

## L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle

Séverine Dusollier\*

La propriété intellectuelle est abondamment critiquée de nos jours et il n'est pas un seul front sur lequel on ne l'ait attaquée<sup>1</sup>. Le droit d'auteur serait une restriction de l'accès à l'information<sup>2</sup>, un monopole abusif sur la culture<sup>3</sup>, un obstacle à la liberté artistique d'appropriation, un contrôle de la production du signe dans notre société communicante<sup>4</sup>. Le droit des brevets, lorsqu'il s'appose sur des médicaments, serait la cause de la mort de millions de personnes dans les pays du Tiers-monde, victimes du sida ou d'autres maladies. Lorsque le brevet prétend réserver juridiquement les connaissances génétiques ou les variétés de plantes, le patrimoine humain, l'être humain, la biodiversité, des connaissances

\* Maître de Conférences aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur.

1. Voir les différentes contributions in *Copyright/Copywrong*, Actes du colloque, Le Mans, Nantes, Saint-Nazaire, février 2000, Editions MeMo, 2003.
2. P. QUEAU, «Le savoir appartient à l'humanité», *Manières de Voir*, n°52, Juillet-Août 2000.
3. J. SMIERS, «La propriété intellectuelle, c'est le vol !», *Le Monde Diplomatique*, septembre 2001, p.3 ; P. QUEAU, «A qui appartiennent les connaissances ? La nécessaire définition d'un bien public mondial», *Le Monde Diplomatique*, Janvier 2000, pp. 6-7.
4. R-J. COOMBE, *The Cultural Life of Intellectual Properties - Authorship, Appropriation and the Law*, Duke University Press, Durham, 1998.

ancestrales et communes seraient soudainement privatisées. Lorsqu'il s'attaque au logiciel, il menacerait l'innovation technologique et le développement informatique. Le droit sur les bases de données ne serait qu'une appropriation indue de l'information ; quant au droit de marques, en monopolisant une multitudes de signes qui font désormais partie de notre culture populaire, il empêche toute appropriation de ces signes dans un but de dénonciation politique.

Qu'elles soient fondées ou non, ces affirmations traduisent l'antipathie de plus en plus large que suscite la propriété intellectuelle. Bien qu'elles soient toutes fondamentalement différentes, tant par l'objet et les moyens de leur critique que par l'objectif qu'elles poursuivent, ces contestations se rejoignent sur un point : les droits intellectuels constituent une menace pour l'intérêt public, une entrave à l'accès et à la diversité du patrimoine commun, qu'il soit culturel, informationnel, technique, biologique ou génétique.

L'intérêt public serait-il réellement étranger à la propriété intellectuelle ? En serait-il forcément exclu au bénéfice des intérêts économiques des titulaires de ces droits sur la création et l'invention ? Le droit d'auteur, le brevet seraient-ils par essence des obstacles à l'accès et à la transmission du savoir ? On peut affirmer sans trop de peine que l'intérêt public et l'accès du public à l'information sont au cœur de la naissance et du développement des droits intellectuels, mais il faut bien admettre, sous peine d'être taxée de naïveté, que cet intérêt devient de plus en plus absent dans l'évolution de certains de ces droits, n'écoulant que sirènes économiques et raison du plus fort.

Cette contribution vise à dissiper les malentendus qui entourent les droits intellectuels, et particulièrement le droit d'auteur et le droit du brevet, choisis en raison de la place prépondérante qu'ils occupent dans l'accès au savoir et dans les critiques adressées à la propriété intellectuelle. Après avoir rappelé quelques notions de base de ces deux droits, j'en examinerai l'histoire et les fondements. S'en dégagera un rôle fondamental de l'intérêt public qui impose la préservation d'un équilibre au sein de ces régimes juridiques. Ensuite et pour ne pas garder une vision utopiste et euphorisante de ces droits intellectuels, je verrai dans quelle mesure les évolutions récentes de ces deux droits influencent et menacent sans doute cet équilibre.

## Notions préliminaires

### Notions de propriété intellectuelle

Les droits intellectuels sont les droits par lesquels la loi protège des biens ou des produits immatériels, issus généralement de l'esprit humain, de sa créativité ou de son inventivité. Contrairement au droit de propriété dont l'objet est un bien corporel, tangible, le droit intellectuel couvre un objet incorporel et immatériel. Ce type de droit accorde à son titulaire un monopole temporaire d'utilisation et d'exploitation du bien incorporel.

Au-delà de ces deux traits communs (objet incorporel et monopole d'exploitation), les droits intellectuels se caractérisent par leur diversité. L'on distingue au sein des droits intellectuels deux grandes catégories de droits : d'une part la propriété littéraire et artistique, de l'autre la propriété industrielle.

**La propriété littéraire et artistique** concerne la création artistique. A l'origine limitée au **droit d'auteur** qui protège les œuvres, créations de l'esprit, elle s'étend désormais à la protection de certains auxiliaires de la création, tels les artistes-interprètes, les producteurs de disques ou de films et les organismes de radiodiffusion. Ces différents personnages n'ont à première vue que peu à voir l'un avec l'autre, ni même avec les auteurs, compositeurs, écrivains, peintres, réalisateurs qui bénéficient d'un droit d'auteur. C'est parce qu'il a été jugé nécessaire de protéger soit leur interprétation d'une œuvre, s'agissant des artistes-interprètes, soit leur intervention financière et technique dans la création d'une œuvre, en ce qui concerne les producteurs et radiodiffuseurs, que la loi leur a accordé des droits intellectuels sur leur prestation, appelés **droits voisins**.

**La propriété industrielle** comprend différentes branches qui toutes protègent certains éléments du commerce et de l'industrie. Le droit des **brevets** protège les inventions à caractère technique et relève donc davantage du domaine scientifique. Le droit des **marques** octroie à son titulaire un monopole sur un signe (mot, image, graphisme) désignant et distinguant des biens ou des services. Le droit des **dessins et modèles** accorde une exclusivité sur la forme particulière d'un objet, sur son *design*. Se sont ajoutés à ces trois grands droits industriels, des droits plus récents répondant à des innovations technologiques particulières. Par exemple, le droit sur les topographies des semi-conducteurs revêt d'un monopole limité les circuits électroniques incorporés dans une puce électronique, le droit des obtentions végétales protège les variétés de plantes obtenues par l'intervention de l'homme ou préexistantes dans la nature.

## Notions du droit d'auteur

Le droit d'auteur est un droit dont la loi investit la création artistique. Toute œuvre relevant d'un domaine artistique quelconque (arts plastiques, musique, littérature, cinéma, etc.) est protégée par le droit d'auteur si elle est originale. Aucune autre condition que l'originalité n'est requise pour bénéficier de la protection. Il n'est pas nécessaire de déposer son œuvre auprès d'une société de gestion collective, telle que la Sabam, d'apposer une mention de *copyright* © sur les exemplaires de son œuvre ou d'enregistrer sa création auprès d'un organisme spécifique. L'œuvre est protégée dès sa création. Le critère d'originalité est également très bas, bien qu'il ne soit pas défini de manière très claire. En général, une œuvre sera considérée comme originale si elle reflète une certaine expression de la personnalité de l'auteur, même minimale, quels que soient la sorte, la forme d'expression, le mérite ou la destination de cette œuvre (esthétique, utilitaire, décorative, etc.).

Dans tous les systèmes de propriété intellectuelle, la jurisprudence a interprété cette notion d'originalité de manière extrêmement large de sorte que des meubles, des bijoux, des catalogues, par exemple, ont pu bénéficier de la protection. Le juge chargé d'apprécier l'originalité ne peut se substituer en un jury d'art et juger du mérite artistique d'une œuvre. C'est la raison pour laquelle le droit d'auteur a pu être appliqué à des œuvres autres que des œuvres des arts et des lettres, telles que des œuvres scientifiques, d'information ou des objets relevant des arts appliqués.

Ce qui n'est pas protégé par le droit d'auteur, c'est la simple idée ou information. Le droit d'auteur ne protège que l'expression de l'idée, sa mise en forme. Une idée, un style, un concept restent libres d'utilisation. Le droit d'auteur bénéficie au créateur de l'œuvre, à la personne physique qui a créé l'œuvre, soit à la compositrice d'une symphonie, à la réalisatrice d'un film, à l'auteur d'un livre. Il bénéficie de deux grands types de droits sur son œuvre.

Les premiers sont dénommés droits «*patrimoniaux*». Ils investissent leur titulaire du droit de contrôler l'exploitation de l'œuvre. Ce sont principalement le droit de reproduction de l'œuvre, par lequel l'auteur a seul le droit d'autoriser et d'interdire la réalisation de copies de son œuvre, leur distribution, prêt ou location au public, ainsi que la traduction ou l'adaptation de l'œuvre, et le droit de communication au public qui permet à l'auteur d'autoriser ou d'interdire la représentation de l'œuvre, sa radio ou télédiffusion, sa transmission sur Internet, etc.

La deuxième catégorie de prérogatives se compose des droits dits «*moraux*». Ils traduisent le lien indéfectible de l'œuvre à son auteur et protègent, dans l'œuvre, la personnalité de ce dernier. L'auteur dispose

ainsi du droit de décider quand son œuvre doit être connue du public (droit de divulgation), du droit de lier son nom à l'œuvre (droit de paternité ou, pour utiliser une expression moins sexuellement déterminée, droit d'attribution) et du droit de s'opposer à toute modification ou destruction de l'œuvre (droit d'intégrité).

Ces droits moraux ne peuvent être cédés et l'auteur les conserve toujours. Par contre les droits patrimoniaux qui sont un monopole d'exploitation de l'œuvre sont généralement cédés contre rémunération à des exploitants de l'œuvre, producteurs ou éditeurs. Les titulaires du droit d'auteur peuvent donc être à la fois les auteurs originels de l'œuvre ainsi que les exploitants de celle-ci.

Il est important de relever que le droit d'auteur n'est pas un simple droit d'interdire contre rémunération. Il est en effet souvent perçu comme un «droit au tiroir-caisse». Or, son but essentiel est de garantir à l'auteur, au créateur, une souveraineté quant à l'usage qui sera fait de son œuvre. Cette prérogative peut tout autant être exercée pour obtenir une rémunération que pour favoriser une diffusion gratuite de son œuvre, tel que l'a démontré l'exemple du logiciel libre en matière informatique. Les deux exercices du droit sont légitimes.

Le monopole du droit d'auteur a une durée de septante ans après la mort de l'auteur. Il s'agit donc d'un monopole temporaire à l'inverse du droit de propriété.

Il est également utile de clarifier une confusion sémantique. Bon nombre de critiques qualifient indifféremment de droit d'auteur ou de *copyright* la protection conférée aux œuvres littéraires et artistiques. Or, il existe une différence conceptuelle importante entre les deux notions<sup>5</sup>. Le droit d'auteur est l'appellation du droit tel qu'il existe dans les pays de droits civils, tels la France, la Belgique ou l'Allemagne. Comme son nom l'indique, il protège l'auteur. Le *copyright* est le droit sur la création tel qu'il existe dans les pays de droit anglo-saxon (Etats-Unis et pays du *Commonwealth*). Son inspiration est davantage économique et porte plus sur la protection de l'œuvre, du produit et du marché de celui-ci. Le concept de *copyright* est également souvent utilisé pour dénommer tout droit intellectuel<sup>6</sup>, pour désigner tout droit privatif sur un contenu, une création intellectuelle. Le mot *copyright* acquiert dans ce cas un sens commun très éloigné de son sens juridique.

5. Voir A. STROWEL, *Droit d'auteur et copyright - Divergences et convergences*, Bruylant, Bruxelles, 1993.

6. Voir C. CARLUT, «Copyright / Copywrong - Les enjeux des pratiques contemporaines d'appropriation», in *Copyright / Copywrong, op. cit.*, pp. 11 et suiv.

## Notions du droit des brevets

Si le droit d'auteur est la protection juridique de l'*homo poëtes*, le droit du brevet est celle de l'*homo faber*. Il protège les créations utilitaires, les inventions de caractère technique susceptibles d'une application industrielle.

Contrairement au droit d'auteur qui s'acquiert sans aucune formalité, le brevet n'est octroyé par l'Etat qu'au terme du dépôt d'une demande de brevet. Le demande est examinée par des organismes spécialisés qui délivrent le brevet s'il répond aux conditions de protection. Pour être brevetable, l'invention doit en effet être une création relevant du domaine technique, être nouvelle, être le résultat d'une activité inventive et être susceptible d'application industrielle<sup>7</sup>. Le brevet peut porter sur un produit (dispositif, machine, équipement, substance chimique, pharmaceutique, textile, etc.) ou sur un procédé, soit sur la manière de faire, la formule permettant d'aboutir à un résultat ou à un produit.

Certaines créations sont exclues de la brevetabilité. Il s'agit notamment des découvertes, des théories scientifiques, des méthodes mathématiques, des algorithmes, des créations esthétiques, des plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, des programmes d'ordinateur, des présentations d'informations, des méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique et des méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Sont également exclues les inventions dont la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ainsi que les inventions biologiques.

Il faut nuancer cette dernière exclusion. Les variétés végétales, et cela inclut les plantes transgéniques, ne sont peut-être pas brevetables mais bénéficient d'un régime de protection spécifique par le droit sur les obtentions végétales<sup>8</sup>. Quant aux inventions biotechnologiques et microbiologiques, une directive européenne de 1998 en règle la protection juridique<sup>9</sup> : sont brevetables les produits composés de matière biologique et des procédés permettant de produire, traiter ou utiliser de la matière biologique, elle-même définie comme de la matière contenant des informations génétiques et qui est autoreproductible ou reproductible dans un système biologique. La directive permet la brevetabilité d'une séquence

7. Pour une analyse de ces conditions, voir M. BUYDENS, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Larcier, Bruxelles, 1999, pp. 51 et suiv.

8. Voir la loi belge du 20 mai 1975.

9. Directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *J.O.C.E.*, L-213, 30 juillet 1998. La directive a été transposée dans la loi belge sur les brevets d'invention.

génétique à condition que toutes les conditions de brevetabilité soit remplies et notamment qu'elle soit susceptible d'une application industrielle<sup>10</sup>.

Quant à l'exclusion des algorithmes et des programmes d'ordinateur, elle ne vaut que pour ce type de création en tant que tels. En revanche, le procédé ou résultat mis en œuvre par un logiciel est susceptible d'être breveté<sup>11</sup>.

Le droit de brevet confère à son titulaire un monopole d'exploitation de l'invention, qu'il s'agisse d'un produit ou d'un procédé. Le breveté a le droit exclusif de procéder à la fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'importation et la détention du produit objet du brevet ou du produit obtenu au moyen du procédé breveté. Il peut notamment concéder des licences d'exploitation. Ce monopole est limité dans le temps et ne dure en principe que vingt ans. Ces droits sont soumis à l'obligation de payer une taxe relative à la demande du brevet, qui est assez élevée, ainsi qu'une taxe annuelle. Le titulaire du brevet est également tenu d'exploiter son invention.

## Genèse et fondement de la propriété intellectuelle

### Le droit d'auteur

La première loi sur le droit d'auteur est une loi anglaise qui date de 1709. Cette législation précoce, le *Statute of Anne*, a rapidement amorcé un mouvement dans toute l'Europe et aux Etats-Unis, accordant à l'auteur une certaine protection et un monopole d'exploitation sur ses œuvres. En France, la protection date de deux décrets révolutionnaires, l'un de 1791 sur les représentations théâtrales d'œuvres dramatiques, l'autre de 1793, sur le droit d'édition et de reproduction. En Belgique, une première loi date de 1886 et a été modifiée largement en 1994. Aux Etats-Unis, une protection fédérale vit le jour en 1790, après une période où seules quelques lois existaient dans certains Etats.

10. Voir G. VAN OVERWALLE, *The legal protection of biotechnological inventions in Europe and the United States - Current framework and future perspectives*, Leuven, Universitaire Pers, 1997.

11. C'est ce qui explique que l'Office européen de brevets ait accordé une protection à des milliers d'inventions «mises en œuvre par ordinateur». Le législateur européen a tenté, par une proposition de directive datant de 2002, de clarifier les conditions de brevetabilité des inventions informatiques. Le projet a suscité une large opposition du public et a finalement été rejeté par le Parlement européen en mai 2005.

L'émergence de la propriété littéraire et artistique à une certaine période de l'histoire et son inscription dans le droit n'est bien entendu pas contingente. Elle se situe au confluent de plusieurs courants de pensée dont les implications s'enchevêtrent à tel point qu'il est difficile d'y démêler exactement ce qui, dans ces idées, a «fait» le droit d'auteur tel que nous le connaissons. Une première explication relève de la notion philosophique de la propriété, principalement développée par John Locke au XVII<sup>e</sup> siècle. Imprégnant la pensée de l'époque et les idéaux révolutionnaires de liberté, l'idée de propriété comme droit naturel et attribut de l'individu a directement influencé les penseurs de la propriété littéraire et artistique. La «propriété» est sacralisée car elle permet d'assurer la liberté du citoyen révolutionnaire, et quelle propriété plus sacrée peut-il exister que celle relative aux œuvres de l'esprit, fruits du travail d'un écrivain ou d'un peintre ?

Locke n'a jamais appliqué sa théorie de la propriété aux biens incorporels et à la propriété littéraire. Mais l'influence des idées lockéennes sur les législateurs du XVIII<sup>e</sup> siècle est certaine. Elle s'étend aux idées révolutionnaires de liberté et de propriété tant en Amérique qu'en France. La propriété littéraire et artistique ne fait pas exception. On ne peut en effet qu'entendre un accent de la «propriété-travail» dans de nombreuses affirmations célèbres du débat sur le droit d'auteur. En Angleterre, lors de l'adoption du *Statute of Anne*, les éditeurs se réfèrent au philosophe anglais pour justifier leur position : «*many learned Men have spent much Time, and been at great Charges, in Composing Books, who used to dispose of their Copies upon valuable Considerations, to be printed by the Purchasers (...) but of late Years such Properties have been much invaded*»<sup>12</sup>.

Et que dire des déclarations de Le Chapelier et de Lakanal lors de l'adoption des décrets révolutionnaires sur la propriété littéraire et artistique ? Le premier lie «*la plus sacrée*» des propriétés à celle de «*l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain*»<sup>13</sup>. Le second considère la revendication de «*l'homme de génie*» sur ses œuvres comme le «*tribut légitime d'un si noble travail*»<sup>14</sup>. Beaumarchais, dans sa *Pétition à l'Assemblée Nationa-*

12. Pétition consignée dans le *Journal of the House of Commons*, 26 février 1706, cité in A. STROWEL, *op. cit.*, p. 187. [«*Bien des hommes éduqués ont passé beaucoup de temps et se sont mis en frais dans la composition de livres, ils en cédaient les manuscrits à titre onéreux pour être imprimés par les acheteurs (...) mais ces dernières années de telles propriétés ont été volontiers enfreintes*» – trad. CM].

13. LE CHAPELIER, *Rapport à l'Assemblée Constituante du 13 janvier 1791*, cité par A. STROWEL, *op. cit.*, p. 90.

14. Rapport de Lakanal de 1793, cité par A. STROWEL, *op.cit.*, p. 188.

le en 1791, s'étonne qu'une loi doive consacrer le principe de la propriété d'un auteur, principe «tiré des premiers droits de l'homme, [et qui] allait tellement sans le dire pour toutes les propriétés des hommes acquises par le travail, le don, le vent, ou bien l'hérédité»<sup>15</sup>.

La théorie de l'appropriation des choses par le travail est donc certainement à la base du droit d'auteur et justifie le principe d'une réservation juridique par l'auteur de ses œuvres. Il serait toutefois erroné d'en déduire la consécration d'un monopole absolu de l'auteur sur tous les fruits de son travail. Car les conditions du droit d'auteur, son étendue et ses limites sont déterminées par la loi. Locke lui-même avait considéré les limites de l'appropriation des choses par le travail en cherchant dans le droit des autres l'obligation de préserver une part suffisante de biens communs et d'éviter le gaspillage. W. Gordon, par exemple, n'hésite pas à recourir à Locke et aux limitations qu'il pose à la propriété, pour résoudre, dans certains cas, le conflit entre l'auteur et le public au profit de ce dernier<sup>16</sup>.

En outre, le droit d'auteur est apparu à l'époque des Lumières dans laquelle «l'auteur» occupe une place nouvelle : portée par la naissance idéologique et esthétique du «sujet», l'émancipation de la pensée et de l'écriture à l'égard de l'*autoritas* des Anciens installe au cœur de la modernité la notion d'auteur-génie, libre car il use de sa raison de façon critique. Foucault dira que «cette notion d'auteur constitue le moment fort de l'individualisation dans l'histoire des idées, des connaissances, dans l'histoire de la philosophie aussi, et celle des sciences»<sup>17</sup>.

La production culturelle change également fondamentalement<sup>18</sup>. Auparavant, le seul avenir des œuvres était leur représentation devant la Cour,

15. BEAUMARCHAIS, *Pétition à l'Assemblée Nationale Contre l'usurpation des propriétés des auteurs par des directeurs de spectacles, lue par l'auteur au Comité d'instruction publique le 23 décembre 1791, et imprimée immédiatement après*, reproduite in *Le Combat du droit d'auteur*, Les impressions nouvelles, Paris, 2001, p. 55.
16. W. GORDON, «A Property Right in Self-Expression : Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property», 102 *Yale L.J.*, 1993, pp.1533-1609 ; Voir également, HUGHES, «The philosophy of intellectual property», 77 *Geo. L.J.*, 1988, pp. 311 et s.
17. M. FOUCAULT, «Qu'est-ce qu'un auteur ?», *Bulletin de la Société française de philosophie*, Juillet-septembre 1969, p. 73, reproduit dans *Dits et Ecrits, I*, 1954-1968, Gallimard, Paris, 1994, p. 792.
18. Voir R. CHARTIER, *Les origines culturelles de la Révolution française*, L'univers historique, Seuil, Paris, 1990, pp. 27 et suiv. ; F-W. GROSHEIDE, «Paradigms in Copyright Law», in B. SHERMAN & A. STROWEL (eds), *Of Authors and Origins*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 203 et suiv.

pour les œuvres dramatiques, ou leur copie et leur étude par les moines et érudits, pour les œuvres littéraires. L'invention de l'imprimerie et surtout sa simplification donne naissance à un marché pour les livres et autres biens culturels. Un public de bourgeois, classe politique et sociale naissante, est également en train de se constituer ; le mécénat joue un rôle moindre et laisse la place aux éditeurs, acteurs économiques ; l'institution de la censure préalable disparaît. C'est tout le statut de l'œuvre qui change : de sacrée elle devient un bien soumis au commerce et suscitant la critique et la discussion. Les revendications pour la reconnaissance d'une protection juridique des œuvres se déroulent en effet à une époque où apparaît un marché nouveau pour des biens culturels tels que les livres, les œuvres dramatiques, les journaux, marché qui se développe pour répondre aux besoins d'un public très demandeur, qui gagne en indépendance politique et financière. C'est l'apparition de ce public grandissant de lecteurs, autonome et critique, qui pousse de nombreux défenseurs du droit d'auteur à réclamer l'abolition des privilèges des libraires et l'institution d'une protection des créateurs, libérés du bon vouloir du souverain, tant pour la création que pour la diffusion de leur œuvre, mais désormais soumis au seul goût du public.

Démuni du mécène et du censeur, l'auteur gagne en autonomie. Sa protection devient importante : il faut lui réserver l'accès au marché pour son œuvre et l'indépendance financière indispensable à la poursuite de son activité créatrice. Pour garantir cette autonomie et permettre à tout discours d'atteindre le public, il faut abolir les privilèges. C'est tout le mouvement de la Révolution mais également l'idée d'un droit de propriété littéraire. Ainsi, si la reine Anne, en Angleterre, est à l'origine de la première loi en la matière, c'est notamment parce qu'elle souhaite que les écrits de la Réforme soient diffusés dans le public et qu'elle doit, pour cela, rompre le monopole des éditeurs de Londres, catholiques, qui détenaient les privilèges d'impression des livres. Au privilège se substituent le marché et la concurrence, considérés comme les meilleurs garants d'une circulation des biens culturels et du savoir. Mais l'idée de marché n'est pas suffisante pour caractériser le droit d'auteur.

Le droit d'auteur s'inscrit en effet dans le courant historique et politique de la Publicité. Au sein de la société occidentale du XVIII<sup>e</sup> siècle émerge un «*espace public*» ou une «*sphère publique*». C'est un des principes essentiels du mouvement des Lumières qui place au rang des premières libertés, celle consistant à faire un usage public de sa raison<sup>19</sup>. Pour

19. I. KANT, «Beantwortung der Frage : Was Ist Aufklärung ?», originellement publié in *Berlinische Monatschrift*, 1784, et disponible en traduction française dans *Vers la paix perpétuelle - Que signifie s'orienter dans la pensée ? - Qu'est-ce que les Lumières ? et autres textes*, Flammarion, Paris, 1991, p. 45.

Kant, cet usage public de la raison est indissociable de la production de l'écrit, car cet usage est «celui qu'en fait quelqu'un en tant que savant devant l'ensemble du public qui lit»<sup>20</sup>. C'est donc celui qu'en fait un auteur dans sa relation avec un public<sup>21</sup>.

Jürgen Habermas, dans sa thèse de 1962, décrit la naissance et l'évolution de cet «*espace public*»<sup>22</sup>, forme historiquement spécifique de sphère publique qu'il qualifie de «*modèle libéral de sphère publique bourgeoise*». La sphère publique bourgeoise est constituée de «*personnes privées rassemblées en un public*»<sup>23</sup> qui usent du principe de Publicité, tel que Kant le définit (usage public de la raison), comme un médium d'opposition au pouvoir. Dans le courant du XVIII<sup>e</sup> siècle, et pour la première fois dans l'histoire, cette sphère publique, crée un nouvel espace politique qui soumet l'autorité de l'Etat à une critique rationnelle et publique. Ce qui est intéressant dans notre perspective est le lien fondamental de cette sphère publique et de la production culturelle et littéraire de l'époque. Ce lien apparaît clairement chez les penseurs des Lumières, et notamment chez Kant, mais c'est Habermas qui en décrit *a posteriori* tous les éléments et implications. Parce que le «*public*» y est défini comme les «*destinataires, les consommateurs et les critiques de l'art et de la littérature*»<sup>24</sup>, la culture y est présentée comme la matrice de la sphère publique politique<sup>25</sup>.

20. *Ibidem*.

21. Il ne s'agit bien entendu pas de réduire le principe kantien de la Publicité à la seule relation entre un auteur et son public. La Publicité est une des pierres d'une structure théorique achevée chez Kant qui garantit l'unité de la politique et de la morale.

22. J. HABERMAS, *L'espace public ? Archéologie de la Publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, Paris, 1978 ; réédition avec une préface inédite de l'auteur, Payot, Paris, 2000.

23. *Ibidem*, p. 38.

24. *Ibidem*, p. 42.

25. *Ibidem*, Préface, p. III-IV. «Avec un public général de lecteurs, composé surtout de citoyens et de bourgeois, qui a dépassé le cercle des érudits et qui, plutôt que de lire et relire à fond seulement quelques ouvrages classiques, adapte désormais ses habitudes de lectures aux nouvelles publications qui paraissent, se forme quasiment au sein de la sphère privée un réseau relativement dense de communication publique. La croissance soudaine du nombre de lecteurs correspond à une production considérablement élargie d'ouvrages, de revues et de journaux, à l'augmentation du nombre des auteurs, des maisons d'édition et des librairies, à la création de bibliothèques de prêt et de cabinets de lecture, surtout des sociétés de lecture, comme autant de points de jonction sociale d'une nouvelle culture de la lecture. (...) La Révolution française est alors devenue le catalyseur d'un mouvement de politisation d'une sphère publique avant tout imprégnée de littérature et de critique d'art.»

On peut certainement estimer que la propriété littéraire et artistique est une institution clé de la Publicité émanant de l'époque des Lumières. Parce qu'il est essentiel que le savant puisse faire un usage public de sa raison, pour reprendre les termes de Kant, notamment en livrant ses écrits au public qui peut alors en discuter et en faire la critique, il est essentiel que la loi protège cet exercice de la parole et de l'écriture. Le philosophe allemand lie d'ailleurs cet usage public de la raison à la nécessité de reconnaître le droit particulier des auteurs, dont l'éditeur n'est qu'un mandataire, et à l'illégitimité de la contrefaçon des livres<sup>26</sup>.

La nécessité de protéger l'auteur n'intervient que si son discours est transmis publiquement, s'il se destine à un public. La publicité du discours en rend la protection indispensable. Plus encore, la présence d'un public oblige à la publicité du discours. Car Kant introduit également le public dans son argumentation en soumettant l'éditeur à une obligation de publier le manuscrit, obligation dont le créancier est avant tout l'auteur en vertu de «*l'affaire qu'il a menée avec l'éditeur*», mais aussi, après la mort de l'auteur, le public «*car l'éditeur ne possède le manuscrit qu'à la condition d'en faire usage pour une affaire entre l'auteur et le public*»<sup>27</sup>. Le public a un droit qu'il tire de la volonté de l'auteur de lui destiner son discours, droit qu'il peut opposer à l'éditeur qui ne dispose de droits exclusifs sur l'œuvre qu'accessoirement à son obligation essentielle de transmettre ce discours au public<sup>28</sup>.

26. I. KANT, «Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks», originellement publié in *Berlinische Monatschrift*, 1785, 5, et disponible en traduction française sous le titre «De l'illégitimité de la contrefaçon des livres», in *Vers la paix perpétuelle*, op. cit., pp. 157-174., p. 167 : «Dans un livre en tant qu'écrit, l'auteur adresse un discours à son lecteur ; et celui qui l'a imprimé discourt par le biais de ses exemplaires, non pour son propre compte, mais entièrement au nom de l'auteur. Il le met dans la posture de celui qui discourt publiquement et il sert seulement d'intermédiaire pour la transmission au public de ce discours. L'exemplaire de ce discours, que ce soit sous forme de manuscrit ou d'imprimé, peut bien appartenir à qui on veut ; mais, se servir de cet exemplaire pour soi ou faire du commerce avec lui est une affaire que tout propriétaire peut effectuer en son propre nom et comme il l'entend. Toutefois faire discourir quelqu'un publiquement, mettre à la portée du public son discours en tant que tel, cela signifie parler au nom de l'auteur et dire en quelque sorte au public : 'A travers moi un écrivain me laisse vous rapporter, vous enseigner littéralement ceci ou cela, etc. Je ne réponds moi-même de rien, pas même de la liberté qu'il prend de discourir publiquement à travers moi ; je suis seulement l'intermédiaire de ce qui vous parvient'».

27. I. KANT, «De l'illégitimité de la contrefaçon des livres», op. cit., p. 172.

28. Ailleurs, Kant conclut que l'édition n'est pas un commerce comme les autres car «faire des livres est un commerce non négligeable dans une communauté fort avancée en matière de civilisation, c'est-à-dire où la lecture est devenue un besoin quasiment indispensable et universel.» (I. KANT, «Sur la fabrication des livres - Deux lettres à Monsieur Nicolai», 1798, in *Vers la paix perpétuelle...*, op. cit., p. 181).

Des accents similaires de la «*sphère publique*» se font entendre chez d'autres partisans de la propriété littéraire et artistique. Dans son plaidoyer contre les privilèges des libraires, Condorcet associe la circulation des œuvres à la formation d'une sphère publique d'hommes éclairés : «*Le bonheur des hommes dépend en partie de leurs lumières, et le progrès des lumières dépend en partie de la législation de l'imprimerie. Cette législation n'eût-elle aucune influence sur la découverte des vérités utiles, elle en a une prodigieuse sur la manière dont les vérités se répandent. Elle est une des véritables causes de la différence qui existe entre les opinions des hommes éclairés, celles du public, et les opinions des gens qui remplissent les places*»<sup>29</sup>.

C'est surtout la place centrale qu'occupe le public dans l'institution du droit d'auteur qui en justifie l'adoption. Le Chapelier, par exemple, après avoir déclaré que le droit d'auteur est «*la plus inattaquable des propriétés*», poursuit : «*cependant c'est une propriété d'un genre tout à fait différent des autres propriétés. Quand un auteur a livré son ouvrage au public, quand cet ouvrage est entre les mains de tout le monde, que tous les hommes instruits le connaissent, qu'ils en ont confié à leur mémoire les traits les plus heureux, il semble que, dès ce moment, l'écrivain ait associé le public à la propriété, ou plutôt la lui ait transmise toute entière*»<sup>30</sup>.

Il est aussi remarquable que ce droit des auteurs, dans les origines de la propriété littéraire et artistique, cède largement le pas à la politique culturelle. Par exemple, le décret révolutionnaire des 13-19 janvier 1791 relatif aux spectacles ne consacre le droit des auteurs dramatiques sur leurs pièces qu'après avoir proclamé le droit de chaque citoyen d'ouvrir un théâtre<sup>31</sup>. Quant au décret de 1793 relatif au droit de reproduction, il impose la formalité du dépôt de l'œuvre à la Bibliothèque nationale ou

29. M-J-C. CONDORCET, *Œuvres*, Firmin Didot Frères, Paris, 1847, t. II, p. 312, cité par A. STROWEL, «Liberté, propriété, originalité : Retour aux sources du droit d'auteur», in B. LIBOIS et A. STROWEL (ed.), *Profils de la création*, Facultés Universitaires St-Louis, Bruxelles, 1997, p. 147. Voir également les articles XIV-XV d'un projet de loi relatif à la presse préparé par Condorcet et l'abbé Sieyes, qui se fondaient sur «*le progrès des lumières, et par conséquent l'utilité publique, se réunissant aux idées de justice distributive pour exiger que la propriété d'un ouvrage soit assuré à l'auteur par la loi*» (cité in J-C. GINSBURG, «A tale of two copyrights : literary property in revolutionary France and America», *R.I.D.A.*, Janvier 1991, n°147, p. 174.).
30. LE CHAPELIER, *Rapport à l'Assemblée Constituante du 13 janvier 1791*, cité par A. STROWEL, *op. cit.*, p. 90.
31. Voir J-C. GINSBURG, *op. cit.*, pp. 159 et suiv. ; A. LUCAS & H-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2<sup>e</sup> Edition, Paris, 2001, p. 12, n°8.

au Cabinet des Estampes comme condition d'exercice du droit<sup>32</sup>. Ces deux textes confirment que, par l'institution du droit d'auteur, on tente à l'époque de créer et de conserver un espace public littéraire dense et florissant tant en protégeant l'auteur qu'en assurant la disponibilité des œuvres dans la sphère publique.

### Le brevet

L'histoire du brevet est très différente et nécessite moins de commentaires. Elle date des Temps Modernes et apparaît lorsque «*la création technique ne parut plus un jeu de l'esprit mais une maîtrise de la matière, non plus une voie de découverte mais une voie de conquête, quand l'alchimiste devint capitaine d'industrie*»<sup>33</sup>. Même si certains «*brevets*» ont pu être accordés auparavant<sup>34</sup>, les premières lois modernes naissent au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles. En Angleterre, le *Statute of Monopolies* est promulgué en 1623 et protège les droits des inventeurs. En France, ce seront deux décrets de 1790 et 1791 qui adoptent le système de brevets. A Venise, c'est déjà en 1479 que la *Parte veneziana* accorde à l'inventeur un droit d'exploitation et un droit moral d'une durée de dix ans sur son invention pourvu qu'elle soit originale, nouvelle et présente un caractère industriel.

Le brevet est un produit de la révolution industrielle. Il répond au besoin de protéger l'industrie et d'inciter à l'invention et au progrès. Sa motivation est avant tout utilitariste. Mais ce sont aussi, à l'instar du droit d'auteur, la philosophie des Lumières, qui estime grandement le savant et son rôle dans le progrès des Sciences, et la propriété selon Locke qui en justifient la reconnaissance. Un extrait des discussions à l'Assemblée nationale lors de l'adoption de la loi française en 1790 témoigne des trois motivations :

«*L'Assemblée nationale, considérant que toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue, et que ce serait attaquer les droits de l'homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte comme la propriété de son auteur ; (...) considérant enfin que tous*

32. A. LUCAS & H.-J. LUCAS, *op. cit.*, p.12, n°8.

33. J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, coll. Thémis, Paris, 1990, p. 5.

34. Des privilèges sont par exemple accordés par les Princes à des marchands, des inventeurs ou même à leurs maîtresses, selon leur bon vouloir. J. Foyer et M. Vivant citent le cas d'un monopole d'exploitation accordé en 1659 à Jean de Lacam sur le «*secret par luy trouvé de faire fondre le cristal de roche pour en faire des vases et des miroirs*» ou le privilège accordé à Mme de Maintenon pour une nouvelle technique de fours et cheminées dont elle n'est probablement pas l'inventrice.

*les principes de justice, d'ordre public et d'intérêt national lui commandent impérieusement de fixer désormais l'opinion des citoyens français sur ce genre de propriété, par une loi qui la consacre et la protège*<sup>35</sup>.

L'octroi d'un droit rompt également avec le régime antérieur à la révolution française, régime constitué de privilèges. L'abolition des privilèges en 1789 est suivie de peu de la proclamation de la liberté de l'industrie. Pour réguler la concurrence qui s'ensuit<sup>36</sup>, il faut reconnaître certains monopoles et la loi admet que «*toute découverte ou nouvelle invention dans tous les genres de l'industrie est la propriété de son auteur*»<sup>37</sup>.

Le but originare du système de brevets fut également d'encourager le progrès de l'industrie. Parce que le brevet n'est octroyé qu'à une invention dont l'auteur doit décrire les éléments, il profite à l'ensemble de la société qui, par cette divulgation, accède à l'ensemble des connaissances et du savoir technique.

## **Equilibre et place du public en propriété intellectuelle**

### **L'intérêt public et l'intérêt du public en droit d'auteur**

Au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, les lois sur le droit d'auteur consacrent donc l'auteur comme un «propriétaire», un «génie» et un «acteur économique». Cependant, le public n'est certainement pas absent de la rhétorique relative à la propriété littéraire et artistique qui accorde une place tout aussi grande à «*l'intérêt public*». On peut dire que la genèse du droit d'auteur, que ce soit en France ou dans les pays anglo-saxons, est celle d'un équilibre entre droits de l'auteur et intérêt public, ou intérêts du public. L'intérêt public est à la source de toute législation sur le droit d'auteur. Victor Hugo n'affirmait-il pas, dans son discours d'ouverture du Congrès littéraire international, prélude à une consécration internationale du droit d'auteur, que «*la propriété littéraire est d'intérêt général*»<sup>38</sup> ?

35. Cité par J. FOYER et M. VIVANT, *op. cit.*, p. 12.

36. Sur le lien entre liberté du commerce et d'industrie et octroi d'un droit de brevet, voir P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Ed. du Recueil Sirey, Paris, 1954, pp. 43 et suiv.

37. Art. 1<sup>er</sup> de la loi française du 7 janvier 1791. Voir également la Constitution de l'an III qui décide que «*la loi doit pourvoir à la récompense des inventeurs ou au maintien de la propriété exclusive de leurs découvertes ou de leurs productions*».

38. Cité par Ch. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, Paris, 1998, p. 245.

Le contenu de l'intérêt public est plus difficile à cerner. Parce qu'il est souvent confondu avec l'intérêt du public, confusion contre laquelle A. Strowel met justement en garde<sup>39</sup>, il est parfois vu avec défiance ou mépris<sup>40</sup>. D'aucuns considèrent que l'intérêt social serait «*le nom de baptême de l'intérêt des plus forts, et n'est alors que l'intérêt d'une caste au pouvoir*»<sup>41</sup> ou qu'il se teinte «*de nos jours fortement de consumérisme*»<sup>42</sup>. Mais l'intérêt public ne se réduit pas aux intérêts particuliers des membres du public, simples consommateurs des œuvres ou utilisateurs de l'œuvre à d'autres fins, créatives ou commerciales. Il ne s'agit pas uniquement que «*chacune des catégories pousse ses pions*»<sup>43</sup>, mais que l'ensemble du système du droit d'auteur, poursuive la satisfaction de l'intérêt public.

Reste à définir celui-ci. On pourrait, à mon avis, en retrouver la trace dans la notion de sphère publique qui a servi à expliquer les fondements, historiques et philosophiques du droit d'auteur. La naissance de la propriété littéraire et artistique se place en effet sous le signe de la consécration du sujet, libre et autonome. Cette autonomie conduit à l'octroi de droits à l'auteur, au créateur, à celui qui fait un usage public de sa raison, tout comme elle incite la reconnaissance de la liberté du public, de son rôle actif dans la constitution et la vie d'une sphère publique. La genèse du droit d'auteur, lié au développement de cette sphère explique que la finalité sociale du droit d'auteur<sup>44</sup> est de destiner l'œuvre au public<sup>45</sup>. «*A un auteur souverain et majeur correspond un public souve-*

39. A. STROWEL, *op. cit.*, p. 274.

40. Déjà par Balzac qui écrivait qu'«*ici se dresse un mot terrible : l'intérêt du public*». Voir H. DE BALZAC, *Notes remises à Messieurs les députés composant la Commission de la loi sur la propriété littéraire*, Ed. Hezel, Paris, 1841, p.15, cité par Ch. CARON, *op. cit.*, p.245.

41. P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété*, LGDJ, Paris, 1969, p. 201.

42. Ch. CARON, «La nouvelle directive du 9 avril 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information ou les ambitions limitées du législateur européen», *Communication Commerce Electronique*, mai 2001, p. 22, n°14.

43. A. LUCAS, *Droit d'auteur et Numérique*, Droit@Litec, Paris, 1999, p. 167, n°330.

44. Sur la finalité sociale du droit d'auteur et ses conséquences quant à l'application au droit d'auteur de la théorie de l'abus de droit, voir Ch. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, *op. cit.*, pp. 244 et suiv.

45. Dans ce sens, V-L. BENABOU, «Puiser à la source du droit d'auteur», *R.I.D.A.*, avril 2002, n°192, p. 53 («*La destination naturelle de l'œuvre est le domaine public, le monopole temporaire une parenthèse, un mal nécessaire car une condition sine qua non de l'accomplissement de l'objectif premier [la promotion de la création].*»); *Id.*

*rain et majeur*», rappelait B. Edelman<sup>46</sup>. L'intérêt public, en droit d'auteur, équivaut à la transmission du savoir.

L'intérêt public, ainsi défini, est prédominant en droit d'auteur. Il établit un point d'équilibre entre l'auteur et le public et rappelle, ainsi que le disait Renouard, «*qu'une loi sur cette matière ne saurait être bonne qu'à la double condition de ne sacrifier ni le droit des auteurs à celui du public, ni le droit du public à celui des auteurs*»<sup>47</sup>.

Cet intérêt public est diversement pris en compte par les systèmes juridiques. Entre intérêt public et intérêt de l'auteur ou autres intérêts privés, l'on doit convenir que l'équilibre est à géométrie variable<sup>48</sup>. Ainsi, la balance française exige que davantage de poids soit placé dans le plateau du créateur, l'américaine s'accommode que l'équilibre penche en faveur du public. La Constitution américaine traduit en effet l'objectif social du droit d'auteur lorsqu'elle permet au Congrès de légiférer en matière de droit d'auteur «*to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries*» [«*pour promouvoir le progrès de la science et des arts utiles, en assurant pour un temps limité aux auteurs et inventeurs le droit exclusif sur leurs écrits et découvertes respectives*» – trad. CM]. Les équations diffèrent dans d'autres

- ..1. A. KEREVER, «Patrimoine culturel et droits d'auteur», in *Droits d'auteur et patrimoine culturel*, Actes du Colloque du 9 juin 1990 organisé par l'Association des Avocats du Droit d'Auteur, INPI, Paris, 1990, p. 63 («*le droit d'auteur garantit l'infrastructure juridique indispensable à l'épanouissement de la créativité, depuis que l'artiste n'est plus lié au Prince-mécène, mais destine ses œuvres au public*»); N. ELKIN-KOREN, «Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators», *Cardozo Arts & Ent LJ*, 1993, vol. 13, p. 393 («*Distribution involves the transfer of works from the private sphere to the public sphere. This transfer is the ultimate goal of copyright law*»).
46. B. EDELMAN, «Les modifications des œuvres littéraires et architecturales», in *Droits d'auteur et patrimoine culturel*, Actes du Colloque du 9 juin 1990 organisé par l'Association des Avocats du Droit d'Auteur, INPI, Paris, 1990, p.51.
47. A-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Jules Renouard et Cie, Paris, 1838, Tome I, p. 437.
48. A. FRANCON, «Le droit d'auteur au-delà des frontières; une comparaison des conceptions civiliste et de common law», *R.I.D.A.*, juillet 1991, n°149, p. 5. Voir également, sur l'équilibre dans différents régimes, T. DREIER, «Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?», in R-C. DREYFUSS, D-L. ZIMMERMAN & H. FIRST (ed.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford University Press, 2001, pp. 298 et suiv.

pays, tels l'Allemagne où une longue doctrine du *Sozialbindung*<sup>49</sup> sert de formule de calcul du compromis.

Quelle que soit la détermination du point d'équilibre adéquat, l'intérêt du public est pris en considération par de nombreuses règles du droit d'auteur<sup>50</sup>. Il justifie notamment que la durée de protection des œuvres par les droits exclusifs soit limitée dans le temps. Septante ans après la mort de l'auteur, ses œuvres tombent en effet dans le domaine public et leur utilisation est libre. Un grand principe du droit d'auteur est également que les idées restent «*de libre parcours*». L'originalité est également un élément essentiel dans la détermination de ce qui reste non protégé.

La volonté de préserver l'accès au savoir et l'intérêt public se manifeste également dans la reconnaissance d'un certain nombre d'exceptions aux droits de l'auteur. Les fondements de ces exceptions sont divers. Elles garantissent une liberté d'utilisation dans la sphère privée de l'utilisateur ; c'est le cas notamment de la copie privée, de la copie de sauvegarde en matière de logiciels. Elles favorisent l'éducation et la transmission du savoir : de nombreuses exceptions sont ainsi reconnues, selon les pays, au profit des établissements d'enseignement, des bibliothèques, des musées et archives. Elles permettent un accès de tous et une participation à la sphère publique : en témoignent les exceptions de parodie, de critique ou de compte-rendu d'actualités, ainsi que les exceptions au bénéfice de personnes souffrant d'un handicap.

La définition des droits elle-même est un élément de l'équilibre. Seuls les actes d'exploitation de l'œuvre, soient ceux qui diffusent l'œuvre dans le public, appartiennent au monopole de l'auteur.

### **L'intérêt public en droit des brevets**

L'intérêt public n'est pas davantage absent du droit de brevet. Parce que sa logique est de favoriser le progrès des sciences et des techniques, il poursuit forcément un intérêt social, un objectif de transmission du savoir. Il n'accorde des droits que pour inciter à l'invention et faire partager les connaissances acquises à l'ensemble de la société.

Une règle essentielle du droit du brevet est en effet que la demande de brevet s'accompagne d'une description de l'invention. Cette description

49. Le *Sozialbindung des Privatrechts*, soit l'ancrage social du droit privé, est une théorie de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle notamment due à O. von Gierke et J. Kohler, théorie selon laquelle les contraintes sociales limitent les droits privés. Cette idée est devenue un principe fondamental du droit privé allemand et recevra une application constante en droit d'auteur.

50. T. DREIER, *op. cit.*, pp. 303 et suiv.

est publique, elle constitue une divulgation de la technique inventée qui vient s'ajouter à l'état des connaissances et des techniques. En quelque sorte, cette divulgation est l'un des éléments du contrat social qui se conclut entre l'inventeur et la société. La délivrance d'un droit privatif, d'un monopole est la contrepartie de la remise de ses connaissances et de ses secrets de fabrication.

D'autres dispositions du droit garantissent la prise en compte de l'intérêt public. Des exceptions au monopole permettent la réalisation de tout acte accompli à titre expérimental ou dans un cadre privé à des fins non commerciales. La durée limitée du droit et les exclusions des idées et de certaines créations de la brevetabilité bénéficient également au public.

## Evolution de la propriété intellectuelle

Face à cette image apparemment idyllique d'un droit d'auteur et d'un droit des brevets dont l'objectif ne serait que la protection de l'intérêt public et du droit au savoir, il faut avouer que le droit d'auteur a subi de nombreuses évolutions. Il faut sans doute reprendre ici les réflexions de B. Edelman qui souligne qu'il «*serait erroné, et maladroit, de dire que le droit d'auteur a purement et simplement changé de nature, que, de blanc il est devenu noir ; (...) que ses concepts fondateurs ont sombré bel et bien. La modification est plus subtile, plus insidieuse. Elle se porte en des lieux apparemment dispersés, en des domaines relativement insignifiants au regard de l'ensemble. Mais la réunion des symptômes permet, en fin de compte, un diagnostic final assez surprenant*»<sup>51</sup>.

Parmi ces symptômes, il faut relever le recentrage du droit sur l'auteur, première évolution depuis la naissance du droit d'auteur, mais également évolution balayée depuis par le «*triomphe de la logique marchande*», pour reprendre l'expression de M. Vivant<sup>52</sup>, et par l'évolution des technologies. Nous allons développer les trois points ci-dessous.

### Le recentrage du droit d'auteur sur l'auteur

Une première évolution du droit d'auteur, qui date du tournant du XX<sup>e</sup> siècle, consiste en un recentrage sur la figure de l'auteur, désormais placé au centre de l'équilibre. Dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle, les idées

51. B. EDELMAN, *Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique - Nature du droit d'auteur, Principes généraux*, Fasc. 1112, 2000, n°79.

52. M. VIVANT, «Propriété intellectuelle et nouvelles technologies - A la recherche d'un nouveau paradigme», in *Université de tous les savoirs - Les Technologies*, Odile Jacob Poches, Paris, 2002, p. 170.

romantiques renforceront l'accent mis par le droit d'auteur sur le créateur, sur le sujet du droit. Apparaîtront à cette époque, surtout en France, la notion d'un droit moral de l'auteur sur son œuvre, la qualification du droit d'auteur en droit de la personnalité, la protection de l'auteur face aux éditeurs et aux producteurs et d'une manière plus générale, l'emphasis du droit d'auteur sur les intérêts de l'auteur. Tout au long du siècle qui a suivi, la place de l'auteur dans le système français est centrale. Le droit belge, qui s'inspire largement du droit français en matière de droit d'auteur, met aussi le créateur au centre du dispositif.

L'objectif du droit d'auteur est clairement proclamé : il faut favoriser la création et garantir une protection au créateur. Cet objectif ne s'éloigne pas réellement des origines de la propriété littéraire et artistique : le créateur doit bénéficier d'un droit sur les fruits de son travail et d'une protection sur l'usage qu'il fait de sa raison dans la sphère publique. Mais l'intérêt du public s'estompe dans la rhétorique qui se développe alors en France, au point que la doctrine crie parfois au scandale lorsque le droit tente de tenir compte des intérêts des utilisateurs. Paradoxalement, c'est l'intervention progressive du législateur européen qui va redonner une place à l'intérêt du public. Au fil des directives européennes qui harmonisent la matière, les intérêts des utilisateurs et des consommateurs sont sans cesse réaffirmés.

L'intérêt public fait ainsi un retour en force dans les textes internationaux relatifs au droit d'auteur, bien qu'il se cache désormais sous la notion de «*balance d'intérêts*»<sup>53</sup>. Par exemple, le *Préambule du Traité de l'OMPI* sur le droit d'auteur reconnaît la «*nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière d'enseignement, de recherche et d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la Convention de Berne*». La directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information surenchérit en cherchant à «*maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés*»<sup>54</sup>, et les commentaires de ce texte, éma-

53. La substitution de l'expression «*balance d'intérêts*» à celle de «*l'intérêt public*» s'est faite progressivement en droit d'auteur, probablement sous l'influence anglo-saxonne dans les instances internationales ou européennes, mais elle porte également les traces, d'une manière plus générale, du nouveau modèle juridique décrit par F. Ost, celui de la «*gestion des intérêts*» («*Entre droit et non-droit : l'intérêt*», in *Droit et intérêt*, Vol. 2, Publications des Facultés Universitaires St Louis, Bruxelles, 1990).

54. Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.*, 22.6.2001, L 167/10, Considérant 31.

nant des institutions européennes, se réfèrent abondamment à la «*balance d'intérêts*», objectif et moyen de l'action législative. Les législateurs nationaux ne sont pas en reste et multiplient les déclarations politiques plaçant l'évolution du droit d'auteur sous le signe de l'équilibre, du compromis et de la préservation de l'intérêt public. Reste à voir, au-delà de cette rhétorique, la réalité de la prise en considération de l'intérêt du public.

### **Le «triomphe de la logique marchande»**

#### ***Protection des investissements***

Dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, de nouveaux droits ont été progressivement reconnus, depuis une trentaine d'années, non plus aux créateurs mais aux auxiliaires de la création. Ce sont les droits voisins. En premier lieu il s'agit des artistes-interprètes qui bénéficient sur leurs prestations de droits similaires à ceux des auteurs. Ensuite, ce sont les producteurs de films et de disques et les organismes de radio-diffusion qui se sont vus reconnaître le bénéfice de droits de reproduction et de communication au public sur leurs produits ou leurs émissions. Ici, ce n'est plus la création qui est protégée mais le seul investissement financier.

Plus récemment, les pays de l'Union européenne ont décidé d'accorder une protection d'une durée de quinze ans aux producteurs de bases de données qui ont nécessité un investissement substantiel. Cette protection concerne le contenu des bases de données, soit les informations elles-mêmes. Cette évolution vers la protection de l'investissement permet de comprendre la place accrue qu'ont prise ces acteurs économiques dans les discussions relatives au droit d'auteur, au point que certains considèrent que, désormais, la propriété littéraire et artistique est devenue «*un droit d'auteur sans auteurs*»<sup>55</sup>.

En protégeant les investissements, le droit d'auteur paraît retourner à sa préhistoire, lorsque des privilèges royaux rémunéraient les investissements des libraires ou éditeurs<sup>56</sup> et ne se souciaient ni de l'intérêt du créateur ni de celui du public. Il s'agit d'une pure logique de marché et, ainsi que le remarque M. Vivant, «*le droit pensé dans la contemplation du marché ne peut évidemment pas être le même qu'un droit conçu pour*

55. M. MÖLLER, «Author's right or copyright» in F. GOTZEN (ed.), *Copyright and the European Community - The green Paper on Copyright and the challenge of technology*, Story-Scientia, Bruxelles, 1989, p. 11 ; A. BERENBOOM, «Une nouvelle loi sur le droit d'auteur», *J.T.*, 1989, p. 117.

56. B. EDELMAN, *Nature du droit d'auteur*, op. cit., n°115.

*des œuvres qui peuvent éventuellement, au mieux ou au pire, être précipitées dans celui-ci*<sup>57</sup>.

L'extension du droit des brevets, notamment au domaine du vivant ou aux programmes d'ordinateur, s'inscrit dans la même volonté de protéger des investissements et des valeurs qui deviennent importantes sur le plan économique. Par exemple la protection du logiciel par un brevet n'est pas réellement nécessaire pour s'assurer un mécanisme de réservation juridique puisqu'il bénéficie déjà de la protection du droit d'auteur, mais est indispensable pour gonfler la valeur du patrimoine d'une entreprise, valeur qui sert d'indicateur à la cotation en Bourse ou à l'évaluation de l'actif d'une entreprise en cas d'éventuelle fusion ou acquisition.

#### ***Influence accrue des acteurs économiques en droit d'auteur***

Ces dernières années, le droit d'auteur a assumé une fonction de plus en plus économique, ce qui a suscité de nombreuses critiques de la part de la société civile et culturelle. Cette évolution économique tient à plusieurs raisons.

La première relève de la nature même du droit d'auteur. Nous avons vu que le droit d'auteur est né à une époque où un marché pour les livres se développait. Dès le début, un des objectifs du droit d'auteur a été de garantir la protection de l'œuvre et de l'auteur sur ce marché. La plupart des règles du droit d'auteur visent donc à réglementer la circulation de l'œuvre sur le marché, sa commercialisation et sa diffusion auprès du public.

L'évolution du marché des biens culturels explique également l'accent de plus en plus économique du droit d'auteur. La culture est devenue, à certains égards, une marchandise soumise aux lois du marché. La fabrication de livres, de disques et autres produits tangibles incorporant les œuvres s'est intensifiée et le public des consommateurs n'a cessé d'augmenter. La place de la culture dans la société des loisirs (*entertainment*) ainsi que le développement de la société de l'information (*infotainment*) ont encore accru la place des biens culturels dans l'économie globale. Il y a trente ans, la réglementation du droit d'auteur n'intéressait que quelques acteurs économiques, éditeurs, producteurs ou autres. Désormais, le domaine du droit d'auteur est, selon la Commission européenne, celui qui suscite le plus grand mouvement de *lobby*, après celui de la pétrochimie. Le secteur économique de la culture est de plus en plus un secteur essentiel de l'économie des Etats et les acteurs s'y sont diversifiés.

57. M. VIVANT, «Propriété intellectuelle et nouvelles technologies...», *op. cit.*, p. 170.

Cette évolution a eu une incidence sur l'évolution de la législation au niveau national, européen ou international. Le processus législatif y subit de plus en plus les influences des *lobbies*, plus forts du côté des producteurs et investisseurs, que du côté des créateurs ou du public. Ce jeu de pressions des *lobbies* donne certainement un accent plus économique à la législation.

Ensuite, le droit d'auteur a acquis une dimension internationale dans un environnement économique. Cette dimension internationale existe depuis 1886, date de la Convention de Berne, premier texte international en la matière, mais cette convention visait surtout, dans un premier temps, à protéger les intérêts des créateurs. Ces vingt dernières années, de nombreux textes internationaux se sont intéressés au droit d'auteur dans une perspective plus économique dans le but de protéger les échanges économiques d'œuvres. C'est le cas des accords du GATT qui comprennent un accord relatif aux *Aspects des droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce* (accords ADPIC ou TRIPS en anglais). La signature de ces accords en 1994 était une condition pour l'adhésion des pays à l'Organisation mondiale du commerce, ce qui explique que de nombreux Etats connaissent maintenant un régime de droits intellectuels calqué sur cet accord. Cet accord ADPIC a un accent particulièrement économique et ne vise qu'à réglementer les aspects du droit d'auteur relatifs à la libre circulation des marchandises culturelles et au commerce. En vertu de cet accord, l'OMC est désormais compétente pour trancher des litiges entre Etats, ou entre Etats et sociétés, qui se rapportent à des questions de droit d'auteur. En 2000, la loi américaine sur le *copyright* a fait l'objet d'une plainte de l'Union européenne à propos d'une exception aux droits de l'auteur, jugée trop large. Il est à craindre que, dans ce type de litiges, les arguments de l'OMC sur la pertinence et la légitimité des lois nationales de droit d'auteur, soient plus économiques que culturels.

Enfin, le droit d'auteur suit, dans les pays européens, un processus d'harmonisation initié par l'Union européenne. La compétence de l'Union européenne dans le domaine du droit d'auteur est principalement économique (libre circulation des marchandises et prestation des services, développement économique du secteur), même si, depuis le Traité de l'Union de 1992, une compétence culturelle lui a également été reconnue. Ceci explique que les objectifs des textes européens en matière de droit d'auteur sont surtout motivés par des considérations économiques liées au bon fonctionnement du marché intérieur.

La lecture de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information illustre bien ce contexte à la fois économique et

culturel. Très rapidement, dans les considérants précédant le texte de la directive, il est précisé que l'objectif principal est de «favoriser le développement de la société de l'information» en encadrant le marché intérieur dans lequel le droit d'auteur et les droits voisins jouent un rôle de premier plan «car ils protègent et stimulent la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif» (considérant 2). Ensuite, le texte insiste sur le «niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle» afin d'encourager «des investissements importants dans les activités créatrices et novatrices» et de «favoriser la croissance et une compétitivité accrue de l'industrie européenne» (considérant 4). Ce n'est que bien après que la directive évoque l'intérêt culturel du droit d'auteur en rappelant qu'il «est également très important, d'un point de vue culturel, d'accorder une protection suffisante aux œuvres protégées par le droit d'auteur et aux objets relevant des droits voisins» (considérant 12) et que «la présente directive doit promouvoir la diffusion du savoir et de la culture par la protection des œuvres et autres objets protégés, tout en prévoyant des exceptions ou limitations dans l'intérêt du public à des fins d'éducation et d'enseignement» (considérant 14). La notion d'équilibre est donc bien présente dans la logique européenne du droit d'auteur, mais il penche certainement du côté des auteurs et des entreprises titulaires de droits.

### L'évolution des technologies

Une dernière évolution des droits de propriété intellectuelle résulte de l'évolution du contexte technique et économique.

Le brevet est un produit du XVIII<sup>e</sup> siècle dans lequel régnait la mécanique. La technique y était forcément ce que produit la main de l'homme et se dissociait clairement des créations de la nature. Cette frontière entre nature et technique s'est progressivement estompée au cours du XX<sup>e</sup> siècle, ce qui explique que la question de la brevetabilité du vivant, qu'il s'agisse du génôme humain ou de variétés de plantes, se pose d'une manière qui était impensable auparavant. Mais le brevet tend également «à quitter le monde de l'industriel ou du technique pour investir tout le champ de 'l'utile' avec le vague extrême que comporte ce mot»<sup>58</sup>. En témoigne, par exemple, la volonté récente de breveter des programmes d'ordinateur.

L'évolution technologique explique également en partie l'extension du droit d'auteur au-delà de ses territoires traditionnels. L'objet du droit s'étend désormais aux logiciels ou aux œuvres informationnelles, le conte-

58. M. VIVANT, «Propriété intellectuelle et nouvelles technologies», *op. cit.*, p. 167.

nu du droit s'étend de l'exploitation à la simple utilisation de l'œuvre qui, techniquement, nécessite une reproduction<sup>59</sup>.

Dans les deux cas, et le lien entre technologie et protection de l'investissement y apparaît clairement, le possible technique suscite un marché potentiel. Et s'il y a marché, le droit n'a qu'à s'incliner et protéger le bien en question pour lui garantir un accès à ce marché, soit à «*rendre obligatoires les choix effectués par les scientifiques*»<sup>60</sup>. Le droit y perd son autonomie ; les droits intellectuels y perdent également leur philosophie et leur identité. Où l'intérêt public se retrouve-t-il dans un droit qui ne fait qu'entériner les décisions d'un progrès technologique sans jouer son rôle écologique, «*d'arbitre des intérêts de la société prise dans son ensemble*»<sup>61</sup> ? Comment le droit d'auteur peut-il encore réguler la sphère publique s'il ne répond qu'aux choix et règles du marché ?

On a pu parler d'un phénomène de «*déjuridicisation*»<sup>62</sup> et c'est bien de cela qu'il s'agit lorsque le droit ne fait que suivre les choix d'un pouvoir technocratique. Les droits intellectuels en sont un exemple particulièrement frappant.

## Conclusion

J'espère avoir montré qu'il est peut-être un peu rapide d'opposer l'intérêt du public, la transmission du savoir et les droits intellectuels. Ainsi que le remarquait T. Dreier, éminent juriste de droit d'auteur, «*it does not do justice to the full reality of the legal copyright framework to view copyright as only a property right isolated from any public policy considerations, or to view it merely as a disguised criminal law that 'polices' the average citizen's use of protected material*»<sup>63</sup>. Pareille observation vaut certainement

59. Sur ces deux aspects, voir S. DUSOLLIER, «Le droit d'auteur et Internet», in *Actualités du droit et des technologies de l'information et de la communication*, Formation Permanente CUP, 9 février 2001, vol. 45, pp. 161-220.

60. M-A. HERMITTE, «L'autonomie du droit par rapport à l'ordre technologique», in *Ordre juridique et ordre technologique*, Cahier STS, Science - Technologie - Société, Ed. du CNRS, Paris, 1986, p. 96.

61. M-A. HERMITTE, *op. cit.*, p. 97.

62. M-A. HERMITTE, «Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels», in *Archives de philosophie du droit*, 1985, p. 331.

63. T. DREIER, *op. cit.*, p. 297. [«*Ce n'est pas faire justice à la pleine réalité du cadre légal du copyright que de le considérer uniquement comme un droit de propriété, isolé de toute réflexion d'utilité publique, ou de l'envisager tout au plus comme un droit pénal déguisé régulant les pratiques du citoyen moyen à l'égard des biens protégés*» - trad. CM].

pour le brevet qui, bien qu'ayant pris naissance dans un environnement bien plus économique que le droit d'auteur, ne néglige pas pour autant les préoccupations sociales des inventions et de la technique.

Mais tant la réalité qu'appréhendent les droits intellectuels que l'importance du secteur économique dans lequel ils opèrent ont amené une profonde révolution des catégories de la propriété intellectuelle. Protection des investissements, extension des droits à de nouveaux produits informationnels et techniques utiles sont autant de revendications qui altèrent la pureté originelle du droit d'auteur ou du brevet au détriment de l'intérêt public. Sans vouloir prétendre à une position passéiste et éloignée des réalités, il me semble qu'il serait plus utile, au lieu d'attaquer le principe même de la propriété intellectuelle au nom de l'accès à l'information et au savoir, d'en retrouver les traces dans les fondements et principes du droit d'auteur et du droit des brevets, de les défendre contre les extensions préjudiciables des droits<sup>64</sup> inspirées par les sirènes économiques de toute sorte, bref d'envisager le droit comme un mode de résistance.

64. Sur les extensions du droit d'auteur et ses effets sur la transmission du savoir, voir M. BUYDENS et S. DUSOLLIER, «Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses», *Communications - Commerce électronique*, 2001, Chronique n°22, pp. 10-16.