

L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur de la Chaire Régulation

La perspective retenue ici est de nature méthodologique¹, cherchant à montrer l'intérêt même d'étudier les propriétés intellectuelles, non seulement en elles-mêmes, mais en tant qu'elles interfèrent avec d'autres corpus dotés respectivement de leur cohérence propre, notamment ceux constitués autour du droit de la compétition et de la concurrence, du droit des échanges internationaux et du droit du développement économique², eux-mêmes imprégnés des théories économiques qui ont développé leur prise sur chacun d'eux, économie des propriétés intellectuelles³, économie de la concurrence⁴.

1. Tandis qu'une perspective nettement plus technique et juridique, illustrant les propos généraux ici tenus, est empruntée par l'autre contribution faite à cet ouvrage, « L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur les médicaments et le vivant », p. 287 et s.

2. Certes, demeure ouverte la question pour les juristes de savoir s'il existe, à l'instar du droit de la concurrence et du droit du commerce international, un « droit du développement économique ». À première vue, sans doute parce qu'il n'existe pas de phénomène de cristallisation des règles en la matière, par manque d'institutions *ad hoc* (comme le sont les autorités de concurrence pour la compétition, ou l'OMC pour le libre-échange) et par manque de cristallisation doctrinale et pédagogique (à travers une sorte de règle sociologique selon laquelle une branche du droit existe s'il existe un manuel qui la reflète), l'économie du développement ne trouve pas de correspondance dans une branche du droit constituée. Cette cristallisation a peut-être vocation à s'opérer autour de la notion de « développement durable », la discussion se déplaçant alors sur celle de savoir si la notion est suffisamment riche et solide pour fonder toute une branche du droit.

3. V. par ex. F. Benhamou, « Les fondements économiques du droit d'auteur à l'épreuve de la mondialisation », in M. Vivant (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, coll. « Thèmes et Commentaires », 2004, p. 55-68.

4. V. par ex. E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, série « Sciences économiques », Dalloz, 2005.

L'étude de ces interactions correspond à la nature du droit qui tend à se mettre en système pour établir les interactions nécessaires entre les différents corps de règles qui le composent. Au-delà, la maîtrise de l'articulation entre propriétés intellectuelles, concurrence, libre-échange et développement peut déboucher sur de nouvelles cohérences entre ces règles qui, pour l'instant, s'entrechoquent, voie méthodologique d'une globalisation régulée⁵. L'équilibre entre les principes contradictoires que comprend chacun de ces corps de règles contraints d'avoir à faire les uns avec les autres, car on ne peut raisonnablement penser que l'une prendra le pas sur l'autre, le droit ne prendra pas le pas sur l'économie ni l'inverse, suppose ces éclaircissements méthodologiques. De cette étude technique, il ressort que cette fixation des équilibres revient au politique.

Ces interférences sont nouvelles⁶, il faut tout d'abord mieux en cerner la nature et les difficultés, avant d'aborder les solutions permettant de tirer profit de ces interférences, dans une perspective de régulation de la globalisation économique.

SECTION I

RAISONS, DIFFICULTÉS ET MÉTHODE D'ÉTUDE DES INTERFÉRENCES ENTRE PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES ET DROITS DES MARCHÉS

L'étude spécifique des interférences entre concurrence, commerce international et développement économique, telles qu'elles se cristallisent dans les propriétés intellectuelles, hôtesse bien malgré elles de disputes politiques de haut vol, répond à trois raisons, qui expriment elles-mêmes la difficulté de corréler des règles tout à la fois fortement constituées chacune en ce qui les concerne, dont les principes sont fondamentalement contradictoires, et qui sont pourtant appelées à s'appliquer en même temps. La méthode d'étude doit alors prétendre mener vers des logiques d'articulation, remplaçant des logiques d'opposition.

5. V. par ex. J. Pisani-Ferry *et al.*, *Gouvernance mondiale*, rapport du Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2002.

6. V. par ex. pour le droit de la propriété littéraire et artistique, F. Siirriäinen, « Droit d'auteur » *contra* « Droit de la concurrence » : *versus* « Droit de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, n° 4, 2001, p. 413-446.

§ 1. Pourquoi étudier les interférences entre propriétés intellectuelles et droit des marchés ?

La première raison est triviale : il fut un temps où l'on pouvait se dispenser de se soucier des propriétés intellectuelles quand on étudiait les mécanismes de marché. Les propriétés intellectuelles renvoyaient à une autre spécialité. Cela n'est plus possible tout d'abord parce que les économies nationales sont en interdépendance, ce qui conduit à une interdépendance des règles juridiques⁷. Cette situation d'interdépendance est familière au droit, car même dans un espace national, les règles de droit – prises au sens large, aussi bien loi que jurisprudence, aussi bien décisions générales que décisions individuelles – interagissent. C'est pourquoi le droit est toujours en système. C'est plutôt sur le lien entre le droit et la politique que l'interdépendance des économies a un effet majeur, lien entre le droit et la politique que le droit public notamment exprime, parce que le droit n'offre plus un espace clos à l'exercice des souverainetés étatiques⁸, mais le mouvement n'affecte pas la technique juridique en elle-même. L'extension, voire la fusion, des espaces conduit techniquement à reproduire à plus grande échelle les articulations du système juridique⁹.

L'autre phénomène, relatif au marché, est plus difficile à intégrer parce qu'il brise l'unicité méthodologique de chacune des branches du droit. En effet, l'insouciance du droit des marchés pour les propriétés intellectuelles tenait à la représentation d'une richesse principalement produite par la circulation des objets¹⁰, la propriété ordinaire des biens étant appréhendée dans son aptitude à permettre la circulation grâce à la disponibilité du bien au propriétaire, tandis que le droit du marché supportait assez passivement le monopole du titulaire d'une propriété intellectuelle le temps qu'il durait.

Aujourd'hui, les propriétés intellectuelles prennent une place centrale dans l'économie et le droit des marchés. On le constate notamment à travers les décisions adoptées par les autorités de concurrence à propos des droits de propriété intellectuelle¹¹, celle prises par l'Organisation mondiale du commerce¹², dans la mesure où la mission de celle-ci dépasse le simple droit des échanges

7. V. par ex. H. Ulrich, « Vers un ordre public économique mondial », *Revue internationale de droit économique*, 2004.

8. V. par ex. H. Ruiz-Fabri, « Immatériel, territorialité et État », *Archives de philosophie du droit, Le droit et l'immatériel*, t. 43, Sirey, 1999, p. 187-212.

9. V. par ex. H. Ruiz-Fabri, « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in Mélanges Ph. Kahn, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2000, p. 303-334.

10. Sur l'idée politique comme quoi c'est la circulation qui produit l'accroissement de la richesse au bénéfice de tous, v. P. Rosanvallon, *Le libéralisme économique : histoire de l'idée de marché*, Seuil, coll. « Points. Politique », 1989.

11. Dans le présent ouvrage, v. J. Tirole, « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », p. 3 et s.

12. Dans le présent ouvrage, v. Thu-Lang Tran-Wasescha, « L'Accord sur les ADPIC : un nouveau regard sur la propriété intellectuelle », p. 137 et s.

internationaux, tandis que l'interférence avec le développement économique n'est encore évoquée que dans des propos de politique économique.

Ce cœur des propriétés intellectuelles dans les marchés tient tout d'abord au fait que l'on admet aujourd'hui plus volontiers qu'hier que la richesse vient aussi de l'accroissement qualitatif de la production, notamment de la diversité des choses produites, ce qui conduit à utiliser la propriété intellectuelle comme outil public pour inciter à l'invention. La propriété intellectuelle devient un instrument d'une politique publique appliquée à l'économie marchande. Cette importance de la propriété intellectuelle dans l'économie de marché résulte aussi de ce que les choses échangées deviennent de plus en plus complexes, peu d'objets aujourd'hui proposés s'accompagnent d'un droit de propriété intellectuelle¹³.

Ces deux éléments se sont conjugués pour rendre désormais incongru d'évoquer le développement de l'économie libérale sans songer à l'innovation, cœur vérifiable de son entropie, la considération de l'innovation entraînant celle des propriétés intellectuelles. Certes, on discute de savoir si l'innovation est en amont de la propriété intellectuelle, conception traditionnelle, patrimoniale et individualiste qui considère que la propriété intellectuelle est la récompense juste de l'invention, ou si l'innovation est en aval de la propriété intellectuelle, conception moderne, active et collectiviste qui considère que la propriété intellectuelle est le moyen efficace de produire de l'innovation, éternelle dispute de la poule et de l'œuf¹⁴.

À cette première raison, de nature triviale, s'ajoute une deuxième idée, liée à l'efficacité du droit¹⁵. Dans cette perspective, l'effort juridique porte méthodologiquement sur deux types de soucis : la cohérence et la performance des corpus des règles à l'intérieur de la branche qu'ils constituent – ce qui est affaire de spécialistes, ici ceux des propriétés intellectuelles – et la cohérence des différents corpus qui constituent l'ensemble des règles, ce qui relèverait alors de ce que l'on pourrait appeler avec irrévérence des spécialistes des « jointures ». Si manque l'une ou l'autre des attentions – sur l'objet technique en tant que tel, sur son rapport avec d'autres corps de règles –, le droit perd une partie de son efficacité, celle qui tient à sa cohérence.

S'ajoute enfin une troisième raison, il faut ici quasiment entendre le terme de « raison » au sens de « mobile »¹⁶ : l'étude des interférences incite à éprouver et à améliorer les articulations, ici dans un souci d'équilibre entre les propriétés

13. Le lien entre la civilisation technicienne et l'essor des propriétés intellectuelles, à tout le moins celle relevant de la propriété industrielle, est fréquemment souligné. V. par ex. J.-Ch. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », 2003, 2^e éd., p. 3.

14. Pour son exposé, v. not., W.M. Landes et R. Posner, *Economic Structure of Intellectual Properties*, Harvard University Press, 2003.

15. Sur l'idée plus générale, mais contestée au nom des valeurs contenues dans le droit qui déplace la seule satisfaction de l'efficacité, v. « Analyse économique du droit : quelques points d'accroche », n^o spécial des *Petites Affiches*, sous presse.

16. Le mobile est ce qui justifie une personne à faire ou à ne pas faire. On l'oppose au motif qui constitue objectivement qu'une chose soit faite ou non faite. Suivant la conception plus ou moins subjective que l'on a des démarches intellectuelles, on y verra des motifs ou des mobiles. Le plus souvent, les deux coïncident. Cette distinction et l'usage qui en est fait renvoie à la sociologie des sciences.

intellectuelles et les droits de marché. Cette articulation renvoie alors au phénomène intégré de régulation de marché, si l'on veut bien définir la régulation des marchés par la mise en équilibre entre le principe de concurrence et d'autres principes aconcurrentiels, voire anticoncurrentiels¹⁷, notamment la prévention des risques et la permanence des systèmes¹⁸.

§ 2. Comment étudier les interférences entre propriétés intellectuelles et droit des marchés ?

La méthode doit être transdisciplinaire, ce terme « transdisciplinaire » signifiant qu'il faut chercher à lier le plus possible le savoir économique et le savoir juridique, et non pas seulement les confronter dans des « pourparlers »¹⁹. Cette ambition de transdisciplinarité est difficile à tenir parce qu'elle suppose de constituer une zone, la plus ample commune entre les deux disciplines, pour mieux fondre sur l'objet étudié. Cette constitution prend notamment la forme d'emprunt de vocabulaire, détection des faux amis (notamment à propos de la théorie économique des droits de propriété et la théorie juridique des droits de propriété), voire invention d'un vocabulaire commun.

Plus encore, les disciplines peuvent venir en contre-épreuve les unes des autres, lorsque l'on est sûr que l'objet à propos duquel l'opinion personnelle ou disciplinaire est construite est commun. Prenons un exemple. William M. Landes et Richard Posner, dans leur ouvrage *Economic Structure of Intellectual Properties*, posent comme essentiel le fait que les propriétés intellectuelles ne doivent pas être pensées différemment des autres propriétés physiques, car il s'agit toujours de prérogatives sur des valeurs que l'on s'échange sur des marchés, ce qui a pour conséquence que les théories économiques ordinaires doivent fonctionner de la même façon que pour les propriétés d'objets corporels. Dans une perspective philosophique, Mikhaïl Xifaras affirme que la propriété doit être pensée d'une façon tout à fait différente lorsqu'elle porte sur de l'immatériel car l'exclusivité en est si difficile à assurer faute de pouvoir se saisir de l'objet que la propriété dégénère dans la prérogative de tirer profit de son utilisation par les tiers²⁰.

La maîtrise des interférences entre propriétés intellectuelles et compétition, libre-échange, développement, menant sans doute au constat qu'en outre les trois perspectives interfèrent elles-mêmes dans les propriétés intellectuelles, est la condition de nouveaux équilibres. Comment les penser ?

17. M.-A. Frison-Roche, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, chron., p. 126-129.

18. M.-A. Frison-Roche, « Les nouveaux champs de la régulation », in « La régulation : nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », *Revue française d'Administration publique*, n° 109, 2004, p. 53-64.

19. Pour reprendre l'expression de Gilles Deleuze qui estimait que la philosophie ne pouvait entrer qu'en pourparlers avec les autres disciplines (*Pourparlers*, Les Éditions de Minuit, coll. « Critique », 1969).

20. M. Xifaras, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, coll. « Fondements de la politique », 2004.

On peut concevoir plusieurs sortes d'articulations, prenant appui sur des interférences, étant observé que nous sommes proches de la politique dans la mesure où les interférences sont factuelles alors que les articulations sont construites. La première sorte d'articulation familière au droit est l'attribution du statut de principe et du statut corrélé d'exception à l'un ou l'autre des corps de règles. C'est souvent ainsi que l'on a conçu le rapport entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle : elle est un monopole, le monopole est l'exception de la compétition concurrentielle.

Dans ce type d'articulation, le fonctionnement est aisé et les conséquences sont simples. L'exception doit justifier l'atteinte qu'elle opère vis-à-vis d'un principe qui, quant à lui, est naturellement donné. Cela signifie notamment que le juge en charge d'appliquer les règles doit choisir d'appliquer le principe si l'exception ne s'impose pas. Ainsi, toute incertitude profite au principe. Cela est particulièrement net pour les autorités de concurrence lorsque des droits de propriété intellectuelle sont évoqués devant elles.

La conséquence de cette articulation entre un principe et une exception est politique : le politique doit mener une action à long terme par et grâce aux règles pour réduire toujours plus le champ de l'exception, puisque l'articulation traduit une hiérarchie de valeur au bénéfice du principe²¹ qui doit viser à la réduire.

La difficulté de ce type d'interférence tient dans le fait que les différents corps de règles prétendent chacun au statut de principe et supportent tout juste la présence des règles différentes logées dans le statut moins enviable d'exception. C'est alors une démarche dogmatique qui est empruntée : les règles prétendent devenir « intouchables » et ce serait aux autres de s'ajuster autour d'elles. On trouve ce dogmatisme aussi bien en propriété intellectuelle qu'en droit de la concurrence.

Cette querelle pour déterminer qui sera le principe et reléguera l'autre au rang de l'exception n'est pas bénéfique, car non seulement elle est sans fin mais elle produit des antinomies dans le système juridique, puisque les organes en charge de la concurrence auront tendance à faire prévaloir les principes de celle-ci et les organes en charge des propriétés intellectuelles celles-là, la contradiction dans les solutions demeurant dans le système. Ainsi, lorsque la Commission européenne propose le 7 février 2003 la création d'un Tribunal européen des Brevets, elle suit une logique verticale, selon laquelle au nouveau brevet communautaire doit correspondre un tribunal *ad hoc* faisant pendant à l'Office européen des Brevets.

Cette logique de la spécialisation est fondée mais peut s'avérer problématique si se développent des conceptions distinctes entre ce tribunal européen des Brevets et le tribunal de première instance des Communautés européennes appliquant les règles de la concurrence.

21. Par exemple, si l'on pose que le droit pénal est une exception, avec les conséquences que cela implique, notamment une interprétation toujours restrictive des règles pour limiter leur champ d'application, c'est au regard du principe des libertés individuelles. Sur cette perspective, v. P. Foriers, « Les lacunes du droit », in Centre de logique de Bruxelles, *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1966, p. 9-29.

§ 3. Le passage obligé par la politique pour construire les interférences entre propriétés intellectuelles et droits des marchés

Le politique non seulement construit les interférences en ce qu'il distribue les principes et les exceptions, mais encore en ce qu'il place les finalités à l'aune desquelles les statuts de principe ou d'exception se distribuent, voire en ce qu'il conduit les corps de règles techniques à converger pour les servir. Ce fait de poser les fins à partir desquelles toutes les techniques doivent s'agencer, fins qui constituent le futur des communautés, est l'acte politique par excellence. Il peut être adopté par les États dans des actes internationaux ou par les organes internationaux qui agissent alors, à couvert, comme des êtres politiques. Cela est manifestement la tentation de l'OMC qui s'assigne un rôle pour allier libre-échange et développement économique, volonté politique²².

Si l'État pose non seulement les fins mais encore met en place les moyens de les atteindre, prenant la forme d'un « État stratège », le droit des propriétés intellectuelles devient alors la voie royale pour influencer, en ce que celles-ci sont conférées une à une par des offices publics, permettant ainsi une politique publique²³ davantage dans la main des États que ne le sont la concurrence ou le développement économique.

Peut se dégager, peut-être est en train de se dégager, le principe suivant : l'innovation vaut en ce qu'elle est partagée. Le lien est alors politiquement établi entre le fonctionnement du spécifique humain (à savoir l'invention, l'art, la fabrication, ce que les auteurs grecs désignaient tout ensemble par un seul mot : *poiēn*) et l'idée de communauté humaine. Cela posé, cela ne signifie pas par exemple que le partage doit être aveugle, sans contrôle avec qui l'on partage, ni rémunération de celui à qui l'on prend. La mise en œuvre est donc délicate et relève d'une régulation construite. La difficulté est grande mais l'unité de principe permet d'emprunter un sens.

22. V. par ex. le discours de Pascal Lamy pour soutenir sa candidature au poste de directeur général (http://www.wto.org/english/thewto_e/dg_e/stat_lamy_e.htm).

23. V. not., le chapitre « Quelle politique internationale de propriété intellectuelle d'ici 2020 », explorant à partir de sept variables les scénarii possibles d'évolution des règles les unes par rapport aux autres, dans le rapport du Commissariat au Plan, *Regards prospectifs sur l'État stratège*, n° 2, déc. 2004, disponible sur <http://www.plan.gouv.fr>.

SECTION II

**L'INNOVATION ET SON PARTAGE GRÂCE AUX INTERFÉRENCES
ENTRE PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES ET DROITS DES MARCHÉS**

La construction des interférences entre propriétés intellectuelles, concurrence, libre-échange et développement économique relève d'une perspective de régulation. Certes, la régulation s'attache d'ordinaire à tel ou tel secteur, chacun particulier en ce qu'ils sont construits sur un principe de concurrence et un principe d'une autre nature, équilibre que le seul fonctionnement du secteur ne peut ni créer ni maintenir. On traite ainsi de la régulation des télécommunications, de la régulation de l'énergie, de la régulation bancaire, etc., alors que la question qui nous occupe ici est dite horizontale, semble dépasser les limites sectorielles, comme l'opère par ailleurs le marché financier. Mais précisément, la logique sectorielle devient de plus en plus forte dans les discussions autour des propriétés intellectuelles, pensées au pluriel.

§ 1. La pertinence de la logique sectorielle de la régulation

Pourtant, la construction d'équilibres forcés, artificiels en ce qu'ils sont produits par le droit, ne concerne précisément que certains secteurs. Le jeu de compétition entre la concurrence et le monopole du brevet, celui du prix de marché et des prix de licences, etc., joue d'une façon ordinaire à propos des inventions ordinaires, ordinaires en tant qu'elles portent sur des biens ordinaires.

On remarquera que les âpres discussions internationales sur un nécessaire remaniement du droit des propriétés intellectuelles ne sont ni abstraites ni générales, mais portent sur des secteurs bien particuliers, essentiellement celui des médicaments et des sciences de la vie, et celui des logiciels, ou celui des banques de données. C'est sur cette perspective concrète et sectorielle qu'est construit le rapport du Conseil d'analyse économique sur les propriétés intellectuelles.

L'usage souvent préféré du pluriel pour les désigner, alors même que l'étude ne porterait que sur une seule technique juridique, principalement les brevets, illustre cette logique de penser distinctement suivant les secteurs. Ainsi, William M. Landes et Richard Posner soulignent que les distinctions proprement juridiques, telles celles qui séparent brevets et droits d'auteur, devraient s'effacer pour penser la question d'une façon globale quant aux instruments juridiques, mais d'une façon particulière quant aux objets économiques sur lesquels ceux-ci s'appliquent.

Plus encore, non seulement les régulations sont pensées objet économique par objet économique, mais encore sont conçues par rapport aux utilisations qui en sont faites, ce à quoi l'organisation du marché et le droit de la concurrence sont en principe indifférents. La régulation, montrant ici sa proximité avec les

politiques publiques, se met pragmatiquement en place en considération des usages et des effets des usages des objets économiques. Le droit communautaire donne l'exemple de cela, par l'adoption et la réforme du Règlement communautaire sur les transferts de technologie qui vise indifféremment les sortes de prérogatives concernées, adoptant comme critère d'application le transfert de technologie, c'est-à-dire la fin recherchée par les parties, la cause objective et finale et de l'accord²⁴. Les règles de la concurrence, du contrat et des propriétés intellectuelles y sont pliées pour que la fin légitime, identique à celle poursuivie par le texte nord-américain, à savoir un transfert effectif de technologie d'autant plus facilement admis que les entreprises en cause ne sont pas concurrentes, s'opère.

La conséquence méthodologique de cette concrétisation est essentielle : il faut tout à la fois faire fondre entre elles les différentes sortes de propriétés intellectuelles (le brevet, le droit d'auteur, le certificat d'obtention, etc.) et faire disparaître l'abstraction du droit de la concurrence et du libre-échange, lesquels fonctionnent traditionnellement dans l'indifférence de la substance matérielle des choses échangées. Comme on a pu le relever, la distinction entre choses et services est même en train d'être effacée du monde économique au profit de la notion de « produit », qui couvre indifféremment l'ensemble²⁵ et permet d'inclure la multiplication de nouveaux biens par la transformation non plus des choses en biens mais de tout ce qui représente de la valeur en biens. Cette puissance d'abstraction est plus encore dans l'indifférence de l'usage qui en sera fait. Face à cela, la perspective de régulation est essentiellement une reconcrétisation du monde marchand, renouant en cela avec la conception aristotélicienne de l'économie²⁶.

C'est alors par considération directe de la substance des choses et de l'usage que les hommes en font que vont entrer dans un nouvel équilibre le principe de marché et le principe d'accès, alors que le marché ne suffit pas à opérer le partage. La régulation demeure en effet une perspective libérale puisqu'il s'agit de laisser jouer le marché, dans son pouvoir mécanique d'inciter à l'innovation par la récompense directe que celui qui y tend, dans le lieu accessible à chacun. Le marché est le lieu qui fonctionne sans recevabilité préalable. Il n'est besoin d'aucun titre pour y pénétrer, sauf le fait même de pouvoir offrir et de pouvoir acquérir. En cela, le marché est tout à la fois ce qui brise les barrières et produit de l'exclusion, lorsque les personnes concernées ne peuvent sauf de moyens prendre la place d'offreur ou de demandeur.

24. Sur l'ancien Règlement n° 240/1996 du 31 déc. 1996, v. not., le commentaire de Jacques Azéma, *RTD com.* 1996, p. 259 s., et de Georges Bonet, « Le nouveau règlement d'exemption par catégorie d'accords de transfert de technologie », *Revue de droit européen*, 1996, p. 305 et s. Sur le nouveau Règlement n° 712/2004 du 27 avr. 2004, v. *Lamy Droit Économique*, n° 2018.

25. D. Mainguy, « Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires », *RTD com.* 1999, p. 47 et s., spéc. n° 7 et s. sur la qualification des objets de propriétés intellectuelles comme des « produits ».

26. Sur une plus ample démonstration, v. M.-A. Frison-Roche, *Le partage par le droit des choses essentielles dans un monde global et libéral (actualité de la pensée de Michel Villey)*, à paraître.

On retrouve alors, par un mouvement paradoxal d'archaïsation du droit qui, à travers le droit économique, revient à des catégories médiévales, la division des biens que le droit germanique médiéval opérait, non pas entre les meubles et les immeubles, mais entre les biens durables et frugifères d'une part, et ceux dénués de ces qualités d'autre part²⁷. Alors que la différence entre les meubles et les immeubles se réfère à la nature physique des biens, enracinés ou non, cette distinction-là est construite sur l'usage que l'on fait des biens, puisqu'il s'agissait de faire demeurer les premiers dans la famille, malgré les successions, tandis que les seconds étaient laissés aux individus. On en revient aujourd'hui à cette idée que certains biens doivent durer et profiter au groupe et qu'ils constituent une classe de biens à part.

L'effort de recherche se déplace alors : il faut cerner les secteurs dans lesquels ce nouvel équilibre doit être construit parce qu'il ne se réalise pas par la seule force des choses et qu'une volonté de nature politique n'admet pas son absence. Par exemple, le secteur du médicament, dans lequel l'équilibre doit se faire entre la masse des investisseurs, qui conduit d'ailleurs à légitimer l'effet de monopolisation, mais vient heurter le principe politique précité lorsqu'il s'agit de l'accès aux médicaments vitaux. Au passage, si l'on doit trouver des analogies avec des secteurs régulés plus familiers, cela évoque les principes fondateurs de la régulation de l'audiovisuel en tant que celui-ci est construit sur un équilibre entre le principe de concurrence et un principe de nature politique, à savoir le pluralisme des opinions démocratiques.

La liste des secteurs devient alors cruciale. On peut d'ailleurs ne pas se laisser excessivement guider par la notion de secteur, encore trop générale, car il semble qu'il faille rester au plus près des caractéristiques des produits. Dans le même temps, la concrétisation du monde marchand produit par la régulation, c'est-à-dire des marchés qui sont modifiés, amendés, artificiellement construits en considération directe de la substance des produits, substance qui était naguère indifférente, ne conduit pas à la « trivialisat[i]on » du monde, à savoir à un monde qui, sous prétexte qu'il serait gouverné par les choses ou en considération directe de celles-ci, n'aurait plus de principe d'intelligibilité. Tout au contraire, ce sont de nouvelles notions qui s'imposent. Elles sont abstraites, car seule l'abstraction donne l'intelligibilité en donnant pertinence à des principes par le masquage des autres caractéristiques disponibles du monde. Ces deux principes-clés sont la vie et la connaissance.

§ 2. La considération fondamentale de la vie et la considération médiate de la science

La première notion-clé, ignorée du modèle du marché qui fonctionne sans elle comme tout modèle mécaniste, est la notion de vie²⁸, renvoyant à l'idée simple

27. A.-M. Patault, « Biens », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

28. M.-A. Frison-Roche, « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », in M. Vivant (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, préc., p. 165-175.

que le droit ne doit pas faire mourir car son office est inverse en ce qu'il est ce qui permet la vie individuelle et commune. Certes, le droit ne donne pas la vie, pas plus qu'il écarte en lui-même les menaces de mort, la pauvreté, etc., même si cette conception magique du droit semble parfois tenter, un droit incantatoire prétendant remplacer les mouvements de la nature par la force de ses propres proclamations. Même si l'on demeure en retrait d'une telle vision promothéenne, le droit de propriété doit être démuné de son venin de l'exclusion lorsque la vie des autres en dépend. Cela conduit à distinguer la propriété des biens non vitaux et la propriété des biens vitaux, qu'il s'agisse de propriétés de biens physiques ou non, la classique définition du droit de propriété comme le droit essentiel d'exclure devant être contrée lorsque la vie est en jeu.

La chose reçoit alors son statut de l'usage concret qu'en fait la personne, ce qui paraît contraire à la *summa divisio* des choses et des personnes, l'un ne pouvant définir l'autre. Mais, d'une part, la propriété est une relation dont la personne est bien l'un des termes, d'autre part, on a montré que le bien se conçoit de plus en plus par rapport à une personne « en situation »²⁹. Le mouvement n'est donc pas tant de penser la propriété des choses dans un rapport à la personne, mais plutôt de se soucier tout autant de la personne qui use que de celle qui possède.

La deuxième notion-clé est l'information, non pas la connaissance en tant que telle, mais une configuration particulière de la connaissance : la chaîne d'information. Là aussi, c'est une problématique d'accès que l'on va retrouver³⁰, à savoir l'accès à la chaîne d'information ; mais il s'agit, contrairement à la conception classique du réseau, d'avoir accès à la chaîne d'information si elle permet à son tour de produire de l'information. Des travaux distinguent de plus en plus les informations qui sont des maillons non indispensables à la connaissance et qui supportent les droits ordinaires de propriété intellectuelle, et les informations qui sont des chaînons indispensables à une chaîne d'information qui, faute de les rendre accessibles aux tiers (les savants, les industriels, catégories poreuses l'une à l'autre), s'épuise³¹.

Il est davantage pertinent d'aborder ainsi la question de la brevetabilité du génome humain que sous l'angle plus rhétorique de ce qui serait l'intouchable patrimoine de l'humanité. Certes, le résultat peut paraître le même, à savoir que quelqu'un ne peut garder pour lui la connaissance sur le génome, mais dans la première perspective, ce sont des aménagements requis en matière de brevets, un

29. F. Terré, « Variation de sociologie juridique sur les biens », in *Archives de philosophie du droit, Les biens et les choses*, t. 24, Sirey, 1979, p. 17-29.

30. M.-A. Frison-Roche, « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Mélanges Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 759-770.

31. Comme bon exemple de ce type de raisonnement, d'ailleurs puissamment ancré dans l'analyse économique du droit, v. E. Mackaay, « La propriété intellectuelle et l'innovation. Analyse économique du droit », in « Propriétés intellectuelles. Le droit favorise-t-il l'innovation ? », *Revue Droit et Patrimoine*, dossier spécial, oct. 2003, p. 61-67, et les références citées, notamment de littérature nord-américaine.

droit spécial de la propriété intellectuelle appliquée à cet objet, notamment en matière de licence, tandis que dans la seconde il s'agit d'arrêter le processus³².

Dans de tels secteurs, ou pour de tels objets, la propriété n'est admissible que si l'on distingue l'appartenance patrimoniale, qui localise le droit, admet le mécanisme de la titularité et engendre un droit à contrepartie en cas d'accès laissé aux tiers, du monopole d'exploitation³³ et du pouvoir d'exclusion qui, s'il continuait de demeurer intime du droit de propriété intellectuelle, discrédite le droit tout entier.

Une fois établie la liste des objets pour lesquels l'alliance entre propriété intellectuelle et libre-échange sur des marchés produit une exclusion que l'on ne veut pas politiquement admettre parce que le coût en est la vie même, il faut concevoir des instruments *ad hoc*, aptes à produire cet équilibre. Il faut alors trouver dans le droit des propriétés intellectuelles ce qui fait écho – et non pas sécession – avec le droit des secteurs régulés. La technique à mettre en place apparaît tautologiquement : l'organisation de l'accès des tiers. Certes, pas un accès au réseau – et encore lorsque l'accès au médicament ne peut se distinguer de l'accès au réseau de soin, l'analogie devient très forte –, mais un accès néanmoins pensé comme on pense les accès des tiers aux réseaux d'infrastructures. Le mécanisme de la licence, relativement périphérique dans les propriétés intellectuelles, devient alors central, dans une propriété privée pensée pour autrui et récompensée en tant que telle³⁴.

La conséquence méthodologique qui s'ensuit est la suivante dans le système juridique. On disposerait d'un droit général des propriétés intellectuelles et d'un droit spécial des propriétés intellectuelles lorsqu'une régulation d'un secteur le requiert. L'articulation entre un droit général et un droit spécial est un art que les juristes manient depuis toujours, droit général des contrats et contrats spéciaux, droit général des sociétés et sociétés spéciales. Mais ici, il ne s'agit pas seulement de décliner, d'aller du plus général au plus particulier, dans une même abstraction et sur des principes communs. L'articulation est alors dialectique, et non plus simple déclinaison : il s'agit ici de concevoir dans un même système juridique un droit commun des choses dont l'appropriation est fondée sur une relation dans laquelle le propriétaire, isolé du reste du monde, exerce les pleins pouvoirs sur les choses et un droit spécial des choses dont la propriété est donnée au propriétaire pour l'accès que les tiers auront ainsi aux choses. Le fondement politique de la propriété privée devient alors, pour les choses vitales, le souci du tiers.

32. Sur le texte même de la directive communautaire du 16 juin 1998 sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques et l'évocation des oppositions, v. par ex. B. Mathieu, « La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales », *D. 2001*, chron., p. 13 et s. Sur l'arrêt du 9 oct. 2001 de la Cour de justice des Communautés européennes ayant repris à son compte le principe de brevetabilité, v. par ex. J.-Ch. Galloux, « La directive sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques confortée », *D. 2002*, p. 2925 et s.

33. Ce que Mikhaïl Xifaras désigne comme une « réservation de jouissance » et qu'il étudie longuement sous l'angle philosophique à propos des propriétés intellectuelles (*La propriété. Étude de philosophie du droit*, préc.).

34. M.-A. Frison-Roche, « Vers une rente pour autrui », in *Le droit favorise-t-il l'innovation ?*, préc., p. 73-76.