

Conclusion

Formidable instrument de diffusion et de traitement de l'information, l'Internet a logiquement rencontré sur sa route les impératifs de propriété intellectuelle. Cette rencontre n'a pas été si conflictuelle qu'on le dit parfois et la propriété intellectuelle a su faire valoir ses exigences dans l'univers numérique. Mieux, cette confrontation a été fructueuse dans de nombreux cas en obligeant le droit des créations immatérielles à se moderniser et en aidant le droit du commerce électronique et des réseaux à se constituer.

Après une première phase de reconnaissance et d'appropriation mutuel, nous entrons désormais dans une seconde période moins spectaculaire mais tout aussi importante. L'enjeu de cette deuxième étape est de stabiliser les concepts et les objets juridiques émergents (comme par exemple les noms de domaine), de légiférer nationalement et internationalement sur les quelques aspects qui nécessitent une telle intervention et – enfin – d'effectuer certains choix politiques et juridiques fondamentaux dont dépendra l'avenir des droits intellectuels et de l'économie de l'information.

Plusieurs éléments semblent d'ores et déjà acquis dont il va falloir tenir compte pour l'orientation des choses et la réflexion juridique durant la prochaine décennie. En premier lieu, nous savons aujourd'hui que les droits intellectuels classiques (droits d'auteur, brevets, marques, dessins ou modèles) ont vocation à s'appliquer – sous réserve de quelques modalités spécifiques – aux activités en ligne. Ensuite, nous pouvons prédire sans risque de nous tromper que des mesures techniques de protection des droits vont se développer, à l'initiative des titulaires de droit et des diffuseurs (en particulier dans les domaines sensibles comme la musique et l'image, mais aussi sans doute en matière d'édition de documents et de livres électroniques). De même, l'évolution économique des services en ligne va logiquement pousser au développement des services payants, et donc à la rémunération de la diffusion de nombreux contenus en ligne. Enfin, l'attrait commercial de ces activités de commerce électronique va conduire à des affrontements fréquents entre firmes concernant l'appropriation et l'exclusivité des nouvelles ressources techniques et informationnelles (bases de données, noms de domaines, procédés commerciaux innovants ...).

Les règles de propriété intellectuelle vont donc être soumises à de fortes pressions durant toute cette période. La question qui se pose est de savoir comment elles s'adapteront à cet environnement changeant et conflictuel et si ses équilibres fondateurs (entre droits privatifs et domaine public, entre droits moraux et droits patrimoniaux, entre objectifs économiques et ambitions culturelles) y résisteront.

Comme je l'ai souligné à diverses reprises, il me paraît important d'éviter certaines dérives possibles de la propriété intellectuelle. Tout n'est pas juridiquement protégeable, à l'évidence, et il faut que dans une société d'information et de réseaux les espaces de liberté ne soient pas restreints au point de freiner l'innovation et la créativité. Trop de propriété intellectuelle s'appliquant à trop d'objets immatériels (même non originaux ou nouveaux) tuerait certainement la propriété intellectuelle. Celle-ci ne doit pas être l'instrument de protection

universelle et s'il est légitime dans certains cas d'apporter une garantie juridique supplémentaire à des investissements ou aux résultats de certains prestations immatérielles, il faut peut-être envisager de créer quelques dispositifs spécifiques ("sui generis" comme disent les juristes) plutôt que d'essayer à toute force de faire rentrer tous les "biens informationnels" dans le cadre contraignant de la propriété intellectuelle.

Mais il serait encore plus aventureux de céder à une certaine démagogie en remettant directement ou indirectement en cause la légitimité de la propriété intellectuelle à participer à la régulation des échanges économiques et culturels dans le cyberspace. Comme la démocratie, la propriété intellectuelle est en effet, sous ses différentes facettes, le pire des systèmes juridiques applicables aux objets immatériels à l'exception des autres.

Tout d'abord, rappelons que la propriété intellectuelle est un droit égalitaire qui n'accorde pas sa protection en fonction de la position économique des titulaires, mais au regard de leur seule contribution aux progrès de la culture, des techniques ou des innovations commerciales. Entre deux acteurs économiques de taille différente se disputant le bénéfice d'une création, l'absence de propriété intellectuelle avantagerait nécessairement le plus puissant financièrement et commercialement en lui permettant de la mettre en œuvre le premier et le plus largement, même s'il n'en est pas à l'origine. A l'inverse, la reconnaissance d'un droit d'auteur (ou mieux encore d'un droit de brevet, car plus difficile à contourner) donnera au créateur le seul moyen de s'opposer (par le conflit ou par la négociation) au monopole économique d'une firme plus importante que lui. Ici également, on peut dire – en paraphrasant Lacordaire – que c'est bien le droit (de propriété intellectuelle) qui libère et la liberté (du marché) qui asservit.

Il faut donc se méfier des fausses symétries entre liberté du citoyen-internaute (légitimement inquiet des droits que lui opposent et que veulent lui faire payer les fournisseurs de contenus) et liberté économique du marché. Marginaliser la propriété intellectuelle dans les échanges numériques reviendrait surtout à accepter que l'unique régulation valable entre firmes dans le commerce électronique soit celle de la puissance économique et des intérêts commerciaux. Et comme le dit si bien Larry Lessig, dans un système sans régulation juridique, c'est l'architecture technologique déterminée par les grands industriels (le "code" des logiciels et des serveurs) qui fera seule la loi ("*code is law*") en imposant aux utilisateurs certains modes de comportements et de relations.

Seule une gestion raisonnée mais déterminée des droits intellectuels peut donc prendre en compte, au-delà de la dimension économique, d'autres intérêts essentiels tels que la protection de la personne créatrice et du patrimoine culturel (au travers par exemple des droits moraux de l'auteur), le respect de la liberté privée (par le jeu des exceptions au droit d'auteur) ou, encore, les impératifs supérieurs de la recherche et de la santé (au travers des exceptions – jamais rappelées mais effectives – existant en matière de brevet). Plutôt que de mettre en avant quelques exemples d'abus manifestes de la propriété intellectuelle (alors qu'ils sont finalement peu nombreux et souvent sanctionnés par les tribunaux), il faudrait mieux souligner que, dans la nouvelle économie du savoir et de l'information, la véritable "exception culturelle" réside dans la propriété intellectuelle et dans son harmonisation mondiale.

De même, sacrifier directement ou indirectement le respect des droits intellectuels pour favoriser les nouveaux modèles économiques de l'Internet fondés sur l'accès et la rémunération indirecte serait une décision de politique économique inconsidérée. Entre les bénéfices réguliers et avérés que la propriété intellectuelle procure depuis deux siècles à la croissance

économique mondiale (en incitant les créateurs à innover et en leur permettant de s'assurer un juste retour sur les risques et les investissements qu'ils ont pris) et les gains potentiels et encore très aléatoires de certaines formes novatrices de diffusion en ligne, il ne faut pas sacrifier le réel au virtuel. Il faut, au contraire, financer l'expérimentation et le développement des nouveaux modèles par les revenus récurrents des droits acquis. Et comme la propriété intellectuelle est flexible et largement fondée sur le contrat, rien n'empêche les pionniers des nouveaux services numériques d'affranchir leurs clients de la plupart des contraintes des droits intellectuels : les pratiques de logiciel libre en sont un bon exemple qui utilisent les principes même du droit d'auteur (et pourquoi pas demain du droit des brevets ?) pour imposer par voie de licence leur mode de diffusion et de développement ouvert.

En réalité, la préservation – moyennant certaines adaptations – de la propriété intellectuelle sur le Net n'est pas seulement un enjeu pour le commerce électronique et les usagers de l'Internet. Elle doit être aussi appréciée du point social et économique général. En effet nous pensons (comme beaucoup mais contrairement à certains prophètes militants du monde virtuel) que le cyberspace n'est pas un espace en marge du monde physique, mais simplement son prolongement et son miroir. Dès lors qu'il n'y a pas de cloisonnement entre monde réel et "virtuel", il ne doit pas y avoir de décorrélation juridique entre le droit applicable aux activités physiques et celui du cyberspace. Rapporté au sujet de ce livre, ce postulat signifie que les évolutions relatives à la propriété intellectuelle sur les réseaux numériques devront être compatibles avec les règles qui continueront à régir les droits intellectuels dans le monde réel et sur des supports analogiques (édition de livres et de journaux, diffusion cinématographique ...). Une "propriété numérique" va sans doute se développer, mais elle ne pourra le faire efficacement que pour autant qu'elle restera compatible (interopérable, diraient les informaticiens) avec les droits intellectuels de l'ancienne économie (c'est notamment tout l'enjeu des litiges entre marques et noms de domaine).

Le détour par les réseaux numériques et le commerce électronique nous ramène donc au cœur du monde réel. Si ces nouveaux outils techniques et économiques perturbent l'application classique des règles de la propriété intellectuelle (comme de certaines autres normes juridiques), c'est en réalité parce que nos économies et nos sociétés ont, dans leur ensemble, besoin de faire évoluer leurs instruments juridiques. Pour ma part, je ne crois pas que le droit de la propriété intellectuelle soit défaillant face aux nouvelles technologies de l'information. Au contraire, j'ai essayé de montrer sa vitalité et sa réactivité. Mais je crois que les difficultés qu'il rencontre et les interrogations qu'elles suscitent nous indiquent qu'il manque à notre civilisation post-industrielle un véritable "droit de l'information" qui définira le statut juridique des ressources immatérielles et qui unifiera l'ensemble des normes applicables aux activités d'information et de communication. La propriété intellectuelle – je l'ai dit – ne peut pas, à elle seule, en tenir lieu, mais elle a vocation à y trouver sa place, aux côtés d'autres instruments juridiques (droits de la personnalité, droits économiques, prérogatives de puissance publique ...) et à en constituer l'une des pierres angulaires. On ne fera donc pas l'économie de cet exercice juridique fondamental dont les implications économiques, éthiques et politiques seront considérables. Et pour progresser dans cette voie constructive et ambitieuse, les questions de propriété intellectuelle nous offrent un excellent laboratoire et des sujets d'expérimentation fructueux. Sachons en faire émerger le bien commun.

(Bertrand Warusfel, 2001)