Zeitschrift: Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales

Herausgeber: Société d'Etudes Economiques et Sociales

Band: 65 (2007)

Heft: 4: Échelles et enjeux de la ville ; Essentiel de la finance 2007

Artikel: Sphère privée et patrimoine public : comment concilier les deux en matière de propriété intellectuelle?

Autor: Croze, Denis

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-142000

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 11.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

SPHÈRE PRIVÉE ET PATRIMOINE PUBLIC: COMMENT CONCILIER LES DEUX EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE?

DENIS CROZE*
Directeur Conseiller, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)
Denis.Croze@wipo.int

> Cet article présente le concept de propriété intellectuelle depuis son émergence moderne au dix-huitième siècle afin de mieux comprendre les évolutions récentes. Deux parties le constituent: d'abord l'histoire des droits y afférant et leur remise en cause, ensuite la recherche d'un nouvel équilibre dans notre période économique marquée par la centralité du savoir et de l'information. La question de la liberté est au cœur de ce thème politique qui affronte la relation entre intérêts privés et bien public. Le fil rouge servant à l'argumentation inclue la notion de pouvoir et la question du rapport entre la norme et le droit.

PROPRIÉTÉ PRIVÉE OU PATRIMOINE PUBLIC?

Qu'ont en commun la petite maison bretonne de Castel Meur coincée entre deux rochers, les volcans d'Auvergne et le Viaduc de Millau? Aux marges de la propriété intellectuelle, ces propriétés – privées – ont longtemps semblé faire partie du patrimoine public. Brochures, cartes postales, publicité ont en effet utilisé ces images jusqu'à la décision[1] de la Cour de Cassation française en 1999 qui reconnaissait «un droit à l'image sur les biens» et considérait que «l'exploitation du bien sous la forme d'une photographie porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire.» Le deuxième millénaire initiait donc un nouveau paradigme, révélateur de l'évolution des mentalités ainsi que des tendances juridiques et judiciaires, entre la maximisation des intérêts privés et la préservation du patrimoine public.

Il était donc logique, dans un tel contexte, que la tension entre sphère privée et patrimoine public se révèle également dans le domaine de la propriété intellectuelle et bouleverse l'équilibre rationalisé qui avait présidé à la genèse du système de propriété intellectuelle, puis à son développement jusqu'à récemment. Il est à cet égard paradoxal de constater que les droits de propriété intellectuelle ou DPI (brevets, marques, dessins et modèles industriels, droits d'auteur, etc.) originellement conçus comme l'affirmation d'un principe de liberté, sont désormais perçus comme une restriction des libertés.

---

* Les vues exprimées dans cet article n'engagent que leur auteur. Denis Croze est Directeur Conseiller, Bureau du Vice-directeur général, Secteur du droit d'auteur et de l'application des droits de la propriété intellectuelle, OMPI

1 Cour de Cassation française, civ., 1er, 10 mars 1999, JCP, 6 mai 1999 (Café Gondrée)

I. VERS UNE REMISE EN CAUSE DE L'ÉQUATION HISTORIQUE DES DPI

La genèse des DPI: Une fonction politique et sociale

La conceptualisation de la propriété intellectuelle au XVIIIème siècle, puis du droit de la propriété intellectuelle au XIXème était particulièrement innovante, équilibrée et responsable. Loin d'être un droit égoïste, le droit d'auteur par exemple à été conçu comme un droit imprégné d'une importante fonction sociale[2]. Les philosophes du XVIIIème ont en effet plaidé en faveur de la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle à l'auteur afin de lui garantir les fruits de son travail. En accordant la propriété de l'œuvre à l'auteur, cette liberté matérielle devait lui permettre de l'exploiter et donc de ne plus être dépendant de la charité des mécènes. Au-delà de cet idéal social, les philosophes des Lumières concevaient également le droit d'auteur comme un droit assurant la liberté de l'auteur vis-à-vis du pouvoir. Leur objectif était de se libérer du système des privilèges octroyé par le monarque ou le seigneur et précédé d'une censure du contenu. Le contrôle de l'auteur sur son œuvre garantissait à celui-ci une liberté du choix du contenu, le préservant de la censure, et au-delà permettait la diffusion des idées des Lumières et de leurs principes de liberté.

L'équation des DPI: Un équilibre entre un monopole temporaire d'exploitation et un accès différé à une libre exploitation

Le droit de la propriété intellectuelle s'est développé sur l'idée d'accorder à l'inventeur ou au créateur d'une nouveauté – qu'elle soit industrielle, commerciale ou artistique – un monopole temporaire sur son exploitation (en général 20 ans pour un brevet, 15 ans pour un dessin et modèle, 10 ans renouvelables pour une marque, 50 ans vie de l'auteur et post mortem pour le droit d'auteur). En contrepartie, le créateur ou l'inventeur se doit d'assurer une divulgation complète du contenu de son invention et de respecter certains critères (nouveauté, inventivité, application industrielle pour les brevets, caractère distinctif pour la marque, originalité pour le droit d'auteur). La délivrance d'un monopole d'exploitation au titulaire du droit permet ainsi de rémunérer et d'encourager son activité inventive ou créative. Cette équation, sur laquelle s'est édifié le droit de la propriété intellectuelle au XIXème siècle, permettant ainsi le développement du capitalisme, instaure ainsi un équilibre entre d'une part un monopole d'exploitation, temporaire et conditionné, au profit du titulaire et d'autre part un accès, à l'issue de cette période d'exploitation, à une utilisation libre de l'objet jusqu'alors protégé. Tout monopole étant une entorse faite à la libre concurrence, l'intérêt public se trouve ainsi compensé, en matière de brevet par exemple, par la divulgation complète de son contenu lors de son enregistrement puis par son exploitation libre au terme de la durée de protection, afin de servir à l'accroissement et à la diffusion des connaissances et à certaines améliorations[3].

Au-delà des durées limitées d'exploitation des DPI, l'intérêt public est pris en compte à travers les critères et le champ d'application de la protection, la publication des enregistrements dans une Gazette (brevets, marques, dessins et modèles), le fait que si les annuités d'enregistrement ne sont plus versées (brevets) ou la taxe d'enregistrement renouvelée (marques, DM), le titulaire perd le droit d'exploiter son DPI. De même, si le titulaire de la marque

---

2 « Droit d'auteur et droit du public à l'information », Christophe Geiger, Recueil Dalloz 2005, n°38

3 Du brevet à l'expropriation sans rivage, Robert Lochhead, Revue politique virtuelle, N°2, novembre 2002

n'utilise pas celle-ci pendant une certaine période (entre 3 et 5 ans selon les systèmes) ou s'il ne défend pas sa marque contre son utilisation par des tiers à titre de générique.
Si ces conditions ne sont pas respectées, le droit de propriété intellectuelle «tombe» alors dans le domaine public et peut être exploité librement par des tiers et réinsufflé de ce fait dans l'économie, l'innovation ou la commercialisation.

L'équilibre dans les textes

Cet équilibre entre droits privés et intérêt public se trouve concrétisée au sein de différents textes normatifs, tant au niveau national qu'international.

L'article 1er, section 8, clause 8 de la Constitution des Etats Unis de 1787 dispose ainsi que «*Le Congrès est autorisé [..] à promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en garantissant, pour un temps limité, aux auteurs et aux inventeurs, un droit exclusif sur leurs œuvres écrites et inventions respectives*». L'auteur est ici incité à créer de nouvelles œuvres ou inventions et par ce biais à participer à la diffusion de nouvelles idées. Si l'on reconnait que le droit d'auteur est imprégné d'une importante fonction sociale et que la prise en compte des intérêts de la collectivité (nouvelles idées, vie culturelle enrichie, créativité stimulée, etc.) participe pour une large part à sa justification, le droit doit être conçu de telle manière que la collectivité puisse en bénéficier. Pour ce faire, le droit doit connaitre un certain nombre de limites. L'intérêt collectif justifie donc aussi bien l'existence du droit d'auteur que ses limites[4].

L'article 27 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 prolonge encore plus clairement cette double fonction en traitant ces deux notions distinctement:

1. Toute personne a droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.
2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.»

Plus récemment l'Accord[5] ADPIC dispose dans son article 7 (Objectifs) que « la protection et le respect des DPI devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent ces connaissances techniques et d'une manière propice au bien être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations.»

II VERS UN NOUVEL ÉQUILIBRE?

Au-delà du contexte historique, il convient de prendre conscience des évolutions et tendances actuelles qui font de la propriété intellectuelle un enjeu politique, économique, commercial et culturel et l'acuité du sujet «Sphère privée et patrimoine public.» Politisation des

---

4 Droit d'auteur et droit du public à l'information (pour un rattachement du droit d'auteur aux droits fondamentaux) par Christophe Geiger, recueil Dalloz, 2005, N°38, p. 2683

5 Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

questions de propriété intellectuelle, mondialisation des échanges, «commercialisation» de la propriété intellectuelle, influence grandissante du consumérisme, toutes ces évolutions débouchent sur un nouvel équilibre ou une nouvelle équation des DPI, avec d'un côté de nouvelles revendications (ou des revendications ré-exprimées sous une nouvelle forme) et de l'autre la nécessité pour les titulaires de droits d'innover pour exploiter leurs créations par de nouvelles méthodes, juridiques, techniques et commerciales.

Favoriser l'accès à...

Ce qui caractérise la propriété intellectuelle depuis quelques années est en fait la remise en cause de certains aspects du régime de protection des DPI par certains interlocuteurs: pays en développement et pays émergeants (Brésil, Inde, Argentine, Egypte, Afrique du sud, Kenya) regroupés à l'OMPI sous le nom «d'amis du développement», ONGs (Médecins sans frontières, Oxfam, Third World network, South Center, ICTSD, Consumers international, etc.) représentant les consommateurs et la société civile, représentants des milieux universitaires questionnent désormais ouvertement l'impact et l'adéquation des DPI par rapport à de multiples questions sociétales telles que le développement, l'accès à la connaissance, la biodiversité, etc.

Que souhaitent ces nouveaux intervenants dans le monde de la propriété intellectuelle? Favoriser un meilleur accès, un accès plus facile et surtout moins couteux, sinon gratuit au plus grand nombre, dans un certain nombre de domaines: accès à la connaissance et à l'information, accès aux médicaments essentiels et à la santé, accès aux fruits de l'exploitation des savoirs traditionnels, des ressources génétiques et du folklore (expressions culturelles traditionnelles), accès à l'information-produit, etc. En l'état actuel du droit de la propriété intellectuelle, cet accès peut s'effectuer soit par le biais d'exceptions aux principes, soit par des limitations des droits existants. On est donc bien, sur le plan théorique en tous les cas, dans une approche de réduction de la sphère privée au profit de l'intérêt public.

Accès à la connaissance et à l'information

L'avènement de l'économie de la connaissance (*Knowledge based economy*) et de l'ère numérique a bouleversé les équilibres traditionnels[6]. Les pays en développement ont saisi la nécessité de réduire la fracture numérique (*digital divide*) qui les oppose aux pays industrialisés comme une nouvelle frontière et un enjeu majeur du développement[7]. Par ailleurs, la mouvance libertaire de l'Internet et le souci constant pour la communauté scientifique d'assurer une meilleure diffusion des connaissances afin de mieux contribuer au développement du progrès ont jeté les bases de concepts d'utilisation ou d'exploitation dits «libres» tels que le *copyleft*, l'open source ou les *creative commons*.

C'est dans ce contexte qu'est apparu le mouvement sur l'accès à la connaissance (A2K), composé de représentants de la société civile, de gouvernements et d'ONGs, qui prône une refonte de l'équilibre de la propriété intellectuelle en liant l'accès à la connaissance aux principes fondamentaux de justice, de liberté et de développement économique. Un projet de traité affirme ainsi la possibilité pour les États de mettre en oeuvre des politiques publiques,

---

6 «Information, copyright and the future», Anirban Mazumder, EIPR., Issue 5, 2007

7 «Open source and open standards: A new frontier for economic development», Policy Brief, N° I, 2006, United Nations University,

notamment culturelle, de santé, d'éducation et de recherche, adaptées à leur spécificités, prévoit une liste d'exceptions et de limitations aux droits exclusifs garantissant effectivement les droits fondamentaux du public ainsi que des dispositions visant à favoriser les transferts de technologies entre pays développés et pays en voie de développement. Il protège et encourage par ailleurs le soutien aux standards ouverts et aux modèles de développement collaboratif de biens communs comme le Logiciel Libre.

La finalité du *copyleft* s'inscrit dans une même approche de promotion du savoir et du progrès de la connaissance pour un large public. Dans une logique inverse à celle du *copyright* (réservation de l'œuvre au seul profit de l'auteur), ce concept insiste sur la création d'un fonds commun, mis en ligne, auquel chacun peut ajouter sa contribution mais duquel personne ne peut retrancher une contribution. Vu l'opportunité de la vaste diffusion qu'offrent les réseaux numériques, les fondateurs du *copyleft* pensent en effet beaucoup plus efficace de promouvoir la libre disponibilité des contenus mis en ligne que de faire respecter leur droits pécuniaires privatifs[8].

Toujours dans une même approche, *Creative Commons* propose gratuitement des contrats-type de licences pour la mise à disposition d'œuvres en ligne, permettant ainsi la diffusion de ses créations et leur utilisation selon ses conditions. Inspirés par les licences libres, les mouvements *open source* et *open access*, ces contrats facilitent l'utilisation d'œuvres (textes, photos, musique, sites web) et permettent aux titulaires de droits d'autoriser à l'avance le public à effectuer certaines utilisations, tout en ayant la possibilité de réserver les exploitations commerciales, les oeuvres dérivées ou le degré de liberté (au sens du logiciel libre). Sur la base de cet accord de licence, l'utilisateur est libre de reproduire, distribuer et communiquer cette création au public, à condition de le faire à titre gratuit.

Accès aux médicaments essentiels

Discutées au sein du Conseil ADPIC de l'OMC, l'accès aux médicaments essentiels et à la santé constitue un élément clé du débat sur les flexibilités nécessaires à mettre en œuvre en matière de propriété intellectuelle. L'article 31 de l'Accord ADPIC prévoit, «dans des situations d'urgence nationale ou en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales», la concession de licences obligatoires au profit des pays en développement. Dans l'hypothèse d'une mise en œuvre de ces mesures de sauvegarde, l'entreprise innovante perd la maîtrise de sa politique de licences pour un produit donné, sous certaines conditions. Comment préserver une protection intellectuelle adéquate et préalable favorisant les transferts de technologie et encourageant la recherche-développement dans le secteur pharmaceutique tout en répondant à l'impératif de soigner les malades de la tuberculose, de la malaria et du SIDA à un coût abordable dans les pays en développement? En d'autres termes, comment maintenir un équilibre entre la protection d'un droit privé – le brevet – et des principes fondamentaux de santé publique? C'est ce que les États membre de l'OMC ont tenté de régler lors de la Conférence ministérielle de Doha en Novembre 2001, en adoptant une déclaration spéciale qui prolonge jusqu'en 2016 les exemptions prévues pour les pays les moins avancés (PMA) concernant la protection des produits pharmaceutiques par des brevets, puis en 30 août 2003, en adoptant un mécanisme de dérogation introduisant une flexibilité supplémentaire

8 «Copyleft: Une nouvelle forme de droit d'auteur à l'époque de l'Open source», Philippe Amblard, Octobre 2000

afin de permettre aux pays qui n'ont pas la capacité de fabriquer eux-mêmes des produits pharmaceutiques d'importer des médicaments brevetés fabriqués sous licence obligatoire.

Accès aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore[9]

La protection des savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles (folklore) contre leur appropriation illicite et leur utilisation abusive ainsi que les aspects de propriété intellectuelle relatifs à l'accès et au partage des bénéfices découlant de l'utilisation des ressources génétiques soulèvent de nombreuses questions, débattues depuis une dizaine d'années dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique (CDB), la FAO, l'UNESCO ou l'OMPI ainsi qu'au niveau national par de nombreux pays. Les pays en développement qui disposent d'un riche patrimoine en matière de biodiversité contestent désormais l'exploitation par les entreprises étrangères de leurs ressources génétiques et leurs savoirs traditionnels sans en retirer le moindre avantage industriel et commercial. Facteur d'identité culturelle, ethnique ou spirituelle, ces ressources et savoirs sont également perçus comme une source de progrès industriel, commercial ou médical, dans une logique de brevetabilité et donc de rémunération. «De là découle un conflit fondamental entre des conceptions radicalement différentes de ce qui relève du domaine public ou du domaine privé, de droits individuels ou de droits collectifs, ou encore de l'importance attachée d'un côté aux activités de développement de nouveaux produits et à la recherche de nouveaux profits, et de l'autre à l'environnement naturel et au respect de l'héritage culturel[10].» Ou encore, de ce qui est protégeable en vertu du droit de la propriété intellectuelle actuel et de ce qui relève d'un droit (à créer) *sui generis*.

Des mécanismes juridiques et toute une gamme d'instruments pratiques relevant du droit des brevets tendent désormais à imposer aux déposants l'obligation de divulguer certains renseignements dans leurs demandes de brevet afin d'accroître la transparence de l'accès et du partage des avantages, à prévenir la délivrance de «mauvais» brevets, à assurer le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes et à permettre aux fournisseurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels, notamment les pays en développement et les communautés autochtones et locales, de bénéficier plus pleinement du système des brevets.

Accès à l'information produit

L'article 39 de l'Accord ADPIC réglant la protection des renseignements non divulgués effectue une synthèse harmonieuse des règles de droit privé et de droit public et consacre pour la première fois dans un texte international l'importance économique accordée aux secrets de fabrication et aux secrets d'affaires[11]. Il s'agit en l'espèce de protéger les investissements dans les biens intangibles, particulièrement dans le cadre du commerce international et du développement des réseaux numériques. Une protection relative cependant compte tenu du fait que les inventions qui peuvent en faire l'objet sont celles qui ne peuvent être analysées

---

9 Pour plus d'information sur ce sujet, voir site de l'OMPI at http://www.wipo.int/tk/fr/

10 «Les savoirs traditionnels au service des activités d'innovation: quelle protection des intérêts des communautés locales?», Étude de cas réalisée par Barbara Pick, cf. http://www.melchior.fr

11 «Les secrets d'affaires dans l'Accord ADPIC», François Dessemontet, Mélanges Junot, 1997, Centre du droit de l'entreprise (CEDIDAC), Lausanne

pour en découvrir les particularités («*reverse engineering*»), ou qui sont trop globales ou trop communes pour être protégées par un brevet.
Sous la pression des consommateurs sensibilisés à des problèmes tels que l'Encéphalopathie spongiforme bovine (ESB), la modification génétique des organismes et des aliments, ou le développement des allergies, les pouvoirs publics ont mis en place dans un grand nombre de pays des principes de précaution et de transparence. Un délicat équilibre est ici nécessaire entre d'une part l'innovation scientifique et technique qui exige un régime protégeant la propriété intellectuelle, notamment les secrets d'affaire, et d'autre part l'intérêt public qui exige que ces protections ne soient pas accordées au détriment de l'information dont a besoin le public pour participer véritablement et faire des choix éclairés. Un équilibre d'autant plus difficile que, dans une logique de concurrence acharnée, les entreprises se sont engouffrées dans la brèche ouverte par ce nouveau consumérisme écologique et sanitaire et développent des actions tendant à contraindre leurs concurrents à dévoiler leurs méthodes ou la composition de leurs produits.

Protéger mieux et davantage ou le «basculement du savoir vers l'avoir»[12]

Les titulaires de DPI n'ont pas attendu la montée en puissance des revendications de la société civile et des pays en développement pour rechercher davantage de protection pour leurs droits. Cette maximisation de la protection, légitime contrepartie d'investissements importants, télescope néanmoins de plein fouet les aspirations sociétales exprimées ci-dessus par les pays en développement depuis l'adoption de l'Accord ADPIC, et précarise l'équilibre préexistant entre intérêts privés et intérêts publics dans le domaine de la propriété intellectuelle.

Extension de la protection dans l'espace

Afin de faciliter la vie des entreprises, dans un monde de plus en plus globalisé, un certain nombre de mécanismes d'enregistrement ont été mis en place au niveau international. À l'OMPI bien sûr qui gère quatre systèmes d'enregistrements internationaux différents, pour les brevets (PCT), les marques (Madrid), les dessins et modèles (La Haye) et les appellations d'origine (Lisbonne) permettant aux titulaires de DPI, par le biais de procédures d'enregistrement ou de dépôt simplifiées, de protéger leur titres dans un plus grand nombre de pays et à un meilleur coût. Mais également à l'Office africain de la propriété intellectuelle (OAPI) et l'Organisation régionale africaine de propriété industrielle (ARIPO) qui regroupent respectivement 16 États africains francophones et anglophones, l'Office européen des brevets (OEB), Office eurasien des brevets, l'Office européen d'harmonisation (OHMI) en matière de marques et dessins et modèles. Le domaine public – en l'occurrence les pays ou les titres ne sont pas protégés – s'en trouve ainsi réduit.

Prolongation des délais de protection

Parallèlement à l'extension géographique de la protection de leurs droits, les titulaires ont cherché à étendre les délais de la protection.

---

[12] Professeur Michel Vivant, cité in «La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle», Christophe Geiger, Revue de droit international économique 2006/4

Ainsi en matière de droit d'auteur, les 50 ans de protection après la mort de l'auteur prévus dans la Convention de Berne, ont été étendus dans certains pays à 70 ans voire même dans certains cas à 95 ans. Une extension qui n'est pas uniquement justifiée par l'allongement de la durée de la vie (des ayants droit) et qui réduit d'autant l'utilisation gratuite des œuvres et la possibilité de leur diffusion au plus grand nombre.

En matière pharmaceutique, la période s'écoulant entre le dépôt d'une demande de brevet pour un nouveau médicament et l'autorisation de mise sur le marché (AMM) dudit médicament réduit souvent la protection effective conférée par le brevet à une durée insuffisante pour amortir les investissements effectués dans la recherche. Afin de pallier cette protection insuffisante, un Certificat complémentaire de protection (CCP) peut accorder au titulaire du brevet dans certains pays une durée de protection complémentaire de 15 ans à partir de la première AMM.

En matière biologique ou biotechnologique, il est de plus en plus courant de constater la pratique de «l'*evergreening*» qui contourne le principe en vertu duquel ne sont brevetables que les médicaments réellement nouveaux et innovants. Ce «rafraîchissement perpétuel» permet une protection sans fin par l'accumulation de modifications mineures sur une molécule existante dans une nouvelle demande de brevet du même titulaire. Dans d'autres domaines, les entreprises développent un cumul de protection consécutif des différents droits (droit d'auteur puis marques, dessins et modèles puis marques tri-dimensionnelles, brevets et marques, etc.) afin de perpétuer l'exploitation de leurs créations. Une approche tendant à maximiser leurs profits mais qui perpétue indirectement leur monopole.

Enfin, il convient de mentionner les clauses d'extension des délais de protection figurant dans les accords bilatéraux et les accords de libre échange. Les difficultés de négociation rencontrées au niveau multilatéral ont en effet conduit à une multiplication de ce type d'accords aux conditions souvent sévères pour les pays en développement.

Extension du champ d'application de la protection

Le développement de la recherche, la globalisation du commerce, la nouvelle dimension de l'Internet, les modifications des habitudes de consommation et des méthodes marketing ont incité les entreprises innovantes à protéger leurs innovations en étendant le champ d'application traditionnel de la protection des DPI à des domaines jusqu'alors non protégés. Rappelant que «les idées abstraites, les lois de la nature et les phénomènes naturels» ne pouvaient faire l'objet d'un brevet, l'arrêt Chakrabarty de la Cour suprême des États-Unis ouvrait en 1979 néanmoins la brèche en définissant les sujets brevetables par «tout ce que l'homme peut faire sous le soleil.»

Ainsi les méthodes commerciales (*business methods*), qui jusqu'à présent n'étaient pas brevetables, peuvent désormais être protégées dans certains pays. Créer une méthode de gestion des fonds bancaires, vendre un livre sur Internet, organiser un système d'enchères, proposer une méthode marketing par exemple, dans la mesure où il s'agit d'une méthode économique mise en œuvre sur une machine (via un ordinateur) peuvent être brevetés[13]. Il en va de même pour les micro-organismes génétiquement modifiés, les logiciels, les inventions comportant des algorithmes, etc.

---

[13] *Les brevets sur les méthodes commerciales: Etat des lieux et perspectives économiques*, Isabelle Liotard, PI, Avril 2004, Revue N°11

De même, dans le domaine de l'information, en revoyant à la baisse les conditions d'accès à la protection, en abaissant le critère de l'originalité et en lui faisant perdre toute valeur discriminante, l'information brute, traditionnellement non protégée, tend à pénétrer dans la sphère du droit d'auteur. Certains auteurs en déduisent que la distinction entre œuvres de l'esprit et information ne peut être amenée qu'à s'estomper. Enfin, le concept de *Fair Use* (usage loyal) qui constituait la zone de liberté du droit d'auteur, (parodie, satire, critique mais aussi information ou éducation) connaît de plus en plus de fluctuations.
Dans le domaine des marques, les dépôts de marques sonores, olfactives, sensorielles, tridimensionnelles, etc., ouvrent de nouveaux horizons aux contours juridiquement mal définis.
Enfin, sur l'Internet, zone libertaire par excellence en ces débuts, les noms de domaine de l'Internet sont désormais clairement contrôlés, tant en ce qui concerne leur utilisation par rapport aux marques à la suite des pratiques abusives de «*cybersquatting*», que leur valeur économique qui en font un avoir immatériel incontournable des entreprises.
En soi, la progression des domaines protégés par le droit de la propriété intellectuelle n'est pas surprenante. Elle accompagne les progrès technologiques, répond au coût grandissant des investissements, crée des nouvelles approches commerciales en phase avec la loi du marché, etc. Néanmoins, chaque avancée du droit est appréhendée comme une restriction de ce qui était jusqu'alors perçu comme un espace de liberté.

Recherche de nouvelles méthodes et de nouveaux moyens de protection

Anticipant sur la progression du droit, souvent en retard sur les faits, les entreprises ont été conduites à innover, notamment en ce qui concerne la protection des œuvres.
Les réseaux numériques ont en effet rendu l'utilisation des oeuvres difficilement contrôlable. La multiplication des titulaires rend en effet nécessaire pour une seule utilisation du droit de multiples autorisations. La mise en œuvre du droit étant plus difficile, les titulaires se sont progressivement tournés vers d'autres modes de protection, par exemple des systèmes techniques tels que la cryptographie ou les dispositifs anti-copies. Mais comme ces systèmes n'étaient pas à l'abri des *hackers*, les titulaires de droits ont obtenu que ces mesures techniques soient doublées d'une protection juridique contre le contournement[14]. Cependant, en protégeant les œuvres, ces mesures techniques permettent de bloquer l'accès à des éléments qui ne bénéficient d'aucune protection par le droit d'auteur, des formes non originales, simples informations ou encore des œuvres déjà tombées dans le domaine public. C'est pourquoi le préambule du Traité OMPI sur le droit d'auteur insiste sur «la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information.»
Il est commun de constater que l'Internet a bouleversé les règles juridiques commerciales, ou marketing de nombreuses entreprises, notamment dans le secteur de l'audiovisuel. Débordés par leur base – leurs consommateurs – ces entreprises hésitent entre une politique répressive

---

[14] La directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information prévoit une protection juridique des mesures techniques. Une protection similaire a été instaurée aux Etats-Unis par le Digital Millenium Copyright Act (DMCA) de 1998. Ces deux instruments ont transposé les traités internet de l'OMPI de 1996 lesquels prévoient une obligation à la charge des États signataires de mise en place de protection juridique des systèmes techniques contre le contournement (Art. 11 du Traité sur le droit d'auteur et Art. 18 du Traité sur les phonogrammes).

pour faire respecter leurs droits et une nouvelle approche marketing fondée sur un accès gratuit. Les procès se multiplient contre des consommateurs ayant téléchargé des musiques ou des films via l'internet et certaines condamnations (*Virgin vs Thomas*) sont sévères. Pour la première fois, ces entreprises ne sont pas confrontées à des pirates organisés mais à leurs propres consommateurs! Comprenant l'impact négatif d'une approche répressive sur leurs clients et les limites techniques de la protection sur l'Internet, certaines entreprises ont opté pour de nouvelles méthodes commerciales telles que l'accès gratuit comme moyen de gagner des parts de marché (*Greaceful dead*), la baisse des prix du contenu au profit de services ou de nouveaux produits (stratégie d'Apple avec iTunes pour booster la vente d'Ipod) ou l'offre de contenu gratuit en contrepartie de services rémunérés (Adobe avec Acrobat software). D'autres encore, tel que Google, ont adopté une politique encore plus libérale fondée sur une information libre.

Conclusion

La propriété intellectuelle se trouve donc à la croisée des chemins. D'un côté les revendications des consommateurs, des ONGs et des pays en développement soucieux de faire bénéficier au plus grand nombre les progrès techniques et technologiques et de permettre un meilleur accès à la culture, l'information ou à la santé. De l'autre, les entreprises prises en tenaille entre leurs impératifs économiques, les nouveaux challenges de l'internet ou de la mondialisation et le souci de satisfaire leurs clients. Sphère privée et patrimoine public sont au centre de ce balancier qui oscille tantôt du côté des uns, tantôt du coté des autres. Faut-il souhaiter qu'il n'y ait jamais de stabilisation et que le maintien de l'équilibre historique de la propriété intellectuelle en ce domaine passe justement par la permanence de ce déséquilibre?

Questions - Perspectives

La check-list qui suit est un support à la décision. Elle vous offre la possibilité de faire un «tour de contrôle» de votre situation et de mettre à profit les éléments abordés dans l'article ci-dessus.

> Savez-vous quels actifs de propriété intellectuelle vous détenez? Connaissez-vous la situation de votre portefeuille de propriété intellectuelle?

> Prévoyez-vous de protéger vos actifs de propriété intellectuelle? (Si oui: comment?)

> Connaissez-vous le rôle des actifs de propriété actuelle dans la réussite de votre entreprise?

> Détenez-vous tous les actifs de propriété intellectuelle dont vous avez besoin ou dépendez-vous d'actifs de propriété intellectuelle détenus par des tiers?

> Avez-vous une connaissance suffisante des stratégies en matière de propriété intellectuelle et des portefeuilles de propriété intellectuelle de vos concurrents?

> Avez-vous doté votre entreprise d'une politique et d'une stratégie en matière de propriété intellectuelle?