

# Avant-propos

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Ce qui est souciant dans les actuelles discussions en feu autour de la propriété intellectuelle n'est pas l'opposition très forte des positions, la violence d'un débat étant plutôt bienvenue dans un système gagné par le consensus, preuve heureuse de la persistance de la capacité à défendre encore des idées et des causes. Les uns veulent le renforcement de la réservation des créations à leurs auteurs comme naturelle récompense et habile incitation à inventer encore, les autres souhaitent la suppression de ces prérogatives scélérates pour que le monde des idées et des remèdes, cœur de l'humain, soit à tous. Un débat vif illustre une pensée vivante, tenir ses positions avec conviction dans une discussion est signe que la politique existe encore.

Ce qui est souciant n'est pas non plus que chacun s'en mêle, c'est même la meilleure des nouvelles que de tirer ainsi les propriétés intellectuelles hors d'elles-mêmes, que chacun en prenne sa part, que les juristes insistent sur la logique juridique de l'instrument, que les économistes révèlent l'avant et l'après de l'invention, que la dimension politique remette toujours au centre le souci du bien commun. Ces perspectives ne sont d'ailleurs pas même unifiées en leur sein et s'y ajoutent de nombreuses études d'objets particuliers dont l'analyse conduit pour chacun à des solutions propres. Ce mélange des perspectives, parfois sous forme de bataille, est bienvenu parce qu'il n'existe pas de sujet clos, clos sur sa technique juridique, clos sur les besoins économiques, clos dans sa réalité concrète et particulière. Tout interfère et tout doit être pensé en grand, parce qu'on ne peut fixer son opinion sur ces objets précis qu'en considérant tous ces fils qui les construisent. Pourquoi ? Parce que l'objet est complexe. L'essentiel est là.

Les propriétés intellectuelles ne sont pas seulement compliquées. Insister sur la difficulté à comprendre telle ou telle dimension technique – complication du droit, complication de l'économie, complication de l'objet technique – revient à enjoindre à tous les autres de ne pas y toucher. La complexité impose l'inverse, c'est-à-dire l'impossibilité de s'enfermer dans une discipline ou dans un secteur plus particulier, en prétendant ne rien considérer des autres, et l'obligation de tirer chaque discipline les unes vers les autres vers une étude concrète, car évincer une des dimensions revient à se priver de comprendre. La complexité ne s'appréhende pas tronçon par tronçon.

Dès lors, voilà ce qui est souciant dans bien des discours sur les propriétés intellectuelles : le fréquent refus de la complexité, qui mène à des conceptions radicales dont l'affirmation relève alors de l'assénement. On ne peut plus guère parler de méthode, il s'agit davantage de tactique, le jeu d'un débat feint consistant à déterminer qui tiendra le haut du pavé : le droit superbe dans son autonomie, l'économie comme nouvelle nature, le politique installé dans sa souveraineté, la technique logée dans chacun des objets ? Le débat incessant n'est alors qu'une forme particulière d'un débat en réalité épuisé, joute sans fin et sans progrès.

Le présent ouvrage voudrait prendre acte de la complexité, laquelle rend bien difficile de penser seul, et d'en tirer profit par ces approches différentes mais dont les points de contact sont nombreux. La lecture des nombreuses contributions, venant de toutes les perspectives, le montre. Y reviennent sans doute la considération de l'innovation, la crainte des effets pervers, le souci d'autrui, les facilités essentielles, le rattrapage économique, le dessin des règles au plus près pour qu'elles produisent un cercle vertueux. La description qui suit des contributions qui constituent cet ouvrage est neutre par rapport aux opinions exprimées par les divers auteurs, l'affrontement des positions étant un des moyens pour le lecteur de se construire sa propre opinion.

L'ouvrage s'ouvre sur une première partie consacrée à la problématique générale. Dans cette perspective et tout d'abord, **Jean Tirole** adopte une conception instrumentaliste des propriétés intellectuelles, prérogatives conçues au regard de l'innovation. Le droit de la concurrence les accueille d'une autre façon et en imposant parfois des solutions inverses à travers la théorie prétorienne des facilités essentielles, en organisant l'accès des tiers à celles-ci lorsque l'accès au bien d'autrui est indispensable pour atteindre un marché aval. Précisément, un brevet présente souvent les caractéristiques d'une facilité essentielle, mais Jean Tirole insiste sur le fait que la Cour suprême des États-Unis a renié récemment cette notion et qu'elle conduit, en organisant des accès aux tiers, à heurter l'idée même de brevet ou de droits d'auteur aux termes d'analyses économiques parfois contestables. L'auteur, reprenant une perspective strictement économique, concentre son analyse sur les monopoles constitués par des entreprises en amont, qui évitent ainsi la dissipation de leur profit par une concurrence en aval, monopoles résultant rarement de la loi mais plutôt de l'innovation elle-même et qu'il faut protéger pour inciter aux investissements, en écartant dans le même temps les rentes dont l'innovation ne serait pas la source. Pour aller à

l'encontre de cette organisation et ouvrir donc aux tiers, le raisonnement correct doit débiter par la détermination du caractère essentiel de l'infrastructure, que l'on doit protéger si l'investissement a été important, puis consister en la décision de la partager, en déterminant enfin le prix d'accès, notamment en régulant le taux de rendement. Ce processus doit demeurer exceptionnel car les inventions méritent récompense et les facilités essentielles n'impliquent pas nécessairement d'être partagées.

Dans cette même perspective générale, c'est-à-dire méthodologique, **Marie-Anne Frison-Roche** aborde la nécessité d'étudier les interférences entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés parce que si les marchés croisent par l'innovation, ils rencontrent celles-ci. Or, on ne peut faire prévaloir l'un sur l'autre, par le jeu des principes et des exceptions, ou en isolant les propriétés intellectuelles des autres branches du droit. Plus encore, les interférences à partir desquelles des équilibres peuvent se constituer sont construites par le politique, seul apte à opérer des choix pour l'avenir de la collectivité. Ce choix politique pourrait consister dans l'idée que l'innovation vaut parce qu'elle est partagée, ce qui conduit à promouvoir les règles qui incitent à l'innovation mais à se retourner quelquefois contre elles. Cet équilibre instable, appuyé sur une perspective de politiques publiques, variant d'objet en objet, rejoint les nouvelles conceptions du droit de la régulation, et c'est à travers cette régulation qu'il faut désormais concevoir l'ensemble de ces interférences. Dès lors, la logique sectorielle devient pertinente, des règles spécifiques naissant des contraintes de l'innovation informatique ou de la recherche pharmaceutique par exemple, mais cela ne signifie pas que disparaissent les abstractions de référence ou les ambitions globales. Simple, celles-ci se sont déplacées : il s'agira alors de chercher plus directement à protéger la vie et à susciter des progrès dans la connaissance, tous les moyens étant bons pour cela, soit refermer la propriété intellectuelle au seul bénéfice de l'inventeur, soit ne la concevoir que dans l'intérêt des tiers.

Cette première partie de l'ouvrage s'achève avec l'analyse de **Richard R. Nelson** qui confronte l'économie de marché avec les connaissances scientifiques « communes », c'est-à-dire celles dont le partage avec d'autres n'affecte pas l'usage par les premiers (des biens « non rivaux »), connaissances auxquelles les autres chercheurs doivent avoir accès, faute de quoi le progrès scientifique, construit sur une chaîne de découvertes, se brise, et avec lui l'innovation technique car la corrélation est désormais très forte entre connaissance scientifique et innovation technique. Le problème n'existait pas lorsque ces connaissances étaient publiques, se cristallisaient d'ailleurs dans des cercles publics, notamment universitaires, et nourrissaient les innovations du marché, mais la difficulté nouvelle vient de l'appropriation privée de ces découvertes scientifiques, notamment à travers les services R&D des entreprises, qui entravent la suite des recherches, y compris celles menées dans les universités. Il faut certes récompenser les efforts scientifiques parce qu'il n'est pas pleinement exact de soutenir que l'amour de la science est une incitation suffisante. Mais l'enjeu est de trouver une stratégie pour que demeurent disponibles ces découvertes vitales pour le progrès technologique, des découvertes faites le plus souvent pour produire du progrès technique. Il ne suffit

pas de s'écrier que la connaissance n'est naturellement pas brevetable, car la distinction entre connaissance et construction est devenue trop incertaine. Pour autant, admettre que les résultats scientifiques ne soient plus offerts à tous serait une très grave erreur puisqu'ils doivent permettre à des inventions techniques d'apparaître, satisfaisant le bien social. Les dangers de l'effet d'une privatisation de la connaissance scientifique, conduisant au tarissement des innovations techniques, doivent être combattus. Cela pourra prendre la forme d'une disponibilité des connaissances, même protégées, par les universités, à condition qu'elles admettent quant à elles un accès gratuit pour les tiers aux résultats secondairement obtenus. Il est essentiel que les universités ne se laissent pas aller à leur tour à la privatisation de la connaissance, bien que la loi *Bayh-Dole* les y ait incitées, quand celle-ci est le matériau nécessaire pour les innovations ultérieures, auquel cas elles doivent, à tout le moins, la laisser accessible pour un prix raisonnable. Voilà la stratégie nécessaire, rappelant les universités à leur devoir, pour protéger les connaissances scientifiques communes, aujourd'hui en danger.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée aux problématiques particulières auxquelles donnent lieu les rapports entre le droit de la propriété intellectuelle et l'économie. Un premier chapitre traite des nouveaux équilibres à établir au regard de la concurrence. **Éric Morgan de Rivery**, **Sabine Thibault-Liger** et **Jérémy Bernard** mesurent l'impact des réformes européennes sur les transferts de technologie. La réforme opérée en 2004 met en balance la restriction de concurrence produite par le transfert de technologie et les bénéfices techniques et économiques apportés par celui-ci. Les auteurs analysent tout d'abord le cas du transfert volontaire de technologie. Ce transfert peut réaliser une concentration d'entreprises, lorsque la technologie protégée entraîne un changement durable du contrôle, les autorités de concurrence appréciant alors sévèrement la compatibilité du mouvement au regard de l'entrave ainsi portée à la concurrence effective, même s'il est vrai que les nouvelles efficacités engendrées par la technologie devraient infléchir l'analyse menée par l'autorité de concurrence. Précisément, le nouveau règlement communautaire d'exemption a pour objectif de stimuler l'innovation et exempter du grief d'entente le transfert de ce qui y concourt, élargissant l'instrument ainsi favorisé, non seulement les brevets mais encore par exemple les dessins, élargissant encore la nature des accords exemptés, non seulement les concessions de licences mais encore par exemple les accords réglant les litiges sur la technologie en cause, élargissant enfin les parties concernées, intégrant donc les concessions de licence multipartites. Les conditions de l'exemption sont assouplies mais cette mise en œuvre peut s'avérer délicate, par exemple lorsqu'il s'agit de désigner les marchés en cause, voire difficile, lorsque l'accord participe à un cloisonnement des marchés, ce qui anéantit l'exemption. Les auteurs examinent enfin l'hypothèse du transfert forcé de technologie, lorsqu'il est le moyen de réparer un comportement anticoncurrentiel, instrument manié exceptionnellement par l'autorité de concurrence, notamment lorsque elle a repéré une facilité essentielle. Le transfert est encore quasiment forcé lorsqu'il résulte d'un engagement proposé par une entreprise pour obtenir une

autorisation de concentration, ce qui peut prendre la forme d'un transfert comportemental, à travers la concession de licences.

La deuxième perspective particulière qui s'ouvre est celle des brevets. **Thierry Sueur** et **Jacques Combeau** estiment qu'il s'agit d'un « monument en péril ». Le monument, tout d'abord. Le brevet est certes une appropriation mais accordée par la puissance publique pour protéger l'intérêt public, notamment pour favoriser l'innovation, si l'inventeur le sollicite. Le droit ne va pas de soi, il est demandé, il est accordé, l'office des brevets étant au cœur du système. Si une telle offre de protection est proposée, c'est parce qu'elle satisfait l'intérêt social, non seulement au regard de l'innovation ainsi incitée mais encore et surtout par la diffusion opérée par ce biais de la connaissance et des technologies. Cette diffusion des connaissances est cruciale, la protection par le brevet étant ainsi l'alternative au secret et un encouragement à la recherche. Le demandeur de brevet y a aussi intérêt car il n'a plus à opérer la garde difficile des secrets et obtient un droit exclusif, dont il tirera un profit financier, lequel pourra prendre la forme d'un renoncement à l'exclusif par le biais de la concession de licences. Après le monument, les périls. Ils sont tout d'abord internes, à travers les insuffisances et les dérives des institutions, aussi bien de l'office des brevets, accordant trop facilement des brevets, que des juridictions, n'intégrant que peu les réalités économiques. La perte de l'élan européen en la matière affaiblit encore le système. Les périls externes viennent en premier lieu des politiques de la Communauté européenne, heurtant les brevets par le biais de la politique de la concurrence qui vassalise les premiers et multiplie les exceptions, notamment par la théorie des facilités essentielles et l'essor du modèle économique « libre ». En second lieu, les accords multilatéraux sur le commerce et le développement radicalisent les positions, bloquant l'avancée sur l'harmonisation internationale des brevets et les conceptions discutées à propos de la convention sur la diversité biologique. « Prendre le brevet en otage » n'est pas gage de progrès.

Après ce premier chapitre sur l'équilibre à rechercher au regard de la concurrence, un deuxième chapitre aborde les équilibres à trouver au regard du libre-échange. Tout d'abord, **Thu-Lang Tran Wasescha** examine l'accord sur les ADPIC comme nouveau regard sur la propriété intellectuelle. Après avoir retracé l'historique qui mena du GATT à l'OMC, et du GATT aux ADPIC, l'auteur rappelle la structure de l'accord, œuvre de compromis, qui définit les droits de propriété intellectuelle considérés, premier accord international à spectre aussi large, visant aussi bien les droits d'auteurs que les droits voisins, que la propriété industrielle, dans lequel les traités passés et futurs sont incorporés. L'accord prévoit les moyens de protéger de tels droits, les États s'engageant à mettre en conformité leur législation. Les pays en développement, les pays en transition et les pays les moins avancés peuvent bénéficier de périodes transitoires. L'auteur procède à une exégèse des principaux articles posant les principes de l'accord, notamment l'article 8 qui permet aux États d'écarter la propriété intellectuelle pour satisfaire l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale. Au regard de cela, le programme de développement de Doha cherche à orienter le système en faveur du développement, mais demeure en suspens. Pourtant la

question de l'accès aux médicaments a progressé, notamment par la prise de conscience de l'importance des importations, malgré la complexité du sujet, renvoyant notamment à la santé publique et à l'éducation. L'auteur conclut en montrant les marges de manœuvre offertes par l'accord ADPIC, dont il faut profiter pour renforcer les solutions multilatérales, plutôt que de glisser dans des accords bilatéraux.

Cette même perspective est empruntée par **Shyama V. Ramani, Mahesh Ravi** et **Preeti Pradhan** sur un cas particulier : celui de l'industrie pharmaceutique en Inde, les auteurs critiquant précisément les textes en tant qu'ils fixent une seule règle pour tout et pour tous. Après avoir décrit l'historique des brevets en Inde, très courte histoire, il est montré que l'accord ADPIC qui devient effectif en 2005, a déjà bouleversé cette organisation car, par rapport à la loi initiale de 1970, le législateur a progressivement adopté des réformes, en 1994 puis en 1999 et 2003, pour se rapprocher des standards de l'OMC. Si l'on considère que l'effet bénéfique de l'accord ADPIC se mesure à l'incitation à l'innovation produite et aux effets sur les prix, l'emploi et les revenus, l'examen des brevets déposés en matière pharmaceutique montre que l'innovation pharmaceutique indienne a suscité le dépôt de nombreux brevets. L'accord ADPIC a eu un effet incitatif, poussant au dépôt de brevets, alors qu'aucun n'avait été précédemment déposé, en protégeant non seulement les produits mais encore les procédés, poussant les entreprises à investir dans la mise au point de ces derniers, l'Inde ayant développé une industrie de manufacture et d'innovation de niche. Mais l'effet négatif vient du fait que désormais les entreprises ne peuvent plus accéder à de l'information gratuitement disponible et devront elles-mêmes solliciter et payer des licences, entraînant une montée des prix. Plus encore, ce qui est horrible dans l'accord ADPIC tient au fait qu'il s'applique uniformément à des acteurs qui ne partent pas du même point, ce qui rend le jeu économique inégal et inéquitable. Les mesures de protection, comme les licences obligatoires et le contrôle des prix, sont encore incertains, voire peu crédibles. L'accord ADPIC peut ainsi contribuer indirectement à aggraver la pauvreté et l'impossibilité pour les malades d'accéder à des médicaments devenus plus chers.

Puisque nous voilà au cœur de l'OMC, la contribution suivante proposée par **Pauline Lièvre** et **Petrosc Mavroidis**, analyse le recours aux experts et ce qu'ils désignent comme ses « mésaventures » en droit de l'OMC. Le recours reflète l'interférence du droit et de la technique, sur laquelle les panels ont souvent besoin d'être éclairés. Pourtant, ils utilisent peu cette faculté, en ayant usé dans 7 cas, sur 300 cas examinés. Selon la règle traditionnelle, c'est certes à la partie qui sollicite l'intervention de l'organe de règlement des différends, de prouver les faits avancés, notamment dans leur dimension technique, mais le panel a le pouvoir de mener des investigations, ce qui lui ouvre le pouvoir discrétionnaire de requérir des experts. Ce pouvoir n'est cependant pas illimité car le panel ne peut transférer sur lui la charge de construire les allégations et les arguments, charge qui continue d'incomber exclusivement au demandeur, ni supprimer la charge de fournir un commencement de preuve de violation des accords. Dans la pratique, les panels choisissent les experts mais peuvent déléguer cette tâche aux

parties, et de telles désignations sont intervenues sur des litiges mettant en cause la protection de la santé et de l'environnement, les débats mettant en avant des opinions scientifiques. Les auteurs passent alors à une appréciation critique et expriment leur désillusionnement car les panels ne recourent que peu aux experts et uniquement en réaction à la position adoptée par les parties de se référer elles-mêmes à des opinions de tiers. Ainsi, des experts ont été utiles dans bien des cas, par exemple pour définir des « produits en concurrence » afin de mieux manier le principe du traitement national, pour apprécier les droits antidumping ou pour déterminer l'existence d'une subvention à l'occasion d'une privatisation. Dès lors, pourquoi les panels ne recourent-ils pas à des experts ? Parce qu'ils ne se sentent pas en mesure de maîtriser les raisonnements et les conclusions d'un expert par définition plus savant qu'eux. L'essentiel est alors de pouvoir avoir confiance dans les experts, reprenant ainsi les propositions de Richard Posner d'accroître les coûts de réputation des experts, notamment en publiant leurs avis.

Le troisième chapitre de cette partie de l'ouvrage consacrée aux problématiques particulières, aborde le troisième pied du triptyque, c'est-à-dire le développement économique à l'aune duquel l'équilibre aussi doit être trouvé. La contribution de **Claude Henry** met en balance la propriété intellectuelle et le développement durable, en examinant plus particulièrement la façon dont l'Europe peut contribuer à la mise en œuvre de l'accord ADPIC. Il remonte à l'origine de ce texte, à savoir le ralentissement de l'innovation aux États-Unis et leur volonté très active, appuyée par leurs entreprises, de protéger mieux celle qu'ils avaient produite. Heureusement, certaines dérives du droit nord-américain des brevets n'ont pas été introduites et demeure l'instrument de la licence obligatoire, dont on peut attendre beaucoup. Il reste que l'OMC a ainsi opéré une protection universelle de la propriété intellectuelle, glissée malicieusement dans la protection du libre-échange. Ce faisant, on généralise l'évolution nord-américaine dans laquelle la protection de l'innovation est devenue telle qu'elle décourage plutôt celle-ci, les inventions à venir, en s'éloignant de l'étendue optimale d'un brevet, cernée par les économistes. Cela tient notamment à l'application laxiste des critères de nouveauté et d'utilité par des offices de brevets complaisants et peu contraints par des tribunaux protégeant systématiquement les détenteurs de brevets. Dès lors, « innover, c'est pénétrer un champ de mines ». Dans ces conditions, le rôle de l'Europe à propos de l'accord ADPIC est de lutter contre ce système perverti désormais généralisé. Elle y procède, dans un espace européen moins juridictionnalisé, grâce à la procédure efficace et peu coûteuse de l'opposition. Les États y manient également l'instrument de la licence obligatoire, si les titulaires d'infrastructures essentielles n'accordent pas de licence à un prix raisonnable, menace qu'ont su manier le Brésil ou l'Inde mais qui n'est à la portée que de pays relativement puissants.

La troisième partie de l'ouvrage traite de l'économie exprimée par le droit de la propriété intellectuelle, à travers de nouveaux biens et de nouveaux droits. Le premier chapitre concerne la prise en compte de l'innovation par le droit. **Joanna Schmidt Szalewski** aborde la notion d'invention face aux développements technologiques. Partant du fait que la notion d'invention est première parce que c'est

à partir d'elle que se conçoit le brevet, mais constatant qu'il n'en existe pas de définition, ce qui explique bien des querelles sur les objets brevetables, elle reprend le critère de « réalisation concrète », laquelle doit avoir un « caractère technique ». La première référence à une réalisation concrète exclut donc depuis toujours de la catégorie les découvertes. Ainsi le droit nord-américain réserve les brevets à la technologie appliquée, mais la jurisprudence est flexible et rend brevetables les « produits de la nature », comme l'usage de micro-organismes, ouvrant la voie aux brevets sur la biotechnologie. Plus encore, ce système juridique, qui ne connaît pas l'équivalent des lois de bioéthique, admet assez facilement les brevets, notamment sur les gènes humains, s'ils sont transformés, par exemple purifiés. Le droit européen raisonne à l'inverse, à partir des exclusions formelles des simples découvertes par la Convention de Munich, mais dans le même sens de l'extension du brevet en requérant une intervention humaine relativement faible sur la nature pour admettre la brevetabilité. Ainsi, ce n'est plus la distinction entre la découverte et l'invention qui trace les contours du brevet mais plutôt l'existence ou l'absence d'application technique de la création. Le deuxième critère se réfère au caractère technique de la réalisation en cause, exigé en Europe, alors que les États-Unis se contentent d'un caractère utile. Le droit européen procède par exclusion, en visant les méthodes mathématiques non appliquées, les créations esthétiques et la présentation d'information, parce qu'elles n'ont pas d'effet technique. Mais la question de la non-brevetabilité des méthodes dans les activités intellectuelles, ludiques et économiques est très discutée car si le principe en est gardé en France et en Allemagne, on peut considérer qu'elle relève d'une conception ancienne et mécanique de l'invention. Aux États-Unis, la méthode n'est pas celle de l'exclusion et le critère positif avancé est celui de l'utilité, conduisant par exemple au brevet sur un système mathématique de traitement de données pour la gestion d'un portefeuille financier. Cela ne conduit plus à exclure que les « idées abstraites ».

Une deuxième contribution conduit **Benjamin Coriat** et **Fabienne Orsi** à étudier la propriété intellectuelle à travers le mécanisme des marchés financiers et à propos de la promotion des firmes innovantes. Ils montrent que cette promotion, qui finit d'ailleurs par engendrer une bulle spéculative, a été construite par des complémentarités institutionnelles entre un droit des propriétés intellectuelles et des réglementations nouvelles des marchés financiers. Cela débuta par le droit offert par la loi *Bayh-Dole* dans les années 80 aux universités de faire breveter leurs inventions, issues pourtant de l'usage de fonds publics, et de faire des *joint ventures* avec des entreprises privées pour l'exploitation, ces perspectives réorientant les choix scientifiques de la recherche universitaire, encouragée à concevoir des applications techniques profitables, une série de lois et une jurisprudence très permissive renforçant cette incitation. Par la seule évolution jurisprudentielle, les logiciels, que le copyright offert par la loi protège insuffisamment et pour lesquels les tribunaux se contentent d'une utilité industrielle avérée, entrent dans le domaine des brevets, incluant également les méthodes, voire les procédés de calcul informatisé. Le nombre de brevets en la matière a explosé. De la même façon, le vivant a été happé par les brevets, tout d'abord les



micro-organismes, puis les gènes et les séquences de gènes. Là encore, les brevets sont déposés par dizaines de milliers. Cela n'est qu'un premier volet car vient s'y adosser une nouvelle réglementation de l'Autorité des marchés financiers, qui va créer la complémentarité entre propriété intellectuelle et finance. Tout d'abord, va se constituer de nouveaux types de marchés financiers spécialisés dans la valorisation des propriétés intellectuelles, notamment en admettant la cotation d'entreprises innovantes déficitaires si elles sont titulaires de droits exclusifs. Ainsi cette « complémentarité institutionnelle » a créé la « nouvelle économie », montrant ainsi comme l'institution peut jouer comme ressource. Le caractère peu soutenable de l'alliance a fini par engendrer l'éclatement de la bulle.

Reprenant encore ce thème crucial du vivant, **Marie-Anne Frison-Roche** retrace l'évolution conceptuelle et technique du droit européen et du droit français quant à la propriété intellectuelle appliquée aux médicaments et au vivant. Le problème est venu précisément du fait que les brevets se sont appliqués aux médicaments comme sur tout autre objet, dans l'indifférence de sa nature et de son usage, même si le certificat de protection complémentaire, lié quant à lui à l'autorisation sur le marché, exprime davantage ce lien. Le droit européen interfère en tant qu'il tente de construire un véritable droit communautaire des brevets, en passant du « brevet européen », qui n'est qu'une reconnaissance multiple des effets nationaux d'un brevet, à ce qui sera bientôt un véritable « brevet communautaire », commun à tout l'espace. Le droit européen est par ailleurs pertinent à travers l'ordinaire de son droit de la concurrence, protégeant alors mécaniquement les génériques, la notion de facilité essentielle étant potentiellement applicable aux médicaments. Mais droits nationaux et droit communautaire en viennent à se disputer sur le terrain du naturel et de l'être humain. Tout d'abord, suivant en cela le droit nord-américain, le droit européen a tendance à ne plus cantonner l'invention dans le strict domaine de l'artificiel pour y soumettre désormais le naturel manipulé, voire le naturel séquencé. Lorsque ce naturel concerne l'être humain, à travers la brevetabilité du gène, le droit communautaire continue sa marche mais le droit français a fait sécession, par l'adoption d'une loi en 2004 excluant l'appropriation. Une perspective moins conflictuelle pourrait être de repenser le statut juridique du médicament tout d'abord à travers la théorie de la connaissance, prenant pour acquis l'incertitude désormais de la distinction entre découverte et invention, mais laissant alors hors du brevet ce qui cristallise une information nécessaire à la poursuite de l'activité scientifique. Plus encore, il convient de penser le médicament comme partie intégrante du droit de la santé, comme concrétisation d'un « droit à la santé », à tout le moins d'un droit d'accès aux médicaments vitaux, pour lesquels notamment des mécanismes de licences obligatoires doivent être mis en œuvre.

Une quatrième perspective est adoptée par **Michel Trommetter**, qui examine l'évolution de la R&D dans les biotechnologies végétales en considérant l'interférence de la propriété intellectuelle. Il rappelle que l'innovation est favorisée lorsqu'il y a concurrence dans la phase de recherche, concurrence acquise sur le marché des produits et dont les entreprises cherchent à s'échapper par l'innovation, diffusion de l'information précédente et protection contre la concurrence

une fois l'innovation produite. La propriété intellectuelle correspond à la quatrième condition et ne doit pas trop peser sur les premières. Si l'on prend les biotechnologies végétales, l'innovation résulte tout d'abord de la sélection classique, la variété étant protégée en Europe par le certificat d'obtention végétal sans que cela interrompe l'accès de tous aux ressources génétiques tandis que le droit nord-américain supprime par le brevet cet accès, ce qui entraîna un appauvrissement des ressources génétiques disponibles. Avec l'avènement des biotechnologies, des brevets sont intervenus directement sur le vivant, ce qui entraîna en retour un renforcement de la protection offerte par le certificat d'obtention végétale, pour garantir le maintien de l'accès libre aux ressources génétiquement arrangées. Pour résoudre le conflit latent entre titulaires de brevets sur des sélections génétiquement modifiées et titulaires de certificats, une directive européenne de 1998 a prévu la possibilité de licences de dépendances obligatoires dans les biotechnologies végétales. Ces articulations entre certificat d'obtention végétale et brevet sont la conséquence d'un nouveau paradigme scientifique basé sur la multifonctionnalité des gènes, les stratégies de buissons de brevets, ne permettant l'accès à la technologie que par l'accès à de très multiples licences, ce qui finit par bloquer l'innovation. Il faut donc en revenir à une gestion collective de la propriété intellectuelle, admise en droit de la concurrence si le bien-être social en dépend, et à de nouveaux modes de recherches collectives et coopératives, par la création de consortiums.

Le deuxième chapitre de la troisième partie de cet ouvrage traite des nouveaux enjeux et surtout des nouvelles perspectives de solutions. Tout d'abord, **Alexandra Abello** cherche à concevoir la propriété intellectuelle comme une « propriété de marché ». Elle reprend la contestation classique comme quoi la propriété intellectuelle ne serait pas même une propriété, notamment parce qu'incorporelle elle ne peut se saisir comme on peut le faire d'une propriété ordinaire, ou serait à tout le moins une propriété diminuée. Elle montre au contraire que la propriété intellectuelle rejoint la propriété dans son sens général, mais une propriété telle qu'elle était conçue sous l'Ancien Régime, avant que la Révolution ne l'écarte. C'est ainsi que les propriétés intellectuelles se prêtent au cumul de plusieurs titulaires, chacun en ce qui le concerne, par exemple à travers la dissociation du droit patrimonial et du droit moral, ou qu'elles sont par nature des propriétés temporaires, le caractère absolu et imprescriptible de la propriété n'étant qu'une conception récente de celle-ci. En cela, les propriétés intellectuelles participent de ce que l'on a pu désigner comme la re-féodalisation du droit. Pour autant et par ailleurs, la propriété intellectuelle est l'illustration même d'une conception économique de la propriété, parce que l'exclusivité du droit rend la propriété plus intense que sur un objet ordinaire, même si l'intensité est temporaire, rendant l'objet apte à circuler. La circulation devient même à ce point l'usage premier, l'usage requis, que si le dynamisme entrepreneurial du propriétaire n'y suffit pas, des droits d'accès seront conférés, soit sur le mode spontané des licences, soit par des moyens contraints.

**Patrice Vidon** examine sur la réforme du brevet européen, à travers le pari économique qu'il estime « hasardeux » formulé par le Protocole de Londres.

Alors que le système des brevets européen est trilingue et associe l'efficacité sur un territoire d'un brevet à sa traduction dans la langue nationale, ce protocole permettrait au brevet européen d'être partout efficace dans sa langue d'origine. Des frais sont ainsi évités mais cela contredit l'essence du brevet, qui suppose d'échanger le bénéfice de l'exclusivité contre la divulgation utile de l'information, ce qui requiert de fait une traduction. Il est vrai que l'Europe doit stimuler le dépôt de brevets, mais ce protocole est présenté à tort comme une solution miracle car le nombre peu élevé de brevets a d'autres causes et le coût des traductions est faible par rapport à celui du R&D.

**Marta Torre-Schaub** reprend la perspective de l'analyse économique appliquée au cas *Napster*, l'étudiant à travers les notions d'usage légitime, de droit à exclure et de pouvoir de marché, entre lesquels l'équilibre est très difficile à opérer. Après avoir relaté l'espèce, l'auteur examine la balance entre usage légitime et droit à exclure. Les juges ont du déterminer si le fait de partager des fichiers est ou non une violation du copyright. Une première doctrine a soutenu que la notion d'usage légitime doit être étendue pour justifier un tel partage, tandis qu'une autre en appelle au bien commun pour affirmer qu'un accès qui ne prive pas les premiers usagers du bien doit être libre. Une seconde perspective met en équilibre l'usage commercial, le marché monopolistique et la libre concurrence. En effet, la violation d'un copyright suppose un usage commercial, ce que les juges repéreront dans le seul fait du motif intéressé des utilisateurs se dispensant de payer les auteurs. À l'inverse, Napster reprochait aux demandeurs de commettre un abus de monopole en voulant lui imposer leurs droits pour briser la concurrence, ce à quoi les juges ne répondront pas nettement. En revanche, sur le terrain du dommage au marché, les juges ont bien considéré que Napster, en détériorant la situation des titulaires des droits sur le marché, constituait un danger. Mais, conclut l'auteur, les juges n'ont guère pu répondre à la question de l'adaptation du copyright à la demande des consommateurs face aux nouvelles technologies.

La perspective contentieuse est poursuivie par **Emmanuel Baud**, qui, l'appliquant au contentieux du droit des marques, se demande si la liberté d'expression menace le monopole du titulaire de marque. L'analyse des décisions du Tribunal de grande instance de Paris saisi en raison de la déformation des logos de marque pour mieux critiquer l'activité des entreprises en cause, montre que le juge admet celle-ci lorsqu'il s'agit de critiquer, mais sanctionne lorsqu'il ne s'agit plus que de dénigrer. Malgré cette première position, il ne s'agit pas d'une véritable remise en cause du monopole du titulaire d'une marque, car ce monopole connaît déjà des exceptions jurisprudentielles dans le droit ordinaire des marques, dont nous retrouvons ici simplement l'application. L'auteur montre que la jurisprudence admet ainsi l'utilisation d'une marque lorsqu'elle est constituée de termes du langage courant, ou sous la forme d'une citation ou comme expression du droit de critique ou de parodie. De la même façon, la jurisprudence, y compris communautaire, interprète strictement l'interdiction de reproduction, des dissemblances suffisant à libérer celui qui reproduit en modifiant. Quant au risque de confusion, les juges français l'analysent au regard d'un consommateur

moyen, possédant intelligence et capacité linguistique, et permettant une confusion sur l'origine des produits et services, ce qui limite les hypothèses pourtant. De la même façon, la notion d'usage de la marque dans la vie des affaires est appliquée strictement, le fait que la personne n'utilise pas la marque dans une perspective de transaction commerciale suffisant à la mettre à l'abri de la contrefaçon. Dès lors, poursuit l'auteur, si le titulaire de la marque veut se défendre, il doit désormais le faire en recourant au droit commun pour faire sanctionner ce type d'atteinte à sa marque. Il pourra alors s'agir de l'abus de droit de la liberté d'expression, des limites du droit de critique à travers l'obligation générale d'objectivité, la parodie ne pouvant pas justifier l'imitation. Par ailleurs, le droit de protéger la réputation des personnes et le droit de protéger leurs biens, notamment leurs marques, peuvent être évoqués efficacement par les titulaires. Enfin, l'intention de nuire ou l'unique désir de dénigrer retirent sa légitimité à la référence faite ainsi à la marque d'un tiers. L'auteur finit par une typologie des hypothèses de reprises licites des marques par un tiers usant de sa liberté d'expression.

L'ensemble de ces très diverses contributions, souvent évoquant les mêmes situations, ou les mêmes décisions, parfois dans des appréciations très opposées, radicales parfois mais sans invectives, montre que la réflexion est vivante, à l'œuvre et que, quelles que soient les positions développées, chacun tente de le faire pour le souci d'un équilibre et du bien-être global.