible dans des librairies et des revendeurs de livres d'occasion. Mais les librairies et les bouquineries ne payent pas le titulaire du copyright quand quelqu'un lit ou achète un livre épuisé. Cela a complètement du sens, bien sûr, étant donné que n'importe quel autre système serait si pénible qu'il éliminerait la possibilité pour des bouquineries d'exister. Mais du point de vue de l'auteur, ce « partage » de son contenu sans compensation est moins qu'idéal.

Le modèle des livres d'occasion suggère que la loi pourrait simplement considérer la musique épuisée de la même façon. Si l'éditeur ne rend pas disponible à la vente des copies de la musique, alors les distributeurs commerciaux et non commerciaux seraient libres, sous cette règle, de « partager » ce contenu, même si le partage implique de faire une copie. La copie ici serait sans importance pour la transaction ; dans un contexte où la publication commerciale est terminée, vendre de la musique devrait être aussi libre que de vendre des livres.

Ou bien, la loi pourrait créer une licence statutaire qui assurerait que les artistes obtiendraient quelque chose pour la vente de leur travail. Par exemple, si la loi fixait un taux statutaire bas pour le partage commercial de contenu qui n'est plus en vente par un éditeur commercial, et si ce taux était automatiquement transféré à une administration au bénéfice de l'artiste, alors des affaires pourraient se développer autour de l'idée du partage de ce contenu, et les artistes pourraient bénéficier de ce commerce.

Ce système créerait également une incitation pour que les éditeurs continuent à commercialiser les œuvres. Les œuvres disponibles à la vente ne seraient pas soumises à cette licence. Ainsi, les éditeurs pourraient protéger le droit de faire payer ce qu'ils veulent pour une œuvre qui reste commercialisée. Mais si l'œuvre n'est plus commercialisée, et si au lieu de cela, les disques durs des ordinateurs de fans du monde entier la gardent vivante, alors tout droit d'auteur dû pour une telle copie devrait être moins élevé que le montant dû à un éditeur commercial.

Le cas difficile est celui du contenu de type A et B, et là encore, ce cas est difficile seulement parce que la portée du problème va changer au fur et à mesure des changements de technologie pour accéder au contenu. La solution de la loi devrait être aussi flexible que le problème, en comprenant que nous sommes au cœur d'une transformation radicale dans la technologie de distribution et d'accès au contenu.

Voici donc une solution qui semblera à première vue très étrange aux deux camps de ce conflit, mais qui à la réflexion, je le souhaite, devrait avoir quelque sens.

Une fois expurgée toute la rhétorique sur la sainteté de la propriété, la revendication basique de l'industrie du contenu est la suivante : une nouvelle technologie (Internet) a fait du tort à un ensemble de droits qui sécurisent le copyright. Si ces droits doivent être protégés, alors l'industrie du contenu devrait obtenir une compensation pour ce préjudice. Tout comme l'industrie du tabac a nui à la santé de millions d'américains, ou que l'utilisation de l'amiante a provoqué de graves maladies pour des milliers de mineurs, alors, également, la technologie des réseaux numériques a fait du tort aux intérêts de l'industrie du contenu.

J'aime Internet, et donc je n'aime pas l'assimiler au tabac ou à l'amiante. Mais l'analogie est juste du point de vue de la loi. Et elle suggère une réponse juste : plutôt que de chercher à détruire Internet, ou les technologies p2p qui portent actuellement préjudice aux fournisseurs de contenu sur Internet, nous devrions trouver une manière relativement simple de donner une compensation à ceux qui en sont victimes.

L'idée serait de repartir d'une proposition qui a été lancée par William Fisher, professeur de droit à Harvard<sup>220</sup>. Fisher propose un moyen très ingénieux pour sortir de l'impasse actuelle d'Internet. Selon son plan, tout contenu pouvant être transmis numériquement serait (1) marqué avec un filigrane numérique (ne vous faites pas de souci sur la facilité avec laquelle on peut leur échapper ; comme vous allez le voir, il n'y a pas d'intérêt à leur échapper). Une fois que le contenu est marqué, alors des entrepreneurs développeraient (2) des systèmes pour surveiller combien d'exemplaires de

chaque contenu seraient distribués. Sur la base de ces nombres, alors (3) les artistes recevraient une compensation. La compensation serait payée par (4) une taxe appropriée.

La proposition de Fisher est prudente et complète. Elle soulève un million de questions, auxquelles pour la plupart il répond dans son prochain livre *Promises to Keep*. La modification que j'apporterais est relativement simple : Fisher imagine que sa proposition remplacerait le système de copyright existant. J'imagine qu'elle compléterait le système existant. Le but de la proposition serait de faciliter la compensation dans la mesure où le préjudice causé pourrait être démontré. Cette compensation serait temporaire, visant à faciliter une transition entre les régimes. Et il faudrait la renouveler après quelques années. À ce moment-là, si elle reste pertinente pour faciliter les échanges libres de contenu, soutenus par un système de taxation, alors elle pourrait être prolongée. Si cette forme de protection n'est plus nécessaire, alors le système serait abandonné avec l'ancien système de contrôle d'accès.

Fisher rechignerait à l'idée de permettre l'abandon du système. Son but n'est pas juste d'assurer que les artistes soient payés, mais également d'assurer que le système couvre le domaine de la « démocratie sémiotique » le plus largement possible. Mais les objectifs de la démocratie sémiotique seraient satisfaits si d'autres changements que j'ai décrits étaient appliqués — en particulier, la limitation des usages dérivés. Un système qui ferait simplement payer l'accès ne gènerait pas considérablement la démocratie sémiotique, s'il y avait ensuite peu de limitations sur les droits d'utilisation du contenu lui-même.

C'est évident qu'il serait difficile de calculer le montant véritable du « préjudice » causé à une industrie. Mais la difficulté de faire ce calcul serait largement compensée par le bénéfice de faciliter l'innovation. Ce système de compensation n'aurait pas non plus besoin d'interférer avec des offres innovantes telles que le MusicStore d'Apple. Comme le prédisaient les experts quand Apple a lancé le MusicStore, il pourrait battre le « gratuit » car plus facile d'utilisation. Cela s'est avéré juste : Apple a vendu des millions de chansons même au prix très élevé de 99 cents par chanson. (À 99 cents, le coût est équivalent au prix d'un CD par chanson, alors que les maisons de disques n'ont pas de frais de production d'un CD). Real Networks fit une offre concurrente d'Apple, avec un prix de 79 centimes par chanson. Et il ne fait aucun doute qu'il y aura une compétition acharnée pour offrir et vendre de la musique en ligne.

Cette concurrence à l'encontre de la musique « gratuite » des systèmes p2p a déjà fait son apparition. Comme le savent les vendeurs de télévision par câble depuis trente ans, et les vendeurs d'eau en bouteille depuis plus longtemps que cela, il n'est pas du tout impossible d'« être en concurrence avec le gratuit ». En effet, la compétition incite plutôt les concurrents à offrir des produits nouveaux et meilleurs. C'est précisément le but du marché concurrentiel. Ainsi à Singapour, malgré un piratage répandu, les salles de cinéma sont souvent luxueuses — avec des sièges « première classe », et des repas servis pendant que vous regardez un film — car elles luttent et réussissent à trouver des moyens pour concurrencer le « gratuit ».

Ce régime concurrentiel, avec un talon pour garantir que les artistes ne sont pas lésés, favoriserait de nombreuses innovations dans la distribution de contenu. Cette concurrence réduirait toujours plus le partage de type A. Elle inspirerait un éventail extraordinaire de nouveaux innovateurs — ceux qui auraient un droit sur le contenu, et qui ne craindraient plus les sanctions de la loi, incertaines et d'une sévérité barbare.

En somme, donc, ma proposition est la suivante :

Internet est en transition. Nous ne devrions pas réglementer une technologie en transition. Nous devrions plutôt réglementer pour minimiser les préjudices causés par ce changement technologique, tout en permettant, et en encourageant, les technologies les plus efficaces que nous puissions créer.

Nous pouvons minimiser ce préjudice tout en maximisant le bénéfice de l'innovation en :

1. garantissant le droit de s'engager dans le type D de partage ;
2. permettant le partage non commercial de type C sans contrainte, et le partage commercial de type C à un taux bas et fixé par décret ;
3. pendant cette transition, taxant et compensant pour le partage de type A, dans la mesure où le véritable préjudice est démontré.

Mais si le « piratage » ne disparaissait pas ? Et s'il y avait un marché concurrentiel avec des offres de contenu à un coût bas, mais qu'un nombre important de consommateurs continuent à « prendre » ce contenu pour rien ? La loi devrait-elle alors faire quelque chose ?

Oui, elle devrait. Mais, encore, ce qu'elle devrait faire dépend de comment la situation se développe. Ces changements peuvent ne pas éliminer le partage de type A. Mais le vrai problème n'est pas si cela élimine le partage en théorie. Le vrai problème est son effet sur le marché. Est-ce mieux (a) d'avoir une technologie qui est sécurisée à 95 pour cent et qui produit un marché de taille  $x$ , ou (b) d'avoir une technologie qui est sécurisée à 50 pour cent mais qui produit un marché de cinq fois  $x$  ? Le moins sécurisé pourrait produire plus de partage non autorisé, mais il est susceptible de produire également un marché bien plus gros dans le partage autorisé. La chose la plus importante est d'assurer la compensation des artistes sans casser Internet. Une fois ceci assuré, alors il serait bien approprié de trouver des manières de traquer les petits pirates.

Mais la route est longue avant de réduire le problème à ce sous-ensemble de partageurs de type A. Et jusqu'à ce que nous y arrivions on ne devrait pas se focaliser sur la recherche de moyens pour casser Internet. D'ici là on devrait se concentrer sur comment garantir la rémunération des artistes, tout en protégeant l'espace pour l'innovation et la créativité qu'est Internet.

## 5. Virer beaucoup d'avocats

Je suis un avocat. Je gagne ma vie en formant des avocats. Je crois en la loi. Je crois en la loi du copyright. En effet, j'ai consacré ma vie à travailler dans le droit, pas parce c'est qu'il y a beaucoup d'argent à se faire mais parce qu'il y a certains idéaux qu'à la fin j'aimerais vivre.

Et pourtant une grande partie de ce livre a été une critique des avocats, ou du rôle qu'ont joué les avocats dans ce débat. La loi parle aux idéaux, mais de mon point de vue, notre profession est devenue trop à l'écoute du client. Et dans un monde où les clients riches ont un point de vue tranché, le refus de la profession de remettre en question ou de contrer ce point de vue fort met la loi dans une position difficile.

La preuve de cette inclinaison est flagrante. Je suis attaqué en tant que « radical » par de nombreux représentants de la profession, et pourtant les positions pour lesquelles je me bats sont précisément les positions de certaines des figures les plus modérées et importantes dans l'histoire de cette branche de la loi. Nombreux, par exemple, sont ceux qui ont trouvé insensé le défi que nous avions mené face au Copyright Term Extension Act. Et pourtant il y a juste trente ans, l'universitaire et juriste dominant dans le champ du copyright, Melville Nimmer, trouvait cela évident<sup>221</sup>.

Toutefois, ma critique du rôle que les avocats ont joué dans ce débat n'est pas juste à propos d'un biais professionnel. Elle est de manière plus importante à propos de notre échec à véritablement calculer les coûts de la loi.

Les économistes sont supposés être bons pour calculer les coûts et les bénéfices. Mais le plus souvent, les économistes, sans aucune idée claire sur la façon dont le système légal fonctionne, supposent simplement que les coûts de transaction du système légal sont faibles<sup>222</sup>. Ils voient un système qui existe depuis des siècles, et ils supposent qu'il fonctionne de la manière que leurs cours d'éducation civique de l'école élémentaire leur ont appris.

Mais le système légal ne fonctionne pas. Ou plus précisément, il ne fonctionne pour personne excepté pour ceux qui ont le plus de ressources. Non pas parce que le système est corrompu. Je ne pense pas du tout que notre système légal (au niveau fédéral, tout du moins) soit corrompu. Je veux simplement dire que les coûts de notre système légal sont si étonnamment élevés que la justice ne peut en pratique jamais être faite.

Ces coûts distordent la culture libre de nombreuses façons. Le temps d'un avocat est facturé dans les plus grandes firmes à plus de 400 dollars de l'heure. Combien de temps un vrai avocat devrait-il passer à lire attentivement les dossiers, ou à rechercher des détails obscurs ? La réponse est, de plus en plus, une triste réalité : très peu. La loi dépendait de l'articulation attentive et du développement de la doctrine, mais l'articulation attentive et le développement d'une doctrine légale dépendent d'un travail attentif. Et pourtant ce travail attentif coûte trop cher, excepté pour les dossiers les plus notoires et donc les plus coûteux.

Le coût, la maladresse et le caractère aléatoire de ce système se moquent de notre tradition. Et les avocats, tout comme les universitaires, devraient considérer que c'est leur devoir de changer la manière dont fonctionne la justice — ou mieux, de changer la loi afin qu'elle fonctionne. C'est une mauvaise chose que le système fonctionne bien uniquement pour les un pour cent des clients les plus riches. Il pourrait être radicalement plus efficace, et économique, et ainsi radicalement plus juste.

Mais jusqu'à ce que cette réforme soit complète, nous, en tant que société, devrions tenir éloignée la loi des zones où nous savons qu'elle n'y fera que des

dégâts. Et c'est précisément ce que la loi fera trop souvent si une trop grande part de notre culture est laissée à son examen.

Pensez aux choses étonnantes que votre enfant pourrait faire avec les technologies numériques — le film, la musique, la page web, le blog. Ou pensez aux choses étonnantes que votre communauté pourrait faire plus facilement avec la technologie numérique — un wiki, une levée de fonds, l'activisme pour changer quelque chose. Pensez à toutes ces choses créatives, et ensuite imaginez de la mélasse froide versée dans les machines. C'est ce que tout régime qui requiert la permission produit. Encore une fois, c'est la réalité de la Russie de Brejnev.

La loi devrait réglementer certaines zones de la culture — mais elle devrait réglementer la culture seulement là où la réglementation fait du bien. Et pourtant les avocats remettent rarement en question leur pouvoir, ou le pouvoir qu'ils promeuvent, en répondant à une simple question pragmatique : « Causera-t-il du bien ? » Quand ils sont questionnés à propos de l'étendue croissante de la loi, les avocats répondent « Pourquoi pas ? »

Nous devrions demander « Pourquoi ? » Montrez-moi pourquoi votre réglementation de la culture est nécessaire. Montrez-moi en quoi elle est bonne. Et tant que vous ne pouvez pas me montrer les deux, tenez vos avocats éloignés.

## Notes

Tout au long de ce texte, il y a des références à des liens sur le Web. Comme toute personne ayant essayé d'utiliser le Web le sait, ces liens peuvent être hautement instables. J'ai essayé de remédier à cette instabilité en redirigeant les lecteurs à la source originelle via le site Web associé à ce livre. Pour chaque lien, vous pouvez aller sur <http://free-culture.cc/notes> et localiser la source en cliquant sur le nombre après le signe #. Si le lien originel est resté vivant, vous y serez redirigé. Si le lien originel a disparu, vous serez redirigé vers une référence appropriée pour le contenu.

## Préface

1. David POGUE, « Don't Just Chat, Do Something », *The New York Times*, 30 janvier 2000.
2. Richard M. STALLMAN, *Free Software, Free Society: Selected Essays*, Joshua Gay dir., GNU Press, 2002, p. 57.
3. William SAFIRE, « The Great Media Gulp », *The New York Times*, 22 mai 2003.

## Introduction

4. St. George TUCKER, *Blackstone's Commentaries*, vol. 3, Rothman Reprints, 1969, p. 18.
5. *United States v. Causby*, U.S. 328 (1946). Le tribunal estima qu'il pouvait s'agir d'une « saisie » si l'utilisation par le gouvernement du terrain des Causby en détruisait effectivement la valeur. Cet exemple m'a été suggéré par le merveilleux travail de Keith AOKI, « (Intellectual) Property and Sovereignty: Notes Toward a Cultural Geography of Authorship », *Stanford Law Review*, vol. 48, n° 5, 1996, p. 1293 et 1333. Voir également Paul GOLDSTEIN, *Real Property*, The Foundation Press, 1984, p. 1112-1113.
6. Lawrence LESSING, *Man of High Fidelity: Edwin Howard Armstrong*, J.B. Lippincott Company, 1956, p. 209.
7. Voir « Saints: The Heroes and Geniuses of the Electronic Era », première Église électronique d'Amérique, sur [www.webstationone.com/fecha](http://www.webstationone.com/fecha), disponible au lien n° 1.
8. Lawrence LESSING, *op. cit.*, p. 226.
9. *Idem*, p. 256.
10. Amanda LENHART *et al.*, « The Ever-Shifting Internet Population: A New Look at Internet Access and the Digital Divide », *Pew Internet and American Life Project*, 15 avril 2003, 6, disponible au lien n° 2.
11. Ce n'est pas le seul but du copyright, bien que ce soit massivement son but dans la Constitution fédérale. Historiquement, la loi d'État sur le copyright protégeait non seulement les intérêts commerciaux de l'édition, mais aussi la vie privée. En accordant aux auteurs le droit exclusif de la première publication, la loi donnait aux auteurs le pouvoir de contrôler la diffusion des informations sur les faits les concernant. Voir Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, vol. 4, n° 5, 1890, p. 193 et 198-200.

12. Voir Jessica LITMAN, *Digital Copyright*, Prometheus Books, 2001, ch. 13.
13. Amy HARMON, « Black Hawk Download: Moving Beyond Music, Pirates Use New Tools to Turn the Net into an Illicit Video Club », *The New York Times*, 17 janvier 2002.
14. Neil W. NETANEL, « Copyright and a Democratic Civil Society », *Yale Law Journal*, vol. 106, 1996, p. 283.

## « Piratage »

15. *Bach v. Longman*, English Reports, 98, 1274 (1777, Mansfield).
16. Voir Rochelle DREYFUSS, « Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation », *Notre Dame Law Review*, vol. 65, 1990, p. 397.
17. Lisa BANNON, « The Birds May Sing, but Campers Can't Unless They Pay Up », *Wall Street Journal*, 21 août 1996, disponible au lien n° 3. Jonathan ZITTRAIN, « Calling Off the Copyright War: In Battle of Property vs. Free Speech, No One Wins », *The Boston Globe*, 24 novembre 2002.
18. Dans *The Rise of the Creative Class*, Basic Books, 2002, Richard FLORIDA documente un glissement vers des activités créatives dans la nature du travail. Cependant, son étude n'aborde pas les conditions légales qui permettent ou étouffent cette créativité. Je suis tout à fait d'accord avec lui sur l'importance et la signification de cette évolution, mais je crois aussi que les conditions dans lesquelles elle s'établit sont beaucoup plus fragiles.

## Créateurs

19. Leonard MALTIN, *Of Mice and Magic: A History of American Animated Cartoons*, Penguin Books, 1987, p. 34-35.
20. Je suis reconnaissant envers David GERSTEIN et son travail historique minutieux (lien n° 4). D'après Dave Smith des Disney Archives, Disney payait des royalties pour utiliser la musique de cinq chansons dans *Steamboat Willie* : « Steamboat Bill », « The Simpleton » (Delille), « Mischief Makers » (Carbonara), « Joyful Hurry No. 1 » (Baron) et « Gawkly Rube » (Lakay). Une sixième chanson, « The Turkey in the Straw », était déjà dans le domaine public. Lettre de David Smith à Harry Surden, 10 juillet 2003.
21. C'était également un fan du domaine public. Voir Chris SPRIGMAN, « The Mouse that Ate the Public Domain », *Findlaw*, 5 mars 2002, au lien n° 5.
22. Jusqu'en 1976, la loi sur le copyright accordait à un auteur la possibilité de deux durées : une durée initiale et une durée de renouvellement. J'ai calculé la durée « moyenne » en déterminant la moyenne pondérée du total des enregistrements pour chaque année et la proportion de renouvellement. Ainsi, si cent copyrights sont enregistrés au cours d'une année, que seuls quinze copyrights sont renouvelés et que la durée du renouvellement est de 28 ans, la durée moyenne des copyrights est de 32,2 ans. Pour les données de renouvellement et d'autres données pertinentes, voir le site web associé à ce livre, disponible au lien n° 6.
23. Pour une histoire excellente, voir Scott MCCLOUD, *Reinventing Comics*, Perennial, 2000.
24. Voir Salil K. MEHRA, « Copyright and Comics in Japan: Does Law Explain Why All the Comics My Kid Watches Are Japanese Imports? », *Rutgers Law Review* vol. 55, 2002, p. 155 et 182. « Il pourrait y avoir une rationalité économique collective qui ferait que les principaux artistes de manga et de dessins animés renoncent à des actions légales pour violation. Une hypothèse est que tous les artistes de manga sont peut-être en meilleure posture collectivement s'ils mettent de côté leur intérêt personnel et décident de ne pas faire valoir leurs droits légaux. C'est essentiellement un "dilemme du prisonnier" résolu. »
25. Le terme de « propriété intellectuelle » est relativement récent. Voir Siva VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York University Press, 2001. Voir aussi Lawrence LESSIG, *The Future of Ideas: the fate of the commons in a connected world*, Random House, 2001, p. 293, n. 26. Le terme décrit précisément un ensemble de droits de « propriété » — copyrights, brevets, marques déposées et secrets de fabrication —, mais la nature de ces droits est très différente.

## « Simples copistes »

26. Reese V. JENKINS, *Images and Enterprise: Technology and the American Photographic Industry, 1839-1925*, Johns Hopkins University Press, 1975, p. 112.
27. Brian COE, *The Birth of Photography*, Taplinger Publishing Co, 1977, p. 53.
28. Reese V. JENKINS, *op. cit.*, p. 177.
29. Basé sur un graphique de Reese V. JENKINS, *op. cit.*, p. 178.
30. Brian COE, *op. cit.*, p. 58.
31. Pour des affaires illustrant ce propos, voir par exemple *Pavesich v. N.E. Life Ins. Co.*, 50 S.E. 68 (Ga. 1905), *Foster-Milburn Co. v. Chinn*, 123090 S.W. 364, 366 (Ky. 1909), *Corliss v. Walker*, 64 F. 280 (Mass. Dist. Ct. 1894).
32. Samuel D. WARREN et Louis D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », p. 193.
33. Voir Melville B. NIMMER, « The Right of Publicity », *Law and Contemporary Problems*, vol. 19, n° 2, 1954, p. 203 ; William L. PROSSER, « Privacy », *California Law Review*, vol. 48, n° 3, 1960, p. 398-407 et *White v. Samsung Electronics America, Inc.*, 971 F. 2d 1395 (9th Cir. 1992), cert. denied, 508 U.S. 951 (1993).
34. H. Edward GOLDBERG, « Essential Presentation Tools: Hardware and Software You Need to Create Digital Multimedia Presentations », *Catalyst*, 1<sup>er</sup> février 2002, disponible au lien n° 7.
35. Judith VAN EVRA, *Television and Child Development*, (Lea's Communication), Lawrence Erlbaum Associates, 1990. « Findings on Family and TV Study », *Denver Post*, 25 mai 1997.
36. Entretien avec Elizabeth Daley et Stephanie Barish, 13 décembre 2002.
37. Voir Scott STEINBERG, « Crichton Gets Medieval on PCs », *E!online*, 4 novembre 2000, disponible au lien n° 8 et « Timeline », *IGN*, 22 novembre 2000, disponible au lien n° 9.
38. Entretien avec Elizabeth Daley et Stephanie Barish.
39. *Idem*.
40. Voir, par exemple, Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. I, ch. 16, Bantam Books, 2000, Henry Reeve trad.
41. Bruce ACKERMAN et James FISHKIN, « Deliberation Day », *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, n° 2, 2002, p. 129.
42. Cass SUNSTEIN, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001, p. 65-80, 175, 182, 183 et 192.
43. Noah SHACHTMAN, « With Incessant Postings, a Pundit Stirs the Pot », *The New York Times*, 16 janvier 2003.
44. Entretien par téléphone avec David Winer, 16 avril 2003.
45. John SCHWARTZ, « Loss of the Shuttle: The Internet; A Wealth of Information Online », *The New York Times*, 2 février 2003 ; Staci D. KRAMER, « Shuttle Disaster Coverage Mixed, but Strong Overall », *Online Journalism Review*, 2 février 2003, disponible au lien n° 10.
46. Voir Michael FALCONE, « Does an Editor's Pencil Ruin a Web Log? », *The New York Times*, 29 septembre 2003 : « Toutes les organisations d'information n'ont pas été aussi tolérantes envers les employés qui bloguent. Kevin Sites, un correspondant de CNN en Irak qui, le 9 mars, avait commencé un blog sur son reportage sur la guerre, arrêta de poster 12 jours plus tard à la demande de son chef. L'an dernier Steve Olafson, un reporter de *Houston Chronicle*, a été renvoyé pour avoir tenu un blog personnel publié sous pseudonyme, qui traitait de sujets et de personnes qu'il couvrait. »
47. Voir, par exemple, Edward FELTEN et Andrew APPEL, « Technological Access Control Interferes with Noninfringing Scholarship », *Communications of the Association for Computer Machinery*, vol. 43, n° 9, septembre 2000.

## Catalogues

48. Tim GORAL, « Recording Industry Goes After Campus P-2-P Networks: Suit Alleges \$97.8 Billion in Damages », *University Business Magazine*, vol. 6, n° 5, mai 2003, disponible au 2003 WL 55179443.

49. U.S. DEPARTMENT OF LABOR STATISTICS, *Occupational Employment and Wages*, « 27-2042 Musicians and Singers », 2001. Voir aussi Neil ALPER et Gregory H. WASSALL, *More Than One in a Blue Moon*, National Endowment for the Arts, 2000.
50. Douglas LICHTMAN argumente de manière semblable dans « KaZaA and Punishment », *The Wall Street Journal*, 10 septembre 2003.

## « Pirates »

51. Je remercie Peter DiMauro de m'avoir indiqué cette histoire extraordinaire. Voir également Siva VAIDHYANATHAN, *op. cit.*, p. 87-93, qui détaille les « aventures » d'Edison avec les copyrights et les brevets.
52. J. A. ABERDEEN, *Hollywood Renegades: The Society of Independent Motion Picture Producers*, Cobblestone Entertainment, 2000, textes complémentaires disponibles à « The Edison Movie Monopoly: The Motion Picture Patents Company vs. the Independent Outlaws », disponibles au lien n° 11. Pour une discussion sur la motivation économique derrière ces limites et sur les limites imposées par Victor sur les phonographes, voir Randal C. PICKER, « From Edison to the Broadcast Flag: Mechanisms of Consent and Refusal and the Propertization of Copyright », *University of Chicago Law Review*, n° 281, 2003.
53. Marc WANAMAKER, « The First Studios », *The Silents Majority*, archivé au lien n° 12.
54. « Pour amender et consolider les lois concernant le copyright », auditions sur les amendements et projets de loi S. 6330 et H.R. 19853 devant la commission commune sur les brevets du 59<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, 1906, déclaration du sénateur Alfred B. Kittredge, du Dakota-du-Sud, président. Repris dans *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, E. Fulton Brylawski et Abe Goldman éd., Fred. B. Rothman and Co, 1976.
55. *Idem*, 223, déclaration de Nathan Burkan, avocat pour la Music Publishers Association.
56. *Idem*, 226, déclaration de Nathan Burkan, avocat pour la Music Publishers Association.
57. *Idem*, 23, déclaration de John Philip Sousa, compositeur.
58. *Idem*, 283-284, déclaration d'Albert Walker, représentant pour the Auto-Music Perforating Company of New York.
59. *Idem*, 376, mémorandum préparé par Philip Mauro, conseiller général pour les brevets auprès de la Graphophone Company Association.
60. « Modification de la loi sur le copyright », auditions sur les amendements et projets de loi S. 2499, S. 2900, H.R. 243, et H.R. 11794 devant la commission commune sur les brevets du 60<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, 1908, 217, déclaration du sénateur Reed Smoot, président. Repris dans *Legislative History of the 1909 Copyright Act*, *op. cit.*
61. « Modification de la loi sur le copyright », rapport pour accompagner le projet de loi H.R. 2512, commission des lois de la Chambre des représentants, 90<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, *House Document* n° 83, 8 mars 1967, 66. Je remercie Glenn Brown d'avoir attiré mon attention sur ce rapport.
62. Voir le titre 17 du *United States Code*, sections 106 et 110. Au début, les entreprises du disque imprimaient : « Pas de licence pour la diffusion radiophonique » et autres messages visant à restreindre la possibilité de jouer un disque sur une station de radio. Le juge Learned Hand rejeta l'argument selon lequel un avertissement mis sur un disque pourrait restreindre les droits des stations de radio. Voir *RCA Manufacturing Co. v. Whiteman*, 114 F. 2d 86 (2nd Cir. 1940). Voir aussi Randal C. PICKER, *op. cit.*
63. « Modification de la loi sur le copyright (télévision et réseaux câblés) », auditions sur l'amendement S. 1006 devant la sous-commission des brevets, marques, et copyrights de la commission des lois du Sénat, 89<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, 1966, 78, déclaration de Rosel H. Hyde, président de la commission fédérale des communications.
64. *Idem*, 116, déclaration de Douglas A. Anello, conseiller général du National Association of Broadcasters.
65. *Idem*, 126, déclaration d'Ernest W. Jennes, conseiller général de Maximum Service Telecasters.
66. *Idem*, 169, déclaration commune d'Arthur B. Krim, président de United Artists Corp. et de John Sinn, président de United Artists Television.

67. *Idem*, 209, déclaration de Charlton Heston, président de la Screen Actors Guild.
68. *Idem*, 216, déclaration de Edwin M. Zimmerman, agissant au titre d'attorney général adjoint.
69. Voir par exemple NATIONAL MUSIC PUBLISHERS ASSOCIATION, *The Engine of Free Expression: Copyright on the Internet—The Myth of Free Information*, disponible au lien n° 13 : « La menace du piratage — l'utilisation du travail créatif de quelqu'un d'autre sans permission ni compensation — a augmenté avec Internet. »

## « Piratage »

70. Voir INTERNATIONAL FEDERATION OF THE PHONOGRAPHIC INDUSTRY (IFPI), *The Recording Industry Commercial Piracy Report 2003*, juillet 2003, disponible au lien n° 14. Voir aussi Ben HUNT, « Companies Warned on Music Piracy Risk », *Financial Times*, 14 février 2003.
71. Voir Peter DRAHOS et John BRAITHWAITE, *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?*, The New Press, 2003, p. 10-13 et 209. Le TRIPS, accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (NdT : TRIPS est l'acronyme de *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* ; en anglais, ce mot signifie « voyages »), oblige les nations membres à créer des mécanismes administratifs et opérationnels pour les droits de propriété intellectuelle, ce qui est une réglementation coûteuse pour les pays en voie de développement. De plus, les droits exclusifs d'exploitation peuvent conduire à des prix plus élevés pour les industries du secteur primaire comme l'agriculture. Les critiques du TRIPS portent sur la disparité entre les charges imposées aux pays en voie de développement et les avantages conférés aux pays industrialisés. Le TRIPS permet aux gouvernements d'utiliser des brevets pour des applications publiques et sans but lucratif, sans devoir obtenir au préalable la permission du détenteur du brevet. Les pays en voie de développement peuvent profiter de cette disposition pour exploiter des brevets étrangers à moindre coût. C'est une stratégie prometteuse pour des pays en voie de développement membres du TRIPS.
72. Pour une analyse de l'impact économique des technologies de copie, voir Stan J. LIEBOWITZ, *Re-thinking the Network Economy: The True Forces Driving the Digital Marketplace*, Amacom, 2002, p. 144-190. « Dans quelques cas [...] l'impact du piratage sur la capacité du détenteur du copyright lors d'une appropriation de la valeur du travail sera négligeable. Un cas évident est celui où l'individu s'engageant dans le piratage n'aurait pas acheté d'original, même si le piratage n'était pas une option. » (*Idem*, p. 149.)
73. *Bach v. Longman, op. cit.*
74. Voir Clayton M. CHRISTENSEN, *The Innovator's Dilemma: The Revolutionary National Bestseller That Changed the Way We Do Business*, HarperBusiness, 2000. Le professeur Christensen examine pourquoi les entreprises qui développent et dominent un secteur sont souvent incapables d'inventer les utilisations les plus créatives et de changer de paradigme dans l'utilisation de leurs propres produits. Cette tâche incombe plus généralement aux innovateurs extérieurs, qui réutilisent la technologie existante de façon inventive. Pour une discussion des idées de Clayton M. Christensen, voir Lawrence LESSIG, *The Future of Ideas*, p. 89-92 et 139.
75. Voir Carolyn LOCHHEAD, « Silicon Valley Dream, Hollywood Nightmare », *San Francisco Chronicle*, 24 septembre 2002 et « Rock 'n' Roll Suicide », *New Scientist*, 6 juillet 2002, Benny EVANGELISTA, « Napster Names CEO, Secures New Financing », *San Francisco Chronicle*, 23 mai 2003 et « Napster's Wake-Up Call », *The Economist*, 24 juin 2000, John NAUGHTON, « Hollywood at War with the Internet » *The Times*, 26 juillet 2002.
76. Voir IPSOS-INSIGHT, *TEMPO: Keeping Pace with Online Music Distribution*, septembre 2002 qui rapporte que 28 % des américains âgés de 12 ans et plus ont téléchargé de la musique depuis Internet et 30 % ont écouté des fichiers numériques stockés sur leurs ordinateurs.
77. Amy HARMON, « Industry Offers a Carrot in Online Music Fight », *The New York Times*, 6 juin 2003.
78. Voir Stan J. LIEBOWITZ, *op. cit.*, p. 148-149.
79. Voir CAP GEMINI ERNST & YOUNG, *Technology Evolution and the Music Industry's Business Model Crisis*, 2003. Ce rapport décrit les efforts de l'industrie musicale pour stigmatiser la pratique, émergente dans les années 1970, de l'enregistrement sur cassette, y compris par

une campagne publicitaire représentant un crâne en forme de cassette avec comme titre « L'enregistrement personnel sur cassette tue la musique ». Lorsque l'enregistrement numérique est devenu une menace, un organisme dépendant du Congrès américain, l'Office of Technical Assessment (OTA), a fait un sondage sur le comportement du grand public. En 1988, 40 % des consommateurs âgés de plus de dix ans avaient enregistré de la musique sur une cassette : U.S. CONGRESS, OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *Copyright and Home Copying: Technology Challenges the Law*, OTA-CIT-422, U.S. Government Printing Office, octobre 1989, p. 145-156.

80. OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT, *op. cit.*, p. 4.
81. Voir RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA, *2002 Yearend Statistics*, disponible au lien n° 15. Un rapport ultérieur indique des pertes encore plus grandes, voir RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA, *Some Facts About Music Piracy*, 25 juin 2003, disponible au lien n° 16 : « Dans les quatre dernières années, le volume exporté de musique enregistrée a chuté de 26 %, passant de 1,16 milliard d'unités en 1999 à 860 millions d'unités en 2002 aux États-Unis (basé sur des unités expédiées). En termes de ventes, les revenus sont en baisse de 14 %, passant de 14,6 milliards de dollars en 1999 à 12,6 milliards de dollars l'année dernière (basé sur la valeur du dollar américain à l'exportation). L'industrie mondiale de la musique est passée du statut d'une industrie de 39 milliards de dollars en 2000 à une industrie de 32 milliards de dollars en 2002 (basé sur la valeur du dollar américain à l'exportation) ».
82. Jane BLACK, « Big Music's Broken Record », *Business Week Online*, 13 février 2003, disponible au lien n° 17.
83. *Idem*.
84. Selon une estimation, 75 % de la musique mise en vente par les principaux labels n'est plus disponible en magasin. Voir « Online Entertainment and Copyright Law—Coming Soon to a Digital Device Near You », audition devant la commission des lois du Sénat, 107<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, 3 avril 2001 : déclaration préparée par la Coalition pour l'avenir de la musique, disponible au lien n° 18.
85. S'il n'existe pas de bonne estimation du nombre de magasins de CDs d'occasion, on comptait 7 198 vendeurs de livres d'occasion aux États-Unis en 2002, soit une augmentation de 20 % depuis 1993. Voir BOOK HUNTER PRESS, *The Quiet Revolution: The Expansion of the Used Book Market*, 2002, disponible au lien n° 19. Les ventes de CDs d'occasion se sont chiffrées à 260 millions de dollars en 2002 : voir NATIONAL ASSOCIATION OF RECORDING MERCHANDISERS, *2002 Annual Survey Results*, disponible au lien n° 20.
86. Voir la transcription des procédures : *In Re: Napster Copyright Litigation*, 34-35 (N.D. Cal., 11 juillet 2001), nos. MDL-00-1369 MHP, C 99-5183 MHP, disponible au lien n° 21. Pour un compte rendu du litige et de son coût pour Napster, voir Joseph MENN, *All the Rave: The Rise and Fall of Shawn Fanning's Napster*, Crown Business, 2003, p. 269-282.
87. « Infractions au copyright (enregistrements audio et vidéo) », auditions sur l'amendement S. 1758 devant la commission des lois du Sénat, 97<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> sessions, 459, 1982, témoignage de Jack Valenti, président de Motion Picture Association of America.
88. *Idem*, 475.
89. *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F. Supp. 429, (C.D. Cal., 1979).
90. « Infractions au copyright (enregistrements audio et vidéo) », 485, témoignage de Jack Valenti.
91. *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 659 F. 2d 963 (9<sup>e</sup> Cir. 1981).
92. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 431 (1984).
93. Il s'agit ici des cas les plus importants dans notre histoire, mais il y a aussi d'autres affaires. La technologie de la bande audio numérique (DAT), par exemple, a été réglementée par le Congrès pour minimiser le risque de piratage. Le traitement imposé par le Congrès a vraiment pesé sur les producteurs de DAT, en taxant les ventes de cassette et en contrôlant la technologie du DAT. Voir la loi *Audio Home Recording* de 1992 (titre 17 du *United States Code*), Pub. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237, codifiée dans 17 U.S.C. § 1001. Encore une fois et de toute façon, cette réglementation n'a pas éliminé les resquillages dans le sens que j'ai décrit, voir Lawrence LESSIG, *The Future of Ideas*, p. 71 ; voir aussi Randal C. PICKER, *op. cit.*, p. 293-296.

94. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 432 (1984).
95. John SCHWARTZ, « New Economy: The Attack on Peer-to-Peer Software Echoes Past Efforts », *The New York Times*, 22 septembre 2003.

## « Propriété »

96. Thomas JEFFERSON, lettre à Isaac McPherson, 13 août 1813, *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 6, Andrew A. Lipscomb et Albert Ellery Bergh éd., 1903, p. 330 et 333-334.
97. Comme l'enseignaient les « réalistes juridiques » à propos de la loi américaine, tous les droits de propriété sont intangibles. Un droit de propriété est simplement un droit qu'un individu a contre le monde de faire ou de ne pas faire certaines choses qui peuvent ou ne peuvent pas être liées à un objet physique. Le droit lui-même est intangible, même si l'objet auquel il est (métaphoriquement) attaché est tangible. Voir Adam MOSSOFF, « What Is Property? Putting the Pieces Back Together », *Arizona Law Review*, vol. 45, 2003, p. 373 et 429, n. 241.

## Fondateurs

98. Le souvenir de Jacob Tonson est particulièrement associé aux personnalités importantes de la littérature du XVIII<sup>e</sup> siècle (en particulier John Dryden) et à ses belles « éditions définitives » des œuvres classiques. En plus de *Roméo et Juliette*, il édita une étonnante collection d'œuvres qui sont encore au cœur du canon littéraire anglais, parmi lesquelles les œuvres choisies de Shakespeare, Ben Jonson, John Milton et John Dryden. Voir Keith WALKER, « Jacob Tonson, Bookseller », *American Scholar*, vol. 61, n° 3, 1992, p. 424-431.
99. Lyman Ray PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Vanderbilt University Press, 1968, p. 151-152.
100. Comme l'argumente si bien Siva Vaidhyanathan, il est erroné d'appeler ceci une « loi sur le copyright ». Voir Siva VAIDHYANATHAN, *op. cit.*, p. 40.
101. Philip WITTENBERG, *The Protection and Marketing of Literary Property*, Julian Messner, 1937, p. 31.
102. Une lettre à un membre du Parlement au sujet de la loi dépendant maintenant de la Chambre des communes, pour rendre plus efficace une loi dans la huitième année du règne de la reine Anne, intitulée « Une loi pour l'encouragement de l'apprentissage, par l'acquisition des copies de livres imprimés, parmi les auteurs ou acheteurs de telles copies, pendant la durée ci-avant mentionnée (Londres, 1735) », dans « *Brief Amici Curiae of Tyler T. Ochoa, et al.* », 8, *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618).
103. Lyman Ray PATTERSON, « Free Speech, Copyright, and Fair Use », *Vanderbilt Law Review*, vol. 40, 1987, p. 28. Pour une explication merveilleusement convaincante, voir Siva VAIDHYANATHAN, *op. cit.*, p. 37-48.
104. Pour une explication convaincante, voir David SAUNDERS, *Authorship and Copyright*, Routledge, 1992, p. 62-69.
105. Mark ROSE, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Harvard University Press, 1993, p. 92.
106. *Idem*, p. 93.
107. Lyman Ray PATTERSON (citant Borwell), *op. cit.*, p. 167.
108. Howard B. ABRAMS, « The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright », *Wayne Law Review*, vol. 29, 1983, p. 1152.
109. *Idem*, p. 1156.
110. Mark ROSE, *op. cit.*, p. 97.
111. *Idem*.

## Enregistreurs

112. Pour un excellent argumentaire du fait il s'agit bel et bien d'un « usage loyal », mais que les avocats ne permettent pas qu'il soit reconnu comme tel, voir Richard A. POSNER et William F. PATRY, « Fair Use and Statutory Reform in the Wake of *Eldred* », *California Law Review*, vol. 92, n° 6, 2004.

## Transformateurs

113. Techniquement, les droits que Alben devait acquitter étaient principalement ceux de la publicité : les droits qu'un artiste détient pour pouvoir contrôler l'exploitation commerciale de son image. Mais ces droits restreignent également la possibilité créative de « ripper, mixer, graver », comme le montre ce chapitre.
114. U.S. DEPARTMENT OF COMMERCE OFFICE OF ACQUISITION MANAGEMENT, *Seven Steps to Performance-Based Services Acquisition*, disponible au lien n° 22.

## Collectionneurs

115. Mais la tentation demeure : Brewster Kahle rapporte ainsi que la Maison-Blanche change ses propres communiqués de presse, sans en rendre compte. Un communiqué de presse du 13 mai 2003 affirmait : « Les opérations militaires en Irak sont terminées. » Cela fut changé plus tard, sans explication, en « Les principales opérations militaires en Irak sont terminées. » Courriel de Brewster Kahle, 1<sup>er</sup> décembre 2003.
116. Doug HERRICK, « Toward a National Film Collection: Motion Pictures at the Library of Congress », *Film Library Quarterly*, vol. 13, n° 2-3, 1980, p. 5 ; Anthony SLIDE, *Nitrate Won't Wait: A History of Film Preservation in the United States*, McFarland & Co, 1992, p. 36.
117. Dave BARNES, « Fledgling Career in Antique Books: Woodstock Landlord, Bar Owner Starts a New Chapter by Adopting Business », *Chicago Tribune*, 5 septembre 1997. Sur l'ensemble des livres publiés entre 1927 et 1946, seulement 2,2 % étaient encore réimprimés en 2002 : R. Anthony REESE, « The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks », *Boston College Law Review* vol. 44, n° 2, 2003, p. 593, n. 51.

## « Propriété »

118. « Enregistrements privés d'œuvres copyrightées », auditions sur les projets de loi H.R. 4783, H.R. 4794, H.R. 4808, H.R. 5250, H.R. 5488 et H.R. 5705 devant la sous-commission sur les tribunaux, les libertés civiles, et l'administration de la justice de la commission des lois de la Chambre des représentants, 97<sup>e</sup> Congrès, 2<sup>e</sup> session, 1982, 65, témoignage de Jack Valenti.
119. Les juristes parlent de la « propriété » non pas comme d'une chose absolue, mais comme d'un ensemble de droits qui sont parfois attachés à un objet particulier. Ainsi, mon « droit de propriété » sur ma voiture me donne le droit de son utilisation exclusive, mais pas le droit de conduire à 250 km/h. Pour la meilleure tentative de relier la notion commune de « propriété » au « langage juridique », voir Bruce ACKERMAN, *Private Property and the Constitution*, Yale University Press, 1977, p. 26-27.
120. En décrivant comment la loi affecte les trois autres modalités, je ne cherche pas à suggérer que les trois autres ne l'affectent pas. Évidemment, elles l'affectent aussi. Ce qui distingue la loi, c'est seulement sa capacité à parler comme si elle avait le droit autoproclamé de changer les trois autres modalités. Le droit des trois autres est plus timidement exprimé. Voir Lawrence LESSIG, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999, p. 90-95, Lawrence LESSIG, « The New Chicago School », *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, n° 2, juin 1998, p. 661-691.
121. Certaines personnes désapprouvent cette façon de parler de la « liberté ». Ils la désapprouvent, car ils considèrent que les seules contraintes qui existent à un moment donné sont celles imposées par le gouvernement. Par exemple, si un orage détruit un pont, ces personnes pensent que cela n'a pas de sens de dire que la liberté de chacun a été réduite. Un pont a disparu, et il est plus difficile d'aller d'un endroit à un autre. Considérer cela comme une perte

de liberté, disent-ils, c'est confondre les affaires politiques avec les aléas de la vie ordinaire. Je ne veux pas nier la valeur de ce point de vue réductionniste, qui dépend du contexte où il s'applique. Je veux cependant démontrer que cette vue réductionniste ne caractérise pas à elle seule la liberté. Comme je l'ai souligné dans *Code, op. cit.*, nous sommes issus d'une longue tradition de penseurs politiques qui avaient des préoccupations plus vastes que de savoir simplement ce que le gouvernement a fait et quand. Par exemple, John Stuart Mill a défendu la liberté de parole, contre la tyrannie des personnes étroites d'esprit et non par peur de poursuites de la part du gouvernement (John Stuart MILL, *On Liberty*, Hackett Publishing, 1978, p. 19). John R. Commons est connu pour avoir défendu la liberté économique du travail contre les contraintes imposées par le marché ; John R. COMMONS, « *The Right to Work* », *John R. Commons: Selected Essays*, Malcom Rutherford et Warren J. Samuels, éd., Routledge, 1997, p. 62. La loi sur les américains handicapés augmente la liberté des handicapés en changeant l'architecture de divers lieux publics, leur donnant ainsi un accès plus facile à ces endroits (titre 42 du *United States Code*, section 12101, 2000). Chacune de ces interventions pour changer les conditions existantes change la liberté d'un groupe particulier. Les effets de telles interventions devraient être pris en compte pour comprendre la liberté effective de chacun de ces groupes.

122. Voir Geoffrey SMITH, « Film vs. Digital: Can Kodak Build a Bridge? » *Business Week Online*, 2 août 1999, disponible au lien n° 23. Pour une analyse plus récente de la place de Kodak dans le marché, voir Chana R. SCHOENBERGER, « Can Kodak Make Up for Lost Moments? » *Forbes.com*, 6 octobre 2003, disponible au lien n° 24.
123. Fred WARSHOFSKY, *The Patent Wars: The Battle to Own the World's Technology*, John Wiley & Sons, 1994, p. 170-171.
124. Voir, par exemple, James BOYLE, « A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net? » *Duke Law Journal*, vol. 47, n° 87, 1997, p. 87.
125. William W. CROSSKEY, *Politics and the Constitution in the History of the United States*, University of Chicago Press, 1953, vol. 1, p. 485-486 : « Supprim[ant] par pleine conséquence les droits perpétuels que les auteurs avaient, ou étaient supposés par certains avoir, sous la common law de "la loi suprême du Pays". »
126. Bien que 13 000 titres aient été publiés aux États-Unis de 1790 à 1799, seulement 556 copyright ont été enregistrés : John Tebbel, *A History of Book Publishing in the United States, volume I, The Creation of an Industry, 1630-1865*, R. R. Bowker Company, 1972, p. 141. Sur les 21 000 réimpressions enregistrées avant 1790, seulement 12 avaient un copyright aux termes de la loi de 1790 : William J. MAHER, « Copyright Term, Retrospective Extension and the Copyright Law of 1790 in Historical Context », *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 49, n° 4, 2002, disponible au lien n° 25. Ainsi, la majorité écrasante des œuvres entrèrent immédiatement dans le domaine public. Même celles qui avaient un copyright y entrèrent rapidement, parce que la durée du copyright était courte. La durée initiale était de quatorze ans, avec possibilité de renouvellement pour quatorze années supplémentaires (Copyright Act of May 31, 1790, § 1, 1 stat. 124.)
127. Peu de détenteurs de copyright choisissent finalement de les renouveler. Par exemple, sur les 25 006 copyrights enregistrés en 1883, seulement 894 étaient renouvelés en 1910. Pour une analyse par année des taux de renouvellement des copyrights, voir Barbara A. RINGER, « Study No. 31: Renewal of Copyright », *Studies on Copyright*, Arthur Fisher *et al.* éd., vol. 1, Fred B. Rothman & Co, 1963, p. 618. Pour une analyse plus récente et plus complète, voir William M. LANDES et Richard A. POSNER, « Indefinitely Renewable Copyright », *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, n° 2, 2003, p. 471 et 498-501, et graphiques d'accompagnement.
128. Voir Barbara A. RINGER, *op. cit.*, ch. 9, n. 2.
129. Ces statistiques sont sous-estimées. Entre 1910 et 1962 (la première année où la durée de renouvellement a été allongée), la durée moyenne n'a jamais dépassé trente-deux ans, et la moyenne est de trente ans. Voir William M. LANDES et Richard A. POSNER, *op. cit.*
130. Voir Thomas BENDER et David SAMPLINER, « Poets, Pirates, and the Creation of American Literature », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 29, n° 1 et 2, 1997, et *Federal Copyright Records, 1790-1800*, James Gilraeth et Elizabeth Wills éd., Library of Congress, 1987.

131. Jonathan ZITTRAIN, « The Copyright Cage », *Legal Affairs*, juillet-août 2003, disponible au lien n° 26.
132. Le professeur Rubenfeld a présenté un argument constitutionnel puissant à propos la différence que la loi sur le copyright devrait faire (du point de vue du premier amendement) entre de simples « copies » et des œuvres dérivées. Voir Jed RUBENFELD, « The Freedom of Imagination: Copyright's Constitutionality », *Yale Law Journal*, vol. 112, n° 1, 2002, p. 1-60 (voir en particulier les pages 53-59).
133. C'est une simplification de la loi, mais pas tant que ça. La loi réglemente certainement plus que les « copies » — la diffusion publique d'une chanson copyrightée, par exemple, est réglementée même si elle ne crée pas en soi de copie : titre 17 du *United States Code*, section 106 (4). Et parfois cela ne concerne certainement pas une « copie » : titre 17 du *United States Code*, section 112 (a). Mais la supposition sous-jacente de la loi existante (qui réglemente les « copies » : titre 17 du *United States Code*, section 102) est que s'il y a une copie, alors il y a un droit.
134. Ainsi, mon argument n'est pas qu'à chaque endroit où la loi sur le copyright s'étend, on devrait l'abroger. C'est plutôt que l'on devrait avoir une bonne justification de ces extensions et qu'elles ne devraient pas être faites de façon arbitraire et par des changements automatiquement provoqués par la technologie.
135. Je ne veux par dire « nature » dans le sens où cela ne pourrait pas être différent, mais plutôt que la mise en œuvre actuelle implique une copie. Les réseaux optiques ne nécessitent pas de faire des copies du contenu qu'ils transmettent et un réseau numérique pourrait être conçu pour supprimer tout ce qu'il copie de façon à garder un nombre identique de copies.
136. Voir David LANGE, « Recognizing the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, vol. 44, n° 4, 1981, p. 172-173.
137. *Idem*. Voir aussi Siva VAIDHYANATHAN, *op. cit.*, p. 1-3.
138. En principe, un contrat pourrait m'imposer une exigence. Je pourrais, par exemple, vous acheter un livre qui inclurait un contrat stipulant que je ne lirai ce livre que trois fois, ou que je promets de lire ce livre trois fois. Mais cette obligation (et les limites pour la créer) viendrait alors du contrat et non de la loi sur le copyright, et les obligations contractuelles ne seraient pas nécessairement applicables aux acheteurs suivants de ce livre.
139. Voir Pamela SAMUELSON, « Anticircumvention Rules: Threat to Science », *Science*, vol. 293, n° 5537, 2001, p. 2028 ; Brendan I. KOERNER, « Play Dead: Sony Muzzles the Techies Who Teach a Robot Dog New Tricks », *The American Prospect*, vol. 13, n° 1, janvier 2002, « Court Dismisses Computer Scientists' Challenge to DMCA », *Intellectual Property Litigation Reporter*, 11 décembre 2001 ; Bill HOLLAND, « Copyright Act Raising Free-Speech Concerns », *Billboard*, 26 mai 2001 ; Janelle BROWN, « Is the RIAA Running Scared? », *Salon.com*, 26 avril 2001 ; ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, « Frequently Asked Questions about *Felten and USENIX v. RIAA Legal Case* », disponible au lien n° 27.
140. *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 455 fn. 27 (1984). Rogers ne changea jamais son point de vue sur le magnétoscope. Voir James LARDNER, *Fast Forward: Hollywood, the Japanese, and the Onslaught of the VCR*, W. W. Norton, 1987, p. 270-271.
141. Pour une analyse précoce et visionnaire, voir Rebecca TUSHNET, « Legal Fictions, Copyright, Fan Fiction, and a New Common Law », *Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal*, vol. 17, n° 3, 1997, p. 651.
142. « Surveillance du FCC », auditions devant la commission du commerce, de la science et des transports du Sénat, 108<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, 22 mai 2003, déclaration du sénateur John McCain.
143. Lynette HOLLOWAY, « Despite a Marketing Blitz, CD Sales Continue to Slide », *The New York Times*, 23 décembre 2002.
144. Molly IVINS, « Media Consolidation Must Be Stopped », *Charleston Gazette*, 31 mai 2003.
145. James FALLOWS, « The Age of Murdoch », *The Atlantic Monthly*, septembre 2003, p. 89.
146. Leonard HILL, « The Axis of Access », remarques devant le Weidenbaum Center Forum, *Entertainment Economics: The Movie Industry*, Washington University in St. Louis, 3 avril 2003 (la transcription des remarques préparées est disponible au lien n° 28 ; pour l'histoire de Lear, non incluse dans la transcription, voir le lien n° 29).

147. « Fusion NewsCorp./DirecTV et concentration des médias », auditions sur la propriété des médias devant la commission du commerce du Sénat, 108<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, 2003, témoignage de Gene Kimmelman au nom de l'Union des consommateurs et de la Fédération des consommateurs d'Amérique, disponible au lien n° 30. Gene Kimmelman cite Victoria Riskin, présidente de la Guilde des écrivains d'Amérique (Ouest) dans ses remarques à l'audience du « FCC en banc », Richmond, Virginia, du 27 février 2003.
148. *Idem*.
149. Barry DILLER, « Barry Diller Takes on Media Deregulation », *Now with Bill Moyers*, entretien avec Bill Moyers, Now on PSB, 25 avril 2003, transcription éditée disponible au lien n° 31.
150. Clayton M. CHRISTENSEN, *op. cit.*, qui reconnaît que l'idée avait déjà été suggérée par le doyen Kim B. Clark, voir Kim B. CLARK, « The Interaction of Design Hierarchies and Market Concepts in Technological Evolution », *Research Policy*, vol. 14, n° 5, 1985, p. 235-251. Pour une étude plus récente, voir Richard FOSTER et Sarah KAPLAN, *Creative Destruction: Why Companies That Are Built to Last Underperform the Market—and How to Successfully Transform Them*, Currency/Doubleday, 2001.
151. En février 2003, le Marijuana Policy Project chercha à diffuser des publicités *Norm* sur les chaînes de télévision de la ville de Washington, pour répondre directement à la série *Nick and Norm* : Comcast refusa ces publicités, les considérant « contraires [à leur] politique », la chaîne locale WRC (une filiale de NBC) les rejeta sans les commenter, la chaîne locale WJOA (une filiale d'ABC) fut au départ d'accord pour les diffuser et accepta le paiement pour le faire, mais décida ensuite de ne pas les diffuser et remboursa l'argent perçu : entretien avec Neal Levine, 15 octobre 2003. Ces refus ne sont bien sûr pas réservés à la politique sur la drogue : voir, par exemple, Nat Ives, « On the Issue of an Iraq War, Advocacy Ads Meet with Rejection from TV Networks », *The New York Times*, 13 mars 2003. En dehors des périodes électorales, la FCC et les tribunaux cherchent très peu à mettre à égalité les différents acteurs en jeu. Pour un aperçu général, voir Rhonda Brown, « Ad Hoc Access: The Regulation of Editorial Advertising on Television and Radio », *Yale Law and Policy Review*, vol. 6, n° 2, 1988, p. 449-479, et pour un résumé plus récent de la position du FCC et des tribunaux, voir *Radio-Television News Directors Association v. FCC*, 184 F. 3d 872 (D.C. Cir. 1999). Les autorités municipales ont les mêmes pouvoirs de contrôle que les réseaux de télévision : ainsi récemment, à San Francisco, la régie de transport de San Francisco a refusé une publicité qui critiquait ses bus municipaux roulant au diesel : Phillip MATIER et Andrew Ross, « Antodiesel Group Fuming After Muni Rejects Ad », *SFGate.com*, 16 juin 2003, disponible au lien #32. Le motif était que la critique était « trop controversée. »
152. Siva Vaidyanathan souligne un point similaire dans ses « quatre abandons » de la loi sur le copyright à l'âge du numérique. Voir Siva VAIDHYANATHAN, *op. cit.*, p. 159-160.
153. La contribution la plus importante de l'école du « réalisme juridique » a été de démontrer que les droits de propriété sont toujours formulés pour équilibrer les intérêts publics et privés. Voir Thomas C. GREY, « La désintégration de la propriété », *Nomos XXII: Property*, J. Roland Pennock et John W. Chapman éd., New York University Press, 1980.

## Casse-têtes

### Chimères

154. H. G. WELLS, *Le Pays des aveugles*, 1904, 1911. Voir H. G. WELLS, *The Country of the Blind and Other Stories*, Michael Sherborne éd., Oxford University Press, 1996).
155. Pour un excellent résumé, voir *Copyright and Digital Media in a Post-Napster World*, rapport préparé par le groupe GARTNERG2 et le BERKMAN CENTER FOR INTERNET & SOCIETY AT HARVARD LAW SCHOOL, 27 juin 2003, disponible au lien n° 33. Les représentants démocrates John Conyers Jr. (Michigan) et Howard L. Berman (Californie) ont proposé une loi qui assimile toute copie en ligne non autorisée à un délit grave, pouvant conduire à une peine de cinq ans d'emprisonnement ; voir Jon HEALEY, « House Bill Aims to Up Stakes on Piracy », *Los Angeles Times*, 17 juillet 2003, disponible au lien n° 34 ; les pénalités au civil sont à ce jour fixées à 150 000 dollars par chanson copiée. Pour le récent (et infructueux) recours en justice de la RIAA demandant à un fournisseur d'accès à Internet de révéler l'identité d'un utilisateur accusé de partager plus de 600 chansons au travers de son ordinateur familial, voir *RIAA v.*

*Verizon Internet Services (In re. Verizon Internet Services)*, 240 F. Supp. 2d 24 (D.D.C. 2003). Un tel utilisateur pourrait être condamné à payer jusqu'à 90 millions de dollars : le montant potentiellement astronomique des amendes donne à la RIAA un arsenal puissant pour poursuivre ceux qui partagent des fichiers. Les amendes allant de 12 000 à 17 500 dollars payées par quatre étudiants accusés d'un partage massif de fichiers sur les réseaux de l'université doivent apparaître comme une maigre pitance à côté des 98 millions que la RIAA pourrait réclamer en justice. Voir Elizabeth YOUNG, « Downloading Could Lead to Fines », *Redandblack.com*, 26 août 2003, disponible au lien n° 35. Pour un exemple de la RIAA prenant pour cible le partage de fichiers par des étudiants et des assignations à comparaître adressées aux universités pour obtenir l'identité de ces étudiants, voir James COLLINS, « RIAA Steps Up Bid to Force BC, MIT to Name Students », *The Boston Globe*, 8 août 2003, disponible au lien n° 36.

156. « Le WIPO et le DMCA un an plus tard : évaluation de l'accès des consommateurs aux divertissements numériques sur Internet et autres médias » : auditions devant la sous-commission aux télécommunications, au commerce et à la protection des consommateurs, commission du commerce de la Chambre des représentants, 106<sup>e</sup> Congrès, 29, 1999, déclaration de Peter Harter, vice-président d'EMusic.com chargé de la politique publique générale et des standards, disponible dans *LEXIS, Federal Document Clearing House Congressional Testimony*.

## Dommages

157. Voir Lynne W. JETER, *Disconnected: Deceit and Betrayal at WorldCom*, John Wiley & Fils, 2003, p. 176 et 204. Pour les détails du règlement, voir le communiqué de presse de MCI, « MCI Wins U.S. District Court Approval for SEC Settlement », 7 juillet 2003, disponible au lien n° 37.
158. La loi, conçue d'après la réforme de la responsabilité pénale de la Californie, a été votée par la Chambre des représentants, mais a été rejetée en juillet 2003 par le Sénat. Pour une vue d'ensemble, voir Tanya ALBERT, « Measure Stalls in Senate: "We'll Be Back," Say Tort Reformers », *Amednews.com*, 28 juillet 2003, disponible au lien n° 38, et Dan COLLINS, « Senate Turns Back Malpractice Caps », *CBSNews.com*, 9 juillet 2003, disponible au lien n° 39. Le président Bush a continué à pousser la réforme de la responsabilité pénale dans les derniers mois.
159. Voir Danit LIDOR, « Artists Just Wanna Be Free », *Wired*, 7 juillet 2003, disponible au lien n° 40. Pour un aperçu de l'exposition, voir lien n° 41.
160. Voir Joseph MENN, « Universal, EMI Sue Napster Investor », *Los Angeles Times*, 23 avril 2003. Pour un argument parallèle sur les effets de l'innovation sur la distribution de musique, voir Janelle BROWN, « The Music Revolution Will Not Be Digitized », *Salon.com*, 1<sup>er</sup> juin 2001, disponible au lien n° 42. Voir aussi Jon HEALEY, « Online Music Services Besieged », *Los Angeles Times*, 28 mai 2001.
161. Rafe NEEDLEMAN, « Driving in Cars with MP3s », *Business2.com*, 16 juin 2003, disponible au lien n° 43. Je remercie D<sup>r</sup> Mohammad Al-Ubaydli de m'avoir signalé cet exemple.
162. GARTNERG2 et BERKMAN CENTER FOR INTERNET & SOCIETY AT HARVARD LAW SCHOOL, *op. cit.*, p. 33-35, disponible au lien n° 44.
163. *Idem*, p. 26-27.
164. Voir David MCGUIRE, « Tech Execs Square Off Over Piracy », *Newsbytes* (Entertainment), 28 février 2002.
165. Jessica LITMAN, *Digital Copyright*, Prometheus Books, 2001.
166. La seule exception auprès d'un « tribunal de circuit » (NDT. Un *Circuit court* est un tribunal itinérant : il s'agit d'un dispositif spécifique aux pays de *common law*) se trouve dans *Recording Industry Association of America (RIAA) v. Diamond Multimedia Systems*, 180 F. 3d 1072 (9th Cir. 1999). Il y apparaît que la cour d'appel du neuvième circuit argumenta que les fabricants de lecteurs MP3 portables ne pouvaient être tenus responsables de contribuer aux infractions sur les copyrights pour un appareil incapable d'enregistrer ou de rediffuser de la musique (un appareil qui a seulement une fonction de copie ne peut dupliquer qu'un fichier lui-même déjà stocké sur le disque dur de l'utilisateur). Au niveau des cours de district, la seule exception se trouve dans *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029 (C.D. Cal., 2003), où la cour trouva que le lien entre un distributeur et le

comportement d'un utilisateur était trop ténu pour rendre le distributeur responsable d'une infraction commise par autrui, ni directement ni par fourniture de moyen.

167. Par exemple, en juillet 2002, le représentant Howard Berman proposa un *Peer-to-Peer Piracy Prevention Act* (H.R. 5211) qui aurait protégé les propriétaires de copyright de poursuites judiciaires en cas de détérioration des ordinateurs provoquée par l'utilisation de technologies de protection des copyrights. En août 2002, le député Billy Tauzin introduisit un projet de loi prévoyant que les technologies permettant la rediffusion de copies numériques de films diffusés à la TV (c.-à-d. d'ordinateurs) empêchent de copier un contenu qui serait signalé « pour la diffusion ». Et en mars de la même année, le sénateur Fritz Hollings proposa un *Consumer Broadband and Digital Television Promotion Act*, qui tendait à faire appliquer les technologies de protection des copyrights sur tous les supports numériques. GARTNERG2 et BERKMAN CENTER FOR INTERNET & SOCIETY AT HARVARD LAW SCHOOL, *op. cit.*, p. 33-34, disponible au lien n° 44.
168. Lawrence LESSING, *op. cit.*, p. 239.
169. *Idem*, p. 229.
170. Cet exemple est dérivé des taxes fixées dans les actes originaux du *Copyright Arbitration Royalty Panel* (CARP), et est tiré de l'exemple donné par le professeur William FISHER. « Actes de conférence », iLaw (Stanford), le 3 juillet 2003, dossier de l'auteur. Les professeurs Fisher et Zittrain soumirent un témoignage au CARP qui a finalement été rejeté. Voir Jonathan ZITTRAIN, *Digital Performance Right in Sound Recordings and Ephemeral Recordings*, Docket No. 2000-9, CARP DTRA 1 et 2, disponible au lien n° 45. Pour une excellente analyse sur un point similaire, voir Randal C. PICKER, « Copyright as Entry Policy: The Case of Digital Distribution », *The Antitrust Bulletin*, vol. 47, n° 423, 2002, p. 461 : « Ce n'était pas du désarroi, mais juste la bonne vieille méthode pour faire barrage à de nouveaux arrivants. Les stations de radio analogiques sont protégées des arrivants numériques, réduisant ainsi la possibilité d'avoir de nouveaux acteurs et la diversité dans ce secteur. Oui, cela a été fait sous prétexte de rémunérer les ayants droit, mais sans de puissants intérêts en jeu, cela aurait pu être fait d'une façon neutre vis à vis du moyen de transmission. »
171. Mike GRAZIANO et Lee RAINIE, « The Music Downloading Deluge », *Pew Internet and American Life Project*, 24 avril 2001, disponible au lien n° 46. Le Pew Internet and American Life Project estime que 37 millions d'américains ont téléchargé des fichiers de musique via Internet depuis le début de 2001.
172. Alex PHAM, « The Labels Strike Back: N.Y. Girl Settles RIAA Case », *Los Angeles Times*, 10 septembre 2003.
173. Jeffrey A. MIRON et Jeffrey ZWIEBEL, « Alcohol Consumption During Prohibition », *The American Economic Review*, vol. 81, n° 2, 1991, p. 242.
174. « Politique nationale de lutte contre la drogue », audition devant la commission de la surveillance et de la réforme du gouvernement de la Chambre des représentants, 108<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, 5 mars 2003, déclaration de John P. Walters, directeur du National Drug Control Policy.
175. Voir James ANDREONI, Brian ERARD et Jonathan FEINSTEIN, « Tax Compliance », *Journal of Economic Literature*, vol. 36, n° 2, 1998, p. 818 (vue d'ensemble des études sur la conformité des taxations).
176. Voir Frank AHRENS, « RIAA's Lawsuits Meet Surprised Targets; Single Mother in Calif., 12-Year-Old Girl in N.Y. Among Defendants », *The Washington Post*, 10 septembre 2003 ; Chris COBBS, « Worried Parents Pull Plug on File "Stealing"; With the Music Industry Cracking Down on File Swapping, Parents are Yanking Software from Home PCs to Avoid Being Sued », *Orlando Sentinel Tribune*, 30 août 2003 ; Jefferson GRAHAM, « Recording Industry Sues Parents », *USA Today*, 14 septembre 2003 ; John SCHWARTZ, « She Says She's No Music Pirate. No Snoop Fan, Either », *The New York Times*, 25 septembre 2003 ; Margo VARADI, « Is Brianna a Criminal? » *Toronto Star*, 18 septembre 2003.
177. Voir ASSOCIATED PRESS, « Revealed: How RIAA Tracks Downloaders: Music Industry Discloses Some Methods Used », dépêche reprise par CNN.com, 28 août 2003, disponible au lien n° 47.
178. Voir Jeff ADLER, « On Campus, Pirates Are Not Penitent », *The Boston Globe*, 18 mai 2003 ; Frank AHRENS, « Four Students Sued over Music Sites; Industry Group Targets File Sharing at

Colleges », *The Washington Post*, 4 avril 2003 ; Elizabeth ARMSTRONG, « Students “Rip, Mix, Burn” at Their Own Risk », *The Christian Science Monitor*, 2 septembre 2003 ; Robert BECKER et Angela ROZAS, « Music Pirate Hunt Turns to Loyola; Two Students Names Are Handed Over; Lawsuit Possible », *Chicago Tribune*, 16 juillet 2003 ; Beth COX, « RIAA Trains Anti-piracy Guns on Universities », *InternetNews.com*, 30 janvier 2003, disponible au lien n° 48 ; Benny EVANGELISTA, « Download Warning 101: Freshman Orientation This Fall to Include Record Industry Warnings Against File Sharing », *San Francisco Chronicle*, 11 août 2003 ; « Raid, Letters Are Weapons at Universities », *USA Today*, 26 septembre 2000.

## Équilibres

### Eldred

179. Il y a un parallèle avec la pornographie qui est un peu difficile à décrire, mais qui est fort. Un des phénomènes qu’Internet a créé est un monde de pornographes amateurs — des gens qui distribuent du porno, mais qui n’en tirent pas d’argent, ni directement ni indirectement. Une telle catégorie n’existaient pas avant Internet parce les coûts de distribution étaient trop élevés. Et cependant, ce nouveau type de distributeurs reçut une attention spéciale de la Cour suprême quand elle annula le *Communications Decency Act* de 1996. C’était en partie grâce au poids des porte-parole des amateurs, dont le statut s’est trouvé dépasser le pouvoir du Congrès. La même chose aurait pu être faite pour les éditeurs non-commerciaux après la venue d’Internet. Les Eric Eldred du monde d’avant Internet étaient extrêmement peu. On aurait cependant pu penser que c’était au moins aussi important de les protéger que de protéger les pornographes amateurs.
180. Le texte complet est : « Sonny [Bono] voulait que la protection par copyright soit définitive. Je suis informé par mon équipe qu’un tel changement violerait la constitution. Je vous invite tous à travailler avec moi pour renforcer nos lois sur le copyright avec tous les moyens à notre disposition. Comme vous le savez, il y a aussi la proposition de Jack Valenti pour une durée infinie moins un jour. Peut-être que la commission peut regarder ça au prochain Congrès », 144 Cong. Rec. H9946, 9951-2, 7 octobre 1998.
181. ASSOCIATED PRESS, « Disney Lobbying for Copyright Extension No Mickey Mouse Effort; Congress OKs Bill Granting Creators 20 More Years », *Chicago Tribune*, 17 octobre 1998.
182. Voir Nick BROWN, « Fair Use No More?: Copyright in the Information Age », disponible au lien n° 49.
183. Alan K. OTA, « Disney in Washington: The Mouse That Roars », *Congressional Quarterly This Week*, 10 août 1990, disponible au lien n° 50.
184. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 564 (1995).
185. *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).
186. Si un principe s’applique à un des pouvoirs, alors il s’applique à n’importe quel autre pouvoir. Le point important dans le contexte de la Clause de commerce était que l’interprétation donnée par le gouvernement lui attribuerait le pouvoir de réglementer le commerce pour une durée infinie — en dépit des limitations du commerce interétatique. C’est aussi vrai dans le contexte de la Clause de copyright. Là encore, l’interprétation du gouvernement l’autoriserait à réglementer le copyright pour une durée infinie — en dépit de sa limitation à des « durées limitées ».
187. Dossier de l’association des auteurs de chanson de Nashville (Nashville Songwriters Association), *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) (No. 01-618), n. 10, disponible au lien n° 51.
188. Le chiffre de 2 % est une extrapolation, à partir de l’étude faite par le Congressional Research Service et à la lumière de l’ordre de grandeur estimée des renouvellements. Voir le dossier des pétitionnaires *Eldred v. Ashcroft*, 7, disponible au lien n° 52.
189. Voir David G. SAVAGE, « High Court Scene of Showdown on Copyright Law », *Los Angeles Times*, 6 octobre 2002 ; David STREITFELD, « Classic Movies, Songs, Books at Stake; Supreme Court Hears Arguments Today on Striking Down Copyright Extension », *Orlando Sentinel Tribune*, 9 octobre 2002.
190. Dossier de Hal Roach Studios et Michael Agee en tant qu’*amicus curiae* soutenant les pétitionnaires *Eldred v. Ashcroft*, 12. Voir aussi le dossier d’*amicus curiae* monté au nom des

pétitionnaires par Internet Archive, disponible au lien n° 53.

191. Jason SCHULTZ, « The Myth of the 1976 Copyright “Chaos” Theory », 20 décembre 2002, disponible au lien n° 54.
192. Dossier de Amici Dr. Seuss Enterprise et al., *Eldred v. Ashcroft*, 19.
193. Dinitia SMITH, « Immortal Words, Immortal Royalties? Even Mickey Mouse Joins the Fray », *The New York Times*, 28 mars 1998.

## Eldred II

194. Jusqu'à la révision de Berlin de la convention de Berne en 1908, la législation nationale imposait parfois, pour qu'un copyright soit protégé, des formalités telles que l'enregistrement, le dépôt et l'apposition d'une indication de la revendication de copyright par l'auteur. Toutefois, à partir de la révision de 1908, chaque texte de la convention stipule que « la jouissance et l'exercice » des droits qu'elle garantit « ne doivent pas être soumis à quelque formalité. » L'interdiction de ces formalités est actuellement incorporée à l'article 5(2) de la révision de Paris de la Convention de Berne. De nombreux pays continuent à imposer une forme d'exigence de dépôt ou d'enregistrement, bien que ce ne soit pas une condition du copyright. La loi française, par exemple, exige le dépôt des œuvres dans des dépôts nationaux, principalement à la Bibliothèque nationale de France. Des copies de livres publiés au Royaume-Uni doivent être déposées à la British Library. La loi allemande sur le copyright a mis en place un registre des auteurs, où le vrai nom de l'auteur peut être inscrit dans le cas d'œuvres anonymes ou pseudonymes. Paul GOLDSTEIN, *International Intellectual Property Law, Cases and Materials*, Foundation Press, 2001, p. 153-154.

## Conclusion

195. COMMISSION BRITANNIQUE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, *Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement*, Londres, 2002, disponible au lien n° 55. Selon un communiqué de l'Organisation mondiale de la santé du 9 juillet 2002, seulement 230 000 personnes reçoivent des médicaments parmi les six millions de personnes du tiers-monde qui en ont besoin — et la moitié d'entre eux est au Brésil.
196. Voir Peter DRAHOS et John BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 37.
197. INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY INSTITUTE (IIPI), *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa, a Report Prepared for the World Intellectual Property Organization*, IIPI, 2000, p. 14, disponible au lien n° 56. Pour un compte rendu de première main sur la lutte pour l'Afrique du Sud, voir l'audition devant la sous-commission de la justice criminelle, la politique des stupéfiants et les ressources humaines, commission de la surveillance et de la réforme du gouvernement de la Chambre des représentants, 106<sup>e</sup> Congrès, 1<sup>re</sup> session, série n° 106-126, 22 juillet 1999, p. 150-157, déclaration de James Love.
198. INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY INSTITUTE (IIPI), *op. cit.*, p. 15.
199. Voir Sabin RUSSELL, « New Crusade to Lower AIDS Drug Costs: Africa's Needs at Odds with Firms' Profit Motive », *San Francisco Chronicle*, 24 mai 1999, disponible au lien n° 57 (« les licences obligatoires et les marchés gris mettent en péril le système entier de la protection de la propriété intellectuelle ») ; Robert WEISSMAN, « AIDS and Developing Countries: Democratizing Access », *Foreign Policy in Focus*, août 1999, disponible au lien n° 58 (décrivit la politique américaine) ; John A. Harrelson, « TRIPS, Pharmaceutical Patents, and the HIV/AIDS Crisis: Finding the Proper Balance Between Intellectual Property Rights and Compassion, a Synopsis », *Widener Law Symposium Journal*, 2001, p. 175.
200. Jonathan KRIM, « The Quiet War over Open-Source », *The Washington Post*, 21 août 2003, disponible au lien n° 59 ; William NEW, « Global Group's Shift on “Open Source” Meeting Spurs Stir », *National Journal's Technology Daily*, 19 août 2003, disponible au lien n° 60, et « U.S. Official Opposes “Open Source” Talks at WIPO », *idem*, 19 août 2003, disponible au lien n° 61.
201. Je devrais révéler que j'étais une des personnes qui demanda au WIPO de tenir cette réunion.

202. La position de Microsoft sur le logiciel libre et Open Source est plus subtile. Comme il l'a affirmé à maintes reprises, Microsoft n'a pas de problème avec les logiciels « Open Source » ou mis dans le domaine public : sa principale opposition concerne les logiciels libres sous licence « Copyleft », qui impliquent que les travaux dérivés de ces logiciels soient soumis à la même licence. Voir Bradford L. SMITH, « The Future of Software: Enabling the Marketplace to Decide », *Government Policy Toward Open Source Software*, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Robert Hahn éd., 2002, p. 69, disponible au lien n° 62. Voir aussi Craig MUNDIE, vice-président senior de Microsoft, *The Commercial Software Model*, débat au New York University Stern School of Business, 3 mai 2001, disponible au lien n° 63.
203. Jonathan KRIM, *op. cit.*, disponible au lien n° 64.
204. Voir Peter DRAHOS et John BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 210-220.
205. John BORLAND, « RIAA Sues 261 File Swappers », *CNET.com*, 8 septembre 2003, disponible au lien n° 65 ; Paul R. LA MONICA, « Music Industry Sues Swappers », *CNN/Money*, 8 septembre 2003, disponible au lien n° 66 ; Soni SANGHA et Phyllis FURMAN, « Sued for a Song, N.Y.C. 12-Yr- Old Among 261 Cited as Sharers », *New York Daily News*, 9 septembre 2003 ; Frank AHRENS, « RIAA's Lawsuits Meet Surprised Targets », *op. cit.* ; Katie DEAN, « Schoolgirl Settles with RIAA », *Wired*, 9 octobre 2003, disponible au lien n° 67.
206. Jon WIEDERHORN, « Eminem Gets Sued ... by a Little Old Lady », *MTVnews.com*, 17 septembre 2003, disponible au lien n° 68.
207. Kenji HALL, Associated Press, « Japanese Book May Be Inspiration for Dylan Songs », *Kansascity.com*, 9 juillet 2003, disponible au lien n° 69.
208. « BBC Plans to Open Up Its Archive to the Public », *BBC press release*, 24 août 2003, disponible au lien n° 70.
209. « Creative Commons and Brazil », *Creative Commons Weblog*, 6 août 2003, disponible au lien n° 71.

## Postface

210. Voir, par exemple, Marc ROTENBERG, « Fair Information Practices and the Architecture of Privacy; (What Larry Doesn't Get) », *Stanford Technology Law Review*, vol. 1, 2001, par. 6-18, disponible au lien n° 72 (description d'exemples dans lesquels la technologie définit la politique de vie privée). Voir aussi Jeffrey ROSEN, *The Naked Crowd: Reclaiming Security and Freedom in an Anxious Age*, Random House, 2004 (cartographie des compromis entre la technologie et la vie privée).
211. *Willful Infringement: A Report from the Front Lines of the Real Culture Wars* (2003), documentaire produit par Jed Horovitz, réalisé par Greg Hittelman et produit par Fiat Lucre, disponible au lien n° 72.
212. La proposition que j'avance ici ne s'appliquerait qu'aux œuvres américaines. Je pense évidemment que ce serait bénéfique si d'autres pays l'adoptaient également.
213. Il y aurait une complication avec les œuvres dérivées, que je n'ai pas résolue ici. De mon point de vue, la loi sur les œuvres dérivées crée un système compliqué que les perspectives marginales de gains qu'il crée ne justifient pas.
214. « Copyrights: A Radical Rethink », *The Economist*, 23 janvier 2003, disponible au lien n° 74.
215. DEPARTMENT OF VETERANS AFFAIRS, *Veteran's Application for Compensation and/or Pension, VA Form 21-526 (OMB Approved No. 2900-0001)*, disponible au lien n° 75.
216. Benjamin KAPLAN, *An Unhurried View of Copyright*, Columbia University Press, 1967, p. 32.
217. *Idem*, p. 56.
218. Paul GOLDSTEIN, *Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox*, Stanford University Press, 2003, p. 187-216.
219. Voir, par exemple, *Music Media Watch*, n° 12, J@pan Inc., 3 avril 2002, disponible au lien n° 76.
220. William FISHER, *Digital Music: Problems and Possibilities* (dernière révision : 10 octobre 2000), disponible au lien n° 77 et *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Stanford University Press, 2004, ch. 6, disponible au lien n° 78. Le professeur

Netanel a proposé une idée proche qui exempterait de copyright le partage non commercial et établirait une rémunération aux artistes pour compenser le manque à gagner, voir Neil Weinstock NETANEL, « Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free P2P File Sharing », *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 17, n° 1, 2003, disponible au lien n° 79. Pour d'autres propositions, voir Lawrence LESSIG, « Who's Holding Back Broadband? » *The Washington Post*, 8 janvier 2002 ; Philip S. CORWIN au nom de Sharman Networks, *Lettre au sénateur Joseph R. Biden Jr., président de la commission aux affaires étrangères du Sénat*, 26 février 2002, disponible au lien n° 80 ; Serguei OSOKINE, *A Quick Case for Intellectual Property Use Fee (IPUF)*, 3 mars 2002, disponible au lien n° 81 ; Jefferson GRAHAM, « Kazaa, Verizon Propose to Pay Artists Directly », *USA Today*, 13 mai 2002, disponible au lien n° 82 ; Steven M. CHERRY, « Getting Copyright Right », *IEEE Spectrum Magazine*, vol. 39, n° 2, 2002, disponible au lien n° 83 ; Declan MCCULLAGH, « Verizon's Copyright Campaign », *CNETNews.com*, 29 août 2002, disponible au lien n° 84. La proposition de William Fisher est très similaire à celle de Richard Stallman sur le DAT. À la différence de celle William Fisher, la proposition de Richard Stallman ne rémunérerait pas proportionnellement les artistes, même si les artistes les plus populaires recevaient plus que ceux qui le sont moins. De façon typique avec Richard Stallman, sa proposition anticipe d'une décennie le débat actuel. Voir le lien n° 85.

221. Lawrence Lessig, « Copyright's First Amendment » (Melville B. Nimmer Memorial Lecture), *UCLA Law Review*, vol. 48, 2001, p. 1057 et 1069-1070.
222. Un bon exemple est le travail du professeur Stan Liebowitz. Stan Liebowitz est une référence pour son analyse scrupuleuse des données sur les infractions, ce qui l'a amené à être publiquement interrogé sur sa position – deux fois. Il a initialement prédit que le téléchargement nuirait de façon significative à l'industrie. Il a ensuite revu son opinion à la lumière des données, et il a encore changé d'avis depuis. Comparez Stan J. LIEBOWITZ, *op. cit.* (qui revoit son point de vue initial, mais en exprimant du scepticisme) avec Stan J. LIEBOWITZ, « Will MP3s Annihilate the Record Industry? » texte de travail, juin 2003, disponible au lien n° 86. L'analyse méticuleuse de Stan Liebowitz est extrêmement précieuse pour estimer l'effet du partage de fichier. De mon point de vue, cependant, il sous-estime les coûts du système légal. Voir par exemple : Lawrence LESSIG, *Rethinking, op. cit.*, p. 174-176.



## Remerciements

Ce livre est le produit d'un combat long et jusqu'ici sans succès, qui a commencé quand j'ai lu la guerre d'Eric Eldred pour la liberté des livres. Le travail d'Eldred a contribué à lancer un mouvement, le mouvement pour une culture libre, et c'est à lui que ce livre est dédié.

J'ai été aidé en beaucoup d'endroits par des amis et des universitaires, dont Glenn Brown, Peter DiCola, Jennifer Mnookin, Richard Posner, Mark Rose, et Kathleen Sullivan. Et j'ai reçu des corrections et des conseils de mes étonnantes étudiantes à Stanford Law School et Stanford University. Parmi eux, Andrew B. Coan, John Eden, James P. Fellers, Christopher Guzelian, Erica Goldberg, Robert Hallman, Andrew Harris, Matthew Kahn, Brian Link, Ohad Mayblum, Alina Ng, et Erica Platt. Je suis particulièrement reconnaissant envers Catherine Crump et Harry Surden, qui ont contribué à diriger leurs recherches, et envers Laura Lynch, qui a brillamment dirigé cette petite armée, et offert son regard critique sur une bonne part de ce travail.

Yuko Noguchi m'a aidé à comprendre les lois et la culture de son pays. Je la remercie, ainsi que tous ceux, au Japon, qui m'ont aidé à préparer ce livre : Joi Ito, Takayuki Matsutani, Naoto Misaki, Michihiro Sasaki, Hiromichi Tanaka, Hiroo Yamagata et Yoshihiro Yonezawa. Je remercie aussi le professeur Nobuhiro Nakayama et le Tokyo University Business Law Center, pour m'avoir donné la chance de passer du temps au Japon, à Tadashi Shiraishi et Kiyokazu Yamagami pour leur aide généreuse lorsque j'y étais.

Il y a les sortes traditionnelles d'aides sur lesquelles les universitaires s'appuient régulièrement. Mais en plus de celles-ci, Internet a rendu possible la réception de conseils et de corrections de nombreuses personnes que je n'ai même jamais rencontrées. Parmi celles qui ont répondu avec des conseils extrêmement utiles aux requêtes sur mon blog à propos du livre figurent Dr. Mohammad Al-Ubaydli, David Gerstein et Peter DiMauro, de même qu'une longue liste de ceux qui ont eu des idées spécifiques sur des manières de développer mon argumentation. Parmi eux figuraient Richard Bondi, Steven Cherry, David Coe, Nik Cubrilovic, Bob Devine, Charles Eicher, Thomas Guida, Elihu M. Gerson, Jeremy Hunsinger, Vaughn Iverson, John Karabaic, Jeff Keltner, James Lindenschmidt, K. L. Mann, Mark Manning, Nora McCaulley, Jeffrey McHugh, Evan McMullen, Fred Norton, John Pormann, Pedro A. D. Rezende, Shabbir Safdar, Saul Schleimer, Clay Shirky, Adam Shostack, Kragen Sitaker, Chris Smith, Bruce Steinberg, Andrzej Jan Taramina, Sean Walsh, Matt Wasserman, Miljenko Williams, « Wink », Roger Wood, « Ximombo da Jazz » et Richard Yanco. (Je m'excuse si j'ai oublié quelqu'un ; avec les ordi-

nateurs viennent les erreurs, et un plantage de mon système de courriels a signifié pour moi la perte d'un tas de bonnes réponses.)

Richard Stallman et Michael Carroll ont tous deux lu le livre entier à l'état de brouillon, et chacun a fourni des corrections et des avis extrêmement utiles. Michael m'a aidé à voir plus clairement l'importance de la réglementation des œuvres dérivées. Et Richard a corrigé un nombre d'erreurs honteusement élevé. Bien que mon œuvre soit en partie inspirée de celle de Stallman, il n'est pas d'accord avec moi en des endroits importants tout au long de ce livre.

Pour finir, et pour toujours, je suis reconnaissant envers Bettina, qui a toujours insisté pour qu'il y ait un bonheur sans fin loin de ces batailles, et qui a toujours eu raison. Cet homme qui apprend lentement est, comme toujours, reconnaissant pour sa perpétuelle patience et amour.

## À propos de cette édition

Cette édition est tout d'abord le fruit de trois ans de travail de Petter Reinholdtsen qui, avec son équipe de volontaires, a entrepris de traduire le livre de Lawrence Lessig en norvégien. Il est reparti d'une conversion du livre au format DocBook faite par Hans Schou, et toute l'équipe l'a traduite et enrichie progressivement (par exemple les entrées d'index), pour offrir finalement sous Github un environnement complet permettant de produire à la fois le livre en anglais et en norvégien.

La production de la version française a suivi un parcours différent : la traduction repart de celle de Wikilivres.ca, avec un effort important porté pour compléter les parties manquantes, corriger les erreurs de traduction, et remanier parfois le texte pour avoir une syntaxe et un style que j'espère corrects. Je tiens à remercier en particulier Alain Hurtig pour sa remarquable traduction des notes du livre. Il a vérifié chacune des références citées et les a adaptées à la typographie française. Cette nouvelle traduction, ajoutée au projet de Petter, a pu profiter du même environnement pour produire cette édition.

Rien ne me prédestinait à m'impliquer dans une telle aventure. C'est à l'occasion d'échanges avec Petter sur la génération au format PDF que l'initiative d'ajouter la version française est née. Je remercie Petter pour la confiance qu'il me témoigne en intégrant cette traduction dans son projet.

La génèse de cette édition est finalement une belle démonstration des valeurs, de l'énergie créatrice, et de la formidable mobilisation collective qu'une culture et une technologie libres peuvent susciter. Ce sont ces valeurs que Lawrence Lessig cherche à défendre.

— Benoît Guillon, à Valence, le 17/12/2015

# Index

- 11 septembre 2001, attaque terroriste du, 43, 44, 99  
60 Minutes, 98
- A**  
ABC, 43, 138, 247  
Afrique du Sud, importations de médicaments par, 206, 207  
Afrique, médicaments pour traiter les malades du SIDA, 205–207  
Agee, Michael, 180, 181  
agriculture, 110, 112  
Aibo, robot chien, 130, 132, 134  
Akerlof, George, 186  
Alben, Alex, 91–94, 162, 228, 244  
All in the Family, 138  
Allen, Paul, 91  
Amazon, 217  
American Association of Law Libraries, 186  
American Graphophone Company, 55  
Americans with Disabilities Act (1990), 245  
Andromeda, 165  
Anello, Douglas, 57  
Angleterre, lois sur le copyright en, 79–85  
Apple Corporation, 209, 233  
architecture, contrainte effectuée par, 107–109, 245  
archive.org, 99, voir aussi Internet Archive  
Archives du Cinéma (Movie Archive), 99  
archives numériques, 97–102, 143, 179, 182, 183  
Archives Télévisées (Television Archive), 98  
Aristote, 127  
Armstrong, Edwin Howard, 16–18, 151, 159  
Arrow, Kenneth, 186  
art clandestin, 152  
artistes  
compilation pour rétrospective sur, 91–94  
droits à l'image des, 244  
rémunérations par l'industrie du disque, 51, 56, 57, 69, 159, 160, 162, 233, 252, 253  
ASCAP, 27  
Asie, piratage commercial en, 61–63, 233  
assurance responsabilité civile professionnelle, 89  
AT&T, 18  
Ayer, Don, 184, 189–191, 194, 195, 199
- B**  
Bacon, Francis, 84  
bandes dessinées doujinshi, 32–34  
bandes dessinées japonaises, 31–34  
Barish, Stephanie, 41, 42, 42, 48, 239  
Barlow, Joel, 19  
Barnes & Noble, 124  
Barry, Hank, 155, 156  
BBC, 214  
Beatles (Les), 54, 56  
Beckett, Thomas, 84  
Bell, Alexander Graham, 16  
Berman, Howard L., 248, 249  
Bernstein, Leonard, 68  
Betamax, 70, 71  
Bibliothèque du Congrès, 98, 99, 161  
bibliothèques  
d'œuvres du domaine public, 173, 174  
droits à la vie privée des utilisateurs des, 217  
fonction d'archivage des, 98  
journaux dans les, 218, 219  
Black, Jane, 242  
blogs (Web-logs), 44–47, 239  
BMG, 136  
BMW, 156, 157  
Boies, David, 94  
Boland, Lois, 210–212  
Bolling, Ruben, 195, 196  
Bono, Mary, 174, 250  
Bono, Sonny, 174, 250  
Boswell, James, 83  
Boyle, James, 112  
Braithwaite, John, 212, 251  
Branagh, Kenneth, 79, 81  
Brandeis, Louis D., 38, 237, 239  
Brejnev, Leonid, 111, 236  
Brésil, culture libre au, 214  
brevets  
brevets futurs vs. copyrights futurs, 174  
dans le domaine public, 116, 174  
pharmaceutiques, 205–208, 211  
sur la technique cinématographique, 53, 54  
brevets agricoles, 241  
brevets pharmaceutiques, 205–208  
Breyer, Stephen, 188, 193  
broadcast flag, 158, 240, 242, 249  
Bromberg, Dan, 184

- Brown, John Seely, 47, 48, 110  
 Buchanan, James, 186  
 Bunyan, John, 84  
 Burdick, Quentin, 57  
 Bush, George W., 248
- C**
- caméscope numérique, 39, 110  
 Camp Chaos, 94  
 campagne contre la drogue de Nick et Norm, 140  
 capital risqueurs, 155, 156  
 CARP (Copyright Arbitration Royalty Panel), 249  
 Carson, Rachel, 112  
 Casablanca, 125  
 Causby, Thomas Lee, 15, 16, 18, 20, 22, 23, 151, 204, 214, 237  
 Causby, Tinie, 15, 16, 18, 20, 22, 23, 151, 204, 214, 237  
 CBS, 43  
 CD-ROMs, extraits de film mis sur, 91–94  
 CDs  
     données sur les préférences musicales, 155  
     marquage du copyright sur, 225  
     niveaux de vente des, 67  
     piratage étranger de, 61, 62  
     prix des, 233  
     technique de mixage et, 165  
 Chambre des Lords, 84, 85  
 chimères, 147–149  
 Christensen, Clayton M., 139, 241  
 Clark, Kim B., 139  
 Clause de Progrès, 113, 114, 174, 188  
 CNN, 46, 239  
 Coase, Ronald, 186  
 Code (Lessig), 11, 106, 244, 245  
 code propriétaire, 218  
 Coe, Brian, 38, 239  
 collège électoral, 113  
 Comcast, 247  
 commerce inter-état, 177, 188  
 Commerce, département du (US), 110  
 Commons, John R., 245  
 communiqués de presse de la Maison Blanche, 244  
 compositeurs, protections par copyright des, 69  
 concurrence du marché, 111, 124  
 Conger, 79–81, 83  
 Congrès des États-Unis  
     Court Suprême restriction, 177, 178, 187  
     dans la Clause de Progrès constitutionnelle, 113, 188  
     durée du copyright prolongée par le, 115, 116, 174–176, 188, 189  
     pouvoirs constitutionnels du, 174, 175, 177, 178, 186  
     sur la radio, 160  
     sur la technique du magnétoscope (VCR), 71  
     sur les lois du copyright, 55, 56, 69–71, 114–116, 160  
         sur l'industrie du disque, 55, 56, 69, 70, 160  
 connaissance, liberté de, 81  
 Conrad, Paul, 133, 134  
 Constitution des USA  
     but du copyright établi par la, 113, 114, 178  
     Clause de Commerce de la, 186  
     Clause de Progrès de la, 113, 114, 174, 188  
     équilibres et contrôles structurels de la, 113  
     Premier Amendement de la, 21, 111, 121, 140  
         sur la propriété des créations, 113  
 contes de Grimm, 30, 31, 34, 173  
 contraintes du marché, 107, 109, 154, 155, 157, 245  
 contrats, 246  
 Convention de Berlin (1988), 200  
 Conyers, John, Jr., 248  
 cookies, Internet, 217  
 copyright, 31, voir aussi Loi sur le copyright  
     but constitutionnel du, 113, 178  
     comme droit de monopole restreint, 80–85  
     des auteurs individuels vs. entreprises, 116  
     durée du, 31, 79–85, 113–116, 174–176, 178  
     efforts volontaristes de réforme du, 215  
     marquage de, 117, 118  
     perpétuel, 82–84, 174, 175  
     portée de la, 117–119  
     quatre modalités réglementaires sur le, 108–110, 114  
     renouvellement de, 79, 115, 116  
     restrictions d'utilisation attachées au, 80, 121–124  
 Country of the Blind, The (Wells), 147, 148  
 cour d'appel  
     neuvième circuit, 94  
 Cour Suprême des États-Unis  
     accès aux opinions de, 218  
     actions du Congrès restreintes par la, 187  
     Chambre des Lords vs., 84  
     droits de l'espace aérien vs. fonciers, 15, 16  
     factions de la, 187, 188  
     sur l'équilibre des intérêts dans la loi sur le copyright, 72  
     sur l'interdiction de publicité à la télévision, 140  
 cours d'appel pour le neuvième circuit, 94  
 couverture des informations, 43–47, 98, 99  
 Creative Commons, 214, 220–222  
 créativité, 28, voir aussi innovation  
     par transformation d'œuvres antérieures, 30–34  
     restrictions légales de la, 28  
 Crichton, Michael, 40  
 Crosskey, William W., 245  
 CTEA, 116, voir aussi Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA) (1998)  
 culture, 19, voir aussi culture libre  
     commercial vs. non-commercial, 19–21  
 culture de permission  
     coût de transaction de la, 157

culture libre vs., 20  
culture libre  
culture de permission vs., 20  
efforts de restauration sur les aspects antérieurs de la, 216–220  
fondement juridique anglais de la, 85  
œuvres dérivées issues de la, 34, 35  
quatre modalités de contrainte sur la, 106–110  
Cyber Rights (Godwin), 43

**D**

Daguerre, Louis, 37  
Daley, Elizabeth, 40–43, 239  
DAT (Digital Audio Tape), 241, 242  
Data General, 217  
Day After Trinity, The, 88  
DDT, 112, 113  
Dean, Howard, 45  
démocratie  
dans les techniques d'expression, 38, 39, 44, 45  
discours public en, 44, 45  
Média : concentration, 139  
partage numérique en, 152  
sémiotique, 233  
démocratie sémiotique, 233  
dessins animés, 29–31  
Digital Copyright (Litman), 248  
Diller, Barry, 138  
discours politique, 44–47  
Disney, Inc., 30, 31, 103, 123, 124  
Disney, Walt, 29–32, 34, 35, 38, 39, 72, 101, 119, 173, 178  
Doctorow, Cory, 68  
doctrine de la première vente, 124  
domaine public  
bibliothèque d'œuvres dérivées issues du, 173, 174  
brevets futurs vs. copyrights futurs, 116  
défini, 31  
droits d'accès à du contenu du, 219  
durée traditionnelle pour passage dans le, 31  
équilibre du contenu américain dans le, 114, 115  
fondement juridique anglais de la, 84  
projets publics dans le, 208  
restrictions des e-books sur le, 129  
système de license pour reconstruire le, 219–222  
dommages-intérêts, 50  
Donaldson contre Beckett, 84, 85  
Donaldson, Alexander, 82–84  
Douglas, William O., 15, 16  
Down and Out in the Magic Kingdom (Doctorow), 68  
Drahos, Peter, 212, 241, 251, 252  
Dreyfuss, Rochelle, 27  
droits à la vie privée, 216, 217  
droits de propriété  
intangibilité des, 77  
système féodal des, 211, 212

trafic aérien vs., 15, 16, 227  
droits de propriété intellectuelle, 22, 23  
des brevets pharmaceutiques, 207, 208  
organisations internationales portant sur les, 208–212  
droits du compositeur vs. droits du producteur, 69  
Drucker, Peter, 93  
Dryden, John, 243  
Duck and Cover, film, 99  
Dylan, Bob, 214

**E**

Eagle Forum, 185, 186  
Eastman, George, 37–39  
école du réalisme juridique, 247  
écoles de droit, 163  
écologie, 112, 113  
Edison, Thomas, 16  
éditeurs écossais, 80, 82–84  
édition musicale, 27, 55  
éducation  
bricolage comme méthode d', 50  
dans la lecture des médias, 40–43  
Eldred, Eric, 173, 174  
élections, 44  
Electronic Frontier Foundation, 166, 246  
Else, Jon, 87–89  
e-mail, 45  
EMI, 136, 156  
enregistrement de cassette, 241  
magnétoscopes, 66, 70–72, 133, 134, 158, 230, 246  
enregistrements de musique, voir peer-to-peer (p2p), partage de fichier; industrie du disque  
nombre total de, 101  
entreprises  
dans l'industrie pharmaceutique, 207  
durée de copyright pour, 116  
Erskine, Andrew, 83  
États-Unis contre Lopez, 177, 187, 188, 191–194  
États-Unis contre Morrison, 187, 250  
expression, technique d'  
démocratique, 38, 39, 44, 45  
lecture des médias et, 40–43

**F**

FAI (Fournisseurs d'Accès à Internet), identités de clients révélées par, 153, 166, 167, 247  
Fallows, James, 137, 246  
Fanning, Shawn, 64  
Faraday, Michael, 16  
FCC  
sur la radio FM, 18  
film documentaire, 87–89  
films  
animation, 29–31  
archives de, 99  
copyrights multiples attachés aux, 87

nombre total de, 101  
usage loyal de contenu protégé dans les, 87–89  
films d'animation, 29–31  
Films de Laurel et Hardy, 180  
films éphémères, 99  
Fisher, William, 253  
Florida, Richard, 28, 238  
Forbes, Steve, 199, 202  
formalités, 117, 118  
Fourneau, Henri, 54, 55  
Fox (firme cinématographique), 87–89  
Fox, William, 53  
Free for All (Wayner), 221  
frères Wrights, 15, 16, 22  
Fried, Charles, 186, 189, 195  
Friedman, Milton, 186  
Frost, Robert, 174  
Future of Ideas, The (Lessig), 127, 155

## G

Garlick, Mia, 221  
Gates, Bill, 111, 211  
General Film Company, 53  
General Public License (GPL), 210  
Gershwin, George, 187  
Gil, Gilberto, 214  
Ginsburg, Ruth Bader, 188, 192  
Girl Scouts, 27  
Global Positioning System (GPS), 208  
Godwin, Mike, 43  
Goldstein, Paul, 252  
Google, 49, 50  
GPL (General Public License), 210  
Gracie Films, 87  
Grisham, John, 55, 56, 228  
Groening, Matt, 87–89  
Grokster, Ltd., 248  
Guerre en Irak, 46, 239, 244

## H

hacks, 130  
Hal Roach Studios, 180, 186  
Hand, Learned, 240  
Hawthorne, Nathaniel, 173  
Henry V, 79  
Henry VIII, roi d'Angleterre, 81  
Herrera, Rebecca, 88  
Heston, Charlton, 58, 241  
histoire, archives, 97  
Hollings, Fritz, 249  
Hummer Winblad, 156  
Hummer, John, 156  
Hyde, Rosel H., 57, 240

## I

IBM, 208, 210, 217

images, propriété des, 38, 39, 153  
importation parallèle, 206  
industrie de la métallurgie, 110  
industrie cinématographique  
bandes annonces de l', 123, 124  
cinémas de luxe vs. piratage de vidéos dans l', 233  
industrie cinématographique de Hollywood, 53, 53,  
54, voir aussi industrie cinématographique  
industrie du disque  
diffusion radio et, 56, 57, 69, 160  
procès pour infraction au copyright dans l', 50–52,  
156  
protections par copyright dans, 69  
rémunération de l'artiste dans l', 51, 69, 160, 162  
système de licence statutaire dans l', 55, 56  
Webradio entravée par l', 160–162  
industrie du rail, 110  
infraction délibérée, 124  
innovation, 64, 241, voir aussi créativité  
industrie en place opposée à l', 154–162  
insecticide, conséquence sur l'environnement, 112,  
113  
Intel, 158, 186  
inter-état, commerce, 177, 188  
Internet  
actualités sur, 43–46  
applicabilité du copyright modifiée par la technologie d', 120–123  
blogs sur, 44–47  
classement par référencement sur, 45  
développement de, 19, 208, 215, 216  
diffusion efficace de contenu sur, 27  
discours public mené sur, 44–47  
enregistrement de nom de domaine sur, 224  
équilibre perdu de la réglementation sur le copyright, avec, 109, 110  
Liberté originelle de, 215, 216  
livres sur, 68, 69, 121–123, 125–130  
moteurs de recherche utilisés sur, 49, 50  
protection de la vie privée sur, 217  
radio sur, 159–162  
Internet Archive, 99  
Internet Explorer, 63  
Iwerks, Ub, 29

J

japonaises, bandes dessinées, 31–34  
Jaszi, Peter, 174, 195  
Jefferson, Thomas, 77, 105, 106, 221  
jeux vidéos, 41  
Johnson, Lyndon, 103  
Johnson, Samuel, 84  
Jones, Day, Reavis and Pogue (Jones Day), 184, 186,  
189  
Jonson, Ben, 243  
Jordan, Jesse, 49–52, 152  
joueur de piano, 55

- journalisme, 46  
 journaux  
   archives de, 99  
   concentration des propriétaires de, 136, 137  
 journaux scientifiques, 218–220  
 Just Think !, 39, 40
- K**  
 Kahle, Brewster, 48, 98–102, 179, 182, 183, 244  
 Kaplan, Benjamin, 228  
 Kazaa, 64  
 Keaton, Buster, 30, 34  
 Kelly, Kevin, 204  
 Kennedy, Anthony, 187  
 Kennedy, John F., 103, 159  
 Kittredge, Alfred, 55, 240  
 Kodak Primer, The (Eastman), 37, 38  
 Kodak, appareils photographiques, 37–39, 110, 152  
 Kozinski, Alex, 71  
 Krim, Jonathan, 210, 211
- L**  
 Leaphart, Walter, 221  
 Lear, Norman, 138  
 lecteur de livre électronique Adobe, 125–130  
 lecteurs MP3, 156  
 lecture des médias, 40–43  
 Les aventures d'Alice au pays des merveilles (Carroll), 129  
 Lessig, Lawrence, 106, 127, 155  
   dans le débat international sur la propriété intellectuelle, 209, 210  
   implication dans l'affaire Eldred de, 174, 175  
 Lessing, Lawrence, 18  
 Lexis et Westlaw, 218, 219  
 Libraires anglais, 81–85  
 licence obligatoire, 55, 56  
 licence statutaire, 55, 56, 69, 158  
 licences copyleft, 210  
 Licensing Act (1662), 79  
 Liebowitz, Stan, 241, 253  
 Litman, Jessica, 238, 248  
 livres  
   épuisés, 68, 100, 115, 231, 244  
   loi anglaise sur le copyright des, 79–85  
   nombre total de, 101  
   parutions libres en ligne de, 68, 221  
   reventes de, 68, 115, 231, 242  
   sur Internet, 121–123, 125–130  
   trois types d'utilisation des, 120, 121  
 livres électroniques, 122, 123  
 Lofgren, Zoe, 202  
 logiciel libre/logiciel open-source (FS/OSS), 63, 209–211, 217, 218  
 logiciel open-source; voir logiciel libre/logiciel open-source (FS/OSS)  
 loi  
   bases de données d'affaires de, 63, 218, 219  
   comme modalité de contrainte, 106–109  
   commune vs. positive, 79, 80, 82  
   fédérale vs. d'état, 115  
   Loi allemande sur le copyright, 251  
   loi commune, 80, 82–84  
   Loi de Berlin (1908), 200  
   loi internationale, 206–208  
   loi positive, 79, 82  
   Loi sur le copyright  
     anglais, 27, 79–85  
     comme modalité de réglementation ex post, 106, 107  
     comme protection des créateurs, 21, 113, 114  
     copies comme problème principal de, 119–124  
     créativité entravée par, 28  
     deux buts principaux de la, 70  
     développement de, 79–85  
     européenne, 118  
     histoire américaine de la, 113–116  
     innovation entravée par la, 154–162  
     Japonais, 32–34  
     liberté d'innovation équilibrée par une rémunération juste dans la, 112, 113  
     licences statutaires dans la, 55, 56, 69, 70, 158  
     obligation d'enregistrement de, 117, 118  
     portée de la, 119, 120  
     prolongement de la durée dans la, 115, 116, 174–176  
     reproduction vs. transformation d'une œuvre originale, 28, 117–119, 123  
     sanction pénale pour infraction à la, 174  
     sur l'enregistrement de musique, 54–56, 69, 70  
     technologie comme application automatique de la, 125  
     usage loyal et, 87–89, 121–123  
 Loi sur le Copyright (1790), 114, 115, 118  
 Lott, Trent, 45  
 Lovett, Lyle, 57, 148, 155, 201  
 Lucas, George, 89  
 Lucky Dog, The, 180  
 Lumières, les, 81
- M**  
 Madonna, 57, 65, 106, 107  
 magnétoscopes, 158, 230  
 manga, 31–34  
 Mansfield, William Murray, Lord, 27, 83  
 marché libre, changements technologiques dans un, 111  
 Marijuana Policy Project, 247  
 Marx Brothers, 125, 128  
 McCain, John, 136  
 médias  
   concentration des, 17–19, 46  
   impératifs commerciaux des, 45, 46, 46  
   pression des blogs sur les, 45

- médicaments  
 pharmaceutique, 205–207, 211  
 médicaments antirétroviraux, 205–207  
 médicaments contre le SIDA, 205–207  
 médicaments génériques, 211  
 Mehra, Salil, 33  
 MGM, 103  
 Michigan Technical University, 51  
 Mickey Mouse, 29, 30, 119  
 Microsoft, 91  
   en opposant de la conférence de l'OMPI, 210  
   piratage logiciel international de, 63  
   procès du gouvernement contre, 131  
   stratégies compétitives de, 63  
   sur le logiciel libre, 209, 210  
   système de fichier en réseau de, 49, 50  
   système d'exploitation Windows, 63  
 Millar contre Taylor, 83, 84  
 Milton, John, 81, 84  
 monopole, copyright en tant que, 81–85  
 Monroe, Marilyn, 159  
 Montée de la classe créative, *La* (Florida), 28, 238  
 Morrison, Alan, 186  
 moteurs de recherche, 49, 50  
 mouvement des Femmes en Rose pour la Paix, 12, 213  
 Moyers, Bill, 138  
 MP3.com, 155, 156  
 MP3s, 109  
 MTV, 66  
 Müller, Paul Hermann, 112  
 MusicStore, 233  
 musique rap, 221  
 my.mp3.com, 155, 156
- N**  
 Napster, 39, 64, 94  
   capital risque pour, 156  
   gamme du contenu de, 65  
   industrie du disque traquant les utilisateurs de, 167  
   matériel illégal bloqué par, 69  
   nombre d'enregistrements sur, 64  
   remplacement de, 64  
 Nashville Songwriters Association, 178  
 National Writers Union, 186  
 NBC, 247  
 Needleman, Rafe, 156, 157, 248  
 NET (No Electronic Theft) Act (1998), 174  
 Netanel, Neil Weinstock, 21, 238, 253  
 Netscape, 63  
 New Hampshire (Frost), 174  
 Nimmer, David, 94  
 Nimmer, Melville, 235  
 No Electronic Theft (NET) Act (1998), 174  
 noms de domaine, 224  
 normes, influence réglementaire des, 107, 109
- O**  
 O'Connor, Sandra Day, 187, 190  
 œuvres dérivées  
   développements technologiques et, 122, 123  
   glissement historique de la portée du copyright sur les, 117  
   piratage vs., 30–34, 118, 120, 121  
   usage loyal vs., 123  
 Olafson, Steve, 239  
 Olson, Theodore B., 191  
 Opéra de San Francisco, 87, 88  
 Oppenheimer, Matt, 51  
 originalisme, 194  
 Orwell, George, 97
- P**  
 Paramount Pictures, 103  
 parlement britannique, 79–85  
 parole, liberté de  
   garantie constitutionnelle de, 111  
 Parti Démocrate, 199  
 Parti Républicain, 199  
 partition, 27, 55  
 Patent and Trademark Office, US., 210–213  
 Patterson, Raymond, 82, 243  
 pays en développement, prix des brevets étrangers dans les, 205–207  
 peer-to-peer (p2p), partage de fichier  
   efficacité de, 27  
   équilibre de la réglementation perdu dans le, 109  
   protection anti-infraction dans le, 69  
   quatre types de, 65  
   sanctions pénales pour, 174  
 pension des vétérans, 227  
 permissions  
   photographie exemptée de, 38, 39  
   photographie, 37–39  
 Picker, Randal C., 53, 240, 242, 249  
 piratage  
   dans le développement de l'industrie du contenu, 53–58  
   en asie, 63, 233  
   œuvre dérivée vs., 30–34, 118–121  
 pistolet, 134  
 plainte pour erreur médicale, 152  
 PLoS (Public Library of Science), 208, 219  
 Pogue, David, 11  
 Politiques, de Aristote, 127  
 polymorphismes mono-nucléotidiques (SNPs), 208  
 Porgy and Bess, 187  
 pornographie, 187, 250  
 pouvoir, concentration de, 12, 22  
 Prelinger, Rick, 99  
 Premier amendment, 21, 111, 121, 140  
 Princeton University, 51  
 procès pour infraction au copyright  
   accusés intimidés par, 50–52

contre le partage de fichier d'un étudiant, 50–52  
convictions d'infraction délibérée aux, 124  
créativité commerciale comme principal but des, 20  
dans l'industrie du disque, 50–52, 152, 156  
dommages-intérêts des, 50  
plaintes abusives, 50, 152, 156  
technologie de diffusion cible des, 156  
tolérance zéro des, 69  
prohibition de l'alcool, 163  
*Promises to Keep* (Fisher), 232, 233, 253  
propriété des créations, 27, voir aussi droits de propriété intellectuelle  
autres droits de propriété vs., 119, 120  
protections par la loi commune, 114  
théorie de la valeur implique droit, 27, 28  
tradition constitutionnelle sur la, 113, 114  
propriété foncière, et trafic aérien, 15, 16, 227  
protection des artistes vs. intérêts commerciaux, 20  
Public Citizen, 186  
Public Enemy, 221  
Public Library of Science (PLoS), 208, 219  
publicitaire, 40, 47, 48, 110, 123, 124, 140, 247  
publicités, 40, 110, 140

## Q

Quayle, Dan, 98

## R

radio  
concentration des propriétaires de, 136, 137  
disques de musique joués sur, 56, 57, 69, 159  
spectre de fréquence FM, 16–18, 111  
sur Internet, 159–162  
radio FM, 17, 18, 111  
RCA, 17–19, 111, 215  
Reagan, Ronald, 186, 189, 208  
Real Networks, 162, 233  
recherche biomédicale, 208, 208, 209  
Recording Industry Association of America (RIAA)  
concernant les taxes sur la webradio, 160, 162  
pouvoir de lobbying des, 51, 160  
procès pour infraction au copyright engagés par, 50–52, 156  
tactiques d'intimidation, 50–52  
réforme de la responsabilité pénale, 248  
réglementation  
comme protectionnisme des acquis, 110, 111, 154–162  
pénalités énormes de la, 156, 157  
quatre modalités de, 106–110  
Rehnquist, William H., 177, 187  
Rensselaer Polytechnic Institute (RPI), 49–51  
moteur de recherche du réseau du, 49, 50  
reprise de chansons, 55  
réseaux d'ordinateurs d'université, partage de fichier (p2p) sur, 49–52

revues scientifiques, 208, 218–220  
Roberts, Michael, 155  
robot chien, 130, 132, 134  
robots, 97, 135  
Rogers, Fred, 133, 246  
Roméo et Juliette (Shakespeare), 79, 80  
Rose, Mark, 243, 255  
Royaume Uni  
archives publiques des créations au, 214  
histoire du copyright au, 79–85  
RPI, voir Rensselaer Polytechnic Institute (RPI)  
Rubenfeld, Jeb, 246  
Russel, Phil, 54

## S

Safire, William, 12, 213, 237  
Sarnoff, David, 17  
Scalia, Antonin, 187  
*Scarlet Letter* (Hawthorne), 173  
Schlafly, Phyllis, 185  
Seasons, The (Thomson), 83  
Sénat US, 113  
Shakespeare, William, 34, 79–81, 84  
*Silent Spring* (Carson), 112  
Simpsons, Les, 87–89  
Sites web, enregistrement du nom de domaine de, 224  
Sommet mondial sur la société de l'information (WSIS), 209, 211  
Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA) (1998), 116, 174  
défi de la Cour Suprême au, 235  
Sony  
robot chien Aibo produit par, 130, 132, 134  
technologie Betamax développée par, 70, 71  
Sony Pictures Entertainment, 103  
Sousa, John Philip, 55  
Stallman, Richard, 217, 218  
Stanford University, 220  
Star Wars, 89  
Statut des Monopoles (1656), 81  
Statute of Anne (1710), 79, 80, 82–84, 115  
Steamboat Bill, Jr., 30, 32, 38  
Steamboat Willie, 29, 30  
Stevens, Ted, 12  
Steward, Geoffrey, 184  
Superman (bande dessinée), 33  
survol, 123, 124, 216, 217  
Sutherland, Donald, 92  
système de jury, 44  
système d'exploitation GNU/Linux, 63, 186, 210, 218  
système d'exploitation Linux, 63, 186, 210, 218  
système féodal, 211, 212  
système judiciaire, 139  
système légal, frais d'avocats dans le, 51

## T

Talbot, William, 37

- Tatel, David, 184  
 Tazin, Billy, 249  
 Taylor, Robert, 83  
 technique d'appareil photographique, 37–40, 110  
 technologie  
     application du copyright contrôlée par la, 125  
     industries en place menacées par les évolutions de la, 109  
     objectif du copyright modifié par, 120–123  
     réglementation obscure sur la, 157  
 télécommandes, 110  
 téléphones portables, musique streamée sur, 230  
 télévision  
     câble vs. radio-diffusion, 233  
     controverse évitée par, 140  
     publicité à la, 40, 110, 140  
 télévision par câble, 57, 58, 70, 136, 233  
 thérapies contre le SIDA, 205–207  
 Thomas, Clarence, 187  
 Thomson, James, 83, 84  
 Thurmond, Strom, 45  
 Tocqueville, Alexis de, 44  
 Tonson, Jacob, 79  
 Torvalds, Linus, 218  
 trafic aérien, vs. propriété foncière, 15, 16  
 Turner, Ted, 213  
 Twentieth Century Fox, 103
- U**  
 United States Trade Representative (USTR), 206  
 Universal Music Group, 136, 156  
 Universal Pictures, 103  
 usage loyal, 121, 122  
     dans un film documentaire, 87–89  
     poids d'Internet sur l', 121, 123  
     tactiques juridiques d'intimidation contre l', 88, 89, 123, 124
- V**  
 Vaidhyanathan, Siva, 238, 240, 243, 246, 247  
 Valenti, Jack  
     copyright à durée perpétuelle proposé par, 250  
     en opposant de la loi Eldred, 203  
     passé de, 103, 104  
     sur la technique du magnétoscope (VCR), 71  
     sur les droits de propriété des créations, 21, 119  
 valeur implique droit, théorie, 27, 28, 53  
 Vanderbilt University, 98  
 vente de disques usagés, 68  
 Video Pipeline, 123, 124  
 vitesse de conduite, limitation de la, 107, 108  
 vitesse, limitations de, 107, 108  
 Vivendi Universal, 150, 156  
 voitures, systèmes audio MP3 dans, 156, 157  
 von Lohmann, Fred, 166, 167
- W**  
 Wagner, Richard, 87, 88  
 Warner Brothers, 103, 125, 128  
 Warner Music Group, 136  
 Warren, Samuel D., 239  
 Way Back Machine, 97, 98  
 Wayner, Peter, 221  
 Web-logs (blogs), 44–47  
 Webster, Noah, 19  
 Wellcome Trust, 208  
 Wells, H. G., 147, 148  
 Windows, 63  
 Winer, Dave, 46, 47  
 Winick, Judd, 32, 33  
 WJOA, 247  
 World Intellectual Property Organization (WIPO), 208–212  
 World Trade Center, 43  
 World Wide Web (WWW), 208  
 WorldCom, 152, 248  
 WRC, 247
- Y**  
 Yanofsky, Dave, 40
- Z**  
 Zimmerman, Edwin, 58, 241  
 Zittrain, Jonathan, 238, 246

