

# ENTREPRISES INNOVANTES ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : LES LIMITES DE LA PROTECTION JURIDIQUE DU PATRIMOINE IMMATÉRIEL

par **Bertrand WARUSFEL**

*Maître de conférences à la faculté de droit de Paris V,  
Conseil en propriété industrielle*

Les entreprises innovantes créent de la valeur pour leurs actionnaires, mais contribuent également à la vitalité économique nationale et à la diffusion des technologies et des produits nouveaux sur le marché et dans la société. C'est pourquoi la loi doit leur assurer un environnement juridique stable et incitatif. Classiquement, on considère que la propriété intellectuelle - dans ses différentes branches (propriété industrielle, mais aussi propriété littéraire et artistique) constitue l'instrument juridique approprié pour fournir aux entreprises innovantes le moyen de protéger leurs investissements créatifs et d'exploiter paisiblement leurs innovations.

Pourtant, on constate fréquemment en pratique que les entreprises innovantes - et en particulier, les plus petites d'entre elles<sup>1</sup> - utilisent peu ou mal les instruments de la propriété intellectuelle et qu'elles ont souvent une appréciation critique sur la portée effective de ces moyens. Cette inadéquation apparente est particulièrement perceptible en France s'agissant des brevets d'invention, mais elle se manifeste plus indirectement dans d'autres domaines de la propriété intellectuelle. Pour prendre des exemples récents, le nouveau contexte du développement des "start-up" innovantes dans le domaine de l'Internet et des services en ligne fait apparaître de plus en plus clairement que les instruments traditionnels de la propriété intellectuelle sont souvent perçus comme mal adaptés aux besoins de ces innovateurs (insuffisance de la protection du logiciel par le droit d'auteur, apparent blocage pour la protection du logiciel par brevet, incapacité juridique à protéger de purs concepts commerciaux, ...) et pousse au développement de pratiques marginales ou hétérodoxes (comme par exemple, le développement de "logiciels libres" ou la mise en oeuvre de moyens de protection technique - et non plus juridiques - des droits des innovateurs).

Il est donc légitime de s'interroger sur les besoins effectifs des entreprises innovantes en matière de protection juridique de leur patrimoine immatériel (1.) et sur les réponses - plus ou moins complètes - que le droit de la propriété intellectuelle peut actuellement y apporter (2.). Cela nous permettra de préciser quelles pourraient être les domaines de propriété intellectuelle sur lesquels une pression du marché pourrait s'exercer et que les politiques publiques de soutien à l'innovation pourraient reprendre à leur compte.

---

<sup>1</sup> "Il ressort de la plupart des études portant sur la propriété industrielle, que les petites et moyennes entreprises situées dans la Communauté connaissent peu les moyens de protection de leurs inventions et qu'elles y ont peu recours." (Union européenne, Rapport sectoriel spécial : *La propriété industrielle*, Bruxelles, octobre 1998) ; dans le même sens : "Les PME à vocation technologique en particulier souffrent beaucoup des lacunes des droits de propriété intellectuelle et de la protection des technologies couvertes par des droits de propriété industrielle" (OCDE, *Performance et compétitivité industrielles dans le contexte de la mondialisation et du progrès technologique*, DSTI/IND(97)23/FINAL, 5 janvier 1998, p. 18).

## 1. Les besoins des entreprises innovantes en matière de protection de leur patrimoine immatériel

La notion de "patrimoine immatériel" est aujourd'hui couramment utilisée pour désigner l'ensemble des éléments incorporels dont la possession est susceptible d'apporter à une entreprise un avantage économique sur son marché<sup>2</sup>. Et les analyses contemporaines insistent de plus en plus sur l'importance qu'il y a à les comptabiliser et à les prendre en compte dans le pilotage des entreprises<sup>3</sup>. Dans une analyse de type comptable, ce patrimoine immatériel s'apparente plutôt à une forme d'actif susceptible d'être incorporé (plus ou moins imparfaitement suivant l'état du droit) au capital de la firme qu'à une matière première consommable et transformable (des théoriciens américains des processus d'innovation distinguent d'ailleurs aujourd'hui entre "*intellectual assets*" et "*intellectual resources*"<sup>4</sup>). Au sens le plus large, le patrimoine immatériel peut donc recouvrir des éléments de nature très différente et très diversement appréhendés par le droit.

### 1.1. Les différentes dimensions du patrimoine immatériel de l'entreprise innovante

La catégorie la plus immédiatement identifiable dans les entreprises innovantes est généralement celle des actifs technologiques. Depuis longtemps, en effet, il est acquis qu'une entreprise ayant conçu ou adapté un procédé ou un dispositif technique nouveau possède là un avantage comparatif direct et qu'il importe que ces éléments de différenciation technologique soient identifiés et que leur exclusivité soient assurée le plus parfaitement et le plus longtemps possible vis-à-vis des autres acteurs du marché. Mais au sein de ces actifs technologiques, ce ne sont pas uniquement ni même principalement les innovations de produit qui constituent les actifs les plus stratégiques

---

<sup>2</sup> L'un des pionniers de cette approche a été le suédois Sveiby qui – à partir de la pratique de la firme Scandia – a popularisé un mode d'identification et d'évaluation des actifs immatériels (cf. Karl Erik Sveiby, *Knowledge Management - La nouvelle richesse des entreprises*, Ed. Maxima, 2000, et pour une première approche, son article de 1998 : Karl-Erik Sveiby, "Measuring Intangibles and Intellectual Capital - An Emerging First Standard", disponible en ligne sur son site <http://www.sveiby.com.au/EmergingStandard.html>).

<sup>3</sup> C'est ainsi que l'OCDE insiste sur la nécessité de mieux les évaluer et les prendre en compte car "*l'importance des actifs immatériels dépasse notre capacité à les mesurer et à les gérer systématiquement*" et constate que "*au sein des entreprises, il semble que l'information sur les actifs immatériels et la capacité à les gérer efficacement est variable, en dépit du fait qu'il est évident que ce sont des ressources essentielles à la croissance et à la rentabilité futures. (...) L'incapacité des entreprises à informer efficacement les marchés financiers de l'ampleur, de l'importance et de l'utilisation de leurs actifs immatériels, restreint la transparence et ne les incite guère à améliorer leur gestion interne.*" (OCDE, *Performance et compétitivité industrielles dans le contexte de la mondialisation et du progrès technologique*, DSTI/IND(97)23/FINAL, 5 janvier 1998). De son côté, le commissaire européen à la recherche Philippe Busquin n'hésite pas à affirmer que "*70 à 80 % de la croissance, en général, liés à de nouvelles et de meilleures connaissances*" et à opposer "*Les produits d'hier : un peu de connaissance enfermée dans beaucoup de matière*" aux "*produits et services d'aujourd'hui : une énorme quantité de connaissances supportées par un peu de matière*" (Intervention à la conférence *Third SME Technology Days*, Porto, 29-30 juin 2000).

<sup>4</sup> Cf. notamment Patrick H. Sullivan (ed.), *Profiting from Intellectual Capital : Extracting Value from Innovation*, J. Wiley, New York, 1998.

(en raison notamment de la forte réactivité de la concurrence à tout nouveau produit apparaissant sur le marché) mais de plus en plus les "innovations de process" qui sont les facteurs moins visibles mais souvent déterminants de la productivité d'une production<sup>5</sup>.

Mais la révolution managériale des dernières décennies a mis définitivement en évidence l'importance stratégique d'autres éléments-clés pour la compétitivité des firmes, et en particulier de tous ceux qui ont trait aux techniques commerciales et aux modes d'accès à la clientèle. Sous l'influence des spécialistes de la gestion des entreprises, on reconnaît aujourd'hui qu'une entreprise fonde autant sa réussite économique sur des innovations commerciales (aux différents sens du terme : depuis l'étude des marchés et la définition de son offre, jusqu'aux méthodes de vente, en passant par la politique de communication et d'approche du client) que purement technologiques. On est donc amené à considérer que chaque entreprise mobilise – y compris en conjonction avec un patrimoine technologique – une "intelligence" commerciale particulière qui repose, notamment, sur des savoir-faires propres et sur différents moyens de mise en relation de l'entreprise avec son marché (par exemple, des bases de données de clients, des réseaux de distribution, des pratiques de communication, des outils de logistique, ...). Il y a là, même si son inventaire est plus délicat à réaliser, un véritable patrimoine commercial dont l'exploitation est souvent essentielle au développement de la firme.

Enfin, on peut – schématiquement – identifier désormais une troisième dimension incorporelle du capital de l'entreprise : celle de l'organisation et des hommes qui la composent. Il est en effet un fait acquis que dans une économie de plus en plus concurrentielle et soumise à de rapides évolutions (technologiques, mais aussi sociales et culturelles), deviennent déterminants quelques facteurs sous-estimés tels que la compétence des individus, leur adaptabilité à l'environnement et la manière dont ils sont affectés aux différentes tâches de l'entreprise et dont ils forment un réseau de communication d'information efficace<sup>6</sup>. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à évoquer un "*capital organisationnel*"<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> "Les processus de production physiques font partie aujourd'hui d'une chaîne de valeur ajoutée totale dans laquelle les investissements immatériels, en particulier de conception et de mise en oeuvre de systèmes d'information et de décision, et plus généralement de valorisation de l'intelligence dans l'entreprises constituent une composante essentielle" (Ahmed Bounfour, *Le management des ressources immatérielles - Maîtriser les nouveaux leviers de l'avantage compétitif*, Dunod, 1998, p.6).

<sup>6</sup> "Dans les entreprises, nous vivons avec l'assurance de posséder les savoirs, ou tout du moins de pouvoir les maîtriser au travers d'une gestion documentaire de plus en plus performante et intelligente. Nous ne percevons l'importance des savoir-faire que depuis peu. Sous l'influence de la pression économique, qui se traduit par la compression des effectifs, la mobilité des personnes, l'accélération des départs en retraite anticipée, on se rend compte que les savoirs, tout aussi détaillés puissent-ils être dans les procédures et les documents, ne sont pas suffisants" (Michel Grundstein, "Le Management des connaissances de l'entreprise : Problématique, Axe de progrès, Orientations opérationnelles", Research Report 050010, *MG Conseil*, octobre 2000).

<sup>7</sup> Cf. Donald Lamberton, "Pour une taxinomie de l'information" in Anne Mayère (dir.), *La société informationnelle*, L'Harmattan, 1997, p. 75.

Ce potentiel organisationnel et relationnel devient donc également un élément majeur du capital immatériel de la firme, au même titre que les actifs technologiques et commerciaux. A tel point que s'il était courant depuis longtemps de voir des entreprises rachetées pour s'assurer de la possession de leur potentiel technologique ou de leurs positions commerciales, on assiste dans certains domaines à la prise de contrôle de firmes en vue de maîtriser essentiellement des organisations humaines et des ressources d'expertises très affinées.

Cette typologie des différentes composantes du patrimoine immatériel ne reprend pas exactement celle établie par certains travaux récents sur le "capital intellectuel" de l'entreprise (dans laquelle sont distingués le "capital humain", le "capital structurel" et le "capital-client" <sup>8</sup>), mais l'inspiration est clairement commune et prend en compte les mêmes éléments essentiels <sup>9</sup>.

## 1.2. La propriété intellectuelle et les fonctions d'exploitation du patrimoine immatériel

Si l'on considère les différents éléments constitutifs du patrimoine immatériel de l'entreprise comme autant d'actifs qu'elle doit mobiliser pour développer et améliorer ses processus de production, il est clair que – comme pour tout investissement – leur rentabilité économique va dépendre de la manière dont l'entreprise saura les utiliser et les exploiter.

On connaît assez bien aujourd'hui les principales fonctions indispensables à la gestion et à l'exploitation du patrimoine intellectuel. Comme il est logique, c'est dans le domaine du patrimoine technologique que l'on a commencé à établir une typologie fonctionnelle. Par exemple, dans son ouvrage consacré au "management des ressources technologiques" Jacques Morin a décrit six fonctions complémentaires classées en deux catégories : des fonctions actives (optimisation, enrichissement, sauvegarde) et des fonctions de soutien (inventaire, évaluation, surveillance) <sup>10</sup>. Mais aujourd'hui la démarche est élargie à l'ensemble de la problématique de gestion du patrimoine immatériel et l'on peut – par exemple – retenir cinq fonctions essentielles dans le management des connaissances au sein de l'entreprise : repérer, actualiser, valoriser, préserver, manager <sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Cf. en particulier, Thomas A. Stewart, *Intellectual Capital – The New Wealth of Organizations*, Currency Books, New York, 1997.

<sup>9</sup> Pour citer d'autres démarches qui demeurent dans le même esprit, on peut citer, par exemple, K.-E. Sveiby qui propose une typologie distinguant "*internal structure*", "*external structure*" et "*individual's competence*" (*op. cit.*) tandis qu'une récente étude – limitée à l'évaluation des droits de propriété intellectuelle – différencie l'aspect technique, l'aspect commercial et la dimension des compétences au sein de l'entreprise (*Management and evaluation of patents and trademarks*, Etude Ernst & Young & Ementor Management Consulting for The Danish Patent and Trademark Office, Décembre 2000, p. 3).

<sup>10</sup> Cf. notamment Jacques Morin, *L'excellence technologique*, Ed. Picolec, 2ème éd. 1988 & *Le management des ressources technologiques*, Les Éditions d'Organisation, 2ème éd. 1990.

<sup>11</sup> C'est la typologie retenue in M. Grunstein, *op. cit.*. Dans une optique plus stratégique, Goldfinger décrit, quant à lui trois fonctions concernant la mise en œuvre des "*actifs intangibles*" : la mobilisation de ressources internes, la projection externe et la protection contre le concurrents (cf. Charles Goldfinger, *L'utile et le futile - L'économie de l'immatériel*, Odile Jacob, 1994). Enfin, Pierrat et Martory distinguent,

Qu'une ressource de l'entreprise soit technologique, commerciale ou organisationnelle, elle doit être identifiée et évaluée, mais aussi développée et enrichie tout en étant mise le plus possible à l'abri des risques potentiels qui pourrait l'affecter et réduire sa contribution à la performance de l'entreprise.

C'est par rapport à ces différentes fonctions indispensables à l'exploitation économique du patrimoine immatériel des entreprises que l'on doit positionner les dispositifs de propriété intellectuelle qui sont, nous l'avons dit, l'une des principales réponses juridiques aux demandes des entreprises innovantes. On peut constater, en effet, que dans son principe, la propriété intellectuelle (toutes formes confondues) peut favoriser plus ou moins complètement la prise en charge des trois fonctions suivantes :

- la capacité d'interdire aux tiers certains actes d'exploitation sans autorisation et la protection contre la contrefaçon qui en résulte assurent une part importante de la fonction de protection et de sauvegarde, dans la mesure où – au regard des modèles économiques traditionnels – l'exclusivité plus ou moins grande d'une ressource (et donc sa rareté corrélative) influe directement sur sa valeur économique pour l'entreprise concernée ;
- mais la reconnaissance de droits exclusifs de nature patrimoniale sur un objet immatériel contribue aussi fortement à son identification et à son individualisation (on pourrait même parler d'une certaine façon d'une "objectivation" puisque l'élément immatériel concerné devient un bien juridique incorporel), facilitant ainsi la fonction d'inventaire et de repérage (avec son corollaire qui est l'inscription parmi les immobilisations du bilan de l'entreprise) ;
- enfin, un bien juridique incorporel sur lequel son titulaire est investi de droits exclusifs (et particulier, celui d'autoriser d'éventuels tiers à en faire certains usages) acquiert une valeur économique déterminable (fonction d'évaluation et de valorisation) qui peut être l'objet de transactions (licences, cessions, ...) et d'un véritable marché <sup>12</sup>.

L'instrument juridique que représente la propriété intellectuelle joue donc bien là un rôle essentiel, non seulement comme moyen défensif mais aussi comme outil de gestion des ressources de l'entreprise <sup>13</sup>, car comme l'indiquait très justement le rapport du ministère

---

pour leur part, quatre phases pour le pilotage des actifs immatériels : diagnostic, exploitation, développement, contribution à la valeur (Christian Pierrat & Bernard Martory, *La gestion de l'immatériel*, Nathan, Paris, 1996, p. 248 & s).

<sup>12</sup> Dans une approche plus large du concept de propriété (mais valable également pour la seule propriété intellectuelle), E. MacKaay identifie deux fonctions essentielles des droits privés : la fonction *incitative* et la fonction *informative* (cf. Ejan MacKaay, "La propriété est-elle en voie d'extinction ?", in MacKaay (ed.), *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal, Éd. Thémis, Paris, LITEC, 1991, pp. 222-223).

<sup>13</sup> Sur le rôle du droit comme outil de gestion, cf. notamment le numéro spécial "Le droit : un nouvel outil de gestion" de la *Revue Française de Gestion*, n° 81, novembre-décembre 1990 ; également Jean Paillusseau, "Le droit est aussi une science d'organisation", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*,

de l'Industrie sur les brevets et l'innovation : "*Si l'effort d'innovation pour les entreprises est un facteur essentiel de compétitivité, celui-ci doit impérativement pouvoir être consolidé et valorisé par une attitude active en matière de propriété intellectuelle. Sans protection de son patrimoine intellectuel, en effet, l'entreprise s'expose à voir les résultats de sa recherche-développement utilisés, voire appropriés, par des tiers et ses investissements commerciaux récupérés par ses concurrents. Son attitude en ce domaine doit être à la fois offensive et défensive.*"<sup>14</sup>

Mais si dans l'abstrait, on reconnaît que la propriété intellectuelle est un dispositif juridique approprié pour permettre à l'entreprise d'exercer certaines des fonctions clés qui doivent être les siennes dans l'exploitation de son patrimoine immatériel, il faut aussi constater que cette adéquation demeure très partielle. Et plus le champ du patrimoine immatériel s'accroît, plus le droit de la propriété intellectuelle montre ses limites et ses difficultés à appréhender dans sa globalité l'importance croissante de la dimension incorporel dans tous les domaines de la vie de l'entreprise.

## **2. L'état actuel des réponses fournies par le droit de la propriété intellectuelle**

En suivant la typologie que nous avons établi précédemment concernant les formes du patrimoine immatériel de l'entreprise, on constate facilement à quel point les branches du droit de la propriété intellectuelle couvrent de manière variable les différents champs et combien certaines demandes demeurent largement insatisfaites.

### 2.1. Une protection efficace mais perfectible du patrimoine technologique

A l'évidence, le patrimoine technologique a été, depuis l'origine, la branche du patrimoine immatériel de l'entreprise la mieux prise en compte par la propriété intellectuelle. C'est plus particulièrement le droit du brevet d'invention qui met à disposition des inventeurs et des entreprises innovantes un instrument juridique fort leur assurant des droits exclusifs sur toute mise en œuvre d'un système ou d'un procédé innovant. Mais cette protection par brevet est une protection soumise à des conditions exigeantes et qui ne couvre pas l'ensemble du champ technologique. C'est la raison pour laquelle elle est parfois concurrencée par d'autres techniques juridiques.

S'agissant de la sévérité des conditions de brevetabilité, il est clair que la conjonction du critère d'activité inventive et de celui de la nouveauté réserve cette protection à une catégorie d'innovations plus restreinte qu'il n'y paraît souvent. Ce caractère très sélectif des règles de brevetabilité – et les conséquences qui en découlent, y compris en termes de durée des procédures d'examen et de délivrance – peut apparaître dans certains cas comme une cause du recours insuffisant des petites et moyennes entreprises à ce mode de protection. C'est la raison pour laquelle l'Union européenne travaille depuis plusieurs années sur la réactivation d'un instrument de protection plus modeste, le modèle d'utilité

---

1989, n° 42, pp. 1 et s. ; également notre article, Bertrand Warusfel, "Intelligence économique et pratiques juridiques", *Revue de l'intelligence économique*, n°5, octobre 1999, pp. 68-79.

<sup>14</sup> Secrétariat d'État à l'Industrie, *Le brevet pour l'innovation* (dit "Rapport Lombard").

communautaire, qui procurerait plus facilement une protection juridique plus restreinte. Mais des études statistiques montrent aussi que l'exigence de divulgation de l'invention (par le biais de la publication de la demande de brevet) est une autre contrainte forte, qui est considérée comme dissuasive pour certains déposants potentiels, alors même qu'elle est une caractéristique consubstantielle du droit des brevets<sup>15</sup>. D'où d'ailleurs, le maintien à un niveau élevé du recours par les entreprises innovantes à la simple protection par le secret.<sup>16</sup>

Mais plus encore que les exigences auxquelles sa délivrance est subordonnée, le brevet voit sa portée limitée par le fait qu'il n'est pas aujourd'hui en mesure de couvrir parfaitement l'ensemble des champs technologiques contemporains. Certaines limitations à l'intervention du brevet renvoient à des débats philosophiques et éthiques sensibles, comme c'est le cas en matière d'inventions biotechnologiques. Mais d'autres frontières du droit des brevets tiennent à un décalage entre la réalité technique contemporaine et l'état des textes. C'est particulièrement le cas s'agissant de la protection des inventions logicielles. En Europe, l'exclusion littérale des "*programmes d'ordinateur*" en tant que tel de la brevetabilité demeure inscrite dans les lois de brevet (notamment en France, dans l'article L. 611-10 CPI) et dans la Convention de Munich (article 52), donnant l'impression aux innovateurs qu'en matière de logiciel seules les règles du droit d'auteur peuvent s'appliquer à leurs innovations. Cette situation est aujourd'hui source de nombreux dysfonctionnements. D'une part, elle semble exclure du bénéfice de la protection par brevet l'une des formes majeures des développements technologiques actuels (et qui ne va pas cesser de prendre une importance croissante dans le volume global de la technologie mondiale<sup>17</sup>), ce qui – par contrecoup – affecte, aux yeux du marché, la crédibilité même des droits de brevet (ne seraient-ils pas en voie d'obsolescence, dès lors qu'ils s'avèrent apparemment inadaptés aux nouvelles réalités industrielles ?). D'autre part, la préservation des droits exclusifs sur les innovations logicielles majeures requière en Europe l'usage de subterfuges juridiques et intellectuels

---

<sup>15</sup> A l'issue d'une étude sur la propension à breveter des entreprises françaises, E. Duguet et I. Kabla concluent que "*les dépenses de R&D et la divulgation des brevets apparaissent comme les deux déterminants principaux du pourcentage de nombre d'innovations qui fait l'objet d'un brevet*" (Emmanuel Duguet, Isabelle Kabla, *Appropriation strategy and the motivations to use the patent system in France - An econometric analysis at the firm level*, Document de travail de la direction des études et synthèses économiques, g9717, INSEE, Septembre 1997)

<sup>16</sup> Une étude réalisée par le ministère de l'Industrie canadien (sur la base d'une enquête de 1993), montre – par exemple que le recours au secret est globalement légèrement plus fréquent que le recours au brevet (cf. John R. Baldwin, *Innovation et propriété intellectuelle*, n° 88-515-XPE: Statistique Canada, 1997). Sur le rôle complémentaire et ses limites – vis-à-vis du brevet - de la protection du savoir-faire par le secret, cf. notre article, Bertrand Warusfel, "Le know-how face à la contrefaçon – La protection du savoir-faire, élément de la défense de l'innovation technologique", *Ann. Fals. Exp. Chim.* – Juillet-Septembre 1999, n° 948, pp. 297-305.

<sup>17</sup> La place croissante du logiciel est particulièrement frappante dans le secteur des technologies de l'information, comme le remarque un récent rapport du Plan : "*En informatique, le logiciel a pris une place prépondérante et de plus en plus de fonctions, jusqu'ici traitées par le matériel, sont progressivement transférées au niveau du logiciel.*" (Gilles Kahn, *La recherche et l'innovation dans les technologies de l'information et de la communication*, compte rendu des travaux du groupe thématique mis en place dans le cadre des travaux du commissariat général du plan *Recherche et innovation, place et stratégie de la France dans la compétition mondiale*, juin 1999).

qui crée à la fois une discrimination entre les entreprises capables d'y recourir et celles qui n'en ont pas les moyens ou la compétence et une incertitude juridique sur la validité ultime des titres de brevet délivrés dans ces conditions d'hypocrisie.

Ce blocage maladroit sur la brevetabilité des inventions sous forme logicielle ne fait qu'accentuer les efforts que font de nombreux créateurs pour essayer de mettre à profit les techniques du droit d'auteur (et plus encore de celles du *copyright* dans les systèmes de *common law*) afin d'obtenir une protection juridique alternative de leurs droits sur les innovations techniques<sup>18</sup>. Le développement actuel sur l'Internet de services d'enregistrement en ligne des créations va dans ce sens d'une exploitation détournée des mécanismes du droit d'auteur (avec recours à des dépôts probatoires facultatifs) pour tenter de s'assurer une voie plus immédiate et plus mondiale à la réservation privative des innovations.

Si donc le patrimoine technologique des entreprises dispose avec le droit des brevets d'un instrument majeur de protection et de valorisation, il faut considérer que la protection dans ce domaine stratégique est éminemment perfectible et qu'à défaut d'une extension du champ de la brevetabilité, il faudra sans doute étudier également de près la possibilité d'introduire dans certains cas des protections complémentaires *sui generis* (comme ce fut le cas dans le passé en matière d'obtentions végétales et pour la protection des topographies de semi-conducteurs).<sup>19</sup>

## 2.2. Une protection limitée et parcellaire du patrimoine commercial

S'agissant du patrimoine commercial de l'entreprise, la situation est beaucoup plus tranchée. Si la forme externe des outils commerciaux de l'entreprise (ceux qui assurent notamment la visibilité de ses produits ou services) bénéficie du concours de plusieurs protections juridiques complémentaires, le contenu même des processus commerciaux mis en œuvre est, par principe, exclu de toute protection juridique objective et doit assurer sa sauvegarde par un recours fréquent et toujours fragile aux pratiques contractuelles et de secret.

---

<sup>18</sup> Sur des précédents jurisprudentiels en matière de protection de savoir-faire par le droit d'auteur, cf. Xavier Desjeux, "La réservation du know how par le droit d'auteur", in *Le Know how - Actualités du droit de l'entreprise* n° 7, Litec, 1976, p. 97 et s..

<sup>19</sup> Pour un plaidoyer en faveur de ce type de protection *sui generis* en matière informatique, cf. Pamela Samuelson, Randall Davis, Mitchell D. Kapor & Jerome H. Reichman "A manifesto concerning the legal protection of computer programs", *Columbia Law Review* 94, n° 8, Décembre 1994, pp. 2308-2431 ; pour une généralisation de cette approche et la reconnaissance d'un "*droit d'innovation technologique*", cf. Lucie Guibault, "Les programmes d'ordinateur et le droit d'innovation technologique", *Cahiers de Propriété Intellectuelle* (9) 1997-2, pp.171-202.. Logiquement, cette perspective de protection *sui generis* rencontre le soutien des adversaires de la brevetabilité des inventions logicielles (cf. par exemple, Jean-Paul Smets-Solanes, *Stimuler la concurrence et l'innovation dans la société de l'information - Brevet ou droit sui generis : quelle protection convient-il d'envisager pour les logiciels et les autres inventions immatérielles ?*, version 1, 30 août 2000, pp. 101-109) mais elle est critiquée par les partisans de l'extension du champ de la brevetabilité (cf. notamment *Patenting Business Methods - A White Paper of the American Intellectual Property Law Association*, 27 Novembre 2000, p. 9).

Le droit des marques, mais aussi celui des dessins et modèles et – naturellement – les techniques de protection du droit d'auteur sont largement utilisés pour assurer aux firmes l'exclusivité de leurs droits sur tous les éléments de leur identité commerciale (noms de produits, slogans, packaging, forme des produits, éléments visuels et sonores des campagnes de communication, ...). C'est notamment en France l'un des domaines d'excellence de la propriété industrielle. Mais cette réussite (du droit des marques, plus particulièrement) n'est pas sans limites et l'on constate de plus en plus dans les domaines économiques très dynamiques (agroalimentaire, pharmacie, technologies de l'information et de la communication, ...) une raréfaction des signes disponibles et un durcissement corrélatif de l'application des critères de distinctivité<sup>20</sup> (renforcé encore – en matière de marque – par le développement des procédures d'opposition, qui permettent aux détenteurs de droits antérieurs d'empêcher l'enregistrement de certaines marques nouvelles pouvant empiéter de trop près sur leurs droits). De même, le recours au droit d'auteur pour préserver une exclusivité commerciale n'est possible que pour autant que l'usage qui en est fait ne constitue pas un "*comportement abusif*" au regard du droit de la concurrence (ainsi qu'en a jugé la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt *Mcgill*<sup>21</sup>).

Quoi qu'il en soit, hors de la dimension formelle et extérieure du patrimoine commercial de l'entreprise, le droit de la propriété intellectuelle s'avère largement incapable d'apporter une réponse satisfaisante au besoin naturel des firmes de s'assurer une certaine exclusivité sur l'usage de certains modes d'approche du marché ou de relations avec la clientèle.

La nouvelle protection des droits exclusifs des producteurs de base de données (instituée par la directive communautaire du 11 mars 1996, transposée en France par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1998) n'est pas un véritable contre-exemple. Si, en effet, les bases de données sont souvent des instruments essentiels de la relation-client et expriment indirectement par leurs contenus et leurs structures l'intelligence commerciale de l'entreprise, ce n'est

---

<sup>20</sup> On peut citer, par exemple, le cas de la marque tridimensionnelle *Lego* (reproduisant la forme de la brique bien connue) qui a été jugée nulle pour défaut de distinctivité du fait que sa forme était indissociable de sa fonction pratique et de sa fonction technique (Cass. Com., 6 avril 1999). En matière de droit d'auteur également, la jurisprudence de la Cour de Cassation entend demeurer assez sévère en ce qui concerne la condition d'originalité de façon à éviter d'attribuer un droit privatif sur une forme qui découlerait trop directement de la fonction de l'objet concerné : c'est par exemple ce qu'a confirmé la Cour dans un arrêt récent (relatif à la protection d'un ustensile de cuisine : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 novembre 2000).

<sup>21</sup> "*Un comportement d'une entreprise en position dominante qui relève de l'exercice d'un droit qualifié de "droit d'auteur" par le droit national n'est pas, de ce seul fait, soustrait à toute appréciation au regard de l'article 86 du traité. Certes (...) la fixation des conditions et des modalités de protection d'un droit de propriété intellectuelle relève de la règle nationale et le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives de l'auteur, en sorte qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci. Néanmoins, l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif*" (CJCE, 6 avril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) et Independent Television Publications Ltd (ITP) contre Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes C-241/91 P et C-242/91 P. Recueil de Jurisprudence 1995, p. I-0743). Plus généralement, sur les abus de droits liés à l'usage de la propriété intellectuelle, cf. Caroline Carreau, "Propriété Intellectuelle et abus de droit", in *Mélanges en l'honneur de André Francon*, Dalloz, 1995.

pas pour cette raison qu'a été renforcée leur protection. C'est surtout parce que ces bases de données sont aussi des produits d'information et le support de services en ligne qu'elles ont reçu du législateur un renforcement des droits de leurs producteurs.

Néanmoins cette évolution en matière de base de données est significative d'une tendance de fond, car au-delà de la simple application des techniques du droit d'auteur (pour préserver les droits sur les structures de base originales), il a fallu construire hors du champ même de la propriété intellectuelle (c'est-à-dire hors de toute patrimonialité et de toute reconnaissance d'un caractère créatif) un droit *sui generis* des producteurs destiné à préserver uniquement la pérennité économique de ses investissements contre les différentes formes de parasitisme. C'est de la même façon à l'écart des techniques de la propriété intellectuelle que les firmes innovantes s'efforcent quotidiennement de préserver l'exclusivité de leurs méthodes marketing et commerciales.

Elles se heurtent, en effet, non seulement au caractère formel des protections par marque, dessin ou par droit d'auteur, mais aussi à l'exclusion du champ de la brevetabilité de toutes les méthodes ou plans de nature purement intellectuelle, ce qui paraît exclure toute possibilité (sauf à modifier en profondeur les règles classiques de la brevetabilité) de protéger par brevet ce que les anglo-saxons appellent communément les "*business methods*" (qui sont pourtant au cœur des "nouveaux modèles" économiques de l'Internet<sup>22</sup>).

La préservation de l'exclusivité des méthodes d'affaire et du patrimoine commercial des entreprises passe donc essentiellement sur le plan pratique par la préservation du secret et sur le plan juridique par des pratiques contractuelles (clauses de confidentialité, d'exclusivité, de non-concurrence) et le recours – en cas de litige – à des actions en responsabilité civile au titre du parasitisme. Mais ces moyens de protection indirecte demeurent fragiles et souvent instables.

S'agissant des secrets commerciaux conservés par les entreprises, leur violation par un tiers peut être également sanctionnée par une action en concurrence déloyale<sup>23</sup>. Mais, en dehors de cette voie jurisprudentielle, force est de constater qu'en France – contrairement à certains pays où le droit positif organise une protection effective de ces secrets<sup>24</sup> – la préoccupation légitime des entreprises d'assurer la sécurité de leur patrimoine commercial n'est pas réellement soutenue par des dispositions légales particulières. En effet les différentes règles civiles et pénales susceptibles d'être mises en œuvre pour assurer la préservation des secrets d'entreprise s'avèrent insuffisantes et

---

<sup>22</sup> Sur les efforts d'adaptation du droit de la propriété intellectuelle au contact de l'Internet et du commerce électronique, cf. Bertrand Warusfel, *La propriété intellectuelle et l'Internet*, Flammarion, 2001 (et particulièrement son chapitre 4 : "*La propriété numérique en débat*").

<sup>23</sup> Cf. notamment l'arrêt de principe, Cass. Com., 3 octobre 1978, *Bull. Civ. IV*, n° 208, p. 176.

<sup>24</sup> C'est le cas notamment aux États-Unis avec l'*Economic Espionage Act* de 1996 ou encore en Allemagne par le biais de la loi sur la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*) de 1909 modifiée en 1970 et 1994 (pour une analyse de ces deux textes, cf. Jérôme Dupré, *Pour un droit de la sécurité économique de l'entreprise – De l'espionnage industriel à l'intelligence économique*, Thèse, Université de Nice-Sophia Antipolis, novembre 2000, pp. 217-261).

largement lacunaires<sup>25</sup>. En dehors de la répression de la violation des secrets professionnels (qui ne s'imposent qu'à certaines professions déterminées) et de la protection pénale accordée aux "secrets de fabrique" (article L.152-7 du Code du travail, auquel renvoie l'article L.621-1 du Code de la propriété intellectuelle), il n'existe pas dans notre droit un véritable statut juridique du secret d'affaires.

La protection contre le parasitisme paraît mieux assurée. Il est admis, en effet, par la majorité de la doctrine<sup>26</sup> - comme par différentes jurisprudences<sup>27</sup> - que les détenteurs d'éléments immatériels inappropriables par la propriété intellectuelle (notamment des savoir-faires commerciaux) peuvent obtenir réparation d'une violation de leur exclusivité par un tiers sur le fondement du parasitisme et de ses deux variantes : la concurrence parasitaire et les agissements parasitaires<sup>28</sup>. C'est, par exemple, sur la base de ce type d'action en responsabilité civile que certaines entreprises (en particulier des franchiseurs, soucieux de garantir la spécificité de leurs chaînes) s'efforcent d'obtenir un moyen d'action contre leurs concurrents qui cherchent à détourner leur organisation ou les installations commerciales de leurs points de vente<sup>29</sup>.

Mais là encore cet instrument ne fait pas l'unanimité parmi la doctrine<sup>30</sup> et, comme il repose sur un fondement purement jurisprudentiel, son application dépend beaucoup de l'interprétation par le juge du fond. Dès lors, le sens des décisions oscille fréquemment en fonction des circonstances et de l'appréciation des juridictions<sup>31</sup>.

---

<sup>25</sup> Cf. en particulier Corine Van Den Bussche, "La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaire", *Les Petites Affiches*, n° 135, 10 novembre 1995 et n° 136, 13 novembre 1995 ; également J. Dupré, thèse *op. cit.*, notamment pp. 276-292 ; Bertrand Warusfel, "Intelligence économique et sécurité de l'entreprise", *Cahiers de la sécurité intérieure*, n° 24, 2ème trimestre 1996, p. 60.

<sup>26</sup> Le plus engagé des auteurs en la matière est depuis longtemps Philippe Le Tourneau (cf. notamment son fascicule "Concurrence-consommation", *Jurisclasseur*, fasc. 227, 62). Pour une analyse de l'influence de la théorie du parasitisme en matière de signes commerciaux, cf. Catherine Druetz-Marie, "Le parasitisme appliqué à la protection des signes et des formes", *LPA*, n° 154, 25 décembre 1998. Le professeur Pierre-Yves Gautier privilégie, pour sa part, l'application de l'enrichissement sans cause.

<sup>27</sup> Par exemple, T. com. Paris, 23 mars 1992, *Chevillons*, *LPA*, 4 juin 1993, p. 19, note Gast (s'agissant de la protection d'une simple idée commerciale ayant une valeur économique) ; en matière d'emballage : CA Paris, 18 mai 1989, *Ungaro*, *D.*, 1990.II.340 et Cass. Com., 27 juin 1995, *Lindt c./ Cémoi* ; en matière de publicité : CA Paris, 17 nov. 1992, *Argos c/ Madura*, *JCP* 1993, E.II.418, note Greffe (concernant une idée publicitaire non originale mais dont la reprise était susceptible de prêter à confusion).

<sup>28</sup> La jurisprudence range dans la catégorie des agissements parasitaires les cas de parasitisme dans lesquels il n'existe ni risque de confusion, ni même situation de concurrence entre les parties.

<sup>29</sup> Pour une rapide analyse : C. Lalanne-Gobet, "Nouveaux concepts de magasins : une protection juridique délicate", *Les Échos*, 25 avril 1996 ; sur une action en concurrence parasitaire concernant la création d'une similitude entre l'agencement et la présentation d'un point de vente de parfumerie : TGI Paris (3e ch.), 4 mai 1995, *PIBD* 1995, 607.III.168, confirmé en appel : CA Paris, 25 juin 1997, *SARL Patchouli Valence c./ SA Séphora*, *PIBD* 1997, 642.III.596, *Dalloz Affaires*, 1997 n° 29 p.926.

<sup>30</sup> Pour un point de vue très critique sur l'usage de la théorie des agissements parasitaires, cf. Jérôme Passa, *Contrefaçon et concurrence déloyale*, Litec, 1997.

<sup>31</sup> Pour des exemples d'arrêts n'ayant pas considéré comme parasitaire : la reprise d'un emballage dont la présentation a été considérée comme ayant un caractère "normal et banal" (CA Paris, 3 janvier 1995), une campagne de publicité dont le lien avec la campagne antérieure était trop limité (Paris (4e ch.), 20 octobre 1995, *PIBD*, 1995, 601.III.16).

### 2.3. Un refus de prendre directement en compte le patrimoine organisationnel et humain

Le troisième domaine constitutif du patrimoine immatériel des entreprises est encore plus mal pris en compte par les mécanismes du droit de la propriété intellectuelle. On peut, au risque de simplifier, considérer en effet que la propriété intellectuelle ne reconnaît aucunement cette dimension et n'est donc pas efficace pour en assurer la protection.

Cela résulte naturellement du principe fondamental de la propriété intellectuelle qui veut qu'elle concentre ses efforts sur la préservation des droits afférents aux véritables productions intellectuelles, qu'elles soient de nature technique, formelle ou artistique<sup>32</sup>. Ce sont donc les mêmes exclusions de brevetabilité déjà évoquées qui vont s'opposer à ce qu'une méthode d'organisation du travail au sein d'une entreprise soit réservée par brevet, ou qui vont limiter son éventuelle protection par le droit d'auteur à la seule formalisation de cette organisation (plans, schémas, croquis, ...). Certes, cette exclusion traditionnelle est parfois contestée par certains auteurs. Philippe Le Tourneau n'hésite pas ainsi à s'interroger : "*Comment admettre que soit interdite, en règle générale, la reproduction de l'image ou de la voix de quelqu'un et, qu'au contraire, l'utilisation de ses idées soit libre ? L'homme se caractériserait-il mieux par son visage et ses rides que par ses pensées ?*"<sup>33</sup> tandis que Robert Percerou propose d'inverser la hiérarchie des principes (entre la non-appropriation pour préserver le domaine public et la réservation privative)<sup>34</sup>. Mais ces réactions doctrinales demeurent très minoritaires et fortement combattues<sup>35</sup>.

S'agissant des aspects touchant aux individus, à leur qualification et à leurs fonctions, ce sont également souvent des outils contractuels (notamment des clauses - non-concurrence, confidentialité, non-débauchage - dans les contrats de travail et les règlements intérieurs) ou certains moyens techniques de sécurité (surveillance électronique, ...) qui peuvent être utilisés par les entreprises, dans la limite de ce que les règles protectrices des salariés et de la vie privée leur permettent. En effet, la portée de ces clauses contractuelles introduites par les employeurs dans les contrats de travail

---

<sup>32</sup> Pour une récente application, cf. Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 17 octobre 2000, *Annonces de la Seine*, n°2, 8 janvier 2001, pp. 5-6 (la simple formulation d'une "idée" publicitaire, ensuite mise en œuvre directement par l'annonceur, ne suffit pas à ce qu'une agence de publicité puisse être considérée comme ayant participé à la création d'une œuvre de l'esprit).

<sup>33</sup> Philippe Le Tourneau, "Folles idées sur les idées", Journée d'étude *L'idée - Approche juridique, fiscale et économique*, Université Toulouse 1, 1998, p. 9).

<sup>34</sup> "Ne serait-il pas plus simple, alors, d'admettre l'existence de ce droit, quelle que soit la nature de l'innovation considérée, sauf à en aménager le contenu de manière à sauvegarder les intérêts de la collectivité ? On en arriverait ainsi à cette inversion de la hiérarchie des principes en vigueur dans le domaine, que nous avons évoquée plus haut. (...) À l'heure actuelle, le fondement économique du droit privatif de l'auteur sur son innovation est devenu, pensons-nous, qu'on le veuille ou non, le fondement essentiel." (Roger Percerou, "Les droits de propriété intellectuelle et la gestion de l'innovation dans l'entreprise", IAE de Paris - GREGOR - *Cahier de recherche* 1997.02).

<sup>35</sup> Cf. notamment Nathalie Mallet-Poujol, "Appropriation de l'information : l'éternelle chimère", *D.*, 1997, pp. 330-336.

(ainsi que dans les contrats de sous-traitance et de consultants) est assez relative. On connaît bien, notamment, l'obligation de limitation dans le temps et dans l'espace des clauses de non-concurrence. Mais s'agissant des clauses de confidentialité elles-mêmes, leur caractère usuel et licite n'empêche pas qu'elles restent toujours d'une efficacité modérée, puisque leur non-respect crée nécessairement une situation irréversible (la divulgation à un ou plusieurs tiers) que les dommages et intérêts peuvent indemniser sans pouvoir complètement la réparer<sup>36</sup>.

Et en dehors de l'application de ces clauses contractuelles et sur la seule base de la responsabilité civile, la jurisprudence – qui doit réaliser un compromis entre les intérêts de l'employeur et les droits des salariés – ne fournit qu'une protection limitée aux investissements des entreprises innovantes confrontées à la "*fuite des cerveaux*". Si la désorganisation de l'entreprise par un concurrent, notamment par le biais d'un débauchage massif, peut être constitutif d'une concurrence déloyale et sanctionnée à ce titre<sup>37</sup>, encore faut-il qu'il soit possible de prouver l'existence d'un agissement fautif du concurrent<sup>38</sup>. Il est admis également qu'un ancien salarié qui crée une nouvelle société n'engage pas sa responsabilité vis-à-vis de son précédent employeur dès lors qu'il n'a pas accompli "*de démarches de nature à nuire à l'entreprise ni d'actes effectifs de concurrence*" et qu'il est libre d'utiliser après son départ et dans ses nouvelles fonctions le savoir-faire acquis dans l'entreprise, dès lors qu'il ne porte ainsi atteinte à aucun secret de fabrique<sup>39</sup>.

## Conclusion

Si le droit de la propriété intellectuelle pouvait être considérée naguère comme assurant une protection juridique efficace de l'ensemble des droits des entreprises sur leur patrimoine technique et commercial, il n'en va plus de même aujourd'hui. A l'heure où les théoriciens de l'économie de l'innovation et du management des entreprises font du capital immatériel un élément majeur de la performance entrepreneuriale, on ne peut que constater les limites du droit de la propriété intellectuelle à fournir les outils juridiques pour l'appropriation et la valorisation de l'ensemble de ces actifs incorporels. Efficace dans les domaines technologiques classiques et pour protéger les signes extérieurs qui distinguent commercialement l'entreprise sur son marché, la propriété intellectuelle rencontre déjà plus de difficultés à appréhender les domaines technologiques nouveaux et à protéger les méthodes commerciales et les techniques de

<sup>36</sup> S. Poillot-Peruzzetto & Monique Luby parle, à ce propos, de la "*pauvre efficacité*" de ces clauses (S. Poillot-Peruzzetto & Monique Luby, "Idée et contrat", in Journée d'étude *L'idée - Approche juridique, fiscale et économique*, Université Toulouse 1, 1998, p.9).

<sup>37</sup> Cf. notamment Cass. com., 12 mars 1985, *JCP* éd. G 1985, IV, p. 187 (départ simultané de plusieurs salariés révélant une concertation avec le nouvel employeur), Cass. com., 5 nov. 1991, no 89-13.506 : *RJDA* 1992, n°2, p. 156 (déstabilisation de l'entreprise par débauchage massif).

<sup>38</sup> cf. Marie Malaurie-Vignal, fascicule "Concurrence-consommation", *Jurisclasseur*, fasc. 223, 1997, n°79 et s.. Pour une application récente : Cass. com., 24 mars 1998, *SA Hymage et autres c./ SA Charles André*, J.C.P. 1998, éd. G, IV. 2130.

<sup>39</sup> Cf. notamment CA Paris, 21 oct. 1993, *Gaz. Pal.* 1994, 1, somm. p. 386.

relation-clients et s'avère incapable, par nature, de prendre en compte cette "*intelligence collective*" qui caractérise un modèle d'organisation collective ou de gestion des ressources humaines.

Donc si le droit de la propriété intellectuelle apparaît bien dans ses différentes composantes comme l'outil juridique principal de soutien des innovations et des créateurs, il n'a ni la possibilité ni la vocation à pouvoir assurer aux firmes une protection exclusive et cohérente de l'ensemble des dimensions de leur patrimoine immatériel.

Une telle constatation n'implique pas nécessairement – loin de là – que le droit de la propriété intellectuelle soit condamné à régresser et perde son rôle de soutien à l'innovation économique, technique et culturelle. Bien au contraire, la façon dont par exemple, les différents dispositifs de propriété intellectuelle (brevets, marques, droits d'auteur) sont en train de s'adapter au nouvel environnement technique et économique de l'Internet et des réseaux numériques montre que ce droit conserve un potentiel de vitalité et d'inventivité indiscutable. Mais il nous paraît clair également, à la lumière de l'analyse esquissée précédemment que s'il peut être fécond, l'avenir de la propriété intellectuelle sera certainement dérangeant et plein de remises en cause.

D'ores et déjà, on assiste à des tensions croissantes sur tous les dispositifs de propriété intellectuelle, tant en ce qui concerne les titres de propriété industrielle qu'en matière de droit d'auteur. Tous les critères fondamentaux de ces disciplines sont attaqués et poussés à l'extrême limite de leurs applications : limite du critère de l'"effet technique" ou de l'effet "utile" en matière de brevet, limite de la distinctivité en matière de marques, limites de l'originalité formelle en matière de droit d'auteur. De la même façon, la question de la protection juridique des droits des entreprises sur certains "concepts" à vocation économique ou commerciale paraît aujourd'hui clairement posée (comme n'a pas hésité à le souligner un rapport officiel de l'office danois de la propriété industrielle <sup>40</sup>). Enfin, et même si cela paraît hérétique ou suspect à beaucoup, il n'est pas injustifié de penser qu'il faudra peut-être concevoir d'autres dispositifs juridiques complémentaires capables d'assurer de manière équitable une certaine préservation des droits des entreprises en matière d'investissements humains et d'innovation organisationnelle.

Au total, on perçoit bien que dans une société de l'information et une économie en réseaux et largement numérisée, les règles de partage et d'appropriation des éléments immatériels deviennent stratégiques et qu'elles vont subir des modifications profondes. Un article de 1998 consacré aux "*droits et responsabilités dans une société de l'information*" a essayé – très imparfaitement - de dresser une typologie des différents

---

<sup>40</sup> "Il n'existe par au Danemark de support légal pour une véritable protection juridique d'un concept. Il semble même qu'il serait très difficile d'établir un tel dispositif et le gouvernement danois ne croit pas qu'il y ait actuellement de fondement pour une telle protection. Cependant, vu la valeur croissante des concepts pour beaucoup d'entreprises, le gouvernement danois va continuer à prendre en compte cette préoccupation dans l'avenir" (*New trends in industrial property rights*, Office danois des brevets et marques, novembre 1999).

"droits intellectuels" majeurs qui pourraient régir cette nouvelle société dans un proche avenir <sup>41</sup>. Les droits de propriété intellectuelle y tiennent la première place (car l'auteur part du principe que, dans une société de l'information, même les individus vont être préoccupés d'établir certaines prérogatives sur leurs créations) mais ils s'articulent avec d'autres droits de nature et d'origine très différentes : droits des personnes et de la vie privée, droit à l'information, droit à la censure ... et avec autant de principes de responsabilité (à la charge des individus, des entreprises et des personnes publiques) Même si l'on peut contester de tels schémas syncrétiques qui mêlent allègrement des objets juridiques provenant du droit civil, du droit commercial, du droit pénal ou du droit public, il faut sans doute en retenir la perspective. Tout système juridique a, en effet, le devoir d'assurer un cadre cohérent et incitatif pour le développement harmonieux des personnes et des activités économiques et sociales. Dans la mesure où sécurisation et valorisation de leur patrimoine immatériel vont continuer d'être au cœur du développement économique des entreprises innovantes, il va falloir trouver un nouvel équilibre entre appropriation et non-appropriation <sup>42</sup>, entre réservation privative et domaine public, entre protection par la propriété intellectuelle et protections indirectes par les autres voies du droit. Et pour que cela reste cohérent et assure aux citoyens et aux acteurs économiques la sécurité juridique qui leur est due, tout cela devrait finalement s'organiser en un véritable droit de l'information et de l'immatériel, dont la propriété intellectuelle ne devrait être qu'une des branches.

Bertrand WARUSFEL

---

<sup>41</sup> Nick Moore, "Rights and Responsibilities In An Information Society", *The Journal of Information, Law and Technology JILT*, 1998-1 (cf. [http://elj.warwick.ac.uk/jilt/infosoc/98\\_1moor/](http://elj.warwick.ac.uk/jilt/infosoc/98_1moor/)).

<sup>42</sup> Il existe déjà des réflexions socio-économiques alternatives qui prédisent un changement radical de paradigme. C'est notamment le cas de Jérôme Rifkin qui envisage dans son dernier ouvrage (*L'âge de l'accès – La révolution de la nouvelle économie*, La Découverte, 2000) le passage "d'un régime propriétaire à un régime d'accès" dans lequel il ne s'agirait plus d'acquérir les biens mais d'obtenir le droit d'y accéder pour une période ou pour un usage déterminé. Une telle perspective bouleverserait les techniques de propriété intellectuelle classiques, mais ferait naître indiscutablement un nouveau droit régissant l'usage et la rémunération des biens immatériels.