

## LE MANIEMENT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE COMME OUTIL DE RÉGULATION ET DE COMPLIANCE

### Propriété intellectuelle – Incitation à l’innovation – Segmentation sectorielle des solutions – Perspective systémique

Ce texte prend appui sur un document de travail, doté de développements accessibles par pop-up et muni de nombreuses références techniques et liens hypertextes. Ce document de travail est accessible à l’adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/le-maniement-de-la-propriete-intellectuelle-comme-/> ; il est également publié en anglais : *The use of Intellectual Property as a tool for Regulatory and Compliance Perspectives* (<http://mafr.fr/en/article/le-maniement-de-la-propriete-intellectuelle-comme-/>).

9. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2006, n° 05-15.824, *Société Studio Canal et Société Universal Pictures et al. c/ UFC Que choisir et Perquin, dit « Mulholland Drive »* (Bull. civ. I, n° 126 ; D. 2006. Actu. 784, obs. Daleau ; *ibid.* Pan. 2996, obs. Sirinelli ; JCP 2006, II, 10084, note A. Lucas ; JCP E 2006, 2178, § 8, obs. Pignatari et 611, obs. A.-H. Lucas ; *Propr. intell.* n° 19, p. 179, obs. A. Lucas et n° 24, p. 364 obs. Vivant ; CCE 2006, n° 56, note Caron ; RIDA 3/2006, p. 323, obs. Kéréver ; *Légipresse* 2006, n° 231, III, p. 71, note Benabou ; RTD com. 2006. 370, obs. Pollaud-Dulian ; 400, obs. Gaudrat)

*Le présent arrêt est également commenté ici même au n° 55-57 par S. Carre mais sous l’angle des exceptions légales reconnues au droit d’auteur par S. Carre et au n° 61-62 par M. Clément-Fontaine sous l’angle du triple test.*

10. Paris, 11 déc. 2012, n° 11/20113, *Sanofi-Aventis et al. c/ Novartis et al.*

11. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2017, n° 16-17.217, *SFR, Orange, Free, Bouygues télécom et a.*

La propriété intellectuelle, issue de l’État et insérée dans une politique publique, peut être conçue non pour récompenser *a posteriori* le créateur mais pour inciter d’autres à innover. Elle est alors un outil *ex-ante* de régulation, alternative à la

subvention. Si la copie privée est une exception, ce n'est pas par rapport au principe de concurrence mais comme une insertion dans un système d'incitations, partant des coûts supportés par l'auteur de la première innovation : le titulaire des droits est alors protégé, non seulement selon une balance des intérêts en présence mais afin de ne pas décourager les potentiels innovants et le secteur lui-même (1<sup>er</sup> arrêt).

La politique sectorielle imprègne alors la propriété intellectuelle, utilisée pour réguler un secteur, par exemple celui du médicament. S'il est vrai qu'un laboratoire voulant mettre sur le marché un médicament générique n'a pas attendu l'expiration du brevet du médicament princeps pour le faire, il n'est pourtant pas pertinent de sanctionner cette anticipation de quelques jours car les investissements effectués par le titulaire du droit de propriété intellectuelle ont été rentabilisés par celui-ci et parce que les pouvoirs publics favorisent les génériques dans un souci de santé publique (2<sup>e</sup> arrêt).

L'intérêt systémique prévaut : c'est pourquoi les fournisseurs d'accès à Internet doivent supporter les frais des blocages d'accès alors même qu'ils sont irresponsables du fait des textes. Cette obligation de payer est internalisée par compliance parce qu'ils sont dans le système digital les mieux à même de mettre fin à la violation des droits de propriété intellectuelle dont l'écosystème requiert l'effectivité (3<sup>e</sup> arrêt).

## ARRÊTS

### 9. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 févr. 2006, *Société Studio Canal et a. d' Perquin et UFC que choisir* (extraits)

**Faits.** — Des producteurs de films ont inséré dans les DVD des mesures techniques rendant impossible la copie. Des associations d'usagers, évoquant ce qui serait leur droit de faire des copies privées, demandent qu'interdiction soit fait aux producteurs d'utiliser de tels dispositifs techniques.

(...) Attendant (...) que l'exception de copie privée prévue aux articles L.122-5 et L.211-3 du Code de la propriété intellectuelle, tels qu'ils doivent être interprétés à la lumière de la directive européenne susvisée, ne peut faire obstacle à l'insertion dans les supports sur lesquels est reproduite une œuvre protégée de mesures techniques de protection destinées à en empêcher la copie, lorsque celle-ci aura pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, laquelle doit s'apprécier en tenant compte de l'incidence économique qu'une telle copie peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique.

(...) Attendu que (...) une copie à usage privé n'est pas de nature à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre sous forme de DVD, laquelle génère des revenus nécessaires à l'amortissement des coûts de production.

(...) L'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre propre à faire écarter l'exception de copie privée s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre sous forme de DVD représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique.

### 10. Paris, 11 déc. 2012, *Sanofi-Aventis et al. d' Novartis et al.* (extraits)

**Faits.** — Le laboratoire pharmaceutique *Sanofi-Aventis* lance la fabrication, la distribution et la vente d'un générique une quinzaine de jours avant l'expiration du brevet dont le laboratoire pharmaceutique concurrent *Novartis* est titulaire.

Celui-ci obtient du juge des requêtes une saisie-contrefaçon. *Sanofi-Aventis* fait appel.

(...) Les investissements effectués pour découvrir le produit princeps ont été compensés par la protection accordée par le brevet et le CCP pendant plusieurs années ;... l'existence de produits génériques est favorisée par les pouvoirs publics dans un souci de santé publiques et (...) le préjudice résultant de la mise sur le marché de tels produits [génériques] qui entraîne nécessairement une perte de marché pour les sociétés Novartis résulte de cette autorisation et de cette mise sur le marché indépendamment même d'une mise en vente prématurée à la supposée avérée pendant 17 jours (...).

Infirmes l'ordonnance entreprise (...).

**11. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2017, SFR, Orange, Free, Bouygues télécom et a.**  
(extraits)

**Faits.** — Des associations de producteurs de cinéma ont obtenu du juge qu'injonction soit faite aux fournisseurs d'accès à Internet (FAI) de bloquer l'accès à des sites offrant des contenus contrefaisants, le juge mettant à la charge des FAI le coût des mesures de blocage et de déréférencement. Les FAI affirment qu'ils n'ont pas à supporter ces coûts.

(...) Il incombe à la juridiction saisie d'une demande d'injonction (...) de ne prononcer que les mesures strictement nécessaires à la préservation des droits en cause et d'assurer un juste équilibre entre les droits de propriété intellectuelle dont jouissent les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins (...), et la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs économiques, tels que les fournisseurs d'accès et d'hébergement ;

(...) Si une injonction d'une juridiction nationale mettant le coût des mesures exclusivement à la charge de l'intermédiaire technique concerné ne porte pas atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise de ce dernier, dès lors que lui est laissé le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé, il en irait autrement si ces mesures exigeaient de lui de faire des sacrifices insupportables, ce qu'il lui appartient de démontrer ;

(...) Ce n'est que dans l'hypothèse où une mesure particulière devait s'avérer disproportionnée, eu égard à sa complexité, à son coût et à sa durée, au point de compromettre, à terme, la viabilité du modèle économique des intermédiaires techniques, qu'il conviendrait d'apprécier la nécessité d'en mesurer le coût en tout ou en partie, à la charge du titulaire de droits ;

(...) procédant de façon concrète à la mise en balance des droits en présence, elle [la cour d'appel] a relevé que l'équilibre économique des syndicats professionnels, déjà menacé par ces atteintes, ne pouvait qu'être aggravé par l'engagement de dépenses supplémentaires qu'ils ne pouvaient maîtriser, que ni les FAI ni les fournisseurs de moteurs de recherches ne démontraient que l'exécution des mesures ordonnées leur imposerait des sacrifices insupportables, ni que leur coût mettrait en péril leur viabilité économique ;

(...) La prise en charge, par ces intermédiaires, du coût des mesures de blocage et de déréférencement ordonnées était strictement nécessaire à la préservation des droits en cause (...)

## OBSERVATIONS

**I. – Le paradoxe de l'engouement de la régulation pour la propriété intellectuelle, dont il métamorphose la nature juridique**

- 1 La « régulation » est un terme qui renvoie à l'économie davantage qu'au droit. Ce n'est que dans un second temps que celui-ci l'intégra à travers ce qu'aujourd'hui l'on dénomme le « Droit de la Régulation » (M.-A. Frison-Roche, « Le Droit de la Régulation », *D.* 2001. chron. 610-616). L'économie de la régulation est à la charnière de la macro-économie et de la micro-économie. Il s'agit d'obtenir sur le long terme des effets bénéfiques par la mise en place et le déploiement d'un système économique, ce qui renvoie à une perspective « macro », en s'appuyant sur le dynamisme et la rationalité des opérateurs économiques eux-mêmes, ce qui ramène à la dimension « micro ». En outre, la régulation suppose toujours que les autorités publiques, et notamment l'État, soient présentes dans des mécanismes qui appartiennent pourtant à un environnement de marché. Cela peut être requis parce que le marché, en tant qu'espace de rencontres massives d'offres et de demandes, produisant un prix adéquat grâce à une concurrence entre offreurs qui s'affrontent pour conquérir une clientèle par des prix et service toujours plus adéquats, innovants et de qualité, est « défaillant ». La régulation est alors une technique qui vient pallier ces défaillances. Celles-ci peuvent être passagères, lors d'un passage d'une économie de monopole à une économie de marché concurrentielle, ou définitive, lorsque des structures obligent à des monopoles (marché financier, réseaux de transport, etc.). La régulation prend alors une forme juridique obligatoire car c'est le marché lui-même dans sa défaillance qui implique l'intervention de contraintes, l'institution d'autorités, etc., des corpus techniques analogues dans l'ensemble des pays les ayant adoptés.
- 2 Mais la régulation peut aussi exprimer l'intervention de l'État dans le marché parce il veut imprimer sur celui-ci une politique publique (J. Chevallier, « Introduction », in S. Dormont, T. Perroud [dir.], *Droit et Marché*, LGDJ, 2015). Le droit de la régulation devient alors très différent de pays en pays, car chaque État développe sa propre vision de ce qui est bon pour le groupe social et pour l'économie.
- 3 Or, dans ces dimensions qui s'entrecroisent, car les secteurs ont à la fois des défaillances et temporaires et définitives, tandis qu'ils font aussi l'objet de politiques publiques, les entreprises qui y déploient leurs activités revendiquent des droits de propriété intellectuelle. Le droit de la concurrence leur est *a priori* hostile puisque la propriété intellectuelle confère un monopole, le principe concurrentiel ne pouvant l'admettre que sous le statut d'exceptions, avec les diverses justifications qui permettent à ces droits d'entraver la fluidité des marchés, voire l'entrée sur les marchés, la barrière à l'entrée, par exemple par un brevet, étant la première et la plus grave contrariété faite au principe libéral.

- 4 Mais l'économie de la régulation va tout au contraire faire bon accueil aux droits de la propriété intellectuelle (M. Vivant, « Propos introductif », in M. Vivant [dir.], *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2014, p. XI-XIII). Cela constitue une illustration de l'opposition entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence (M.-A. Frison-Roche, « Droit de la concurrence *versus* Droit de la régulation », in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet. Au-delà des codes*, Dalloz, 2011, p. 171-185). C'est pourtant une régulation particulière puisque l'État ne va pas intervenir via une autorité publique, mais en injectant dans les opérateurs des prérogatives privées, les propriétés intellectuelles, pour obtenir un effet structurel plus efficacement que par une décision publique, effet structurel que le seul dynamisme concurrentiel ne suffit pas à établir. Par exemple, les noms de domaine relèvent de cette logique, des auteurs appelant à un accroissement de leur régulation tant ils structurent Internet (P. Gilliéron, « Le nom de domaine : une régulation trop "marquée" ? », in M. Vivant [dir.], *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2014, pp.135-151). Ainsi, le mécanisme de la propriété intellectuelle peut être un moyen de pallier une défaillance structurelle de marché sans recourir à la lourdeur administrative des autorités publiques.
- 5 Mais conçu ainsi, c'est l'ensemble de la matière qui change, car son fondement en est modifié. En effet, si l'on reprend la conception que le droit se fait de ce pourquoi des prérogatives sont données à des personnes (droits) sur des créations ou des inventions, c'est pour les récompenser d'avoir inséré celles-ci dans un monde dans lequel ces objets n'étaient là et dont ils demeureraient absents sans l'inventivité de ces êtres humains. La puissance publique accorde ainsi, après la réalisation à l'inventeur et au créateur la reconnaissance qui lui est due, ce qui rend insupportable qu'un autre s'attribue ce qui est encore une partie d'eux-mêmes : l'œuvre, l'invention. Le monopole est ainsi justifié par son lien avec la personne.

L'économie de la régulation part sur des bases différentes. Imprégnée de l'idée générale que le droit est un outil pratique que l'on manie pour atteindre des buts, ce qui dépouille le droit de sa spécificité par l'analyse simplement économique qui en est faite, le postulat s'appliquant aussi bien à l'État qu'à l'opérateur privé, la « norme juridique » est un outil disponible pour obtenir ce que l'on veut. Ainsi, l'État dispose d'une « boîte à outil » (*toolbox*) contenant différents outils, qu'il utilisera. Parmi ceux, un outil de choix : la « propriété intellectuelle » dont il est le maître et qu'il attribue, retient, cède ou reprend suivant la politique qu'il mène au regard des résultats qu'il veut obtenir. La perspective, qui ne requiert plus de savoir juridique ni de considération pour les systèmes de droit nationaux, va devenir uniforme et l'économie de la régulation va mettre au centre les « droits de propriété intellectuelle » comme étant des outils aptes à atteindre un but poursuivi par l'État : inciter les entreprises à innover, faire entrer l'innovation dans leurs calculs. Le « droit de l'innovation » est la traduction juridique de cette conception écono-

mique née avant tout au Royaume-Uni et aux États-Unis, traduit en droit de l'Union européenne et transposée dans les droits nationaux.

- 6 La transfiguration a eu lieu. Traduite dans les textes, perceptible dans la jurisprudence, produisant des solutions étrangères à celles qu'aurait produites le droit classique centré sur la personne du créateur, parce que la régulation ne conçoit les droits de celui-ci que comme un outil pour atteindre un objectif dont il n'est que le vecteur : l'innovation. La réconciliation peut alors se faire avec le droit de la concurrence puisque celui-ci ne connaît que l'entreprise et le calcul, l'innovation n'étant qu'un moyen de produire du profit.

**II. – Incitation, investissement, rendement et coût, justifiant l'attribution du droit par l'État pour produire les comportements voulus par le politique : le raisonnement de régulation repris par la jurisprudence**

- 7 L'arrêt très célèbre dit *Mulholland Drive* est par ailleurs parfaitement expliqué dans le présent ouvrage par Stéphanie Carre en tant qu'il marque les contours de l'exception de la copie privée par rapport au droit de l'auteur, selon la démarche du « triple test » (voir les commentaires de S. Carre et M. Clément-Fontaine : n<sup>os</sup> 55-57 et 61-62). L'on s'attachera plutôt ici à souligner en quoi cet arrêt s'inspire par sa lettre même d'une perspective économique de régulation. Cela tient du fait qu'il examine le cas à la lumière du droit communautaire, lequel a tendance à penser le droit de la propriété intellectuelle à travers le principe premier du marché. Le vote en mars 2019 de la directive protégeant directement le droit d'auteur est une réaction à ce manque d'autonomie, mais a été obtenu avec difficulté.
- 8 L'arrêt pose que « l'exploitation normale de l'œuvre », celle qui justifie l'insertion de la mesure technique par le titulaire des droits dans le DVD entravant son usage par un tiers, « doit s'apprécier en tenant compte que l'incidence économique peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique ». Il est remarquable que cet arrêt déjà ancien (2006) se réfère au numérique et prend comme souci premier la soutenabilité du système numérique et non pas seulement un équilibre entre des « droits », puisque l'arrêt ne retient pas, comme le lui demandaient pourtant les associations d'usager, l'existence de « droit à la copie privée ». Il ne s'agit pas seulement d'une bataille de droit contre droit ; il ne s'agit pas d'un équilibre entre intérêts particuliers : il s'agit aussi d'une stratégie conçue par le législateur pour le bon développement du secteur digital, dont la concrétisation est remise aux mains du juge.
- 9 C'est ainsi que référence est faite aux coûts de production, à l'amortissement de ceux-ci et à l'exploitation du bien. Ces trois critères appliqués dans l'arrêt se retrouvent par exemple dans les techniques de tarification d'accès aux infrastructures de transport, dont le montant est fixé soit par

le régulateur et contrôlé par le Conseil d'État, soit par le gestionnaire de réseaux et peut donner lieu à un différend, dont la contestation engendrera à une jurisprudence judiciaire. L'ensemble est unifié par la jurisprudence communautaire qui affirme que ce qu'il en coûte aux tiers ne doit pas être un prix de marché, c'est-à-dire ce qui résulte de la rencontre des volontés par un contrat, mais un montant qui intègre les coûts et le rendement standard du capital. Cela correspond, ce qui est ici visé à travers la mention des « revenus nécessaires à l'amortissement des coûts de production », montrant que le maniement des droits de propriété intellectuelle n'est qu'une partition d'une œuvre plus générale : la régulation.

- 10 La difficulté est davantage dans l'absence d'un « outil » dans cette boîte qu'est devenu le droit : le régulateur... Et comme cela fut souligné par les auteurs, comment le juge, puisque faute de la grive qu'est le régulateur dans le droit de la régulation, l'on se tourne vers le merle toujours disponible qu'est le juge, peut-il porter une telle « appréciation » à la fois politique et stratégique, au regard de l'innovation qui est le bien commun de l'écosystème digital ?

### **III. – La segmentation sectorielle des droits de propriété intellectuelle par des jurisprudences ancrées dans des économies et des politiques spécifiques : que reste-t-il de l'unicité de la branche du droit de la propriété intellectuelle ?**

- 11 Le juge tient sa puissance du fait qu'il est généraliste et concrétise d'une façon particulière, à travers les causes dont on le saisit, les prérogatives générales des personnes. Cela fait sa force et sa faiblesse, tandis que le régulateur est souvent présenté comme une sorte de juge spécialisé qui peut et doit adapter les solutions aux spécificités des objets et prestations du secteur qu'il doit contribuer à construire et dont il doit maintenir les équilibres sur le long terme. Ainsi, dans l'arrêt *Mulholland Drive*, pour écarter l'exception de copie privée, parce que le raisonnement requis relève de la régulation, il est demandé au juge de procéder comme un régulateur, c'est-à-dire de se référer aux « risques inhérents au nouvel environnement numérique », le risque étant le souci majeur des droits sectoriels de la régulation.
- 12 Cette dimension sectorielle est si importante dans le droit de la régulation qu'elle entre dans la définition même de celui-ci : s'il y a des autorités de régulation sectorielle c'est parce ces différents secteurs souffrent de défaillances spécifiques et/ou c'est la spécificité de tels ou tels objets ou activités qui justifie cette main visible de l'État, dans cette théorie pourtant libérale de la régulation. Des principes, règles et raisonnements constituent certes ce que l'on doit désigner comme un « droit commun de la régulation », mais s'y superposent des droits sectoriels. C'est même ainsi que ce droit est né, souvent cristallisé par des autorités sectorielles, par exemple l'ARCEP pour les télécommunications ou l'AMF pour les marchés financiers. Par nature, la spécificité des objets eux-mêmes

pénètre dans les règles et décisions juridiques. L'imprégnation se fera de la même façon dans la propriété intellectuelle, pulvérisant celle-ci en autant de branches qu'il y a de secteurs, puisque l'outil qu'est la propriété intellectuelle n'est pas du tout manié de la même façon si l'on est en matière financière, en matière numérique ou en matière de santé.

- 13 Ainsi, les brevets sont au cœur de la politique de la santé. Cela oriente des décisions de justice qu'un juriste orthodoxe qualifierait volontiers de *contra legem*. En effet, tant qu'un titulaire est dans son droit, un tiers ne peut en disposer. Jusqu'au dernier moment. Si le bénéficiaire d'un brevet constate qu'un tiers dispose de l'invention, même quelques jours avant l'expiration du monopole, il est en droit de demander protection au juge du fait de cette contrefaçon.
- 14 Mais ce n'est pas tenir compte de la régulation du secteur du médicament, sous deux angles, explicités par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 décembre 2012, dans un litige qui opposa deux opérateurs majeurs du secteur, *Sanofi-Aventis* et *Novartis*, le premier voulant produire un générique, le second étant titulaire du brevet sur le médicament *princeps*.
- 15 La Cour considère que le « génériqueur » ne doit pas être sanctionné pour trois raisons : les deux premières de nature économique, la dernière de nature politique. En premier lieu, économiquement le laboratoire *princeps* avait déjà rentabilisé son investissement : « les investissements effectués pour découvrir le produit *princeps* ont été compensés par la protection accordée par le brevet et le CCP pendant plusieurs années ». Dès lors, il n'est plus besoin de le protéger. Cela signifie implicitement, mais nécessairement, que peu importe qu'un tiers ait violé son droit (v. IV sur la question des « droits »).
- 16 L'on retrouve le même calcul des coûts et des rendements. Ici, le rendement ayant été suffisant, l'État peut cesser sa protection, comme on retire une échelle, l'opérateur ayant suffisamment grimpé. La notion de droit subjectif, qui devrait être consubstantielle au droit de propriété intellectuelle, n'est pas présente dans cette analyse de « coût/bénéfice ». L'on retrouve l'idée économique commune, présente dans l'arrêt *Mulholland Drive* que le titulaire a eu les « revenus nécessaires » pour couvrir les « coûts de production » et cela suffit donc... On voit ici que l'économie a remplacé le droit. On peut le concevoir, les économistes trouvant le raisonnement évident pour inciter aux investissements, éviter les rentes, etc. Le droit s'en trouve un peu dépourvu.
- 17 La deuxième raison, toujours de nature économique, est « l'absence de préjudice ». L'arrêt affirme que le préjudice vient de la mise sur le marché du générique, mais cela est du fait du système de santé lui-même, les juges visant « le préjudice résultant de la mise sur le marché de tels produits qui entraîne nécessairement une perte de marché ». Mais lorsqu'on est titulaire d'un droit et qu'un tiers le méconnaît, l'on n'a pas à prouver l'existence d'un préjudice, c'est la différence entre une situation de droit et une situation de fait, c'est l'avantage même d'être titulaire d'un droit subjectif.

- 18 On se demande alors pourquoi avoir donné une sorte de passe-droit au « génériqueur » ? La raison est d'ordre public. Elle n'est pas cachée par l'arrêt : « l'existence de produits génériques est favorisée par les pouvoirs publics dans un souci de santé publique ». C'est pourquoi, quand on le peut, il faut donner raison au « génériqueur ». Est-ce au juge de faire cela ? Est-ce même au régulateur de faire cela ? Cette *ratio legis* qui justifie pleinement l'adoption de tel ou tel texte en faveur des génériques, tandis que des textes allant en sens opposé seront pris au bénéfice du laboratoire de *princeps* pour favoriser l'innovation (et donc l'investissement dans la recherche et donc le prolongement dans le temps des brevets), peut-elle être reprise comme *ratio decidendi* par un juge, et lui servir de base dans une décision de justice ?
- 19 La question plus générale et déjà présente dans l'arrêt *Mulholland Drive* est de savoir si le juge devient lui-même un régulateur dans les secteurs régulés. Le juge a naturellement tendance à répondre par l'affirmative. Le Conseil d'État le fait ouvertement, se qualifiant comme « régulateur des régulateurs ». Les juges judiciaires le font implicitement, par le maniement du droit classique, ici de la propriété intellectuelle.
- 20 Mais que devient le droit classique si le droit de la propriété intellectuelle est un outil en vrac dans la boîte de l'économiste qui le tend à l'organisme public avec un « tas » d'autres normes ? Cela engendre des tensions ou transformation car le droit de la régulation, en tant qu'il vise à prendre en charge sur le long terme des systèmes ne peut se réduire à des rapports individuels de prérogatives et d'obligations. Il ne peut alors que transformer comme ici la notion de « droit », de « préjudice » et donc de « responsabilité ».

**IV. – La distribution par le juge des responsabilités sur les opérateurs par la seule considération de l'efficacité systémique de la protection des innovations : la transformation par le droit de la propriété intellectuelle de la régulation en Compliance**

- 21 Le droit de la propriété intellectuelle appartient classiquement au droit privé. Mais la régulation ne connaît pas cette *summa divisio* entre le droit public et le droit privé. Ainsi, pour l'efficacité du système de santé et la volonté politique de favoriser le générique (notamment pour alléger les finances publiques), la notion de droit subjectif sera mise au second plan (v. préc.). De la même façon et par nature, la régulation est systémique. Les droits subjectifs sont « médiats », c'est-à-dire qu'ils sont conférés par l'État pour que leurs titulaires soient incités à avoir des comportements qui servent un but qui est visé par l'État et qui devient, à travers l'action individuelle, concrétisé. Par exemple, l'innovation.

- 22 Mais ces buts peuvent être très divers et la propriété intellectuelle se prête particulièrement bien à la technique des incitations, cœur de l'économie de la régulation, puisqu'on postule que les personnes ne chercheront à créer et à inventer que pour devenir riches ou célèbres (fonction d'utilité) et non pas par amour du beau, du vrai et du bien.
- 23 Seront posés sur la tête des opérateurs aussi bien des droits que des responsabilités non pas parce-qu'ils l'auraient mérité (récompense pour les droits, punition pour les responsabilités), mais parce que cela est utile pour le fonctionnement optimal du système et qu'ils sont en position d'avoir cette charge.
- 24 De ce raisonnement qui est la base de tout le nouveau droit de la *compliance* (M.-A. Frison-Roche, «Le droit de la Compliance», *D.* 2016. chron. 1871-1874), l'arrêt rendu par la première chambre civile le 6 juillet 2017, *SFR, Orange, Free, Bouygues télécom et a.* est exemplaire.
- 25 En 2006, la jurisprudence pouvait encore dans l'arrêt *Mulholland Drive* ne se référer qu'à un « environnement numérique » (v. préc.). En 2017, nous vivons à l'intérieur d'un monde digital. L'État a organisé un système de blocage des sites dont le contenu est illicite, la principale hypothèse étant celle des sites de téléchargement illicite. Une injonction peut être obtenue du juge et les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) opèrent techniquement le blocage. La jurisprudence des juges du fond choisit de faire porter le coût de cette autre sorte de mesure technique sur ceux-ci. Ceux-ci contestent ce coût car comment pourraient-ils devoir payer puisque, par ailleurs, des textes de niveau européen les déclarent expressément non-responsables du contenu de ces sites ?
- 26 La Cour de cassation maintient pourtant la solution. La raison en est simple : personne d'autres que les FAI n'ont assez d'argent pour supporter les coûts de cette mesure technique sans laquelle l'affirmation de principe comme quoi il doit y avoir blocage d'accès à ce site n'a plus aucune effectivité. L'arrêt prend soin de souligner que les organes représentant les professions pillées, déjà financièrement fragiles, seraient économiquement incapables de la supporter. L'arrêt précise le dispositif en mettant à la charge des FAI l'obligation de prouver qu'une telle charge leur « imposerait des sacrifices insupportables » ou « mettrait en péril leur viabilité économique ». Sauf à en mourir, à eux de rendre effective la volonté politique de rendre effectifs les droits de propriété intellectuelle !
- 27 Pourtant les FAI ne sont pas responsables de ce qui se passe dans les sites... Mais la justification est dans l'arrêt même et tient dans le double sens du mot « responsabilité ». Certes ils ne sont pas les auteurs et ce n'est pas à ce titre qu'ils doivent payer. Il ne s'agit pas d'une punition. Comme le dit l'arrêt : « la prise en charge par ces intermédiaires du coût des mesures de blocage et de déréférencement ordonnées était strictement nécessaire à la préservation des droits en cause ». Cela signifie que s'ils ne le font pas eux, personne ne pourra le faire. Or, il faut que cela soit fait. Sinon tout le système est inefficace. Or, il doit être effectif. Donc, ils doivent le faire : c'est une responsabilité *ex-ante*.

- 28 Comme le dit expressément la Cour de cassation, ce sont eux qui sont en position, en tant qu'« intermédiaire » et parce que leur puissance économique le leur permet et jusqu'à ce qu'ils démontrent que leur viabilité en serait menacée, de faire en sorte que les droits de propriété intellectuelle, dont certains ont pu dire que de fait ils n'existaient plus sur Internet, puissent par la technique du blocage être effectifs. Ainsi, comme le demande Alain Supiot, la responsabilité est « prise au sérieux » (A. Supiot, *Prendre la responsabilité au sérieux*, Fayard, 2015) : le juge pose que l'opérateur le plus à même de rendre le système effectif doit le porter, techniquement et financièrement. Dès lors, c'est la totalité du système, ici l'effectivité des droits d'auteur, de la création et de l'innovation dans un monde devenu numérique, qui est internalisé, dans les FAI. Ce raisonnement, clair et net dans l'arrêt, se déploie d'une façon plus générale dans un droit qui embrasse aussi la propriété intellectuelle : le droit de la *compliance* (M.-A. Frison-Roche, *L'apport du Droit de la Compliance dans la Gouvernance d'Internet*, rapport au Gouvernement, 2019).
- 29 Celui-ci internalise dans des opérateurs cruciaux en position de rendre efficaces des règles et atteindre des buts que d'autres ont posés ; ils en deviennent responsables. Les opérateurs numériques cruciaux, non seulement les FAI mais encore les plateformes, ont vocation à devenir débiteurs des droits de propriété intellectuelle, si l'on veut encore que celle-ci existe dans un monde renouvelé par la digitalisation. Dans ce mouvement, ce ne sont pas les textes mais la jurisprudence qui, comme dans cet arrêt, montre une voie à suivre, où la *Compliance* prend le relais de la régulation, à la fois systémique, objective et dans laquelle la notion de responsabilité est centrale.

M.-A. Frison-Roche

