

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE COMME POLITIQUE PUBLIQUE

*Bertrand WARUSFEL**

Appartenant au droit privé, la propriété intellectuelle n'est pas souvent envisagée comme le produit et l'instrument de l'action publique. Pourtant comme d'autres dispositifs juridiques ayant un impact direct sur les droits des personnes privées (pensons par exemple au droit fiscal, au droit immobilier, au droit rural ou à celui de l'urbanisme), les différents régimes de propriété intellectuelle reflètent des orientations définies par le législateur qui expriment une certaine conception de l'intérêt général et arbitrent entre les intérêts des différents acteurs ou groupes sociaux concernés¹.

Cela apparaît de manière manifeste dans certaines situations où la propriété intellectuelle se retrouve au cœur de controverses politiques et sociétales sensibles. Pensons notamment aux débats animés qu'ont suscité, dans le domaine des brevets, les questions de brevetabilité des inventions biotechnologiques ou logicielles² ainsi qu'en matière de droit d'auteur, les modalités de répression des téléchargements illégaux en ligne. Chacun voit bien que la mise en œuvre de la propriété intellectuelle dans ces cas limites renvoie à des choix économiques ou socio-politiques sous-jacents dont elle ne constitue que l'instrument juridique.

Mais nous voudrions montrer ici qu'au-delà de ces questions particulières qui occupent l'actualité et qui touchent aux limites de la portée des droits, c'est la totalité du droit de la propriété intellectuelle qui peut être qualifiée de « politique publique » car elle en présente les principales caractéristiques. Ce qui permet de comprendre pourquoi son adaptation nécessaire aux nouvelles caractéristiques d'une société de l'information est complexe et nécessite la mise en œuvre d'un pilotage politique délicat.

I. La propriété intellectuelle présente les caractéristiques d'une politique publique

La notion de politique publique a été progressivement dégagée en science politique pour analyser et décrire les modes d'action de la puissance publique. Devenue courante chez les politologues anglo-saxons, elle a été

* Avocat, Professeur de droit, Université de Lille

¹ Bernard Bergmans ne dit rien d'autre lorsqu'il écrit : « les droits de propriété intellectuelle ne sont que des instruments juridiques traduisant une option fondamentale basée sur des considérations qui sont essentiellement non juridiques » (B. Bergmans, *La protection des innovations biologiques : Une étude de Droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 385).

² Voir notamment notre intervention « Approche socio-politique des questions de brevetabilité », au colloque *La brevetabilité des inventions biotechnologiques - État des questions après les lois du 6 août et du 8 décembre 2004*, Université de Lille II, 2 décembre 2005.

reprise et adaptée par la doctrine politiste française à partir des années quatre-vingt³. Loin de consacrer une vision idéale et théorique de l'action de l'État et des personnes publiques, cette approche se veut pragmatique : une politique publique n'est pas le seul produit d'une décision politique abstraite mais le résultat d'une interaction complexe entre des arbitrages rendus par des décideurs et les actions et incitations des autres acteurs sociaux, qu'il s'agisse des groupes de pression, des opérateurs économiques ou de l'opinion publique. Comme l'a écrit Pierre Muller, « l'État n'est plus une « machine » dominant la société mais un assemblage plus ou moins bancal de politiques publiques plus ou moins bien ajustées et dont la rationalité est plus que problématique. Il faut mesurer la rupture que représente cette approche par rapport à une conception d'autant plus forte qu'elle s'ancre dans les racines mêmes de la relation entre la société française et son État »⁴.

Nous inscrivant dans une telle perspective, l'objet de notre démarche est de montrer que le maintien et l'évolution du droit de la propriété intellectuelle constitue bien aujourd'hui une politique publique et en quoi cette qualification nous aide à en comprendre les enjeux et les mécanismes.

A. Un choix politique assumé en faveur de la propriété intellectuelle

Rappelons tout d'abord une vérité souvent méconnue des juristes positivistes ou des praticiens contemporains : la mise en place des différents régimes de propriété intellectuelle (propriété littéraire et artistique et droits de propriété industrielle) s'est réalisée progressivement entre la fin du XVIIIème siècle et le début du XXème siècle et n'a été consacrée qu'à l'issue de débats politiques, économiques et philosophiques très intenses dans la plupart des États industrialisés⁵.

Le caractère assez récent de l'émergence de la propriété intellectuelle dans notre droit et les controverses qu'elle a suscitées permettent d'échapper à l'idée parfois répandue selon laquelle la propriété intellectuelle serait une forme de « droit naturel » incontestable et immuable dont le principe et les modalités seraient par nature hors tout débat politique ou politico-économique.

³ On citera notamment les travaux de Jean-Gustave Padioleau, Bruno Jobert, Jean-Claude Thoenig, Yves Mény ou Pierre Muller.

⁴ P. Muller, « Analyse des politiques publiques et science politique en France : Je t'aime, moi non plus », *Politiques et management public*, Vol. 26/3, 2008, p. 55.

⁵ On se référera notamment aux travaux de L. Hilaire-Perez (L. Hilaire-Perez, *L'invention technique au siècle des Lumières*, Albin Michel, 2000, notamment p. 115-124 et p. 175-178), L. Pfister (L. Pfister, « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX siècle », *RIDA* juillet 2005, p. 117) ou G. Galvez-Béhar (G. Galvez-Béhar, « La propriété industrielle est-elle une propriété ? Le débat sur la loi relative aux brevets d'invention à la Chambre des pairs (1843) », *Entreprises et histoire*, 2007/4 n° 49, p. 108-110). Rappelons également qu'à la fin du XIXème siècle, la Suisse refusait encore la protection par brevet et que les Pays-Bas l'abolirent même un temps pour se conformer à une logique de libre-échange (v. notamment S. Lapointe, « L'histoire des brevets », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, 2000, p. 12-3).

Tout au contraire, nous estimons – au vu notamment de cette genèse mouvementée – que la propriété intellectuelle moderne (telle par exemple que l'expriment les grandes conventions internationales sur le sujet : Convention d'Union de Paris de 1883, Convention de Berne de 1886 ou les accords ADPIC de 1994) est le produit d'un choix politique déterminé qui a arbitré en faveur d'un certain équilibre entre des objectifs politiques et économiques potentiellement contradictoires.

Au risque de simplifier le propos sur un sujet qui mériterait à lui seul un travail dépassant de loin les dimensions de cet article, la reconnaissance politique de la propriété intellectuelle repose dans son principe sur un équilibre entre la libre constitution de droits privatifs négociables sur le marché et la prise en compte d'une double exigence d'intérêt général : d'une part, en ce que ces droits doivent constituer une incitation efficace à créer et innover et, d'autre part, en ce que leur protection trouve ses limites dans le respect de certains impératifs supérieurs d'ordre public. Comme l'écrivait une note de synthèse du Commissariat général du Plan publiée en 2004, « le système des droits de propriété intellectuelle est en général conçu pour réaliser un arbitrage entre deux objectifs en partie contradictoires. Il s'agit, d'un côté, d'une logique de réservation, qui vise à inciter à innover et à créer, à long terme, en attribuant aux inventeurs et aux créateurs un monopole temporaire sur l'utilisation de leur patrimoine intellectuel et, de l'autre, du souci consistant à minimiser les pertes de bien-être social qui résultent, à court terme, de ces monopoles temporaires »⁶.

Dès lors, à chaque évolution du contexte économique ou technologique, c'est le maintien ou le renouvellement de cet équilibre qui sont rediscutés. Caractéristiques dans ce sens, étaient les propos du président du comité permanent du droit des brevets de l'OMPI en 2009 lors d'une conférence où était notamment évoquée la contribution de la propriété intellectuelle à la lutte contre le réchauffement climatique : « nous devons reconnaître que la propriété intellectuelle n'est pas une fin en soi, mais un instrument pour promouvoir l'innovation, la créativité et la diffusion des savoirs »⁷.

C'est donc bien l'intérêt général qui constitue la première et la plus essentielle des justifications de l'existence des droits de propriété intellectuelle⁸.

⁶ *La propriété intellectuelle dans le contexte de la société du savoir*, Note PIETA n°1, Commissariat général du Plan, 16 mars 2004, p. 2.

⁷ M. Maximiliano Santa Cruz, in *Compte-rendu de la Conférence internationale de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et les questions de politique publique*, Genève, 13-14 juillet 2009, *Magazine OMPI*, septembre 2009.

⁸ Cela fut encore rappelé lors du colloque de la chaire Arcelor consacré aux rapports entre intérêt général et brevet : « l'intérêt général (qui) fut, par ailleurs, la première justification du droit des brevets. (...) L'intérêt général constitue de cette manière le fondement nécessaire à la légitimité du système et de ce fait à l'adhésion de ses destinataires » (C. Nozaradan, « Brevet et intérêt général »).

B. L'intérêt général comme justification et limite de la propriété intellectuelle

Que les considérations d'intérêt général justifient et encadrent la propriété intellectuelle, cela est flagrant aux États-Unis puisque c'est la Constitution américaine elle-même qui, dans la section 8 de son premier article, confère au Congrès le pouvoir « de favoriser 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 sur leurs découvertes respectifs ».

En France, ni les textes constitutionnels ni la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (DDHC) ne comportent de dispositions analogues. Pour autant, le Conseil constitutionnel a explicitement reconnu « l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle »⁹. Le juge constitutionnel estime en effet que la propriété intellectuelle fait partie des « domaines nouveaux » bénéficiant de la protection constitutionnelle que la DDHC assure au droit de propriété¹⁰. Après deux décisions en matière de droit des marques¹¹, il a ainsi plus récemment précisé – dans sa décision relative à l'HADOPI – que cette protection constitutionnelle se traduisait notamment par « le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France »¹².

Cette consécration constitutionnelle ne fait, en réalité, que reprendre un point de vue largement partagé par la doctrine depuis longtemps. Ainsi lors de l'adoption de la loi française de 1844 sur les brevets, le gouvernement déclara que « l'inventeur ne peut exploiter sa découverte sans la société ; la société ne peut en jouir sans la volonté de l'inventeur; la loi intervient : elle garantit à l'un une jouissance exclusive, temporaire ; à l'autre, une jouissance différée, mais perpétuelle. Cette solution, transaction entre les principes et les intérêts, constitue le droit des inventeurs »¹³. En 1960, on pouvait à nouveau écrire que « le lien qui rattache l'intérêt public à la protection de la propriété industrielle

in Bernard Rémiche (sous la dir. de), *Brevet, innovation et intérêt général*, Larcier, 2006, p. 454 et 455).

⁹ Considérant 13 de la décision n° 2004-499, DC du 29 juillet 2004.

¹⁰ Voir en particulier le considérant 15 de la décision n° 2006-540, DC du 27 juillet 2006. Le juge constitutionnel français rejoint en cela la Cour européenne des droits de l'homme qui – depuis son arrêt sur la marque Budweiser (CEDH, gde ch., 11 janvier 2007, « Anheuser Busch Inc c/ Portugal », aff. 73049/01, JCP E 2007, 1409, note A. Zollinger) protège également la propriété intellectuelle au nom du respect du droit de propriété fondé sur le premier protocole additionnel (v. notamment, M. Dupuis, « L'immixtion de la Convention EDH dans la propriété industrielle », *Lamy Droit des affaires*, août-septembre 2009, n° 41, p. 67).

¹¹ Décisions n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 (considérant 7) et n° 91-303 DC du 15 janvier 1992 (considérant 9).

¹² Considérant 13 de la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

¹³ *Exposé des motifs du projet de loi sur les brevets d'invention*, présenté à la chambre des pairs par M. Cunin-Gridaine, ministre du Commerce et de l'agriculture, 10 janvier 1843.

(...) a toujours existé. Il a même été souligné énergiquement et étonnamment souvent. Ce qui est logique, car toutes les catégories de la protection de la propriété industrielle sont une expression de l'économie et de son encouragement (...) Il n'est donc pas étonnant que tout le droit des brevets soit imprégné d'intérêt public »¹⁴. Et Marc Sabatier renchérisait dans le même sens une quinzaine d'années plus tard : « que la loi recherche à concilier intérêt collectif et intérêt personnel, ou des intérêts particuliers opposés, elle poursuit toujours un même but : satisfaire l'intérêt général »¹⁵.

Bien évidemment, cette invocation répétée et assez unanime de l'importance de l'intérêt général comme fondement et limite des droits de propriété intellectuelle ne doit pas cacher le fait qu'il existe plusieurs compréhensions de cette « notion protéiforme » dont les présupposés philosophiques et politiques peuvent être très différents (depuis une conception « utilitariste » qui ne vise que l'objectif d'efficacité économique, jusqu'à une option plus « volontariste » qui intègre des objectifs politiques et humanistes transcendant la simple réalisation d'objectifs économiques privés ou collectifs)¹⁶. Sans entrer dans ce débat théorique, nous pouvons cependant relever que l'intérêt général dans ses différentes acceptions trouve effectivement sa place dans les différents régimes de propriété intellectuelle.

S'agissant du droit d'auteur, l'on a parfois soutenu que la conception continentale ferait moins de place à l'intérêt général du public que dans le système anglo-saxon du copyright (qui réserve fortement l'espace du « *public domain* »)¹⁷.

Pour autant, l'analyse historique montre que si la tendance excessivement personnaliste de la loi de 1957 a semblé occulter sa dimension d'intérêt général¹⁸, celle-ci était en réalité très présente dès les origines du droit

¹⁴ S. Pretnar, « La notion d'intérêt public et la Convention d'Union », in *Mélanges Marcel Plaisant*, Sirey, 1960, p. 141.

¹⁵ M. Sabatier, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, coll. CEIPI, Librairies techniques, 1976, p. 7.

¹⁶ Sur l'ensemble de ce débat de principe, v. M. Buydens, « L'intérêt général, une notion protéiforme » in Mireille Buydens & Séverine Dusollier (sous la dir. de), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruylant, 2008, p. 1-49. V. également les possibles différences théoriques qui pourraient exister entre les notions d'intérêt public et d'intérêt général qu'y sont évoquées dans la thèse de S. Haddadin, *Essai sur une théorie générale en droit d'auteur*, Université de Poitiers, 2007, p. 61 et s.

¹⁷ V. notamment les propos de Desbois : « Les droits de propriété littéraire et artistique ne sont pas considérés, dans la législation française, comme les instruments d'une politique inspirée par des considérations d'opportunité, par le souci de stimuler la création intellectuelle » et selon lequel « le droit d'auteur a pour but essentiel la protection des créateurs tandis que le droit des brevets met plus en avant les droits de la collectivité » (H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd, 1978, p. 7).

¹⁸ Sur l'opposition historique entre le projet législatif inabouti de Jean Zay en 1936 (qui mettait en avant l'articulation nécessaire entre les intérêts privés et l'intérêt public) et la loi de 1957 qui renonça à cette approche et fit plutôt de l'État un arbitre entre les auteurs et les éditeurs, v. A. Latournerie, « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », *Multitudes*, 2001/2 n° 5, p. 49-54.

d'auteur français¹⁹ et les travaux récents en propriété littéraire et artistique semblent remettre en avant cette problématique de l'intérêt public et de la balance nécessaire entre les intérêts de l'auteur et l'intérêt du public²⁰. Quant au droit positif récent, on notera que le traité de l'OMPI sur le droit d'auteur rappelle dans son préambule « l'importance exceptionnelle que revêt la protection au titre du droit d'auteur pour l'encouragement de la création littéraire et artistique » et reconnaît « la nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général »²¹.

Si l'on étudie chaque régime particulier de propriété intellectuelle, on découvre immédiatement des manifestations tangibles de la prise en compte d'impératifs d'intérêt public²². S'agissant du droit des brevets, plusieurs dispositions donnent à l'État et aux services du ministère de la défense d'effectuer un examen préalable de toutes les demandes de brevet déposées à l'INPI (articles L 612-8 et R 612-26 à R 612-32 CPI) et de mettre au secret celles d'entre elles qui présentent un intérêt pour la défense nationale²³. Témoignent également des impératifs de puissance publique, les droits reconnus à l'État pour attribuer autoritairement des licences²⁴, voire pour exproprier un breveté.

¹⁹ V. notamment la thèse de Stéphanie Carre, qui estime que « la question de l'intérêt du public (...) est concomitante à la naissance du droit d'auteur » et qui cite notamment les travaux de Renouard ainsi que cette formule de Victor Hugo : « le droit d'auteur est une « propriété d'utilité générale » (S. Carre, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse, Montpellier 1, 2004, p. 6-15). Laurent Pfister pour sa part rappelle que les arrêts fondateurs du Conseil du Roi de 1777 et 1778 limitent la durée des privilèges afin de « préserver un domaine public, gage d'émulation entre les exploitants du royaume mais aussi de l'accès du public aux livres » (L. Pfister, « Mort et transfiguration du droit d'auteur ? - Éclairages historiques sur les mutations du droit d'auteur à l'heure du numérique », *Bulletin des bibliothèques de France*, t. 51, 2006, n° 5, p. 8).

²⁰ S. Carre parle d'une « renaissance » des interrogations relatives à l'intérêt du public et de « l'assimilation entre intérêt du public et intérêt public » (S. Carre, *op. cit.*, p. 19). V. également Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Paris, Litec, 2004 ; Yves Gaubiac, « Intérêt général et droit d'auteur », *Propr. Intell.*, juillet 2010, n° 36, p. 814 (qui affirme que « l'intérêt général apparaît comme le moteur qui détermine l'introduction du droit d'auteur. (...) La dimension d'absolu que le droit d'auteur pouvait avoir à certains moments a disparu... La fonction sociale s'accroît sans cesse »).

²¹ Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur le droit d'auteur, signé à Genève le 20 décembre 1996.

²² Sur les différentes prérogatives ou exceptions qui relèvent de l'intérêt public dans les différents régimes de propriété intellectuelle, v. Bertrand Warusfel, « L'émergence d'un droit public de la propriété intellectuelle », in Matthieu Conan et Béatrice Thomas-Tual (sous la dir. de) *Les transformations du droit public*, La Mémoire du droit, 2010, p. 161-211. Egalement (mais centré sur le droit des brevets), J. Waline, « Propriété industrielle et droit public », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 66 et s.

²³ Cf. Martine Hiance in *La propriété industrielle et le secret* - Centre Paul Roubier, journée d'étude du 4 avril 1995, Litec, 1996, p. 36-39 ; et pour une comparaison européenne : François Goutorbe, « Comparaison et analyse des contraintes relatives à la Défense nationale en matière de brevet d'invention dans les principaux pays européens : l'interdiction de publication et de libre exploitation », *Propr. Ind.* novembre 2007, n° 11, étude 23.

²⁴ Plusieurs intérêts publics majeurs peuvent justifier l'attribution d'une licence d'office par l'autorité administrative : les besoins de la santé publique (article L 613-16 CPI), ceux de « l'économie nationale » (article L 613-18 CPI) et les impératifs de la défense nationale (article L 613-19 CPI).

Du côté du droit des marques, ce sont les signes essentiels de l'autorité publique qui sont également préservés contre toute appropriation privative par la Convention d'Union de Paris et l'article L 711-3 CPI tandis que l'article L 711-4(h) interdit l'enregistrement d'une marque qui porterait atteinte « au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale »²⁵. Un mécanisme parallèle est désormais établi depuis la loi du 22 mars 2011 s'agissant du refus d'enregistrement d'un nom de domaine français qui serait identique ou similaire à celui d'une personne publique²⁶.

En matière de droit d'auteur, deux exceptions au droit de reproduction découlent directement de la prise en compte d'un impératif de service public. Il s'agit tout d'abord, de l'exception au profit de la reproduction à des fins de préservation du patrimoine culturel ou historique (article L 122-5, 8°) et de celle concernant la diffusion des discours officiels ou politiques (article L 122-5, 3°e)²⁷. Mais plus encore, c'est la dérogation introduite par la loi DADVSI s'agissant des droits patrimoniaux des agents publics qui manifeste le mieux la place que l'intérêt général et les prérogatives des personnes publiques conservent au sein de la propriété littéraire et artistique²⁸.

Cet intérêt général qui traverse ainsi la propriété intellectuelle se manifeste également par la mise en oeuvre plus ou moins intensive suivant les domaines de prérogatives de puissance publique.

C. La mise en œuvre de prérogatives de puissance publique

La propriété intellectuelle n'est pas uniquement une politique publique dans ses objectifs. Elle l'est aussi par ses moyens. C'est plus particulièrement clair s'agissant des droits de propriété industrielle qui ont la particularité – par

²⁵ Disposition qui n'est cependant que partiellement protectrice des collectivités territoriales, dès lors que la Cour de cassation en fait une interprétation assez libérale, considérant qu'elle n'a pas « pour objet d'interdire aux tiers, de manière générale, de déposer en tant que marque un signe identifiant une collectivité territoriale, mais seulement de réserver cette interdiction au cas où résulte de ce dépôt une atteinte aux intérêts publics » (Cass. com., 23 juin 2009, pourvoi n° 07-19542).

²⁶ « L'enregistrement ou le renouvellement des noms de domaine peut être refusé ou le nom de domaine supprimé lorsque le nom de domaine est : (...) 3° Identique ou apparenté à celui de la République française, d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales ou d'une institution ou service public national ou local, sauf si le demandeur justifie d'un intérêt légitime et agit de bonne foi » (article L 45-2 du Code des postes et communications électroniques).

²⁷ On peut y ajouter (bien qu'il s'agisse d'une construction purement jurisprudentielle), l'exemption concernant les textes officiels et les décisions de justice (v. André Kéréver, « Le droit d'auteur français et l'État », *RIDA* octobre 1981, n° 110, p. 129).

²⁸ Sur la réforme issue des articles 31 à 33 de la loi du 1^{er} août 2006 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (et créant notamment l'article L 131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle), v. Jean-David Dreyfus, « Brèves remarques sur le droit d'auteur des agents publics après la loi du 1^{er} août 2006 » *AJDA* 2006 p. 2179 ; également : Juliette Mel, « Les créations de fonctionnaires », *CCE* novembre 2006, n° 11.

rapport aux autres droits intellectuels – d'être attribués par une autorité administrative qui a reçu une habilitation législative expresse pour ce faire.

C'est le cas des marques, des brevets, des dessins ou modèles ou des topographies de semi-conducteur accordés suite aux requêtes formées par les déposants par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) qui est un établissement public national, placé sous la tutelle du ministère en charge de l'industrie.

L'article L 411-4 CPI donne ainsi compétence au directeur général de l'INPI pour prendre « les décisions prévues par le présent code à l'occasion de la délivrance, du rejet ou du maintien des titres de propriété industrielle » et cet article précise que « dans l'exercice de cette compétence, il n'est pas soumis à l'autorité de tutelle ».

Mais il en va de même, dans leurs domaines de compétence respectifs, pour le comité de la protection des obtentions végétales (créé par l'article L 412-1 CPI, placé auprès du ministère de l'Agriculture) ou l'Institut national de l'origine et de la qualité (INAO) qui est un établissement public administratif sous tutelle de ce même Ministère de l'agriculture.

Très logiquement, l'examen et la délivrance des titres de propriété industrielle sont des activités administratives de service public et les décisions prises dans ce cadre sont des actes administratifs unilatéraux faisant grief (même si le Code de la propriété intellectuelle donne toute compétence aux juridictions judiciaires pour trancher les litiges relatifs à la validité de ces actes)²⁹. C'est notamment ce qu'a reconnu la Cour de cassation relativement à la qualification de la décision d'enregistrement d'une marque par le directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle³⁰.

Ce n'est pas le cas à l'inverse s'agissant de la propriété littéraire et artistique, puisque les droits d'auteur et les droits voisins sont consacrés par la loi sans qu'il soit besoin d'engager une quelconque procédure devant une autorité administrative. Pour autant, on retrouve à la marge certaines interventions de la puissance publique qui concourent au respect et à l'effectivité des droits reconnus. On peut penser, en particulier, au mécanisme de compensation équitable prévu par la directive sur le droit d'auteur du 22 mai 2001 et organisé en France sur la base de l'article L 311-4 du CPI. La détermination des supports concernés et des taux de rémunération est fixée par une commission paritaire instituée par l'article L 311-5 CPI. Cette commission publie un rapport annuel et ses décisions sont publiées au *Journal officiel*. Elle

²⁹ Cf. notamment sur le caractère d'acte public d'un brevet : J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 2006, n° 157, p. 89. La qualification était la même sous l'empire de la loi de 1844, sauf que le contentieux était alors confié au juge administratif (v. A. Hauriou, « Le contentieux administratif des brevets d'invention », in *Mélanges Plaisant, op. cit.*, p. 97, qui cite le premier arrêt du Conseil d'État annulant pour excès de pouvoir une décision relative au refus de délivrance d'un brevet, CE, 14 avril 1864, « Laville »).

³⁰ Cass. com., 31 janvier 2006, *PIBD* 2006, III, p. 214.

transmet au Parlement ses délibérations, lesquelles « sont exécutoires si, dans un délai d'un mois, son président n'a pas demandé une seconde délibération ». Nous sommes donc bien là devant un organisme qui, bien que paritaire, se voit reconnaître une prérogative administrative unilatérale³¹.

Enfin, et plus généralement, l'implication de la puissance publique s'apprécie dans les moyens mis en œuvre pour lutter contre la contrefaçon de tous les droits de propriété intellectuelle. Si l'action civile est partout présente (et est largement utilisée, voire quasi-exclusivement dans certains domaines comme en matière de brevets), elle est complétée ou concurrencée par d'autres moyens. D'une part, toute atteinte à un droit de propriété intellectuelle constitue également une infraction pouvant être poursuivie devant le Tribunal correctionnel³². Ce sont alors les services de police judiciaire et le parquet qui prennent en charge les poursuites (même si les titulaires se constituent parties civiles et tiennent souvent un rôle actif dans les procédures).

Mais la prévention contre la contrefaçon implique également parfois l'autorité administrative elle-même. C'est particulièrement le cas de l'action des services de douanes qui, non seulement, sont habilités à sanctionner les importations illégales de produits contrefaits mais ont reçu également – depuis la loi du 5 février 1994 relative à la répression de la contrefaçon – le pouvoir de pratiquer la rétention douanière dès lors que les titulaires de droit en font la demande. Enfin, dans le cas particulier mais très sensible de la lutte contre le téléchargement illicite d'œuvres numériques, les lois HADOPI 1 et 2 des 12 juin et 28 octobre 2009 ont instauré un mécanisme d'intervention directe de cette nouvelle institution administrative indépendante, venant compléter ou précéder les actions pénales classiques. Même si ce dispositif exorbitant du droit commun est maintenant remis en cause, il demeurera comme un exemple emblématique extrême de la tendance à vouloir impliquer très étroitement la puissance publique dans la lutte contre certaines formes de contrefaçon, au risque même de venir concurrencer l'intervention de la justice³³.

Si la propriété intellectuelle présente donc les caractéristiques d'une véritable politique publique établie au nom de l'intérêt général et qui – malgré

³¹ Pour un exemple du contrôle du juge administratif sur les décisions de cette commission, cf. notamment : CE 25 novembre 2002, « Syndicat des industries de matériels audiovisuels électroniques et autres », note A. Kerever, *RIDA* avril 2003, n° 196.

³² V. notamment le rapport sur la question Q169 *Les sanctions pénales relatives à la violation des droits de propriété intellectuelle*, AIPPI 2002 (accessible sur le site www.aippi.org). Là aussi, il exista un temps une exception en matière de brevets, puisque la contrefaçon de brevets cessa d'être poursuivie pénalement en France entre 1978 et 1993. Mais la loi du 26 novembre 1990 a rétabli cette possibilité d'action pénale, ce qui – à défaut d'être efficace – témoigne symboliquement de la volonté du législateur de considérer toujours toutes les contrefaçons comme des atteintes graves à l'ordre public.

³³ On rappellera qu'il fallut que le Conseil constitutionnel censure certaines dispositions de la loi « Création et Internet » (Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, également souvent appelée Hadopi 1) qui prévoyait que l'HADOPI puisse elle-même prononcer la sanction de coupure de l'abonnement Internet, pour que cette fonction répressive (attentatoire, selon le Conseil, à la liberté de communication) soit finalement rendue au juge (décision CC n° 2009-580 DC du 10 juin 2009).

la nature privée des droits qu'elle confère – réserve l'exercice de prérogatives de puissance publique, elle affronte par ailleurs toutes les complexités que peut rencontrer l'action publique lorsqu'elle cherche à réguler les comportements et les mécanismes économiques de marché.

II. Un pilotage politique complexe dans le champ du droit économique

Reconnaître que la propriété intellectuelle est une politique publique permet sans doute de mieux comprendre certaines des contraintes qui pèsent sur son pilotage quotidien par la puissance publique et qui tiennent à la complexité des compétences administratives et gouvernementales concernées ainsi qu'à la présence de groupes d'intérêt très actifs dans le domaine, alors que les marges de manœuvre de l'action publique sont fortement contraintes par un cadre européen et international très dense.

En effet, comme nous l'avons remarqué d'entrée de jeu, la notion de politique publique permet de sortir d'une vision trop exclusivement juridique et régaliennne de l'action de l'État et de mieux en percevoir la réalité qui est faite de compromis imparfaits avec des contraintes nombreuses qui tiennent à la fois aux logiques administratives internes et au jeu des acteurs extérieurs³⁴.

Cela est particulièrement fréquent lorsque l'on se trouve (comme c'est le cas s'agissant de la propriété intellectuelle) dans le champ du droit économique, lequel – si l'on suit notamment les perspectives stimulantes ouvertes par Gérard Fargat³⁵ – constitue un nouveau domaine juridique qui vise, par-delà le clivage classique droit public/droit privé, à assurer la régulation du comportement des acteurs économiques et son orientation vers l'intérêt général par différents dispositifs publics ou privés³⁶.

³⁴ Cette approche constitue une « rupture par rapport à la tradition juridique, qui aborde l'État à partir des normes de droit qui régulent l'activité de ses organes, alors que l'analyse des politiques publiques essaie d'en démonter le fonctionnement, en s'attachant aux activités de ses différentes composantes et de leurs interactions avec des acteurs formellement extérieurs à la sphère étatique » (D. Kübler et J. de Maillard, *Analyser les politiques publiques*, PUG, p. 12).

³⁵ V. notamment G. Farjat, *Droit économique*, Themis, 1971, et – plus récemment – *Pour un droit économique*, PUF, 2004.

³⁶ Notamment C. Leroy, « Réflexions sur l'autonomie et la suprématie du droit économique », *RIDE* 2000; 14 (3), p. 377-404 (qui présente le « droit économique » comme pouvant se substituer notamment aux anciennes approches de « droit public économique » ou de « droit public des affaires »). Pour un exemple d'une réflexion de droit économique de la propriété intellectuelle mettant en avant « le droit du comportement sur le marché », v. R. M. Hilty, « La Constitution économique européenne et la propriété intellectuelle », *RIDE* 2011/4 t.XXV, p. 481-510.

A. Une coordination interministérielle délicate

Bien que la doctrine affirme et défende l'unicité des différents domaines de la propriété intellectuelle³⁷, l'organisation administrative et gouvernementale française a toujours pratiqué une forte césure entre les aspects relevant de la propriété littéraire et artistique et ceux appartenant à la propriété industrielle. Les premiers relèvent directement du ministère de la Culture tandis que les seconds sont dans l'orbite du ministère de l'économie et de l'INPI qui est sous sa tutelle (ainsi que, dans une moindre mesure, du ministère de l'agriculture).

Cette dichotomie gouvernementale s'explique par la diversité des secteurs concernés (d'un côté, le monde de la création artistique, de l'autre celui des activités industrielles et commerciales) dont le suivi et la régulation sont logiquement confiés à des administrations différentes.

Mais l'évolution de l'économie et des technologies (en particulier, la numérisation) induit un décroisement fréquent de certaines questions de propriété intellectuelle, au-delà du clivage classique qui sépare la propriété littéraire et artistique de la propriété industrielle. On pensera notamment à la distinction entre droit d'auteur et droit des dessins et modèles (même après que la réforme du droit européen des modèles ait rendu moins systématique le cumul de protection au titre de l'unité de l'art). Plus encore, la délicate (et très politique) question de la brevetabilité des inventions logicielles met inévitablement en cause des intérêts et des normes qui mêlent étroitement droit d'auteur et droit des brevets. Quant au développement des « industries culturelles » il manifeste que la frontière entre le domaine des activités créatives et celui de leur exploitation économique devient structurellement poreuse (pour ne pas dire obsolète).

Dès lors, on ne peut que regretter que la partition de la politique de propriété intellectuelle entre les rues de Valois et de Bercy ne soit pas compensée et régulée par une réelle instance de coordination ou de pilotage. Non seulement, cette coordination organisée n'existe pas de manière pérenne au sein du cabinet du Premier ministre (où ce sont souvent des conseillers distincts qui suivent ces problématiques) mais plus encore, chacun des deux centres d'impulsion de la politique publique en ces matières a constitué et conservé son propre appareil de prospective et de conseil juridique : le Conseil supérieur de la propriété industrielle³⁸ et le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique³⁹. Si beaucoup de thématiques traitées dans ces deux enceintes sont spécifiques à leur champ de compétences, il apparaît pourtant que sur certaines des questions les plus sensibles de la propriété intellectuelle

³⁷ V. notamment les développements de N. Binctin en faveur de l'unicité du droit de la propriété intellectuelle : N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2012, p. 19-24.

³⁸ Institué par l'article R413-1 CPI.

³⁹ Institué par l'arrêté du 10 juillet 2001 et confirmé par l'article 17 de la loi DADVSI du 1er août 2006.

contemporaine, on aurait un grand intérêt à voir travailler ensemble ces instances, voire, peut-être à les fusionner en un haut conseil de la propriété intellectuelle qui – même doté de deux collèges – donnerait à l'État les moyens d'une réflexion et d'une action de propriété intellectuelle élargie⁴⁰.

Ajoutons que l'éclatement institutionnel va au-delà puisque d'autres ministères techniques sont sectoriellement concernés par les questions de propriété intellectuelle : celui de l'agriculture au titre des appellations d'origine et des obtentions végétales, celui de la santé s'agissant du domaine pharmaceutique, le ministère de la défense pour ce qui concerne la procédure d'examen et de mise au secret des inventions intéressant la défense nationale ou encore celui de la recherche qui est impliqué – notamment depuis la loi Allègre du 12 juillet 1999 – dans les problématiques de stimulation et de valorisation de la recherche publique grâce aux droits de propriété intellectuelle⁴¹ (notamment brevets et droits sur les logiciels). Et au-delà, deux grands ministères régaliens sont également fréquemment impliqués dans les questions de propriété intellectuelle : le ministère de la justice et celui des affaires étrangères (qu'il agisse directement ou par l'intermédiaire de son ministère délégué aux affaires européennes). Ni l'un ni l'autre n'étant concernés de manière suffisamment permanente par ce domaine, ils ne disposent pas d'équipes spécialisées et ce sont les fonctionnaires généralistes de la direction des affaires civiles et du sceau (pour l'essentiel) d'une part, et de la direction des affaires juridiques du Quai d'Orsay d'autre part, qui interviennent ponctuellement aux côtés des experts du ministère de la Culture ou de l'INPI pour préparer ou négocier les nouvelles dispositions légales françaises, européennes ou internationales en la matière.

Face à cette dispersion des compétences et des centres de décision publics, la création en 2007 d'une Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE)⁴² est sans doute un premier signe de la nécessité pour la puissance publique de rationaliser et de faire travailler en plus grande synergie l'ensemble de ses moyens touchant en particulier la propriété intellectuelle. Mais si cette institution est à saluer, elle ne peut tenir lieu de centre de pilotage stratégique de toute la politique publique de propriété intellectuelle. Au contraire, cette agence n'a en charge qu'un aspect particulier (et jusqu'alors assez méconnu), celui de l'exploitation des ressources de la propriété intellectuelle au profit

⁴⁰ On permettra à l'auteur de ces pages – ancien membre du Conseil supérieur de la propriété industrielle – d'évoquer un unique souvenir de travail conjoint auquel il participa en 1997-1998 pour la transposition de la directive du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données, à propos de laquelle une commission de travail co-pilotée par la direction juridique de l'INPI et celle du ministère de la Culture avait été constituée.

⁴¹ V. notamment « La propriété intellectuelle au service de la recherche publique : jusqu'à quel point ? », Note PIETA n°2, Commissariat général du Plan, 15 juin 2003.

⁴² Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'État », *JORF*, 12 mai 2007. p. 8684. V. également le compte-rendu du colloque organisé sur ce thème du patrimoine immatériel de l'État le 16 mars 2012 in *Lamy Droit de l'immatériel* juin 2012, n° 83, p. 100-102.

propre de l'État⁴³. Cela rajoute une nouvelle dimension à la politique publique de propriété intellectuelle, mais si cela marque l'importance d'une telle politique, cela ne va pas conduire à la simplification de son pilotage, puisque d'une certaine manière la puissance publique exprime par là ses intérêts « privatifs » et budgétaires, qui peuvent ne pas toujours s'articuler aisément avec l'intérêt général du public⁴⁴. Dès lors, l'exercice politique n'est plus seulement un arbitrage neutre et désintéressé entre les intérêts des différents groupes économiques et sociaux mais un choix engagé de la puissance publique sur des domaines où elle possède également ses propres intérêts.

B. Une forte présence des groupes d'intérêt

Une autre source de complexité du pilotage des politiques publiques de propriété intellectuelle tient certainement à la présence très active des groupes d'intérêt dans tous les champs de la propriété intellectuelle. On connaît la part que la science politique fait aujourd'hui à l'intervention de ces groupes représentant les intérêts des différents acteurs sociaux ou économiques et à leur influence sur la prise de décision publique⁴⁵. Il s'agit d'un processus éminemment ambivalent puisque si leur intervention – inévitable dans une société ouverte et un État démocratique – peut contribuer à éclairer le législateur sur les aspects techniques d'un sujet et sur les positions des différentes parties intéressées et donc ainsi favoriser la préparation de la décision publique, elle constitue également un risque permanent d'instrumentalisation, voire de privatisation de la politique publique⁴⁶. On

⁴³ Sur l'utilisation et la valorisation des droits de propriété intellectuelle par les personnes publiques, v. notamment notre article : B. Warusfel, 2010, préc.

⁴⁴ Lors du colloque de 2012, il a cependant été relevé que « l'enjeu de la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques n'est pas seulement économique et budgétaire, il réside aussi dans la qualité des services rendus par les personnes publiques à leurs interlocuteurs » (compte-rendu précité, p. 100). Cette affirmation conforme à la logique traditionnelle du droit administratif français, selon laquelle ce qui est bon pour l'administration est nécessairement producteur d'intérêt général, mérite sans doute d'être relativisée dès lors que les objectifs économiques de la personne publique titulaire de droits peuvent être ponctuellement antagonistes non seulement avec ceux d'opérateurs privés mais encore avec les objectifs de certaines autres politiques publiques (par exemple, dans le cas où la commercialisation des droits sur un bien public va à l'encontre de la gratuité du service public et de l'accès aux biens culturels).

⁴⁵ On connaît en particulier le travail fondateur d'Olson (M. Olson, *Logique de l'action collective*, PUF, 1978) et son fameux paradoxe, selon lequel les petits groupes de pression sont souvent mieux à même d'influencer la décision car ils sont plus organisés et plus actifs que les grandes structures représentatives. S'agissant du cas français en la matière, cf. notamment Y. Meny, « La légitimation des groupes d'intérêt par l'administration française », rapport au congrès de l'Association internationale de science politique, Paris, juillet 1985.

⁴⁶ On a pu parler d'un "double déterminisme" pesant sur la fonction législative : « l'initiative gouvernementale et l'influence des groupes de pression » (J.-P. Duprat, « Génèse et développement de la légistique », in Roland Drago (sous la dir. de), *La confection de la loi*, Académie des sciences morales et politiques, mars 2003, p. 48). Dans sa thèse, J. Lapousterle n'hésite pas à opposer la double nature des groupes de pression : « forces créatrices du droit » mais aussi « forces corruptrices du droit » (J. Lapousterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes – Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, 2009).

connaît notamment la théorie de la « capture de la réglementation » développée par George Stigler qui la décrit comme un service échangé entre les offreurs que sont les décideurs publics et les responsables d'entreprise qui sont demandeurs d'une réglementation pour protéger leurs intérêts⁴⁷.

Or, toutes ces approches sont applicables aux droits de propriété intellectuelle, qui procurent à certains une protection juridique bienvenue tandis qu'ils restreignent nécessairement la liberté d'agir d'autres catégories. L'importance et la diversité des groupes d'intérêt concernés autour de ces questions est donc évidente. Jean Lapousterle a ainsi bien montré pourquoi le droit de la propriété littéraire et artistique « présente des facteurs intrinsèques de prédisposition à l'influence des groupes de pression »⁴⁸. Tout d'abord, la technicité du domaine rend utile (voire nécessaire) le recueil d'informations auprès des professionnels concernés. Mais d'un point de vue plus politique, « l'enchevêtrement d'intérêts divergents requiert du législateur une parfaite connaissance des positions respectives des uns et des autres, afin de ne pas bouleverser involontairement des équilibres qui conditionnent la survie des groupes en question et de dégager des compromis », ce qui accroît également l'utilité de voir les groupes d'intérêt s'exprimer et se positionner sur tous les grands sujets touchant au droit d'auteur⁴⁹.

Il n'y a aucune difficulté à élargir la démonstration aux questions de propriété industrielle. On retrouve dans ces domaines une même diversité d'acteurs et d'intérêts : entre les titulaires de droit et les tiers (parfois représentés par des associations d'usagers, comme ce fut le cas par exemple dans les débats virulents autour de la question de la brevetabilité des inventions logicielles), entre grands et petits déposants, entre entreprises privées et centres de recherche publique, etc.

En matière de droit d'auteur, J. Lapousterle décrit très bien comment, par exemple l'inclusion d'une exception au profit des bibliothèques et des enseignants fut l'objet d'un lobbying très important de la part des professionnels concernés qui usèrent de leurs influences tant au niveau de l'adoption de la directive du 22 mai 2001 que de sa transposition en France par la loi DADVSI de 2006⁵⁰. De même, on se souvient que lors du vote de cette même loi, une bataille d'amendement a finalement abouti à l'adoption du nouvel article L 335-2-1 CPI (qui permet de mettre en cause la responsabilité pénale des fournisseurs de logiciel *peer-to-peer*, dès lors qu'un tel logiciel apparaît « manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ») et que cette disposition a été partout identifiée

⁴⁷ L'article fondateur de cette théorie est de George Stigler, "The theory of regulation", *Bell Journal of Economic and Management*, 1971, n° 2(1), p. 3-21. Voir aussi J.-J. Laffont et J. Tirole, "The Politics of Government Decision Making: A Theory of Regulatory Capture", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, novembre 1991, p. 1089-1127.

⁴⁸ J. Lapousterle, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁹ J. Lapousterle, *op. cit.*, p. 22-23.

⁵⁰ J. Lapousterle, *op. cit.*, p. 109-120.

comme l'« amendement Vivendi », c'est-à-dire soutenu par les éditeurs de contenus numériques souhaitant un renforcement de la répression du téléchargement illicite en ligne⁵¹.

De même, les questions sensibles en matière de propriété industrielle sont très souvent l'objet de luttes d'influence intenses entre des intérêts opposés. Que l'on songe ainsi au débat récurrent sur les inventions de salariés qui divise depuis longtemps les tenants d'une meilleure rémunération des inventeurs salariés les incitant fortement à inventer et à déclarer leurs inventions et les organisations patronales qui redoutent les coûts que cela pourrait représenter⁵². On peut rappeler également la controverse que suscita longtemps la ratification par la France du protocole de Londres relatif à la suppression de l'obligation de traduction en français des brevets européens et qui opposa pendant près de dix ans les représentants des grandes entreprises et l'INPI aux conseils en propriété industrielle, aux avocats et aux traducteurs spécialisés ainsi qu'aux défenseurs de la francophonie. Plus récemment, la difficile et mouvementée négociation pour la mise en place d'un brevet unitaire et d'une juridiction unifiée des brevets en Europe vient de révéler des jeux d'intérêts et des stratégies d'influence – voire de capture – de la part de certains cercles actifs en matière de propriété industrielle (qu'il s'agisse par exemple des juges spécialisés, des grands déposants internationaux, ou des mandataires européens en brevet)⁵³.

On peut appliquer à ces conflits la réflexion de Daniel Innerarity selon laquelle « une bonne politique n'a pas à satisfaire les intérêts de tous (ce qui est presque toujours impossible) mais elle doit toujours essayer d'atteindre cet objectif. L'inévitable partialité de toute décision est atténuée quand cette dernière est précédée d'une période de délibération au cours de laquelle tous les intérêts légitimes sont pris en considération »⁵⁴.

L'exercice d'arbitrage politique est donc particulièrement délicat, et ce d'autant plus qu'il doit tenir compte d'un cadre juridique européen et international très

⁵¹ On notera d'ailleurs qu'à cette occasion, l'éventuelle « capture » législative s'est révélée complexe car une première mouture de cet amendement fut tout d'abord proposée par la commission spécialisée du CSPLA (alors présidée par Pierre Sirinelli) au sein de laquelle les débats entre tenants et opposants de la mesure furent forts vifs (v. CSPLA, *Commission spécialisée portant sur la distribution des œuvres en ligne*, Avis n° 2005-2, annexe 1).

⁵² Voir par exemple le blog très représentatif des positions des inventeurs salariés de Jean-Paul Martin, conseil en propriété industrielle (<http://jeanpaulmartin.canalblog.com>) et les tentatives infructueuses de réforme des dispositions de l'article L 611-7 (proposition de loi de la députée Colette Le Moal du 5 février 2010 et proposition de loi du sénateur R. Yung du 4 juin 2010).

⁵³ V. Emmanuel Lazega, « Mapping Judicial Dialogue across National Borders: An Exploratory Network Study of Learning from Lobbying among European Intellectual Property Judges », *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 2 (May) 2012, p. 115-128 ; et, plus indirectement, J.-C. Galloux : « L'effet unitaire : de la greffe à la capture », in Ch. Geiger (sous la dir. de), *Quel droit des brevets pour l'Union européenne ?* Actes du colloque organisé par le CEIPI, 26-27 avril 2012, LexisNexis, coll. CEIPI, n° 59, 2013, p. 55-73.

⁵⁴ D. Innerarity, *La démocratie sans l'État – Essai sur le gouvernement des sociétés complexes*, Climats, 2006, p. 60.

prégnant et qui, de ce fait, limite d'autant les marges de manœuvre des autorités publiques françaises.

C. Construire une politique dans un cadre européen et international contraignant

Les travaux contemporains de science politique rendent compte d'une « dénationalisation de l'autorité politique » du fait notamment de la globalisation, de la croissance d'acteurs publics transnationaux et du développement des capacités décisionnelles des acteurs privés⁵⁵. Le domaine de la propriété intellectuelle en est un bon exemple. Régi depuis longtemps par un réseau très dense de conventions internationales sectorielles⁵⁶, il a acquis une place particulière dans la mondialisation économique depuis les accords ADPIC de 1994 dont Joanna Schmidt-Szalewski a dit très justement que « jusqu'en 1996, le droit de la propriété intellectuelle n'occupait pas une place remarquable dans la mondialisation. Les choses ont changé avec l'entrée en vigueur de l'accord de Marrakech du 15 décembre 1994 » et que cet accord (de par les principes du traitement national et de la nation la plus favorisée qu'il prévoit) « constitue une innovation majeure en matière de droits de propriété intellectuelle »⁵⁷.

Mais il est également devenu l'un des domaines dans lesquels le droit économique de l'Union européenne a entrepris de s'étendre depuis une quinzaine d'années, à tel point que l'on commence à parler d'un véritable droit européen de la propriété intellectuelle, même si tous les domaines ne sont pas également soumis à l'harmonisation, voire à l'intégration, provenant des textes de l'Union européenne.

Cet encadrement européen et international fort du domaine n'interdit pas cependant la définition et la mise en œuvre de toute politique publique d'origine nationale, mais il en rend l'exercice plus difficile et oblige le décideur politique à choisir des objectifs et des moyens compatibles avec ce cadre contraignant. L'État national conserve des cartes à jouer puisque « l'État reste une institution spécialisée dans l'exercice de l'autorité sur un certain territoire, et en tant que tel il est toujours l'État. La dénationalisation ne l'a pas non plus rendu superflu, car les autorités non étatiques, étant incomplètes, dépendent de son soutien pour leur légitimité et leur efficacité. Pour que les institutions

⁵⁵ V. notamment P. Genschel & B. Zangl, « L'État et l'exercice de l'autorité politique – Dénationalisation et administration », *Revue française de sociologie*, 2011/3 n° 523, p. 509-535.

⁵⁶ Depuis les conventions fondatrices de Paris (1883) pour la propriété industrielle et de Berne (1886) pour la propriété littéraire et artistique, puis des autres conventions sectorielles aujourd'hui gérées par l'OMPI (le PCT, l'Arrangement et le Protocole de Madrid, l'Arrangement de La Haye, les traités sur le droit d'auteur et les artiste-interprètes du 20 décembre 1996 en particulier). Sur la mondialisation du droit de la propriété intellectuelle, v. J.-L. Piotraut, *La propriété intellectuelle en droit international et comparé*, Lavoisier, 2007.

⁵⁷ J. Schmidt-Szalewski, « La propriété intellectuelle dans la mondialisation », *Propr. Ind.* juin 2006, n° 6, Etude n° 20.

internationales, les acteurs privés et les organisations transnationales exercent une part d'autorité, l'État doit les doter de ressources dont eux-mêmes ne disposent pas. En ce sens, la dénationalisation ne menace pas l'existence de l'État mais constitue désormais l'une de ses principales fonctions »⁵⁸.

De même, Ulrich Beck pense que « dans un contexte de mondialisation économique, les États se trouvent donc d'une certaine manière pris dans le piège de la dénationalisation » mais que s'ils veulent choisir d'agir au-delà de leurs frontières en réduisant les risques de conflit avec les autres États et « en concluant des alliances par lesquelles ils se lient eux-mêmes et réciproquement afin de renforcer leur position face à l'économie mondiale, alors il leur faut restreindre leur souveraineté nationale »⁵⁹.

Autrement dit, les politiques publiques nationales ne sont pas réduites à néant mais doivent passer par une coordination et un compromis tant avec les autres États (dans le cadre de rapprochements d'intérêts) qu'avec les structures supra-étatiques qui deviennent – comme c'est particulièrement le cas avec l'Union européenne – des lieux de référence pour l'institution d'un cadre efficace en matière de droit économique⁶⁰.

Il n'est pas dans les ambitions de cet article de proposer et de détailler quelles pourraient être les bases d'une politique française de propriété intellectuelle efficace dans les instances européennes et internationales. Contentons-nous d'évoquer cinq pistes pour avancer dans ce sens (qui est celui d'une « intelligence juridique » publique, au sens où nous employons ce terme⁶¹).

1°) **mener de manière régulière un travail national de définition des opportunités stratégiques en matière de propriété intellectuelle**, associant experts publics et privés, est sans doute la première nécessité. En France, rien de tel n'a été organisé depuis le chapitre qui était consacré aux différents scénarios de politique internationale de propriété intellectuelle dans le rapport du Plan de 2004⁶². Pourtant, plusieurs pays importants en la matière, dont le

⁵⁸ P. Genschel & B. Zangl, préc., p. 525.

⁵⁹ U. Beck, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, trad. Aubier, 2003, p. 375.

⁶⁰ Se référant aux travaux de P. Muller, P. Hassenteufel et Y. Surel indiquait déjà en 2000 que « l'intégration européenne peut être analysée également comme un processus de transfert de la fonction de production d'un référentiel global ou tout du moins comme un espace nouveau où se réaliserait l'articulation entre de nouvelles normes globales incarnées par la norme de marché et les espaces nationaux de production des politiques publiques » (P. Hassenteufel et Y. Surel, « Des politiques publiques comme les autres ? Construction de l'objet et outils d'analyse des politiques européennes », *Politique européenne*, 2000/1 n° 1, p. 17).

⁶¹ V. B. Warusfel, « Concurrence normative et stratégies juridiques : opportunités et limites d'une interaction complexe » in A. Masson (sous la dir. de), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 2009, p. 431 ; « L'intelligence juridique : une nouvelle approche pour les praticiens du droit », *Le Monde du droit*, 1-15 avril 2010.

⁶² « Quelle politique internationale de propriété intellectuelle d'ici 2020 ? », *Regards prospectifs sur l'État stratège n° 2*, Commissariat général du Plan, décembre 2004, p. 117-125.

Japon et la Corée ont constitué des structures permanentes qui élaborent et mettent à jour une stratégie nationale de propriété intellectuelle qui tienne compte des objectifs publics représentés par les différents ministères impliqués et les intérêts privés des entreprises nationales⁶³.

2°) sur la base d'un tel exercice de prospective stratégique régulièrement renouvelé, il faudrait **établir un agenda politique à court et moyen terme, identifiant les quelques problématiques du domaine sur lesquelles le gouvernement souhaiterait que la France exerce une influence**, qu'il s'agisse de proposer un nouveau sujet de négociation, ou de défendre ses positions et de résister à une évolution qui semblerait dangereuse dans un processus déjà engagé.

3°) **renforcer les moyens d'expertise publique spécialisés pour pouvoir intervenir en amont des négociations** paraît le corollaire des propositions précédentes, soit en développant par exemple les moyens spécialisés du Secrétariat général aux affaires européennes (SGAE) ou en créant une équipe interministérielle pérenne regroupant les experts du SGAE, de l'INPI, des ministères de la Culture, de la Justice et des Affaires étrangères.

4°) **impliquer dans ces travaux prospectifs et l'accompagnement du processus politique les acteurs professionnels et l'expertise juridique française** devrait également être une pratique constante, ce qui permettrait à la fois de valoriser l'influence de la propriété intellectuelle française (universités, centres de recherches, professions spécialisées, associations et sociétés savantes, publications) dans le monde mais aussi de bénéficier de compétences complémentaires tout en favorisant l'émergence de compromis entre et avec les acteurs du marché⁶⁴.

Conclusion :

Comme le dit très bien Marie-Anne Frison-Roche, « le politique non seulement construit les interférences en ce qu'il distribue les principes et les exceptions, mais encore en ce qu'il place les finalités à l'aune desquelles les statuts de principe ou d'exception se distribuent, voire en ce qu'il conduit les corps de règles techniques à converger pour les servir. Ce fait de poser les fins à partir desquelles toutes les techniques doivent s'agencer, fins qui constituent le futur des communautés, est l'acte politique par excellence »⁶⁵.

⁶³ V. notamment "Formulation and Implementation of National IP Strategy in Japan", présentation par l'État-major de la stratégie nationale de propriété intellectuelle, OMPI, 3 février 2012 (accessible sur le site www.wipo.org).

⁶⁴ Là encore, D. Inerarity dit bien les choses : « S'il fallait définir la fonction de la politique en quelques mots, je dirai qu'elle convertit les disjonctions en conjonctions » (D. Inerarity, *op. cit.*, p. 61).

⁶⁵ M.-A. Frison-Roche, « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation », in M.-A. Frison-Roche & A. Abello (sous la dir. de), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 21.

Dans le domaine de la propriété intellectuelle, cette place de l'action publique est d'autant plus indispensable que nous sommes au cœur même de ce que l'on appelle le droit économique et qui n'est pas une simple approche économique du droit, mais plutôt une discipline juridique en devenir qui vise la régulation de l'économie et son orientation vers l'intérêt général⁶⁶.

Cette vision nous paraît s'appliquer parfaitement à la propriété intellectuelle – en raison de sa dimension de politique publique – qui peut ainsi être décrite comme un des dispositifs typiques de droit économique⁶⁷. Nous sommes bien en présence de mécanismes juridiques qui confèrent des prérogatives influant sur l'allocation des ressources et le partage des revenus entre acteurs, mais dont les finalités ne sont pas seulement économiques, mais tiennent aussi à la réalisation d'objectifs socio-culturels (par exemple, la diffusion du savoir, la stimulation de l'innovation et de la recherche ou la préservation du patrimoine) et au respect de certains impératifs politiques ou philosophiques (notamment dans ses applications à des domaines sensibles comme les sciences du vivant, la bioéthique ou le traitement numérique de l'information).

Ainsi conçue, la propriété intellectuelle n'est pas un droit au service de l'économie mais bien un droit de et sur l'économie, c'est-à-dire usant de techniques juridiques sophistiquées pour obtenir des acteurs du marché des comportements jugés utiles à l'intérêt général et permettant une juste coordination de leurs intérêts privés respectifs⁶⁸.

Dans son article précité sur la propriété intellectuelle dans la mondialisation, Joanna Schmidt-Szalewski, écrivait justement que « la mondialisation a suscité un débat mondial sur les fondements mêmes de ces droits, qui montre que la propriété intellectuelle se trouve à la croisée des chemins, non seulement géographiques, mais aussi juridiques et philosophiques »⁶⁹. A ce carrefour entre toutes ces dimensions, ce sont seulement des choix politiques clairs et partagés par le plus grand nombre qui peuvent donner sens à l'existence de droits exclusifs ayant de tels effets directs sur le marché. C'est pourquoi une politique publique définissant des objectifs

⁶⁶ Notamment les travaux de G. Farjat et de C. Leroy, *préc.*

⁶⁷ Cette proposition a été l'hypothèse de départ du séminaire de recherches que nous avons lancé (avec Edith Blary-Clément et la participation inter-disciplinaire d'Isabelle Liotard) à l'Université Lille 2 en 2012-2013 sous le titre « La propriété intellectuelle, un droit économique ».

⁶⁸ Les économistes du droit expriment à leur manière cette vision du droit économique : « Une règle est ainsi jugée efficace si elle conduit les agents économiques à prendre des décisions conformes à l'intérêt général – celui-ci étant défini comme la somme des coûts et bénéfices induits pour l'ensemble des membres du corps social. En d'autres termes, la fonction économique de la règle de droit est d'instituer une convergence entre, d'une part les intérêts privés des agents économiques considérés séparément, et d'autre part l'intérêt général » (Y. Menière, « Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie », *Propr. Ind.* octobre 2010, n° 10, dossier 3).

⁶⁹ Joanna Schmidt-Szalewski, *op. cit.*

équilibrés et des moyens équitables est plus que jamais indispensable à la poursuite de la grande aventure que constitue la propriété intellectuelle et son développement mondial.