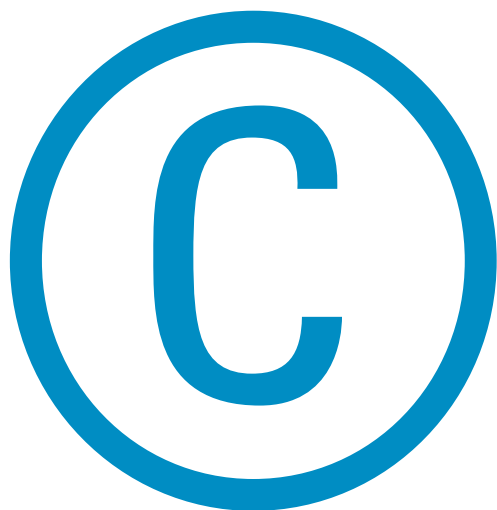


TENDANCES PROSPECTIVES

[ÉCONOMIE]



LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Décryptage - Débats - Interviews

Sylvie MAURIS-DEMOURIUX

Anouk JORDAN

Le droit d'auteur à la française survivra-t-il au copyright anglo-saxon ?

Les citoyens sont-ils capables de débattre de la propriété intellectuelle ?

La contrefaçon est-elle vraiment illégitime ?

Un obstacle aux biens communs ?

Le libre va-t-il enterrer la propriété intellectuelle ?

La PI a-t-elle été dévoyée par la finance ?

SOMMAIRE

DÉCRYPTAGE..... p. 4

Un droit de propriété et un monopole	p. 4
Une protection très demandée.....	p. 4
Un poids économique conséquent	p. 5
Brevet, marque, dessin, musique... une diversité de régimes et de réalités.....	p. 5
Quand le collectif prend le pas sur l'individuel	p. 6
Une difficile harmonisation des législations.....	p. 6
Du grain à moudre en perspective.....	p. 7

DÉBATS..... p. 8

1. La propriété intellectuelle : catalyseur ou frein au bien-être collectif ?.....	p. 8
2. Envolée des brevets : reflet du dynamisme de l'innovation ou du détournement de leur finalité ?	p. 9
3. Protection de l'innovation ou arme de compétitivité économique ?	p. 10
4. Innovation collaborative : vers des usages originaux des DPI axés sur la liberté et le partage plutôt que sur le monopole	p. 12
5. De nouveaux défis pour la culture	p. 13
6. Un enjeu de démocratie	p. 15
7. Quelle gouvernance internationale pour réguler les biens communs et lutter contre les inégalités ?	p. 16
8. La PI est-elle un outil stratégique au service des collectivités ?	p. 17

INTERVIEWS..... p. 19

Thibault SCHREPEL , Docteur en droit	p. 19
Julien FIALLETOUT , Conseil en propriété industrielle, spécialisé en marques et modèles	p. 23
Michel VIVANT , Professeur des Universités à Sciences Po et Directeur scientifique de la spécialité « Propriété intellectuelle » du master Droit économique	p. 27

MISTOUFLE - LE ROBOT-CHAT

Marque

Brevet



Base de données
miaulements

Droit d'auteur

Logiciel de
synthèse vocale

Droit d'auteur

Moustaches
connectées

Licences

Pelage ignifugé

*Secret de
fabrique*

Design

*Dessin et
modèle*

www.mistoufle.fr

Nom de domaine



Crédit : Sylvie Mauris-Demourioux – Licence libre Creative Commons

La propriété intellectuelle occupe une place d'autant plus centrale que le savoir et les biens immatériels sont au cœur de l'économie mondiale. Traditionnellement considérée comme un élément indispensable à l'innovation artistique, technologique ou industrielle, elle s'annonce comme un « enjeu géopolitique de premier plan du XXI^e siècle » pour Francis Gurry,

Directeur général de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle¹. De fait, les évolutions sociales et celles relatives à la nature de l'innovation, à ses modalités de création et de diffusion, ont relancé le débat sur les finalités économiques et sociales de la propriété intellectuelle.

UN DROIT DE PROPRIÉTÉ ET UN MONOPOLE

La propriété intellectuelle (ci-après PI) reconnaît aux créateurs (inventeurs et auteurs) un droit de propriété sur leurs œuvres de l'esprit. Deux grands domaines sont traditionnellement couverts : le champ artistique et littéraire via les droits d'auteurs², et le domaine industriel via les brevets, certificats d'utilité et certificats d'obtention végétale, les marques, et les dessins et modèles.

Cette reconnaissance confère, en droit français, deux types de droits :

- Des droits patrimoniaux qui accordent un monopole d'exploitation sur l'objet protégé. Pour l'auteur, ce monopole concerne la

reproduction de l'œuvre par tout procédé et sa représentation. Le titulaire peut exercer seul ce monopole, le partager ou le céder auprès de tiers gratuitement ou contre rémunération (vente, location, troc des droits...).

- Des droits moraux qui protègent les intérêts non économiques du titulaire notamment le droit de paternité. Ces droits sont particulièrement développés pour l'auteur : droit de divulgation, droit de repentir et de retrait, droit au nom, droit au respect de l'œuvre. Ils sont inaliénables et perpétuels, attachés à sa personne même lorsqu'il est salarié³. Le droit moral de l'inventeur est surtout celui de paternité⁴.

UNE PROTECTION TRÈS DEMANDÉE

Depuis une trentaine d'années, la PI est profondément bousculée par deux phénomènes : d'une part les progrès scientifiques, techniques et technologiques, notamment le développement de l'informatique, du numérique et de la génomique, et d'autre part, la globalisation des échanges. Ces évolutions modifient assez radicalement les conditions d'exploitation des biens immatériels et ont entraîné dans leur sillage un mouvement d'extension sans précédent des droits de propriété intellectuelle. En conséquence, de nouveaux objets comme les logiciels, les noms de domaine, les gènes, etc. ou de nouveaux acteurs comme les interprètes ont sollicité une protection au titre de la propriété intellectuelle. Cette extension s'est faite, avec plus ou moins de pertinence et d'homogénéité selon les pays, soit par inclusion dans les droits existants (par exemple, le droit d'auteur

s'étend à la topographie des circuits intégrés et aux logiciels), soit par l'émergence de droits spécifiques comme le droit des bases de données ou encore « les droits voisins » pour ceux qui utilisent les œuvres relevant des droits d'auteurs (interprètes, producteurs de musique et films, sociétés de communication audiovisuelle). De même, pour des raisons de garantie de qualité et de protection des identités territoriales, la PI s'étend aux produits ayant un lien fort avec leur territoire. Ainsi, la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation permet aux acteurs industriels et artisanaux d'un territoire de bénéficier, pour un produit spécifique, d'une protection similaire à celle des produits naturels, agricoles ou viticoles : le Siège de Liffol et le Granit de Bretagne sont ainsi les premiers à bénéficier d'une indication géographique protégée.

1. OMPI Magazine, octobre 2016

2. Droits sur les œuvres littéraires, créations musicales, graphiques, plastiques, pantomimes, créations de mode, logiciels, etc.

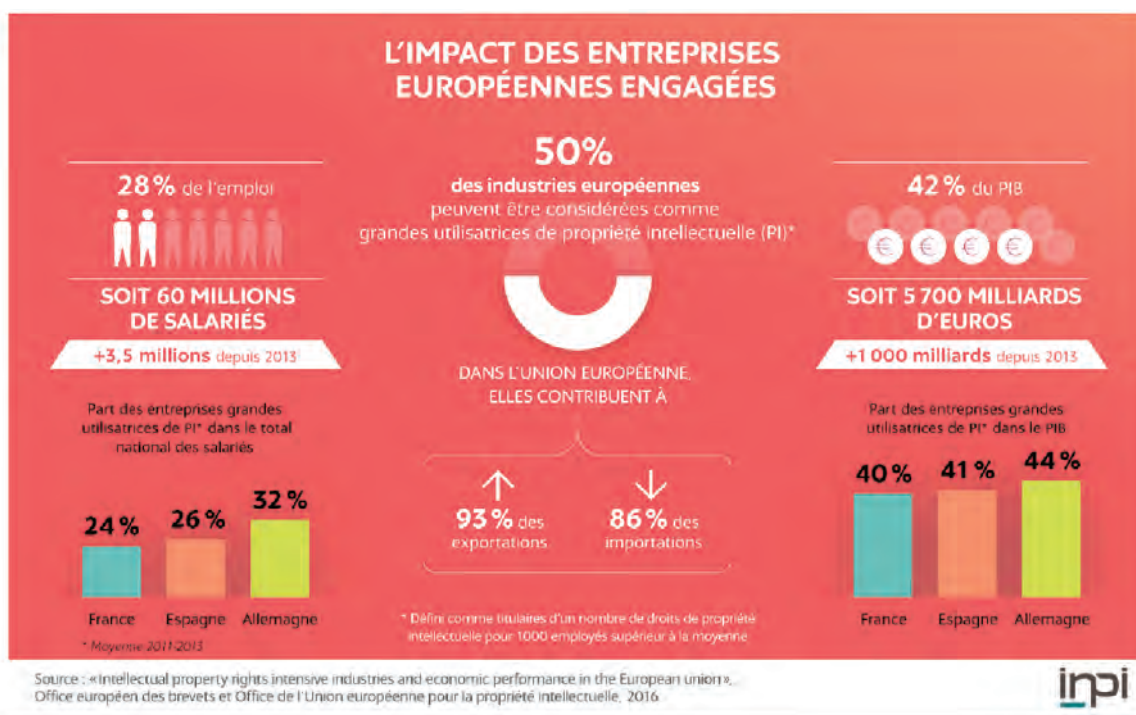
3. Ce droit moral a toutefois été considérablement amoindri dans les métiers liés au numérique (conception de logiciels, bases de données...)

4. Sur cet aspect, voir Bonzo, N. (2013, juin). *Le droit moral de l'inventeur*. Propriété industrielle(6).

UN POIDS ÉCONOMIQUE CONSÉQUENT

Sur le plan économique, les droits de propriété intellectuelle (ci-après DPI) et les revenus qu'ils génèrent représentent une part non négligeable du PIB national. Dans les entreprises, les actifs immatériels ont bondi pour représenter entre 75 et 90 % de la capitalisation boursière alors qu'ils en représentaient à peine un tiers il y a 20 ans⁵. Le rapport de l'OMPI 2016 constate une très forte progression des dépôts de brevets (2,9 millions de brevets en hausse de 7,8 %) et de marques (8,4 millions en hausse de près de 14 %) entre 2014 et 2015¹². Par ailleurs, les pays asiatiques sont devenus des acteurs majeurs en matière d'innovation et adhèrent de plus en plus au système international de

propriété intellectuelle à l'instar de la Chine. Côté thématique, les éco-innovations et les innovations liées à la ville intelligente (transports et réseaux intelligents, gestion centralisée des services, bâtiments intelligents) sont en progression constante et figurent comme les domaines technologiques les plus actifs. Là aussi, l'office chinois des brevets est en tête avec plus de 4 600 brevets déposés entre 1999 et 2012 et une spécialisation sur la gestion centralisée des services et dans une moindre mesure, les réseaux énergétiques intelligents et les bâtiments intelligents. La France, bien que dans les 15 premiers déposants mondiaux, a publié un peu moins de 200 brevets et est plutôt spécialisée sur les transports intelligents⁷.



BREVET, MARQUE, DESSIN, MUSIQUE... UNE DIVERSITÉ DE RÉGIMES ET DE RÉALITÉS

Chaque type de protection a un régime spécifique (conditions d'octroi, durée, renouvellement et étendue de la protection, type d'exceptions, règles de cumul entre différentes protections...). Les brevets s'acquièrent par dépôt, les marques aussi mais parfois par l'usage, l'indication géographique par une ho-

mologation d'un cahier des charges tandis que les droits d'auteur sont réputés acquis lors de la création de l'œuvre dans leur volet moral et par différentes voies pour les droits patrimoniaux. Ainsi, une œuvre relevant du droit d'auteur devra faire la preuve qu'elle est originale. L'originalité étant entendue en droit français

5. Cycle de conférences Cour de cassation - Science Po sous la responsabilité scientifique de Michel Vivant. (2014). *Droit et économie de la propriété intellectuelle*. Paris: LGDJ.

6. OMPI, Propriété intellectuelle : Faits et chiffres de l'OMPI 2016, www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_943_2016.pdf

7. Fortune, E. (2016, mars). *Ville Intelligente : une analyse par les brevets d'invention*. ANALYSES INPI(1).

comme la marque de la personnalité de l'auteur et l'expression de sa liberté créatrice. De son côté, le brevet étant considéré comme « une solution technique à un problème technique », l'innovation doit être nouvelle, résulter d'une activité inventive et être susceptible d'application industrielle. La marque, elle, de-

vera être disponible, etc. Si certains de ces critères sont facilement identifiables, comme la disponibilité d'une marque, d'autres notions sont plus vagues et font l'objet d'appréciations divergentes par les juges : quels sont les marqueurs de l'originalité d'une œuvre ou de l'activité inventive ?

QUAND LE COLLECTIF PREND LE PAS SUR L'INDIVIDUEL

Les titulaires des droits peuvent être une ou plusieurs personnes physiques ou morales (par exemple, l'indication géographique est accordée uniquement à un groupement d'artisans et d'entreprises) et différents dispositifs sont prévus en cas de création partagée⁸. En matière de propriété industrielle, les droits sont soit gérés par leurs détenteurs en interne, notamment dans les grosses entreprises, ou alors externalisés auprès de cabinets spécialisés. Les droits patrimoniaux de propriété littéraire et artistiques sont dorénavant gérés collectivement par des

sociétés civiles (SACEM, AGESEA...) qui recueillent et versent les droits dus lors de l'exploitation des œuvres (musique, œuvres littéraires, etc.). Attachés *a priori* à leurs créateurs, les DPI sont de plus en plus accordés et gérés par des collectifs soit du fait d'une innovation de plus en plus collective, soit de l'émergence de nouveaux modes d'exploitation. Cet éloignement entre le créateur et son œuvre contribue à un certain dévoiement et une perte de lisibilité des finalités premières de la PI.

UNE DIFFICILE HARMONISATION DES LÉGISLATIONS

La propriété intellectuelle est fondamentalement un droit territorial accordant une protection sur le territoire national. En France, ces droits et la politique en la matière relève de l'Institut de la Propriété Intellectuelle (INPI) et du Ministère de la culture. En Europe, l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle s'occupe des marques, dessins et modèles communautaires, l'Office européen des brevets, de l'extension des brevets nationaux à l'ensemble des pays européens⁹ et l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI) des traités et dispositifs internationaux dont la qualité de la couverture dépend du nombre de pays adhérents. Traités et accords bilatéraux, multilatéraux, régionaux et internationaux se sont développés pour élargir la protection et harmoniser les législations. Ainsi, depuis le traité de Marrakech de 1994, tout État membre de l'Organisation Mondiale du Commerce doit respecter le droit international de la propriété intellectuelle¹⁰.

S'accorder ne va pas sans difficultés : par exemple, un des obstacles majeurs à la création d'un brevet européen est celle de la langue de rédaction et/ou de traduction. Par ailleurs, la globalisation des échanges fait se confronter des approches fort différentes. Ainsi, le système du droit d'auteur à la française s'inscrit dans une philosophie sensiblement différente de celle du copyright américain. À une vision « romantique » de l'œuvre littéraire et artistique, soucieuse de préserver le créateur en lui attribuant des « droits moraux », s'oppose une vision américaine axée sur l'œuvre, comme objet de transactions économiques et soucieuse de protéger les intérêts économiques des industries culturelles. De même, les États-Unis ont une conception extensive de ce qui est protégeable alors que la position européenne est beaucoup plus restrictive et refuse par exemple de breveter une technique de vente.¹¹

8. En fonction de la possibilité de définir les apports inventifs de chacun ou non par exemple : œuvre collective, de collaboration, dérivée...

9. Depuis l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet de 2013, un dispositif de brevet unitaire européen a été créé et entrera en vigueur dès lors que 13 pays européens dont la France, l'Allemagne et le Royaume-Uni, l'auront ratifié. Actuellement, 12 pays l'ont ratifié mais ni l'Allemagne ni le Royaume Uni, ce qui devrait retarder sa mise en œuvre attendue pour 2017.

10. Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, ou TRIPS en anglais).

11. Pour lutter plus efficacement contre l'espionnage industriel et commercial, les États-Unis ont adopté, le 11 mai 2016, le *Defend Trade Secrets Act* (DTSA) visant à offrir au secret commercial un niveau de protection similaire à celui des autres branches de la PI. Certains auteurs voient là une avancée majeure, voire une révolution.

DU GRAIN À MOUDRE EN PERSPECTIVE

Bien que la PI se soit fortement adaptée ces dernières décennies, les innovations et les pratiques en matière de numérique, de big data, de robotique et d'intelligence artificielle, d'objets connectés, pour ne citer qu'eux, vont continuer à interpeller la société : Comment penser l'utilisation des œuvres numériques dans le cloud ? Faut-il accorder un droit aux robots qui créent ou innove ? Un avatar du jeu Second Life peut-il revendiquer des droits de propriété intellectuelle ? Quels risques poserait une généralisation des imprimantes

3D ? Comment utiliser le droit à la copie privée ? L'auteur d'un logiciel de sons ou d'une base de données sonores est-il co-créateur des œuvres ? Comment évaluer les atteintes aux DPI dans les œuvres utilisant les techniques de mixage et de morphing, etc. ? Comme nous y invite le chercheur et praticien Michel Vivant : « *Repenser la propriété intellectuelle pour le XXI^e siècle est, selon moi, un impératif indiscutable, tant intellectuel que pratique.* » (IRPI - Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle, 2013)

- Breesé, P., & De Kermadec, Y. (2011). *La propriété intellectuelle au service de l'innovation*. Paris : Nathan - INPI.
- Buydens, M. (2012). *La propriété intellectuelle. Évolutions historiques et philosophiques*. Bruxelles : Bruylant.
- Institut de recherche en propriété intellectuelle. (2013). *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ? 30^e anniversaire de l'IRPI*. Paris : LexisNexis.
- *Propriété intellectuelle : notions cadres et mécanismes essentiels*. (2014, 2). LEGICOM, 53.
- Direction des Affaires juridiques du CNRS. (2013). *Propriété Intellectuelle*. Récupéré sur www.dgdr.cnrs.fr

1. PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : CATALYSEUR OU FREIN AU BIEN-ÊTRE COLLECTIF ?

Un mécanisme indispensable à l'innovation et au développement économique

Pour l'OMPI, la protection des œuvres immatérielles remplit plusieurs fonctions jugées « impérieuses » :

- Elle permet le partage et la capitalisation des connaissances. En effet, la protection est la contrepartie de la divulgation, de la publication de la création. Les brevets retracent ainsi une histoire des techniques et des choix technologiques sur lesquels peuvent s'appuyer l'ensemble des acteurs pour poursuivre leurs efforts d'innovation dans le respect de la protection accordée.
- Elle valorise la recherche et la créativité. En donnant un avantage concurrentiel à son détenteur, cette protection permet de tirer une rémunération de son travail ou des investissements réalisés en amont. Ce mécanisme de « sécurisation » des investissements est estimé indispensable dans des industries où l'investissement est risqué ou élevé comme la recherche dans les secteurs pharmaceutique ou de l'agro-alimentaire, dont les coûts se sont envolés avec les biotechnologies.
- Selon cette conception, la PI est un atout économique sur lequel l'entreprise peut s'appuyer dans son développement et ses partenariats : elle s'apparente à un actif qui permet de négocier de l'apport en capital, d'octroyer des licences, de s'allier avec des partenaires pour organiser des systèmes de licences croisées, créer des *patent pools*, exploiter en commun des brevets... Dans le domaine culturel, elle permet – par le biais des produits dérivés notamment – d'accéder à des sources de revenus essentielles.
- Elle est un gage de qualité auprès des consommateurs. Une marque, un brevet facilitent les transactions commerciales, en réduisant l'asymétrie d'information entre vendeurs et acheteurs, auxquels elle offre un repère pour apprécier la qualité de l'objet protégé. En sus du manque à gagner qu'elle implique pour le vendeur, c'est cette transparence que vient attaquer la contrefaçon.
- Enfin, elle soutient le développement d'un secteur d'activité : activités de conseil, de dépôt, de veille, de surveillance et d'actions en justice, personnel dédié en interne, organismes d'attribution et de régulation, etc.

Les droits de propriété intellectuelle (ci-après DPI) ont-ils réellement une influence positive sur l'innovation et la croissance économique ? Sur cette question, les points de vue divergent : certains avancent que les pays ayant une longue tradition de brevet (Japon, USA, Allemagne) ont une industrie forte, d'autres qu'aucune étude ne permet de lier clairement dynamisme économique et DPI ou encore que pour de nombreuses entreprises, le coût de gestion de ces droits est supérieur aux redevances qu'elles en retirent.

La PI valorise la connaissance en créant une rareté artificielle

La contestation de la PI a toujours existé en raison de la nature collective des inventions et de la spécificité de la connaissance, bien que ne s'épuise pas par l'échange et le partage. Le juriste Franck Macrez pointe que « la valeur de la connaissance ne découle pas de sa rareté mais uniquement des limitations établies institutionnellement ou de fait à l'accès à la connaissance ».

Or, comme l'a justement mis en évidence Locke, la notion de rareté entretient des liens étroits avec celle de propriété. Cette appropriation des inventions est donc éminemment discutable. Dès le milieu du XIX^e siècle, Michel Chevalier dénonçait l'hérésie économique que constituait à ses yeux les brevets, en faisant valoir que « les inventions, pour parvenir à l'état pratique se font par étapes successives souvent dans des contrées différentes et par les soins et l'initiative de plusieurs personnes ». Il concluait : « Pourquoi et de quel droit le dernier venu s'attribuerait-il le profit du labeur de tous les autres et recevrait-il un brevet qui lui en donnerait le monopole ? »¹². La difficulté d'imputer à un seul acteur la paternité d'une invention s'illustre d'ailleurs par des divergences entre le droit des brevets américain, qui accorde le brevet au premier inventeur (et non pas au premier déposant, et reconnaît des droits spécifiques à l'inventeur « concomitant »

¹². Cité par G. Vindt G. dans *Les grandes dates de l'histoire économique*, Les petits matins/ Alternatives Économiques, 2009, p.87

sur son invention) et le droit des brevets européens, dans lequel le premier déposant l'emporte. Le débat sur les vertus économiques de la PI est relancé par les mutations technologiques (cycles courts des innovations numériques ne justifiant plus des protections aussi longues) et organisationnelles (essor de l'innovation collaborative...) qui caractérisent les systèmes productifs contemporains. Un des points d'achoppement tient à la nature de l'innovation contemporaine de plus en plus fondée sur l'information. Cette « *montée en force de l'information comme "valeur" du fait des créations informatiques bascule l'aspect économique de la réservation privative des connaissances au premier plan* » (Macrez, 2011). Une des difficultés est d'appliquer un régime prévu pour des biens matériels (qui peuvent être des œuvres immatérielles mais incorporées dans un support comme un livre, un spectacle, un objet, etc.) à des biens informationnels qui restent, pour nombre d'entre eux, purement virtuels (livres numériques, codes informatiques...).

Pour la liberté de l'information

Différents auteurs développent une critique plus ou moins radicale de la propriété intellectuelle. Le sociologue Olivier Blondeau décortique les mécanismes du capitalisme informationnel et souligne combien la liberté d'échange et d'utilisation portée par les promoteurs du « libre » révolutionne la création artistique. En observant l'émergence de la technologie libre d'encodage numérique de la musique Mp3, il n'hésite pas à parler de "révolution" : « *Ce ne sont en effet pas seulement les circuits de distribution ou de commercialisation qui sont mis en question, mais la conception même de la création artistique. Certains créateurs suscitent de nouvelles formes coopératives de production des savoirs dans lesquelles chacun est libre de reprendre les idées et le travail de l'autre pour avancer lui-même dans son propre chemin artistique. L'artiste n'est plus un homme providentiel venu de nulle part, mais un individu ou parfois un collectif qui, tout en restant singulier, est profondément immergé dans un réseau complexe de savoirs et de références* ». De son côté, le philosophe Laurent Paillard estime urgent de repenser la nature même de la propriété de biens immatériels et de sa limitation. La PI confronte le capitalisme à ses paradoxes et interpelle le rapport de l'homme à son travail, la domination d'une conception désincorporée du travail intellectuel et le partage des ressources : *si la rémunération d'un travail est légitime, l'obtention d'une rente transformant l'œuvre en capital l'est-elle ? Un point que rejoint l'auteur et activiste Silke Helfrich qui appelle à « revoir en profondeur cette idée de « propriété intellectuelle. Plutôt que de mettre en commun nos idées, nous avons tendance à chercher à les protéger contre d'éventuels rivaux. Et malheureusement cela freine l'innovation et la capacité collective à trouver des solutions aux enjeux environnementaux par exemple. Cette volonté de protéger à tout prix la propriété intellectuelle est une catastrophe écologique ! Imaginons: si les plans des moteurs pour automobiles étaient ouverts, on fabriquerait depuis longtemps des véhicules qui consomment un ou deux litres aux cent kilomètres.* »

- Blondeau, O. (s.d.). *Genèse et subversion du capitalisme informationnel*. Récupéré sur //severino.free.fr/archives/copieslocales/geneseetsubversion.html
- ICIP - L'Ingénieur Conseil - Intellectual Property. (2011). *The Future Prospects for Intellectual Property in the EU : 2012-2022*. Bruxelles: Bruylant.
- Levêque, F., & Ménière, Y. (2003). *L'économie de la propriété intellectuelle*. (Repères, Éd.) La Découverte.
- Paillard, L. (2013). *La Gratuité intellectuelle. Pour une véritable révolution numérique*. Lyon : Paragon /VS.
- Spooner, L. (2012). *Plaidoyer pour la propriété intellectuelle*. Paris : Les Belles Lettres.
- Vivant, M. (2006, 4). *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*. Revue internationale de droit économique, XX(4), pp. 361-388. Récupéré sur www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2006-4-page-361.htm

2. ENVOLÉE DES BREVETS : REFLET DU DYNAMISME DE L'INNOVATION OU DU DÉTOURNEMENT DE LEUR FINALITÉ ?

Financiarisation des actifs immatériels des entreprises

Selon certains observateurs, l'explosion des dépôts de brevets "révèle moins les efforts d'innovation des entreprises que leurs efforts pour paraître innovantes en déposant des gerbes de plusieurs dizaines (voire des centaines) de demandes de brevet, clonées l'une sur l'autre, dont le seul but est de gonfler les statistiques et de lever des fonds sur les marchés financiers,

selon un schéma marketing simpliste mais rentable : un brevet «bidon» revient à 10000 \$ et permet de lever en bourse 1 M\$" (Le Bas & alii). Les brevets seraient ainsi devenus une "monnaie technologique"¹³, dont la valeur s'est largement autonomisée de la contrepartie réelle (les innovations et inventions que les brevets sont sensés valoriser et protéger) et qui constituent un terrain propice à la spéculation.

Patent trolls, chantage juridique, appropriation privative de la manne financière des brevets

Le développement de la gestion financière des brevets a suscité l'apparition de toute une série de nouveaux métiers et de nouvelles organisations dédiées aux commerces des brevets (sociétés de *trading*, place d'enchères...). Certaines d'entre elles, attirées par la manne financière que représentent les brevets, ont adopté des stratégies de rente, qui détournent explicitement les brevets de leur fonction de protection des innovations. Profitant de leur puissance financière, ces *patent trolls* acquièrent à bas coûts des brevets (à l'occasion de faillites par exemple) et menacent de poursuites des entreprises qui n'ont pas les moyens financiers de se défendre contre une action en justice, monnayant à grands frais l'arrêt de ce chantage juridique.

Patent ambush et participation déloyale aux comités de normalisation

Le rôle croissant des industries numériques et, plus généralement des industries de réseaux, confère un rôle stratégique aux standards et aux normes technologiques. Pour un acteur, voir érigée en normes une technologie brevetée représente un enjeu financier considérable : c'est pourquoi l'ensemble des participants à un comité de normalisation doivent en principe faire état au préalable des brevets qu'ils détiennent. La littérature témoigne néanmoins de nombreuses dérives, à l'initiative d'acteurs qui restent «en embuscade» tant que la norme technologique n'a pas été adoptée, puis «sortent du bois» pour réclamer des redevances à l'ensemble des firmes qui, contraintes de se conformer aux normes, utilisent leurs brevets.

Comportements anti-concurrentiels : entre blocage et hégémonie

Une autre pratique de blocage, développée notamment par les industries pharmaceutiques ou agro-alimentaires, consiste à déposer des «brevets secondaires» qui permettent de bloquer l'accès à une technologie par le dépôt de multiples brevets sur des modifications mineures de l'innovation première, pour prolonger artificiellement la durée de vie du monopole légal.

- Guellec, D., Madiès, T., & Prage, C. (2010). *Les marchés de brevets dans l'économie de la connaissance*. Paris : Rapport du Conseil d'Analyse Économique.
- Le Bas, C., Dupuis, J.-C., & Laws, S. (2011). *Le brevet comme quasi-actif financier*. *Revue d'économie industrielle*, 134, pp. 191-210.
- Quiquerez, A. (2013). *La titrisation des actifs intellectuels*. Larcier : Bruxelles.
- Sautier, B. (2009). *Patent trolls : face à l'invasion des lutins, comment réagir ?* Master2 Droit de la propriété intellectuelle et Droit des nouvelles technologies. Grenoble : Université Pierre Mendès France.
- Schrepel, T. (2014). *France Brevets : un véritable patent troll public, néfaste et... illégal ?* Génération Libre. leconcurrentialiste.com/
- Schrepel, T. (2015). *Towards a global patent arms race*. *World Economics*, Spring, 89-112.

3. PROTECTION DE L'INNOVATION OU ARME DE COMPÉTITIVITÉ ÉCONOMIQUE

En octroyant (temporairement) aux détenteurs de droits un monopole légal, la PI s'oppose dans son principe au droit du commerce et de la libre concurrence. Vecteur de normalisation, elle est la cible naturelle de stratégies d'acteurs privés qui cherchent à en influencer l'orientation dans un sens qui leurs soit favorable et un levier privilégié de politique économique.

L'histoire de la PI est jalonnée d'exemples de son utilisation comme arme de compétitivité économique, et ce depuis son institution, au XV^e siècle.

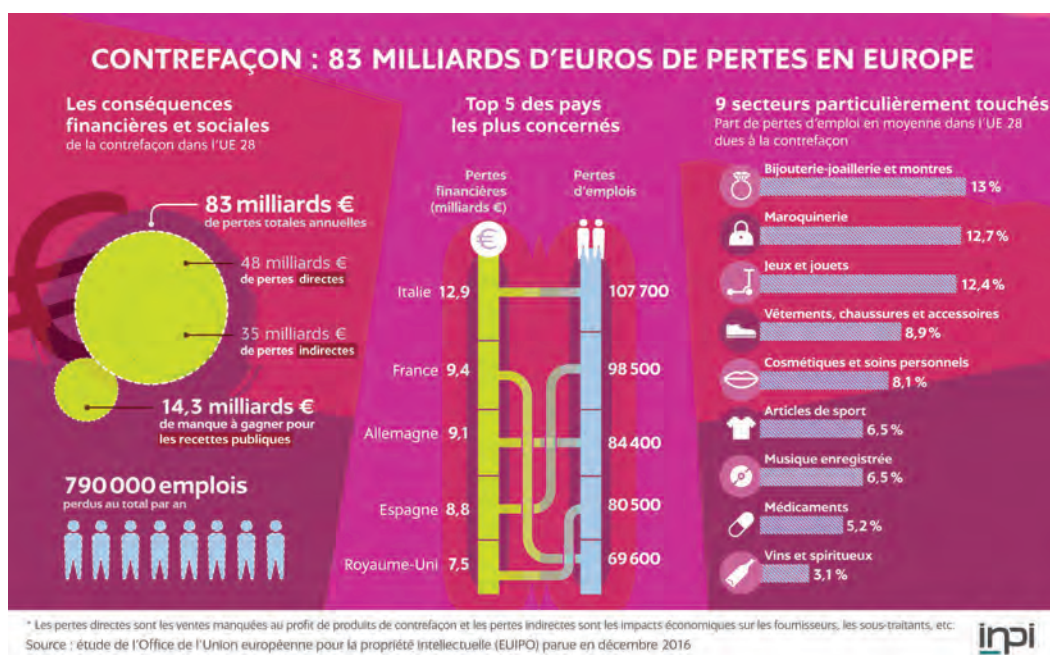
- C'est à Venise en 1474 qu'est promulgué le premier décret érigeant la PI en loi générale.

¹³. Selon l'expression de Yann Menière, professeur d'économie au centre d'économie industrielle de l'École des Mines Paris Tech.

Adressant les enjeux posés par le développement de l'imprimerie aux métiers du livre, il vise à renforcer la position de l'industrie, en réponse aux menaces naissantes sur l'empire commercial¹⁴.

- Les législations dont se dotent l'Angleterre (par le *Statute of Monopolies* en 1624) et la France à l'heure de la Révolution visent explicitement à décourager l'investissement à l'étranger et les importations. En France par exemple le dépôt d'un brevet à l'étranger fait tomber les droits de l'inventeur sur le sol national¹⁵ et s'accompagne de l'interdiction d'importer les marchandises issues des innovations brevetées. (Vindt, 2009)
- Malgré l'idéologie libérale qui domine les années 80, en particulier dans le monde anglo-saxon, l'utilisation des DPI à des fins de protection de l'industrie nationale prend un nouvel essor avec la décision des États-Unis de s'appuyer sur ces droits pour rééquilibrer leur balance commerciale déficitaire dans tous les secteurs, à l'exception des œuvres filmographiques et des programmes informatiques. En renforçant le copyright sur ces produits, la législation a ainsi permis d'accroître fortement les revenus tirés de produits largement diffusés à l'étranger¹⁶.

Aujourd'hui, les marges de manœuvre des États en matière de PI se sont affaiblies avec d'un côté le renforcement des accords internationaux de libre échange (l'accord de l'OMC de 1994 harmonise par exemple la durée des brevets, fixée -sauf dérogation- à 20 ans) et d'un autre, la montée en puissance des acteurs financiers et/ou globalisés (par exemple, les *Patent Trolls*). Pour autant, la volonté d'en faire un instrument de compétitivité économique reste entière, comme le montre par exemple la multiplication récente des fonds publics d'investissements et de valorisation des brevets. Ces fonds qui existent depuis un certain nombre d'années aux États-Unis, se développent depuis le début de la décennie en Asie (en Chine depuis 2014, à Taïwan, au Japon, en Corée, en Inde...) et en Europe (où la France a été le premier pays à se doter d'un fonds public de valorisation des droits avec la création en 2011 de France Brevet). N'ayant aucune activité productive en propre, ces fonds ont pour mission d'acquérir des brevets pour constituer des grappes technologiques cohérentes, les mettre à disposition des entreprises nationales (contre redevance), et les protéger des acteurs qui les utiliseraient indûment en leur intentant des procès. Selon certains observateurs, ils s'apparentent ainsi – par les méthodes qu'ils emploient – à des *Patent Trolls* publics, qui risquent de fragiliser encore l'innovation en Europe en déclenchant une guerre interétatique des brevets (Schrepel, *Towards a global patent arms race*, 2015).



14. May, C. (2002). *Venise : aux origines de la propriété intellectuelle*. L'économie Politique (14), pp. 6-21.

15. Jusqu'au milieu du XIX^e siècle.

16. Une décision qui leur a aussi permis de peser fortement sur le choix des modalités de protection des logiciels et d'adopter le copyright : parce qu'il ne nécessite pas de formalités, il a permis de protéger systématiquement les logiciels américains.

La lutte contre la contrefaçon est aussi une préoccupation forte des pouvoirs publics et des instances européennes et internationales. Son poids économique est réputé très élevé, bien qu'il ne soit pas évident d'évaluer son préjudice, notamment à l'échelle macro-économique (incertitude entourant les comportements des consommateurs et les effets de substitution entre achats légaux / articles de contrefaçon, téléchargement illégal, impacts réels en termes d'emplois...).

Au final, même si elle s'est faite moins visible, l'influence que tentent d'exercer les États les uns sur les autres à travers la PI est toujours très présente. Cela passe dorénavant par de la socialisation (acculturation des étudiants étrangers au droit américain, coopération internationale intensive entre l'administration américaine et les administrations des pays en développement...)¹⁷.

- Cervetti, P.-D. (. (2015). *L'innovation à l'épreuve de la mondialisation. Réflexions autour d'un droit de l'innovation en devenir*. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- INPI. (2015). *La propriété intellectuelle & la transformation numérique de l'économie. Regards d'experts*. Paris: INPI.
- Hargreaves, I. (2011, May). *Digital Opportunity : A Review of Intellectual Property and Growth*. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf
- Liotard, I. (2007). *Les nouvelles facettes de la propriété intellectuelle : stratégies, attaques et menaces*. Management & Sciences Sociales(4), 1-14.

4. INNOVATION COLLABORATIVE : VERS DES USAGES ORIGINAUX DES DPI AXÉS SUR LA LIBERTÉ ET LE PARTAGE PLUTÔT QUE SUR LE MONOPOLE

Si la nature collective de l'innovation a de tout temps limité la pertinence d'en imputer la paternité à une seule personnalité juridique, la fin du fordisme, la montée de l'économie servicielle et des évolutions technologiques et organisationnelles qui l'accompagnent - telles que la conduite des projets d'innovation en plateau impliquant de multiples services (R&D, marketing, production), l'externalisation de nombreuses fonctions, la contribution du client/usager à la création de valeur...-, ont renforcé cette difficulté. Les processus d'innovation se sont complexifiés avec des innovations technologiques et scientifiques demandant la maîtrise de nombreux savoirs, incorporant de multiples composants protégés par des droits de propriété intellectuelle, ou nécessitant de partager les coûts de recherche et développement (recherche publique/privée). La coopération avec des partenaires extérieurs, dont les intérêts et objectifs sont souvent divergents, est devenue un enjeu stratégique, et avec elle la question de la répartition des droits de propriété intellectuelle. L'essor de modalités plus ouvertes d'innovation pose de manière très sensible la question de la production de valeur économique et/ou sociale. Tout en restant dans le giron de la propriété intellectuelle, deux voies radicalement différentes ont été empruntées¹⁸.

Raffiner les outils classiques de protection

L'innovation partagée était déjà bien encadrée par différents dispositifs comme la sous-traitance, le co-développement, l'octroi de licences... Les innovations dans le champ numérique ont fortement accru la contrainte de recourir à des briques technologiques protégées par des brevets détenus par une diversité d'acteurs parfois concurrents. De nouveaux outils sophistiquant les solutions classiques se sont déployés : brevets liés, exploitation collective de brevets interdépendants sur une technologie au sein d'un *patent pool* à l'instar du format MPEG, etc.

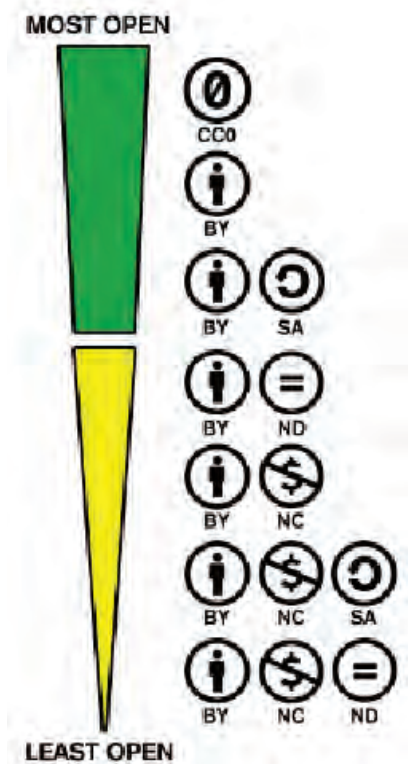
Revendiquer le droit de propriété pour le détourner : l'idéologie du libre et de l'open source

Le libre et l'open-innovation se sont développés avec l'informatique. Internet est né de fonds publics américains et reposait sur l'intelligence collective et le partage des savoirs. Cette di-

¹⁷. Auparavant, les pratiques pouvaient s'apparenter à une sorte de chantage : ainsi, les États-Unis conditionnaient l'octroi d'avantages économiques et d'accords de libres échanges avec les pays en développement à un alignement de leur législation en matière de PI sur le système et le niveau de protection américain, même en violation de l'esprit des accords de l'OMC.

¹⁸. Peu font le choix de placer directement leur création dans le domaine public via sa publication ou une divulgation publique bloquant toute appropriation ultérieure.

TYPES DE LICENCES CREATIVE COMMONS



mension collaborative est aussi très importante dans l'industrie du logiciel et rendue nécessaire par la modularité des objets informatiques ainsi que par la nécessité de limiter les erreurs et garantir une certaine performance. Dans ce contexte, la propriété intellectuelle a été réinterrogée : d'une part dans ses logiques d'attribution de paternité par le développement d'œuvres sans auteur comme les plateformes collaboratives type wikipedia, d'autre part, par l'affirmation d'une liberté d'accès et d'utilisation des œuvres. Les tenants du libre ont trouvé une solution originale : s'appuyer sur le droit de propriété pour affirmer la liberté d'accès et d'utilisation. Différents outils se sont développés : la licence publique générale GNU en 1984 pour les logiciels, ou encore les licences Creative Commons. Ces licences permettent de moduler la liberté concédée en fonction des souhaits du créateur originel mais aussi d'imposer à ceux qui utiliseraient les œuvres ultérieurement de respecter ce cadre initial dans la transmission de leurs créations liées à cette utilisation. Du côté de l'innovation, c'est l'essor du modèle en open source, d'abord dans le secteur du logiciel¹⁹ puis étendu à la recherche pharmaceutique (*open drug discovery*) et bien d'autres domaines. La logique du libre et de l'open innovation ne s'inscrit pas forcément dans une logique de gratuité mais plutôt dans un modèle économique privilégiant les services sur la vente. En effet, les logiciels libres sont souvent rentabilisés par une offre de services

(installation, maintenance, formation) dont le coût n'est pas insignifiant pour les utilisateurs, notamment dans les administrations. D'ailleurs, la création du *The Open Invention Network* en 2005 par les géants de l'électronique, de l'informatique et de l'internet²⁰ afin de défendre les logiciels libres dont Linux atteste des enjeux économiques du libre. Comme le rappelle la *Free Software Foundation* : « *Free software is a matter of liberty, not price* », ou pour couper court à tout malentendu : « *free as in free speech, not free beer* »²¹.

Anticiper le partage : le développement de la contractualisation

Prévoir en amont les modalités d'apport des connaissances, de partage et d'exploitation des innovations est devenue une nécessité. La gestion de la propriété intellectuelle est, de fait, de plus en plus contractuelle. Que ce soit avec les partenaires extérieurs, comme dans le cas de hackaton, de marchés publics, de pôles de compétitivité ou de sous-traitance. Ou en interne, notamment dans les secteurs réputés innovants ou créatifs, il est important de sensibiliser les salariés aux enjeux de la PI et des implications potentielles de leur participation, sur leur temps libre, à des dispositifs créatifs ouverts.

5. DE NOUVEAUX DÉFIS POUR LA CULTURE

Les droits d'auteurs sont porteurs d'enjeux sociétaux spécifiques. Facteur d'émancipation, l'accès de tous à la culture, au monde de la connaissance et des idées est une valeur cardinale sur lesquelles se sont constituées les sociétés modernes. Par nature originales, les œuvres culturelles et artistiques nécessitent des investissements amont importants, mais peuvent ensuite être reproduites à des coûts moindres pour la plupart. Toute la difficulté consiste par conséquent à trouver un système qui permette de concilier la diffusion au plus grand nombre, tout en assurant une rémunération suffisante au créateur de façon à lui permettre d'exercer.

¹⁹ Linux, écrit par Linus Torvalds en 1991, est le premier projet de grande envergure initié par la *Free Software Foundation*. L'objectif est de mettre à disposition du public un système d'exploitation complet avec l'ensemble de ses outils logiciels.

²⁰ Google, IBM, NEC, Philips, Red Hat, Sony, SUSE, et Toyota - www.openinventionnetwork.com

²¹ « Le logiciel libre est une affaire de liberté, non de prix ». « Libre au sens de parole libre et non de bière gratuite ! ». (traduction de l'auteur).

Le droit d'auteur relève ainsi d'un compromis social (entre intérêt du public, des auteurs et des producteurs) variable selon les cultures, les époques et l'état des techniques (ces dernières modifiant les conditions de reproduction et de diffusions des œuvres au cours des siècles). Ainsi, la naissance de l'imprimerie, en mécanisant la reproduction, a-t-elle été à l'origine des premiers privilèges royaux accordés aux imprimeurs et éditeurs dès le XVI^e siècle. De la même manière, le développement du numérique et de l'internet est depuis une trentaine d'années à l'origine de profonds bouleversements.

Démocratisation et contrefaçon : le nouveau visage de la culture ?

L'élargissement de la filière culturelle aux industries numériques a provoqué un « choc d'économies étrangères » entre des industries de contenus, « pour la plupart séculaires, et connues pour leur fragilité » et des industries des secteurs de l'informatique, de l'électronique grand public, des télécommunications, de l'édition de logiciels économiquement cinq fois plus puissantes et largement globalisées (Farchy, 2006). Les possibilités de reproduction et de diffusion ont permis l'émergence de produits culturels standardisés, éphémères mais à forte audience entraînant de nouveaux usages de la protection intellectuelle tels que les droits dérivés sur les œuvres (Guerre des étoiles, Harry Potter...), le placement de marques, le détournement des œuvres. L'écart s'est fortement creusé entre le montant des investissements initiaux (humains, financiers, techniques) - qui peuvent augmenter avec le recours aux nouvelles technologies (3D, effets spéciaux) - et ceux de distribution et de reproduction (copie numérique à faible coût de bonne qualité, diffusion à grande échelle, facilité de stockage...). Cette évolution est à double tranchant : d'un côté, elle se traduit par une démocratisation de l'art numérique (facilité de création par les techniques de mixage, enregistrement à domicile et auto-production, essor des plateformes d'images, vulgarisation des logiciels de retouche d'images ou de sons et des revues afférentes, etc.), et de l'autre par l'essor de l'utilisation des œuvres hors du cadre légal (1/3 des téléchargements d'œuvres sur internet est illégal).

Création et production culturelle : des rapports de forces en évolution

Les œuvres protégeables ont été étendues aux créations informatiques qui sont de deux natures : celles qui traitent l'information, comme un logiciel de *sampling* musical, ou une base de données d'images, et celles qui s'appuient sur la technologie ou en dérivent, comme les créations multimédias ou celles générées par ordinateur. Les rapports de force au sein de la filière ont évolué avec l'apparition de nouveaux intermédiaires mus par des logiques marchandes (producteurs, actionnaires). Cette évolution a eu des effets très importants. Tout d'abord, elle a contribué à l'invisibilisation progressive du lien entre l'auteur et son œuvre et à un sentiment d'illégitimité du droit d'auteur. Elle a conduit à l'adoption d'une gestion collective des droits pour répondre à la concentration de la diffusion, ou à la création des droits voisins. De plus, se calquant sur l'approche anglo-saxonne, la vision européenne des droits d'auteurs tend à protéger les opérateurs culturels et les investisseurs au détriment des auteurs et interprètes, obligés de partager ou céder leur droit de reproduction²². Ce faisant, l'auteur perd la supériorité juridique qui lui permettait de compenser son infériorité économique dans ses rapports avec les producteurs et distributeurs. Le philosophe et juriste Bernard Edelman constate d'ailleurs l'émergence d'un double droit d'auteur : un droit pour les œuvres sans producteur qui relève du droit d'auteur classique centré sur l'auteur et un droit relevant du copyright centré sur le produit pour les œuvres avec producteurs. Face à cela, Laurent Paillard estime qu'il faudrait dissocier la régulation de la production culturelle marquée par la logique capitaliste de celle de la création « classique », notamment pour pouvoir réfléchir à leurs modes de financement.

Quel financement ?

Rien ne permet pour l'instant d'affirmer que la logique de développement des industries numériques permettra d'aménager un *business model* viable pour la création artistique et culturelle. La généralisation du blocage d'accès paraît peu probable, non pas tant pour des raisons techniques que parce qu'elle ne rencontre ni l'intérêt des internautes ni celui des industries numériques qui optent pour d'autres voies : faire de la culture un produit d'appel pour vendre

²². Avec la mise en place d'un dispositif d'épuisement du droit d'auteur afin de pouvoir répondre aux exigences du principe de libre circulation des biens.

leur matériel à l'instar d'Apple, devenu le leader mondial de la vente de musique en ligne grâce à ses baladeurs numériques et son logiciel d'écoute, proposer de la gratuité financée par la publicité ou en échange de la collecte des données personnelles des utilisateurs et du droit à les valoriser. La recherche de solutions équilibrées est indispensable et constitue un enjeu majeur pour l'action publique en termes de préservation de la diversité de l'offre culturelle et de la survie d'une création littéraire et artistique hors de la marchandisation.

- Edelman, B. (2008). *La propriété littéraire et artistique* (éd. 4). Paris : Presses universitaires de France.
- Farchy, J. (2006, mai). *Les industries culturelles à l'heure de la numérisation*. Esprit.
- Macrez, F. (2011). *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle. Essai sur la cohérence des droits*. (Vol. 57). (Litec, Éd.) Strasbourg: CEIPI.
- Rosnay, M. D. (2016). *Les Golems du numérique. Droit d'auteur et Lex Electronica*. Paris : Presses des Mines.

6. UN ENJEU DE DÉMOCRATIE

Comme tout droit, la PI reflète des choix de société sur des questions aussi fondamentales que la place accordée au marché, à la finance, à la propriété privée, à la culture, à coopération, etc. Pour le public, ne pas prendre position sur ces questions – et donc sur la PI – revient à laisser aux acteurs de terrain la responsabilité de les trancher, avec pour risque de voir se structurer un système qui, en lieu et place de l'intérêt général, reflète les intérêts des plus puissants. Pour les institutions, ne pas s'emparer de l'animation d'un tel débat, c'est oublier qu'« *il en est de même avec la propriété intellectuelle, comme avec toute règle de droit en régime démocratique : sa définition et ses règles doivent prendre leur source dans la société toute entière -et non pas dans les mémos de quelques industries- si l'on espère la faire respecter sans user de la coercition généralisée* ». (Latrive, 2006)

Éduquer pour policer ou autonomiser ?

L'éducation à la PI fait désormais partie de la feuille de route des États Européens. Une étude menée en 2015 par l'OHIM (*Office for Harmonization of the Internal Market*) montre ainsi que dans l'ensemble des 28 pays de l'UE, la PI est d'ores et déjà intégrée dans les programmes scolaires (dans le cadre des enseignements dédiés aux TICs, aux matières artistiques, au business et au marketing...) et ce dès l'enseignement primaire. Considérant que ces efforts doivent être redoublés, elle débouche sur la mise en place d'un réseau d'experts et de ressources pédagogiques devant aider les systèmes éducatifs des pays concernés dans le renforcement de l'éducation à la PI. Cependant, force est de constater que l'éducation en la matière est souvent conçue comme une information purement descendante. Les termes employés donnent le ton : il s'agit de « lutter contre la contrefaçon », le « piratage », de mettre en garde contre les « dangers » du téléchargement illégal... Un champ sémantique qui joue davantage sur le registre de la menace et de l'appropriation illégitime que sur celui du droit comme ressource sociale pour le citoyen. À l'inverse, former les élèves à la programmation informatique s'inscrit dans une logique de capacitation des futurs citoyens.

En effet, les occasions de débattre collectivement des systèmes de PI ne manquent pas. La montée en puissance des nouveaux modes de consommation et de production, plus durables et collaboratifs en est un. Correspondant à une réelle aspiration pour un certain nombre d'acteurs sociaux, ces nouveaux modes nécessiteront, pour se développer, de s'accorder ou d'inventer des modes de régulation des droits, compatibles avec les valeurs qu'ils portent (invention collective, recyclage...).

Garantir la transparence nécessaire pour assurer la confiance dans les organismes publics

Les débats relatifs à la PI souffrent d'un excès de dogmatisme, avec des prises de positions (pro ou anti-PI) qui relèvent souvent davantage de positions idéologiques que d'analyses circonstanciées. Le manque de transparence des organismes publics en charge de la PI ne facilite pas non plus la discussion. Certains auteurs appellent ainsi à instaurer une obligation de motivation des refus ou des octrois de brevets et de leur publication, voire à introduire davan-

tage de légitimité démocratique. F. Macrez alerte sur le fait que « l'office européen des brevets peut ainsi être considéré comme ayant développé des pratiques élaborées par les fonctionnaires d'un organisme extérieur à l'Union, qui a ses intérêts propres dans le droit des brevets, qui n'est soumis à aucun système judiciaire et qui ne représente démocratiquement personne, sinon lui-même » (Macrez, 2011). Cela vaut également pour France Brevets, qui attire d'autant plus la suspicion qu'il affiche sur son site internet le principe d'une auto-évaluation.

- Latrive, F. (2006). La protection intellectuelle : l'irruption du public. Dans *La protection intellectuelle en question(s)*. Paris : Litec-Irpi.
- Office for Harmonization of the Internal Market. (2015). *Intellectual Property and Education in Europe. Study on IP Education in school curricula in the EU Member States with additional international comparisons*.
- Kerber, W. (2016). Governance of Data : Exclusive Property vs. Access. (M. P. Competition, Éd.) IIC - *International Review of Intellectual Property and Competition Law*(47), 759–762.

7. QUELLE GOUVERNANCE INTERNATIONALE POUR RÉGULER LES BIENS COMMUNS ET LUTTER CONTRE LES INÉGALITÉS ?

Au cours des années 1990-2000, les agissements de puissants acteurs économiques au nom de leur droits de propriété intellectuelle²³ ont suscité l'indignation publique internationale et montré que ces droits, ou tout du moins, l'utilisation qui en était faite, n'étaient pas forcément en faveur de l'intérêt général et encore moins synonyme de bien-être collectif. Non seulement ces critiques ont renouvelé le débat sur la légitimité et la finalité de ces droits, mais elles ont permis l'émergence d'une réflexion internationale sur la manière d'aménager les mécanismes de la propriété intellectuelle pour lutter contre les inégalités ou encore pour aborder des enjeux dont l'échelle mondiale nécessite une action collective concertée. Ainsi, l'OMPI alerte sur la nécessité de s'accorder sur la régulation d'un marché mondial légal et homogène des contenus numériques, notamment culturels, capable de concurrencer le marché illégal. Il s'inquiète aussi du décalage grandissant entre la réalité de la vie des œuvres et les législations en vigueur. La recherche de solutions rapides conduisant à des solutions sectorielles ou au périmètre géographique limité nuit au développement de droits universels et d'une régulation collective. Comment penser alors l'articulation public/privé, intérêt général/particulier ? La protection des savoirs traditionnels et des ressources génétiques illustre la prise en compte grandissante de ces enjeux et la recherche de solutions de conciliation des intérêts.

Vers une réappropriation collective du patrimoine culturel et génétique

Jusqu'à la Convention sur la diversité biologique de 1992, les ressources génétiques étaient considérées comme libres alors que les ressources biologiques étaient protégées par les législations nationales et internationales. Or, la place prise par la génomique au sein de la recherche publique et de la R&D des secteurs pharmaceutiques, agro-alimentaires et cosmétiques a suscité un mouvement avide d'appropriation et de réservation des potentialités du vivant par les entreprises qui en avaient les moyens techniques et financiers, au détriment de l'intérêt général, des populations autochtones et des pays en développement. Cette pratique qualifiée de « biopiraterie » a été tant le fait d'entreprises privées que d'organismes de recherche publique. Le protocole de Nagoya, entré en vigueur en 2014 est venu réglementer l'accès à ces ressources et acter d'un changement de paradigme²⁴ : les ressources génétiques ne sont pas un patrimoine commun mais appartiennent aux États. D'un côté les États « fournisseurs » s'engagent à faciliter l'accès à ses ressources, tandis que les États « utilisateurs » s'engagent à partager de manière juste et équitable les avantages issus de l'accès et de l'utilisation des ressources. L'objectif est aussi de soutenir les communautés autochtones et locales dans la prise de conscience et la défense de leurs savoirs traditionnels. En France, cette question est particulièrement importante, par la richesse de la biodiversité des territoires d'outre-mer et notamment de Nouvelle Calédonie, et en raison de l'importance des secteurs utilisant ces res-

23. Exemples emblématiques des firmes pharmaceutiques limitant l'accès aux médicaments des pays en développement ou freinant l'émergence d'un marché des génériques ou encore du comportement des semenciers plaçant les paysans des pays émergents dans une dépendance économique totale.

24. Pour une présentation complète voir <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-083-Fr.pdf>

sources²⁵. L'adoption de la loi sur la biodiversité du 8 août 2016 a permis à la France de ratifier le protocole de Nagoya.

Particulièrement visible sur la question des ressources génétiques, cette problématique se pose de manière toute aussi vive pour les œuvres culturelles. Des actions de sensibilisation des acteurs économiques et institutionnels et « d'empowerment » des populations autochtones (formation à l'enregistrement des œuvres musicales, etc.) sont mises en place au sein de l'OMPI.

Les biens communs peuvent-ils relever du droit commun de la PI ?

Pour Silke Helfrich, « *le terme "communs" décrit les relations particulières qui se nouent entre des ressources d'usage commun (ou biens communs) et un groupe d'individus, la communauté. Ces relations particulières ne sont pas des relations de propriété mais plutôt de possession collective et de responsabilité. Ce dont il est question n'est pas l'eau, l'atmosphère, ou les connaissances partagées sur Wikipédia, mais plutôt des humains, de leurs relations sociales et des décisions qu'ils prennent par rapport à ces biens partagés.* » Actuellement, on ne peut que constater l'impossibilité pour le marché, les puissances publiques ou encore les mécanismes classiques de gérer ces biens communs de manière durable et équitable. Divers outils sont avancés pour permettre un accès équitable aux ressources, préserver l'existence d'un patrimoine commun et favoriser la diffusion des technologies pour faire face aux enjeux climatiques ou sanitaires : promotion des certificats d'obtention végétale qui ne bloquent pas l'accès aux ressources contrairement aux brevets, développement des licences obligatoires²⁶, écolabels, création d'un répertoire international des ressources permettant de prouver leur antériorité, création de plateformes communes de brevets verts, programmes internationaux²⁷, etc. Mais est-ce que la PI conventionnelle est l'outil le plus pertinent pour remplir ces finalités ? Les droits d'auteur occidentaux sont-ils compatibles avec la notion de création des civilisations africaines ou du Pacifique ? En donnant un droit collectif aux communautés ou aux États ne se dénature-t-elle pas ? Ne faudrait-il pas un accès libre aux biens publics, non rivaux et non excluables ? En protégeant les expressions culturelles traditionnelles, que reste-t-il du patrimoine culturel mondial ?

- Alemjrodo, R. (2016, décembre). *Légitimité et justice d'une norme portant sur l'appropriation des cultures musicales traditionnelles*. Revue Francophone de la Propriété Intellectuelle, 4-13. Récupéré sur www.association-afpi.org/presse/index.php/RFPI/article/view/4
- Dreyfuss-Bechmann, L., & Hoeffler, S. (2016, 12). *Le droit de la propriété intellectuelle à l'épreuve de la pratique*. (3), 84-91. Récupéré sur www.association-afpi.org/presse/index.php/RFPI/article/view/12
- Helfrich, S. (2013, 04 30). *Pour une société des communs*. (E. Hooge, Intervieweur) Direction de la prospective et du dialogue public - Grand Lyon Métropole. Récupéré sur <http://www.millenaire3.com/interview/2013/pour-une-societe-des-communs>
- Henry, C. (2014). *Propriété intellectuelle et innovation pour un développement durable*. Dans C. d.-S. Po, *Droit et économie de la propriété intellectuelle* (pp. 65-77). Issy-les-Moulineaux: LGDJ.
- Henry, G. (2013). *Technologies vertes et propriété intellectuelle*. Paris : LexisNexis.
- Henry, G., Ruet, J., & Wemaëre, M. (2015). *Développement durable & propriété intellectuelle. L'accès aux technologies dans les pays émergents*. Paris : INPI.

8. LA PI EST-ELLE UN OUTIL STRATÉGIQUE AU SERVICE DES COLLECTIVITÉS ?

Au regard de la propriété intellectuelle, les acteurs publics deviennent peu à peu des acteurs comme les autres. Si cela se traduit concrètement par une évolution des modalités de protection applicables au secteur public (régime des fonctionnaires inventeurs, dispositif de pro-

25. Voir M.Valo, *Des chercheurs français accusés de biopiraterie*, LeMonde.fr, 01/02/2016 et A.Bolis, *Comment la Nouvelle Calédonie protège-t-elle l'utilisation de sa nature*, Lemonde.fr, 9/01/2016

26. Dispositifs comme les licences obligatoires mais qui en pratique sont très peu utilisées ou encore émergence de nouveaux modèles de développement et de recherche de médicaments pour les maladies rares ou touchant des pays économiquement pauvres.

27. Ex. : programme de l'OMPI pour un marché mondial des technologies écologiques, ou en matière culturelle, accords comme le Traité de Marrakech de septembre 2016 visant à faciliter l'accès aux personnes atteintes de déficience visuelle aux textes imprimés...

tection accrue des noms), cela signifie surtout que les acteurs publics accordent de plus en plus d'importance aux questions de propriété intellectuelle dans la conduite de leurs actions. Plusieurs pistes peuvent être évoquées :

- Avoir des signes distinctifs est devenu un enjeu identitaire dans la concurrence que se font les métropoles et les territoires. Le marketing territorial est un levier pour favoriser le développement de nouveaux usages ou pratiques (ex. Vélo'v) comme le montre l'essor des marques territoriales. Favorisées par la libéralisation des services et la mise en concurrence avec le privé (par exemple dans l'énergie), ces marques peuvent être un vecteur de dialogue avec les citoyens, et d'incitation au changement, à condition toutefois d'être dotées d'un vrai contenu – incarné dans la durée- et d'entrer résonance avec les attentes des parties prenantes. En revanche, ces démarches doivent s'inscrire dans une vision claire de ce que peut apporter la PI à la collectivité.
- Le développement des pratiques d'innovations collaboratives implique de définir une stratégie et de formaliser en amont les modalités de partage des créations qui en émergent, ainsi que celles relatives à l'utilisation et à la mise à disposition des données publiques (durée, étendue...). Ces dispositions sont essentielles que la collaboration s'inscrive dans la durée ou soit temporaire. Que ce soit sous forme de contrat dont les modalités sont discutées entre les partenaires ou de règlement imposé aux participants, cette formalisation des DPI est incontournable. Ainsi, les dispositions relatives à la PI des règlements des hackatons sont très variées en fonction des acteurs, de l'objectif de l'événement, des participants : qualification en amont des œuvres (œuvre de collaboration, œuvre collective, etc.) ou non, type de protection (licence libre ou choix des auteurs, etc.), modalités d'usages et de partage des données...²⁸
- Les enjeux internationaux liés à la protection intellectuelle peuvent constituer un axe à intégrer ou développer dans le cadre des projets de coopération décentralisée afin de renforcer une gouvernance internationale sur la question. Cela peut contribuer à promouvoir l'approche française du droit d'auteur et à lutter contre l'hégémonie grandissante de l'approche américaine.
- L'utilisation des licences libres demande de développer une certaine expertise pour bien en comprendre les clauses d'exclusion éventuelles (cumul de différents logiciels sous licence libre impossible par exemple) ou certaines incompatibilités de principe avec le droit français (comme la nécessité de conclure des accords en français ou encore l'impossibilité de céder ses droits d'auteurs pour une durée et un usage indéterminés). Une initiative conduite par le CEA, le CNRS et l'Inria a permis la création de licences libres adaptées : la licence CeciLL²⁹.
 - Pôle transformation et régulation. (2015). *Les marques publiques : levier de notoriété et renouvellement de la relation aux usagers*. Métropole de Lyon, Direction de la prospective et du dialogue public. Récupéré sur www.millenaire3.com
 - Direction de la prospective et du dialogue public. (2016). *Prospective 2016. Retour sur les réflexions qui ont marqué la Métropole*. Lyon : Grand Lyon la Métropole.
 - Steele, A. (2013, 06 11). *Who owns hackaton inventions ?* Harvard Business Review. Récupéré sur <https://hbr.org/2013/06/who-owns-hackathon-inventions>
 - Varet, V. (2016, 1). *L'ouverture des informations publiques au regard de la propriété intellectuelle*. Dans LEGICOM, *Open data : une révolution en marche* (pp. 25-40).

28. Exemple de règlements : Ocean Hackathon du Technopôle Brest-Iroise (www.seatechevent.eu/files/701/103_reglement_OH_v2.pdf), « Le numérique au service de l'autonomie : handicap, maintien à domicile, grand âge » d'Orange (www.orange.com/fr/Dossier/Reglement-HackathonUH).

29. <http://www.cecill.info/>



“
En France on est très loin d'une situation où le président prendrait la parole pour parler des Patent Trolls. Tout le monde se dirait...
"mais de quoi parle-t-il ?" ”

Thibault SCHREPEL, docteur en droit (Ph.D., France et États-Unis), également diplômé du Legum Magister - LL.M. d'une université new-yorkaise et créateur de la Revue Concurrentialiste. www.thibaultschrepel.com (itw février 2017, Anouk Jordan)

Sur quoi repose votre critique de la propriété intellectuelle ? Et dans quelle tradition intellectuelle s'inscrit-elle ?

Il est très facile de repérer la philosophie politique d'un auteur sur de nombreux sujets de droit. Ce n'est absolument pas le cas pour la propriété intellectuelle (PI) ! Parmi les opposants à la PI, on trouve tant des altermondialistes que des « anarcho-capitalistes » (qui considèrent qu'il faut supprimer tout État et laisser le marché en charge de s'auto-réguler). Ce constat de disparité des opinions vaut au sein d'une même communauté, c'est le cas des libéraux en France où l'on trouve des positionnements radicalement opposés.

En réalité, il y a deux façons de justifier les droits de propriété intellectuelle. La première, qui relève de ce que les juristes appellent le « jus naturalisme », consiste à dire qu'une création intellectuelle, au même titre qu'une création physique, peut et doit bénéficier d'une protection. C'est la force de travail injecté dans le processus créatif qui lui confère ce privilège. À mon avis, cette position ne tient pas dans la mesure où comme l'a si bien expliqué Locke, la notion de propriété est fondée sur celle de rareté. Or, il n'y a pas de rareté dans le domaine de la création intellectuelle : plusieurs personnes peuvent avoir la même idée en même temps, une même idée peut se nourrir de l'apport de plusieurs inventeurs... La seconde façon de justifier les droits de propriété intellectuelle, c'est de faire valoir le fait qu'ils stimulent la création et contribuent ainsi au bien-être de la société. Cette position « utilitariste » est, de mon point de vue, la seule valable... à condition toutefois de démontrer que les droits de propriété intellectuelle stimulent effectivement l'innovation ! Or, la démonstration n'est pas faite : **à ma connaissance, il n'y a aucune étude française qui chiffre l'effet des droits de propriété sur l'innovation.**

Votre critique de la propriété intellectuelle tient aussi aux dérives dont elle fait l'objet. Quelles formes prend ce phénomène et quelle en est l'ampleur en France ?

Les dérives dont fait l'objet la PI s'illustrent en premier lieu par les *patent trolls*, ces fonds d'investissement qui n'ont aucune activité en propre mais qui acquièrent des brevets (généralement à bas coûts) pour tenter ensuite des procès, ou menacer simplement de le faire, aux entreprises qui sont présentes dans les secteurs visés. À quel point le phénomène est-il développé en France ? Combien de procès les *patent trolls* intentent chaque année ? Contre qui ? C'est impossible à dire, car il n'y a quasiment pas d'études sur la question. Aux États-Unis, en revanche, le phénomène est bien documenté. Les chiffrements existants sur le nombre de procès intentés par les *patent trolls* sont très contradictoires, mais en revanche, il y a un point sur lequel tous les auteurs tombent d'accord : **les *patent trolls* attaquent généralement des entreprises de petite taille qui n'ont pas les moyens de se défendre.**

Une difficulté supplémentaire pour quantifier l'activité des *patent trolls* tient au fait qu'il n'y a pas toujours de procès : souvent, le chantage qu'exerce le fond d'investissement sur ses cibles se

dénoue en amont par une transaction « à l'amiable ». Typiquement, le *patent troll* s'adresse à une entreprise et l'accuse d'avoir violé 500 brevets. Même lorsque la menace n'est absolument pas fondée (par exemple, parce que l'entreprise n'intervient pas du tout dans le secteur d'activité concerné), le *patent troll* va faire valoir à la cible que pour démontrer qu'elle n'a enfreint aucun des 500 brevets, il va lui en coûter 50.000€ de frais d'avocat. Il va donc lui proposer une transaction « à l'amiable » pour 30.000€ et le tour est joué. Il est un fait établi que de nombreuses entreprises cèdent à ce chantage. Combien ? C'est impossible à dire, dans la mesure où ces transactions sont complètement opaques. Mais on peut dire sans risque de se tromper que depuis 20 ans, les *patent trolls* se sont beaucoup développés. Ils se sont surtout multipliés aux États-Unis, mais pour avoir travaillé sur des affaires de ce type, je peux témoigner du fait que certains *patent trolls* américains n'hésitent pas à attaquer des sociétés françaises. Le phénomène touche donc aussi la France, même indirectement.

Et les *patent trolls* ne sont pas la seule dérive. Il y en a d'autres, comme cette stratégie que l'on appelle le « patent ambush » (« brevet en embuscade »). Pour promouvoir les meilleures technologies possibles, les organismes de normalisation utilisent des brevets déjà existants. En théorie, tous les participants doivent au préalable déclarer leurs brevets, mais certains restent « en embuscade » : ils attendent que l'organisme édicte une norme incluant leur brevet, puis vont ensuite réclamer des royalties à l'ensemble des entreprises qui de fait utilisent ce dernier puisqu'elles produisent en respectant la norme.

Dans vos travaux, vous dénoncez par ailleurs la création d'un « patent troll public » en France : France Brevet. De quoi s'agit-il ? Quels sont les risques liés ?

France Brevet est un organisme qui a été créé par l'État avec pour mission d'acheter des brevets et de ne donner des licences qu'à des entreprises françaises. Les *patent trolls* publics ont d'abord été créés aux États-Unis. La Chine, l'Inde, le Japon ont suivi. La France est à ma connaissance le premier pays européen à avoir franchi le cap. **Le risque est que cela déclenche une surenchère en Europe**, chaque pays se dotant d'un *patent troll* public, avec pour effet de mettre les entreprises dans l'impossibilité d'obtenir les licences nécessaires à leur activité sur l'ensemble de l'espace européen.

Est-ce que malgré toutes ces dérives que vous décrivez, supprimer la propriété intellectuelle, ce ne serait pas « jeter le bébé avec l'eau du bain », et se priver d'un outil précieux pour promouvoir l'innovation ?

Probablement, même si l'eau est très sale. En réalité, il y a tout un tas d'idées fausses qui circulent quant à l'innovation. L'une des plus répandue et sur laquelle on se heurte immédiatement lorsque l'on propose de réformer la propriété intellectuelle, tient au fait que l'innovation serait généralement le fruit d'entrepreneurs individuels dont la survie économique serait liée à l'existence des droits de propriété intellectuelle. C'est une représentation erronée ! De nombreuses études tendent à démontrer que la quasi-totalité des inventions majeures est le fait de très grandes sociétés. **La figure de l'entrepreneur individuel qui inventerait Apple ou son équivalent dans son garage, c'est un mythe** entretenu par quelques singularités dont la rareté n'est plus contestée ! Pour les petits entrepreneurs, la propriété intellectuelle, telle qu'elle existe actuellement, n'est donc pas souvent une protection. Elle les met à la merci des grands acteurs et des *Patent Trolls* qui, eux, ont les moyens d'utiliser la PI comme une arme. Elle les empêche de pénétrer les marchés.

Et il faut également resituer les choses dans leur contexte historique. Lorsque la PI a été instituée, à l'époque des premières conventions européennes, on était dans une société industrielle : innover c'était inventer une nouvelle machine, cela prenait beaucoup de temps et nécessitait des investissements conséquents. Avec le développement des nouvelles technologies, la nature de nombreuses innovations a changé, on est dans un écosystème de start-ups et les cycles d'innovations sont très courts – 6 mois à 3 ans maximum. Dans ce contexte, donner un droit de propriété de 20 ans équivaut à bloquer non seulement les entreprises qui pourraient être tentées de travailler sur la première génération de produits mais aussi sur toutes les géné-

rations suivantes. C'est là où c'est vraiment problématique et, à mon avis, c'est ce qui justifie d'adapter la durée des brevets au moins à chaque secteur. Par exemple, réduire la protection conférée par la PI à 3 ans dans les nouvelles technologies, où les cycles d'investissements sont très courts, où la porter à 25 ans dans l'industrie pharmaceutique – où effectivement le développement d'un nouveau médicament prend des années et nécessite des investissements très importants, ne me semble pas aberrant.

Il y a différentes façons d'évaluer ce que pourrait être la durée optimale par industrie. C'est une question qui est très débattue aux États-Unis, mais qui ne l'est pour l'instant pas du tout en France, où la durée de 20 ans, fixée par l'article 33 de l'Accord sur les ADPIC de l'Organisation Mondiale du Commerce, reste la référence absolue. Mais en réalité, l'accord de l'OMC prévoit que les pays puissent demander des dérogations, si elles sont justifiées. À ma connaissance il n'y a jamais eu de telle demande de dérogation, probablement parce que la durée des brevets est un sujet qui est à la fois peu documenté et très sensible.

Votre proposition n'est donc pas de dire qu'il faut supprimer la PI, mais adapter la durée des brevets à celle des cycles d'innovation, qui diffère par secteur ?

Oui. La première chose qu'il est essentiel de comprendre, lorsque l'on parle de réformer la propriété intellectuelle, c'est qu'il ne s'agit pas de tout ou rien, de réformer la propriété intellectuelle ou de la laisser en l'état. On peut procéder par étape. Pourquoi ne pourrait-on pas, par exemple, faire un test dans une industrie, ne serait-ce qu'en réduisant la durée des brevets de 20 à 17 ans et faire le bilan au bout de deux ans sur le nombre de brevets déposés ? Cela pourrait être fait dans le cadre des accords de l'OMC et des textes actuels.

Et il y a plusieurs paramètres sur lesquels on peut jouer pour s'adapter aux réalités sectorielles : la durée des brevets, leur périmètre (plus ou moins restreint), le montant des droits de renouvellement des brevets.... Certains auteurs comme le Professeur Marc Lemley de Stanford – véritable « rock star » des brevets aux États-Unis – préconisent un système où l'on pourrait avoir des brevets d'une durée très longue dans certaines industries mais avec des périmètres très restreints. D'autres ont proposé que le montant des droits de renouvellement des brevets soit adapté en fonction du secteur d'activité. Par exemple, dans l'industrie pharmaceutique où un brevet rapporte des centaines de millions d'euros, imposer des droits de renouvellement élevés n'empêcherait pas les acteurs de l'industrie de les utiliser (mais éviterait la prolongation pendant 20 ans de « brevets dormants »). Là encore, c'est un sujet qui est largement débattu aux États-Unis, mais qui ne fait pas l'objet de publication en France et très peu en Europe.

Et comment pourrait-on lutter contre le détournement des brevets ?

C'est compliqué à faire en s'appuyant sur une logique purement juridique dans la mesure où « utiliser » un brevet pour faire un procès fait partie de la vie normale de celui-ci et que l'on considère qu'il s'agit bien d'une utilisation visant à défendre son invention. Il n'y a pas de distinction à faire, d'un strict point de vue juridique, entre un brevet utilisé pour ses qualités techniques ou à la manière d'un *Patent troll*. En revanche, on pourrait imaginer un système comme il en existe pour les marques : **tous les 3-5 ans, les détenteurs de brevets devraient apporter à l'INPI la preuve qu'ils utilisent les brevets pour leurs qualités techniques**. Dans le cas contraire, les brevets tomberaient dans le domaine public. L'avantage de cette solution est qu'elle ne serait pas très coûteuse pour les entreprises (il suffirait qu'elles rédigent quelques pages pour montrer que les brevets sont bien utilisés). Cela obligerait certes l'INPI à un travail de vérification, mais *a priori*, cet organisme a les moyens de le faire, puisqu'il est semble-t-il en excédent budgétaire. Et surtout, cela éviterait que certains brevets qui ne sont plus utilisés par les entreprises – et qu'elles sont de fait prêtes à céder à moindres coûts- ne tombent dans les mains des *Patent trolls*.

Le débat public sur les droits de propriété intellectuelle semble beaucoup plus développé aux États-Unis qu'en Europe. Comment cela s'explique-t-il ?

Le débat est en effet beaucoup plus présent aux États-Unis, non seulement dans le milieu

universitaire (les conférences qui traitent du sujet sont très nombreuses) mais aussi dans la société civile. Il est même arrivé que Barack Obama publie des communiqués de presse, ou qu'il fasse des interventions filmées, en dénonçant l'activité des *patent trolls*. En France, on est loin d'une situation où le président prendrait la parole pour parler des *Patent Trolls*, tout le monde dirait... « mais de quoi parle-t-il ? »... Pourquoi le débat est-il tellement plus développé aux États-Unis qu'en France ? C'est difficile à dire. J'ai cru que le débat allait prendre pendant la campagne présidentielle française car l'un des grands sujets à la mode est le numérique, les start-ups, la French tech... Dans ce contexte, on aurait pu penser qu'un candidat expliquant – même de façon démagogique – que les brevets bloquaient les petits entrepreneurs aurait pu susciter un intérêt. Personne ne l'a fait.

Et il y a peut-être une autre explication dont je ne doute pas qu'elle déplaie à certains. Disons qu'il n'est pas vraiment dans l'usage des grands juristes français de s'exprimer sur son domaine en des termes de vulgarisation. On voit rarement des auteurs qui publient dans les grandes revues juridiques faire un petit article en parallèle dans *Les Échos* ou *Le Monde*, par exemple, pour rendre compte des résultats d'une de leurs études. C'est une pratique bien plus répandue aux États-Unis. Cela s'est encore vu très récemment avec la publication d'un livre de droit de la concurrence qui traite des algorithmes et des plateformes. C'est un grand succès universitaire, mais en parallèle, il y a eu des papiers, des auteurs du livre ou de journalistes indépendants, dans tous les grands quotidiens : le *Wall Street Journal*, le *New York Times*, le *Washington Post* ou le *Boston Glob...* et même dans *Le Monde*. Une partie du problème est donc imputable à la presse. Des sites Internet tels que *The Conversation* semblent l'avoir compris.

Pour intéresser le public, il faudrait donc publier des études, organiser des conférences, diffuser sur les réseaux sociaux avec des formes nouvelles (vidéos, dessins animés...), et ne pas se cantonner aux seuls arguments juridiques mais expliquer l'intérêt de la question pour les petits entrepreneurs comme pour les multinationales.

Il y a donc peu de chances qu'une réforme de la propriété intellectuelle intervienne prochainement en France ?

Je crois qu'il **n'y aura pas de réforme d'ampleur sans débat public**. La sphère juridique est intéressée par la réforme de la propriété intellectuelle (la cour de justice répertorie les articles sur le sujet), mais elle ne prendra pas d'initiative si elle n'est pas soutenue par l'opinion publique, au-delà de petits ajustements, comme par exemple sur les frais de renouvellement des brevets. Il se pourrait tout de même que des changements viennent de l'autre côté de l'Atlantique. Le débat est plus mûr aux États-Unis, sans compter qu'avec le changement d'administration il y a des personnes très en pointe sur ces questions qui viennent d'intégrer la *Federal Trade Commission*. Il pourrait y avoir des répercussions en Europe, par exemple s'il était établi qu'aux EU, le fait d'avoir réduit de deux ans la durée des brevets dans un secteur donné a boosté l'innovation. Mais en l'état actuel des choses, je dirais que les chances que des changements interviennent sur ces sujets dans les mois à venir sont... très maigres. Si l'on pouvait susciter un débat public, ce serait déjà un grand pas en avant ! ■



“ Il n’y a pas de révolutions numérique ou d’innovation collective telles qu’elles nous laissent dans une situation perplexe en matière de propriété intellectuelle. ”

Julien FIALLETOUT, conseil en propriété industrielle, spécialisé en marques et modèles, associé du Cabinet Germain Maureau. (itw février 2017, Sylvie Mauris-Demourieux)

Fondée à Lyon en 1849, le cabinet Germain & Maureau comprend aujourd'hui dix associés et une centaine de collaborateurs répartis entre le siège social, toujours lyonnais, un Cabinet à Paris et des « antennes » dans plusieurs villes en France et en Suisse.

Quelle est l'activité d'un cabinet de conseil en propriété industrielle ?

Notre activité consiste à **accompagner les acteurs dans leur politique de propriété intellectuelle**. Cela se traduit concrètement par une activité de conseil, de prise en charge des procédures d'obtention des brevets, marques, dessins et modèles, de veille au long cours et enfin de contentieux, par exemple en cas de contrefaçon. Nous réalisons aussi des audits et intervenons sur les contrats liés à la propriété intellectuelle : cession, licence, accord de coexistence, etc. Nous avons développé un réseau de correspondants privilégiés à travers le monde et disposons de bureaux auprès des organismes internationaux comme l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle à Alicante pour le dépôt des marques, dessins et modèles et auprès de l'Office Européen des Brevets à Munich. Cela nous donne une bonne visibilité internationale. Par ailleurs, notre statut de mandataires suisse et européen nous permet de déposer des demandes auprès des organismes suisses et européens. Nous pouvons ainsi travailler également pour des clients non-européens qui souhaitent se protéger sur ces différents territoires et offrir nos services à l'export pour les entreprises françaises.

Que recherchent les entreprises qui développent une politique de protection intellectuelle ?

S'engager dans une démarche de propriété intellectuelle, c'est vouloir protéger les acquis de l'entreprise dans une logique défensive mais aussi offensive. La propriété intellectuelle assure une rentabilité des investissements sur le long-terme. C'est la perception des fruits de son travail. Ce retour sur investissement n'est pas illégitime au regard des frais engagés en amont en R&D puis en formalités de dépôt, de surveillance et de maintien de la protection. Au regard de ces coûts, le monopole accordé en matière de brevet ou de dessins et modèles peut paraître assez court. De plus, ces droits sont territoriaux, donc le marché reste ouvert aux concurrents sur les territoires où aucune protection n'a été demandée. Les titres de propriété intellectuelle sont aussi des leviers de négociation. Par exemple, la marque est un visa pour l'export. Dans le cadre d'audit, ces titres sont primordiaux car ils renseignent sur la localisation et la nature des actifs, leurs propriétaires, etc. Ils font partie du patrimoine économique de l'entreprise.

Quelles évolutions constatez-vous dans le cadre de votre pratique ?

L'augmentation du nombre de dépôts est une évolution notable. Quels que soient les secteurs d'activité et le type d'acteurs - grosses entreprises, PME, TPI ou encore entrepreneurs individuels- tous sont de plus en plus conscient de la nécessité de se protéger. La Chine

illustre parfaitement ce mouvement : de premier contrefacteur mondial, elle est en passe de devenir premier déposant ! Il y a une prise de conscience de ce qu'est la propriété intellectuelle et de son rôle. Cette tendance est due en partie à la presse qui s'est beaucoup fait l'écho des difficultés rencontrées dans ce domaine par certaines sociétés comme Apple, mais aussi au développement des mécanismes de financement de l'innovation qui mettent de plus en plus l'accent sur l'intérêt de penser une politique de propriété intellectuelle à même d'attirer et de rassurer les investisseurs. L'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI) propose ainsi diverses aides pour accompagner les particuliers, PME et organismes à but non lucratif du secteur de l'enseignement ou de la recherche à s'engager dans une telle démarche. Pendant longtemps, les universités françaises ont été relativement « déconnectées » du monde économique et donc des enjeux liés à la propriété intellectuelle mais cette période est révolue. Les universités développent de plus en plus de partenariat avec des entreprises pour valoriser leurs innovations et cela passe par une demande accrue de protection.

Chaque innovation ou création doit-elle être protégée ?

La propriété intellectuelle doit être un réflexe dans la mesure où l'innovation et son usage correspondent à une réalité économique. À chaque situation - nature du marché, caractéristiques (présence ou non de barrières d'entrée, etc.) - correspond une réponse en matière de propriété intellectuelle. C'est le pendant juridique de la réalité économique. Il n'y a donc pas de réponses ou de stratégies toutes faites. Même si le montant des formalités de protection n'est pas forcément important en soi, le coût de la gestion d'un portefeuille non exploité est, lui, à fonds perdus. Pour les acteurs, l'important est de déposer le titre au bon moment et de prendre date avant toute divulgation publique pour préserver la preuve de l'antériorité. Jusque-là, il est important de préserver le secret et la confidentialité. En matière de brevet, dessin et modèle, le critère de nouveauté doit être respecté tandis que pour la marque c'est un critère de disponibilité. Il faut aussi s'assurer que cela n'empiète pas sur les droits de propriété intellectuelle d'un tiers. En matière de droits d'auteurs, il est important de pouvoir se préserver la preuve et date de sa création, soit par un constat d'huissier ou horodatage ou d'enveloppe Soleau (INPI). C'est une démarche qui doit être un réflexe car son importance est capitale pour pouvoir justifier de ses droits.

De nombreux auteurs alertent sur une dérive de l'usage des titres de propriété industrielle, particulièrement une financiarisation des brevets. Est-ce un risque que vous identifiez dans vos expertises ?

Vous faites sans doute référence aux *patent trolls* pour décrire les entreprises qui intentent de multiples procès pour violation de brevets. **En France, il n'y a pas de « business » de la propriété industrielle, en tout cas, pas dans des proportions telles que cela pervertirait le système dans son ensemble.** La titrisation est assez faible alors qu'elle est effectivement beaucoup plus marquée aux USA. La propriété industrielle fait effectivement partie intégrante des mécanismes de financement de l'innovation mais elle reste au service des entreprises innovantes. Elle reste un élément indispensable de compétitivité et de financement. Par ailleurs, notre législation impose au titulaire d'un droit de propriété industrielle de le défendre sous peine de le perdre. Par exemple, le titulaire d'une marque est soumis à deux obligations : un usage effectif dans les cinq ans suivant l'octroi de la protection et veiller à ce qu'elle ne dégénère pas en raison de son usage intensif en tombant dans le vocabulaire usuel. Si ces conditions ne sont plus remplies, la marque peut être « annulée » comme ça a été le cas pour « frigidaire », devenu la désignation générique des réfrigérateurs. Elle ne pouvait plus, dès lors, être revendiquée comme marque. Il y a une obligation de surveiller et d'agir en présence d'une atteinte au monopole accordé par le titre de protection intellectuelle. Bien sûr, quelques sociétés dites *patent trolls* ont fait un business des formalités de brevet et de marques et de la gestion des contentieux. Monétiser les marques est d'ailleurs une pratique émergente en Allemagne, favorisée par l'essor du commerce électronique et des *market places*. Pour autant, il ne faut pas en faire une généralité. Il y a de nombreux garde-fous et la législation est bien harmonisée sur le plan international. Tout cela empêche les dérives.

Y-a-t-il des enjeux spécifiques aux collectivités territoriales ?

Comme tout acteur économique, **une collectivité a intérêt à recourir à des formalités de dépôt pour protéger sa renommée, ses marques d'attractivité territoriale, ses logos**, notamment à l'international. Dans l'ensemble, j'ai le sentiment que les collectivités sont désormais bien conscientes de l'intérêt de disposer d'une stratégie en matière de propriété intellectuelle. Un certain nombre de villes et de régions font d'ailleurs appel à nous. Elles ont la volonté de se protéger et me semblent plutôt au fait de leurs droits et possibilités. L'affaire Laguiole, dont la presse a beaucoup parlé¹², a sans doute contribué à cette prise de conscience. Récemment, les collectivités ont vu leurs droits renforcés par un arsenal législatif. De nouveaux outils d'action et de surveillance ont été mis en place mais leurs droits, notamment à l'image et sur leur nom, a toujours été bien protégé dans le code de la propriété intellectuelle (art. L.711-4-h).

Cette prise de conscience de l'importance de la propriété industrielle se traduit-elle par un recours accru à l'externalisation de cette compétence ou est-elle plutôt gérée en interne ?

Il y a toujours un mouvement de balancier entre internalisation et externalisation de la gestion des droits de PI. Nous n'observons pas de tendance particulière à l'internalisation. **Une gestion interne suppose un portefeuille suffisamment étoffé pour réaliser des économies d'échelle** et mobiliser du personnel spécifique. C'est un univers complexe, changeant et qui demande des compétences multiples tant par la diversité des objets protégés que par les activités liées à la protection. Ainsi, la rédaction de brevet est très exigeante et technique et peut demander des expertises qui ne sont pas le cœur de métier de l'entreprise. Un cabinet comme le nôtre dispose d'ingénieurs spécialisés dans tous les domaines techniques (chimie, biologie, mécanique, etc.). L'externalisation est confortable, autorise une certaine flexibilité et une garantie que les procédures sont faites en conformité. En matière de marques, lorsqu'elles ont été déposées sans le concours d'un professionnel, on se rend malheureusement bien souvent compte de leurs faiblesses ou failles lorsque l'on souhaite les impliquer dans un contentieux.

Y-a-t-il des enjeux spécifiques à certains territoires ou secteurs d'activité ?

Oui sans doute, mais les enjeux et implications sont similaires que ce soit sur le territoire local ou national et le secteur d'activité influe peu sur la dynamique de protection.

Les démarches d'innovation en open source ou se réclamant de l'éthique du libre, voire la mise à disposition gratuite de ses titres de propriété industrielle sont-elles des pratiques que vous rencontrez ?

Ces approches me semblent être déconnectées des préoccupations des acteurs que nous accompagnons au quotidien. Que ce soit des entreprises ou des particuliers, ils veulent être sécurisés et protégés sur l'exploitation de leurs innovations. Ouvrir son portefeuille de brevet comme l'a fait Tesla me laisse perplexe et, ne reflète pas à ce jour une tendance observée. Quel est l'intérêt de constituer un portefeuille de brevets pour l'ouvrir ensuite ? La finalité d'une telle action est-elle purement marketing ? L'entreprise continue-t-elle à déposer des brevets par ailleurs ? Peut-elle revenir sur cette mise à disposition ? Les brevets sont-ils tombés dans le domaine public ou bien la société reste propriétaire et autorise les tiers à les utiliser ? Pour moi, cela relève davantage d'un effet d'annonce assez exceptionnel. Si une entreprise décide de mettre la technique découverte au service de la communauté, il suffit d'avoir recours à des publications scientifiques.

12. <http://www.maire-info.com/juridique/justice/la-commune-de-laguiole-remporte-une-manche-en-cassation-article-20011>

Les évolutions liées au numérique ou aux manières d'innover vous semblent-elles bien encadrées par la législation ?

Le cadre législatif me semble répondre plutôt bien aux besoins actuels et en capacité de proposer des réponses adaptées aux évolutions. Nombre d'entre elles ont d'ailleurs trouvé une solution ces dernières années : que ce soit le droit d'auteur et la question des créations collectives ou de collaboration, les relations entre les salariés et leur entreprise, la protection des données par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)... La réglementation du logiciel est quasi résolue en Europe et aux USA et même autour des pratiques d'innovation ouverte, comme les hackatons, il n'y a pas de flou juridique. **Je dirais qu'il n'y a pas de révolutions numérique ou d'innovation collective telles qu'elles nous laissent dans une situation perplexe en matière de propriété intellectuelle.** Tous les outils sont là, il faut les connaître, savoir les choisir et les utiliser aux bons moments. Parfois les acteurs méconnaissent l'étendue des protections possibles, mais à chaque innovation ou création correspond une protection à déterminer en fonction de la stratégie économique de son auteur. Ainsi, il faut parfois arbitrer entre garder le secret et demander un titre de propriété intellectuelle. Certaines innovations sont mieux protégées par le secret, notamment les recettes à l'instar du Nutella. Parfois, le secret peut compliquer la communication de l'entreprise, la conclusion de partenariats financiers ou d'accords de licence alors que la matérialité d'un titre rend tout cela plus facile.

La propriété intellectuelle peut-elle contribuer à la réflexion sur des enjeux mondiaux comme la santé ou le climat ?

Le débat sur l'intérêt de la protection intellectuelle est toujours aussi vivace : est-elle un frein à l'innovation ou à l'accès à des biens essentiels ? Il me semble que cette question sert à trouver des réponses notamment avec la notion des « facilités essentielles » qui permet de limiter un monopole si aucune alternative n'existe. Cette théorie repose sur l'idée que celui qui, en situation de monopole sur un marché, détient une infrastructure essentielle, non reproductible dans des conditions économiques raisonnables, ressource sans laquelle des concurrents ne pourraient exercer leur activité, peut être contraint de permettre à ses concurrents d'accéder à cette ressource. **Pourquoi ne pas imaginer que cette théorie s'étende aux enjeux climatiques ? ■**



“Le droit ne tombe pas du ciel !
Pour moi, il n'est rien d'autre qu'un
instrument de régulation sociale, le
produit de choix d'organisation sociale
qui doivent être repensés quand la société évolue.
La propriété intellectuelle du futur devrait se
penser dans l'équilibre des intérêts, la fameuse
« balance of interests » anglo-saxonne. ”

Michel VIVANT, Professeur des Universités à Sciences Po et Directeur scientifique de la spécialité « Propriété intellectuelle » du master Droit économique. Invité à des titres divers dans plus d'une trentaine de pays, des États-Unis au Japon en passant par le Brésil ou le Cameroun, il a publié dans le champ des propriétés intellectuelles (droit d'auteur, brevets, marques...) et des nouvelles technologies dans plus de quinze pays. Il est docteur honoris causa de l'Université de Heidelberg. Il allie à cette activité proprement académique une activité pratique d'expertise auprès des autorités européennes et françaises et de consultation auprès des avocats comme des entreprises, tant en France qu'hors de France. Il est consultant au cabinet Dentons à Paris. Il a enfin une activité d'arbitrage et est expert OMPI pour les noms de domaine. (itw 1^{er}/03/2017, Anouk Jordan et Sylvie Mauris-Demourieux)

La propriété intellectuelle a beaucoup fait parler d'elle ces dernières années. En quoi la période récente est-elle porteuse de nouveaux enjeux ?

La propriété intellectuelle a beaucoup fait parler d'elle ces dernières années. En quoi la période récente est-elle porteuse de nouveaux enjeux ?

Depuis quelques décennies, **le schéma traditionnel de la protection intellectuelle a été bousculé par deux caractéristiques majeures : la globalisation et la numérisation.** L'émergence d'une pensée globale dans les années 90 a eu un tout autre impact que la dimension internationale traditionnelle. Très schématiquement, cela s'est traduit par l'exportation du modèle américano-européen. Quant à la numérisation, elle concerne directement les objets en les transformant mais permet aussi de nouveaux usages qui n'existaient pas comme la mise en réseau ou encore l'impression 3D... La numérisation n'a certes pas eu le même impact sur tous les droits de propriété intellectuelle mais les modes d'exploitation des créations de l'esprit ont changé. Ces avancées posent de nombreuses questions sociologiques, philosophiques, juridiques... La propriété intellectuelle porte bien sur des objets immatériels mais, en réalité, jusqu'à peu, l'objet se concrétisait toujours dans un support matériel qui permettait d'assurer sa circulation : un livre, un disque, un smartphone même, etc. En faisant disparaître cette « incarnation physique », la numérisation demande de repenser les schémas classiques. Qu'est-ce qu'un livre ? Dès lors que le texte n'a plus de support, il devient difficile de répondre à cette question toute simple. Jusqu'à présent, c'était bien le support qui assurait le partage de la création intellectuelle. Les problèmes suscités par de telles évolutions peuvent être délicats. Ils obligent les juristes à construire d'autres schémas de régulation. La difficulté est particulièrement vive quand vous n'avez pas d'exploitation limitée à un territoire qui permette de déterminer facilement le droit applicable. Par exemple, comment analyser juridiquement des pratiques collaboratives passant par internet quand chaque participant peut être installé partout dans le monde ?

Le développement de l'économie collaborative et des plateformes pose-t-il des questions singulières à la propriété intellectuelle ?

Tout à fait. Prenez l'exemple de Wikipédia : qui est l'auteur des pages ? Il est impossible de répondre à cette question. Une personne a changé trois mots, sur ces trois mots, une autre en a changé un... Dans quelle mesure est-il possible de parler d'une œuvre protégeable à un instant « t » puisque les pages bougent en permanence... ? Qui a des droits sur quoi ? A un moment donné, il fut question de poursuivre Michel Houellebecq qui avait repris des pages de Wikipédia. Mais qui poursuit et sur quelles bases ? Il faut reconnaître que nous sommes en présence d'un usage complètement nouveau. **L'idéal** pour répondre à ces questions **serait de partager des visions communes transfrontalières** mais ce n'est pas la réalité. Aussi **les réponses concrètes données par le droit reposent-elles largement aujourd'hui sur du bricolage.**

Peut-on parler d'une réponse coordonnée des États face à ces évolutions ?

Précisément non. **Chaque pays est confronté aux mêmes évolutions mais, pour le moment, il n'y a pas de droit mondial pour les réguler.** Le même fait peut recevoir des solutions juridiques très différentes d'un pays à l'autre (ou d'une zone à l'autre comme la zone européenne). Nous sommes confrontés à deux types de problèmes : d'une part la manière d'analyser le fait lui-même appelé à être appréhendé par le droit et, d'autre part, le fait que ces faits, ces phénomènes, sont vraiment internationaux et ne connaissent pas les frontières. Le premier point relève plutôt d'une question d'interprétation ou de réinterprétation qui se feront dans chaque pays. Des rapprochements s'opéreront sans doute car le défi est le même partout. Le second point, et notamment la question du statut des créations, est plus complexe à réguler, car il n'y a pas d'instruments internationaux ni même de contrats créateurs de normes sur lesquels s'appuyer comme en matière commerciale. Prenons le droit d'auteur et l'exception dite de courte citation. Certains pays acceptent les citations d'image, ce qui peut sembler normal dans une société de l'image. Mais en France, même si certains tribunaux vont dans ce sens, la Cour de cassation s'y oppose. Imaginons que j'imprime aux Pays-Bas une œuvre critique de l'œuvre d'Hergé illustrée avec des bandes de Tintin sans avoir obtenu l'autorisation des titulaires de droits. C'est tout à fait licite. En France, ce livre serait illicite et pourrait faire l'objet d'une saisie à la frontière. Mais, si je fais un site à la place du livre, le problème est tout autre alors que le contenu est le même. Le site est, en effet, parfaitement consultable dans les deux pays. Or s'il est consulté aux Pays-Bas, il sera jugé licite, mais s'il est consulté en France, il sera jugé illicite ! C'est un vrai problème pour construire un vrai marché unique européen... Cela dit, il faudrait déjà réussir à avoir des dispositifs cohérents au niveau national. La loi française prévoit une « exception pédagogique » qui permet aux enseignants d'utiliser des œuvres protégées à des fins d'illustration des activités d'enseignement et de recherche. En réalité, le texte a été rédigé de telle manière qu'il est inutilisable et que tout enseignant est de fait contrefacteur quand il illustre ses cours avec des œuvres protégées. Est-ce bien satisfaisant ? Une telle situation purement franco-française semble plutôt facile à régler mais en réalité, même là, c'est très compliqué. Trop d'intérêts sont en jeu. Pour le moment, l'Europe essaie, au mieux, de donner une réponse régionale, par exemple en proposant un régime uniformisé pour les marques européennes. Mais celui-ci sera différent du régime chinois ou russe... Le seul cas de mise en place réussie d'un droit vraiment international concerne le *cybersquatting* des noms de domaine avec l'instauration de mécanismes transnationaux pour régler les cas d'utilisation de reprise sans droit par des noms de domaine de marques protégées.

Comment caractériseriez-vous l'état actuel des débats sur la propriété intellectuelle ? Les oppositions entre défenseurs et opposants à la PI semblent très marquées.

La propriété intellectuelle fait l'objet d'extraordinaires contestations. Ce n'est pas sans lien avec la montée en force de celle-ci et de « l'immatériel pur » évoqué plus haut. **Plus les objets de droit deviennent difficiles à maîtriser, plus les titulaires des droits essaient de les verrouiller** et d'avoir une protection optimale. À l'inverse, d'autres veulent faire table rase du

système. Les arguments de part et d'autre sont souvent faussés ou simplistes, entre ceux qui estiment que les droits de propriété intellectuelle sont indispensables à la protection des investissements et ceux qui sont contre la réservation, bien que cette posture très activiste ne rencontre pas trop d'échos. Tout dépend des situations. La protection intellectuelle est-elle incitative comme l'avancent ses défenseurs ? La réponse n'est pas la même entre une musicienne passionnée, qui ne va pas attendre de savoir comment fonctionne le droit d'auteur pour composer ou jouer, et une entreprise qui investit plusieurs millions dans un nouveau jeu vidéo et sera attentive à la protection de ses investissements et à ses droits.

Pensez-vous que le débat gagnerait à être posé dans d'autres termes ? Lesquels ?

Le droit ne tombe pas du ciel ! Pour moi, il n'est rien d'autre qu'un instrument de régulation sociale, le produit de choix d'organisation sociale qui doivent être repensés quand la société évolue. Aujourd'hui, l'enjeu est de trouver un nouvel équilibre. Est-il légitime de protéger les œuvres artistiques pendant 70 ans après le décès de l'auteur, ce qui peut conduire à des monopoles dépassant largement le siècle ? Rien n'est moins sûr... **La propriété intellectuelle du futur devrait se penser dans l'équilibre des intérêts, la fameuse « balance of interests » anglo-saxonne.** Si quelqu'un crée, il est légitime de lui reconnaître des droits mais cela ne signifie pas qu'il peut verrouiller systématiquement l'usage de son œuvre. Cette idée de balance des intérêts est classique et largement admise dans les pays scandinaves, en Allemagne ou en Belgique, mais suscite chez nous de l'effarement et une opposition assez catégorique. Un arrêt de la cour suprême des USA et une directive européenne sur la protection de droits de propriété intellectuelle introduisent même l'idée qu'une violation de droits n'implique pas forcément une injonction à stopper la contrefaçon si cette interdiction a des effets socialement trop durs. La directive européenne va ainsi très loin alors que, nous, nous sommes toujours à nous demander s'il faut accepter qu'une personne puisse faire valoir ses intérêts contre les titulaires des droits. Les juristes traditionnels estiment que l'exception à un droit doit être interprétée très strictement. C'est la vulgate juridique habituelle mais je n'y adhère pas. Je crois que le droit relève d'un choix politique au vrai sens du terme.

De nombreuses critiques portent sur le détournement des droits de propriété intellectuelle. Quelle est votre vision sur cette question ?

Effectivement un certain nombre d'évolutions posent question et peuvent constituer des détournements. **De ce point de vue, l'analyse économique est intéressante.** Le mode de rémunération de la protection intellectuelle consiste à réserver un segment de marché à un opérateur, segment sur lequel il pourra éventuellement se rémunérer si sa création, son produit a du succès. Mais, si le titulaire des droits prend des mesures spécifiques de protection qui font par exemple qu'une musique ne peut être écoutée que sur un type de support et qu'il faille « racheter » la musique pour l'écouter sur un autre support, nous ne sommes plus en présence de la réservation d'un segment de marché mais de la fabrication parallèle de plusieurs segments de marchés. Ce n'est plus le schéma dans lequel on fonctionne depuis deux siècles. Si la mesure de protection est telle qu'elle me rend captif d'un support, cela mérite réflexion sur la finalité de la protection... De son côté, la financiarisation des brevets questionne sur sa fidélité à l'idée d'origine de protection d'une personne ou d'une réalisation industrielle. Le parallèle avec la bourse est pertinent : est-elle là pour financer l'industrie ou est-elle devenue un jeu sur les actifs ? La pratique de l'« evergreening », des brevets « toujours verts », peut aussi être sujette à caution. Juste avant la chute d'un brevet, l'entreprise prend un nouveau brevet qui est une amélioration du premier et ainsi de suite... Parfois cela correspond vraiment à une amélioration, par exemple si un médicament va améliorer le confort de vie des patients en réduisant une prise médicamenteuse de trois fois par jour à une fois. Mais parfois, c'est juste une manière indirecte de prolonger une protection.

Faudrait-il davantage de contrôle du contenu inventif lors de l'octroi des protections ?

En pratique, il est très difficile de procéder aux vérifications souhaitables. Un brevet en mécanique reste lisible mais en génétique seul un généticien peut réellement le comprendre. Procé-

der à des vérifications pertinentes est très difficile. En matière de brevet, les recherches sont faites sérieusement par l'Office européen et il existe une procédure d'opposition. Cette procédure est certes peu utilisée mais permet aux concurrents de contester la pertinence de l'octroi d'un brevet. Bien sûr, il serait possible d'améliorer encore les dispositifs d'octroi mais cela reste difficile à mettre en œuvre.

Pour le droit d'auteur, l'originalité est exigée. Mais la jurisprudence considère comme œuvre toute sorte de forme - mais tout a une forme – et, pour faire simple, comme originale celle qui a fait l'objet de choix. Mais une forme qui a fait l'objet de choix... : le champ est vaste ! L'octroi de la protection est donc laissé à l'appréciation du juge. De manière très pragmatique, **la présidente Marais disait que les juges protégeaient quand ils pensaient qu'il fallait protéger !**

Y-a-t-il des sujets sur lesquels les logiques juridique et économique divergent en matière de droit de la propriété intellectuelle ?

Oui et c'est très stimulant. J'ai été confronté il y a quelques temps à un débat de cet ordre à l'occasion d'un groupe de travail que je présidais à l'Institut Montaigne sur l'usage des marques. Habituellement, si vous utilisez une marque de manière visible, soit vous avez les droits pour le faire, soit vous ne les avez pas et vous êtes contrefacteur. Mais le programme de « liens sponsorisés » (qu'on pourrait qualifier de mécanisme publicitaire en ligne) de Google, AdWords, change la donne puisqu'il permet à une personne d'obtenir l'usage de mots clés, pratiquement parlant de marques, par un système d'enchères qui pourra éventuellement lui permettre d'être préférée aux titulaires de droits pouvant exister sur les mots choisis. L'internaute qui utilise ces mots dans sa requête va alors voir apparaître parmi les résultats de celle-ci des sites sans lien avec sa recherche puisque résultant d'une association fantaisiste mais cher payée ! En général, ces résultats apparaissent sous forme de liens sponsorisés mais pas toujours. Par exemple, j'associe LVMH à mon site internet. Quand vous tapez LVMH, vous verrez aussi mon site apparaître dans les réponses. Comment qualifier juridiquement le fait que j'utilise une marque pour détourner votre requête vers moi ? C'est un nouvel usage social et le droit doit pouvoir l'analyser et le réguler. Les États-Unis, l'Europe commencent à apporter à cela des réponses qui ne sont ni définitives, ni totalement satisfaisantes. Mais revenons à l'Institut Montaigne. Lors de nos échanges, les économistes avaient une perspective plutôt positive, jugeant que finalement cette situation ouvrait des possibilités d'offres. Les juristes étaient plus critiques. Cela dit, la tendance de la jurisprudence, sous influence européenne, est de s'attacher au risque de confusion et de juger que, dans la mesure où il n'y a pas de confusion possible entre la marque utilisée et les biens ou services offerts par le canal du lien sponsorisé, il n'y a pas de problème. Cela conduit à une casuistique subtile. Pourtant, pour l'entreprise titulaire de la marque, la réalité est plus brutale : une marque reconnue nécessite des investissements considérables et, là, l'entreprise va devoir surenchérir ou « racheter » l'usage de sa marque si elle veut pouvoir l'utiliser. **L'économique doit éclairer le juridique sans pour autant lui dicter ses réponses.**

Quelles sont les positions concernant la nécessité d'un « domaine public » ?

C'est un grand débat. Les positions des uns et des autres sont très différentes. Certains ne voient pas l'utilité de s'y intéresser, d'autres veulent le définir pour pouvoir dire « Touche pas à mon domaine public » ! Mais quelle que soit la qualité de la définition, il y aura toujours des cas pour lesquels les juristes devront interpréter ce qui relève ou non du domaine public. Si le domaine public est A, B, C, alors D n'en est pas. Mais, dans une situation réelle, D peut-être très proche de C... Selon moi, une définition trop formelle pourrait se retourner contre l'idée première de ceux qui veulent protéger le domaine public. Derrière ces questions passionnantes au vu de leurs dimensions sociétales, philosophiques et économiques, se pose celle du statut global de la protection intellectuelle. Admettons l'existence de droits naturels. Dans ce cas, comment justifier l'existence simultanée d'une protection intellectuelle et d'un domaine public ? Si on considère que les idées que nous échangeons sont à la disposition de tous (ce qui est ma vision des choses) tant que le droit n'est pas intervenu pour dire dans quelles situations et à quelles conditions une appropriation est légitime, quelle est alors la nécessité de

réserver un domaine public si le premier statut de la création de l'esprit humain est de n'être pas appropriée ?

Ce qui me semble plus faisable est de poser des règles protectrices de ce domaine public sans le prédéfinir. Dans ce cas, le consensus sur l'appartenance au domaine public de telle ou telle création de l'esprit entraînerait l'application de certaines règles. C'est certainement loin d'être simple. Par exemple, est-il possible de se réapproprier, par le biais du droit des marques, quelque chose tombé dans le domaine public du droit d'auteur : par exemple l'appellation du Petit Prince ? Une réponse positive serait de dire que le droit d'auteur est un univers et la marque un autre. Mais nous pourrions considérer qu'une œuvre du domaine public doit le rester... Cette question n'est pas tranchée et les héritiers de Saint-Exupéry se battent, certains ayant la marque et d'autres non. Cela étant, à mon sens, **il faudrait penser ce domaine public de manière globale.**

Est-ce que les enjeux de la protection intellectuelle vous semblent suffisamment compris et débattus publiquement ?

La protection intellectuelle fait l'objet d'attaques d'autant plus vives qu'elle est défendue de manière absurde par des gens qui veulent une surprotection. La France a une approche extrêmement formaliste assise sur l'idée de droits absolus qui ne peuvent pas être pondérés surtout en matière de droit d'auteur. Ses défenseurs vont avancer que ce droit de propriété ne se discute pas puisqu'il est absolu. Mais un droit de propriété sur un bien physique peut être aménagé comme il en va par exemple avec une servitude de passage accordée au propriétaire d'un terrain enclavé ! Le droit d'auteur est le plus emblématique car la question de la légitimité de la protection intellectuelle a été opposée à la liberté d'expression, même si cette question de la confrontation des droits se retrouve dans toutes les autres branches de la propriété intellectuelle.

Il reste qu'il faudrait toujours expliquer les choix faits en matière de protection intellectuelle pour asseoir leur légitimité. Le débat existe pour l'instant entre gens déjà sensibilisés à ces questions et surgit parfois dans des articles de presse. Pour autant, le grand public n'a pas forcément une vision claire des enjeux de la propriété intellectuelle et je ne sais pas si on va aller vers un débat éclairé largement ouvert au public...

Comment voyez-vous votre rôle en tant que professeur d'université pour faire en sorte que le droit de la propriété intellectuelle redevienne plus un instrument de régulation sociale ?

Notre rôle est justement de tenir ce genre de discours et de faire comprendre que c'est cela dont il s'agit. J'ai rejoint Sciences Po pour cela. Notre souci est celui d'un droit critique, au bon sens du terme, qui se conçoit pour autant qu'on prend du recul. Les enseignements dispensés à nos étudiants visent fondamentalement à leur apporter la capacité de se poser des questions. Peu importe si certains conservateurs analysent cette approche de manière simpliste et estiment que de soulever certains sujets signifie vouloir détruire le système. **Je ne veux rien détruire mais poser les questions d'ordre sociétal qui se cachent derrière telle ou telle question juridique** et dont les réponses ne sont pas dans les livres. Notre rôle est bien de faire passer de telles idées auprès des étudiants et plus largement, à travers nos écrits, professionnels et parfois grand public, auprès du public précisément, des commissions parlementaires ou... de celles et ceux qui viennent m'interroger ■

WWW.
MILLENAIRE3.
COM

RETROUVEZ
TOUTES LES ÉTUDES SUR

MÉTROPOLE DE LYON
DIRECTION DE LA PROSPECTIVE
ET DU DIALOGUE PUBLIC
20 RUE DU LAC - 69399 LYON CÉDEX 03