

La propriété intellectuelle : origine et évolution

Pierrick Malissard

Chapitre 5 de l'ouvrage

Propriété intellectuelle et université
Entre la privatisation des idées et la libre circulation des savoirs

publié en 2010 aux Presses de l'Université du Québec

Ce document est disponible dans Aire Libre (TÉLUQ) :
<http://airelibre.telug.ca/117>

Informations sur la version papier, dans le site des PUQ :
<http://puq.ca/catalogue/collections/propriete-intellectuelle-universite-3699.html>

29 octobre 2010

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : ORIGINE ET ÉVOLUTION

Si les enjeux qui se profilent derrière les droits de propriété intellectuelle ont parfois contribué à déformer, voire à occulter, des dimensions cruciales de ce concept juridique dans les débats, des repères historiques incomplets dans un grand nombre de travaux sur la question ont tout autant entretenu la confusion. Comme le notait un économiste de Stanford au début des années 1990, tant les économistes que les juristes analysent la propriété intellectuelle en termes essentiellement a-historiques (David, 1992).

Cette tendance est moins vraie aujourd'hui et si des travaux sont venus depuis combler plusieurs lacunes dans ce domaine (Mossof, 2001), c'est que la prise en compte des fondements historiques de la « propriété intellectuelle » – une locution qui, après tout, ne s'est généralisée que récemment, une cinquantaine d'années tout au plus – est de toute première importance pour saisir la nature et la portée de la protection juridique des œuvres de l'esprit.

En effet, les nombreuses questions qui circulent, entre autres dans le milieu universitaire, à propos de la propriété intellectuelle, trouvent leurs racines dans le « bricolage évolutionnaire » qui est à son origine. Paul David rappelle d'ailleurs la métaphore du « pouce du panda » pour expliquer que le faisceau de droits associés à la propriété intellectuelle s'est constitué peu à peu, de manière parfois improvisée, à partir d'éléments disparates dont certains n'avaient qu'un lointain rapport avec, par exemple, la protection contre la piraterie du travail des créateurs. Comme l'écrit Mario Biagioli (1998), pendant longtemps l'identification des auteurs fut moins importante pour protéger leurs droits que pour laisser savoir à la maréchaussée à quelle porte frapper si les œuvres étaient jugées hérétiques ou subversives.

Pour disparates qu'elles soient, les origines de la mise en place d'une protection juridique pour les créations paraissent tout de même en grande partie concomitantes de l'émergence du créateur comme acteur social¹. Les avis peuvent diverger sur le moment ou le caractère plus ou moins graduel de cette émergence, mais il fallait que l'inventeur (on ne l'appelle pas encore ainsi à l'origine) commence à s'affirmer, sans doute vers le XV^e ou XVI^e siècle, pour que germe l'idée d'une protection pour ses « mécanismes ingénieux ». De même, il fallait l'apparition de l'auteur – celui qui vit de sa plume –, que Martha Woodmansee (1984) situe dans le courant du XVIII^e siècle, pour que s'amorce la mise en place d'une protection pour les œuvres littéraires ou artistiques. Il fallait aussi, plus largement, un véritable changement de perspective : comme le remarquait Roland Barthes (1984, p. 64) à propos de la littérature :

L'auteur est un personnage moderne, produit sans doute par notre société dans la mesure où, au sortir du Moyen Âge, avec l'empirisme anglais, le rationalisme français, et la foi personnelle de la Réforme,

1. L'évolution du concept de propriété intellectuelle en dehors du monde occidental n'est pas traitée dans le présent chapitre. On consultera avec profit l'ouvrage de William Alford (1995) pour un aperçu de la perception chinoise de cette notion.

elle a découvert le prestige de l'individu, ou, comme on dit plus noblement, de la « personne humaine ».

Au risque de caricaturer, il n'y a, en effet, guère de place pour la propriété intellectuelle des créateurs dans un monde médiéval où le savoir technique est collectif, aux mains de guildes qui en conservent les secrets, et où la connaissance est avant tout un héritage intouchable des Anciens. L'évolution du concept juridique de propriété intellectuelle est, bien sûr, très complexe et a incorporé, on le verra, de multiples influences, économiques, politiques, philosophiques ou sociales.

Cruciale, la distinction entre inventions, d'une part, et œuvres littéraires ou artistiques (ou même scientifiques), d'autre part, ne représente cependant que l'un des deux axes autour desquels va s'articuler ce chapitre; le deuxième étant lié à la mise en place des deux courants doctrinaux qui constituent aujourd'hui les deux pôles en matière de protection juridique des créateurs : la tradition anglo-américaine et le droit continental européen d'inspiration civiliste. L'influence de ces deux courants est tout spécialement sensible au Canada, qui intègre, dans sa législation sur la propriété intellectuelle, à la fois l'héritage britannique et américain de la *common law* et certains éléments civilistes.

Inventeurs, inventions et brevets

Les aperçus historiques sur l'émergence des brevets d'invention en font souvent remonter les origines à l'Antiquité (Lapointe, 2000; Plasseraud et Savignon, 1986; Rich, 2004) et citent volontiers l'historien Phylarque, qui raconte que dans la cité de Sybaris, une colonie grecque de Calabre dont les habitants étaient célèbres pour leur goût du luxe et des plaisirs :

If any confectioner or cook invented any peculiar and excellent dish, no other artist was allowed to make this for a year; but he alone who invented it was entitled to all the profit to be derived from the manufacture of it for that time; in order that others might be induced to labour at excelling in such pursuits.

Rapportée par Athénée de Naucratis au III^e siècle de notre ère dans son *Banquet des savants* (trad. 1854, p. 835), l'anecdote de Phylarque fait la description d'une forme de protection des inventions fort proche dans son mécanisme et ses intentions des brevets modernes : un monopole d'exploitation (d'une année) accordé à un inventeur comme incitatif économique dans le but de promouvoir un « art utile ». Il n'existe pas d'autres indications sur cette coutume sybarite, sinon qu'elle ne fut guère imitée dans le monde antique et qu'elle disparut vraisemblablement avec la destruction de la cité au VI^e siècle avant J.-C. (Lapointe, 2000).

Période moins inféconde au plan technologique qu'on ne le suppose souvent, le Moyen Âge eut assez peu le souci de protéger les inventions. Tout au plus trouve-t-on, çà et là, des mesures destinées surtout à réguler le commerce et l'industrie, comme des monopoles accordés par privilèges (des lois privées, *privatae leges*) qui plaçaient leurs bénéficiaires hors de portée des lois du commun et leur permettaient de faire le négoce de certaines marchandises ou d'exercer certaines activités.

Il fallu attendre le XV^e siècle pour voir apparaître, d'abord dans les cités-États italiennes puis dans le reste de l'Europe, un dispositif juridique visant des savoirs techniques nouveaux, utilisé par les pouvoirs en place surtout comme incitatif pour importer ces savoirs de l'étranger et les diffuser localement. L'idée n'était sans doute pas nouvelle et Macleod (1988) signale les « lettres de protection » accordées dans le même but aux artisans étrangers dans l'Angleterre d'Édouard III (1312-1377).

Le concept de base de cette politique de transfert technologique avant la lettre était simple : un artisan était invité à diffuser ses connaissances dans sa nouvelle patrie (entre autres en formant des apprentis) et recevait en échange un monopole temporaire (à l'encontre notamment de ses apprentis, concurrents en puissance une fois formés) lui permettant de développer, du moins pouvait-il l'espérer, une affaire prospère. Proclamé publiquement, par « lettre patente »², ce type de contrat permit, par exemple, aux cités italiennes d'attirer dans leurs murs des maîtres imprimeurs allemands, très demandés vers la fin du XV^e siècle (Febvre et Martin, 1958).

Venise se donna même dès 1474 une loi, la « *Parte Veneziana* », qui octroyait un droit exclusif d'exploitation de dix ans à « quiconque » pour une invention « nouvelle et ingénieuse jamais réalisée antérieurement dans [le] territoire [de la ville] » (Plasseraud et Savignon, 1986, p. 179). Ce texte longtemps oublié est parfois considéré comme l'ancêtre des législations sur les brevets (Hilaire-Pérez, 2000, p. 39; Mgbeoji, 2003; Plasseraud et Savignon, 1986, p. 32).

La pratique des lettres patentes s'avérant avantageuse, leur usage se répandit rapidement en Europe, notamment en Angleterre où l'on va les utiliser de manière assez systématique, dans de nombreux domaines (mines, métallurgie, textile, verrerie...), pour importer les savoirs propres à « l'avancement du commerce » (Macleod, 1988, p. 13).

Le glissement du monopole temporaire reconnu pour un savoir localement nouveau vers un monopole temporaire pour un savoir absolument nouveau se fit de manière insensible, sur une longue période. On pourrait même arguer que ce glissement n'est pas complété puisque l'appropriation des savoirs traditionnels ou autochtones (le « biopiratage ») par certaines sociétés pharmaceutiques, par exemple, est encore dénoncée aujourd'hui surtout dans les pays en développement (Correa, 2001). Pamela Long (1991, p. 879-881) considère que cette transition est liée à deux développements. D'abord, le rôle de « l'ingéniosité individuelle » dans l'invention, jusque là occulté dans la collectivité médiévale, commença à être reconnu dans les sociétés occidentales à la Renaissance. Ensuite, en relation, bien sûr, avec le point précédent, les querelles de priorité à propos de nouvelles inventions devinrent de plus en plus fréquentes. De fait, l'inventeur va s'affirmer entre autres à travers ces litiges pour faire reconnaître par la société, dans les mots de Filippo Brunelleschi, « le fruit de son ingéniosité », généralement en soulignant l'utilité de son invention et son caractère bénéfique pour le bien public. Brunelleschi, l'architecte du *Duomo* de Florence, se fit accorder par le Conseil de cette ville ce qui est parfois cité comme le premier « brevet d'invention » pour la réalisation vers 1420 d'une barge destinée au transport de blocs de marbre (Long, 1991, p. 879). Pour la petite histoire, le bateau coula au premier voyage, entraînant avec lui une bonne partie de la fortune personnelle de son concepteur, de sorte qu'il n'eut guère l'occasion de profiter de son privilège de trois ans. Au reste, Florence ne semble pas avoir systématisé la délivrance de ces privilèges (Mgbeoji, 2003).

En Angleterre, où le recours aux patentes (*patents*)³ fut assez fréquent, la nécessité d'une législation s'imposa bientôt. D'abord utilisé de manière judicieuse par les autorités anglaises, cet instrument donna lieu à un grand nombre d'abus, surtout vers la fin de la période élisabéthaine (1558-1603), où les courtisans et leurs clients se faisaient accorder ces privilèges pour des raisons purement fiscales (Macleod, 1988). L'impact de ces abus sur l'industrie et le commerce semble avoir été tel que,

2. De *litterae patentes*, littéralement « lettres ouvertes », qui étaient par ailleurs utilisées à diverses fins : confirmer des titres de propriété, des honneurs ou des charges, etc.

3. Le terme sera également utilisé en France pour désigner les privilèges d'invention jusqu'à la Révolution.

cédant à l'hostilité générale, les Communes adoptèrent en 1623-1624, après une controverse de plus de vingt ans, l'*English Statute of Monopolies* (1623), qui abolissait les monopoles qui s'étaient multipliés et formulait de nettes restrictions pour l'usage des patentes. Le monopole était désormais limité à quatorze ans (soit deux fois la période requise à l'époque pour former un apprenti) et restreint au seul « *true and first inventor* ». Le texte ciblait également les conséquences économiques et sociales de ces monopoles désormais accordés « de sorte qu'ils ne soient pas contraires à la loi ou préjudiciables pour l'État en haussant le prix des marchandises ou en portant préjudice au commerce, ou en étant généralement dommageables ».

Le *Statute of Monopolies* de 1623 ne s'avéra pas très efficace et, comme le souligne Christine Macleod (1988, p. 15), certaines corporations en exploitèrent bientôt les lacunes. En fait, le système des patentes resta l'otage de groupes d'intérêts particuliers et en obtenir une fut, pendant tout le XVII^e siècle et même après, une opération majeure nécessitant des appuis à la Cour. Ces lettres furent d'ailleurs peu nombreuses durant cette période au demeurant passablement troublée de l'histoire de l'Angleterre.

À l'origine, cette première législation de *common law* sur les brevets visait assez peu à protéger et encourager l'invention; une loi dans ce sens (*Act to Protect and Encourage Inventors*) sera d'ailleurs proposée au début du règne de la reine Anne (1702-1714), sans succès (Macleod, 1988, p. 184). Le *Statute of Monopolies*, qui s'appliquait à n'importe quel objet manufacturé dans le royaume⁴, ne faisait aucune différence entre importateur de savoir nouveau en Angleterre et inventeur. Au reste, le mot « inventer » se comprend à l'époque en anglais autant comme trouver⁵ (*find*) que « *bring into use, establish or institute manufacture* » (David, 1992, p. 11). De plus, les inventions, surtout quand elles avaient des répercussions sur l'emploi dans des domaines intensifs en travail, tendaient à inquiéter les autorités. Utilisées au début surtout pour le commerce, les lettres patentes furent de plus en plus souvent demandées au XVIII^e siècle par l'industrie à mesure que les premiers éléments de la révolution industrielle se mettaient en place; en fait, près des trois-quarts des patentes accordées entre 1623 et 1800 le furent après 1760 (Plasseraud et Savignon, 1986, p. 45). C'est également à la même époque que se remarque l'émergence de l'inventeur « quasi professionnel », qui restera rare avant 1800 cependant (Macleod, 1988, p. 139).

Système un peu confus, « caméléon » nous dit Macleod (1988, p. 134), le *Statute of Monopolies* de 1623 demeura en vigueur, plus précisé que modifié⁶, jusqu'en 1852, et il va naturellement influencer la mise en place de la législation sur les brevets aux États-Unis et au Canada.

-
4. « [...] *any manner of new manufactures in the realm* ». On remarque que les « *new manufactures* » désignent des créations de la main humaine, excluant donc les lois ou phénomènes naturels, théories scientifiques ou principes mathématiques. Cette exclusion longtemps implicite dans la tradition anglo-américaine (on parlera de « *manufactures* », « *art* » ou « *process* ») sera spécifiquement détaillée dans le droit civil, notamment dans la loi française de 1844.
 5. Le mot latin *inventio* « découverte » vient de *inventum*, supin de *invenire* «trouver»; son sens premier est celui de mensonge, de trouvaille rhétorique, il proviendrait du latin chrétien *adinventio*, artifice. Comme le souligne Hilaire-Pérez (2000, p. 145), l'invention, au sens d'invention matérielle, a jusqu'au début du XVIII^e siècle une connotation négative en français.
 6. Adam Mossoff (2001, p. 1276) fait remarquer que le *Statute of Monopolies*, touchant une prérogative royale, ne fit l'objet d'aucune jurisprudence jusqu'au milieu du XVIII^e siècle parce que les litiges étaient tranchés exclusivement par le Conseil privé.

Les colonies américaines utilisèrent très tôt, en effet, le dispositif des patentes, notamment, mais pas seulement, pour importer des savoirs, et elles se donnèrent, avec l'indépendance, un cadre inspiré par le *Statute of Monopolies* britannique qui borne, encore aujourd'hui, les lois touchant les créations : l'alinéa 8 du paragraphe 8 de l'article premier de la Constitution américaine⁷, cité au chapitre 1, qui stipule :

Section 8. The Congress shall have power [...]

To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.

Condensée en une phrase se retrouve, remarque Steven Lubar (1990), une idée que les législateurs et les tribunaux américains essaient d'interpréter depuis deux siècles. George Washington lui-même suggéra en 1790, pour encourager l'industrie, d'instituer un système de brevets (*patents*) accordant des droits exclusifs à tout entrepreneur qui importerait une nouvelle invention étrangère. L'idée d'accorder aux inventeurs un privilège exclusif, même temporaire, suscita un certain malaise dans ce pays où les monopoles furent justement l'une des causes de la révolution (Lubar, 1990). Le texte adopté (le *U.S. Patent Act* de 1790) fut finalement d'une portée très restreinte, limitée aux seuls inventeurs et, en pratique, totalement ingérable puisque chaque brevet devait être approuvé par le Secrétaire d'État, le Secrétaire à la Guerre et l'Attorney général ou au moins deux d'entre eux.

Inefficace, cette loi fut remplacée par un nouveau texte, voté en 1793, qui, à l'opposé, mettait sur pied un régime de simple enregistrement dans lequel à peu près toutes les demandes de brevets étaient acceptées et qui se reposait sur les tribunaux pour régler les difficultés (Lubar, 1990). Tout aussi peu satisfaisante que la première, la loi de 1793 fut de nouveau modifiée en 1836 par un texte qui créait notamment le U.S. Patent Office et instituait un contrôle par un corps d'examineurs professionnels. Offrant, comme le *Statute of Monopolies* britannique, une protection de quatorze ans (étendue à dix-sept ans en 1861), le *U.S. Patent Act* fut souvent amendé (1793, 1836, 1870). Le texte actuel, refondu en 1952, a été retouché une quarantaine de fois depuis.

Les nombreux textes législatifs et décisions de tribunaux, tout au long de ces années, montrent les difficultés d'essayer de fixer la définition de ce qui est brevetable alors que le test central de la brevetabilité aux États-Unis (les critères de nouveauté, d'utilité et de non évidence⁸) se construisait et continue de se construire lentement, par constantes approximations et retouches.

Un élément important dans l'évolution des textes est le soutien fluctuant à la notion de brevet dans le public américain depuis deux siècles. Correspondant plus ou moins avec les périodes de dépression économique et de méfiance à l'égard du « *big business* », certaines époques se distinguent en effet par une tendance des tribunaux à invalider plus facilement les brevets : c'est particulièrement sensible au moment du passage du *Sherman Antitrust Act* de 1890, pendant les années 1930 ou même durant la période de stagflation des années 1970. Le principe des brevets fut également bien près d'être remis en question au Royaume-Uni, en France et dans beaucoup d'autres pays dans les années 1860 (Etzkowitz et Webster, 1995; Machlup et Penrose, 1950; Sherman et Bently, 1999).

7. *U.S. Constitution* (17 septembre 1787).

8. Ou non trivialité (*nonobviousness*). Les critères d'utilité et de nouveauté sont contenus, sans être définis, dans la Constitution et les premiers textes de 1790 et 1793. Le critère de non trivialité apparaît spécifiquement dans le *U.S. Patent Act* de 1952 pour préciser le critère de nouveauté (Lubar, 1990, p. 15).

Depuis les années 1980, la tendance est clairement inverse : l'innovation est vue, aux États-Unis, comme un élément décisif du développement économique et les mesures prises ont pour objectif, entre autres, de faciliter le dépôt de brevets dans les principaux lieux de recherche du pays : les universités.

Auteurs, œuvres et *copyright*

Comme pour les brevets, les législations qui visent à protéger les créateurs d'œuvres littéraires ou artistiques (ou scientifiques) et à encourager la créativité ont des origines bien peu en rapport avec leur finalité actuelle. C'est particulièrement vrai dans la tradition anglo-américaine où le *Statute of Anne* (1709)⁹ – la première des lois sur le *copyright* – émerge, inextricablement lié à des mesures de censure et à des pratiques monopolistiques dans le commerce du livre. Le droit des auteurs sur leurs œuvres ne préoccupait guère les législateurs au début du XVIII^e siècle, même s'il avait déjà bénéficié d'une certaine reconnaissance, notamment dans l'Antiquité (Matthews, 1890).

De fait, si aucune loi ne protégeait les auteurs dans le monde grec et romain, « le droit d'auteur existait dans les consciences », comme l'écrit Antoine Compagnon (2002). Un droit de l'auteur sur son œuvre (son autorisation pour publier, par exemple) était reconnu à Rome – certaines lettres de Cicéron à Atticus, son « éditeur », le montrent – et « les plagiaires étaient justiciables de l'opinion sinon du tribunal » (Compagnon, 2002)¹⁰. Horace invite même, dans son Épître aux Pisons (*Art poétique* : 130, trad. Garnier, 1944), à faire la distinction entre l'idée et la forme :

[...] un sujet inconnu, que nul avant toi n'a traité. Des matériaux qui sont le bien de tous deviendront ta propriété, si tu ne t'attardes pas dans un cercle banal, accessible à tous, si tu ne t'astreins pas dans ta traduction à un servile mot à mot, si tu ne te jettes pas dans une étroite imitation, d'où tu ne pourras sortir par défiance de tes forces ou par respect pour l'économie de l'ouvrage¹¹.

Les faits et les idées appartiennent donc à tous et c'est « l'originalité de la forme [qui] fait de l'œuvre la propriété de son auteur » (Compagnon, 2002).

Ces pratiques n'allaient guère trouver d'écho pendant la période du Moyen Âge. Peut-être en raison de l'effondrement culturel après la chute de Rome, du rôle des abbayes dans la diffusion des œuvres écrites ou du marché longtemps limité pour les livres, l'auteur médiéval¹² reste, le plus souvent, anonyme.

Pamela Long (1991, p. 847) repère bien certains éléments de la notion de propriété intellectuelle autour des XII^e et XIII^e siècles, mais c'est essentiellement l'arrivée de l'imprimerie et de la « culture de l'imprimé », qui se répandit en Europe après le XV^e siècle, qui contribua à modifier lentement,

9. *An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Author's or Purchasers of Such Copies*, 8 Anne, c. 19 (1709), aussi appelé « *Statute of Queen Anne* ».

10. Le plagiat désigne à l'origine la disposition par vente d'une personne libre; la loi visait les voleurs d'enfants, d'esclaves ou d'hommes libres; *plagiarius* est utilisé comme métaphore par Martial qui qualifiait ainsi, dans ses *Épigrammes*, le voleur de ses vers, assimilés à ses enfants (Compagnon, 2002).

11. Le paragraphe d'Horace (*L'Art poétique* : 130) cité dans le texte de Compagnon (2002) est remplacé ici par la traduction de Fr. Richard récupérée du site de la *Biblioteca Classica Selecta* de l'Université Catholique de Louvain.

12. L'origine du mot « auteur » laisse voir au Moyen Âge une distinction entre « l'*actor*, le simple écrivain, [et] l'*auctor* », détenant l'*auctoritas* et qui est toujours, à l'époque, tel Cicéron ou Aristote, un Ancien (Compagnon, 2002).

mais puissamment, le rapport des auteurs à leurs œuvres. Comme l'écrit Élisabeth Eisenstein (1983/1991, p. 108), la fixité de l'imprimé, en particulier, encouragea l'appropriation des créations :

Des « communaux » littéraires furent sujets à des « mouvements de clôture » et l'individualisme possessif commença à caractériser l'attitude des écrivains à l'égard de leur œuvre. Les termes de plagiat et *copyright* n'existaient pas pour le ménestrel. C'est seulement après l'imprimerie qu'ils commencèrent à revêtir un sens pour l'auteur.

L'imprimerie joua également un rôle important dans la montée des idées nouvelles, souvent séditeuses ou hérétiques, toujours inquiétantes pour les pouvoirs en place, qui instituèrent très vite des balises pour les imprimeurs-éditeurs-libraires¹³. Parfois l'encadrement fit l'objet d'une contrepartie (un *quid pro quo* dans le jargon juridique anglais), comme en Angleterre où la guilde londonienne des métiers du livre, la Company of Stationers¹⁴, obtint de l'ultra-catholique reine Marie, en 1556-1557, un monopole d'impression expressément pour prévenir « les graves et détestables hérésies contre la foi » (préambule cité dans Mead, 1999). Auxiliaires tout aussi précieux pour les souverains anglicans par la suite, les membres de la guilde virent leur rôle de censeurs régulièrement confirmé, entre autres par les *Licensing Acts* (temporaires) de 1662 et 1685¹⁵. Trouvant leur avantage dans des mesures qui, en pratique, tendaient également à éliminer la concurrence, les Stationers allaient prospérer pendant plus d'un siècle. Une exception notable, mais commercialement peu significative au monopole de la guilde : les universités anglaises (Oxford et Cambridge) qui se firent accorder et conservèrent, au grand dam de la Company d'ailleurs, un privilège d'impression distinct (Aldis, 2000).

Les auteurs étaient totalement oubliés : selon un usage qui va longtemps perdurer, ils cédaient généralement leurs manuscrits contre un paiement unique pour pouvoir être publiés, sans qu'aucune redevance sur les ventes ne leur soit payée par la suite. Au reste, les imprimeurs étaient liés par l'éthique, et non la loi, pour respecter l'intégrité des œuvres ou ce que l'on appelle aujourd'hui le droit d'attribution (de « paternité ») des auteurs (Chartrand, 2000).

On ne parle pas encore de *copyright* à l'époque, le terme apparaissant d'abord en deux mots (*copy right*) avant de n'en former qu'un seul, un peu plus tard, après 1732. L'origine du vocable *copyright* reste d'ailleurs assez mal connue et beaucoup d'auteurs, à la suite de Patterson (1968), la présentent encore comme dérivant, assez littéralement, d'un « droit de copier » une œuvre. En fait, le mot *copyright* semble avoir eu une genèse un peu différente. Comme l'explique Chartrand (2000), plusieurs droits en *common law*, notamment en ce qui concerne la propriété foncière, découlaient de l'inscription – *copye* dans l'Angleterre médiévale – du nom et du titre de propriété du bénéficiaire dans un registre : jusque dans les années 1920, par exemple, il était ainsi possible de détenir un *copyhold* sur une parcelle de terrain. À la suite de l'introduction de l'imprimerie dans le royaume en 1476, la Couronne exigea des imprimeurs d'inscrire dans un registre, avec leurs nom et adresse, les

-
13. Ces professions (incluant les papetiers, fondeurs de caractères, correcteurs...) vont se différencier progressivement. Sur le déclin du « libraire d'Ancien régime » et l'émergence de l'éditeur moderne après 1780, voir Mollier (2005).
 14. Fondée en 1403, cette corporation existe toujours (Worshipful Company of Stationers and Newspapers Makers) et fonctionne aujourd'hui comme une association commerciale (sa présente charte date de 1937).
 15. *An Act for Preventing the Frequent Abuses in Printing Seditious Treasonable and Unlicensed Books and Pamphlets and for Regulating Printing and Printing Presses*, 13 & 14 Car. II, c. 33 (*Licensing of the Press Act*) (1662); *An Act for Reviving and Continuance of several Acts of Parliament therein mentioned: 13 & 14 Car. II. c. 33, continued for 7 Years from June 24, 1685*, Jac. 2, c. 15 (1685).

titres des ouvrages qu'ils comptaient imprimer. La Couronne accordait ensuite, si les œuvres étaient approuvées, une *copye*, dont découlaient des droits détenus, incidemment, par l'imprimeur et non l'auteur. Les Stationers auront plus tard la charge de tenir ce registre (Rose, 1993).

Après la « Révolution glorieuse » de 1689 et avec la montée des idées en faveur de la liberté d'expression, sous l'influence entre autres de John Milton, l'auteur du *Paradis perdu*, la puissance de la guilde londonienne déclina progressivement (Rose, 1993). De fait, les gens de plume dénoncèrent de plus en plus, à mesure que leur rôle s'affirmait, les abus de la guilde. Les interventions de John Locke, par exemple, furent particulièrement importantes, sinon décisives, contre les Stationers, lesquels se battirent, vers 1694-1695, avec la dernière énergie pour faire renouveler le *Licensing Act* de 1685 qui arrivait alors à échéance.

L'expiration de cette loi de censure, dont un des effets fut d'ouvrir les portes du marché anglais à la concurrence pas toujours loyale des imprimeurs écossais, représenta une défaite majeure pour les Stationers, qui luttèrent alors âprement pendant près de quinze ans pour essayer de recouvrer leur monopole perdu. En définitive, ils durent se contenter d'une solution de compromis qui allait harmoniser les lois dans l'ensemble du royaume après l'Acte d'Union avec l'Écosse de 1706¹⁶ : le *Statute of Anne* (1709).

Si ce *Statute*, promulgué en 1710, prenait en compte la situation des imprimeurs, il reconnaissait aussi, au moins nominale, les intérêts d'un nouveau groupe, les auteurs, et encourageait, pour citer le texte, « les hommes de savoir à écrire des ouvrages utiles ». À cette fin, le monopole d'impression (et de réimpression) était recentré sur ces derniers pour un terme maintenant restreint à quatorze ans, comme pour le *Statute of Monopolies* de 1623¹⁷. En pratique, ce droit restait à peu près vide de sens puisque, suivant l'usage de l'époque, les imprimeurs se le faisaient céder intégralement comme condition de l'impression du manuscrit; comme l'écrit Rose (1988), ce premier *copyright* était en fait plus un droit d'éditeur qu'un droit d'auteur. Pour les Stationers, qui avaient bénéficié jusque-là d'un monopole quasi perpétuel sur les œuvres pour lesquelles ils détenaient une *copye*, le changement était cependant rude, la loi reconnaissant, implicitement, l'existence d'un domaine public (voir le chapitre 1) pour les œuvres dont les droits étaient arrivés à échéance.

Foncièrement hostile à une telle perspective, la guilde s'engagea dans une longue bataille (la fameuse « *Battle of the booksellers* ») avec ses concurrents, surtout écossais, pour faire réviser le *Statute of Anne*. En deux mots, les imprimeurs-éditeurs-libraires londoniens tentèrent, prenant appui notamment sur les idées de Locke¹⁸, de faire reconnaître aux auteurs un droit de propriété « naturel », antérieur aux lois humaines et donc perpétuel, sur leurs ouvrages, pour ensuite arguer que ce droit leur revenait avec la cession du manuscrit. L'argument, bientôt appelé « *the sweat of the brow theory* », fut développé lors d'un procès retentissant entre imprimeurs rivaux (*Millar v. Taylor*¹⁹) et permit aux Stationers d'obtenir gain de cause en 1769 (Chartrand, 2000).

16. *An Act for an Union of the two Kingdoms of England and Scotland*, 5 Anne c. 8 (1706).

17. Le terme pouvait être prolongé une fois par l'auteur, à l'échéance, si celui-ci était toujours en vie (article XI). En outre, les imprimeurs obtenaient une courte extension de leur monopole sur les ouvrages déjà imprimés (vingt et un ans).

18. Notamment ses idées sur le travail comme source de propriété dans le second de ses *Two Treatises of Government* (Locke, 1689/1967, chapitre V, section 27).

19. *Millar v. Taylor* (1769) 4 Burr. 2303, 98 Eng. Rep. 201(C.A.).

Controversé, le jugement fut renversé de peu en 1774, par la Chambre des Lords, dans une décision célèbre (*Donaldson v. Beckett*²⁰) qui mit fin aux prétentions des imprimeurs-éditeurs-libraires (Rose, 1988). Selon les juges, le droit « naturel », perpétuel, de l'auteur sur sa création (un droit dit « de *common law* ») s'éteint avec la publication qui le dépossède au profit de la société. Pour le compenser, le *Statute of Anne* lui reconnaît donc un droit « statutaire » de copie, un droit créé par l'État, donc limité (*ibid.*). Ce *quid pro quo* inspiré par l'idée d'un contrat social donne lieu à un privilège temporaire, transférable, conféré surtout pour favoriser la diffusion du savoir et réguler le commerce des livres. En effet, en permettant une libre concurrence pour les ouvrages ressortissant au domaine public, la contrefaçon devenait moins attrayante. Réponse pragmatique à une question complexe, la décision de 1774 fixa les grandes lignes du *copyright* britannique dans une forme peu changée jusqu'à la réforme de 1988. Son influence se fit sentir également dans les autres pays anglo-saxons, notamment au Canada et en Australie.

Les deux jugements de 1769 et de 1774 reflétaient une tension qui va se retrouver également dans la législation adoptée aux États-Unis : une tension entre la nécessité de réguler le marché du livre et la nécessité de reconnaître le caractère particulier de la propriété des œuvres de l'esprit.

La première loi américaine, le *U.S. Copyright Act* de 1790, reprit presque exactement les termes du *Statute of Anne* de 1709 (la période de protection de quatorze ans, par exemple) et connut une évolution jurisprudentielle comparable. Comme le montre Shirata (2000), le jugement *Millar* de 1769 eut une influence durable dans la nouvelle république, l'idée d'un droit naturel des auteurs y ayant certains appuis à la fin du XVIII^e siècle, notamment parce que les monopoles suscitaient, à l'époque, une extrême méfiance dans le public. En outre, le contexte américain, où, par exemple, les imprimeurs-éditeurs-libraires étaient souvent aussi des auteurs, était passablement différent de la situation en Angleterre. Insistant sur « l'encouragement du savoir » (« *the Encouragement of Learning* »), les rédacteurs de la loi de 1790 finirent cependant par imposer l'idée d'un monopole limité accordé pour promouvoir et diffuser le savoir dans le public.

Les tenants de la conception opposée ne désarmèrent pas immédiatement et, en définitive, ce fut la Cour suprême qui trancha en 1834 contre un droit naturel des auteurs, dans un jugement (*Wheaton v. Peters*²¹) calqué dans ses grandes lignes sur la décision des Lords de 1774. Malgré les ajouts et les refontes législatives qui se sont succédés avec les années, le jugement de 1834 reste encore une balise parmi les principes de base de la loi américaine sur le *copyright*.

Focalisant sur les conséquences économiques liées aux créations, cette conception de la protection des œuvres de l'esprit laissait peu de place à des droits étendus pour le créateur : une fois son manuscrit cédé, l'auteur n'a en effet plus aucun droit sur lui, ce qui ferme la porte à ce que l'on appelle aujourd'hui des droits moraux (voir le chapitre 1). De plus, dans cette optique, la titularité du *copyright* est accessible, sans réserve, aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, telles des sociétés commerciales par exemple. Sans liens privilégiés avec l'auteur, les droits des œuvres créées par des salariés dans le cadre de leurs fonctions peuvent donc être – c'est la notion de *work made for hire* – accordées aux employeurs, sauf entente préalable (voir le chapitre 3).

Modifié plusieurs fois depuis deux siècles, le *U.S. Copyright Act* le fut pratiquement toujours dans le sens d'un accroissement de sa portée. Portée dans le temps d'abord, avec une période de protection

20. *Donaldson v. Beckett* (1774) 4 Burr. 2408, 98 Eng. Rep. 257, 2 Bro. P.C. 129, 1 Eng. Rep. 837.

21. *Wheaton v. Peters* (1834) 33 U.S. 591.

qui passa de quatorze ans (renouvelable) en 1790 à la vie de l'auteur plus 70 ans aujourd'hui (dans le plus simple des cas, car la situation est complexe aux États-Unis : voir Gasaway, 2003).

Allongement de la portée quant aux types d'œuvres protégées ensuite, qui, en plus des livres et des cartes (*maps and charts*) visés en 1790, intégrèrent bientôt, pour ne citer que les plus usuels, la musique, les enregistrements sonores, les films et les logiciels. Largement opportunistes, ces renforcements de la protection des œuvres intervinrent souvent pour permettre aux industries culturelles américaines – l'édition, le cinéma... – de verrouiller leur position dès lors qu'elles dominaient les marchés. Il est notoire que, profitant d'une législation favorable, les éditeurs américains ont prospéré tout au long du XIX^e siècle en piratant les succès de librairie européens, britanniques en particulier. De fait avant le *Chace Act*, en 1891, le *copyright* des auteurs non américains n'était pas reconnu aux États-Unis. Même par la suite, des conditions s'appliquaient.

Moment-clef de par son impact dans la doctrine anglo-américaine de la propriété intellectuelle, le jugement *Donaldson* de 1774 apparaît comme une bifurcation d'importance dans l'évolution du *copyright* dont les effets sont encore sensibles aujourd'hui. L'idée d'un droit naturel des auteurs sur leurs créations, utilisée dans l'argumentation du jugement, fut alors reléguée au second plan dans le droit anglo-saxon au profit d'une conception contractuelle du lien entre la société et les créateurs. À cet égard, il est intéressant de noter que cette question fut également évoquée vers la même époque à propos des brevets : un débat analogue, certes moins passionné, s'appuyant à peu près sur les mêmes arguments, donna lieu à des décisions comparables dans les cours anglaises (notamment *Liardet v. Johnson* en 1778²²), sans doute parce qu'elles furent rédigées, au moins pour certaines d'entre elles, par les mêmes juges²³.

Face aux traditions britannique et américaine, apparentées mais distinctes, est apparu également au début du XIX^e siècle un autre courant doctrinal qui prend le contre-pied, dans le principe, d'une conception de la protection des œuvres de l'esprit centrée sur l'idée d'un contrat social. Développée en France, la doctrine continentale d'inspiration civiliste de la propriété intellectuelle fait, en effet, une plus grande place à la notion d'un droit naturel, immanent, des créateurs.

Droit continental et propriété intellectuelle : privilèges, patentes et brevets

Le régime de protection des inventions a évolué en France comme en Angleterre à partir de dispositifs juridiques destinés à favoriser l'importation et les créations de techniques nouvelles dans le royaume. Octroyés vers le milieu du XVI^e siècle, les premiers privilèges exclusifs français se singularisèrent assez vite par rapport à leurs équivalents anglais. La publication de l'invention privilégiée est ainsi exigée dès 1555, alors que la divulgation n'apparaît en Angleterre qu'au XVIII^e siècle. Mais ce sont surtout ses procédures de certification, son caractère très arbitraire et le rôle particulièrement appuyé de l'État qui allaient donner toute son originalité au système français. Comme le montre Liliane Hilaire-Pérez (2000, p. 83), l'inventeur anglais, laissé à lui-même ou presque, « doit construire le crédit de son titre » sous le régime du *Statute of Monopolies* de 1623. En France, toute la force des privilèges d'invention leur est donnée par les expertises de membres des sociétés savantes. De fait, avec le renforcement du pouvoir royal et la mise en place de politiques mercantilistes, la certification des privilèges d'invention fut de plus en plus souvent confiée aux acteurs du « mouvement scientifique » naissant (au sens de Ben-David, 1971) : l'Académie royale

22. *Liardet v. Johnson* (1778) 1 WPC 53.

23. Lord Mansfield, notamment (Mossoff, 2001, p. 1291).

des sciences devint, d'une façon d'abord informelle, confirmée en 1699, par règlement, « le tribunal officiel des inventions » (Hilaire-Pérez, 2000, p. 49-50)²⁴. Mettant de l'avant un idéal d'utilité publique, le traitement de ces privilèges par le gouvernement, qui s'appuyait sur le savoir d'experts, était, explique Hilaire-Pérez, fortement orienté de manière à légitimer l'action de l'État absolutiste.

Ces privilèges, distinguant divers niveaux de protection et de reconnaissance pour les inventeurs (privilèges exclusifs ou simples, gratifications, prix, récompenses...), furent, semble-t-il, accordés selon des règles rigoureuses dans les premiers temps. Dans le courant du XVIII^e siècle, les privilèges qui avaient à l'origine « pour objet de récompenser l'industrie des inventeurs, ou d'exciter celle qui languissait dans une concurrence sans émulation »²⁵, ne remplissaient plus guère leur rôle et étaient fréquemment à l'origine d'entreprises spéculatives. Les décisions des académiciens suscitaient en outre, de plus en plus souvent, des rancœurs tenaces, qui alimentèrent les revendications en faveur d'un droit naturel des créateurs, auxquelles l'État mit bientôt un terme. En 1762, le pouvoir royal trancha pour une interprétation des privilèges d'invention inspirée largement par la notion de contrat entre l'État et l'inventeur, tout à fait conforme à la politique économique hostile aux monopoles de Trudaine, l'intendant des finances de Louis XV. Récompense à un service, le nouveau privilège, dont le terme était fixé à quinze ans, n'impliquait d'aucune façon l'idée de propriété (Hilaire-Pérez, 2000, p. 131). En vigueur jusqu'en 1791, la déclaration royale de 1762 instaurait, en définitive, un système peu éloigné de celui de la Grande-Bretagne.

Il est intéressant de noter ici que l'inventeur, personnage souvent décrié, associé aux spéculateurs au début du XVIII^e siècle, devient graduellement un acteur au potentiel prometteur avec la révolution industrielle. Il « a maintenant séduit les autorités », note Hilaire-Pérez (2000, p. 132); « [c]'est sur lui que reposent les espoirs de réformes, de croissance, de progrès ».

En France, les législateurs révolutionnaires reconnurent bientôt ce rôle en allant jusqu'à accorder un véritable droit de « propriété » aux inventeurs sur leurs découvertes²⁶. Pour Stanislas de Boufflers, le rapporteur de la loi de 1791, « [s]'il existe pour un homme une véritable propriété, c'est sa pensée [...]. L'invention qui est la source des arts, est encore celle de la propriété; elle est la propriété primitive, toutes les autres sont des conventions » (Plasseraud et Savignon, 1986, p. 46). Au delà des déclarations emphatiques, la loi française, qui intégrait ici un élément potentiellement lourd de conséquences, se garda cependant d'en endosser toutes les implications. De fait, l'idée d'un contrat entre la société et l'inventeur fut aussitôt avancée pour légitimer la durée limitée du droit exclusif et souligner que ce droit devait être borné dans l'intérêt de l'économie²⁷. Le mot « propriété » disparaît d'ailleurs, par la suite, dans la législation française sur les brevets; par exemple, il n'est pas mentionné dans la loi de juillet 1844. Pour l'anecdote, mentionnons que si la loi du 7 janvier 1791 faisait référence à des « patentes », le règlement d'exécution du 25 mai 1791 parlait, pour la première fois, de « brevets d'invention ».

24. La Royal Society fut également sollicitée dans ce sens mais jamais les projets d'examen d'inventions ne furent menés à leur terme (Hilaire-Pérez, 2000, p. 88).

25. Préambule de la déclaration royale du 24 décembre 1762: voir texte dans Plasseraud et Savignon (1986, p. 184).

26. « Loi relative aux découvertes utiles, & aux moyens d'en assurer la propriété à ceux qui seront reconnus en être les auteurs » du 7 janvier 1791. Voir texte partiel dans Plasseraud et Savignon (1986, p. 186).

27. Plasseraud et Savignon (1986, p. 47). Les inventeurs pouvaient choisir le terme du brevet – cinq, dix ou quinze ans – et les frais étaient proportionnels à la durée : art. 8, loi du 7 janvier 1791.

Autrefois fermement encadré par l'État, le dispositif de protection des inventions se distinguait maintenant, en France, par un certain laisser-faire. Comme en Grande-Bretagne et au contraire des États-Unis, le système français de certification des inventions, confirmé en 1844, était réduit à sa plus simple expression : la loi de 1844 introduisit d'ailleurs la mention « sans garantie du gouvernement » (SGDG), longtemps accolée aux brevets français.

Construits sur des prémisses différentes, le droit civil et le droit anglo-saxon instituèrent finalement, pour les brevets d'invention, des régimes de droits exclusifs temporaires qui montraient en pratique une certaine similitude. Et les écarts entre ces deux doctrines allaient encore se réduire. Vers le milieu du XIX^e siècle, la montée du commerce international et la tenue des expositions universelles mirent en lumière la nécessité d'harmoniser – d'uniformiser – les brevets des différents pays industrialisés, et de nombreux efforts commencèrent à être déployés, à la fois pour créer des organismes transnationaux de régulation et pour mettre en place des accords visant à articuler les diverses législations nationales. De l'Union internationale de la propriété industrielle en 1874 à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) en 1967, depuis la Convention de Paris en 1883 jusqu'à l'Accord sur les ADPIC en 1994, ces efforts se sont maintenus jusqu'à nos jours de sorte que, sans être identiques, les différentes législations nationales, parmi lesquelles la législation américaine a acquis une influence écrasante, convergent largement aujourd'hui. S'il n'existe pas encore de brevet mondial, la possibilité de déposer une « demande internationale » unique à la place de différentes demandes nationales simultanées est offerte dans les pays signataires du Traité de coopération en matière de brevets (1970).

À cette tendance vers une plus grande uniformisation des textes, vieille de plus d'un siècle, s'ajoute une autre – la multiplication des types d'inventions protégées –, également ancienne et qui montre une nette accélération dans les dernières décennies. Particulièrement aux États-Unis, les droits de propriété intellectuelle sont ainsi étendus à des inventions toujours plus diverses : en 1980, un jugement controversé, *Diamond v. Chakrabarty*²⁸, ouvrait la voie à la prise de brevets pour certains organismes vivants pour peu qu'ils soient « le fruit de l'ingéniosité humaine » et non une occurrence naturelle²⁹. Avec les avancées des nouvelles technologies de l'information et des communications (NTIC), ces dernières années, les logiciels et, dans certains cas, des algorithmes mathématiques³⁰ peuvent désormais faire l'objet d'un brevet, tout comme, dans d'autres domaines, les procédures chirurgicales et certaines pratiques d'affaires. Comme le signalait d'ailleurs Girard (1999), une décision que venait de rendre une cour d'appel américaine (*State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc.*³¹) concernant la brevetabilité d'une pratique d'affaires laissait augurer « que “pratiquement n'importe quoi” [pourrait] se mériter un brevet » dans ce pays. Ces interprétations plus « généreuses » ont sans doute contribué à la croissance exponentielle du nombre de demandes de brevets logées aux États-Unis à compter des années 1980, qui ont quadruplé en 25 ans, comme on le verra au chapitre 6. Soulignons cependant qu'en 2008 la Cour d'appel du

28. 447 U.S. 303 (1980).

29. Ce jugement portait sur une bactérie capable de dissocier les molécules de pétrole brut et utilisable lors de déversements ou de marées noires. Pour un récit fascinant des débats juridiques et sociaux, tant aux États-Unis et en Europe qu'au Canada, concernant la brevetabilité du vivant, des bactéries jusqu'aux souris, voir Kevles (2002).

30. Hors du champ des brevets jusqu'à récemment, les algorithmes mathématiques ont aujourd'hui un statut beaucoup moins clair. Selon Michael Kasdan (2000), les tribunaux commencent à reconnaître des brevets sur des algorithmes s'ils produisent « *a useful, concrete, and tangible result* ».

31. 149 F. 3d 1368 (Fed. Cir. 1998).

Circuit fédéral, dans le jugement *In re Bilski*³², est venue ébranler le fondement du jugement précité, sans toutefois éliminer complètement la possibilité de breveter les pratiques d'affaires.

Droit continental et propriété intellectuelle : privilèges, propriété et droit d'auteurs

En matière de créations littéraires et artistiques, à l'instar des inventions, le parallèle est assez évident entre les développements survenus en Angleterre et en France. L'Ordonnance de Moulins de 1566, qui marqua le resserrement du contrôle royal – et de la censure – sur les publications, avait des objectifs assez semblables à ceux de la charte des Stationers de 1556. Les imprimeurs-éditeurs-libraires français se firent, comme en Angleterre, les pivots de politiques de contrôle de l'édition. Ceux de Paris, à l'instar de leurs confrères londoniens, accaparèrent la majeure partie des « lettres de privilège » exigées pour pouvoir publier un manuscrit et accordées sur une base toujours très arbitraire. Quant à l'« autorat » et les droits y afférant, ils furent longtemps à peu près ignorés. Alain Viala note bien que des « privilèges d'auteurs », donc octroyés en premier lieu aux auteurs, ont parfois été accordés à partir du début du XVI^e siècle (1985, p. 94), mais il reste que, jusqu'au début du XVII^e siècle, les lettres de privilège mentionnaient rarement le nom de l'auteur (Latournerie, 2001). À la merci des imprimeurs-éditeurs-libraires et de leurs contrats exorbitants, les auteurs essayèrent, avec assez peu de succès, de revendiquer des droits sur leurs œuvres. Il faut distinguer ici le cas particulier du théâtre, où les auteurs obtinrent quelques compensations, mais comme le note Jacques Boncompain (2001, p. 39), « l'édition [est] à la remorque de la représentation – elle n'a jamais eu son Beaumarchais ». Somme toute, l'évolution de la condition des auteurs doit moins à leurs actions qu'aux dissensions à l'intérieur de la puissante corporation des imprimeurs, notamment entre ceux de Paris et ceux de province. Alors que la ligne de partage entre concurrence légitime et contrefaçon n'était pas toujours très nette, les imprimeurs de la capitale, proches du pouvoir, utilisèrent constamment leur position de force pour défendre leurs lucratifs privilèges de librairie. Les procès, mais aussi les projets de législation, au cours du XVIII^e siècle, furent l'occasion de toute une série de mémoires de juristes (comme d'Héricourt) ou même d'auteurs (comme Diderot, 1763/2002). L'argumentation de Louis d'Héricourt, dès 1725 (cité dans Dock, 1969, p. 116), annonçait déjà la « *sweat of the brow theory* ».

Un manuscrit [...] est en la personne de l'auteur un bien qui lui est tellement propre qu'il n'est pas plus permis de l'en dépouiller que de son argent, de ses meubles ou même d'une terre parce que c'est le fruit de son travail [...].

Tout aussi nombreux furent les mémoires, souvent des libraires de province, défendant à l'opposé la conception d'un monopole temporaire pour les œuvres littéraires et artistiques. Les libraires lyonnais (Falk, 1906/1970, p. 108) arguaient par exemple :

Dès qu'un inventeur ou un auteur ont pu être récompensés de leurs dépenses [...] en argent ou en réputation, tous les hommes ont le droit de jouir du présent qui leur est fait. La Société en doit reconnaissance et récompense, mais l'une et l'autre ont leur borne et leur mesure. Sans cela toute invention deviendrait pour chaque particulier un impôt qui gênerait l'industrie et détruirait nécessairement l'émulation et le commerce.

Comme en Angleterre, l'idée d'un monopole temporaire finit par prévaloir en France avec les arrêts du Conseil du roi de 1777. Âprement contestés par les libraires de Paris, ces arrêts mettaient en place, à la veille de la Révolution, un système qui convergeait dans le principe avec le *copyright* anglais, à la suite de débats presque synchrones et assez similaires. Reconnaisant la propriété de

32. 545 F. 3d 943, 88 U.S.P.Q. 2d 1385 (Fed. Cir. 2008).

l'œuvre entre les mains de l'auteur, le privilège français restait cependant profondément arbitraire : « une grâce essentiellement révocable entre les mains du libraire » (Falk, 1937/1970, p. 166).

L'abolition du système des privilèges en 1789 laissait l'édition, submergée par les contrefaçons, passablement désorganisée. L'incertitude politique du moment incita, de plus, les autorités à resserrer le contrôle sur les publications séditieuses, non plus en s'appuyant sur les imprimeurs, mais en visant les auteurs.

Dans le but, à la fois, de préserver le commerce du livre et de censurer les ouvrages indésirables, les législateurs révolutionnaires mirent de l'avant en 1790 un texte où ils rendaient l'auteur légalement responsable de son œuvre en la définissant comme sa propriété. Comme l'explique Latournerie (2001, p. 4), ce projet de loi, préparé par l'abbé Sieyès, s'apparentait davantage à une « mesure de police » qu'à un système de protection des œuvres littéraires et artistiques. Un temps délaissé, ce texte traçait les grandes lignes des lois adoptées quelques mois plus tard.

Consacrant la « production du génie » comme « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, [...] la plus personnelle de toutes les propriétés », les lois de 1791 et de 1793³³ instaurèrent en effet un régime de « propriété temporaire », à la fois pour protéger les œuvres littéraires et artistiques et pour garantir une large diffusion des idées dans le public³⁴.

Alors que selon la doctrine traditionnelle on considérait habituellement que la perpétuité constituait l'un des principaux attributs de la propriété matérielle (Falk, 1937/1970, p. 167), l'application de ce terme aux œuvres introduisait un élément d'ambiguïté quant à la nature des droits qui les protégeaient. Tout au long du XIX^e siècle, et comme en Grande-Bretagne un peu plus tôt, un vif débat opposa en France les tenants d'un droit naturel et perpétuel des créateurs, tel le poète Lamartine, aux partisans de l'idée d'un monopole temporaire, comme le juriste Augustin-Charles Renouard, dont les travaux consacrèrent la locution « droit d'auteur » dans les années 1830 (Strowel, 2002). En France, la Cour de cassation allait finalement trancher en 1887 en définissant le droit d'auteur non pas comme une propriété, mais comme le « privilège exclusif d'une exploitation commerciale temporaire » (cité dans Latournerie, 2001, p. 9).

La conception civiliste du droit d'auteur est cependant restée personnaliste, conservant et développant de nouvelles dispositions autour de notions élaborées par le philosophe Kant (1785/1991, p. 173) dans un essai célèbre où il distinguait, en ce qui concerne les œuvres de l'esprit, le support matériel (*opus*) transférable et le discours (*opera*) immatériel et attaché à l'auteur. Cette distinction permettait de lier dans le faisceau des droits d'auteur des attributs cessibles visant l'exploitation commerciale des œuvres et des « droits moraux » perpétuels, inaliénables et imprescriptibles pour les créateurs, qui furent précisés en France surtout par la jurisprudence à partir du milieu du XIX^e siècle³⁵.

Passablement vieilles dans les années 1930, les lois de 1791 et de 1793, complétées par un texte de 1866, firent l'objet de plusieurs projets de réforme successifs. Il y eut d'abord celui du Front

33. Loi du 19 janvier 1791 (loi sur le droit de représentation) et loi du 19 juillet 1793 (loi sur le droit de reproduction).

34. Une « propriété temporaire » limitée, à l'origine, à cinq ans après la mort de l'auteur en ce qui concerne le droit de représentation (art. 5, loi du 19 janvier 1791) et dix ans après la mort de l'auteur pour le droit de reproduction (art. 2, loi du 19 juillet 1793) afin de préserver les intérêts du public et d'assurer la diffusion du savoir.

35. Pour une étude approfondie de l'origine et de l'évolution du droit moral dans plusieurs pays, dont la France, on consultera l'ouvrage monumental d'Adeney (2006).

populaire, en 1936, qui suscita une très vive opposition, en particulier chez les grands éditeurs comme Bernard Grasset. Prévoyant, entre autres, de redéfinir le créateur non plus comme un propriétaire, mais comme un travailleur et d'instituer un domaine public payant, ce projet fut soumis à un feu roulant au Parlement français avant d'être abandonné à cause de la guerre. Peu de temps après, le projet du régime de Vichy visait à donner une importance très grande aux corporations professionnelles. Soumis en 1944, il ne fut pas totalement balayé à la Libération; en effet, nous dit Latournerie (2001, p. 8), le projet suivant, celui de la IV^e République, préparé par les mêmes personnes pour certaines parties, montre plusieurs éléments de continuité avec le précédent. Finalement adopté au Parlement en 1957, ce projet donna lieu à un texte de compromis plus technique que politique, à une loi « de pacification » qui, incidemment, reprenait le vocable « propriété », délaissé depuis 1866, et distinguait une « propriété incorporelle [...] indépendante de la propriété de l'objet matériel³⁶ ». Enchâssant cette distinction d'inspiration kantienne, le législateur français reconnaissait également les droits moraux, jusque-là une création surtout jurisprudentielle (Carrière, 1991, p. 10).

Nettement plus marqués en ce qui concerne la protection des œuvres littéraires et artistiques qu'en matière de brevets, les écarts entre le droit civil (ou continental) et le droit anglo-saxon se cristallisent essentiellement autour du rapport entre l'auteur et la société. De conception personnaliste, le droit continental d'inspiration civiliste place les intérêts de l'auteur devant ceux du public tout en garantissant une libre diffusion des idées; il sacralise la relation entre l'auteur et l'œuvre originale et reconnaît l'existence du droit moral. Le *copyright* privilégie, à l'inverse, les intérêts du public; il considère l'œuvre comme un investissement pour lequel l'auteur – ou la société commerciale qui l'emploie – est en droit de demander une rétribution, sans entraîner de droits moraux. Au reste, la reconnaissance de ces droits moraux est vue comme inutile dans la plupart des pays anglo-saxons, puisqu'ils sont en principe couverts par d'autres dispositifs juridiques.

A priori antithétiques dans le principe, les doctrines civiliste et anglo-américaine ont pourtant eu tendance à converger avec le temps, ne serait-ce qu'à cause de la mondialisation croissante des échanges. Comme pour les brevets, des efforts virent le jour au niveau international dès le XIX^e siècle pour articuler les différentes législations nationales sur la protection des œuvres littéraires et artistiques. Avec la Convention de Berne de 1886, à laquelle la France et la Grande-Bretagne adhérèrent dès l'origine, le droit d'auteur d'inspiration civiliste exerça une certaine influence sur le *copyright* britannique, qui allait se démarquer quelque peu du *copyright* américain (les États-Unis n'adhérèrent à cette convention qu'en 1989). Aujourd'hui, le rapport de force entre les divers marchés culturels et la mondialisation des échanges favorisent l'influence du *copyright*, surtout américain qui, comme le remarque Compagnon (2002), « tend à [s']imposer [...] même en France ».

Entre *common law* et droit civil : l'ambivalence canadienne

Élaborée dans un contexte bijuridique et bilingue, la législation canadienne sur la propriété intellectuelle constitue un cas intéressant pour les spécialistes du droit comparé. En effet, si elle dérive clairement du droit britannique et incorpore une large influence américaine, elle entrouvre

36. Loi du 11 mars 1957, article L.111-3. Selon l'article L. 111-1 : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial [...]. »

également la porte aux conceptions du droit continental européen d'inspiration civiliste. La propriété intellectuelle étant de juridiction fédérale au Canada, cette ouverture n'allait pas de soi.

En matière de protection des œuvres littéraires et artistiques, la première loi au (Bas-) Canada (« *An Act for the Protection of Copy Rights / Acte pour protéger la propriété littéraire* ») fut adoptée en 1832 et reprenait pour l'essentiel, malgré l'utilisation du vocable « propriété » dans la traduction française, les principes du *copyright* britannique³⁷. De fait, comme dans tous les dominions de la Grande-Bretagne à l'époque, les lois du Parlement de Londres avaient préséance sur les lois canadiennes dans ce domaine. Exposés aux importations de livres américains bon marché, mais pénalisés par une législation décidée à Westminster, les éditeurs canadiens firent pression dès la deuxième moitié du XIX^e siècle pour obtenir une loi défendant mieux leurs intérêts. Les initiatives du Parlement d'Ottawa dans ce domaine furent assez mal reçues à Londres et, par deux fois (en 1872 et en 1889), le Parlement britannique refusa de ratifier des lois qui, visant implicitement à protéger le marché canadien du livre³⁸ contre la concurrence américaine, auraient pu être utilisées contre des éditeurs du Royaume-Uni ou du reste de l'Empire. Quand, en 1911, Westminster adopta l'*Imperial Copyright Act* – en partie pour se conformer aux dispositions de la Convention de Berne, révisée à Berlin en 1908 –, les législateurs canadiens refusèrent à leur tour d'en accepter les termes et entamèrent des travaux pour se donner une loi nationale, en définitive très proche du texte britannique, qui fut adoptée en 1921 (Allingham, 2001).

Incluant des clauses protectionnistes qui contrevenaient à la convention internationale, la nouvelle loi fut menacée d'un veto par la Grande-Bretagne. Privilégiant une solution de compromis, le Canada adhéra à la révision de Berlin en 1923, et la législation canadienne entra finalement en vigueur le 1^{er} janvier 1924. Ce texte constitue encore le socle de la loi actuelle même s'il fut amendé plusieurs fois par la suite. En 1928, en particulier, le Canada signa la révision de Rome de la Convention de Berne qui allait ouvrir la voie, en 1931, à l'introduction de « timides » droits moraux (pour reprendre l'expression de Kasirer, 2002). Reprenant quasi intégralement le libellé plutôt succinct de la Convention de Berne, ces « droits moraux » (expression qui n'a d'ailleurs été incluse dans la Convention que lors d'une révision ultérieure) étaient limités aux droits de « paternité » et à l'intégrité de l'œuvre. Ces droits n'avaient cependant guère de force; en fait, le texte de loi parlait non pas de droits, mais de faculté (pour la paternité) et de privilège (pour l'intégrité)³⁹, et le seul recours prévu en était un d'injonction; aucune sanction ne découlait de sa violation. Ce n'est qu'en 1988 que la *Loi canadienne sur le droit d'auteur* fut modifiée à cet égard, par l'ajout de dispositions plus détaillées, –, quoiqu'elles puissent être qualifiées de « laconiques » (Adeney, 2008, p. 179) si on les compare à ce qu'on retrouve dans d'autres juridictions, –, assorties de sanctions explicites.

Mais, en dépit de ces limitations, l'ajout dès les années 1930 de la notion de droits moraux dans la loi eut pour conséquence, toujours selon Adeney (2008), que le Canada possède aujourd'hui le corpus jurisprudentiel le plus développé des pays de *common law* ayant implanté les droits

37. La locution « droit d'auteur », mentionnée dans l'*Acte constitutionnel* de 1867, est apparue dans l'intitulé de la loi au Canada en 1886. Pour un historique de la terminologie, voir Tawfik (2003, p. 59).

38. La situation était similaire en ce qui concerne les représentations théâtrales : voir O'Neill (2001).

39. Notons toutefois que la version anglaise de la loi employait le terme « *right* » dans les deux cas.

moraux⁴⁰. En témoignent les références à certaines décisions canadiennes, notamment *Snow v. Eaton Centre Ltd.*⁴¹, dans des jugements d'autres juridictions⁴².

En matière de brevets, le Canada s'est donné dès le début du XIX^e siècle une législation assez nettement marquée par l'influence américaine, peut-être parce qu'aucun texte à l'époque n'était disponible au Royaume-Uni à part le vieux *Statute of Monopolies* (le *Patent Act* britannique date de 1852). Les premières lois canadiennes dans ce domaine, qui apparaissent en 1824 (au Bas-Canada) et 1826 (au Haut-Canada), reprennent jusqu'à certaines expressions du *U.S. Patent Act* de 1793, et les textes subséquents ont, rappelle Joan Clark (1997), « progressé dans la même veine » par la suite. Refondue en 1869 alors que les brevets passaient sous le contrôle du Fédéral, la loi allait être amendée à de nombreuses reprises jusqu'à nos jours, entre autres pour se conformer à la Convention de Paris, signée par le Canada lors de la révision de La Haye en 1925.

Science et propriété intellectuelle

Le rapport ambigu entre les dispositifs de propriété intellectuelle et les travaux scientifiques a souvent été remarqué. Alors que la reconnaissance de l'auteur n'est ni universelle, ni constante, l'attribution même des textes en science se démarque de celle d'autres œuvres de l'esprit. Comme le souligne Michel Foucault (2001, p. 827), « ce ne sont pas toujours les mêmes textes qui ont demandé à recevoir une attribution ». Au Moyen Âge, la plupart des textes qui, de nos jours, seraient qualifiés de « littéraires » (les récits, les contes, les comédies...) étaient « reçus, mis en circulation, valorisés, sans que soit posée la question de leur auteur » et sans que leur anonymat ne soulève de difficultés. Au contraire, les équivalents des textes « scientifiques » modernes, les textes « porteurs de savoirs » de l'époque n'étaient reçus, « et ne portaient une valeur de vérité, qu'à la condition d'être marqués du nom de leur auteur ». Les mentions de l'auteur, « “Hippocrate a dit”, “Pline raconte” [,] n'étaient pas au juste les formules d'un argument d'autorité; c'étaient les indices [de] discours destinés à être reçus comme prouvés ». Vers le XVII^e ou le XVIII^e siècle, continue Foucault (p. 828) :

[...] on a commencé à recevoir les discours scientifiques pour eux-mêmes, dans l'anonymat d'une vérité établie ou toujours à nouveau démontrable; c'est leur appartenance à un ensemble systématique qui leur donne garantie, et non point la référence à l'individu qui les a produits.

Les auteurs « scientifiques » n'allaient plus guère être que les auteurs éponymes de lois, de théorèmes, de propositions, etc., dont les noms étaient surtout utiles pour indexer le savoir. Dans un croisement des tendances, la réception des discours « littéraires » sans attribution à un auteur devenait de moins en moins concevable. À partir de ce moment, le nom de l'auteur et le contexte d'écriture deviennent des éléments cruciaux pour la reconnaissance du statut, de la valeur et du sens des textes en littérature. Des nuances sont à faire, évidemment, et Foucault rappelle que les œuvres littéraires peuvent également être traitées selon leur genre et qu'en science, le nom de l'auteur et de la date du travail sont parfois aussi des « indices de fiabilité ».

Au delà du rapport d'attribution, l'appropriation même des travaux scientifiques pose problème. Peu préoccupés par les applications pratiques de leurs découvertes, les premiers acteurs du « mouvement

40. Ce n'est qu'à la fin du XX^e siècle que le Royaume-Uni (en 1988) et l'Australie (en 2000) intègrent les droits moraux dans leur législation. De son côté, le *Copyright Act* américain prévoit depuis 1990 des droits moraux, qui s'appliquent toutefois uniquement au domaine des arts visuels.

41. (1982), 70 C.P.R. (2d) 105 (Ont. H.C.J.)

42. Voir par exemple *Tidy v. Trustees of the Natural History Museum*, (1995) 39 IPR 501; [1996] EIPR D-81 (H.C.)

scientifique » se soucièrent d'ailleurs assez peu de protéger leurs travaux. En Angleterre, les membres de la Royal Society, pour qui l'honneur de découvrir suffisait peut-être, ignorèrent à peu près les patentes, par exemple, et la seule tentative à cet égard⁴³ entraîna une controverse extrêmement acrimonieuse : le secrétaire de la Société, Henry Oldenburg, qui essaya vers 1675 d'obtenir une patente pour un mécanisme d'horlogerie inventé par Christian Huygens, fut vigoureusement contrecarré par l'astronome et physicien Robert Hooke (Macleod, 1988, p. 186).

De fait, comme l'écrit Macleod, la vision baconienne d'une quête du savoir libre de toutes entraves désavouait implicitement le système des patentes qui, sans aucune garantie pour assurer la diffusion du savoir, récompensait l'individu aux dépens de la communauté. Le mépris aristocratique pour les patentes n'était pas partagé par tous les « philosophes naturels », mais il rejoignait les vues de plusieurs, entre autres d'extrémistes religieux comme Matthew Gaffyn, un baptiste, qui proclamait en 1675 qu'un chrétien, spécialement un *professor*, devrait s'abstenir d'en solliciter (Macleod, 1988, p. 185). En France, on l'a vu, les membres de l'Académie royale des sciences, d'abord appelés à se prononcer sur les demandes de patentes, finirent par se retrouver, au milieu des controverses, dans une position inconfortable.

Instruments économiques, les dispositifs de propriété intellectuelle ont assez vite, dès la fin du XVIII^e siècle, été bornés, explicitement ou implicitement, par une référence à la science : les monopoles d'exploitation des auteurs et des inventeurs furent ainsi limités pour promouvoir le « progrès de la science » dans la Constitution américaine et pour assurer la diffusion des « Lumières » en France. Un peu plus tard, la loi française de juillet 1844 prévoira spécifiquement (art. 30) la nullité des titres portant sur des principes, des méthodes, des concepts théoriques ou purement scientifiques, dont l'application industrielle n'était pas indiquée.

L'idée d'un brevet pour les découvertes scientifiques ne fut pas cependant totalement abandonnée. Dans les années 1830, des interventions comme celle d'Arago en faveur de Daguerre, l'inventeur de la photographie, montrent, dans un contexte où le nombre de prises de brevets industriels explose littéralement après 1800, que les scientifiques s'interrogeaient sur la nature d'une « juste récompense » pour leurs contributions (Wood, 1997, p. 489). À partir de la fin des années 1870, la question d'une protection pour les travaux scientifiques fut régulièrement soulevée, souvent par des Français, lors des congrès d'associations comme l'Association littéraire et artistique internationale (Hamson, 1929, p. 20).

Dans les années 1920, le mouvement s'intensifia spécialement en France. De fait, la reconnaissance d'un « droit de suite »⁴⁴ aux artistes par le législateur aiguillonna les scientifiques dans leurs revendications et des représentations furent faites, rappelle C. J. Hamson (1929, p. 21), pour « [q]u'il soit accordé à l'auteur d'une découverte scientifique un droit nouveau à définir, lorsqu'il aura été démontré par la suite qu'elle donne lieu à une invention telle qu'elle est définie par la loi de 1844 ».

43. Une exception fut les patentes émises au nom de la Société en 1665 (Macleod, 1988, p. 186).

44. Le droit de suite permet aux artistes de prélever une redevance sur les reventes successives de leurs œuvres (Ladas, 1975, p. 1849-1850). Ce droit se conçoit dans les arts (les arts visuels en général) où les créateurs tirent davantage profit de la cession de l'original que de l'exploitation de leur création : par exemple en peinture, il arrive parfois que la création soit revendue à un prix considérablement plus élevé que le prix d'acquisition initial. La loi de mai 1920 donne aux créateurs la possibilité de recevoir un petit pourcentage (3% en France pendant la vie de l'auteur plus soixante-dix ans) sur chaque revente.

Particulièrement avancée dans le but de soutenir les vocations de chercheurs et de financer la recherche, l'idée fut largement commentée et discutée dans les sociétés savantes de même qu'à la Confédération des travailleurs intellectuels (CTI). Elle fit par la suite l'objet de travaux, pendant une bonne partie des années 1920, au Comité international de la coopération intellectuelle (CICI) de la Société des Nations⁴⁵. En 1922, un parlementaire français, Joseph Barthélemy, proposa dans ce sens un projet d'amendement de la loi de 1844 pour la création d'un « brevet de principe » qui différait du brevet ordinaire en ce qu'il ne conférait pas à son détenteur le droit exclusif de travailler sur une découverte, mais seulement le droit d'accorder des licences obligatoires pour travailler sur les applications pratiques de cette découverte (Ladas, 1975, p. 1851). Cette proposition et d'autres (celle du CTI notamment, qui revenait à assimiler les scientifiques aux artistes) firent l'objet de vives discussions au Parlement et dans les sociétés scientifiques, sans toutefois déboucher sur une action concrète, en grande partie à cause de l'opposition de l'industrie française, peu désireuse d'assumer seule une charge qui ne s'imposait pas à ses concurrents étrangers.

De fait, sans consensus international, le projet était difficilement réalisable : examinée et débattue au CICI, l'idée d'un « brevet de principe » fut finalement abandonnée après 1930, entre autres, indique Ladas, en raison du manque d'empressement de pays comme l'Allemagne, la Grande-Bretagne et les États-Unis. D'autres objections avaient été soulevées, notamment les difficultés liées à l'attribution : tributaire des découvertes antérieures, chaque percée scientifique est d'abord une réalisation collective dont l'appropriation peut s'avérer un problème impossible à trancher pour les juristes. En outre, ajoutait-on, les scientifiques qui versent leurs découvertes dans le domaine public sont assurés de la reconnaissance de la société, et la gloire est une compensation suffisante.

Principalement centrée en France, la controverse toucha également les États-Unis autour des années 1930; l'ouvrage de Hamson (1929) est d'ailleurs une contribution au débat dans ce pays. Parmi les propositions avancées, on note la recommandation de créer une commission d'État où les scientifiques auraient pu faire enregistrer leurs découvertes et à laquelle les entreprises se seraient adressées pour obtenir des licences d'exploitation en échange de redevances appréciées au cas par cas. Assez mal étayé, ce projet ne donna lieu à aucun suivi mais l'idée fut évoquée encore par la suite : Ladas (1975, p. 1872) mentionne que l'American Bar Association étudia aussi récemment qu'en 1971 une résolution en faveur de l'extension des droits de propriété intellectuelle aux découvertes scientifiques. Par ailleurs, dans certains pays de l'ancien Bloc de l'Est, comme la Tchécoslovaquie en 1957, des législations qui reconnaissaient les découvertes scientifiques furent mises en place (Ladas, 1975).

En partie héritière du CICI, l'UNESCO entreprit des consultations sur la question, mais n'y donna jamais suite, sans doute, avance Ladas, parce que les progrès de l'institutionnalisation de la recherche scientifique (et de son financement) dans la deuxième moitié du XX^e siècle ont désamorcé quelque peu les revendications des scientifiques dans ce domaine. Il faut aussi souligner, comme on le verra au prochain chapitre, que l'élargissement de ce qui est considéré comme brevetable, du moins dans certaines juridictions, est venu brouiller la distinction entre les notions d'« invention » et de « découverte ».

45. Le CICI siégea à Genève de 1922 à 1946.

Université et propriété intellectuelle

Institution de première importance aujourd'hui dans la recherche scientifique, l'Université, on l'a vu, n'a joué à peu près aucun rôle dans l'émergence des mécanismes de protection de la propriété intellectuelle. Traditionnellement gardienne de la doctrine et débattant les questions de la foi, la vieille institution médiévale a évidemment été fortement marquée par l'essor de la culture de l'imprimé au tournant des XV^e et XVI^e siècles. En France, en particulier, l'Université allait subir l'ascendant du pouvoir royal, qui se reposa longtemps sur elle pour contrôler la production des libraires-imprimeurs. Comme le résume Georges Minoit (1995, p. 24), en matière de censure à l'époque, « la Sorbonne dénonce, le Parlement juge, le pouvoir royal tranche ».

Sans lien avec le « mouvement scientifique » qui perce autour du XVII^e siècle, l'Université en Europe resta jusqu'aux guerres napoléoniennes (autour de 1800) à peu près exclusivement un lieu de diffusion des savoirs. Sous l'influence entre autres de Kant (1798/1955), qui prônait dès 1794 une réforme des « facultés », allait se mettre en place un nouveau type d'institution axé sur « l'amélioration des sciences » dont le principal architecte fut Wilhelm von Humboldt, le fondateur de l'Université de Berlin en 1809-1810. Centrée à la fois sur l'enseignement et la recherche, cette université transformée consacrait une figure nouvelle : le professeur chercheur. Se vouant à la fois à la diffusion et à l'avancement du savoir, ce nouveau type de professeur ne s'imposa pas immédiatement, loin de là : il fut, en particulier, vigoureusement pris à partie dans les années 1870 par le cardinal Newman, le recteur de l'Université de Dublin, qui dans une plaquette fameuse – *L'idée d'université* (Newman, 1907) – arguait en substance que « découvrir et enseigner sont des fonctions distinctes » et que le rôle de l'université est la communication du savoir plutôt que la recherche scientifique. L'éloquence du cardinal se révéla cependant insuffisante et le modèle universitaire allemand, repris et modifié aux États-Unis notamment, finit cependant par révolutionner profondément les institutions à peu près partout dans le monde industrialisé (Geiger, 1986). Avec la mise en place de la réforme de Bologne dans l'Union européenne (1999-2010), ce modèle universitaire d'inspiration germano-américaine domine largement aujourd'hui.

Avec l'apparition du professeur-chercheur, le rapport des universitaires à la propriété intellectuelle allait, d'abord imperceptiblement puis de manière plus évidente, se modifier. Héritiers d'une tradition où l'on affectait un certain détachement face aux contingences matérielles et œuvrant pour l'essentiel dans le domaine public, les professeurs commencèrent graduellement à se prévaloir de leurs droits sur certaines de leurs productions.

Les premiers cas, qui apparaissent très tôt, sont sans doute assez isolés, tels le chimiste Justus Liebig, professeur à l'Université de Giessen dans les années 1830, qui prit un brevet sur un engrais minéral, ou Louis Pasteur, longtemps professeur à l'Université de Strasbourg, qui breveta en 1865 un procédé de conservation du vin. Cette tendance allait cependant s'affirmer, entre autres, avec la fondation en 1861 du Massachusetts Institute of Technology (MIT), qui va faciliter l'émergence de ce qu'aujourd'hui nous appellerions le professeur-entrepreneur ou innovateur (Etzkowitz, 2002). À partir du MIT, ce modèle va graduellement se répandre dans les autres universités, notamment à Stanford et à l'Université du Wisconsin dès les années 1910 et 1920. Les universités de Toronto (dans les années 1910) et de Montréal (dans les années 1930) seront parmi les premières au Canada à tenter d'imiter ces exemples. Mais, comme on le verra plus en détails au prochain chapitre, c'est surtout à partir des années 1980 que les universités, invitées par les gouvernements à participer plus directement à l'essor économique national, ont multiplié les collaborations avec des entreprises privées, vivement intéressées à protéger les résultats des recherches qu'elles ont contribué à financer.

Dans la même veine, les universités se sont mises à jouer un rôle de plus en plus actif dans la commercialisation des innovations techniques découlant de leurs activités de recherche, allant parfois jusqu'à prendre l'initiative en la matière, quand elles ne se chargent pas de tout le processus.

À côté de cette tendance « entrepreneuriale », l'Université demeura également le bastion d'une recherche souvent appelée « fondamentale », un mot pas toujours bien défini, généralement accolé aux recherches sans application commerciale immédiate. Dans ce sens, cette institution joua et continue de jouer un rôle important dans la défense du domaine public et de l'objectif original de promotion et de diffusion du savoir dans le public. Aux États-Unis, cette dimension donna lieu, par exemple, à la reconnaissance du *fair use* (voir le chapitre 4), qui ne fut codifié que dans le *Copyright Act* de 1976. Bien connue dans le monde universitaire américain, cette exception s'est révélée inestimable surtout pour la recherche, alors que, comme nous le mentionnions plus haut, le *U.S. Copyright Act* s'applique à des œuvres toujours plus variées, pour une durée toujours plus longue. Quelque peu différente, l'« utilisation équitable » (*fair dealing*) répond aux mêmes préoccupations dans la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne.

Mais ici aussi, comme on le verra au chapitre 7, la place grandissante occupée par le secteur privé dans la diffusion des résultats de recherche, tant fondamentale qu'appliquée, de même que la création de dispositifs législatifs s'appliquant aux nouveaux médias apparus à la fin du XX^e siècle, ont favorisé la tendance inverse, soit la restriction de cette diffusion.

Par ailleurs, animée du souci de maintenir le domaine public, l'Université veille aussi depuis longtemps à sauvegarder son espace de liberté, notamment ce qu'on désigne sous l'appellation « liberté universitaire »⁴⁶. Entre autres, elle cherche et à se prémunir contre des règles en matière de propriété intellectuelle dont le resserrement pourrait diminuer son indépendance.

En définitive, le rapport demeure assez ambigu entre l'Université, pour qui le libre accès aux connaissances est non seulement une dimension fondamentale de sa mission mais aussi une condition de sa neutralité dans le débat scientifique, et la propriété intellectuelle, qui pose des limites à ce libre accès. On ne s'étonnera donc pas que la propriété intellectuelle soit devenue un enjeu majeur dans le monde universitaire, comme on le verra dans la suite de cet ouvrage.

46. Mieux connue sous le nom de « liberté académique », un anglicisme. Elle présente deux volets : un volet institutionnel, soit la liberté des établissements à l'égard des pouvoirs publics, et un volet individuel, qui consiste en la liberté d'adopter et de défendre des positions ou points de vue critiques, en enseignement comme en recherche, même à l'égard de son établissement, sans crainte de représailles. Les professeurs d'université sont ainsi les seuls employés exemptés du « devoir de loyauté » envers leur employeur.