

## Propriétés intellectuelles Le droit favorise-t-il l'innovation ?

Colloque de Sciences Po du 22 mai 2003

Le droit doit-il protéger l'innovation ? par Guy Canivet .....	60
La propriété intellectuelle et l'innovation - Analyse économique du droit, par Ejan Mackaay .....	61
Droit de l'innovation, droit à l'innovation : un droit en devenir, par Alain Bensoussan .....	68
La protection juridique de l'innovation aux confluent de l'économie et de l'éthique, par Pierre-Yves Gautier .....	70
Vers une rente pour autrui, par Marie-Anne Frison-Roche .....	73

**É**voquer les droits de propriétés intellectuelles, c'est avant tout poser des questions : pourquoi instituer de tels rentiers ? Comment assurer la récompense de l'effort inventif ? L'usage des mots est déjà un choix moral et politique. En termes pratiques, quel rapport entre le désir d'innover, la revendication de bénéficiaire de l'innovation, et le pouvoir du droit ? Faut-il conserver une conception suave de la création ou penser à partir des calculs de rentabilité ? On retrouve le cœur du drame qui a gagné les forums internationaux : le rapport entre le goût de créer et les bienfaits du marché. Le droit en est l'arbitre. De quoi faire trembler les législateurs, les offices de brevet et les juges et justifier, à tout le moins, qu'on remette encore sur le métier ces questions déterminantes.

L'Association des étudiants du DESS de droit et d'économie de la globalisation et les étudiants de la Majeure de droit des activités économiques de Sciences Po ont choisi avec l'audace nécessaire et le calme requis d'aborder le thème par ce versant de la

jeunesse : l'innovation. Avec le soutien du Forum de la régulation de Sciences Po, ils ont conçu de saisir le sujet de plusieurs façons, sans doute pour mieux faire monter la contradiction, et on les félicitera de cette bonne méthode, qui mêle non pas seulement différents savoirs mais encore différentes places (celles du juge, de l'avocat, du théoricien), voire diverses sensibilités, par exemple l'intégration plus ou moins marquée du souci de la prospérité du marché ou bien l'adhésion à l'éthique de la création. Le droit, les opinions qu'il draine et qui se cristallisent dans les règles, naît de ces inclinations. Elles restent perceptibles dans la forme assagie de l'écrit dont rend compte ce dossier mensuel de *Droit & Patrimoine*\*

Marie-Anne Frison-Roche, Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris, Directeur du Forum de la régulation

### notes

\* Je tiens à féliciter et à remercier Juliette Méadel, ATER à la faculté de Paris XIII et doctorante à Paris II, Thomas Ricard, étudiant en droit à Sciences Po et à Paris II, Antonin Lévy et Alexandra Loran, diplômés du DESS de droit et de globalisation économique de Sciences Po et de Paris I, dont le sérieux, la clarté de leur conception, le sens de l'organisation et l'endurance ont rendu possible la tenue de cette rencontre et la présente publication.

# Le droit doit-il protéger l'innovation ?



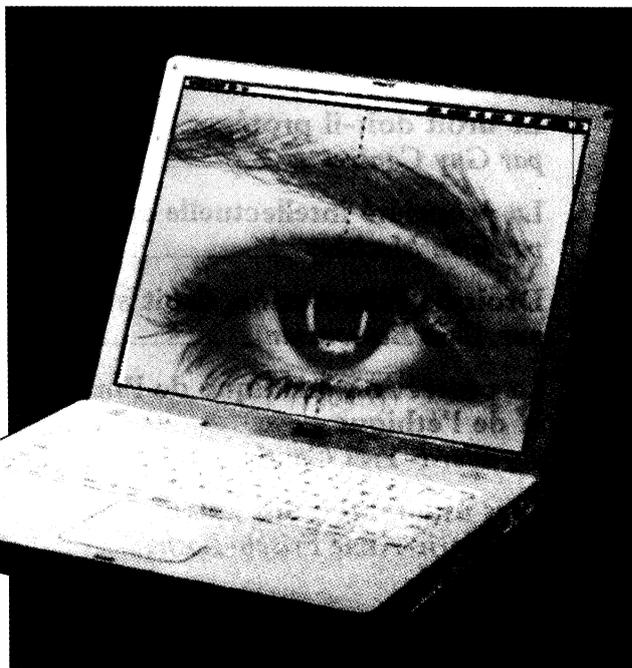
Par **Guy Canivet**,  
Premier président  
de la Cour de cassation

**Introduisant le thème de la contribution du droit au développement de l'innovation, le Premier président Canivet montre qu'il existe, dans notre système juridique, tous les instruments normatifs requis pour mettre en œuvre un droit autonome de l'innovation. La question est alors : quel objectif le législateur doit-il poursuivre dans cette matière ?**

**D**ans son sens commun, et dans son sens le plus large, l'innovation désigne tout changement introduit sciemment dans l'économie par un agent quelconque, et ayant pour but et pour résultat une utilisation plus efficiente ou plus satisfaisante des ressources.

La théorie économique classique déduit de cette définition cinq cas d'innovation : la fabrication d'un bien nouveau ; l'introduction d'une méthode de production nouvelle ; la réalisation d'une nouvelle organisation ; l'ouverture de débouchés nouveaux ; et enfin, la conquête de nouvelles matières premières ou de produits semi-ouvrés. À partir de ces généralités qui mériteraient sans doute d'être corrigées, et qui le seront certainement, enfin je l'espère, les micro-économistes ont identifié les voies qu'utilise le progrès pour apparaître et se propager en distinguant la genèse de l'innovation, son introduction sur le marché, et sa propagation.

Ce cadre étant plus que schématiquement tracé, on peut avoir une conception large de l'interrogation qui est le sujet de ce colloque : « *Le droit favorise-t-il l'innovation ?* », et comprendre l'étude de tous les domaines du droit qui intéressent chacune de ces phases. Il s'agirait alors d'examiner les dispositions qui régissent l'invention, la recherche et le développement, les structures de la création technique, les sources de l'innovation, la croissance des firmes,



l'investissement dans l'innovation, sa diffusion, enfin son induction.

Autant dire que c'est l'intégralité du système juridique qui est intéressé, à la fois dans ses aspects généraux – droit des contrats par exemple – et dans ses aspects techniques – droit fiscal, car il y a un droit fiscal de l'innovation. Tout le système juridique est donc concerné. Aussi bien dans le domaine public que dans le domaine privé, dans ses sources nationales que dans ses sources communautaires. Il est évident que dans le cadre limité de ce colloque, c'est une conception beaucoup plus réduite du sujet qui a été choisie, limitée à l'appréciation de l'efficacité des règles qui affectent directement les mécanismes de l'innovation, c'est-à-dire celles qui protègent directement l'invention. L'invention au sens technique, droit des brevets. Plus largement, le droit de la propriété intellectuelle. Et, par extension, toute catégorie d'idée innovante dans le secteur économique et commercial.

L'étude de ces règles se fera sous deux angles différents. D'abord, selon celui des techniques de l'analyse économique du droit au travers de l'intervention du professeur Mackaay. Puis, dans un second temps, celui de la pertinence juridique, c'est-à-dire de l'adaptation du droit de la propriété intellectuelle largement entendu aux fins de protection de l'innovation. Maître Alain Bensoussan et le professeur Pierre-Yves Gautier traiteront de ce thème. Le professeur Marie-Anne Frison-Roche conclura ce dossier.

# La propriété intellectuelle et l'innovation - Analyse économique du droit

Par Ejan Mackaay, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, rattaché au Centre de recherche en droit public

**L'analyse économique du droit permet d'évaluer le rôle de la propriété intellectuelle dans la stimulation de l'innovation et de formuler des recommandations en matière de politique juridique pour lui faire jouer ce rôle de la meilleure façon. Le professeur Mackaay se livre à cette analyse.**

Le droit favorise-t-il l'innovation ? La réponse est sûrement qu'il peut le faire et a mission de le faire. De multiples facettes du droit peuvent soutenir l'innovation. Il suffit de penser aux montages financiers ou à la structuration des projets conjoints, par contrat et sous les formes prédéfinies qu'offre le droit des sociétés commerciales. Le droit cherche aussi à favoriser l'innovation par la propriété intellectuelle dans ses différents volets : brevets, marques, droit d'auteur, protection du secret et du savoir-faire, noms de domaines. Mais, pour autant, le droit favorise-

t-il effectivement l'innovation et, dans l'affirmative, est-ce de façon optimale ? C'est la question que je me propose d'aborder ici.

Pour fixer les idées, permettez-moi de rappeler deux questions de l'actualité à l'intersection du droit et de l'innovation.

Premier sujet d'interrogation : l'« oncosouris », mieux connue sous son nom anglais comme la « *Harvard mouse* ». Il s'agit d'une souris génétiquement modifiée pour être spécialement susceptible de développer des cancers et qui est utilisée dans la recherche médicale. Elle est brevetable aux États-Unis et en Europe mais pas au Canada, un petit coin dans l'univers qui résiste, avec une décision solidement motivée de la Cour suprême du Canada (1).

Deuxième sujet d'interrogation : la durée du droit d'auteur a récemment été rallongée de vingt ans. Depuis la directive européenne de 1993 (2) et la législation nationale qui a suivi dans les différents pays, le droit d'auteur, qui jusque-là était accordé pour la durée de la vie de l'auteur et pendant 50 ans après sa mort, a été prolongé à 70 ans après le décès. Miraculeusement, les États-Unis ont suivi l'exemple européen en 1998. Disney, cherchant à éviter que Mickey Mouse tombe dans le domaine public, a fait du lobbying soutenu pour l'adoption de cette modification de la loi sur le droit d'auteur américaine. Et de nouveau, le Canada n'a pas suivi.

Il est instructif d'observer l'évolution de la durée du droit d'auteur.

Voici, à titre d'exemple, les données pour les États-Unis (3). À l'origine, quand les États-Unis ont légiféré pour la première fois sur le droit d'auteur, la durée de protection était de 28 ans, c'est-à-dire 14 ans au départ avec possibilité de renouveler une fois. Puis cette durée a été augmentée à 28 ans, prolongeable de 14 ans. La durée est passée de 28 ans, prolongeable de 28 ans. Ensuite, à 42 ans prolongeable de 28 ans. En 1976, les États-Unis ont suivi le reste du monde en disant la vie plus 50 ans et donc maintenant la vie plus 70 ans. Vous constatez une progression continue. J'allais presque dire que c'est une autre loi de Moore. Selon la loi de Moore en matière d'innovation, tous les 18 mois, on double le nombre de circuits intégrés qui peuvent se placer sur une seule microplaquette. Mais ici, on est dans le domaine du droit d'auteur et tous les cinquante ans, on double la durée de ce droit. Si on veut dépasser le simple niveau du droit positif, il faut se poser la question de savoir si, avec ces développements, nous sommes sur la bonne voie, s'ils constituent une « bonne chose » pour nous tous. C'est cette question que je voudrais aborder ici.

## notes

(1) *Harvard College c/ Canada* (Comm. aux brevets), 2002 SCC 76 (disponible sur <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/>).

(2) Dir. n° 93/98/CEE, 29 oct. 1993, relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, JOCE 24 nov. 1993, L 290, p. 9.

(3) Données provenant de [http://www.tomwbell.com/writings/\(C\)\\_Term.html](http://www.tomwbell.com/writings/(C)_Term.html).

**L'analyse économique du droit pour examiner des questions de *policy*.**

La première question à poser à propos de ce problème de *politique juridique*, si je peux dire, est : où chercher la réponse ? Se trouve-t-elle dans la jurisprudence ? Malgré le respect que j'ai pour M. Canivet, je répondrai : non. Ou peut-être oui, mais alors le juge a-t-il puisé lui-même dans d'autres sources. Je vous propose de regarder de plus près une de ces autres sources, l'analyse économique du droit.

L'analyse économique du droit propose de juger les règles juridiques par leurs effets. Elle soutient que la prise en compte des effets explique souvent la nature des règles. Cela peut apporter un éclairage intéressant pour le juriste ou celui qui se pose plus largement des questions de politique juridique.

Pour l'essentiel, l'analyse économique soutient que les règles produisent leurs effets en modifiant les coûts et avantages auxquels font face les différents acteurs dans la vie sociale. Par conséquent, à chaque changement de règles, les gens vont réagir en cherchant la voie qui leur procure les avantages les plus importants et les coûts les plus faibles. Vous pouvez donc, dans une certaine mesure, prévoir leur réaction au changement de règle. Si vous faites cet exercice pour tous les acteurs touchés par une règle, vous pouvez vous faire une bonne idée sur la façon dont les interactions vont se dérouler sous la règle modifiée. Vous pouvez alors poser un jugement raisonné, qui éclaire la raison d'être de la règle. Par exemple, si vous examinez le droit de la responsabilité civile extracontractuelle, vous vous rendez compte que, remarquablement, la faute, la causalité, les dommages accordés – qui doivent être égaux au dommage prouvé – ont tous des fonctions précises, dont le but apparent est d'amener chacun à ajuster le niveau de ses précautions face aux dangers que posent certains types

d'interactions, minimisant globalement les coûts liés aux accidents et à leur prévention.

**Les outils d'incitation à la création.**

Une analyse semblable peut être entreprise pour mettre en lumière le rôle que joue la propriété intellectuelle vis-à-vis de l'innovation. Comme mise au jeu, considérez cette citation : « *Aucun auteur n'acceptera de consacrer ses labeurs à instruire ses contemporains si le piratage était permis* ». Elle a l'air moderne ; elle remonte pourtant à la Révolution française (4). Les problèmes que nous nous posons sont donc loin d'être nouveaux. De tout temps, on a cherché à stimuler l'innovation. Des moyens très variés ont été employés. On peut d'abord parrainer des créations précises ou l'ensemble des créations réalisées par telle ou telle personne. Historiquement, cela a été une façon de stimuler la création musicale par exemple. En deuxième lieu, l'État a toujours stimulé l'innovation par des contrats de fourniture, notamment en matière militaire et de protection contre d'autres types de dangers (les Hollandais et leurs digues !). Vous pouvez également, en troisième lieu, accorder des sommes, des subsides, des bourses, des prix, des distinctions, des médailles pour provoquer des inventions précises. Enfin, vous pouvez faire appel à la propriété intellectuelle.

Ces moyens incitatifs ont des points d'attrait et des inconvénients différents. Le parrainage privé est intéressant en ce qu'il promet une rémunération à la personne qui crée. En revanche, la création ainsi stimulée est orientée vers ce qui intéresse particulièrement le parrain. Cela ne correspond pas forcément à l'intérêt de tout le monde. Pour ce qui est du contrat de fourniture avec l'État, là encore il convient bien pour des innovations spécifiques dont on connaît à l'avance les contours ; mais de nouveau, on ne peut pas être assuré

que cela profite nécessairement à tout le monde. Pour les subsides, les octrois, les bourses, en d'autres termes les fonds octroyés pour la création, comment s'assurer que la décision sur le type de création qui doit être spécialement stimulée représente l'intérêt général ? Malgré l'intention généreuse, cette approche pose un problème d'information : comment savoir ce qui fait l'intérêt de tous ? Le problème paraît insoluble si on veut éviter un diktat décrétant quelle innovation est importante. On peut certes, par exemple, accorder une bourse importante pour celui qui invente une nouvelle façon de calculer la longitude du bateau en haute mer, ce qui présente un intérêt pratique considérable (5). Les prix pour différents types d'innovations ont certainement un effet stimulateur. Mais constituent-ils toute l'incitation à la création dont nous avons besoin ? Steve Jobs, qui, redevenu président d'Apple, a développé le « Macintosh » sur lequel ces lignes sont écrites n'a pas eu besoin du prix Nobel pour le faire. Pourtant, il a bien innové et je suis très content de ce qu'il a fait. Ce n'est pas avec les seuls prix, distinctions, médailles que l'on oriente l'ensemble des innovations vers ce qui importe pour l'économie globalement, pour nous tous. Nous n'avons pas encore de mécanique générale et ouverte de stimulation d'innovation. Cette mécanique se trouve dans la propriété intellectuelle, que nous devons maintenant examiner.

**La propriété intellectuelle comme espèce de propriété.**

La propriété intellectuelle doit être considérée comme une espèce de

### notes

(4) C. Hesse, *Publishing and cultural politics in revolutionary Paris, 1789-1810*, Berkeley, University of California Press, 1991, p. 91.

(5) Lire par exemple le récit fascinant de D. Sobel, *Longitude - The true story of a lone genius who solved the greatest scientific problem of his time*, New York, Penguin Books, 1995.

propriété. Je dis bien « une espèce » car, si elle présente certains traits communs avec la propriété classique sur les biens matériels, elle s'en distingue aussi dans des aspects essentiels. Ses spécificités tiennent à son objet : des formes d'information. Il faudra s'interroger sur ce qui est particulier à l'information afin de mieux comprendre pourquoi la propriété intellectuelle est structurée comme elle l'est.

Toute forme de propriété présuppose un certain contrôle sur l'objet. Sans contrôle, vous aurez ou bien un sous-développement de l'objet que l'on voudrait gérer ainsi, ou bien une surexploitation. Du fait qu'on ne peut directement contrôler les stocks de poissons, par exemple, il y a surpêche. Le sujet est de grande actualité au Canada : cette année, le Canada a carrément décrété l'arrêt de la pêche à la morue. Le problème vient de ce que le poisson se prête mal au contrôle, qui est une condition essentielle de la propriété ; l'absence de contrôle empêche la propriété de jouer son rôle, qui est d'assurer une gestion presque automatique de ce qui est précieux et non abondant.

Si le contrôle de l'objet peut être réalisé, il faut alors examiner comment est structurée cette exclusivité. Elle donne à son titulaire le droit de décider de ce qui va être fait de l'objet et des fruits qui en résultent. En liant les deux, vous créez une boucle de rétroaction immédiate qui a un effet incitatif important. Vous décidez de ce que vous voulez faire de votre propriété. Si vous visez juste, vous allez être rémunéré de manière presque automatique ; si vous visez mal, vous disparaîtrez du circuit par la faillite ou en vous faisant acheter par un tiers. Ce lien automatique entre la création que vous avez façonnée et votre rémunération, qui traduit l'utilité que l'ensemble des usagers attache à votre création en l'achetant, est une caractéristique qui distingue la propriété intellectuelle des autres moyens évoqués pour sti-

muler la création. La propriété est un incitatif « automatique » et décentralisé.

La troisième prérogative que vous donne la propriété est celle de transférer l'objet. Cette option multiplie l'effet incitatif qui résulte déjà de la combinaison des deux premiers droits, du fait que d'autres personnes pourraient éventuellement vous faire une offre de reprendre votre droit si elles pensent pouvoir faire une exploitation encore plus intéressante du point de vue des usagers que vous ne le faites. De plus, le transfert rend possibles des marchés, ce qui permet le développement des prix. Le marché attache des prix à différentes utilisations possibles, les plaçant ainsi sur la même échelle et permettant de mieux les comparer.

Voilà les avantages de la propriété et les raisons pour lesquelles on a si souvent recours à cette institution dans nos sociétés modernes. Il convient maintenant d'étudier les spécificités de l'information comme objet de propriété.

#### **L'information, objet de la propriété intellectuelle.**

L'objet de la propriété intellectuelle est toujours une forme d'information. Mais l'inverse n'est pas vrai ; toute information n'est pas nécessairement objet de propriété intellectuelle. L'information se trouve partout. Toutes les décisions qu'on prend, les noms et adresses des amis et des endroits où l'on fait ses emplettes, les mots que j'utilise ici ... tout cela est de l'information. On ne peut tout de même pas penser que la propriété intellectuelle a mission de gérer tout cela. La plupart de ces informations sont créées et diffusées sans qu'on y pense trop. Elles se passent du système d'encouragement que constitue la propriété. Mais certaines informations ont besoin d'être spécialement créées ; leur création nécessite un incitatif spécial, quelque chose qui ressemble à un droit de propriété.

Seulement, quand on envisage de créer un droit de propriété avec les caractéristiques que l'on vient de voir, on a un problème avec l'information. L'information pose un problème de contrôle dans tous les cas où sa création demande des efforts particuliers alors que, une fois mise en circulation, elle paraît échapper à toute emprise. Souvent, comme nous pouvons le constater sur internet, l'information peut être reproduite à un coût très faible ; de plus, son utilisation par une personne ne gêne pas normalement l'utilisation par une autre. Ces deux caractéristiques amènent les économistes à considérer l'information comme un *bien collectif*.

La première caractéristique laisse prévoir une difficulté avec l'exclusivité qui est une condition de toute forme de propriété. Quant à la deuxième, elle soulève un problème relatif au prix. Normalement, un objet devrait être négocié sur le marché à son coût marginal, c'est-à-dire au coût de fabrication de la dernière unité vendue de cet objet. Or, si on peut reproduire l'objet à un coût faible ou nul et si un utilisateur peut partager son information avec une autre personne, sans se priver lui-même de l'usage, on devrait théoriquement le vendre à un prix nul. Tout prix positif est arbitraire et créerait une distorsion, en orientant, à tort, les gens vers des substituts. Le marché paraît donc « échouer ». Certains ont voulu y voir une raison pour recommander que l'État prenne en charge ou subventionne la création de l'information (6). Mais c'est désespérer trop vite de l'inventivité humaine. Si un objet intellectuel promet des gains lorsque l'on réussit à assurer une exclusivité suffisante, on peut parier que les inventeurs se mettent à l'œuvre : l'information peut être directement contrôlée par des techniques de cryptage ou par des techniques contractuelles, entre partenaires commerciaux dans un projet conjoint ou même par une

licence de type « *shrinkwrap* » ou « *clickwrap* » sur l'internet ; elle peut être vendue en liaison étroite avec les produits que l'on peut bien contrôler (l'information sur la qualité du bien est vendue dans un grand magasin avec le bien lui-même et la garantie de celui-ci) et bien d'autres techniques. Une exclusivité de fait liée à la liberté contractuelle et un appui minimal du droit contre les abus flagrants suffisent en réalité pour créer ce qu'on pourrait appeler un proto-droit de propriété intellectuelle (7). Le droit peut cependant renforcer ce développement au moyen des droits de propriété intellectuelle consacrés par la loi.

Il y a une autre caractéristique de l'information qui doit retenir l'attention. C'est que l'innovation est souvent *cumulative* : l'innovation actuelle s'appuie sur des innovations antérieures et souvent les incorpore. Cela veut dire que l'exclusivité nécessaire pour la propriété sur la création réalisée risque de constituer en même temps un blocage pour les créations à venir. Les titulaires de droits sur les innovations déjà réalisées pourraient se servir de leurs droits de manière à exclure une concurrence qui réduit les revenus qu'ils retirent de leur invention.

Certains ont proposé le terme « *anti-commons* » pour ce phénomène. Les « *commons* » - vaines pâtures autour des villages médiévaux - ont été utilisés comme image pour indiquer que l'absence de droits exclusifs mène à une surexploitation et donc à la ruine collective. Historiquement, ce scénario est inexact, mais l'image est restée. Dans l'« *anti-commons* », on aurait le phénomène inverse : trop de droits peut conduire à un blocage et donc à l'absence d'exploitation (8). La porte qu'on ouvre à la créativité actuelle, en instituant un droit exclusif sur une invention réalisée, se ferme d'autant pour la créativité à venir. Ce danger guette directement l'innovation de filiation.

Le problème est en fait plus général. Tout droit intellectuel arbitre entre la créativité réalisée et celle qui est à venir. L'absence de protection compromet la créativité qui doit être spécialement stimulée ; mais la protection trop forte le fait aussi par son effet sur l'avenir. Les droits de propriété intellectuelle, quel que leur soit libellé, reflètent tous un compromis entre ces deux tendances. Toute modification de ces droits, y compris le processus effleuré ci-dessus par lequel se créent des « proto-droits », touche aux incitations à la créativité et donc à l'innovation.

### Objectif sous-jacent de la propriété intellectuelle : l'innovation.

Ces considérations pointent vers ce qui doit être considéré comme l'objectif sous-jacent de toute forme de propriété intellectuelle, même informelle, soit *la maximisation de l'innovation globale au sein de la société*. Le rapport avec l'innovation - thème de notre dossier - est donc de l'essence de la propriété intellectuelle.

Ce point de vue permet d'éclairer les grands contours des droits intellectuels que nous connaissons (9). Elle explique pourquoi les idées sont de libre parcours ; pourquoi il faut une certaine mesure de créativité, variable selon les droits, pour avoir accès à un droit intellectuel ; pourquoi certains usages ne sont pas soumis au droit exclusif du titulaire : à l'examen, ils s'avèrent généralement propices à la créativité qui s'appuie sur les créations existantes pour les dépasser (comme l'innovation de filiation). Le rapport entre la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence se trouve également élucidé : la propriété intellectuelle peut restreindre la concurrence par produit identique, mais doit tolérer la concurrence qui passe par l'innovation. La doctrine de l'épuisement des droits ouvre cependant légèrement la porte à la concurrence par produit identique dans un marché secondaire.

Si cette lecture est exacte, la conséquence normative qui en découle est qu'il faudrait, dans les modifications apportées aux droits de propriété intellectuelle en réponse aux changements technologiques, maintenir le cap sur la maximisation de l'innovation. Quels sont les facteurs modulables dans la mise en forme de la propriété intellectuelle ? Il me semble que l'on peut en discerner quatre.

### Les composants modulables de la propriété intellectuelle.

On peut, tout d'abord, moduler les conditions d'octroi. L'exigence de nouveauté ou d'originalité peut être plus ou moins élevée. Par l'acceptation de la brevetabilité des méthodes de mise en marché (y compris le *one-click purchase* d'Amazon.com), l'exigence de nouveauté me paraît avoir été implicitement rabaissée. Il convient de rappeler que plus ces conditions d'octroi sont exigeantes, moins vous aurez d'innovation, mais plus vous ouvrirez la porte à la créativité de filiation.

### notes

(6) Les articles classiques sur cette question sont K. J. Arrow, *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, in *The rate and direction of inventive activity : economic and social factors*, Princeton, Princeton U. P., 1962, p. 609 et s., reproduit in *The economics of information and knowledge*, sous dir. de D. M. Lambertson, Harmondsworth, Penguin Books, 1971, p. 141 et s. ; mais v. aussi la réponse de Demsetz : H. Demsetz, *Information and efficiency : another viewpoint*, 1969, 12, in *Journal of law and economics*, 1-22, reproduit dans *The economics of information and knowledge*, sous dir. de D. M. Lambertson, Harmondsworth, Penguin Books, p. 160 et s.

(7) V. E. Mackaay, *L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet*, 1997, 9, *Cahiers de propriété intellectuelle*, 281-300.

(8) V., par ex., M. A. Heller et R. S. Eisenberg, *Can patents deter innovation? the anti-commons in Biomedical research*, 1998, 280, *Science*, 698-701.

(9) Ce point de vue est magistralement exposé dans une thèse soutenue cet été à l'Université Cambridge : Th. P. Heide, *A world of online contracting and technological protection measures : Copyright as regulatory instrument*, University of Cambridge, 2003.

Le deuxième facteur concerne l'objet de la protection. À l'origine, le brevet protégeait, pour l'essentiel, les procédés chimiques et les inventions mécaniques. Aujourd'hui, on l'étend à des procédés commerciaux, aux logiciels, à la matière vivante (les plantes, mais aussi les souris et, qui sait à l'avenir, aux parties du corps humain). Certes, cela est rémunérateur pour ceux qui viennent d'inventer, mais risque d'augmenter le coût de la créativité pour les inventeurs et innovateurs qui suivent. Dans l'ensemble, sur ce deuxième facteur également, le mouvement va dans le sens de l'augmentation de l'effet monopolistique.

Le troisième facteur de modulation réside dans les actes réservés, c'est-à-dire ce que vous pouvez faire ou ne pas faire, et ce que vous pouvez interdire aux autres. En droit d'auteur, ce qui est interdit est le copiage et, à la rigueur, la parodie, même si cela est controversé. Les idées et les structures demeurent cependant de libre parcours

Ainsi Régine Deforges est libre de publier *La Bicyclette bleue* (10), dont le premier tome ressemble, dans sa structure, étrangement à *Gone with the wind* (11) (*Autant en emporte le vent*). Sur l'internet, toute consultation d'une œuvre demande le copiage et est donc soumise à la permission du titulaire du droit d'auteur. De nouveau, nous avons implicitement étendu le droit exclusif aux dépens du domaine public.

Le quatrième et dernier facteur est la durée du droit. Nous avons vu au début de cette présentation comment la durée du droit d'auteur a été systématiquement rallongée, allant dans le sens d'un renforcement du monopole.

Ces quatre facteurs sont plus ou moins substituables les uns aux autres. Par exemple, vous pouvez augmenter la durée du droit d'auteur, mais, afin de ne pas vous noyer dans l'effet monopolistique, vous devez alors réduire l'éventail des actes réservés ou rendre plus difficile l'obtention d'un tel droit.

Lorsqu'on compare les différents droits intellectuels, par exemple le droit d'auteur et le brevet, on observe comment les différents équilibres entre les quatre facteurs ont été construits.

L'évolution récente des droits intellectuels semble indiquer un mouvement vers une protection toujours plus grande des droits exclusifs que confère la propriété intellectuelle : davantage d'objets sont protégeables, les exigences de nouveauté/originalité semblent s'amenuiser, l'éventail des actes réservés s'élargit et la durée du droit, en particulier le droit d'auteur, augmente. Cette évolution soulève la question de savoir si l'équilibre implicite entre les incitations recherchées pour la création réalisée, d'une part, et pour les créations à venir, de l'autre, est rompue au détriment de l'innovation globale dans la société.

Cette interrogation s'est concrétisée par la demande que forment certains de voir modifier les règles de la propriété intellectuelle afin d'aménager expressément un domaine public où l'emprunt nécessaire pour le cumul des créations peut être effectué sans entraves. Elle a donné lieu en outre à la thèse voulant que la licence *open source* en matière de logiciels soit plus propice à l'innovation que les droits exclusifs de la propriété intellectuelle (12).

### **Linux – Contradiction de la propriété intellectuelle ?**

Linux est l'exemple le plus en vue d'une initiative d'*open source* (13). Il est régi par une *general public licence* (GPL) prévoyant (en simplifiant un peu) que toute personne a accès au code source, peut le modifier, mais doit accepter de verser ces modifications ou améliorations dans le fonds commun accessible à tous ; le fonds commun, soumis au droit d'auteur, est déclaré accessible à tous, mais non appropriable et donc non directement commercialisable. Linux illustre, si l'on peut dire, une économie de partage.

L'expérience Linux fait mentir, du moins il le semble aujourd'hui, ceux qui soutiennent que l'économie de partage est limitée à des initiatives modestes et locales. Linux est un immense système : 500 millions de lignes de codes, 400 000 programmeurs à travers le monde prêts à corriger les problèmes et à apporter des améliorations. IBM a désormais incorporé Linux dans le grand système d'exploitation pour ses serveurs, estimant qu'il est moins vulnérable aux attaques de virus et que les bogues y sont plus rapidement corrigés que dans les produits de Microsoft.

Certains ont voulu conclure du succès de Linux et d'autres initiatives d'*open source* que, en matière de logiciel et peut-être au-delà, l'économie du partage doit remplacer l'économie de l'échange. L'économie du partage contredirait l'analyse économique du droit, censée tableer sur la propriété privée. Mais cette conclusion est prématurée. Le succès de Linux ne contredit pas la lecture économique de la propriété intellectuelle que nous avons proposée. La licence *open source* crée une forme de propriété commune. Or l'institution de la propriété commune est assez répandue dans le monde matériel. Au cours des 10 dernières années, la lit-

### **notes**

(10) R. Deforges, *La Bicyclette Bleue*, Ramsay-Fayard, 1993.

(11) M. Mitchell, *Gone with the wind* (*Autant en emporte le vent*), Gallimard, 2003.

(12) V., par ex., Y. Benkler, *Intellectual property and the organization of information production*, 2002, 22, *International review of law and economics*, 81-107 ; Y. Benkler, *From consumers to users: Shifting the deeper structures of regulation toward sustainable commons and user access*, 2000, 52, *Federal communications law journal*, 561-579 ; S. Dusolier, *Open source et copyleft : une remise en question de la figure de l'auteur*, étude non publiée, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur, 2003.

(13) Une étude récente relève 40 000 initiatives d'*open source* : J. Lerner and J. Tirole, *The scope of open source licensing*, NBER working paper 9363, disponible à <http://www.nber.org/papers/w9363>.

térature scientifique de l'analyse économique du droit s'est rendue compte de l'intérêt de l'institution et l'on en a étudié les propriétés et les circonstances dans lesquelles elle est préférée (et a donc un avantage comparatif) à la propriété individuelle (14).

### Le choix institutionnel.

Comment s'effectue le choix entre formes de propriété ayant vocation à gérer l'innovation ? Il me semble que la décision ne doit pas être prise sur la foi des seuls débats parlementaires. Une des leçons de l'économie, dans la branche qui s'attache aux choix collectifs (*public choice* [15]), est que, quand les intérêts concentrés font face à des intérêts dispersés, les intérêts concentrés risquent d'avoir démesurément l'oreille du législateur. Ils peuvent obtenir du gouvernement des avantages, comme un monopole consacré par la loi, des barrières à l'entrée, des subventions, qui ne seraient pas soutenables dans un marché concurrentiel et qui ne sont pas nécessaires pour les inciter à entreprendre l'activité en question. Les Américains ont inventé pour ce phénomène le terme « *rent-seeking* » (16). Les intérêts dispersés sont typiquement ceux des consommateurs, et, derrière eux souvent, l'intérêt général, dont le niveau général d'innovation dans la société est un aspect. À ce propos, comment être assuré que l'extension récente de la durée du droit d'auteur de 50 à 70 ans au-delà de la vie de l'auteur ne traduit pas une telle distorsion ?

La formule souhaitable me paraît résider dans la recherche d'un contexte que l'on pourrait considérer comme neutre relativement au choix d'institutions et qui permette aux intéressés d'adopter l'une comme l'autre formule, signalant par leur choix ce qui leur paraît être la meilleure institution. L'économie du partage, autant que l'économie de l'échange, doit prouver sa viabilité par ce test, c'est-à-dire par les initiatives des intéressés de s'en prévaloir.

Le contexte neutre en matière d'innovation cumulative serait celui d'un groupe d'individus qui seraient tantôt innovateurs, tantôt emprunteurs (pour mieux innover). Cela ressemble au voile d'ignorance proposé par Rawls comme critère pour assurer des choix institutionnels non biaisés en faveur du *statu quo* ou de ceux qui sont les mieux lotis (17). Les règles adoptées au sein de tels groupes pourraient alors représenter un équilibre promettant de maximiser le niveau global d'innovation. Plusieurs études ont récemment été publiées sur l'émergence de règles au sein de tels groupes (18).

### La durée du droit d'auteur reconsidérée.

Revenons, pour terminer, sur la question de l'extension récente de la durée du droit d'auteur de 50 à 70 ans au-delà de la vie de l'auteur. Landes et Posner, deux auteurs parmi les plus connus de l'analyse économique du droit, ont récemment fait paraître une étude en réaction à la loi américaine (connue informellement comme le *Sonny Bono Act*) qui décrète cette extension (19). Dans cette étude, ils se demandent où trouver un contexte dans lequel les intéressés signalent l'intérêt qu'ils portent à la durée de leur droit d'auteur. Or, il se trouve que, avant l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne, il fallait enregistrer sa création pour obtenir le droit d'auteur et, après une première période de protection, il fallait de nouveau l'enregistrer pour prolonger la protection.

Les données relatives à ces enregistrements sont disponibles et peuvent donc être examinées en vue de déterminer à quel point les titulaires de droit d'auteur tiennent à leur droit. S'ils renoncent à ré-enregistrer le droit, on peut en conclure que le droit vaut moins pour eux que le coût – monétaire ainsi qu'intellectuel – du renouvellement. Comme les frais d'enregistrement dans la période allant de 1883 à 1964 étaient

insignifiants, on peut conclure que pour ceux qui n'enregistraient plus, la valeur du droit était tombée à zéro. Considérées sur l'ensemble des droits d'auteur accordés, ces décisions de renouveler ou, au contraire, de ne pas renouveler permettent d'extrapoler la période pendant laquelle le droit d'auteur a une valeur utile aux yeux du titulaire.

Qu'observent Landes et Posner ? Pour la période allant de 1883 à 1964, moins de 11 pour cent des droits d'auteur furent renouvelés au bout de la période de protection initiale de 28 ans. En deuxième lieu, le droit d'auteur se déprécie généralement assez rapidement ; la durée moyenne utile est d'environ 15 ans. Troisièmement, l'intérêt à renouveler est très sensible aux frais exigés pour le renouvellement. Des observations semblables se dégagent de l'étude du renouvellement des marques de commerce.

L'observation d'une courte durée utile moyenne doit cependant être nuancée par la nature de la distribution : elle est hautement asymétrique. Pour la forte majorité des titulaires, la durée est très courte ; seule une infime minorité signale que le droit conserve pour elle une utilité à très

### notes

(14) V. par ex. E. Ostrom, *Governing the Commons - The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990 ; Ch. Hess, et E. Ostrom, *Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource*, 2003, p. 66, *Law and contemporary problems*, 111-145 ; C. M. Rose, *Romans, roads, and romantic creators: Traditions of public property in the information age*, 2003, 66, *Law and contemporary problems*, 89-110.

(15) Sur ce sujet, v. Y. Crozet, *Analyse économique de l'État*, Armand Colin, 1997 ; W. C. Mitchell et R. T. Simmons, *Beyond politics - Markets, welfare, and the failure of bureaucracy*, Boulder, Westview Press, 1994.

(16) Pour un survol récent, v. R. D. Tollison, *Rent seeking*, in *The new palgrave dictionary of economics and the law*, vol. 3, sous dir. de Peter Newman, London, MacMillan, 1998, p. 315-322.

(17) J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, MA, Belknap Press, 1971, et la traduction : *Une théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987.

long terme. Ce constat est conforme à l'observation, par Scherer, de la très grande asymétrie des revenus provenant de créations dans tous les sphères de la propriété intellectuelle (20). L'activité créatrice apparaît dans les travaux de Scherer comme une loterie avec peu de prix pour la plupart des participants, mais quelques prix faramineux pour les rares gagnants. La littérature économique sur l'innovation estime que c'est justement cet élément de pari très incertain qui attire les grands innovateurs. En revanche, il repousse les grandes entreprises, qui sont alors amenées à attendre qu'une innovation prouve son attrait avant d'en acquérir le contrôle (par cession de droit d'auteur ou de brevet, ou par prise de contrôle de l'entreprise détentrice), le risque étant alors mieux circonscrit.

Sur le plan normatif, ces constatations inspirent une réflexion sur la sagesse d'accorder le droit d'auteur, de manière automatique et uniforme, pour une longue période. De nouveau, il paraît souhaitable de créer un contexte relativement neutre dans lequel les intéressés sont amenés à signaler l'intérêt qu'ils attachent au droit sur leur création, l'absence d'intérêt permettant à l'œuvre de tomber dans le domaine public. Landes et Posner proposent une orientation qui tend à accorder le droit d'auteur initialement pour une courte période (10 ou 20 ans), éventuellement de manière automatique, comme à l'heure actuelle, et de permettre le renouvellement, éventuellement sans limite dans le temps, mais chaque fois pour une courte période et moyennant de modiques frais. Le système paraît plus viable qu'à l'époque des grandes conventions internationales, du fait que l'exploitation de bases de données gigantesques est maintenant envisageable, de même que leur consultation automatique sur l'internet pour découvrir d'éventuels titulaires de droits sur les créations. On peut prévoir des *bots* qui effectuent

ces vérifications de manière relativement routinière.

On peut plafonner les renouvellements à une durée globale, par exemple de 100 ans, ou les permettre indéfiniment. Relativement à cette dernière option, il faut comprendre que les intérêts qui agissent maintenant pour l'extension de la durée du droit d'auteur sont justement l'infime minorité des titulaires de créations à succès. En permettant le renouvellement indéfini, on désamorcerait l'intérêt d'un lobby hautement efficace, mais qui, par l'effet d'une durée uniforme du droit, agit à l'encontre de l'intérêt général dans la vaste majorité des cas.

Le système proposé par Landes et Posner aurait pour effet d'élargir considérablement le domaine public, mais pourrait laisser dans le domaine réservé les créations hautement prisées. Aux États-Unis, l'une de ces dernières est Mickey Mouse. On fait valoir que son entrée dans le domaine public mènerait inévitablement à sa dépréciation par l'usage généralisé et à toutes les sauces qu'on en ferait. Mais est-ce certain ? La Joconde est-elle ainsi dépréciée ?

### Conclusion

Notre périple nous a permis de conclure qu'il y a un lien organique entre la propriété intellectuelle et l'innovation. Cela vaut tant pour les droits législativement consacrés que pour les « proto-droits » qui résultent des moyens de protection techniques et des « licences d'utilisation » de type *click-wrap* sur des créations dont on a le contrôle, même sans reconnaissance législative expresse. Dans tous les cas, la protection de la création réalisée ne doit pas se faire

au détriment des créations à venir par innovation de filiation. Cet équilibre relève de l'intérêt général.

Nos délibérations ont permis d'illustrer la puissance de l'analyse économique du droit comme outil de réflexion sur les politiques législatives et jurisprudentielles. Elle permet d'envisager les enjeux de scénarios autres que le *statu quo* et son extension linéaire.

Pour la question qui nous a retenus ici, elle conseille aux décideurs d'aménager des contextes relativement « neutres » où ceux qui sont touchés par une règle juridique peuvent signaler par leurs choix quel arrangement leur paraît le plus propice. Si le législateur ne peut, en toute circonstance, être considéré comme l'arbitre neutre, au-dessus de la mêlée, en raison notamment de l'effet asymétrique des lobbies, il importe de bien choisir les sources d'inspiration pour la réforme du droit.

### notes

(18) Par ex. R. P. Merges, *Institutions for intellectual property transactions: The case of patent pools*, University of California at Berkeley, Berkeley, Calif., 1999)

<http://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/pubs/merges/pools.pdf>; J. Lerner, J. Tirole et M. Strojwas, *Cooperative marketing agreements between competitors: Evidence from patent pools*, Cambridge, Mass., National bureau of economic research, Working paper 9680, <http://www.nber.org/papers/w9680>.

(19) W. M. Landes, and A. P. Richard, *Indefinitely renewable copyright*, rapport, University of Chicago; J. M. Ohlin, *Law & economics paper*, n° 154 (2nd series), 2002; [http://ssrn.com/abstract\\_id=319321](http://ssrn.com/abstract_id=319321).

(20) F. M. Scherer, *The innovation lottery, in Expanding the boundaries of intellectual property: Innovation policy for the knowledge society*, sous dir. de R. Cooper Dreyfuss, D. Leenheer Zimmerman et H. First, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 3-21.



## Droit de l'innovation, droit à



Par Alain  
Bensoussan,  
Avocat à la  
Cour d'appel  
de Paris

**L'absence d'un droit spécifique de l'innovation nécessite, pour assurer la protection de cette source de valeur, le recours à un système cumulatif de protections juridiques. Le virtuel accentue la problématique de l'innovation et implique de définir de nouvelles règles d'équilibre entre protection de l'innovation et diffusion des connaissances. Maître Bensoussan fait le point de la question.**

**J**e vous propose de retenir les aspects de l'innovation tels que traités par l'Institut national de la propriété (aspect protection), par l'Agence française de l'innovation Anvar (aspect financier), et par l'Insee (aspect économique). L'approche économique de l'innovation permet de faire apparaître de manière privilégiée quatre grands secteurs :

- les technologies de l'information et des télécommunications ;
  - les produits pharmaceutiques ;
  - les biotechnologies ;
  - les nouveaux matériaux.
- De tels secteurs sont retenus par la codification Insee pour mesurer sta-

tistiquement les efforts en matière de politique financière d'innovation, tant au niveau français qu'au niveau communautaire.

### **Protéger l'innovation, créatrice de valeur.**

L'innovation est, sur le plan économique, une création de valeur. Tout chef d'entreprise souhaite renforcer cette création de valeur en termes de rente au sens de Ricardo (1). Pour cela, au-delà des politiques d'industrialisation, de marketing et de commercialisation, un chef d'entreprise, lorsqu'il prend contact avec un praticien du droit, souhaite protéger cette rente de manière complémentaire par les mécanismes juridiques disponibles. Le droit de l'innovation, selon cette approche, réside dans la mise en place d'un cadre juridique permettant de structurer et de défendre la rente économique pour qu'elle résiste le plus longtemps possible à des nouveaux entrants sur le marché en cause. Pour cela, il convient de trouver les systèmes juridiques de protection les plus pertinents. Il n'y a pas aujourd'hui de droit en tant que tel de l'innovation. Pour être protégée, l'innovation devra être habillée juridiquement.

### **La distinction entre droit à l'innovation et droit de l'innovation.**

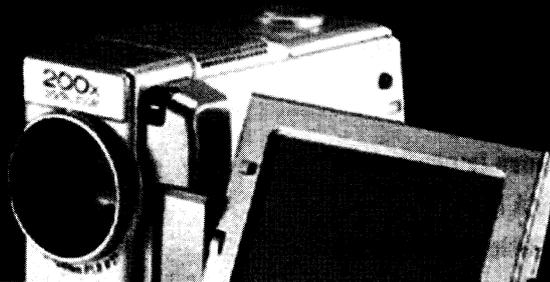
Pour essayer de regrouper quelques pratiques professionnelles, je vous propose de distinguer le droit à l'innovation du droit de l'innovation.

### **Le droit à l'innovation.** Ce droit concerne le droit de poursuite et le droit au financement.

En ce qui concerne le droit de poursuite, la loi sur l'innovation et la recherche du 12 juillet 1999 (2) est venue modifier le cadre juridique en permettant une plus grande valorisation de la recherche publique.

À ce titre, il est possible pour le réalisateur de travaux de participer, en qualité soit d'associé, soit de dirigeant, aux résultats de ses recherches effectuées dans le domaine public. Pour cela, un processus a été mis en place prévoyant une période de concertation, un mécanisme d'autorisation et le respect d'une déontologie dans un cadre limité et réversible. Ces outils de régulation permettent de mieux organiser la valorisation de la recherche publique lors de son insertion dans l'économie du marché. Parallèlement à la création d'entreprise, ont été organisés les services

# l'innovation : un droit en devenir



d'expertise et de conseil réalisés par un chercheur auprès de sociétés privées.

En ce qui concerne *le droit au financement*, lorsque l'innovation s'inscrit dans le cadre d'un secteur éligible au titre des domaines innovants, le cadre communautaire et le cadre national permettent de mettre en place des mécanismes de financement direct et des incitations fiscales.

L'ensemble de ces éléments sont détaillés notamment sur les sites de l'Anvar ([www.anvar.fr](http://www.anvar.fr)) et de l'INPI ([www.inpi.fr](http://www.inpi.fr)).

**Le droit de l'innovation.** Ce droit comprend le droit de la protection et le droit de propriété.

En matière de *droit de protection*, le parcours est complexe. Il faut organiser la protection du concept à partir, notamment, des procédures de dépôt telles que l'enveloppe « Soleau ». Pour la mise sur le marché, il est possible d'utiliser les cadres juridiques suivants :

- le droit des accords de confidentialité ;
- le droit des brevets ;
- le droit du savoir-faire ;
- le droit des marques ;
- le droit des logiciels ;

- le droit des noms de domaine ;
- le droit des dessins et modèles ;
- le droit de la propriété littéraire et artistique ;
- le droit des bases de données.

L'idée générale est de définir un système cumulatif de protections en essayant de maximiser les protections et de minimiser les coûts. Le parcours de possession suppose, au-delà de la maîtrise des coûts, la maîtrise de la complexité, des incertitudes et des intermédiaires.

Pour *le droit de propriété*, le parcours est beaucoup plus difficile. Dans ce domaine, au-delà de la protection, il faut essayer de disposer d'un système d'appropriation représenté par des titres de propriété. Bien évidemment, la propriété procède de la possession. La réciproque n'est pas directement vraie.

Dans ce domaine, tout est question de circonstances pour une innovation. Le mécanisme qui est à mettre en place consiste à remonter le plus possible vers la protection de l'idée. Il en est ainsi des problématiques liées aux créations scientifiques ou à la protection des méthodes commerciales. L'innovation est une valeur économique qui doit être protégée en

termes de retour sur investissement ou de rente à travers des mécanismes de propriété qui permettent non seulement de défendre, mais aussi d'attaquer.

**En conclusion**, le droit à l'innovation est un droit en devenir. Il n'existe pas en tant que tel. De très nombreuses questions, compte tenu du cumul potentiel de créations, restent à anticiper. L'économie du virtuel implique la protection des expressions incorporelles qui constituent, par nature en tant que telles, plus des concepts que des moyens. Entre la diffusion des connaissances et la protection de l'innovation, il conviendrait de définir de nouvelles règles d'équilibre. Le débat autour de la protection des logiciels illustre l'actualité et les difficultés de mettre en place de nouveaux compromis entre le droit à la connaissance et la propriété de la création intellectuelle.

## notes

(1) D. Ricardo, Des principes de l'économie politique et de l'impôt, réédition de l'original de 1817, Flammarion, Paris, 1984.

(2) L. n° 99-587, 12 juill. 1999, JO 13 juill. 1999, p. 10396.

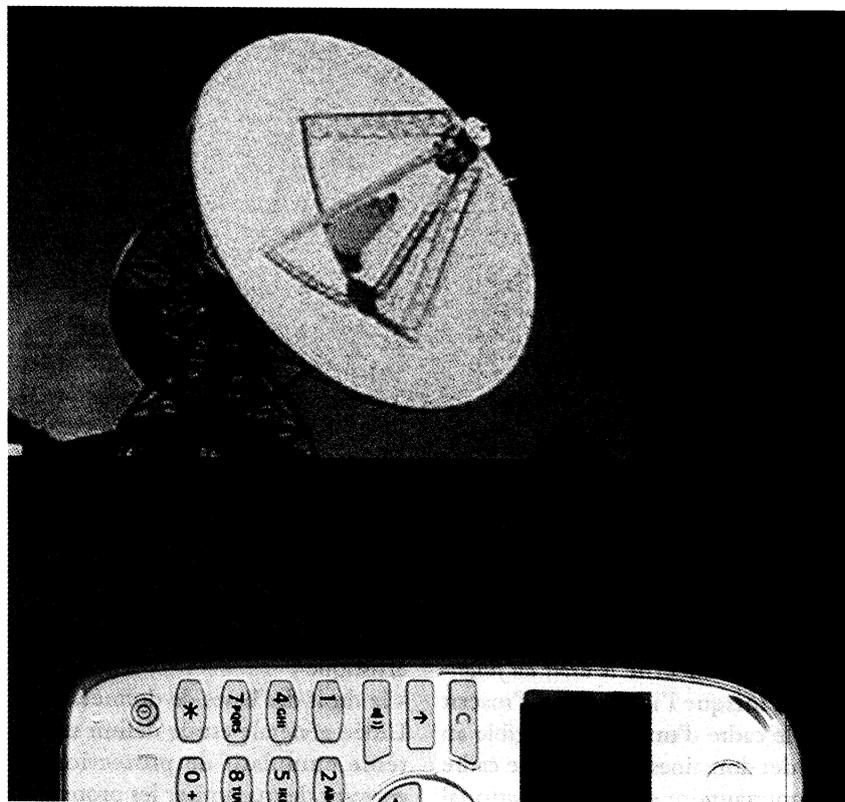
# La protection juridique de de l'économie

*Par Pierre-Yves  
Gautier,  
Agrégé des  
facultés de droit,  
Professeur à  
l'Université  
Panthéon-Assas  
(Paris II)*

**Comme l'expose le professeur Gautier, face à la fonctionnalisation du droit de l'innovation, il est nécessaire de trouver un équilibre entre éthique et économie afin que le Droit encourage la création. Les notions de rente, de monopole, de concurrence sont essentielles pour aborder cette question qui en sous-tend bien d'autres, à l'instar de celle des médicaments génériques ou des logiciels.**

**M**aitre Bensoussan a abordé de nombreux points importants et ce de façon très tonique, notamment sur la protection des idées. C'est une question qui m'est chère, un dogme du droit d'auteur que je n'ai jamais très bien compris : pourquoi est-ce que l'idée, qui est à l'origine de la richesse, ne pourrait-elle pas être protégée ? Chaque jour et en tous domaines, il s'en achète et s'en vend. Le juge est en décalage avec la réalité du marché.

Alain Bensoussan a aussi très bien mis l'accent sur les tiraillements qui peuvent être ceux du Droit, qu'on l'appelle « droit de l'innovation » ou « Droit » tout court. On peut distinguer deux aspects.



### **Une fonctionnalisation croissante du Droit.**

D'une part, il faut rappeler la fonctionnalisation croissante du Droit, pour des impératifs économiques. Le discours de mes deux amis nous l'a bien montré : l'idée lancinante est de savoir comment protéger, comment verrouiller ou, au contraire, comment déverrouiller et permettre le libre accès, que ce soit aux œuvres ou aux médicaments (le Premier président Canivet évoquait en aparté la question des médicaments génériques, une question difficile).

### **La nécessité d'une morale juridique.**

D'autre part, ce qui n'est pas nécessairement antinomique, et là encore je suis d'accord avec les développements de Maître Bensoussan, il est nécessaire d'insister sur l'importance

de l'éthique. Le Droit ne peut pas se passer d'éthique, et ce n'est pas parce qu'il y a des impératifs de marché, de rentabilité, ou que des industries sont en cause, que notre conception de la morale juridique ne doit pas avoir de rôle d'encadrement.

### **Le Droit, facteur stimulant de l'innovation.**

Ma réponse à la question que nous nous posons aujourd'hui : « est-ce que le droit favorise l'innovation ? » est la suivante : pour ma part, c'est oui. C'est son rôle. La question est alors de déterminer quel équilibre peut être trouvé.

Il est vrai que lorsqu'on parcourt, comme Maître Bensoussan l'a fait précédemment, les différentes matières juridiques, on voit bien qu'elles sont fractionnées et partent dans des sens qui ne sont pas toujours convergents.

# l'innovation aux confluent et de l'éthique

Cependant, il faut aussi tenir compte des sources - du pluralisme des sources - car la propriété intellectuelle ou les exceptions qu'elles supportent se trouvent désormais dans les conventions internationales ou les lois nationales. Le professeur Mackaay nous a rappelé cela dans ses développements. Par conséquent, il est difficile d'avoir un droit homogène à la fois sur le marché national, sur le marché européen et sur le marché mondial. De sorte que c'est peut-être une de nos pistes aujourd'hui d'essayer de dégager une unité dans toute cette variété. Ce qui est certain, et là encore je suis d'accord avec Maître Bensoussan, c'est qu'il faut se garder de vouloir tout protéger, de protéger à tout prix et d'utiliser pour cela des artifices. Si l'on revient à la fonctionnalité du droit (fonctionnalité peut-être excessive de nos jours), il n'est pas bon de suivre une sorte de valse qui consiste à se placer sur le terrain de tel droit de propriété intellectuelle parce qu'il semble plus favorable pour ensuite revenir sur un autre terrain, voire de créer un droit nouveau, les fameux droits « *sui generis* » ne me semblent pas une solution très satisfaisante. Et les discussions qui existent à l'heure actuelle sur les brevets, avec toutes les subtilités touchant aux logiciels protégés par un droit d'auteur et les logiciels protégés maintenant par un brevet auprès de l'Office européen des brevets, m'inquiètent un peu.

**La nécessité d'unité et d'éthique.** Je crois qu'ainsi, pour que le Droit favorise l'innovation, il doit jouir d'une éthique et d'une unité réelle, afin de savoir exactement où il va et à quelles conditions.

Il faut aussi que les gens - car le marché, ce sont aussi les agents du marché, c'est-à-dire les opérateurs et les consommateurs - comprennent et réagissent positivement à l'octroi du

droit de propriété intellectuelle ou bien obtiennent une sorte d'aménagement.

Et je reprends l'exemple des médicaments génériques, avec ce cas épineux des pays en voie de développement. Pourquoi de telles oppositions à l'accès des populations pauvres aux médicaments ? Parce que cela a été breveté et qu'il y a une exclusivité et que les médicaments ne sont pas encore tombés dans le domaine public. Je pense aussi aux internautes qui ne comprennent pas toujours pourquoi ils ne peuvent pas charger les fichiers musicaux ou d'images qui leur plaisent. Donc le Droit a une

dimension pédagogique, pas seulement dans nos facultés ou à l'IEP ; le Droit doit être bien reçu par la société, c'est un des rôles de la sociologie juridique qui, de ce point de vue me semble-t-il, doit s'harmoniser avec l'économie et le droit positif. Est-ce que la propriété intellectuelle est en soi un mal ?

Je réponds par la négative, et ce parce que c'est un de ses objets de favoriser la création et l'innovation. Pour favoriser l'innovation, il est naturel que celui qui est à l'origine de la richesse, et je reviens à la protection des idées, soit protégé et puisse vivre de ce qu'il a créé. Un immeuble peut être loué ou vendu. Alors, comment comprendre que celui qui serait à l'origine d'une création majeure, quelle qu'elle soit, pour la culture ou pour le bien-être de l'humanité, ne pourrait pas vivre des redevances et des contrats qu'il serait amené à passer ?

Je ne comprends pas ce langage, sous prétexte que les consommateurs devraient avoir un libre accès à la culture.

## L'exclusivité au cœur de la protection de l'innovation.

Maintenant, il faut déterminer quelle est la nature de ce droit ? Je pense que c'est un droit de propriété, et je ne partage pas complètement l'avis du professeur Mackaay sur les spécificités du droit de propriété intellectuelle. Je pense que c'est un droit de propriété ; son objet est bien entendu particulier puisqu'il est de nature incorporelle, c'est une création immatérielle mais, en même temps, on retrouve les attributs du droit de propriété, et le principal

d'entre eux : l'exclusivité. C'est la racine de la propriété telle que les Révolutionnaires de 1789 (avec la Déclaration des droits de l'homme) et de 1791-1793 (avec les premières lois sur le droit d'auteur) ont voulu la proclamer. L'auteur est un citoyen.

## Une exclusivité qui doit être modulée.

Maintenant, le professeur Mackaay évoquait également une question difficile, qui est celle de la transformation et de l'innovation : celle-ci consiste à transformer aujourd'hui ce qui a été fait hier par soi-même ou par d'autres. C'est effectivement



une question extrêmement difficile qui, à ce jour, n'a pas été résolue.

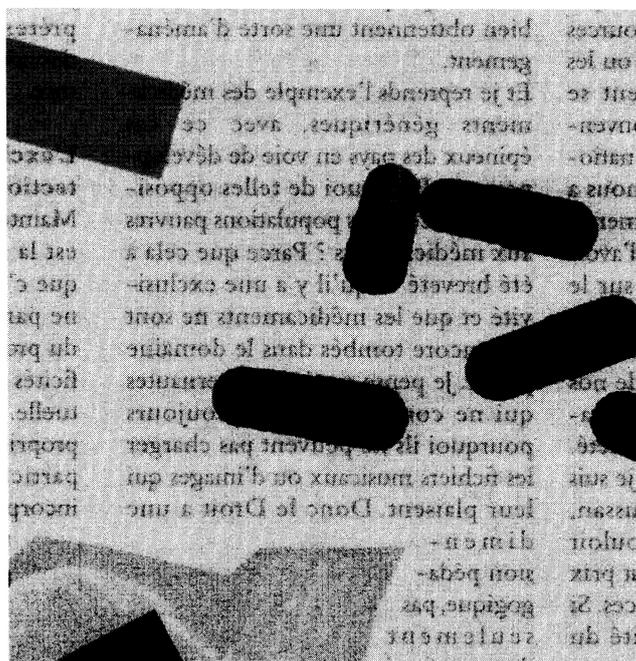
D'un point de vue de pure technique juridique, celui qui a le droit exclusif peut interdire l'innovation par un autre qui s'inspirerait de son travail. Mais du point de vue économique et aussi des progrès scientifiques, il serait souhaitable qu'il y ait un accès. Alors comment faire ? Une tentative a été esquissée en matière de programmes d'ordinateur. À ma connaissance, essayer de rendre compatibles le droit exclusif et la possibilité d'adapter, de « décompiler » etc., ne me semble pas avoir eu un grand succès. Le problème se pose également en matière de brevet.

La propriété exclusive est en soi une bonne chose tant que le créateur, le propriétaire, n'en abuse pas. Elle peut supporter des exceptions de façon raisonnable, quitte à ce que ces exceptions soient aménagées, modifiées. Maître Bensoussan a évoqué la copie privée. C'est vrai que c'est une question difficile en droit d'auteur et spécialement avec les nouvelles technologies : on peut réfléchir à l'adaptation parce que le droit, pour qu'il favorise l'innovation, doit lui-même se transformer.

### Contre un droit soumis à renouvellement.

Sur la question de la durée de protection qu'a aussi évoquée le professeur Mackaay, je crois qu'un droit d'auteur, un droit de propriété intellectuelle qui serait plus court et qui devrait faire l'objet de formalités, de renouvellements, etc., constituerait une considérable régression. Ce serait un retour en arrière, une généralisation du système que les Américains eux-mêmes ont abandonné pour le

copyright. Et je pense que la protection de 70 ans après la mort de l'auteur constitue une garantie pour lui



et pour ses héritiers, et pour les entreprises – tant mieux pour elles si elles sont cessionnaires ou directement titulaires du droit. Ils pourront amortir leur investissement, si l'on s'exprime en termes d'entreprises, ou pourront vivre de leur rente, cette fameuse rente, ce mot qui est souvent revenu dans le discours de Maître Bensoussan : la rente n'a rien de péjoratif dès lors qu'elle résulte d'un travail et qu'elle n'entrave pas le marché. Mais justement : est-ce que le Droit étouffe le marché ? Je pense que non, pas plus en propriété intellectuelle que dans les autres domaines. Au contraire, il favorise le marché et l'innovation, ainsi qu'on vient de le dire. Monopoliser l'innovation, monopoliser le profit entre les mains d'un seul, ou de quelques-uns : c'est vrai qu'il y a un danger, mais ce danger est-il si grand ? Je n'en suis pas sûr. Je suis de ceux qui pensent que le Droit n'a certes pas réponse à tout, mais qu'il est en quête permanente de réponses.

### La contribution du droit de la concurrence et des ententes au développement de l'innovation.

Est-ce que le droit de la concurrence peut apporter quelque secours ? Je le pense. On oppose trop souvent le droit de la concurrence au droit de la propriété intellectuelle. On les situe en termes de conflit, de contradiction alors qu'au contraire, l'avenir, le XXI<sup>e</sup> siècle, est peut-être dans le mariage et la réunion encore plus étroite de droits qu'on présente comme des correctifs par rapport aux autres, ou des exceptions.

Aussi terminerai-je par là et l'exemple a peut-être été donné il y a quelques mois, par une décision de la Commission européenne du 8 octobre 2002 (1). Cette décision relevait l'existence

du système du guichet unique sur l'internet et des accords généraux conclus entre, d'une part, les sociétés de gestion collective représentant les ayants droit, en l'occurrence les titulaires de droits voisins, producteurs, artistes interprètes, ou bien les sociétés d'auteur, et, d'autre part, les exploitants. Il y a donc des ententes qui sont en train de se nouer ou le sont déjà depuis un certain temps, sur le marché. Une entente n'est pas en soi illicite. Cette entente est soumise à la Commission européenne ; celle-ci, comme vous le savez, peut fort bien l'agréer par voie d'exemption ou tout bonnement la déclarer non soumise à l'article 81 du Traité CE. Par conséquent, prendre le mariage des droits comme une construction, et non pas comme une pathologie du marché, me semble une des nombreuses pistes qui pourraient être celles de notre avenir.

### notes

(1) V.-L. Bénabou, *Légipresse* 2003, II, n° 35.

# Vers une rente pour autrui



**Par Marie-Anne Frison-Roche,**  
*Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris, Directeur du Forum de la régulation*

de l'incitation à l'innovation. Ces approches sont politiques et économiques, on en trouve une trace récente dans un récent rapport du Conseil d'analyse économique du Premier ministre (1). Cette perspective est remarquablement peu juridique, comme si nous étions passés d'un extrême à l'autre, de l'enclave du thème dans le savoir juridique à la quasi-indifférence désormais pour le fait que, contrairement à la propriété des choses corporelles, qui

s'agrippe au fait de tenir la chose, la propriété intellectuelle, par l'immatérialité de l'objet protégé, n'a de sens que délivrée par le droit, posée par lui, dans un pur *imperium*, troquant la protection de l'œuvre et de l'invention en échange du principe même de sa diffusion (2).

Ce souci actuel pour les propriétés intellectuelles est ambivalent : il exprime tout à la fois l'importance du sujet – qui fait que chacun s'y intéresse – et l'insatisfaction éprouvée à

**L'attrait économique de l'inédit a mis au cœur du droit la protection de la nouveauté. Si le droit favorise l'innovation, il doit, dans le même temps, faire miroiter la récompense. Mais cette rente offerte à l'inventeur peut avoir pour objet et justificatif l'accès des tiers à l'innovation. Comme le montre le professeur Marie-Anne Frison-Roche, la rente pour autrui est le prix du partage de la création.**

**L**es propriétés intellectuelles, longtemps affaire technique de spécialistes, sont devenues un souci partagé. Les altermondialistes y voient une source de dépendance, voire une nouvelle forme de mise sous servage des pays du Sud au bénéfice des pays du Nord. Les libéraux, qui combattent les monopoles constitués par ces propriétés, en défendent les effets économiques heureux au titre



l'occasion de cette approche. Un effet boomerang qui prend la forme de vives disputes autour des bienfaits ou des méfaits des propriétés intellectuelles, soit dans leur existence même (l'affaire s'apparente alors à une croisade, portée souvent sur le terrain politique), soit dans les bons et nouveaux dosages à opérer dans leur reconnaissance (monopole accordé plus ou moins longtemps, liste des objets de propriété plus ou moins étendue). Les précédentes contributions, nettement divergentes, illustrent ces tensions. Elles expriment aussi en creux deux idées, qui sont actuelles et consensuelles et qui ne vont pourtant pas de soi.

### **Le goût conjugué de la nouveauté et du lucre, point commun du débat.**

La première idée acquise est la supériorité du nouveau sur l'ancien, portée par le goût pour le neuf. L'importance de la propriété immobilière était liée à l'ancien conservé, celle de la propriété intellectuelle tient à l'engouement pour la création. En cela, la propriété intellectuelle est à son aise dans les sociétés occidentales, construites sur l'appât du nouveau. Le système juridique a suivi, passant d'une propriété à l'autre, comme il est passé d'un attachement aux vieilles lois à un attrait avéré pour toute loi nouvelle. L'attrait de l'inédit a mis au cœur du droit la protection de celui-ci, c'est-à-dire les propriétés intellectuelles. Cela n'allait pas de soi dans un système juridique apprécié naguère dans sa capacité à conserver.

La deuxième idée acquise concerne non plus l'objet mais la personne : selon cette façon de penser, l'individu agit s'il a un intérêt économique à le faire, si et seulement si la rente se profile derrière l'effort inventif. Ainsi, si l'on veut du nouveau, il faut promettre la rente. Dans la conception classique de l'action humaine, le désir du beau et du vrai suffisait à nourrir l'œuvre et la découverte. Le

sublime exprimait la société de l'élan romantique, le grandiose celle du mouvement épique. Le rendement de la découverte, comme la reconnaissance portée au héros par le peuple, venait en surplus, effet et non cause. Le monde du calcul et du retour sur investissement aurait inversé la causalité.

Ce retournement du temps a imprégné aussi le droit. Il ne fait plus tant les comptes du passé, de l'œuvre éclosée et de la découverte patentée, mais cède au désir de construire le futur : le nouage du pouvoir du droit et des théories de l'incitation engendre un système juridique qui, par l'excitation d'un désir présent du gain futur chez celui tenté de construire l'œuvre, fait proprement naître celle-ci. Le besoin social et économique du nouveau, appétence collective, exigerait que le droit fasse miroiter la récompense, faute de quoi le désir du créateur ne surgirait plus.

Il n'est pourtant pas si sûr que les inventeurs et les artistes soient et si calculateurs et si raisonnables. Adam Smith, accusé pourtant de glisser de l'intérêt matériel au principe de toute action, estimait que le goût de la science suffit à ce que certains travaillent à comprendre, pour l'amour de comprendre, pour la jubilation de trouver. Allant plus loin et sur le terrain de l'art, Wittgenstein, estimant que l'argent entravait la création et la pensée, avait pris des dispositions non seulement pour retrouver personnellement le dénuement requis mais encore pour que l'héritage reçu de son père banquier soit distribué à des artistes déjà nantis et si possible sans talent car l'attribuer à un artiste pauvre et talentueux eut été nuire à celui-ci.

Nous sommes aujourd'hui bien loin de ces sages idées : le droit aurait le devoir de susciter des innovations ayant pour aiguillon principal le gain. On attend cela du droit, on l'exige. Pas une tribune où l'auteur ne demande au droit – comme si celui-ci était une personne, repérable et

localisée, toute puissante, facétieuse renaissance de Thémis – de faire quelque chose pour que l'innovation soit activée. Qu'il s'agisse de ménager l'incitation à investir des laboratoires pharmaceutiques ou au contraire de préserver l'accès revendiqué par les autres à la connaissance comme matière première d'autres connaissances, c'est toujours la même exigence : le droit doit se charger de l'innovation, d'un côté ou de l'autre, ou dans un équilibre entre les deux. Mais l'affirmation même ne s'impose pas avec évidence : pourquoi le droit devrait-il se soucier de l'innovation ? Cela revient à retirer au droit sa neutralité. Or, si l'on prend l'angle de la propriété littéraire et artistique, le droit ne prend pas parti pour ou contre la beauté. L'originalité, le nouveau, les critères juridiques de protection, n'ont rien à voir avec l'esthétique. Du côté de l'invention, pourquoi le droit devrait-il se charger de l'utilité de celle-ci ? En le faisant, le droit abandonne sa neutralité, par rapport à l'intérêt économique, culturel et social de la découverte.

### **L'innovation, nouvel objet direct et but affiché du droit.**

Le droit des propriétés intellectuelles s'insère ainsi plus nettement dans le droit économique, si l'on veut bien admettre que celui-ci se caractérise par sa méthode, centrée sur la détermination du but à atteindre et la capacité du droit à concrétiser l'ambition ainsi posée (3). L'innovation trouve alors plus facilement sa place : dans un droit fonctionnaliste, l'innovation est le but de politique économique dont

#### **notes**

(1) Propriété intellectuelle, présenté le 11 juin 2003, Doc. fr. 2003.

(2) Pour l'affirmation d'une unité plus forte entre propriétés matérielle et immatérielle du fait que toute propriété juridique est immatérielle, v. P. Catala, L'immatérialité et la propriété, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, t. 43, Sirey, 1999, p. 61 et s.

(3) G. Farjat, La notion de droit économique, in *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, t. 37, Sirey, 1992, p. 27 et s.

le droit est l'instrument. Ceux qui créent du droit, loi générale ou jugement particulier, ont donc souci des interférences entre droit et progrès technique ou dynamisme culturel. Les interactions entre les énoncés du droit et le progrès technique deviennent la mesure d'appréciation du droit. La discussion autour de l'arrêt « Perruche » (4) a ainsi intégré la considération des effets de celui-ci sur l'innovation de fait encouragée quant aux techniques de diagnostic pré-natal.

L'interaction agit aussi à l'intérieur même du droit, pour ménager l'articulation entre les différentes fonctionnalités que le corps éclaté des règles juridiques sert, notamment le but du droit de la concurrence de libre circulation des biens confronté aux monopoles consubstantiels aux propriétés intellectuelles (5).

Si le but du droit gagne le centre de celui-ci, alors l'innovation peut devenir un objet du droit. Instituer l'innovation comme objet du droit est moins aisé que de n'y voir qu'un souci. À trop se rapprocher des objets innovants, on dessine de si près les règles que le droit n'est plus que l'enveloppe transparente et servile d'un objet particulier, tel type de médicament ou telle forme de création multimédia. Pour reprendre les critères avancés par le doyen Georges Vedel dans sa recherche d'existence du droit économique comme branche du droit (6), à savoir des définitions et des abstractions, la propriété intellectuelle, branche incontestée, se serait dégradée en droit de tel ou tel type d'œuvre ou d'invention, amas de régimes ajustés. Chacun des objets innovants requerrait son petit droit, tendance portée par diverses actions de lobbying qui n'ont pour cible que l'obtention d'un droit ciselé sur des objets très précis, à l'étroite mesure des intérêts concernés.

Cela engendre une nouvelle dialectique entre l'innovation technique et l'innovation juridique. Est-ce qu'il faut de l'innovation juridique pour que le droit soit adéquat à l'innovation non juridique ? Ce n'est pas évi-

dent. Au contraire, si le droit est suffisamment abstrait, l'innovation, phénomène réductible à la catégorie connue des faits et situations nouvelles, peut se développer sans que l'on change le cadre. Ainsi, le législateur français a réagi aux nouveaux modes de communication par la loi du 11 mars 2000 (7) en rendant plus générale et plus abstraite encore la définition de la preuve littérale et non pas en multipliant des définitions pour tel ou tel type de traces laissées d'une manifestation de volonté. Ainsi, le système romaniste par sa généralité et son abstraction aurait pu accueillir d'autant plus l'innovation qu'il ne changeait pas ses règles. Ce fut la conclusion du rapport du Conseil d'État sur l'adéquation du droit à l'Internet (8). Pourtant, on préfère aujourd'hui multiplier les textes, le droit adaptant les règles à chaque objet créé, voire à créer. Droit concret et évolutif qui emprunte à une méthode juridique plus américaine que française en tant qu'elle est casuistique, plus américaine qu'anglaise en tant qu'elle est réglementaire ou quasi-réglementaire.

Une autre façon pour le droit romaniste de conserver en la matière sa nature abstraite peut être de prendre comme objet non plus les inventions ou les œuvres mais l'innovation en tant que telle. La loi du 12 juillet 1999 (9) en a fait son titre. Pourtant, ce texte relève davantage du droit des sociétés que du droit des propriétés intellectuelles. Ainsi, l'innovation ne se laisse plus enfermer dans le droit des propriétés intellectuelles, dans une branche plutôt que dans une autre. Dès lors qu'on ne peut plus localiser l'innovation dans une branche du droit, la seule façon de fixer sa place consiste à en faire un but de celui-ci. Si l'innovation est un but, alors seul le législateur peut le prendre comme objet car choisir le but de la règle est par nature un acte politique : le pouvoir lui revient d'inventer de nouveaux objets des lois, objets constitués par les finali-

tés. À ce jeu, le redressement des entreprises est le parangon. Mais l'innovation est déjà un vieil objet législatif par rapport à cet objet législatif découvert récemment : la confiance. Naguère, on pensait que la confiance était un préalable ou un heureux contexte du droit, aujourd'hui il en est l'objet. Ce recentrage des buts pris comme objets suppose que le droit puisse engendrer la confiance et l'innovation. Est-ce raisonnable de le croire ?

### **Propriété triviale et rente offerte au créateur pour concrétiser le droit d'accès des tiers.**

Toujours est-il que ce type d'art législatif rend très pertinente l'analyse économique du droit car celle-ci repose sur une confrontation des finalités et des effets du droit (10). Dès lors que le législateur a lui-même pris pour objet les effets, la méthode s'impose car le jugement porté sur le droit est le reflet de la façon dont le droit s'est lui-même pensé. Cela conduit à la tension souvent évoquée entre le dynamisme du marché et la rente à servir à l'inventeur. Des économistes, notamment de l'école de Chicago, estiment que l'innovation produit en elle-même une rente, celle offerte au premier qui a l'idée et le savoir-faire. Le savoir créé donne de l'avance et c'est cette avance qui se concrétise en rente. Le jeu de la compétition consiste à attaquer la rente.

### **notes**

(4) Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, JCP éd. G 2000, II, n° 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos, note F. Chabas.

(5) Atelier de la concurrence, Les propriétés intellectuelles, à paraître.

(6) Le droit économique existe-t-il ?, in Mélanges Vigreux, Université de Toulouse, 1981, p. 770.

(7) L. n° 2000-230, 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO 14 mars 2000, p. 3968.

(8) Internet et les réseaux numériques, Doc. fr., 1998.

(9) L. n° 99-587, 12 juill. 1999, sur l'innovation et la recherche, JO 13 juill. 1999, p. 10396.

(10) V., par ex., A. Ogus et M. Faure, Économie du droit : le cas français, éd. Panthéon-Assas, 2002, spéc. p. 54 et s. et les références citées.

Cela renvoie à la figure de l'entrepreneur, qu'il s'agisse du créateur ou de ceux qui veulent profiter de cette création, notamment pour créer à leur tour. Le reproche qui est alors formulé au système juridique est de figer grâce au droit cet avantage et de soustraire la rente naturelle à sa contestation, bref de transformer l'entrepreneur en rentier.

La rente de monopole légal peut à la fois produire et détruire l'innovation. Elle incite à l'innovation par la perspective de récompense offerte à celui qui investit dans la recherche. Elle détruit l'innovation par le refus opposé aux autres de s'appuyer à leur tour sur des découvertes. L'équilibre entre les deux mouvements se recherche à tâtons dans les discussions en cours à l'Organisation mondiale du commerce.

En droit, peut-être pourrait-on avancer l'idée d'une « rente pour autrui ». En effet, la propriété intellectuelle, en droite ligne de la propriété ordinaire, produit un avantage pour son titulaire, – ou pour ses descendants, ce qui revient au même. Même la propriété comme mode de gestion à travers la fiducie ou comme garantie de paiement, qui relâche l'intimité entre le propriétaire et son bien, n'attaque pas l'égoïsme légitime de la propriété, traduit par le droit fondamental d'exclure autrui.

Or, cette exclusion d'autrui ne convient ni à l'intérêt des tiers, qui veulent bénéficier des découvertes et construire à leur tour de nouveaux objets en s'appuyant sur celles-ci, ni à l'intérêt du marché. En effet, si un produit est mis sur le marché, quiconque en a les moyens peut l'acquérir. Ainsi, le droit de propriété sur un marché n'est plus un droit d'exclusion, exclusion discriminatoire interdite par le droit de la concurrence, c'est un droit à obtenir une rémunération pour l'accès que l'acheteur décide d'avoir au bien. Les idées débattues de droit d'accès, de licences légales, etc., renvoient exactement à la même idée et dans de nombreux

domaines, en droit d'auteur notamment, le droit de propriété intellectuelle est devenu un simple droit à rémunération.

Dès lors, le droit ne vient renforcer ou prolonger la rente naturelle de celui qui, en innovant, a pris de l'avance sur ses concurrents, que pour l'inciter à produire du nouveau. Mais, d'une part, le droit n'offre ce coup de pouce à l'inventeur que pour accroître les biens disponibles, c'est-à-dire la richesse globale, servant indirectement donc autrui. Plus encore, autrui peut être directement servi si le droit n'accorde cette rente qu'à condition que les tiers aient accès à la découverte. **L'accès des tiers à l'innovation, contre la rémunération offerte à l'inventeur, est alors non pas l'aménagement de la propriété mais ce qui justifie l'attribution même de la rente.** La rente est alors dissociée du droit d'exclure.

Cette évolution est la conséquence d'un double mouvement. En premier lieu, à force de soutenir que l'appétence pour créer ne tient qu'à la perspective du gain, on a rendu possible l'inversion de la proposition, c'est-à-dire la dissociation de l'auteur et de l'œuvre, par l'accès libre au tiers dès l'instant que le créateur y trouve son compte financier. Là aussi, le raisonnement est plus familier du droit américain, notamment du *copyright*, que la conception plus romantique que les Européens ont de la création et de la recherche.

En second lieu, l'évolution atteste que la propriété est devenue triviale. Lorsque celle-ci était le droit le plus absolu, elle exprimait la façon pour l'individu de demeurer hors d'atteinte d'autrui, lequel ne pouvait plus passer le seuil de sa maison sans y être invité. Le non-usage de la chose était la forme la plus pure d'exercice de la propriété. Peu importe l'état de la chose du moment que nul autre que le propriétaire n'en dispose. Cette conception politique (11) a été remplacée par une conception écono-

mique : la propriété prend son sens dans la richesse, le patrimoine constitué, l'argent rapporté. Si ce n'est que cela, et l'on sait que les économistes définissent par cette emprise et ces avantages les droits de propriété sans se soucier guère des définitions juridiques, alors il suffit que la propriété rapporte. Le droit de propriété intellectuelle dégénère en droit à rémunération.

La rente pour autrui devient alors compatible avec la rente pour soi. Plus encore, la rente pour soi n'est admise qu'en tant qu'elle constitue aussi une rente pour autrui : c'est pour les bienfaits collectifs de l'innovation que le droit de propriété intellectuelle est donné et c'est de plus en plus à condition que les tiers accèdent à la découverte que la rente est tolérée. La discussion porte alors sur la charge du paiement de la rente, avec l'éventuelle médiation par des financements collectifs, et sur le calcul du montant de la rente, pouvant ne pas reposer sur le seul prix de marché dans certains secteurs régulés.

Prenons l'exemple crucial de l'information, auquel on peut réduire beaucoup de biens, car les médicaments comme les œuvres sont les uns comme les autres de précieuses informations insérées sur des supports très bon marché : l'information nouvelle doit demeurer récompensée par une rémunération en soi – indépendamment de l'achat du support, qui représente très peu économiquement – mais à condition que pour certains biens, par exemple les médicaments vitaux, l'accès ne puisse être entravé. Reste à trouver des solutions équilibrées, notamment quant au montant des rémunérations, à la sélection des biens pour lesquels la licence des tiers deviendrait ainsi plus importante que le droit de l'inventeur, en évitant des effets pervers que l'angélisme nous masque parfois.

### notes

(11) La propriété, in *Vocabulaire fondamental du droit*, Archives de Philosophie du Droit, t. 35, 1990, p. 233 et s.