



# La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux

**Michel Vivant**

Sciences Po – Ecole de droit

*Sociétés politiques comparées*

45, mai-août 2018

ISSN 2429-1714

Article disponible en ligne à l'adresse : [http://www.fasopo.org/sites/default/files/varia1\\_n45.pdf](http://www.fasopo.org/sites/default/files/varia1_n45.pdf)

Citer le document : Michel Vivant, « La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux », *Sociétés politiques comparées*, 45, mai-août 2018



## La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux

Michel Vivant

1. *La propriété intellectuelle sous le signe du changement.* Propriété intellectuelle : « nouvelles formes, nouveaux enjeux »... La propriété intellectuelle est ainsi placée sous le signe du changement<sup>1</sup>. Ce n'est *a priori* pas étonnant. Depuis les privilèges royaux, en France mais aussi à l'étranger, à commencer par l'Angleterre où est née la propriété intellectuelle moderne, cette propriété a bien changé. D'instrument de la faveur royale (et parfois de censure), elle est devenue un instrument de régulation du marché fortement « objectivé », c'est-à-dire ne dépendant pas du bon vouloir du Prince mais répondant à des critères d'attribution (du brevet, du droit d'auteur...) légalement définis. Penser la propriété intellectuelle sous le signe du changement n'est donc non seulement pas étonnant, mais tout à fait légitime. Ainsi, avec une forte charge symbolique, le numérique est venu bousculer la propriété intellectuelle. On sent, on sait bien que musiques, images, textes... circulent sans véritable contrôle sur Internet. Bien plus, entre les biotechnologies et l'art conceptuel, avec désormais les algorithmes dits intelligents, l'innovation n'est plus ce qu'elle était il y a peu encore. Voilà qui est notable pourtant si l'on considère la propriété intellectuelle comme l'instrument *juridique* qu'elle est<sup>2</sup>, lorsqu'on connaît la propension des juristes à essentialiser les choses. Il est significatif que le droit d'auteur, du moins le droit d'auteur « à la française », et peut-être une part du droit d'auteur continental par opposition au *copyright* des pays anglo-saxons, est vécu sur le registre de la révélation. La loi de 1957 qui a marqué le milieu du siècle dernier est toujours présentée par beaucoup comme la référence par excellence, car elle aurait fixé ce que devrait être le « vrai » droit d'auteur. Cette vision figée des choses n'est évidemment pas, et heureusement, le fait de tous les juristes. Mais le plus grand nombre y souscrit sans doute.

L'adaptation de la norme est en règle générale perçue comme « technique » ; au mieux (ou au pire) comme concession aux mœurs ; parfois – et l'on rejoint le discours « technicien » – comme une réponse à des besoins jugés objectifs.

Technique : il s'agit bien sûr ici de technique juridique. Il faut mettre, dit-on, la règle en adéquation avec telle exigence législative et/ou en cohérence avec le système juridique dans son ensemble.

Concession aux mœurs : c'était, il y a cinquante ans, la consécration du divorce « à la carte », ou aujourd'hui celle du « mariage pour tous ».

Réponse bien sûr objective à des besoins bien sûr objectifs : on dira qu'il doit nécessairement en être ainsi, en se situant alors de manière privilégiée dans le registre « sérieux » de l'impératif économique (ou présenté, et souvent perçu, comme tel).

Est-il besoin de dire combien de telles visions restent à la surface des choses ?

<sup>1</sup> La présente communication constituait une introduction à la 9<sup>e</sup> Rencontre européenne d'analyse des sociétés politiques organisée à Paris en octobre 2016 par le Fonds d'analyse des sociétés politiques (Fasopo), qui avait précisément pour thème « La propriété intellectuelle : nouvelles formes, nouveaux enjeux », (justement) présenté en ces termes : « La propriété intellectuelle constitue de longue date un enjeu majeur pour la concurrence économique, les luttes sociales, civiques et politiques ou les tensions économiques interétatiques. » Le texte qui suit doit donc être compris comme s'insérant dans ces journées et les ouvrant. Il a cependant été choisi de s'écarter de ce « formatage » conjoncturel quand cela paraissait nécessaire. En toutes hypothèses, il s'agit ici d'ouvrir des pistes de réflexion.

<sup>2</sup> Même si l'on ne saurait la réduire à cela.

2. *A la recherche de sens.* Pourtant, à mon sens, il ne devrait pas y avoir de droit sans sémiotique, ou au moins essai de sémiotique, du droit, c'est-à-dire *a minima* aussi sans souci de contextualisation de la règle<sup>3</sup>. Penser le droit comme un univers clos sur lui-même, c'est ne pas le penser. Mais, à la recherche de sens, il apparaît vite qu'une institution juridique donnée ne peut pas sérieusement être comprise comme univoque. Une même institution appelle des décryptages divers. Cela tient bien sûr pour une part à la diversité des systèmes : la propriété, même moderne ou dite telle, n'est ainsi pas la même en Angleterre, en France ou au Japon. Même au sein d'un même système de droit, la même institution ne reçoit pas la même lecture selon l'observateur et son système de référence. Car le sens dont on investit une institution donnée (mariage, propriété, propriété intellectuelle...) est évidemment le produit d'une construction intellectuelle. Aussi, au binôme du titre retenu par les organisateurs de ces journées<sup>4</sup> - « nouvelles formes, nouveaux enjeux » -, aux trois pôles que suggère leur présentation, qui envisage aussi de nouvelles pratiques, j'ajouterai volontiers : nouvelles représentations.

3. *La propriété intellectuelle comme propriété ?* Si la propriété intellectuelle – propriété incorporelle – trouve un modèle dans la propriété corporelle que l'humanité semble avoir connu depuis le néolithique, mais si aussi parfois, et pour beaucoup d'observateurs, trouve en celle-ci un repoussoir et même un antimodèle, si aujourd'hui le « modèle propriétaire<sup>5</sup> », véhiculé dans l'immatériel par la propriété intellectuelle, est brandi dans des contextes neufs, comme celui des données personnelles<sup>6</sup>, il faut avoir présent à l'esprit que la notion de propriété est une notion extraordinairement éclatée – malgré un discours simplificateur qui voudrait, en France, la ramener à ce pouvoir curieusement décrit comme « le plus absolu » par l'article 544 du Code civil, le mot étant élu (mobilisé) consciemment ou inconsciemment pour la charge idéologique qui est la sienne. Ainsi, je comprends parfaitement que tel collègue brésilien m'ait dit ne pas vouloir parler de « propriété » à propos de la propriété intellectuelle de peur que le Big Brother étatsunien ne s'empare de cette qualification pour la proclamer absolue<sup>7</sup>.

La prégnance du modèle propriétaire est indiscutable. Pourtant, puisque ce modèle n'est pas univoque, ce n'est pas pour autant que l'on peut véritablement savoir si nous sommes dans une logique propriétaire ou, faute de savoir ce qu'est une logique propriétaire, si nous sommes dans ce qui paraît pouvoir être tenu pour une logique propriétaire.

Il faut déjà observer une curieuse « danse avec les mots ». Je veux dire par là que, depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, il y a toute une littérature pour dire que cette propriété intellectuelle, bien qu'ainsi dénommée par le législateur, ne serait pas une propriété<sup>8</sup>... tandis que d'autres observent qu'elle présente bien les traits

<sup>3</sup> Le droit est-il une sémiotique ? Si Greimas écrit : « Le droit : une sémiotique » (A. J. Greimas, *Sémiotique et sciences sociales*, Paris, Seuil, 1976, p. 86), je suis bien incapable d'en juger. En revanche, je retiendrai avec lui que le discours juridique (comme tout discours ?) est un discours connoté : « Lorsqu'il s'agit du droit, tout se passe comme si le texte juridique, indépendamment de ce qu'il veut énoncer, véhiculait, en se déroulant, un ensemble de connotations vagues qui seraient assumées par le lecteur comme un mélange d'incompréhension, de respect, de menaces implicites, etc., et qu'on pourrait appeler la "juridicité" de ce texte » (p. 85), sans oublier ce que le texte véhicule à l'insu du scripteur et/ou du lecteur juriste.

<sup>4</sup> Voir la note 1.

<sup>5</sup> Voir M. Cornu (dir.), *Modèles propriétaires*, Paris, LGDJ, 2012.

<sup>6</sup> Ce qui est loin d'avoir le caractère protecteur qu'imaginent certains superficiellement. En effet, une propriété peut se céder. Si une propriété devait être reconnue sur mes données personnelles, je pourrais en disposer et ainsi abdiquer tout pouvoir sur elles. Heureuse issue pour les GAFA !

<sup>7</sup> Ce qui n'est certainement pas vrai mais est, trop souvent, avec naïveté ou duplicité, mis en avant. Sur le caractère non absolu de la plus banale propriété, on pourra se reporter avec profit à J. Rochfeld, *Les Grandes Notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011. Il reste que la crainte, elle, est justifiée.

<sup>8</sup> C'est le cas, par exemple, d'Augustin-Charles Renouard écrivant que « la pensée est, par son essence, inappropriable ; la faculté de copier et de reproduire la pensée ne l'est pas moins », et que « l'expression de propriété littéraire doit être rejetée de la langue juridique » (pour citer ici son *Traité des droits d'auteur, dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, Librairie Jules Renouard et Cie, 1838, respectivement p. 454 et p. 455).

d'une propriété « ordinaire<sup>9</sup> ». Le vocabulaire est déjà en soi porteur de beaucoup d'ambiguïtés<sup>10</sup>. Certes, le Conseil constitutionnel français s'est clairement prononcé pour une qualification de la propriété intellectuelle en termes de propriété, faisant d'elle une déclinaison particulière de la « propriété ». Ainsi, à propos du droit d'auteur, il déclare dans sa décision 2006-540 du 27 juillet 2006 :

Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'Homme consacrés par l'article 2 de la Déclaration de 1789 [...] Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins<sup>11</sup>.

Le Conseil devait se prononcer semblablement pour le droit de marque<sup>12</sup>. Mais je me contredirai en prétendant que cela règle le problème. Tout au mieux cela peut le régler du point de vue du droit français, et plus précisément du droit positif français, c'est-à-dire de la représentation qu'il véhicule. Cela ne saurait intellectuellement clore le débat<sup>13</sup>.

Il est plus intéressant de relever que, lorsque la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dit aussi du droit de marque<sup>14</sup> ou du droit d'auteur<sup>15</sup> qu'il s'agit d'un bien au sens de l'article 1<sup>er</sup> de son protocole n° 1, c'est-à-dire d'une propriété suivant la terminologie (francophone) de la convention, elle les range dans une catégorie qui, selon elle, accueille créance fondée sur une décision de justice, intérêt patrimonial lié à un régime de prestations sociales, intérêt lié à une construction illégale faite dans un bidonville mais tolérée, etc. Autrement dit, valeur peut-être mais tout sauf ce qui serait couvert du nom de propriété dans la compréhension usuelle du mot.

Ainsi la propriété intellectuelle est-elle bien considérée dans ces diverses approches comme une propriété, mais sans que le concept de propriété soit réellement cerné.

4. *La propriété intellectuelle comme « incentive »*. Commençons donc par le plus simple – ou ce qui est apparemment le plus simple – et qui, à propos de la propriété intellectuelle, ne met pas en cause sa qualification, ou non, en termes de propriété, à savoir l'idée selon laquelle la propriété serait incitative (la propriété intellectuelle comme *incentive*) et trouverait sa justification dans cette fonction.

C'est le discours dominant chez les économistes<sup>16</sup>. Mais dire qu'il est dominant, c'est dire aussi qu'il n'est pas unanime. Les opinions minoritaires sont toutefois de deux ordres : celles qui récusent une intervention artificielle du législateur qui vient troubler le jeu du libre marché ; et celles qui ne critiquent pas vraiment l'idée de propriété intellectuelle *incentive* mais manifestent du scepticisme quant à l'effectivité du mécanisme.

<sup>9</sup> Ce fut un argument mis en avant par Portalis jeune (le fils du Portalis du Code Napoléon) lors d'une séance à la Chambre des pairs, le 23 mai 1839 (*Le Moniteur*, 26 mai, p. 774). Au xx<sup>e</sup> siècle, Jean Marc Mousseron fut un fervent défenseur de cette idée. Voir notamment sa thèse, J. M. Mousseron, *Le Droit du brevet d'invention*, Paris, LGDJ, 1961.

<sup>10</sup> Voir mon article « "Propriété" intellectuelle : plus de dits que de non-dits », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 6, novembre-décembre 2015.

<sup>11</sup> Décision 2006-540 DC, 27 juillet 2006, rec. p. 88. Sur cette jurisprudence, on lira avec intérêt D. Rousseau, « De la constitutionnalisation de la propriété intellectuelle », dans M. Vivant (dir.), *Les Grands Arrêts de la propriété intellectuelle*, Paris, Dalloz, 2015 [2<sup>e</sup> éd.], comm. n° 3.

<sup>12</sup> Décision 90-283 DC, 8 janvier 1991, *JO* du 10 janvier 1991, p. 524 ; *RIPIA (Revue internationale de la propriété industrielle et artistique)*, 163, 1991, p. 326 ; *Les Grands Arrêts de la propriété intellectuelle*, op. cit., comm. n° 2.

<sup>13</sup> Il nous faudra d'ailleurs revenir là-dessus.

<sup>14</sup> CEDH, Grande Chambre, 11 janvier 2007.

<sup>15</sup> CEDH, 4<sup>e</sup> section, 29 janvier 2008.

<sup>16</sup> François Lévêque et Yann Menière le rappellent dans leur *Economie de la propriété intellectuelle*, Paris, La Découverte, 2003 (p. 7) : « Pourquoi la loi protège-t-elle les inventions et les œuvres artistiques ? La réponse des législateurs et des juristes est que le droit de la propriété intellectuelle vise à encourager l'innovation et la création, tout en préservant leur usage. Ce fondement est mis en évidence par l'analyse économique en considérant les œuvres de l'esprit comme de la production d'information. » Ce qui n'est pas dire que ces auteurs souscrivent sans nuance à l'idée d'une propriété intellectuelle incitative.

Pour les premiers auteurs, les termes de propriété intellectuelle couvrent d'un voile trompeur la réalité de monopoles qui, dans une économie de marché, viennent fausser le jeu de la libre concurrence<sup>17</sup>.

On observera toutefois que de véritables droits de propriété intellectuelle n'existent que dans une économie libérale. L'ancien « brevet » soviétique n'avait rien d'un brevet, et si le contraire peut être dit aujourd'hui du brevet chinois, c'est que, parti communiste ou non, l'économie chinoise contemporaine est construite sur le marché, fût-il « dirigé ». Les économistes qui défendent, ou du moins acceptent, l'idée de propriété intellectuelle le font ainsi en jugeant que celle-ci intervient pour répondre à une « défaillance » du marché. Ils demeurent attachés à une vision libérale des choses – cette vision qui, précisément, légitime le droit de la propriété intellectuelle comme le droit de la concurrence –, en opposition avec les économistes que l'on peut qualifier d'hyperlibéraux, qui récusent aussi bien la propriété intellectuelle que le droit de la concurrence.

Pour les seconds auteurs critiques, la propriété intellectuelle peut avoir un caractère incitatif, mais il n'est pas assuré qu'elle l'ait toujours. Si la diversité des mécanismes juridiques (le brevet n'est pas le droit d'auteur) tend à faire que l'instrument juridique soit adapté au mieux à l'objet qu'il entend réguler<sup>18</sup>, les études empiriques ne viennent pas démontrer l'existence d'une corrélation entre les droits de propriété intellectuelle et l'innovation<sup>19</sup>. On dira alors, un zeste désabusé, que si les droits de propriété intellectuelle n'existaient pas il ne faudrait pas les créer mais que, dès lors qu'ils existent, il serait hasardeux de les supprimer. Jean Tirole parle d'un « mal nécessaire<sup>20</sup> »...

Cela étant, retour fait au discours dominant d'une propriété intellectuelle à effets incitatifs, il faut encore observer qu'il ne rend pas compte de toutes les constructions juridiques opérées. Dans la doctrine juridique française du droit d'auteur la plus traditionaliste (très forte en France), cette analyse est radicalement récusée au profit d'une sorte d'« épiphanie » de l'auteur, reçu comme un être à part et qui doit être traité comme tel<sup>21</sup>. Cette propriété intellectuelle est alors rarement considérée comme une propriété, mais est envisagée selon un tout autre schéma personnaliste. Le droit d'auteur est dès lors conçu comme un droit personnel étroitement lié à la personne, comme l'œuvre et parce que l'œuvre, dans cette vision des choses, n'est pas détachable de l'auteur. On parlera d'un lien ombilical jamais coupé ! Tout au plus, puisque le droit d'auteur associe prérogatives patrimoniales et prérogatives morales (comme le droit au respect : respect dû à l'œuvre), concèdera-t-on que le droit d'auteur peut être dualiste, panaché de prérogatives de natures différentes.

Il faut encore observer qu'une telle vision unidimensionnelle ne rend pas compte de la complexité des situations. Dans bien des cas, un peintre ou un musicien peindra ou composera non parce qu'il recevra un droit d'auteur mais parce qu'il ressent ce besoin de créer comme impératif. Dans un autre contexte, on garde en mémoire le cas de ce fameux mathématicien, Grigori Perelman, qui, entre autres choses, résolut la conjecture de Poincaré mais refusa tour à tour la médaille Fields et le Clay Millennium Prize, pourtant doté d'un million de dollars. Il déclara faire des maths parce que c'était sa passion<sup>22</sup> !

<sup>17</sup> Voir par exemple T. Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », *Hamline Law Rev*, 12 (2), 1989, p. 260. La thèse néglige toutefois que le droit de la propriété intellectuelle met en place des monopoles *juridiques* et non économiques. Ainsi, les deux procédés européens, PAL et SECAM, de télévision en couleur étaient brevetés, ce qui ne les a pas empêchés de coexister sur le marché. Je ne résiste pas au plaisir de citer Edward S. Rogers : « Monopoly is merely an ugly word used by people to put a curse on any kind of property they do not like » (E. Rogers, « The Social Value of Trade Marks and Brands », *Trade Mark Rep.*, 37, 1947, p. 249).

<sup>18</sup> A ce sujet, voir E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008 [2<sup>e</sup> éd.], spécialement « La propriété intellectuelle », pp. 264 et suiv.

<sup>19</sup> On lira avec profit l'étude de P. Moser (« Patents and Innovation: Evidence from Economic History », *Journal of Economic Perspectives*, 27 [1], 23 janvier 2013) portant sur les grandes foires industrielles du XIX<sup>e</sup> siècle : en 1851 à Londres, en 1876 à Philadelphie, en 1893 à Chicago et en 1915 à San Francisco, les contributeurs provenant de pays qui n'avaient pas de protection par brevet ou une protection faible, tels la Suisse, les Pays-Bas après l'abolition de ce droit en 1869, et le Danemark, contribuèrent plus que proportionnellement à la population de ces foires.

<sup>20</sup> J. Tirole, *Economie du bien commun*, Paris, PUF, 2016, note p. 167.

<sup>21</sup> C'est *Le Sacre de l'auteur* chanté par B. Edelman, Paris, Seuil, 2004.

<sup>22</sup> Le lecteur sourcilieux relèvera peut-être que la propriété intellectuelle ne s'applique pas aux mathématiques. Sans doute. Mais l'exemple est donné dans le simple but de montrer que, d'un point de vue anthropologique, ce n'est pas la récompense qui pousse nécessairement à l'action.

5. *Au-delà des schémas simples*. L'idée que la propriété intellectuelle devait être lue comme un *incentive* ne peut certes pas être balayée d'un revers de main, mais elle n'est pas une clé de compréhension satisfaisante.

Quand certains font du droit d'auteur un « droit naturel », qualification commode qui interdit toute discussion, mais qualification curieusement refusée à la propriété industrielle (l'ingénieur ne doit apparemment pas être traité comme l'écrivain ou le peintre...), quand, s'agissant toujours de droit d'auteur ou de copyright, la dimension de contrôle des œuvres, en l'occurrence des écrits, pour ne pas dire de censure, était originairement présente, quand le premier droit des brevets encourageait en tous pays l'espionnage industriel alors qu'il est aujourd'hui stigmatisé et que, jusqu'à une période récente, le droit américain autorisait une sorte de biopiraterie légale, il n'est certainement pas possible de se satisfaire de schémas simples. Revenons sur ces trois points.

Sur la référence au droit naturel, il est indiscutable qu'en France les discours révolutionnaires ont été jusnaturalistes. Mais il faut replacer cela dans le contexte de l'époque. Comment aurait-il pu en aller autrement, quand les antécédents de nos modernes droits de propriété intellectuelle prenaient la forme de privilèges et qu'avec la nuit du 4 août 1789 fut proclamée l'abolition des privilèges<sup>23</sup> ? Il est extravagant que cette dimension politique soit généralement ignorée par les spécialistes français du droit d'auteur<sup>24</sup>, tout comme il est notable que la nature de ces discours, pourtant semblables, ne sert à justifier la propriété intellectuelle par un fondement de droit naturel qu'en matière de droit d'auteur et non de brevets – preuve du peu de scientificité des analyses convenues.

Quant au copyright comme moyen de censure (si l'on veut bien appeler les choses par leur nom), il faut, le Channel traversé, savoir que le Licensing Act qui permettait de contrôler le marché du livre ayant été aboli en 1695, un politicien tory éminent eut l'idée d'engager Daniel Defoe, sans Robinson... pour rédiger en 1704 un essai défendant l'idée de censure. Celui-ci y aborde « pour ainsi dire par inadvertance » la question de la propriété intellectuelle, relevant que la loi appelée de ses vœux aurait aussi pour effet de « faire cesser une sorte de vol » qui dépouillait les auteurs<sup>25</sup>.

Enfin, quant à une certaine complaisance de la propriété intellectuelle pour le pillage des idées à l'étranger, il faut noter que, dans les premières lois sur les brevets (à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et au début du XIX<sup>e</sup>) et pour certains pays jusque tard dans le XX<sup>e</sup> siècle, coexistaient des brevets d'invention *stricto sensu* et des brevets dits d'importation protégeant le fait d'« importer » de l'étranger des techniques encore ignorées sur le territoire national. Bien plus, jusqu'à l'America Invents Act de 2011, alors que, normalement, une antériorité susceptible de faire perdre son caractère de nouveauté à une invention (et la rendre, donc, non brevetable) peut emprunter toute forme (conférence, remise de plans, usage...), il fallait si l'antériorité était étrangère qu'elle soit « documentée », ce qui n'est évidemment pas la règle s'agissant des savoirs traditionnels.

La propriété intellectuelle n'est décidément pas réductible à des schémas simples.

6. *Un mécanisme de réservation*. En réalité, il faut sans doute, pour problématiser convenablement les choses, partir de ce qu'est structurellement une propriété intellectuelle. Car là-dessus on peut, me semble-t-il, s'accorder – même si les tenants du jusnaturalisme trouveront bien sûr cette analyse réductrice. Il ne s'agit pas, ici, de prétendre savoir ce que serait ontologiquement la propriété intellectuelle ou dire ce qu'elle devrait être, mais, tout simplement, d'analyser ce qu'est fonctionnellement une telle propriété, et comment cette fonction est structurellement assurée. Or il s'agit d'un mécanisme original : un mécanisme de réservation d'un segment de marché instauré au profit de celui qui, dans un registre ou un autre, fait œuvre créatrice. Il convient de réserver au créateur le marché potentiel/virtuel de sa création. Trois mots à cet égard.

<sup>23</sup> Privilèges féodaux pour ces derniers et privilèges accordés par le roi au premier cas, mais privilèges néanmoins.

<sup>24</sup> Aussi je rejoins tout à fait Jane Ginsburg quand elle soutient que le poids de la justification donnée a été majoré par la doctrine (« A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America », *RIDA*, 147, janvier 1991, p. 125).

<sup>25</sup> Les expressions entre guillemets sont reprises de Mireille Buydens, dont on lira avec intérêt l'ouvrage *La Propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012 (p. 260).

Tout d'abord, il s'agit bien d'un mécanisme consubstantiel au marché<sup>26</sup>, puisque, dans le cadre d'un libre-marché, le droit de propriété intellectuelle met en place un monopole, c'est-à-dire procède à une certaine structuration du marché. L'auteur, l'inventeur... (ou, à la vérité, ceux qui tiennent d'eux à des titres divers les droits que ces auteurs, inventeurs... pouvaient avoir originairement<sup>27</sup>) sont seuls à pouvoir exploiter leur œuvre, leur invention. L'idée choque souvent car, dit-on, le produit de la pensée doit rester libre. Le débat à ce propos fut vif au XIX<sup>e</sup> et n'est pas clos. Il n'est pas question ici de l'aborder. On rappellera simplement que les monopoles mis en place ne sont que juridiques<sup>28</sup>, de même que l'on observera que le « bien » intellectuel qui va être rendu exclusif par le mécanisme légal procède d'une création à défaut de quoi il n'y aurait rien eu à partager. Ce n'est pas un bien existant qui est retiré de la jouissance commune.

C'est – deuxième observation, complémentaire de la précédente – un mécanisme qui joue *ex post*, ce qui pour bien des économistes est une des grandes vertus du mécanisme de la propriété intellectuelle. *Ex post* : c'est dire, en effet, que la rémunération du titulaire des droits sera fonction de l'exploitation de la création qu'il a faite, et donc que le financement de celle-ci n'est pas tributaire d'un commanditaire, d'un mécène ou d'une politique prédéfinie<sup>29</sup>.

Ce qui conduit à la troisième observation, à savoir que cette réservation d'un segment de marché n'est que virtuelle. Le point est important.

Car si le droit d'auteur ou le brevet font que seul l'auteur ou l'inventeur (ou leurs ayants droit) peuvent exploiter le premier son œuvre, le second son invention, si ce marché leur est donc ainsi réservé, encore faut-il qu'ils rencontrent un public. Le monopole conféré sur un manuscrit qui n'a pas de lecteur ne fera pas vivre son auteur ! Ainsi pas d'« allocations » indues<sup>30</sup>.

Il faut ajouter que c'est un mécanisme – un outil pour le titulaire du droit – qui est ainsi décrit, ce qui signifie qu'un droit de propriété intellectuelle n'est pas bon ou mauvais en soi mais que, comme tout outil, il faut en mesurer l'intérêt en prenant en compte ce qu'il est à même de faire. Concrétisons ce propos. Si un brevet est à même d'offrir une réservation pour autant qu'existe un marché, il n'est pas étonnant qu'un laboratoire qui vise à rentabiliser sa recherche ne l'oriente pas vers la lutte contre les maladies orphelines. Un discours moralisant ne changera rien à ce constat objectif. Mais d'autres voies peuvent être empruntées afin d'éviter d'abandonner ces malades à leur sort : la recherche publique ou celle financée par des fondations caritatives peuvent prendre en charge un tel objectif. Autres outils...

Revenons à la propriété intellectuelle. La réservation du marché dont il vient d'être question passe par un pouvoir d'exclusion reconnu au titulaire de droits, que concrétise, sur le terrain judiciaire, la reconnaissance à son profit d'une action en contrefaçon. Or ce pouvoir, en amont, suscite tout naturellement des rapprochements avec la propriété, ou du moins sa représentation communément admise. Mais comment alors, au-delà de l'enregistrement de tel ou tel élément de langage ou de telle ou telle jurisprudence<sup>31</sup>, penser cette étrange appropriation d'objets immatériels ? En aval, la reconnaissance de ce pouvoir d'exclusion

<sup>26</sup> Et qui n'existe donc, comme il a été observé plus haut, que s'il existe un marché.

<sup>27</sup> Cessionnaire ou employeur selon les cas, car les différents droits de propriété intellectuelle n'obéissent pas tous aux mêmes schémas.

<sup>28</sup> Voir *supra* section 4.

<sup>29</sup> Citons à nouveau E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, n° 1003 : à raisonner en termes d'incitation, « la mesure de l'incitation dépend du succès qu'a le créateur (ou l'intermédiaire qui, par la voie du contrat, prend sa relève) à convaincre d'autres personnes à acheter le fruit de sa création. C'est le jugement de nombreux acquéreurs individuels qui décidera de l'intérêt global de la création, et non celui d'un détenteur de pouvoir, ou autre dignitaire ou mécène ».

<sup>30</sup> J.-M. Bruguière et M. Vivant, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, 2016 [3<sup>e</sup> éd.], n° 6. Et semblablement déjà la citation ci-dessus de E. Mackaay et S. Rousseau.

<sup>31</sup> Voir *supra* section 3.

sur de tels objets, mais renouvelés, conduit à s'interroger, dans une société que l'on dit « de l'information » où l'immatériel est omniprésent, sur la possible application de ce « schéma propriétaire » bien particulier à des situations d'un nouveau type.

Ces deux points méritent approfondissement.

## PROPRIÉTÉ ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

7. *Un commun pouvoir d'exclusion.* Propriété et propriété intellectuelle se traduisent l'une et l'autre par ce pouvoir d'exclusion à l'instant évoqué. Les droits de propriété intellectuelle, tels qu'ils viennent d'être décrits, sont construits sur ce pouvoir, mais le ou la propriétaire d'un appartement ou d'une voiture a également le pouvoir d'exclure les tiers de la jouissance qu'il ou elle a de l'un ou de l'autre. On ne peut s'en tenir cependant à cette observation juste mais superficielle. L'affirmation appelle diverses observations complémentaires.

8. *Un monopole, mais quel monopole ?* La première remarque qui doit être faite est que, si pouvoir d'exclusion il y a, cela signifie, moyennant un changement de vocabulaire, que propriété et propriété intellectuelle se traduisent par un monopole. Pouvoir exclure, c'est en effet pouvoir rester seul, et ce qu'il s'agisse de segment de marché ou d'objet matériel.

Mais, dira-t-on, l'un et l'autre de ces monopoles ne sont pas du même ordre. Dans le possible contrôle d'un marché, une dimension *a priori* est étrangère à l'appropriation d'un objet. C'est vrai, sauf hypothèse où le contrôle de biens physiques confère par lui-même un pouvoir de marché. Ce que le droit de la concurrence a reconnu sous la qualification d'« installations » ou de « facilités essentielles », quand, par exemple, un opérateur détient des installations portuaires qui sont un passage obligé pour tout autre opérateur. Ce n'est pourtant pas si essentiel que cela, dès lors que l'on comprend, comme je l'ai déjà relevé<sup>32</sup>, que le second monopole en cause est un monopole juridique et pas un monopole économique. Un droit de propriété intellectuelle confère certes à son titulaire un « pouvoir de marché », au demeurant faible si le public ne trouve aucun intérêt à l'invention, au modèle, à l'œuvre... qu'on lui propose. Mais cela ne signifie pas qu'il puisse pour autant contrôler un marché ni même disposer sur celui-ci d'une position dominante, comme les autorités de la concurrence ne manquent pas de le rappeler<sup>33</sup>.

En revanche, la relation à la rareté des deux mécanismes (propriété corporelle et propriété incorporelle) mérite d'être considérée, ce qui est rarement fait par les juristes. Revenons à la littérature économique. Les économistes nous présentent unanimement la propriété comme un mode de gestion de la rareté ; si j'occupe un champ, mon voisin ne peut le faire, et inversement. Mais les propriétés intellectuelles viennent, elles, « saisir » des biens dont le caractère est d'être non rivaux et non exclusifs, et donc à la disposition de tous. Rappelons qu'un bien dit non rival est un bien dont l'utilisation par un agent économique ne retire aucune utilité, un bien qui peut également être utilisé par un autre agent ; qu'un bien dit non exclusif est un bien dont on ne peut exclure aucun utilisateur potentiel<sup>34</sup>. La rareté n'est pas au principe de la propriété intellectuelle.

<sup>32</sup> Voir *supra* note 17.

<sup>33</sup> Article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci [...] » Mais la Cour de justice juge sans ambiguïté que la détention d'un titre de propriété intellectuelle ne constitue pas en soi une position dominante (voir par exemple l'arrêt RTE et ITP, dit Magill : Cour de justice des Communautés européennes, 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P).

<sup>34</sup> Pour reprendre les exemples donnés par François Lévêque et Yann Menière, non-excluabilité : « un journaliste de presse ne peut éviter que l'information originale qu'il dévoile ne soit reprise par ses confrères » ; non-rivalité : « assister à la retransmission d'un match de football n'empêche pas d'autres spectateurs de consommer le même programme » (F. Lévêque et Y. Menière, *Economie de la propriété intellectuelle*, *op. cit.*, p. 7 et suiv.).

9. *Un instrument de gestion*. Cela étant, si l'on poursuit sur l'idée que la propriété est un mode de gestion d'une richesse, ce qui vaut aussi pour la propriété intellectuelle même si la nature du bien en cause est alors bien particulière, et si est (évidemment) sous-jacente l'idée d'exploitation optimale de cette richesse<sup>35</sup>, il faut certainement se demander ce que cela implique.

Exploiter donc, sans doute et incontestablement. L'idée selon laquelle, s'agissant du brevet, on attendait du breveté qu'il exploitât l'invention (obligation donc et non point seulement droit), déjà bien amoindrie au XIX<sup>e</sup> siècle, a toutefois disparu aujourd'hui dans sa signification initiale. Originellement, il était en effet attendu du brevet non seulement qu'il assurât la divulgation de l'invention (c'est et ce fut toujours une condition essentielle de brevetabilité), mais qu'il donnât lieu à un enrichissement de la société par la mise en œuvre effective de l'invention. A présent, avec l'« Accord relatif aux aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (ADPIC<sup>36</sup>), signé à Marrakech le 15 avril 1994, qui constitue une annexe à l'accord instituant l'OMC et qui est l'instrument majeur de la globalisation de la propriété intellectuelle, le titulaire d'un brevet peut se borner à importer les biens brevetés qu'il fabrique ailleurs. Importer est ainsi tenu pour équivalent à exploiter *proprio sensu*, si bien que le brevet n'a jamais justifié autant sa fonction d'instrument de contrôle d'un marché et de pur contrôle de celui-ci<sup>37</sup>.

Est-ce à dire que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle – brevet ou autre – pourrait n'exploiter d'aucune manière ce pourquoi il a obtenu un droit ? L'idée est chère aux titulaires de droits, qui font valoir qu'un propriétaire n'est pas tenu d'exploiter sa propriété<sup>38</sup>. Le paysage législatif est toutefois plus nuancé. Le brevet non exploité peut faire l'objet de licences autoritaires<sup>39</sup>. La marque, non exploitée pendant cinq ans, peut être frappée de déchéance. On imagine mal, en revanche, d'obliger celui qui a écrit un roman ou une musique à exploiter l'un ou l'autre !

Au-delà de la casuistique, il me semble toutefois difficile de penser un droit sans lui reconnaître une finalité, aussi délicat soit l'exercice. Il y a bien sûr toujours les tenants de la thèse des droits « égoïstes ». Mais, comme je l'ai déjà relevé, même le droit de propriété le plus classique, droit spécialement fort, droit emblématique, droit souvent présenté comme absolu, en vérité ne l'est pas<sup>40</sup>. Retour fait à la propriété intellectuelle, l'existence de licences autoritaires en matière de brevets dont j'ai fait état montre bien qu'au moins sur le papier le breveté n'est pas libre de sa politique.

Ainsi, le brevet peut faire l'objet d'une licence obligatoire (judiciaire) si le breveté « n'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français<sup>41</sup> ». Ainsi encore le brevet peut faire l'objet d'une licence d'office (administrative) « si l'intérêt de la santé publique l'exige », notamment lorsque les médicaments brevetés « sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque le brevet est exploité dans des

<sup>35</sup> Exploitation optimale non pas simplement bien sûr d'un simple point de vue égoïste. Dans la conception libérale – dans le dogme libéral ? – de la propriété, la propriété est le mode optimal de gestion de la richesse dans l'intérêt même du plus grand nombre. Dans le domaine de l'immatériel qui nous occupe ici, on sait que c'est cela qui a donné lieu à la revivification de la théorie de la « tragédie des *commons* », selon laquelle une exploitation en commun de biens à la disposition de tous ou au moins d'une collectivité se traduit par une surexploitation irrationnelle qui se fait au détriment de tous. Avant qu'on imagine une « tragédie des anti-*commons* ».

<sup>36</sup> Ou TRIPS, selon l'acronyme anglais qui est peut-être plus familier au lecteur.

<sup>37</sup> Après que, dans un premier temps, le défaut d'exploitation fut sanctionné par la déchéance du titre, la solution adoptée au XIX<sup>e</sup> siècle consista en pareil cas à permettre à un tiers d'obtenir une licence autoritaire (c'est-à-dire contre la volonté même du breveté). L'article 27 de l'accord dispose, lui, qu'« il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale ».

<sup>38</sup> Avant qu'ils ne soient abrogés par une loi de 1993, les articles 39 à 40 II du Code rural prévoyaient pourtant la mise en culture forcée des terres laissées incultes. Ce qui n'est pas sans évoquer le brevet inexploité.

<sup>39</sup> Mais, il faut le dire, jamais sollicitées.

<sup>40</sup> Je renvoie à nouveau au très intéressant ouvrage de Judith Rochfel (*Les Grandes Notions du droit privé, op. cit.*).

<sup>41</sup> Article L. 613-11 du code de la propriété intellectuelle.

conditions contraires à l'intérêt de la santé publique<sup>42</sup> ». Cela dit, pour moi, ce sont les droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble qui doivent être pensés en contemplation de leurs finalités dès l'instant où le droit comme système doit être pensé pour ce qu'il est, à savoir un outil de régulation sociale visant à organiser les rapports entre les humains<sup>43</sup>. Une précision s'impose toutefois : il ne s'agit pas d'affirmer que les droits, de propriété intellectuelle ou autres, répondraient à telle ou telle finalité qui relèverait de je-ne-sais quelle essence<sup>44</sup>, mais de s'interroger sur les finalités que nous jugeons devoir assigner à ces droits et sur quoi nous pourrions les construire de manière cohérente. Vaste programme...

10. *Des déclinaisons antithétiques.* Si la question de la mesure du pouvoir reconnu à un titulaire de droits de propriété intellectuelle doit légitimement se poser, si elle doit même, selon moi, structurer une réflexion sur ces droits, il n'en reste pas moins que le titulaire de tels droits dispose d'un pouvoir dont il pourra largement user à sa discrétion, et user aussi bien dans le droit fil des usages attendus que de manière tout à fait inattendue. C'est ce que vérifie l'observation de la pratique, pour ne pas dire que c'est l'observation de la pratique qui a conduit à une réflexion sortant des visions canoniques. Le mouvement du *copyleft*, sur lequel je reviendrai, est même très largement un produit de la pratique<sup>45</sup>. Ce sont donc bel et bien des pratiques nouvelles, et contrastées, que l'on peut enregistrer, porteuses d'enjeux nouveaux.

Schématiquement, à l'« exclusion-récompense » (puisque c'est d'un pouvoir d'exclure qu'il est question dans ces lignes) viennent se surajouter ce que j'appelle une exclusion « de fermeture » et une exclusion que l'on peut paradoxalement dire « d'ouverture ».

Exclusion-récompense : c'est, à tort ou à raison, le schéma qui traverse toute la propriété intellectuelle<sup>46</sup>, à condition toutefois, quant au vocabulaire, de s'entendre pour dire qu'il ne s'agit pas de récompense au sens où un droit de propriété intellectuelle serait offert comme le serait un prix de type prix Nobel ou médailles du CNRS. L'idée est que celui qui crée, imagine, invente... enrichit, ce faisant, la société, en contrepartie de quoi celle-ci lui attribue ces droits de propriété intellectuelle qui lui permettront (peut-être) de s'enrichir<sup>47</sup>, et en tout cas assureront sa reconnaissance. S'il y a fort longtemps que les juristes ont abandonné l'idée de contrat pour qualifier ce jeu (il n'y a pas, *techniquement parlant*, de contrat), celle de « contrat social » peut de manière symbolique rendre compte de ce donnant-donnant.

Cette idée, qui postule un certain équilibre, est cependant totalement absente de ce que j'ai appelé l'exclusion de fermeture, qui correspond à un usage des droits de propriété intellectuelle purement défensif, quand la défense ne se mue pas en attaque. C'est bien davantage, en revanche, que ce simple donnant-donnant que recherche ce que j'ai appelé l'exclusion d'ouverture, au point que l'on a même parlé d'inclusion.

<sup>42</sup> Article L. 113-16 CPI. Il s'agit simplement d'exemples. D'autres pourraient être fournis.

<sup>43</sup> Voir, défendant cette thèse, M. Vivant, « Intellectual Property Rights and their Functions: Determining their Legitimate "Enclosure" », *Kritika*, vol. 2, 2017, p. 44.

<sup>44</sup> Je rejoins ici Felix Cohen dénonçant une vision magique de l'approche fonctionnelle et affirmant que nous devons redéfinir « the concepts of abstract thought as constructs » (« Transcendental Nonsense and the Functional Approach », *Colum. L. Rev.*, 35, 1935, p. 811).

<sup>45</sup> Même s'il a été porté par des réflexions théoriques au premier rang desquelles, très emblématiquement, celles de Lawrence Lessig.

<sup>46</sup> Peut-être réserve faite, une fois encore, de la conception la plus traditionaliste et la plus dogmatique du droit d'auteur « à la française » selon laquelle ce droit est dû à l'auteur de par sa qualité même qui le met à part du commun des mortels (voir *supra* section 4 et la note 21). Encore est-il que l'idée d'une récompense répondant aux mérites de l'auteur n'est pas absente de cette vision des choses. Il y aurait aussi des observations particulières à faire sur les droits voisins attribués à des investisseurs qui ne créent rien (voir *infra* section 14). On pourra toujours dire que c'est grâce à leurs investissements que la création faite par d'autres atteint le public.

<sup>47</sup> Voir *supra* section 6.

11. *Exclure pour fermer*. Exclure, évidemment c'est interdire à l'autre, aux autres de tirer profit de l'œuvre produite, de l'invention faite, du signe imaginé... Je ne reviendrai pas sur la question de la légitimité (ou de l'illégitimité) d'un tel pouvoir<sup>48</sup>. Je me bornerai à noter qu'analysée sans passion, l'action en contrefaçon n'est rien d'autre qu'une action tendant à faire cesser l'emprise induite d'un tiers sur le « territoire virtuel » réservé au titulaire de droits<sup>49</sup>.

Cela dit, l'existence de droits monopolistiques et d'une telle action pour les défendre fait aussi que la propriété intellectuelle offre la possibilité, au-delà de cette « exclusion réservation », de « geler » la création elle-même : l'invention brevetée ne sera pas exploitée, l'œuvre ne sera pas mise à disposition du public, cette œuvre bien spéciale qu'est le logiciel pas davantage, etc. Avec la reconnaissance d'un droit sur le contenu des bases de données<sup>50</sup>, il est même permis de se demander si le droit ne pourrait pas « immobiliser » l'information elle-même<sup>51</sup>, alors que, pour le droit, « les idées sont de libre parcours » et jamais appréhendées comme telles, le droit de brevet saisissant l'application technique d'une idée, le droit d'auteur la forme dans laquelle celle-ci s'exprime... La politique de propriété intellectuelle d'une entreprise devient de plus en plus une politique où l'acquisition de droits est pensée pour pouvoir être en position forte de négociation (ce qui est tout à fait légitime) ou pour pouvoir se livrer à des pratiques d'intimidation (ce qui l'est moins !). Avec ce curieux paradoxe que le brevet, par exemple, qui n'est plus utilisé pour protéger une exploitation, est purement et simplement conçu alors pour la mise en place de ce que l'on pourrait appeler des péages – ce que j'ai qualifié d'« embastillage cognitif<sup>52</sup> » et qui nous éloigne nettement du schéma libéral pourtant consubstantiel au mécanisme de la propriété intellectuelle<sup>53</sup> et nous fait basculer vers quelque chose qui tient de l'économie féodale<sup>54</sup>. Les pratiques des *patent trolls*, du *patent ambush*, des *trademark ambush*, de l'*evergreening*... n'ont pas d'autres fins<sup>55</sup>.

Cela étant, tout n'est pas permis à un titulaire de droits de propriété intellectuelle. L'ordre juridique recèle des moyens de combattre de telles pratiques. A dire vrai plus ou moins efficaces. On peut ainsi songer à faire jouer la théorie de l'abus de droit traditionnellement fondée sur l'article 1382 du Code civil

<sup>48</sup> Voir *ibid.*

<sup>49</sup> Il me paraît juste de ramener celle-ci à cette simple figure tant est forte la présentation faite de l'action en contrefaçon comme action destinée à faire triompher le bon droit, comme dans un western manichéen de la grande époque. L'action tend bien à faire respecter un droit violé mais, techniquement, elle est d'abord une action en cessation du comportement qualifié de contrefaisant. Il n'est pas nécessaire de mobiliser les mânes de John Wayne.

<sup>50</sup> Directive n° 96/9/CE du 11 mars 1996 « concernant la protection juridique des bases de données » ; et, pour la France, article L. 341 s. du code de la propriété intellectuelle.

<sup>51</sup> Sur une telle interrogation, voir M. Vivant, « An 2000 : l'information appropriée ? », *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, p. 651.

<sup>52</sup> M. Vivant, « De la diffusion du "génie" à l'embastillage cognitif. Ou sur un usage nouveau de la propriété intellectuelle », dans E. Le Dolle (dir.), *Les Concepts émergents en droit des affaires*, Paris, LGDJ, 2010, p. 207.

<sup>53</sup> Voir *supra* 4.

<sup>54</sup> Voir M. Vivant, « De la diffusion du "génie" à l'embastillage cognitif... », art. cité. Voir aussi P. Drahos, « Information Feudalism in the Information Society », *The Information Society*, 11 (3), 1995, p. 209. Dans l'article sur « l'embastillage cognitif », j'écrivais : « Enceinte : la propriété intellectuelle, telle qu'aujourd'hui elle est pratiquée mais aussi pensée, sert à élever toutes sortes de murailles qui multiplient réservations et pouvoirs d'interdire là où traditionnellement le passage eût été libre. Embuscade : à l'abri de ces enceintes, il ne reste plus précisément qu'à barrer ce passage ou, plus exactement, à faire peser la menace d'une action en ce sens pour obtenir paiement contre la promesse de n'en rien faire. »

<sup>55</sup> On parlera de *patent trolls* ou, de manière plus neutre, de *non practicing entities* à propos d'entreprises qui n'ont pas d'activité de recherche mais acquièrent des brevets déposés par des tiers pour mener, quand il s'agit de *trolls*, des politiques d'intimidation ou, plus brutalement dit, de chantage. Le *patent ambush* consiste précisément à se tenir en embuscade pour menacer, à juste titre ou non, un acteur économique de poursuites. Cette pratique peut être spécialement efficace quand le ou les brevets invocables ont été inclus dans une norme technique sans que le titulaire des droits se soit dévoilé (voir ci-après les développements consacrés aux licences FRAND imaginées pour répondre à de tels abus). Le *trademark ambush* désigne le comportement parallèle pouvant exister en matière de marques. Par exemple, à l'approche d'une manifestation sportive, une entreprise va enregistrer toutes sortes de marques de nature à lui permettre de verrouiller le marché de l'évènement et, bien sûr, de monnayer les autorisations qui pourraient lui être réclamées. L'*evergreening* est la pratique d'un breveté qui cherche à étendre la durée de protection de ses titres en multipliant, en fin de vie du brevet initial puis des brevets subséquents, les dépôts de brevets connexes, parfois de manière justifiée (il y a bien une invention nouvelle), souvent de manière artificielle, où c'est alors surtout la rédaction du brevet qui s'avère inventive !

(aujourd'hui renuméroté en article 1240), siège premier de la responsabilité civile pour faute, qui, de fait, n'est pas sans application<sup>56</sup>, mais que les juges répugnent toutefois à faire jouer car il n'est pas facile de démontrer, dans une situation concrète, qu'un droit a été détourné de son usage légitime.

Le recours au droit de la concurrence reçoit davantage application et a même parfois permis d'aller très loin, comme dans l'affaire Magill déjà citée, où la Commission européenne puis la Cour de justice, après avoir statué qu'un titulaire de droits (il s'agissait en l'occurrence de copyright) pouvait toujours refuser de consentir une licence à un tiers, allaient enjoindre des chaînes de télévision qui refusaient de faire connaître leurs grilles de programmes à un opérateur désireux de créer une revue de télévision de livrer l'information, en jugeant abusive la rétention faite<sup>57</sup>. Il y aurait beaucoup à dire à ce propos, à commencer par l'articulation entre ces deux droits, celui de la propriété intellectuelle et celui de la concurrence, sur laquelle il a été beaucoup écrit. Je me bornerai à observer que si l'instrument du droit de la concurrence est effectivement utilisé, le fait d'en user cantonne le débat au terrain économique. La mise en avant des finalités sociales qui peuvent être celles des différents droits de la propriété intellectuelle est d'une autre richesse, car il s'agit alors de se demander pour quoi (en deux mots) tel ou tel droit est reconnu, et par voie de conséquence quelles limites on juge bon de lui assigner : brevet et santé, droit d'auteur et liberté d'expression<sup>58</sup>... Cela suppose néanmoins de ne pas avoir une vision purement formaliste de ces droits, ce qui est loin d'être acquis en France où la notion de « balance des intérêts<sup>59</sup> », parfaitement admise dans le monde anglo-saxon, en Allemagne, en Belgique et dans les pays nordiques, a du mal à s'acclimater<sup>60</sup>.

Balance entre les intérêts des diverses « parties prenantes » : il faut encore observer – et voilà qui est très intéressant selon moi – qu'un tel usage des droits de propriété intellectuelle, des droits transformés en forteresse selon la logique « enceinte et embuscade » décrite plus haut, peut aller à l'encontre même des intérêts des acteurs du marché, non titulaires mais aussi titulaires de droits. L'existence de « maquis » ou de « buissons » de brevets crée, en effet, des situations de blocage dirimantes dès lors que le nombre des brevets impliqués dans un seul et même objet peut être considérable de telle sorte qu'il soit quasiment impossible d'obtenir toutes les autorisations nécessaires. Selon la Commission européenne, il faut compter quelques centaines de milliers de brevets pour un seul téléphone portable !

Il aurait été possible de se satisfaire (mal gré plutôt que bon gré) de la situation. Dans la perspective d'une normalisation rendue nécessaire par la recherche d'interconnexion dans les domaines de haute technologie, la pratique conçut des licences FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*)<sup>61</sup>. Tendait à permettre la normalisation tout en laissant le breveté tirer profit de l'innovation qui fut la sienne,

<sup>56</sup> Et ce dans toutes les branches de la propriété intellectuelle. Citons en illustration C. Caron, « Abus de droit et droit d'auteur », *RIDA*, 176, 1998, p. 3. Ou A. Léonard, « L'abus de droit dans le contentieux des brevets », *Propriété industrielle*, 1, janvier 2017, qui observe : « Premièrement, il a été considéré comme abusif d'introduire une action lorsque le titulaire du brevet savait ou, compte tenu des circonstances de l'affaire, aurait dû savoir que son brevet était soit invalide soit qu'il n'y avait pas d'acte de contrefaçon reprochable au défendeur. Deuxièmement, il a été jugé abusif d'introduire une action ainsi que de demander des mesures d'interdiction provisoires lorsque le titulaire du brevet agissait avec une intention de nuire [...] Troisièmement, la faute constitutive d'un abus a pu se matérialiser par des actes de concurrence déloyale [comme des actes de dénigrement]. Enfin, il a été considéré abusif de recourir aux moyens de mise en œuvre du droit des brevets, tels que l'action en contrefaçon ou la saisie-contrefaçon, lorsque ceux-ci étaient utilisés pour des objectifs autres que ceux prévus par le législateur. »

<sup>57</sup> CJCE, 6 avril 1995, aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P – affaire précitée à la section 8.

<sup>58</sup> Sur une telle problématique, voir C. Geiger, « La fonction sociale des droits : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de propriété intellectuelle », dans M. Vivant (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle* [cycle de conférences Sciences Po – Cour de cassation], Paris, LGDJ, 2014, p. 79 ; « De la propriété intellectuelle dans l'ordre des droits fondamentaux », dans M. Vivant (dir.), *Les Grands Arrêts de la propriété intellectuelle*, op. cit., comm. 3.

<sup>59</sup> Balance entre les intérêts des diverses parties prenantes. Voir par exemple *Interessenausgleich im Urheberrecht* (La balance des intérêts en droit d'auteur), séminaire du Max Planck Institute, Berlin, novembre 2004, actes publiés en 2006.

<sup>60</sup> Il est significatif que, lorsque la Cour de cassation française s'y essaie dans son arrêt Klases de 2015 (1<sup>re</sup> chambre civile, 15 mai 2015), elle est quasi unanimement critiquée. Prendre la défense de cette démarche relève alors de la provocation (M. Vivant, « La balance des intérêts... enfin », *Communication Commerce électronique*, 10, octobre 2015)... mais il faut parfois provoquer.

<sup>61</sup> RAND aux Etats-Unis. Mais sans que la disparition du *fair* ait une quelconque incidence sur les analyses à mener.

le mécanisme imaginé suppose une déclaration auprès de l'organisme de normalisation des brevets dits essentiels sans lesquels la norme ne pourrait être mise en œuvre. Suivant le mécanisme le plus connu qui est celui l'ETSI (European Telecommunications Standards Institute), que l'on prendra en exemple, le directeur général de l'ETSI doit alors immédiatement demander à celui qui a déclaré un tel brevet « de fournir sous trois mois un engagement écrit selon lequel il est disposé à concéder des licences irrévocables sur [ses droits] selon des termes et conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ». Le mécanisme est d'une redoutable complexité. Mais il est aussi d'une remarquable intelligence car, à dépasser les simples interrogations de pure technique juridique, il faut prendre garde à l'économie qui est la sienne : les titulaires de brevets choisissent eux-mêmes d'abdiquer certaines de leurs prérogatives afin de ne pas entraver le phénomène de l'innovation, celle des tiers tout autant que la leur, puisque tous sont pris au même piège. Il y a là un vrai jeu dialectique : limiter le jeu du brevet pour lui conserver son effet utile.

12. *Exclure pour « ouvrir »*. Ce n'est plus de dialectique mais de franc paradoxe qu'il s'agit quand les titulaires de droits – de droits qui permettent d'exclure – se servent de ces instruments que leur offre le système juridique dans une tout autre fin, au point que l'on a pu parler d'« inclusion<sup>62</sup> ». On ne peut mieux dire que Séverine Dusollier, parlant à propos des Creative Commons des « outils du maître à l'assaut de la maison du maître<sup>63</sup> ».

Il ne s'agit pas, en effet, pour un potentiel titulaire de droits, d'abandonner au domaine public le fruit de sa création, comme le firent dans le passé des biologistes français à propos de séquençages de génome au statut juridique incertain, précisément pour s'assurer que le résultat de leur recherche puisse être à la disposition de tous, qu'on jugeât ou non celui-ci brevetable. Il s'agit de permettre à des tiers d'accéder à une création de l'esprit, initialement des logiciels, par la suite toutes sortes d'œuvres et enfin des inventions brevetées, par la voie d'une licence (voie classique), mais d'une licence obligeant son bénéficiaire à mettre à son tour à la disposition de tiers le fruit des œuvres dérivées ou des inventions dépendantes qu'il pourrait faire aux mêmes conditions d'ouverture qui lui ont été imposées (voie tout sauf classique). Les formes juridiques empruntées par ces diverses licences sont sensiblement différentes et donnent lieu à de curieuses querelles de chapelles : *free software*, *open source*, Creative Commons<sup>64</sup>... Leur objet même n'est pas toujours parfaitement clair, et il n'est pas certain que ceux qui parlent d'*open patenting* évoquent la même chose que ceux qui parlent d'*open source* pour les logiciels sous droit d'auteur. Mais, à la vérité, le vocabulaire n'est pas si important que cela. C'est l'économie du contrat qui importe : que prévoit-elle ? Qu'implique-t-elle ?

A cet égard, on aura noté qu'un trait majeur de ces constructions, consubstantiel même à celles-ci, est ce qu'on a appelé leur caractère viral : les obligations imposées au premier licencié doivent être imposées par lui au deuxième, puis par le deuxième au troisième, etc. Ce qui constitue un beau paradoxe, puisqu'il s'agit par-là d'instaurer une sorte de « liberté obligée ». Entrer dans le système, c'est accepter de se voir imposer la liberté imaginée par celui qui a impulsé le mouvement ! Est-il juste alors de parler d'inclusivité ? Il est sans doute trop tôt pour en juger, même si les *commons* ont le vent en poupe.

En revanche, il est d'ores et déjà certain qu'à travers cet usage renouvelé de la propriété (si l'on reste fidèle à ce mot), c'est aussi une image renouvelée de celle-ci qui se fait jour, moins celle d'une propriété qui ne serait pas un absolu (on a dit ce qu'il fallait penser de ce totem), mais davantage celle d'une propriété qui pourrait s'exprimer à travers des prérogatives éclatées, renouant peut-être avec des figures oubliées de la

<sup>62</sup> C'est sur ce thème de « l'inclusivité » que travaille aujourd'hui à Sciences Po Séverine Dusollier.

<sup>63</sup> S. Dusollier, « Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître », *Propriétés intellectuelles*, 18, janvier 2006, p. 10.

<sup>64</sup> On citera ici deux références majeures sur le sujet qui sont l'ouvrage (repris de sa thèse) de Mélanie Clément-Fontaine, *L'Œuvre libre*, Bruxelles, Larcier, 2014, plus théorique, et l'ouvrage de Benjamin Jean, *Option libre. Du bon usage des licences libres*, Framabook, 2012, publié sous licence libre et disponible en ligne (<https://framabook.org>), plus pratique.

propriété<sup>65</sup>, revisités bien sûr. Au fond, examiner la propriété intellectuelle avec un peu de recul critique, c'est entrer dans l'histoire d'une maîtrise (et l'on prendra le mot histoire dans le sens qu'on voudra). Cela conduit tout naturellement à considérer à quels objets peut s'appliquer cette maîtrise.

## PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET NOUVEAUX OBJETS

13. *Des objets toujours renouvelés.* Par hypothèse, le droit de la propriété intellectuelle – droit de la création, droit de l'innovation – s'applique toujours à de nouveaux objets : le droit d'auteur s'appliquera à une œuvre littéraire ou musicale, œuvres qui par leur nature sont des œuvres que l'humanité connaît depuis ses origines, mais c'est à une œuvre donnée nouvelle que concrètement il s'appliquera<sup>66</sup> ; le brevet s'appliquera à une arme, ce qui n'est pas chose nouvelle dans l'histoire humaine, mais c'est une arme nouvelle qui sera brevetée, etc<sup>67</sup>. Toutefois, ce n'est pas cela que j'entends souligner ici.

C'est davantage, en lien avec notre propos présent, le fait que la propriété intellectuelle est sollicitée pour s'appliquer à des objets qu'elle n'accueillait pas traditionnellement (elle les ignorait) ou auxquels elle n'était pas confrontée... pour la bonne raison que ces objets n'existaient pas jusque-là (elle ne pouvait les connaître). Ainsi, il peut s'agir de « vieux nouveaux objets », comme, par exemple, les savoirs traditionnels, dont la question de la protection revient de manière récurrente sur le devant de la scène sans jamais avoir été réglée. Mais il peut s'agir aussi d'objets vraiment nouveaux, tels ceux apparus avec les « biotech » et le numérique : séquences génétiques, logiciels, algorithmes... L'intelligence artificielle vient encore aujourd'hui bousculer le paysage connu. Or la propriété intellectuelle a été pensée dans un contexte historique, socio-économique, culturel, donné<sup>68</sup>. On ne peut l'ignorer, même et peut-être plus encore en présence de la démarche d'essentialisation, déjà évoquée, trop souvent chère aux juristes (comme par exemple ce droit d'auteur pensé selon les canons de l'esthétique du XIX<sup>e</sup> siècle)<sup>69</sup>.

Si donc, au-delà de toute possible querelle idéologique et/ou langagière, on admet que la propriété intellectuelle assure une maîtrise sur un objet, il faut dépasser le confort du mot. Dans un contexte neuf, en présence de créations, d'innovations qui n'étaient pas dans le champ traditionnel de celle-ci, on ne saurait échapper à certaines questions. Si maîtrise il y a, il y a un maître. Mais à qui veut-on reconnaître des droits ? Déjà, la réponse n'est pas la même s'agissant de droit d'auteur, de modèle ou de brevet. Quant au mot même de maîtrise, qui implique la reconnaissance de prérogatives sur l'objet, il appelle une définition de contenu. Et, là aussi, il est déjà vrai que les différents droits que nous connaissons ne confèrent pas à leurs titulaires des droits semblables.

Deux questions se dégagent ainsi : quel maître pour ces nouveaux objets ? Quelle maîtrise pour ces nouveaux objets ? Questions que l'on pourrait exprimer en termes plus formels en parlant de propriété : une propriété pour qui ? Une propriété de quelle teneur ?

<sup>65</sup> Sur la diversité des modèles propriétaires, et notamment le fait que la propriété peut se penser en strates de droit, ressuscitant en des formes nouvelles de vieux schémas oubliés, on pourra utilement se reporter à M. Xifaras, *La Propriété. Etude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004.

<sup>66</sup> Même si le juriste doit s'interdire de parler de nouveauté en matière de droit d'auteur, puisque le critère de « protégeabilité » réside en la matière dans l'originalité de l'œuvre.

<sup>67</sup> Cela même si l'objet intellectuel du droit, œuvre, invention, signe... reste dans son principe le même – encore que la permanence ne soit pas parfaite et que la définition de ces objets puisse varier avec le temps. L'œuvre d'art contemporain n'est pas pensée comme celle de l'art moderne ni celle de l'art moderne comme celle de l'art « classique », et si les catégories du droit ne sont pas celles de l'art (l'« œuvre de l'esprit » n'est pas l'œuvre d'art), il serait bien étonnant que les dernières ne retentissent pas sur les premières.

<sup>68</sup> Même s'il est des précédents, en simplifiant le XVIII<sup>e</sup> siècle dans le triangle Angleterre – Etats-Unis – France.

<sup>69</sup> Voir *supra* section 1.

14. *Quel maître ?* La question se pose en ces termes parce que la propriété intellectuelle renvoie à la figure du créateur, même s'il est vrai que les droits ne lui reviennent pas nécessairement.

Dans la propriété intellectuelle traditionnelle, il n'en va autrement que pour les marques, souvent considérées d'ailleurs avec une certaine condescendance<sup>70</sup>. Je ne crois pas que l'idée de création soit absente du droit des marques, ne serait-ce que parce que la marque doit se démarquer du produit ou du service qu'elle identifie, que le signe doit être un signe « de fantaisie », comme le disent certaines décisions de justice. Mais il est vrai qu'il ne s'agit pas de « récompenser » un créateur, ni même de reconnaître un droit parce qu'il y a eu création, tout le droit de marque étant tourné vers l'idée d'organisation d'un marché. Qu'en est-il alors en présence de ces « nouveaux objets » qui nous occupent présentement ?

La figure du créateur (de créateurs bien souvent) est toujours reconnaissable chez l'auteur d'un logiciel, le concepteur d'un modèle, ou chez celui qui a modifié une séquence génétique pour lui faire produire un résultat donné<sup>71</sup>. Mais c'est de plus en plus l'investisseur qui se voit reconnaître des droits de propriété intellectuelle. Vieux d'à peine un peu plus de trente ans, les droits voisins, quand il s'agit des droits de ceux que l'on nomme auxiliaires de création (producteurs de « phonogrammes », producteurs de « vidéogrammes »...) <sup>72</sup>, viennent protéger un investissement. Plus jeune encore, le droit *sui generis* (c'est ainsi que le qualifie la Commission européenne) reconnu aux producteurs de bases de données (*makers* en anglais) <sup>73</sup> fait de même. Le paradigme n'est manifestement plus celui de la propriété intellectuelle traditionnelle. Mais, s'appuyant sur un discours rationalisant, les lobbies ont su se faire entendre.

En revanche, quand il s'agit de savoir-faire traditionnels ou de créations collectives littéraires ou artistiques qui « sourdent » d'un groupe que l'on ne peut identifier par les individus qui le composent, quand donc la création ne répond pas au schéma convenu de l'artiste ou de l'inventeur qui crée grâce à ses talents propres, le droit ne sait pas répondre. A qui « appartient » la littérature peule ou la peinture navajo ? Et d'abord faut-il qu'elle appartienne à quelqu'un ? Il n'est pas étonnant que l'on n'ait jamais abouti à un instrument juridique satisfaisant en essayant de démarquer un « modèle » radicalement étranger à l'objet que l'on prétend appréhender<sup>74</sup>. Preuve de la dimension culturelle de ces questions : il est intéressant de rapprocher la question du statut des terres (propriété ou non-propriété corporelle) que l'on rencontre, par exemple, dans certaines sociétés subsahariennes (la terre appartient aux ancêtres, c'est-à-dire à personne) de celle du statut de la transmission orale, ce qui n'exclut pas la possibilité de modes de « réservation », comme lorsque la récitation de tel ou tel récit est réservée dans l'Ouest africain aux griots – donc selon un schéma particulier qui n'est pas celui de la propriété intellectuelle.

Prétendre acculturer la question en parlant, en termes occidentaux, de domaine public ne permet pas de l'aborder de manière satisfaisante s'il n'existe pas de règles tendant à la défense de ce domaine public. Et que dire de l'appréhension par le droit de l'intelligence artificielle ? La question n'est pas absolument neuve, mais fortement renouvelée par l'apparition des algorithmes dits intelligents. Ceux-ci ne devraient pas bousculer le droit des brevets dès lors que l'invention peut en droit procéder du hasard – et pourquoi

<sup>70</sup> Notamment précisément parce que le « créateur » de marque ne serait pas fondé à revendiquer ce titre : *La vache qui rit* n'est pas *La Recherche*...

<sup>71</sup> C'est la question même de l'existence d'une création qui pourrait faire problème. Car, si j'ai retenu les termes de créateur et de création comme étant les plus « compréhensifs », on pourra se demander s'il y a création, non pas dans une hypothèse de manipulation génétique comme celle envisagée au texte (pour employer un vocabulaire journalistique), mais dans le cas où un gène est simplement isolé, avec identification cependant de sa fonction comme cela est requis en Europe.

<sup>72</sup> Article L. 211-1 s. du code de la propriété intellectuelle. Par opposition aux autres droits voisins que sont ceux reconnus aux artistes-interprètes qui, eux, participent à la création.

<sup>73</sup> Directive n° 96/9/CE du 11 mars 1996 précitée ; et, pour la France, article L. 341 s. du code de la propriété intellectuelle.

<sup>74</sup> Nombreux sont les travaux qui ont été entrepris, notamment sous l'égide de l'OMPI, mais sans jamais aboutir.

pas ? – d’une machine. Mais quand le droit d’auteur s’applique à une œuvre qualifiée d’originale<sup>75</sup> que l’on rapporte à un auteur, va-t-on pouvoir dire que l’algorithme, même capable d’apprentissage, est à même de « créer » comme un être humain, avec ce que cela implique quant au statut anthropologique de cet être humain ? Et à qui devraient être reconnus ces hypothétiques droits ? Rien, à l’évidence, ne saurait s’imposer par l’effet d’un raisonnement mécanique.

15. *Quelle maîtrise ?* Que veut-on ? Quelle « non-maîtrise » ? Quelle défense ? Quelle maîtrise ?

Les choix à faire ici sont clairement – et légitimement – idéologiques. Il ne faut pas s’en cacher. Mais il faut faire attention aussi à ce que véhiculent les mots, à l’insu, parfois, de ceux qui les utilisent sans bien les maîtriser. Quand on envisage, par exemple, une propriété des données personnelles, a-t-on bien présent à l’esprit que le schéma propriétaire est traversé par l’idée de libre-disposition, c’est-à-dire de possible abdication de ce droit ? Que cela signifierait donc que le « propriétaire » de ces données pourraient les « vendre » et en perdre ainsi tout contrôle, au rebours de ce que recherchent ceux qui avancent avec légèreté cette idée de propriété des données personnelles.

Sans doute les choses ne sont-elles pas aussi simples. L’affirmation ici énoncée est peut-être trop générale. En tout cas, cette question fut vivement débattue tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle à propos du droit d’auteur, alors que, dans l’univers du copyright, cette libre cessibilité n’a jamais été discutée. Mais la question n’est évidemment pas de savoir si l’on veut suivre le « modèle » du droit d’auteur ou le « modèle » du copyright. Elle est de savoir ce que nous voulons mettre en place<sup>76</sup>. Même chose quant à la limitation dans le temps des propriétés intellectuelles, qui n’est pas conforme à l’idée reçue d’une propriété *ad vitam aeternam*<sup>77</sup>. Mais, là encore, la question est de savoir ce que l’on veut. Est-il bien sage qu’un droit d’auteur aujourd’hui perdure en Europe ou aux Etats-Unis, version copyright, soixante-dix ans après le décès de l’auteur ?

Il faut prendre garde à l’inadaptation de l’outil, fût-ce par hypertélie. Spécialement quand la pratique dominante actuelle est celle de la fuite en avant. En présence d’objets numériques (logiciels ou bases de données, au premier chef) ou numérisés (de la photo au texte), transformables à l’infini, fuyants, ignorant via le Net les frontières à l’abri desquelles se construit le droit, quand on peut parler de la fin... de l’*end user*, lorsque chacun peut intervenir sur ce à quoi (musique, image, texte...) il a accédé à travers les réseaux<sup>78</sup>, lorsque l’impression 3D permet de fabriquer à domicile un objet breveté ou sous droit d’auteur, lorsque les algorithmes deviennent « intelligents » et qu’à tout le moins ils se révèlent capables de créer ou de créer à la manière d’un humain (de fabriquer ?)<sup>79</sup>, il me paraît bien certain qu’il ne peut plus être question d’appliquer simplement des règles pensées dans un tout autre contexte, mais qu’il est impératif de nous interroger sur ce que doit être un droit adapté à de nouveaux objets, et au-delà à de nouveaux défis.

Bien sûr, il ne peut pas s’agir que de volontarisme. Dans la cité idéale, tout cela devrait être débattu sur la place publique. Dans la vie réelle, si la place publique s’empare de ces questions, il y a fort à craindre que, comme trop souvent, les slogans l’emportent sur la raison. Pro : discours « économicistes » des lobbies ; hostiles : « la propriété intellectuelle, c’est le vol ».

<sup>75</sup> Quelle que soit la polysémie du terme originalité, qui donne lieu en tous pays à une littérature abondante.

<sup>76</sup> M. Vivant, « Copyright - Droit d’auteur : le défi est ailleurs », conférence du 7 février 2018 à la journée organisée par l’Université Paris-Descartes sur le thème « La réforme du droit d’auteur en Europe à l’aune du copyright : regards croisés », à paraître dans la revue *Entertainment* (Bruylant).

<sup>77</sup> Ce qui est aussi, il faut le reconnaître, une présentation très simplificatrice des choses – sans évoquer les thèses qui veulent que la propriété soit attachée à la personne du propriétaire et marquée par la même finitude que lui.

<sup>78</sup> Voir M. Vivant, « Un défi pour la propriété intellectuelle : la métamorphose de l’*end user*. Téléchargement, impression 3D et mondes virtuels », *Hommage à Bernard Remiche*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 509-522.

<sup>79</sup> Voir *supra* section 14.

16. *En guise de conclusion.* Peut-on conclure ? De ce qui a été exposé, on peut au moins retenir deux ou trois points forts... bien qu'à tout prendre peu originaux. Retenir que, si la propriété intellectuelle s'applique aux produits de la pensée humaine, elle est elle-même, comme tout le droit, un produit de cette pensée, un artefact social ; que sa naissance est marquée par un environnement culturel, philosophique, économique... donné et qu'il serait donc absurde de l'essentialiser ; que, dans un autre environnement marqué par – si l'on ose dire – de « nouvelles innovations », et par une globalisation qui oblige à penser ce global<sup>80</sup>, il est impératif qu'elle soit repensée en dépit de toutes les « pesanteurs sociologiques ». Pour le reste, il appartient aux juristes spécialistes de ce droit de l'innovation qu'est le droit de la propriété intellectuelle d'être innovants, mais si le droit est en son entier profondément politique, il leur appartient aussi de donner à leur réflexion la dimension politique qu'elle doit avoir<sup>81</sup> (on ne « protège » pas pour « protéger »). C'est-à-dire de la mener non pas d'un simple point de vue technique mais en la partageant avec tous les citoyens, puisque c'est d'une certaine image de la personne humaine créatrice et d'organisation de la cité qu'il s'agit. Où l'*homo faber* et le *zoos politikos* se rejoignent par les vertus du droit...

Un peu de (vraie) intelligence humaine... en attendant que l'intelligence artificielle prenne le relais ?

---

<sup>80</sup> Quitte à le confronter au local, la propriété intellectuelle devant certainement être appréhendée aujourd'hui sous le signe du « glocal ».

<sup>81</sup> Au sens aristotélicien bien sûr : est-il besoin de le préciser ?

## La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux

### Résumé

La propriété intellectuelle n'est pas intangible. Née dans un certain contexte culturel, le XVIII<sup>e</sup> siècle occidental pour simplifier, elle est trop souvent conçue de manière dogmatique. L'analyse économique dominante y voit un mécanisme d'incitation à la création. Mais elle se laisse mal enfermer dans des schémas simples. Étroitement liée au marché, elle permet de réserver au titulaire des droits une portion de celui-ci en l'assurant d'un monopole juridique que l'on peut ou non analyser comme une propriété. Mais, propriété ou non, l'instrument qu'elle est fait l'objet de nouveaux usages, spécialement à travers des figures comme les Creative Commons qui ne cherchent plus à écarter les tiers. Des objets inhabituels aussi différents que les savoirs traditionnels ou les produits de l'intelligence artificielle viennent encore bousculer les schémas reçus. La propriété intellectuelle doit faire l'objet d'une réflexion politique au vrai sens du terme.

## Intellectual Property at Stake: New Forms and New Debates

### Abstract

Developing nations are characterized by the absence of much-needed institutional arrangements to regulate market exchange, mobilize economic resources, coordinate policy implementations, and administer developmental programmes. Successful economic development depends to a large extent on whether such institutional voids can be filled in one way or another. Using China as an exemplary case, this paper looks at how institutional voids are filled by unconventional actors/organizations who, in the process of negotiating rules, resources, and discourses with formal and informal circuits of power, contribute to the emergence of alternative forms of governance. By focusing on the case of private sector financing, the paper documents a succession of creative efforts to remedy a malfunctioning aspect of the financial system, leading to such innovative creations as pawnshops, informal investment consortia, consignment shops, capital management corporations, or crowdfunding. The source of institutional entrepreneurship derives not solely from the private sector, but also from central and local state actors. Furthermore, the paper argues that the broader socio-political structures play a gatekeeping role in institutional selection. The successful institutionalization of a new practice depends very much on its clash and mesh with the broader socio-political structures.

### Mots clés

Exclusion/inclusion ; *incentive* ; monopole ; nouveaux objets ; nouveaux usages ; propriété ; propriété intellectuelle.

### Keywords

Exclusion/inclusion ; incentive ; intellectual property ; monopoly ; property ; new objects ; new uses.