

Savoir et avoir

Michel VIVANT

Professeur à l'Université de Montpellier I

Résumé. — Savoir et avoir : les deux termes paraissent antinomiques car qui dit savoir dit *a priori* libre diffusion. « L'idée demeure éternellement libre ». Les propriétés intellectuelles sont, d'ailleurs, conçues d'une manière telle que l'accès intellectuel au savoir soit ouvert à tous. Pourtant, celles-ci s'étendent et se transforment. Et, à travers ambiguïtés et glissements, on peut se demander si on n'assiste pas aujourd'hui à une appropriation du savoir, renforcée par des pratiques de « verrouillage » : brevet pris « *up stream* » à la lisière de la découverte ou mesures techniques de protection. Le savoir devient un objet marchand. Et, dans le jeu de la mondialisation, il appartient évidemment à ceux qui ont les moyens...

Mots-clé : Propriété intellectuelle, droit d'auteur, brevet.

1.- Savoir et avoir : voilà un thème passionnant, de prime abord plus philosophique que juridique, un thème difficile aussi puisque voilà une association qui semble bien être antinomique. Si le savoir est de l'ordre de l'être, l'avoir s'oppose à l'être.

Mais ce n'est pas tout. Il faut envisager ici savoir et avoir sous la rubrique « Biens et maux d'humanité » ! Maux ? Des mots et des choses ?

Il faut encore envisager ce savoir, cet avoir, ces biens, ces maux sous l'éclairage de la mondialisation et d'une mondialisation placée entre illusion et utopie, une mondialisation, dont on pourrait ainsi se demander si elle ne saurait être qu'une chimère, une mondialisation, plutôt, qui conduit à bien des chimères... dont il faut se garder.

Si l'on ajoute à ce qui vient d'être dit que le savoir participe du pouvoir, peut-être peut-on trouver là le lien. La mondialisation est un jeu de pouvoir et ce n'est donc plus un simple binôme qui appelle l'examen mais un trinôme : savoir – avoir – pouvoir.

Reste qu'il faut tenter de s'entendre sur le sens du mot savoir, savoir ce qu'est le savoir, puisqu'il est le point de départ de toute la réflexion à mener.

2.- *Quid* donc du savoir ? Le mot ne se laisse pas facilement enfermer. Il est d'usage ancestral mais il n'est pas, pour autant, réellement conceptualisé, peut-être parce qu'il semblerait qu'on en comprenne intuitivement le sens.

Pourtant, il peut être question du savoir (comme ici) ou des savoirs et la connotation n'est pas dans un cas et dans l'autre la même. Quant à la dénotation... elle reste indécise !

Il est significatif qu'Yves Michaud, responsable de l'Université de Tous Les Savoirs, quand il explique la démarche qui fut la sienne, ne définisse pas la notion. Il évoque science et technique, mais parle aussi de culture ¹. Les dictionnaires, pour *le* savoir, parlent encore de connaissances et, plus précisément, de connaissances systématisées. Les « Lumières » sont parfois mentionnées ².

Si l'on n'oublie pas, comme le rappelait Étienne, que, derrière le savoir, se cache la saveur (car c'est de *sapere* que semble venir le mot), où s'arrête le champ ?

Il y a ainsi un savoir de l'art, une réflexion sur l'art aussi. Mais l'art est-il un savoir ? L'art peut passer par une conceptualisation de sa démarche (n'est-il pas un art conceptuel ?) et Magritte se voulait philosophe avant d'être peintre ³. Mais l'art est-il pour autant un savoir ? D'un autre côté, l'art est bien un mode d'appréhension du monde et, à ce titre, on peut le penser comme un savoir. Symétriquement, un esprit, il est vrai très original, comme Feyerabend, n'a-t-il pas soutenu qu'il fallait considérer « la science en tant qu'art » ⁴ ? Et n'était-ce point Bohr pour qui le savoir scientifique contemporain serait condamné à user de la métaphore et du langage de l'art ? ⁵

Il faut sans doute renoncer à une définition trop stricte, sinon même à une définition et se satisfaire, comme on le fait souvent en droit, du pouvoir d'évocation d'un mot ⁶.

3.- J'aurais bien, pour moi, volontiers privilégié le renvoi aux Lumières. Si le savoir, ce sont les Lumières, la question est au fond de savoir si la lumière peut être mise sous le boisseau ou, au moins, être tenue captive.

Car si je reviens à l'idée que le savoir est de l'ordre de l'être et s'oppose *a priori* à l'avoir, une contradiction apparaît. En effet, savoir rime (en esprit) avec diffusion. Cet état de « naturelle diffusion » me paraît même relever de ce qu'on pourrait qualifier de statut anthropologique du savoir.

Le droit l'a reconnu quand il pose que « les idées sont de libre parcours » ⁷. Au-delà de la très célèbre formule d'Henri Desbois, qui a donné lieu à bien des questionnements, au parfum byzantin, chez les spécialistes du droit d'auteur, questionnements qui laisseraient perplexes les non-initiés (où finit l'idée ? Où commence la forme ?), c'est d'une option fondamentale qu'il s'agit.

¹ Y. Michaud, « Introduction » à l'Université de Tous Les Savoirs, Vol. 1 : *Qu'est-ce que la vie ?*, éd. Odile Jacob, 2000.

² Ainsi fait le *Robert*.

³ « Ceci n'est pas une pipe ». Mais est-ce du savoir ?

⁴ P. Feyerabend, *La science en tant qu'art*, A. Michel, 2003, pour la traduction française.

⁵ Cité par C. Lévi-Strauss pour qui le « savant » d'aujourd'hui est contraint à « restaurer de vieux modes de pensée », la physique quantique qui est l'objet du propos de Bohr en étant un bon exemple car insusceptible d'être appréhendée selon la logique commune (« Un entretien avec Claude Lévi-Strauss », recueilli R.-P. Droit, *Le Monde* 8 oct. 1991, p. 2).

⁶ Faute, personne raisonnable,...

⁷ H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3e éd., 1978, p. 22.

Le tribunal de la Seine l'a parfaitement exprimée dans un vieux jugement de 1928 : « Attendu que dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre, et ne peut jamais devenir l'objet d'une propriété privative »⁸.

4.- Certes, cela n'est pas exclusif d'une « réservation » (pour utiliser d'un terme sans signification juridique directe).

Même à laisser de côté mythes et fables construits sur le rapport du savoir et du secret⁹, le secret est, de fait, la première des voies susceptibles d'être empruntées pour obtenir une telle réservation. Ne pas faire connaître, ne pas partager : voilà le premier moyen d'avoir en propre. L'empire Coca-Cola, qui a toujours su précieusement conserver secrète sa recette, n'est pas fondé sur autre chose. Et les juristes le savent bien, qui bardent les contrats dits « de savoir-faire » de clauses de secret, de confidentialité, de non-exploitation, de non-concurrence,...

Plus intéressant encore est le statut des griots dans l'Afrique de l'Ouest traditionnelle, seuls investis de la connaissance de l'histoire des ancêtres, de la lignée,...., des griots certes qui sont en droit de parler et qui ont même pour fonction de parler mais qui *seuls* sont en droit de parler...

5.- Mais reste que le savoir ainsi compris relève d'une économie du don. Le savoir est livré à la communauté des savants et, au-delà, à la communauté des hommes.

Et, si ce n'est toujours une économie du don, c'est au moins d'une économie de l'instant qu'il s'agit. Une rémunération pourra être due mais pour une prestation qui s'évanouit dans l'instant ou dans la courte durée. Telle est la pratique des Maîtres de l'Université médiévale, des saltimbanques ou des conférenciers...

6.- La question posée est donc nécessairement celle d'un rapport du savoir à l'avoir *qu'il faut supposer nouveau* pour qu'il y ait questionnement, d'un rapport dans ce contexte bien particulier d'une *mondialisation* – qui est bien plus qu'une vague internationalisation, qui n'est pas non plus simplement de l'ordre de l'universalisation mais qui est aussi, d'abord peut-être, consubstantiellement de façon certaine, une *mondialisation marchande* –, d'un rapport ainsi en forme de basculement : *basculement du savoir vers l'avoir*.

Il est, d'ailleurs, très symptomatique que l'OCDE ait publié en 2001 une étude en forme de réflexion prospective intitulée *Vers une économie de la connaissance*. Et, lors d'une « rencontre-débat » organisée par l'Institut national de la propriété industrielle, c'est même une « économie du savoir » qui fut évoquée¹⁰.

⁸ T. civ. Seine 19 déc. 1928, DH 1929, 76. La formule complète est : « Attendu que dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre, et ne peut jamais devenir l'objet d'une propriété privative ; que seule est susceptible d'appropriation la forme originale et nouvelle dont l'écriture la revêt ».

⁹ Prométhée – pour citer ce seul mythe – n'est-il pas condamné pour avoir divulgué aux hommes un savoir qui aurait dû rester secret pour eux ?

¹⁰ J.-L. Beffa, *in Regards sur l'économie contemporaine à travers le prisme de la propriété industrielle*, Rencontre-débat INPI, 4 déc. 2001, Doc. INPI, Service de la Communication, p. 2.

Le fait est que l'économie contemporaine, l'économie des pays développés à tout le moins, est, de plus en plus, une économie, sinon toujours du savoir, au moins de l'immatériel¹¹ et l'« économie-monde » ne se construit évidemment pas dans l'ignorance de l'économie des pays développés.

Or pour une telle « économie du savoir », une difficulté réelle est que, comme l'observe justement Robert Boyer, à propos du « savoir-faire », du savoir, issu de la communauté scientifique, qu'« il ne peut faire l'objet d'un échange marchand qu'à travers une procédure de codification, », « sur le modèle du brevet » dit-il, ajoutant encore : « Cette conversion n'est pas toujours possible »¹².

Quid donc de ce passage du savoir à l'avoir ? Qu'en est-il ? Où ? Comment l'identifier ? Quel *sens* lui attribuer ? En cherchant, comme le préconisait François Terré pour l'analyse de l'arrêt Perruche, l'implicite derrière l'explicite, le signifié derrière l'obvie, c'est-à-dire derrière l'apparence trop souvent trompeuse¹³. Car il ne saurait s'agir ici de mener une triste analyse positive comme nos Universités en sont friandes mais plutôt de se livrer à une sorte de « jeu sémiotique ».

J'alternerai ainsi constat et regard critique, effort de compréhension, d'interprétation.

7.- Pour répondre à toutes ces questions ou tenter d'y répondre, il faut commencer par répondre à la première de toutes : que peut-on identifier comme passage du savoir à l'avoir ?

Or traditionnellement le savoir bascule vers l'avoir par la médiation du faire – ce qui est, soit noté en passant, une catégorie faustienne, très occidentale¹⁴. C'est le brevet qui joue ce rôle clef en appréhendant le technique, l'industriel, l'« opératoire »,... L'invention brevetée n'est rien d'autre qu'une « recette » réservée¹⁵ qui devient ainsi objet d'« avoir ».

Mais c'est d'un avoir bien singulier qu'il s'agit, d'un avoir étonnamment partagé. Car, si le droit est là pour assurer la réservation du bénéfice économique de ce savoir (de son exploitation) au titulaire des droits, il ne se justifie traditionnellement que par le fait que l'accès intellectuel au savoir doit être ménagé à tous.

Un brevet doit livrer l'information que constitue l'invention de manière telle qu'elle soit accessible à et réalisable par l'homme du métier¹⁶. Dans le système américain, c'est même le mode de réalisation optimal qui doit être livré au public. Il faut bien comprendre que c'est la justification même de la rente de situation offerte au breveté, qui se voit octroyer une position éminente dans l'attente que la divulgation à laquelle il est contraint permette aux concurrents de dépasser les réalisations mêmes du breveté.

¹¹ Cf. M. Vivant, « L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire », JCP 2000, I, 191.

¹² R. Boyer, *La croissance, début de siècle, De l'octet au gène*, Albin Michel, 2002.

¹³ F. Terré, « Le prix de la vie », JCP 2000, Actualité, p. 2267.

¹⁴ Autour de Faust, pour une « danse » un peu folle, voir D. Lecourt, *Prométhée, Faust, Frankenstein, Fondements imaginaires de l'éthique*, Synthélabo Groupe, coll. « Les empêcheurs de penser en rond », 1996.

¹⁵ Ce vocable « recette » pour désigner l'invention couverte par le brevet est volontiers utilisé par les auteurs allemands.

¹⁶ Cf. art. L. 612-5 al. 1er CPI : « L'invention doit être exposée dans la demande de brevet de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter ».

Et, d'ailleurs, ce schéma bien particulier était conçu, au moins sur le Vieux continent, comme un schéma d'exception. Beaucoup d'auteurs l'ont relevé¹⁷ et Joanna Schmidt notait très justement dans sa thèse : « La technique du brevet, îlot de monopole dans un monde de libre compétition, doit être réservée à des propositions dont l'obtention justifie l'exception ainsi apportée au jeu de l'active concurrence »¹⁸.

Or si ce schéma reste globalement exact, tout cela n'est plus parfaitement vrai. Sans doute l'évolution se fait sentir plutôt dans les économies développées mais, mondialisation aidant, ces remises en question concernent toute la planète.

La propriété intellectuelle sort de ses frontières traditionnelles. La propriété intellectuelle est partout et, comme le doyen Carbonnier a imaginé de parler de « panjurisme » pour désigner cette tendance des juristes à voir du droit sous toutes choses, il faudrait inventer un terme nouveau pour désigner cette omniprésence de la propriété intellectuelle. Et, suivant alors une pente naturelle, quand Rome n'est plus dans Rome, Rome n'est plus tout à fait Rome. Quand on passe de l'opéra au site Web et du roulement à billes à la souris transgénique, il n'est pas surprenant que la propriété intellectuelle se métamorphose...

Le jeu du savoir et de l'avoir s'étend (I), le jeu du savoir et de l'avoir se transforme (II).

I. — LE JEU DU SAVOIR ET DE L'AVOIR S'ÉTEND

8.- Le jeu du savoir et de l'avoir s'étend doublement. D'abord, comme je l'ai déjà relevé, là où la propriété intellectuelle fut inventée parce que, savoirs changeants, l'innovation contemporaine est d'une autre nature que celle que l'on connaissait dans le passé. Mais ce jeu s'étend aussi très au-delà de ses terres d'origine, parce que la mondialisation, catégorie occidentale ou non¹⁹, est une chose bien unilatérale, elle se fait à travers un modèle dominant qui est celui des pays développés. Extension objective (A), extension géographique (B) : voilà donc ce qu'il nous faut scruter.

A. — *Extension objective*

9.- Celle-ci est double encore. Si la propriété intellectuelle s'étend à des objets qu'elle ignorait, c'est parce que l'objet s'y prête d'abord mais aussi, ensuite, parce que le droit y prête la main. Mais l'intéressant est surtout de savoir ce que cela emporte.

10.- La propriété intellectuelle s'étend parce que l'objet s'y prête.

C'est observer simplement que la technique offre des possibilités de « réification » nouvelles.

¹⁷ Par exemple, J. M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, 1984, n° 18 s. — J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 9.

¹⁸ J. Schmidt, *L'invention protégée*, Litec, 1972, n° 33.

¹⁹ Question précédemment posée...

Déjà Hegel s'interrogeait à propos de la production intellectuelle sur la possibilité de parler à son endroit de « possession » quand la chose est « ce qui par définition n'est qu'extériorité » alors que cette production est d'abord « intérieure et spirituelle »²⁰. Mais il répondait aussi que « ce qui a d'original dans la production intellectuelle peut, grâce au procédé de l'expression, se transformer en un objet extérieur qui, dès lors, peut aussi bien être produit par autrui »²¹. C'est, de longue date, la fonction de l'écrit par rapport à la parole²².

Mais la technique nouvelle étend le champ de cette réification. C'est, par exemple, la « captation » – le terme dont usent les professionnels de l'audiovisuel est plein d'intérêt – d'une pièce ou d'un ballet, qui plonge dans le temps ce qui n'était qu'éphémère : non point bien sûr l'écriture de l'auteur mais le geste de l'acteur ou le pas du danseur. C'est aussi l'« encapsulage » d'un savoir-faire dans un système-expert, qui confère à ce qui était connaissance subjective mal séparable de la personne une objectivation qui le détache de celle-ci et lui confère une vie propre²³.

11.- Encore est-il que cette vie propre n'est possible que si le droit y donne la main.

Il ne suffit pas que de nouveaux objets apparaissent susceptibles d'être appréhendés par le droit. Il faut encore que le droit soit prêt à cette appréhension. Or tel est bien le cas. Dans le prolongement de ce que je viens de relever, c'est, par exemple, la reconnaissance, somme toute très récente, de droits aux artistes-interprètes : au temps arrêté répond l'avancée du droit.

Mais il est bien d'autres droits qui sont en relation bien plus aiguë avec notre sujet. L'instauration de droits privatifs sur les logiciels (droit d'auteur ou brevet) est de cet ordre car nous sommes à certains égards dans le « cercle » du savoir-faire²⁴. Ce n'est peut-être pas tout à fait le savoir « encapsulé » dont je faisais état précédemment mais, en certaines hypothèses au moins²⁵, nous n'en sommes pas loin. Et l'on observera que, faute de *reverse engineering*, aucun accès intellectuel n'est ménagé à ce savoir. L'on pourrait parler aussi des bases de données (je m'y attarderai plus tard car la manière dont le droit les appréhende est bien particulière). Ou des *business methods* que l'on brevète aujourd'hui aux États-Unis et que l'Europe et son droit n'ignorent pas, et qui sont pour tant essentiellement du savoir-faire. Ou encore des séquences génétiques dont le « brevetage » tel qu'il est aujourd'hui réalisé confronte directement le droit à l'interrogation sur le savoir. Sur tout cela, je reviendrai²⁶.

²⁰ F. Hegel, *Principes de philosophie du droit*, § 42.

²¹ F. Hegel, *op. cit.*, § 43.

²² Admettrait-on, avec Kant, qu'un livre demeure toujours un discours (Cf. I. Kant, *Qu'est-ce qu'un livre ?*). C'est un discours, sinon figé, « fixé » et, comme tel, dans le commerce : commerce des esprits, commerce juridique s'entend – « commerce marchand » accessoirement.

²³ V. déjà l'idée in M. Vivant, « Reconnaissance des créations par le droit », in *Dictionnaire critique de la communication* (L. Sfez dir.), PUF, 1993, p. 1244, spéc. p. 1245.

²⁴ Lire par exemple les analyses très critiques du professeur Gaudrat et notamment : « (La protection des logiciels) Bilan et perspectives », RIDA 1988, n° 138, 77.

²⁵ Cela dépend bien sûr de l'objet même du logiciel.

²⁶ Voir *infra* II.

Enseignements...

12.- Retenons au moins pour l'instant que, si la propriété intellectuelle peut se percevoir comme un jeu de « péages »²⁷ ou comme l'instauration de « bastilles »²⁸... qui sont pour ceux qui les tiennent autant d'occasion d'instaurer des péages, cette multiplication des « champs » de la propriété intellectuelle emporte une inévitable *multiplication des paiements*. On avance en permanence en payant ou en négociant – brevet contre brevet par exemple – ce qui suppose d'avoir eu la capacité, financière, de se constituer le portefeuille de titres permettant la négociation. Il faut payer. Il faut payer partout.

Ajoutons sous l'ombre portée de la mondialisation : il faut *pouvoir* payer.

13.- Retenons aussi que, selon une loi bien connue, une large ouverture de la protection va naturellement de pair avec un *affaiblissement des conditions* mises à son accès.

L'originalité, pour ce qui est du droit d'auteur, n'est plus grand chose.

La brevetabilité est appréciée avec une extrême bienveillance. Cela veut dire que l'exigence intellectuelle est moindre (ainsi de l'activité inventive que certains proposent même d'écarter ou d'écarter quasiment dans les « nouveaux secteurs » de la brevetabilité²⁹ alors que cette condition avait été introduite dans le souci de renforcer la valeur des brevets). Mais c'est aussi que, pratiquement, le contrôle de cette « non-évidence » qui se cache derrière les mots d'activité³⁰ inventive est relâché. Il est vrai que la faisabilité n'est plus toujours la même et l'on est même fondé à se demander si la fonction d'examen est encore possible en certaines hypothèses. Il suffit de considérer la masse de travail comme le « support informationnel » considérables que supposerait l'examen convenablement mené d'une demande de brevet dans le secteur des biotechnologies³¹. Il faut dire les choses clairement : en ce dernier cas, la conséquence est pour le Sud celle d'une impossibilité radicale. Mais, pour le Nord aussi, on peut s'interroger également sur la réelle « praticabilité » du système. Le fait est que, dans bien des cas, des recher-

²⁷ L'expression est de Jean Foyer.

²⁸ Voir M. Vivant, « Propriétés intellectuelles et nouvelles technologies, À la recherche d'un nouveau paradigme », in *Qu'est-ce que les technologies ?* Odile Jacob, 2001, p. 201.

²⁹ Voir par exemple C. Lees, « *A light in twilight zone ? Proposed protection for « sub-patentable » invention* », *Patent World*, n° 57, nov. 1993, p. 30 (analyse en français in *PIBD* 1994, 560, II, 20). Le « *sub-patentable* » est riche de sens !

³⁰ Cf., par exemple, l'article 56 de la Convention de Munich de 1973 dite « sur le brevet européen » : « Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique ».

³¹ À la Conférence de Genève, de l'OMPI, sur le système international des brevets, de mars 2002, le président de l'Institut national de la propriété industrielle, américain, a fait état d'une demande de brevet pour laquelle il aurait fallu passer un mois entier de recherches sur bases de données pour la traiter convenablement (B. Lehman, « Le système des brevets en tant qu'instrument de politique économique », Conférence sur le système international des brevets, Genève, OMPI, 25-27 mars 2002). Ajoutons que l'Office américain consacre par an 1 milliard 300 millions de dollars à l'examen des demandes qui lui sont présentées.

ches vraiment efficaces ne peuvent pas être réellement menées à bien. C'est de brevet construit sur l'aléatoire qu'il s'agira souvent désormais.

14.- Cela conduit à s'interroger sur un changement de logique et sur l'avènement d'une *logique du « prospect »* (déjà théorisée de longue date aux États-Unis ³²). En France, un économiste comme Benjamin Coriat l'exprime bien : « (Le brevet) ne consiste plus en une « récompense » attribuée à l'inventeur en échange de la divulgation de son invention : le brevet se mue, pour la firme qui le détient, *en droit d'exploration, cédé sous forme de monopole*, pour toutes les inventions à venir, non décrites et non prévisibles, avant même que toute invention ait été effectuée et, *a fortiori*, divulguée » ³³.

Bien plus, ce « prospect », ce « droit à prospecter », peut étrangement être, en quelque sorte, établi sur le terrain d'autrui. (Il est vrai que les terres dites vierges de la Conquête de l'Ouest ouvertes aux prospecteurs étaient celles des populations indiennes...) On connaît (ou on devrait connaître) les termes du débat : « Rares sont les pays (en développement) qui disposent d'une industrie [notamment] pharmaceutique, plus rares encore sont ceux dont les industries peuvent devancer celles du Nord. Pris de vitesse par des firmes qui développent des procédés biotechnologiques à partir de leurs savoirs ou de leurs connaissances nationales [de plantes locales, par exemple], ils peuvent se voir, à terme, privés de leur propre capacité de développement industriel. Car une fois le monopole accordé, le marché n'est autorisé qu'au seul détenteur du brevet, sur le territoire où le brevet est déposé » ³⁴.

Mais cette réservation n'est possible que parce que le jeu de la propriété intellectuelle s'est universalisé.

B. — Extension géographique

15.- Si les États du Sud peuvent, en effet, se trouver dans cette situation singulière d'avoir à payer pour pouvoir exploiter ce qui est tiré de leur « fonds », c'est qu'ils ont accepté, bon gré, mal gré, ce jeu de la propriété intellectuelle.

³² Voir T. Kitch, « *The Nature and Function of patent system* », *Journal of Law and Economics*, 1977, vol. 20.

³³ B. Coriat, « Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle », *Revue d'économie industrielle* 2002, n° 99, p. 17, spéc. p. 24 et s.

³⁴ Solagrad, *Biodiversité : Savoirs protégés, savoirs partagés*, 2002, Fiche 6 : « Marges de manœuvre ? ».

On peut donner l'exemple du curcuma. En 1995, fut obtenu aux États-Unis un brevet sur l'utilisation de *curcuma longa* dans la cicatrisation des plaies. Apparemment, le brevet déclarait uniquement que le curcuma était un produit naturel disponible, sans aucune indication quant à une méthode d'extraction du principe actif et sans que soit davantage indiqué si l'agent cicatrisant était différent de celui utilisé traditionnellement en Inde. Aussi le Conseil indien de la recherche scientifique et industrielle demanda-t-il l'annulation du brevet sur le motif que la poudre de curcuma était bien connue et largement utilisée pour ses propriétés cicatrisantes. Et effectivement l'annulation fut prononcée en considération (considération restrictive ?) de l'existence d'une importante littérature scientifique à ce propos. Mais qu'un tel brevet ait été demandé est en soi significatif (Cf. *Solagrad, ibid.*).

Or si, au-delà d'une déjà ancienne internationalisation ³⁵, on peut faire état d'une « planétarisation » de la propriété intellectuelle, c'est bien de mondialisation qu'il faut parler.

16.- Planétarisation d'abord car on voit, à dire vrai depuis peu, se mettre en place de véritables règles universelles en matière de propriété intellectuelle.

Il faut savoir que les droits de propriété intellectuelle sont des droits territoriaux (il y a un brevet allemand et un brevet français – et pas de « brevet mondial » – comme il y a un droit d'auteur français et un *copyright* américain). Et, si très tôt, vers la fin du XIX^e siècle, c'est-à-dire autour d'un siècle à peine après l'apparition véritable de la propriété intellectuelle ³⁶, les premières conventions internationales firent leur apparition ³⁷, dans un passé encore récent, la propriété intellectuelle était loin d'être une valeur commune, universellement partagée.

J'ai le souvenir d'un colloque au Koweït tenu il y a une quinzaine d'années avant la première guerre du Golfe où tel jeune universitaire intervenait pour justifier la propriété intellectuelle au regard des principes coraniques... preuve, s'il en était besoin, que celle-ci n'avait rien de « naturel » dans le contexte koweïtien ³⁸.

Au demeurant, si je ne sais s'il existe des « États voyous », il est certain qu'il existe des « États pirates » mais il ne faudrait pas oublier que tout le développement des pays occidentaux eux-mêmes s'est fait dans l'acceptation du pillage des inventions du voisin, le « brevet d'importation » que connaissaient le droit révolutionnaire français ou, il y a quelques décennies encore, le droit espagnol n'ayant d'ailleurs pas d'autre fonction que d'offrir une récompense sur le territoire national à celui qui s'était emparé d'une invention à l'étranger ³⁹.

17.- Mais c'est surtout de *globalisation* qu'il s'agit aujourd'hui, car plus qu'à une approche impressionniste (une multiplication des points formant image), c'est à une appréhension globale que nous sommes désormais confrontés à travers les ADPIC signés à Marrakech en 1994 ⁴⁰. Avec l'OMC dans le rôle du gendarme de l'ordre mondial marchand.

³⁵ Pour faire très simple, c'est à la fin du XVIII^e siècle qu'est vraiment née la propriété intellectuelle. Mais une convention dite Convention d'Union de Paris était signée, pour la propriété industrielle, dès 1883 et, de même, pour le droit d'auteur, la Convention de Berne l'était dès 1886.

³⁶ La *Parte Veneziana*, premier texte annonçant le brevet, date de 1474, le *Statute of Monopolies* fut promulgué par le roi Jacques I^{er} d'Angleterre en 1623, et l'on peut même faire état d'une loi de Sybaris, cité de la Grande Grèce détruite en 510 av. J.-C., qui instaurait un monopole sur les recettes de cuisine. Mais c'est vraiment avec le XVIII^e siècle que devait éclore la propriété intellectuelle moderne en Angleterre, en France et dans les jeunes États-Unis d'Amérique.

³⁷ Voir ci-dessus note 35.

³⁸ Premier Congrès de l'Université de Koweït sur informatique et nouvelles technologies, novembre 1989.

³⁹ Art. 68 et 174 du statut de la propriété industrielle du 26 juillet 1929, aujourd'hui abrogé, mais encore en vigueur dans les années 70 du siècle précédent.

⁴⁰ Accord relatif aux aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexé à l'Accord instituant l'OMC le 15 avril 1994.

Nous sommes entrés dans une logique : « brevets contre arachides », où le pays du Tiers-Monde doit accepter l'injonction occidentale sous peine de voir son économie frappée en plein cœur. Loin de la vision irénique d'un droit universel semblable pour tous, c'est cette réalité qu'exprima en son temps, avec sa délicatesse coutumière, Mickey Cantor, qui représentait les États-Unis dans les négociations commerciales internationales. « Il s'agit pour nous », déclara-t-il, « d'ouvrir les marchés du tiers-monde à la barre à mine »⁴¹.

Enseignements...

18.- Une question coule de source : quelle est alors la pertinence d'une telle option ?

18.1.- Pour le Nord, la réponse est sans doute positive (encore qu'il faille distinguer entre les pays : le Portugal n'est pas l'Allemagne...). Elle est même *très certainement* positive pour les pays vraiment économiquement développés et plus spécialement pour les États-Unis.

Mais il est bon de voir qu'elle ne l'est pas pour ces pays pour la raison qu'ils seraient dominants en ces domaines. Mais plus radicalement – et cela peut expliquer une indiscutable agressivité états-unienne – parce qu'ils ne peuvent plus être dominants qu'en ces domaines. Lors du Colloque tenu en 2002 à Montpellier sur le thème « Propriété intellectuelle et Mondialisation », Elie Cohen devait bien montrer combien, par un phénomène d'externalisation fort, les États-Unis se retrouvaient étonnamment dans un rapport de dépendance à l'égard de l'étranger et spécialement de la Chine populaire ou de Taiwan. Une externalisation qui ne leur est pas propre et qui a pour conséquence une concentration, en contrepoint, de l'immatériel dans les pays développés au premier rang desquels, bien sûr, lesdits États-Unis, et, conséquence de la conséquence, une politique active, agressive, d'« armement juridique »⁴².

Nous sommes bien dans ce jeu de pouvoirs que j'évoquais plus haut.

18.2.- Pertinence de l'option ? À ce jeu de pouvoirs, pour le Sud, l'inadéquation est ici certaine.

Cette globalisation de la propriété intellectuelle peut indiscutablement servir des pays ou territoires en émergence comme les « Petits Dragons » (Corée du Sud, Taiwan, naguère Hong Kong)... Dans la logique d'un monde prétendant obéir aux mêmes règles ou construit ou en train de se construire en des termes qui appellent le jeu des mêmes règles, à vouloir « jouer dans la cour des grands », il faut accepter ce jeu universel. Et il est bon de le faire.

⁴¹ Cité par Benjamin Coriat, Journée organisée par le CPREMAP, Paris, 25 nov. 2002, à l'occasion de la sortie du numéro de la *Revue d'économie industrielle*, précité, sur « Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux ».

⁴² Elie Cohen, « Mondialisation », Colloque *Propriété intellectuelle et Mondialisation*, Montpellier ERCIM, juin 2002, Actes à paraître.

Mais pour les autres ? Si le brevet répond à une logique, légitime, de retour sur investissement, quel peut être le sens de pareille idée quand n'existe aucune faculté d'investissement ? Quel peut être, par exemple, le sens d'un retour sur investissement au Burkina-Faso quand l'immense majorité de la population n'a que quelques misérables dollars par mois pour vivre ?

Le cas des brevets du secteur pharmaceutique est exemplaire. Un procès étrange comme le procès de Pretoria en fournit une parfaite illustration. Étrange en cela qu'il n'y avait pas de marché à défendre mais que l'action fut engagée comme une action de principe, il a donné, à propos d'une question aussi vitale que celle de la lutte contre le SIDA, l'image d'un total blocage pour les pays du Sud. Aucun brevet ne pouvait être réellement valorisé dans le contexte d'un pays où les plus riches vont se faire soigner à l'étranger et où les plus pauvres n'ont tout simplement pas les moyens de se faire soigner. Mais il fallait que la logique du brevet triomphât !⁴³

Une solution pourrait certes résider dans le recours aux licences d'office ou aux importations parallèles, toutes choses permises par les ADPIC. Mais cette solution sera souvent impraticable. Si le choix est fait de recourir aux licences d'office, il faut encore disposer des moyens de développer une industrie locale. Et, à cet égard, le Burkina n'est pas l'Afrique du Sud. Et, lorsque les moyens sont là, il faut encore considérer les réalités en face. La Thaïlande, devant lutter, comme l'Afrique du Sud et, en vérité, comme beaucoup de pays du Tiers Monde, contre une épidémie de SIDA dévastatrice, choisit ainsi dans un premier temps de fabriquer des génériques sur place, puisqu'elle le pouvait juridiquement et économiquement, puis elle décida de recourir au système de la licence d'office quand des brevets étrangers furent pris chez elle. Mais, *contre le droit national et contre le droit international*, les États-Unis la menacèrent alors de représailles sur le bois, les bijoux et les microprocesseurs, toutes choses fondamentales pour son économie. Et la Thaïlande fit marche arrière. Le Ministre thaïlandais de la Santé publique devait déclarer que plus de la moitié de l'économie du pays reposait sur l'exportation, dont un tiers avec les États-Unis, concluant : « Dans ces conditions, on est parfois obligé d'obéir au doigt et à l'œil aux États-Unis »⁴⁴.

Des Thaïlandais meurent. Il y a le savoir, l'avoir, le vivre et le mourir...

19.- Peut-être faudrait-il introduire ici la vivifiante construction proposée par Marie-Anne Frison-Roche sur les « biens d'humanité », biens *a priori* hétérogènes mais qu'elle lie entre eux comme étant centrés sur une « information vitale » (qu'il s'agisse de santé et l'on retrouve l'industrie pharmaceutique, ou de culture et l'on rencontrera ici les « industries culturelles »)⁴⁵.

⁴³ On lira avec intérêt C. Mfuka, « Accords ADPIC et brevets pharmaceutiques : le difficile accès des pays en développement aux médicaments antisida », *Rev. d'Économie industrielle* 2002, n° 99, p. 191, spéc. p. 206 s.

⁴⁴ L'affaire est tristement et bien connue. Pour une évocation dans un travail universitaire, voir C. Mfuka, article précité, spéc. p. 209.

⁴⁵ Marie-Anne Frison-Roche a plusieurs fois déjà présenté ses analyses (et notamment au Colloque, précité, de Montpellier). Mais une étude systématique, qu'elle a bien voulu me livrer en primeur, est à paraître. Je me réfère à ce riche travail.

Le propos de l'auteur, ambitieux, est de « penser l'humanisation de la mondialisation sans récuser le principe de la régulation du marché ». Partant, pourrait être imaginé pour ces biens une sorte de « droit d'accès » qui, bien sûr, supposerait une action politique, concertée, en ce sens – quitte à ce que, la question du risque d'ineffectivité laissée de côté, cela conduise, dans le champ théorique, à repenser la propriété « qui trouve alors sa légitimité dans l'accès que les tiers en ont »⁴⁶.

Cela dût-il surprendre Marie-Anne Frison-Roche, les Pères de l'Église ne sont pas loin.

20.- Mais les Pères sont très loin de l'actuelle mondialisation...

Et l'ordre juridique qui en résulte n'est plus celui que l'on connaissait. Ce n'est plus tout à fait le même ordre juridique ni tout à fait le même ordre mondial. La propriété intellectuelle mondialisée se transforme, le jeu du savoir et de l'avoir aussi.

II.— LE JEU DU SAVOIR ET DE L'AVOIR SE TRANSFORME

21.- Le jeu du savoir et de l'avoir se transforme. Mais il est malaisé de rendre compte de ces transformations. Elles sont, pour beaucoup, insidieuses.

Rejoignant certaines des idées avancées par Marie-Anne Frison-Roche⁴⁷, une clef possible est peut-être, cependant, celle proposée par Jeremy Rifkin⁴⁸ à la condition de ne pas conclure de l'étude de Rifkin que l'on serait passé, comme semble le penser cet auteur, d'une maîtrise des choses en termes de propriété à une maîtrise en termes d'accès.

La logique de l'accès : pouvoir contrôler l'accès (aux œuvres, à la nature, aux « communautés résidentielles fermées » – monstre d'origine états-unienne mais tout à fait exportable –, au savoir,...), est paradoxalement une logique de l'enclosure. Pour contrôler l'accès... il faut pouvoir enfermer/interdire – et, de fait, l'appropriation n'est qu'une des voies possibles de cet « enfermement ». Elle reste cependant une voie forte.

Au savoir approprié (A) répond ainsi, la propriété laissée de côté, un savoir verrouillé (B).

A. — *Le savoir approprié*

22.- Nous sommes ici sur le fil du rasoir. Le droit ne prétend, en effet, jamais « se saisir » du savoir comme tel. Bien plus, ce serait souvent une erreur que de ne pas considérer ce qu'est exactement l'objet appréhendé par tel ou tel mécanisme juridique. Il faut donc chercher au-delà des apparences, au-delà des apparences vulgaires, premières apparences trop simples, mais aussi des « apparences savantes », si l'on peut oser ce rapprochement de termes, c'est-à-dire des doctrines convenues.

⁴⁶ Étude précitée, aimablement communiquée par l'auteur.

⁴⁷ Cf. ci-dessus n° 19.

⁴⁸ J. Rifkin, *L'âge de l'accès*, La Découverte, 2000, pour l'édition française.

Dans cette quête, le droit d'auteur se révèle vite ambigu et le brevet oublieux de son propos.

Les ambiguïtés du droit d'auteur

23.- Le droit d'auteur saisit la forme, les idées restent éternellement libres... Voilà qui est dit et répété. Voilà qui est beau. Voilà qui est clair. Voilà qui simplifie beaucoup aussi. Mais « la main et l'esprit » (pour emprunter une jolie formule à Bernard Edelman ⁴⁹) ne sont pas si aisément dissociables que cela.

23.1.- Avec le droit d'auteur « classique », la question du statut de l'idée, et donc, d'une certaine manière, du savoir, se posait déjà. Elle se posait nécessairement et – chose intéressante – n'avait pas toujours été résolue comme on pouvait l'attendre.

C'est là, par exemple, cette affaire étrange jugée en 1957 par le tribunal civil de Marseille qui devait déclarer, à propos de la reprise des thèses d'un archéologue dans un roman, qu'il convenait de distinguer ce qui relève du « fonds commun du *savoir* humain » (telles que les données matérielles résultant de fouilles) et les « hypothèses » qui « demeurent personnellement acquises » à leurs auteurs ⁵⁰.

Étrange conception du « savoir » et de la science, bien digne de cette vision, non pas naïve, mais surtout simplificatrice du monde qui est trop souvent celle des juristes. Les juges marseillais n'ont certainement pas lu Bachelard ⁵¹ (ni Kuhn, mais, pour Kuhn, il est vrai qu'il a publié plus tard sa fameuse *Structure des révolutions scientifiques—ques* ⁵² !). Cela dit, devrait-on suivre les juges marseillais, comme épistémologie et philosophie des sciences nous montrent bien que tout est hypothèse, et cela dans les sciences dites dures comme dans les autres, même si l'hypothèse peut s'affadir dans la *doxa* reçue, tout savoir pourrait ainsi rester « personnellement » acquis à son auteur !

Gageons que ce n'est pas cela qu'ont voulu dire nos juges !

23.2.- Mais avec un droit d'auteur « impérial » (évitons le trop anglo-saxon « revisité », d'autant que c'est d'abord ici le droit qui « visite » des terres qui lui étaient étrangères), avec un droit d'auteur qui, loin du théâtre et des Beaux-Arts qui furent son berceau, s'imisce partout, la question du rapport de la forme au fond et ainsi au savoir se pose plus radicalement. Et le propos de Bernard Edelman, formulé dans un contexte pourtant tout à fait traditionnel, trouve une résonance particulière : « Lorsqu'une œuvre est bâtie tout entière sur une révélation, un « suspense » qui en constitue la matière même, on peut alors considérer que l'idée est tellement prise dans la forme qu'elle en est devenue indivisible » ⁵³.

⁴⁹ B. Edelman, « La main et l'esprit », D. 1980, chr. p. 43.

⁵⁰ T. civ. Marseille, 11 avr. 1957 : JCP 1957, II, 10334, note Plaisant ; D. 1957, 369 ; S. 1957, 309. – et, en appel, Aix-en-Provence, 13 janv. 1958 : JCP 1958, II, 10412 ; D. 1958, 142 ; S. 1958, 58.

⁵¹ Bien des références pourraient être données ; on retiendra *La formation de l'esprit scientifique*, réédité chez Vrin en 1986.

⁵² T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983 (1re édition américaine de 1962).

⁵³ B. Edelman, « Création et banalité », D. 1983, 73, spéc. p. 74.

Quand, bien plus, il s'agit d'œuvre scientifique, la substance est, comme on vient de le voir, souvent malaisément dissociable de l'expression. Et plus l'« œuvre » (il faut bien parler d'œuvre suivant les catégories du droit d'auteur) est fonctionnelle, plus il est difficile de conserver à l'idée son autonomie ; et plus l'idée est de l'ordre du savoir, plus en est-il ainsi. Invoquer un droit d'auteur sur une base de données, même si, selon moi, ce droit ne porte que sur l'« architecture » de la base ⁵⁴ n'est-il pas un moyen d'en contrôler le contenu, c'est-à-dire quelque chose qui peut être de l'ordre du savoir ⁵⁵ ? Le cas du logiciel est également très remarquable. Nous avons déjà observé que l'on était davantage ici dans le champ du savoir-faire et peut-être encore du procédé : symptomatiquement ce droit d'auteur sera ainsi, à l'occasion, invoqué (à tort peut-être mais invoqué) pour assurer une « réservation » des « fonctionnalités » ⁵⁶ du logiciel et l'on a pu trouver certaines décisions pour accueillir la prétention ⁵⁷.

Ambiguïtés ? Sans doute. Mais point sans intérêt.

Les glissements du brevet

24.- Ambiguïtés encore avec le brevet mais d'un autre ordre car c'est plutôt, en l'occurrence, un discret glissement de fonction qui peut être décelé. Il faut bien sûr évoquer ici le cas des biotechnologies et toute l'interrogation qu'elles suscitent sur le rapport entre invention et découverte.

Pourtant, l'opposition que fait le droit, qui est celle du sens commun, et qui, curieusement, est parfois reprise par certains scientifiques, n'est pas celle que livre une réflexion savante. J'ai le souvenir de Jacques Derrida manifestant un étonnement amusé à constater que les juristes réglaient en une ligne une question aussi ancienne que l'humanité ⁵⁸. Article L. 611-10 CPI : « Ne sont pas considérées comme des inventions [...] les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ». C'est, en effet, une interrogation qui remonte à l'Antiquité que celle qui fait se demander tant aux philosophes qu'aux scientifiques, à commencer par astronomes et mathématiciens, si la représentation mathématique que nous nous donnons de l'Univers dans lequel nous vivons, révèle ce qu'il est ou si elle est une construction de l'esprit humain que nous « projetons » dans cet Univers, si donc ainsi nous découvrons une

⁵⁴ M. Vivant, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? À propos et au-delà de la proposition de directive européenne », D. 1995, 197.

⁵⁵ Pour une vive « charge » critique, voir Ph. Quéau, « À qui appartiennent les connaissances ? », *Le Monde diplomatique* 2000, janv., p. 6 (jouxant une présentation du dossier du *Monde diplomatique*, signée Ph. R., intitulée de manière pleine d'intérêt : « Le savoir séquestré »).

On trouve aussi l'idée in M. Vivant, « An 2000 : l'information appropriée ? », *Mélanges Burst*, Litec, 1997, p. 651. – Et encore une évocation du problème in M. Vivant et A. Maffre-Baugé, *Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux*, Notes de l'IFRI 2002, n° 42, spéc. p. 73.

⁵⁶ Terme français reçu.

⁵⁷ Encore en 2001, un jugement du tribunal de Paris apprécie ainsi la prétendue originalité d'un logiciel en considérant ses « fonctionnalités » (TGI Paris, 6 mars 2001, JCP 2001 éd. E., p. 1952, obs. Raynard) !

⁵⁸ Lors d'un séminaire de travail au Ministère de la Recherche.

dimension non immédiatement perceptible de celui-ci ou si nous l'« inventons ». Et l'on pourrait prendre toutes sortes d'autres exemples, à commencer par le champignon qui, trivialement, sera réputé préexister à sa « découverte » mais ne sera champignon que parce que reconnu comme tel ⁵⁹.

Mon sentiment est qu'il faut reconsidérer l'invention. D'une manière tout à fait hérétique (mais c'est toujours par rapport à un dogme qu'on est hérétique), de manière raisonnée en revanche (du moins je l'espère), j'ai ainsi proposé, avec Jean-Michel Bruguière, d'analyser l'invention comme un dévoilement : dans cette lecture, « l'invention – acte inventif réside dans le fait d'atteindre un résultat jusque là non atteint », et point important : un résultat « qui peut être simplement un nouveau rapport établi entre objet et résultat, *quand l'objet préexiste* semblable ou proche » ⁶⁰. Autrement dit, peu importe qu'il préexiste.

Encore faut-il que ce nouveau rapport soit établi. Or il faut ici moins interpellier la théorie juridique que la pratique des offices. Cette pratique, et peut-être (pire ?) la pratique *attendue* des offices, est, de fait, tout autre. Les titres sont délivrés avec une étonnante légèreté. Les vérifications sont limitées. L'extrapolation mathématique (il doit bien y avoir application...) tient lieu de démonstration ⁶¹. Ce n'est pas sur un nouveau rapport établi que le brevet est octroyé mais sur un nouveau rapport *susceptible* d'être établi. On retrouve la logique du prospect, déjà rencontrée.

⁵⁹ Cf. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *La brevetabilité face à l'innovation technique contemporaine*, Rapport à l'INPI, 2002, publié sous le titre : *Protéger les inventions de demain*, à La Documentation française, 2003, n° 37.1 : « Le sens commun voudra que la "découverte" d'une nouvelle plante ou d'un nouveau champignon ne puisse être qualifiée autrement. Au demeurant, il n'est pas d'autres termes pour le faire. Pourtant, une fois encore, c'est bien le sens commun qui conduit à cette conclusion. L'organisme préexiste sans nul doute. Mais il n'entre dans les catégories scientifiques préétablies qu'au terme non seulement d'une opération de qualification mais aussi d'une élaboration de ces catégories. Tel organisme microscopique sera qualifié de champignon parce qu'il sera analysé comme répondant aux caractéristiques convenues du champignon. Et quand les mycologues contemporains tendent à classer les champignons à part comme des "protistes", à la lisière des règnes végétal et animal, ils les font changer de statut. Preuve non pas que tel archimycète ou la *Russula Queleti* n'existaient pas avant qu'ils soient "découverts" mais qu'ils n'existent comme représentants du règne végétal (vieille école) ou comme protistes (nouvelle école), et tout uniment comme champignons, qu'en fonction de l'analyse qu'en font les scientifiques. Le champignon, archimycète ou russule, est "inventé" comme tel par le savoir humain ».

Voir aussi, sur le sujet, M. Vivant et J.-M. Bruguière, « Réinventer l'invention ? », *P. intell.* 2003.

⁶⁰ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 54.

⁶¹ Il faut, en effet, savoir que, dans bien des cas, dans le domaine des biotechnologies, l'application alléguée sera déduite d'une analyse informatique statistique prospective qui, par comparaison avec des séquences analogues déjà connues, permettra de mettre en avant telle ou telle fonction dont la réalité pourra par la suite se vérifier... ou non. Henri Feyt évoque, de la sorte, des revendications « reposant sur des études par simulation, analogie, extrapolation, etc. (et) ne reposant sur aucune base expérimentale », pratique qu'il qualifie, d'ailleurs, de dérive (H. Feyt, « La protection de la propriété intellectuelle sur le vivant : historique et débats actuels autour des variétés végétales », *Revue OCL* [Oléagineux, Corps gras, Lipides] 2001, n° 5, p. 515, spéc. p. 522).

Enseignements...

25.- Laissons le droit d'auteur... Si le brevet devient ainsi un « droit d'exploration » (comme le dit Benjamin Coriat⁶²), si le champ de cette exploration se rapproche de plus en plus, *dans les faits*, de la connaissance, du savoir fondamental, c'est nécessairement signifier que de ce champ sont exclus les concurrents, et d'une certaine manière le public. T. Kitch, que j'ai déjà cité, souhaite expressément qu'il en soit ainsi. Il appelle de ses vœux des brevets « *up stream* », c'est-à-dire délivrés très en amont, qui permettent à chaque entreprise « de signaler son champ d'investigation, signifiant aux concurrents de ne pas continuer dans cette voie »⁶³.

Plus de libre parcours du savoir. Il faut négocier. Il faut payer. Ce qui n'est pas possible pour tous. Et, dans le contexte de la mondialisation présente, c'est évidemment mettre hors jeu le Sud (encore que, sans être cynique, on soit fondé à se demander si, en toutes hypothèses, il avait bien une place dans ce jeu).

Mais tout cela n'est pas sans incidence dans les relations Nord-Nord. Car il faut comprendre que, si la séquence brevetée n'est pas *stricto sensu* « opératoire » (en d'autres mots : si elle ne produit pas, comme telle, un résultat donné), si elle est, en revanche, un passage obligé pour, par exemple, la réalisation d'un test, la fonction même du brevet change. Il s'agit moins d'exploitation *proprio sensu* d'une technique que d'instauration d'une sorte de droit de passage à travers l'immobilisation juridique d'un objet.

À considérer les rapports inter-entreprises, l'affaire *Myriad Genetics* est, de ce point de vue, d'un intérêt tout particulier. Le brevet semble couvrir toute méthode permettant de repérer les altérations de certains gènes, ce qui, s'il en était bien ainsi, pourrait empêcher des Instituts comme l'Institut Curie ou Gustave Roussy qui l'ont attaqué, d'utiliser leurs propres tests sans se voir menacés d'une action en contrefaçon⁶⁴.

Mais il y a aussi – effet indirect – le public et ses droits (si tant est qu'il ait des droits...). On estime qu'un examen génétique classique coûte moins de 100 dollars, alors que le prix d'un examen génétique impliquant des gènes brevetés peut monter jusqu'à 2 500 dollars⁶⁵. Il faudrait, il est vrai, savoir quelle est ici exactement la fonction du gène revendiqué dans l'opération en cause. Mais reste que la question se pose.

Il n'est pas inintéressant, au demeurant, de citer, pour finir, notre Ministre de la santé, Jean-François Mattéi, observant que « les industriels qui auraient acquis un brevet sur 1, 2 ou 3 % des gènes, par voie de conséquence s'obligeraient à payer pour accéder à

⁶² Cf. *supra*.

⁶³ Art. précité. Je reprends ici la formule de F. Orsi qui présente la thèse de Kitch *in* « La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis », *Revue d'Économie industrielle* 2002, n° 99, p. 65, spéc. p. 80.

⁶⁴ Le brevet a fait l'objet d'une procédure d'opposition devant l'Office européen des Brevets, diligentée par les deux Instituts cités. Sur l'affaire, voir Question écrite n° 69 341 du 26 novembre 2001 de M. Bernard Charles « sur le dossier Myriad Genetics » et réponse *in* PIBD 2002, 738, I, 42. Dans la grande presse, on pourra lire notamment J.-Y. Nau, « Un brevet américain sur le dépistage du cancer du sein est contesté », *Le Monde* 2 mars 2002, p. 2.

⁶⁵ J. Rifkin, *op. cit.*, p. 96.

tous les autres »⁶⁶ et se demandant « si la véritable économie concurrentielle n'est pas celle qui dans l'intérêt des malades cherche à mettre au point des techniques, des méthodes permettant l'obtention de produits dans les conditions les plus fiables, les plus économiques et les plus efficaces, à partir d'une même matière première », ce qui ne saurait être, ajoute-t-il, le cas si l'accès à une ressource génétique est interdit⁶⁷.

Faut-il donc basculer dans l'avoir ? Faut-il refuser ce basculement ? On sait qu'alors parlementaire, monsieur Raffarin s'était élevé contre une « confiscation » « de molécules, voire d'organismes végétaux qui appartiennent en propre au *patrimoine de l'humanité* »⁶⁸. La *Déclaration universelle sur le génome humain* de l'Unesco est plus ambiguë puisqu'elle affirme que ce génome humain est certes le patrimoine de l'humanité mais « dans un sens symbolique »⁶⁹. Il y a matière à méditation.

Mais, pour en rester à notre sujet, il est d'autres manières d'interdire l'accès au savoir.

B. — *Le savoir verrouillé*

26.- Autre manière, autre voie qui n'est pas nécessairement celle de la propriété – ou, du moins, de la propriété affirmée comme telle – mais qui réalise une « main mise » (si l'on peut oser l'image) sur le savoir. (Et qui peut être, d'ailleurs, tenue pour une propriété *aussi*, si l'on admet cette conception lâche de la propriété où tout rapport d'exclusivité doit être analysé en termes de propriété⁷⁰.)

Autre voie qui consiste à « verrouiller » le savoir, sans s'embarrasser de l'existence ou de la non-existence d'un droit sur ce que l'on entend ainsi se réserver.

Autre voie que cultive étonnamment notre droit contemporain, dans le même temps où sont chantées les vertus du libéralisme...

Le contrat pourrait être évoqué qui réalise cette « réservation » du savoir à travers un jeu de clauses de confidentialité, de non-exploitation, de non-concurrence. Mais c'est un instrument classique qui ne traduit pas un quelconque basculement du droit vers de nouvelles logiques.

Je retiendrai donc deux exemples empruntés à ce que Weill appelait le « droit légiféré ».

⁶⁶ Précisons : pour autant que tous les autres gènes aient été brevetés.

⁶⁷ J.-F. Mattéi, « Conclusions », in *Le génome humain*, coordonné par J.-F. Mattéi, Ed. du Conseil de l'Europe, 2001, p. 139, spéc. p. 142 et s. : « Gènes et brevets », spéc. p. 144.

⁶⁸ Question écrite n° 35 761 du 18 octobre 2001 relative à la directive n° 98-44 visant à « légaliser les brevets sur le vivant », JO, Questions écrites Sénat, 29 nov. 2001, p. 3768, PIBD 2002, 734, I, 7.

⁶⁹ *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 11 novembre 1997.

⁷⁰ À la manière par exemple de F. Zénati.

27.- Le « droit d'interdire » des producteurs de bases de données sera le premier. Il s'agit là du droit « *sui generis* » (qualifié ainsi par la Commission européenne) issu de la directive communautaire du 11 mars 1996⁷¹.

27.1.- Ce droit n'est jamais qu'une déclinaison légiférée du parasitisme. Il n'est donc point radicalement nouveau pour les pays de droit continental.

À privilégier, contre les formules plus récentes élaborées par la Cour de cassation⁷², celles qui furent les premières utilisées dans les décisions de justice francophone, il apparaît bien comme permettant de sanctionner « un profit parasitaire inhabituel [...] tiré du travail d'autrui »⁷³, un profit anormal tiré de l'investissement d'autrui pour moderniser la formule. Il interdit aux tiers d'exploiter indûment le fonds informationnel qui est celui de la base⁷⁴.

27.2.- Cela dit, ce droit appelle une interrogation quant au rapport savoir-avoir.

À la vérité le parasitisme pouvait déjà susciter cette interrogation⁷⁵.

Mais il y a plus ici : comme l'a bien montré Nathalie Mallet-Poujol, la construction adoptée « n'est pas dépourvue d'effets dans la relation fabricant/utilisateur »⁷⁶ – celle-ci parle même de la « phobie » de l'utilisateur qui se voit interdire l'extraction mais surtout la réutilisation – donc de fait l'utilisation – d'une partie « qualitativement » substantielle du « contenu »⁷⁷.

« Qualitativement » : on a critiqué le mot. Je ne pense pas cependant qu'il soit dépourvu de pertinence. Dans une base d'images, une masse de photographies pourra être du plus mince intérêt alors qu'une photo singulière pourra par sa valeur propre, par sa densité – le soldat espagnol fauché par la mort durant la guerre civile, le petit enfant juif du ghetto de Varsovie entre ses bourreaux,... – valoir tout le reste du lot.

Mais la question se pose de savoir ce qui est concrètement en cause. Une photographie dans un fonds d'images est une chose (encore qu'il puisse s'agir d'une forme d'expression d'*un certain savoir*). Une séquence génétique dans une base de séquences est autre chose. *Quid*, en effet, en situation, d'une telle séquence ? La séquence est-elle sus-

⁷¹ Dir. n° 96/9 du 11 mars 1996, art. 7 s.

⁷² Ainsi, par exemple, Cass. com., 26 janv. 1999, *Rev. dr. propr. intell.* 1999, n° 100, p. 49, *Juris-Data* n° 000470 : « Le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'imisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire ».

⁷³ Pdt T. com. Courtrai, 13 juin 1974, *Jp. com. belge* 1975, III, 194, obs. de Caluwé.

⁷⁴ Art. L. 342-1 CPI : « Le producteur de bases de données a le droit d'interdire :

1° L'extraction, par transfert permanent ou temporaire de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu d'une base de données sur un autre support, par tout moyen et sous toute forme que ce soit ;

2° La réutilisation, par la mise à la disposition du public de la totalité ou d'une partie qualitativement ou quantitativement substantielle du contenu de la base, quelle qu'en soit la forme ».

⁷⁵ Voir M. Vivant, « An 2000 : l'information appropriée ? », précité.

⁷⁶ N. Mallet-Poujol, « La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative », *DIT* 1996/1, p. 6, spéc. n° 19.

⁷⁷ *Ibid.*

ceptible d'être jugée en soi comme substantielle et par voie de conséquence non réutilisable, c'est-à-dire de fait non utilisable ? En quelque sorte : « Regarder mais pas toucher » !

La réponse du juriste serait certainement de dire que le contrat va pouvoir régler la difficulté⁷⁸. Sans doute. Mais qu'on y prête garde. S'il en est ainsi, c'est donc bien que le contrat va, d'une certaine manière, au-delà de l'accès « brut » au contenu de la base, fixer le « mode d'exploitation » de l'élément intéressant l'utilisateur (dans l'exemple pris de la séquence génétique), comme il le ferait en matière de droit d'auteur s'agissant de forme quand il s'agit de préciser les modes d'exploitation autorisés. Mais précisément ici il ne s'agit pas de forme...

C'est donc que la libre disposition de ce savoir dépend du « maître » de la base. Veut-on être plus prudent ? N'est-ce pas, pour le moins, que la libre disposition de ce savoir dépend du « maître » de la base ?

Une fois encore, nous sommes sur le fil du rasoir...

28.- Le « droit d'empêcher » dans l'univers numérique par des mesures techniques sera notre second exemple de ce contrôle de l'accès assuré par d'autres voies que la propriété.

Certes en soi cela n'est pas neuf. Les techniques offertes par la numérisation ont vite été appelées au secours pour lutter contre les faiblesses engendrées par la numérisation. Des « verrous » sont posés sur tous les logiciels.

Mais le nouveau est dans la juridicisation de la pratique à travers l'instauration de sanctions propres⁷⁹ – qui est une légitimation de ces mesures en elles-mêmes, pour elles-mêmes – et cela alors même qu'elles assureraient un verrouillage au-delà du périmètre « reçu » des propriétés intellectuelles. De là est né un débat interne aux spécialistes de la propriété intellectuelle et plus particulièrement du droit d'auteur, s'interrogeant, par exemple, sur le statut à reconnaître aux « zones franches » que connaît le droit d'auteur. *Quid*, par exemple, de la copie privée ? Faut-il parler de droit ? De tolérance ? D'exception ? De limite ? Mais c'est un débat plus général qui devrait être ouvert – *devrait* car, de fait, de débat il y a peu – sur la légitimité d'une telle politique d'« enfermement » résultant de la simple affirmation de celui qui y procède... Peut-on valablement décider de sa propre autorité d'enclorre un élément de connaissance et de le faire tout spécialement quand la loi réserve un accès à celui-ci ?

On songe à Rousseau et au *Discours sur l'origine de l'inégalité...* Ou, référence moins savante mais non dépourvue de pertinence, à la Ruée sur l'Oklahoma où le premier qui avait apposé une pancarte sur un terrain s'en trouvait, sans autre forme de procès, déclaré « légitime » propriétaire⁸⁰.

⁷⁸ L'idée, tout à fait juste, est d'ailleurs présente chez Mme Mallet-Poujol, art. préc., *ibid*.

⁷⁹ C'est l'option faite par la directive 2001/29 du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins « dans la société de l'information » (art. 6 s.) qui reprend celle du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (art. 11 s.) comme du Traité parallèle de l'OMPI sur les droits voisins (art. 18 s.). Sur le sujet, on pourra lire notamment : G. Vercken, « La protection des dispositifs techniques, Recherche clarté désespérément... », *in La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins...* P. intell. 2002, n° 2, p. 52.

⁸⁰ Les « natives » ayant été peu à peu chassés de leurs terres, les terrains désormais « libres » furent ouverts à la colonisation. Le 16 septembre 1893, les candidats colons se

Main mise ? Main basse ?

Enseignements...

29.- Il ne s'agit plus, avec ces exemples, de glissement mais d'une réelle rupture, puisqu'il n'y a plus là ce qui justifiait, aux yeux des hommes des Lumières, l'octroi d'un monopole, c'est-à-dire le fait que le « monopoleur » apportât quelque chose à la société en contrepartie de l'avantage qui lui était octroyé⁸¹, ce que ces mêmes hommes des Lumières traduisaient en un langage plus symbolique que proprement juridique en termes de contrat.

Cette rupture n'est pas, cependant, également voulue. Le droit *sui generis* est « porté » par les Européens et combattu par les Américains. Le droit « d'empêcher », par des mesures techniques, est également défendu des deux côtés de l'Atlantique, encore que l'Europe soit plus encline à jouer la carte du droit pénal.

Reste que cet enfermement (« Ceci est à moi parce que je le proclame tel ») n'est pas sans lien avec la logique du prospect plus haut évoquée (« Que les autres s'écartent de ce terrain car je me le suis réservé »)⁸².

Reste que cet enfermement est spécialement radical puisque, si l'on raisonne sur le dernier cas étudié (étant observé que les deux « verrous » examinés peuvent se combiner), c'est celui qui dispose à la fois du savoir et de la technique qui peut enclorre ce savoir. Et celui qui n'a pas la technique pour briser cette clôture, légalement ou illégalement – ce qui est autre chose, soit noté en passant, que légitimement ou illégitimement – est condamné à ne pas savoir. Nord, Sud... La carte est facile à établir.

En conclusion

30.- Savoir, avoir : la carte, plus globale, ici est inachevée. Il y a encore bien des *terra incognita*.

Le rapport au savoir est changé, le jeu du savoir et de l'avoir est changé. Mais bien hardi celui qui prétendrait en donner une image définitive !

Seule chose certaine : le savoir est, à l'évidence, devenu un élément central de cette économie dont j'ai rappelé que certains précisément la qualifiaient d'économie du savoir. Mais le statut nouveau qui s'ébauche, encore indécis, qui semble bien en faire un élément du rapport d'échange marchand, pris en compte en cette qualité par le droit, que cela soit ou non au terme d'une réflexion éclairée, est deux fois en contradiction : en contradiction avec le statut anthropologique du savoir qui est de l'ouvrir à tous et en

massèrent à la frontière et, à midi, au signal d'un coup de feu, s'élancèrent dans une course étonnante pour prendre possession des terres.

⁸¹ Sur cette rupture forte, on pourra se reporter à Ph. Gaudrat et M. Vivant, « Marchandisation », Rapport au Colloque de Montpellier, précité, sur *Propriété intellectuelle et Mondialisation*.

⁸² Oserai-je m'interroger sur l'avènement d'une « logique du Far-West », déjà à l'œuvre ailleurs ?

contradiction avec la logique du libéralisme qui est (ou devrait être) de préférer la concurrence innovatrice à la multiplication des « bastilles ».

Cependant, une contradiction n'est en soi ni un bien ni un mal.

L'existence d'une contradiction doit provoquer à la réflexion.

Dans le cas qui nous occupe, il me semble que, si basculement il y doit y avoir du savoir vers l'avoir, il ne devrait pas se faire subrepticement et donc sans guide comme il paraît se faire. Que, dans une économie du savoir, le savoir fasse l'objet d'une forme d'appropriation ou, plus justement dit, de « codification », pour reprendre l'expression de Robert Boyer⁸³, afin de pouvoir entrer dans le nouveau rapport d'échange, je ne vois là rien de condamnable *a priori*.

Mais, à ce basculement, je verrais, dans une approche raisonnée, si tant est qu'elle soit possible, deux conditions.

La première : qu'on pose des critères permettant de manière aussi objective et aussi cohérente que possible de faire entrer ce savoir dans ce jeu d'échanges codifié, ce qui veut dire aussi qui permette de le laisser, quand il se doit, en dehors de ce jeu.

La seconde : qu'en toutes hypothèses, la « codification » retenue laisse le savoir de libre accès et de libre disposition en dehors de la sphère marchande. La réification nécessaire au jeu de l'échange ne doit pas devenir pétrification. Il faut être d'autant plus attentif à conserver au savoir la fluidité qui devrait être la sienne qu'à travers la mutation du savoir en avoir se profile le risque à l'échelle locale comme à l'échelle mondiale d'une capitalisation, et peut-être indue, du savoir – le savoir allant au savoir. Mais, comme cela est déjà la réalité d'aujourd'hui, peut-être faut-il dire, puisque le jeu du savoir et de l'avoir est ici examiné sous le signe de la mondialisation, que le risque est surtout d'accroître encore ce qu'on pourrait appeler la « fracture mondiale ».

Je rappelais que le savoir, dans son sens premier, renvoyait à la saveur. Pour que celle-ci ne soit point trop amère, il faudrait sans doute aussi ajouter un mot à tous ceux que j'ai tenté de conjuguer, un mot qui dépasse le savoir : celui de sagesse.

m.vivant@wanadoo.fr

⁸³ Voir *supra* n° 6.