HAL
open science

La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle

Michel Vivant

To cite this version:

Michel Vivant. La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Revue internationale de droit économique, 2006, 20 (4), pp.361 - 388. hal-03604276

HAL Id: hal-03604276

https://sciencespo.hal.science/hal-03604276v1

Submitted on 10 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA PRIVATISATION DE L'INFORMATION PAR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Michel VIVANT*

Résumé *: L'information est une « notion fuyante ». Si l'on retient l'idée de message, qui postule sa communicabilité, le terme évoque la substance. C'est, dans l'univers du droit d'auteur, le fond par opposition à la forme. S'agissant de brevets, si le titulaire des droits est le seul à pouvoir exploiter l'invention brevetée, c'est en contrepartie de la divulgation qu'il fait de son invention : accès réservé contre accès intellectuel ouvert à tous. Alors, la privatisation de l'information est-elle une question pertinente ? C'est à cette interrogation qu'il sera tenté de répondre, par une réflexion menée en dehors des canons. Seront analysées les pratiques qui conduisent (ou risquent de conduire) à une monopolisation de l'information, étant donné qu'il faille souvent raisonner plus en termes de « réservation », voire d'« immobilisation » de l'information qu'en termes de propriété. Le raisonnement se fera en trois temps : tout d'abord, c'est le détournement des mécanismes légaux qui sera considéré, lorsque c'est la prise de distance avec la norme légale qui conduit subrepticement à une telle monopolisation. C'est ensuite un pur et simple contournement de ces mécanismes légaux qui pourra tendre vers ce résultat et qui sera étudié. Enfin, il faudra se demander si ce n'est pas l'oubli radical des mécanismes légaux, de leur économie, de leur philosophie qui pourrait bien être le moyen le plus accompli de parvenir, sans que cela soit dit, à cette monopolisation de l'information.*

1 Introduction
- 1 Propriété intellectuelle : une expansion étonnante
- 2 Information : une notion fuyante
- 3 Privatisation de l'information : une question pertinente ?
- 4 La « réservation contractuelle » : une ébauche
- 5 La « réservation privative » : la vraie question
- 6 Une réflexion à mener en dehors des canons
- 7 Chemins détournés, chemins de traverse…

* Professeur à l'Université de Montpellier.

Revue Internationale de Droit Économique — 2006 — pp. 361-388

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

2 Le détournement des mécanismes
8 Du mésusage des droits
9 Le droit d'auteur à la marge
10 Le brevet à la dérive
11 Au final, des principes point trop maltraités
3 Le contournement des mécanismes
12 De l'art de passer outre
13 Les dangers du parasitisme
14 Les ambiguïtés du droit *sui generis*
15 L'information sur le fil du rasoir
4 L'oubli des mécanismes
16 Protéger les mesures techniques
17 Verrouiller l'information ?
5 L'oubli des fondements ?
18. Retour aux sources ?
Summary

1 INTRODUCTION

1. ***Propriété intellectuelle : une expansion étonnante –*** La propriété intellectuelle est désormais partout. Un bouquet de roses cache des obtentions végétales, un *jingle,* une marque, un éclairage, un droit d'auteur…[1] Mais, étendant son emprise bien au-delà de son champ traditionnel, cette propriété intellectuelle n'a pu, par le fait même, que se transformer sensiblement, sinon même, à certains égards, profondément.

Avec ce qu'il est convenu d'appeler les « nouvelles technologies », avec ce que les Européens dénomment « société de l'information », l'un de ces changements les plus remarquables est que la propriété intellectuelle flirte à présent avec cet objet singulier qu'est l'information. Si les « biens informationnels » ont eu leur heure de gloire dans les écrits de certains juristes, bien qu'à la vérité l'information ait toujours été au cœur de la propriété intellectuelle[2], la question – point tout à fait neuve à la vérité[3] et peut-être « éternelle chimère »[4] – se pose, en effet, aujourd'hui avec une acuité singulière de savoir si l'information n'est pas désormais « saisie » en tant que telle par les droits de propriété intellectuelle.

1. Repris de M. Vivant, « La fantastique explosion de la propriété intellectuelle : une rationalité sous le *big bang* ? », *in* Y. Blois (dir.), *Mélanges Nabhan*, Hors-série des Cahiers de la Propriété intellectuelle (Québec), 2004, p. 393.
2. En ce sens M. Vivant, « À propos des biens informationnels », *JCP*, 1984, éd. G., 3132.
3. L'Association littéraire et artistique internationale consacrait, dès 1992, un colloque à Barcelone – Sitges sur le thème *La protection des idées* et dont les actes ont été publiés en 1994. Ce thème n'est pas très éloigné du thème ici traité. Plus tôt encore, en 1984, l'association (française) « Droit et informatique » consacrait un séminaire à *L'appropriation de l'information* (duquel est issu J.-P. Chamoux (dir.), *L'appropriation de l'information,* Litec, 1986) à l'occasion duquel devaient s'exprimer des auteurs de tous horizons, français certes mais aussi, par exemple, américains ou canadiens.
4. N. Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.,* 1997, chr., p. 330.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

Toute une littérature militante, et parfois fort bien argumentée, le dénonce[5]. Même les écrits qu'on peut qualifier de « savants » ont soulevé cette question[6].

2. *Information : une notion fuyante* – Cependant, aussi difficile que soit l'exercice, il faudrait sans doute savoir ce que recouvre ce terme, ô combien fuyant, d'information ou au moins s'accorder sur le sens à lui donner[7], d'autant que, là encore, société de l'information et réseaux aidant, si l'information est devenue un objet social majeur, ce faisant, elle s'est transformée à proportion. Dans l'univers du « *dot com* », n'a-t-on pas joliment parlé de « *commodification* » de l'information[8] ?

Il reste que le terme est latin (il vient d'« *informare* »), et le *Trésor de la Langue française* se borne à traduire le sens étymologique quand il définit l'information comme l'action de donner ou de recevoir une forme[9]. C'est là ce qui a inspiré le professeur Catala quand, observant que « l'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable (et) est ensuite communiquée ou peut l'être », il propose d'y voir un « message quelconque », « intelligible » et « communicable »[10]. Certes, certains ont proposé d'ignorer cette communicabilité pour retenir que l'information devait d'abord être considérée comme… une chose[11]

5. On citera, par exemple, Ph. Aigrain, *Cause commune. L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, 2005. Mais une simple recherche sur le *Web* sur les mots : propriété + information, apporte une belle moisson de références. Sur la question attenante du « libre », il faut évoquer aussi : F. Latrive, *Du bon usage de la piraterie : culture libre, science ouverte*, Exils, 2004. Mais là aussi la littérature est foisonnante sur ce thème.
6. Écrits doctrinaux. Nous-même nous nous sommes penché sur cette question. V. ainsi M. Vivant, « An 2000 : l'information appropriée ? », *in Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst,* Litec, 1997, p. 651 ; « Savoir et avoir », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 47, « La mondialisation : entre illusion et utopie ? », Dalloz, 2003, p. 333.
7. Sauf bien sûr à le récuser, comme n'ayant guère d'intérêt car recouvrant potentiellement trop de choses différentes. Le professeur Lucas n'a pas tort de noter qu'« il y a en effet une grande part d'artifice à ranger dans une catégorie unique des informations brutes, telles que celles contenues dans des dépêches d'agence de presse, et des créations intellectuelles élaborées, à mélanger le dernier prix Goncourt et les statistiques du chômage » et qu'ainsi « l'imprécision du langage est (…) source de confusion » : A. Lucas, *Le droit de l'informatique*, PUF, 1987, n° 304 ; et, seconde édition, avec J. Devèze et J. Frayssinet, 2001, n° 470. Reste qu'il est difficile d'ignorer que notre société se définit, comme il est rappelé au texte, comme une « société de l'information ». Et quant à la profusion, préjudiciable, de sens divers dont le mot information est porteur, qu'on veuille bien observer qu'il n'est pas moindre s'agissant de l'œuvre qui est au cœur du droit d'auteur ; et, puisque le Goncourt a été cité, constatons que sont également des œuvres au sens du droit d'auteur (et même des œuvres littéraires selon la norme internationale) un roman de Marcel Proust ou de Thomas Mann et un logiciel.
8. N. Elkin-Koren et N. Weinstock Netanel (dir.), *The Commodification of Information*, Kluwer International, Den Hague, 2002. On lira avec intérêt plusieurs contributions en lien avec notre sujet et notamment M. J. Radin, « Incomplete Commodification in the Computerized World », p. 3.
9. Ce qui, soit dit en passant, permet de considérer qu'une telle définition vaut pour toutes les langues, qu'elles soient dérivées du latin ou que la langue locale ait retenu un équivalent de ce terme latin.
10. P. Catala, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, chr., p. 97, spéc. n° 5.
11. J.-C. Galloux, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.*, 1994, chr., p. 229, spéc. n° 25.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

mais, comme tout est chose, ainsi que le savent tout particulièrement les juristes de propriété intellectuelle qui ne cantonnent pas les « *res* » aux seules « *res quae tangi possunt* », cela ne conduit pas… à grand-chose, et le fait est que cette prétendue définition prive la notion de sens car la forme n'est pas une fin en soi quand il est question d'information mais est bel et bien là comme vecteur de communication. Tout au plus, peut-on, très légitimement, admettre avec le professeur Passa que l'information « au sens retenu par le droit des médias », c'est-à-dire l'information comme « *action* consistant à communiquer à un public des faits ou des opinions »[12], peut être mise à part.

Or si l'on retient l'idée de message – qui postule intelligibilité[13] et communicabilité –, aussi vague cela soit-il, le terme évoque la substance. C'est, dans l'univers du droit d'auteur, le fond par opposition à la forme.

3. *Privatisation de l'information : une question pertinente ?* – Mais précisément c'est un lieu commun de la matière que de dire que seule la forme est appréhendée par ce droit et non le fond. En tous pays, tribunaux et auteurs le rappellent[14].

Même un texte relativement récent comme la directive communautaire sur la protection des programmes d'ordinateur est venu dire expressément que, « pour éviter toute ambiguïté, il convient de préciser que seule l'expression d'un programme d'ordinateur est protégée et que les idées et les principes qui sont à la base des différents éléments d'un programme (…) ne sont pas protégés par le droit d'auteur »[15].

Aussi le soupçon pointe-t-il : notre question est-elle pertinente ? Est-il légitime de la poser ? Déceler ici ou là une privatisation de l'information ne relèverait-il que du malentendu, comme semble le suggérer le professeur Passa[16] ?

Il se peut. À la vérité, comme souvent en droit, tout est fonction des mots utilisés et du regard porté sur les choses. Propriété, appropriation, privatisation, réservation… : il faut déjà s'entendre.

---

12. J. Passa, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Droit & Patrimoine*, mars 2001, p. 64, spéc. p. 65 ; c'est nous qui soulignons.
13. Même si cette intelligibilité est restreinte subjectivement, par exemple en raison des qualités du « récepteur » de l'information, ou objectivement, par un procédé de chiffrement ou de masquage.
14. On citera ici un jugement français ancien mais qui use de formules frappantes : « Dans le domaine de la pensée, l'idée demeure éternellement libre et ne peut jamais devenir l'objet d'une propriété privative (…). Seule est susceptible d'appropriation la forme originale et nouvelle dont l'écrivain la revêt » (T. civ. Seine, 19 déc. 1928, *Dalloz hebdomadaire*, 1929, 79).
Mais, par exemple, en Allemagne à un tout autre niveau hiérarchique, le *Bundesgerichtshof* ne dit pas autre chose, puisqu'on peut lire dans une de ses décisions de 1987 : « Les pensées abstraites et les idées ne se laissent pas protéger ; elles doivent rester libres dans l'intérêt de la collectivité et ne peuvent être monopolisées par le biais d'un droit d'auteur » (BGH, 12 mars 1987, *GRUR,* 1987, p. 704, note Loewenheim).
15. Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *JOCE*, L 122 du 17 mai 1991, p. 42, considérant 13.
16. J. Passa, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *op. cit.*

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

4. ***La « réservation contractuelle » : une ébauche*** **–** Une forme un peu fruste mais néanmoins efficace – qu'on songe à l'exemple de Coca-Cola – de « réservation » des créations de l'esprit, et donc éventuellement de l'information, réside dans le secret. Quel meilleur moyen de conserver pour soi une idée, une technique, une information que de ne pas la communiquer !

Mais le juriste a peu à dire là-dessus, qui est d'abord du fait, sauf à noter que la plupart des droits nationaux contiennent des dispositions, assurément déclinées de manière très diverses, pour sanctionner espionnage (stratégique et/ou industriel), violation du secret (différemment défini) ou même indirectement des pratiques pouvant tendre à cette fin comme par exemple la corruption active ou passive. L'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui a pour but d'intégrer les droits de propriété intellectuelle dans le système GATT/OMC, a intégré ce souci en prévoyant l'obligation pour les États membres de protéger les « renseignements non divulgués »[17]. Mais, quand il s'agit de droit pénal, dans l'esprit de ce droit, c'est le comportement du délinquant qui est en cause bien plus que l'objet visé par ses comportements[18].

Aussi, beaucoup plus intéressante, est l'hypothèse où l'information est livrée, mais à certains seulement, tenus au secret ; et au terme d'un curieux jeu dialectique,

---

17. L'Accord sur les ADPIC figure à l'Annexe 1 C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech, le 15 avril 1994 : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf.
Art. 39 : « 1° En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10 bis de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.
2° Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers, acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements :
– soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;
– aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et
– aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.
3° Lorsqu'ils subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles, à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre toute exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les Membres protégeront ces données contre toute divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre toute exploitation déloyale dans le commerce. »
18. Nous reviendrons, en revanche, sur ce qui est sanction (civile) des comportements déloyaux ou parasitaires, qui, n'ayant pas pour fin de « punir », peut, à la marge, déboucher sur une sorte de « métapropriété » (*infra* n° 13).

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

c'est ce secret imposé qui permet cette diffusion par hypothèse limitée. C'est bien sûr à la figure du contrat de communication de savoir-faire que nous nous référons ici. Mais un semblable schéma se retrouve, par exemple, avec certaines variations, dans le contrat de travail (qui suppose que le salarié reçoive de l'entreprise où il travaille un certain nombre d'informations qu'elle entend garder secrètes) ou dans le contrat de recherche (qui peut impliquer livraison d'informations au prestataire et implique nécessairement livraison par le prestataire des résultats qu'il aura atteints). Tout un ensemble de clauses de confidentialité, de non-exploitation (clause trop souvent négligée), de non-concurrence est alors mobilisé pour éviter la dissémination de l'information[19]. Mais si, ainsi que nous l'avons fait, on peut à cet égard évoquer une « réservation » de l'information comme se plaît à le faire ce qu'on a parfois baptisé du nom d'« École de Montpellier »[20], il serait impropre de parler de propriété. Toute la doctrine, au moins dans les pays de tradition romano-germanique, souligne bien que les termes souvent utilisés de cession ou de licence sont au mieux de simples termes d'évocation, au pire fautifs[21], à défaut d'un droit privatif dont il puisse être disposé. Parmi d'autres, le professeur Buydens écrit ainsi avec une remarquable clarté : « N'ayant pas de monopole sur le savoir-faire (si ce n'est un monopole purement factuel résultant du secret), le titulaire ne peut donc en concéder la jouissance. Cette argumentation vaut également *mutatis mutandis* pour la cession : la cession se caractérisant comme un transfert de la propriété, elle ne peut s'appliquer au savoir-faire, puisque, une fois encore, celui-ci ne fait pas l'objet d'un droit de propriété industrielle. »[22]

C'est que, fondamentalement, puisqu'il s'agit de contrat, la réservation évoquée ne vaut qu'*inter partes*. Le débiteur du secret (pour prendre en référence la clause centrale dans les montages évoqués) pourra être condamné s'il méconnaît son obligation mais, au-delà, on pourra au mieux attendre la condamnation du complice[23]

19. On ne manquera pas de relever le titre, grandement parlant, de l'ouvrage de M. F. Nammour : *Les clauses de secret ou la réservation de l'information par le contrat*, Beyrouth, Impr. Féghali, 1996.
20. Lire J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, t. 1, 1984, n° 17, note 50 *bis* : « Il est bon que la propriété industrielle soit "protégée" contre ceux qui voudraient l'affaiblir ou la supprimer, que les brevets soient, aussi, "protégés" contre les contrefacteurs par exemple ; mais l'invention n'a pas à être "protégée", ses exploitants, réguliers ou non, ne lui voulant pas le moindre mal (…) Nous préférons dans bon nombre de situations l'expression de "réservation" (fait de "destiner une chose à quelqu'un"). Avec elle ne se confond pas l'expression d'"appropriation" (fait de "faire d'une chose sa propriété") qui est un mode particulier pour obtenir cette réservation, en constituant sur l'information concernée un droit privatif particulier, un droit de propriété incorporelle. » Et J.-M. Mousseron de poursuivre en analysant, en amont du brevet, la « réservation » qu'offre le droit commun (n°s 20 et s.). Et *cf.* encore l'ouvrage de M. Nammour, cité note précédente.
21. Peut-être peut-on être moins sévère avec l'emploi du terme « licence » pour autant qu'on choisisse d'oublier le sens technique qui est le sien – qui renvoie au contrat de louage – pour s'attacher à la signification étymologique du mot *licencia* : autorisation.
22. M. Buydens, *Droit des brevets d'invention et protection du savoir-faire*, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 567. V., par exemple, en France, dans le même sens J.-M. Mousseron, « Réserver le Know How, Rapport introductif », *in Le Know How*, Litec, 1976, p. 63, spéc. p. 66, ou J.-J. Burst, « Commercialiser le Know How, Rapport introductif », *ibid.*, p. 133, spéc. p. 134 et s.
23. Complicité civile ici bien sûr et condamnation (éventuelle) par voie de conséquence au civil.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

de cette violation si le droit national en cause l'autorise[24]. Le tiers qui entendrait exploiter l'information mise sur la place publique devrait, lui, pouvoir librement le faire.

Comme devait le juger lapidairement la cour de Paris, la volonté d'un individu de garder secrètes les formules de certains produits ne crée à son profit aucun droit privatif[25].

5. ***La « réservation privative » : la vraie question*** **–** C'est donc, en réalité, sur l'éventuelle mise en place d'une « réservation privative » qu'il faut s'interroger. Or le mécanisme, par excellence, auquel cette fonction est assignée dans l'ordonnancement juridique, est bien évidemment celui de la propriété qui devient tout naturellement, confrontée à l'immatériel, propriété intellectuelle.

Mais précisément le problème est là : à considérer cette propriété intellectuelle[26], le fait est qu'à s'en tenir aux canons de la matière il ne peut y avoir privatisation de l'information.

Nous avons rappelé plus haut quelle était la règle en droit d'auteur[27]. S'agissant de brevets, s'il est vrai que le titulaire des droits est le seul à pouvoir exploiter l'invention brevetée, c'est en contrepartie de la divulgation qu'il fait de cette invention[28] : accès économique réservé contre accès intellectuel ouvert à tous donc[29].

---

24. Comme le fait, par exemple, le droit français.
25. Paris, 3 juill. 1975, *Propriété industrielle bulletin documentaire*, 1976, 170, III, 219 ; *Dossiers Brevets*, 1976, III, 1.
    Une étonnante décision canadienne, rédigée dans un style très contourné, devait pourtant, en 1991, déclarer que des dossiers d'avocats réunissant de nombreux avis juridiques constituaient un « *know-how* », bien meuble incorporel susceptible d'appropriation (*Hindle v. Cornish et al*. (1991) *Recueil de jurisprudence du Québec* 1273 (C.S. Qué.)). Mais, comme le notait fort justement Mme Goudreau, « la qualification a peu de signification puisque, selon le tribunal, "le droit auquel les parties peuvent prétendre n'est pas un droit de propriété entier, mais un droit incomplet, *sui generis*, car il est assujetti à des restrictions incompatibles avec le droit de propriété, restrictions liées à la nature confidentielle des documents dans lesquels sont contenues les données susceptibles d'appropriation" ». Le tribunal déclarait en outre que le bien en cause ne pouvait être ni vendu ni loué (M. Goudreau, « La protection extra-contractuelle de l'idée et de l'information confidentielle au Canada et au Québec », *in La protection des idées*, *op. cit*., p. 415, spéc. p. 435) ! Mention *pro forma* donc…
26. Propriété intellectuelle : précisons que nous prendrons ces termes dans le sens large, et flexible, que les droits anglo-saxons donnent aux mots « *intellectual property* », qui n'est pas sans faire songer à la « réservation » chère à « l'École de Montpellier » précédemment évoquée.
27. *Supra* n° 2 *in fine* : fond *v*. forme.
28. Ce qu'on trouve, par exemple, traduit en droit européen à l'article 83 de la Convention sur la délivrance de brevets européens (convention sur le brevet européen) du 5 octobre 1973 (http://www.european-patent-office.org/legal/epc/f/ma1.html) selon lequel « l'invention doit être exposée dans la demande de brevet européen de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter ». Mais l'exigence est universelle. Elle figure par exemple, aux États-Unis, au Titre 35 du *Patent Act* codifié (35 U.S. Code), § 112, avec même, plus radicale, la fameuse règle de la divulgation « *in its best mode* ».
29. Suivant une formule qui nous est chère ; v., par exemple, M. Vivant, *Le droit des brevets*, Dalloz, coll. Connaissance du Droit, 2e éd., 2005, *passim* et notamment p. 83.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

Pour en rester aux « grands droits », la marque, certes, se présente de manière assez sensiblement différente car elle *est* en quelque sorte en elle-même une information[30] mais la réservation assurée à son titulaire ne devrait jouer que dans la sphère commerciale[31] et les tribunaux s'appliquent, par exemple, à éviter qu'un terme du langage courant soit « confisqué » au profit du titulaire de la marque.

Peut-être le droit des organismes de radiodiffusion reconnu par la Convention de Rome du 26 octobre 1961[32] comme celui, de plus large étendue, des « entreprises de communication audiovisuelle » que connaît le droit français[33] et qui permet à ces opérateurs de contrôler la reproduction et la (re)diffusion de leurs émissions ou programmes (le vocabulaire change mais l'objet est le même), est-il le seul droit, susceptible d'être qualifié de propriété intellectuelle comme droit voisin, à pouvoir

---

Et, au passage, on notera qu'il s'agit bien d'une information, d'une information livrée au public consistant en une « recette technique ». Le professeur Dessemontet l'exprime parfaitement quand il écrit : « Toute invention est une règle, c'est-à-dire une information adressée à l'esprit humain pour attirer son attention sur une certaine causalité, entraînant qu'une certaine manière de faire ou un certain produit aboutit à certains effets » (F. Dessemontet, *La propriété intellectuelle*, Lausanne, Cedidac, 2000, n° 193). On pourrait citer encore dans le même sens A. Troller, *Immaterialgüterrecht*, 2 vol., 3e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1983/1985, p. 150. Ou encore J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, *op. cit., ibid.* Il n'y a donc rien de « réducteur » à ramener l'invention brevetée à une information comme semble le penser le professeur Passa (« La propriété de l'information : un malentendu ? », *op. cit.*, p. 64).

30. Information *a minima* sur l'origine du produit. Encore est-il que, dans le rattachement qu'elle fait à une entreprise, avec ce que cela peut suggérer de qualités, il s'agit d'une information construite et non pas donnée *a priori* ; *cf.* B. Humblot, *Étude du droit des marques au regard de la linguistique*, Thèse Montpellier, 2000.

31. ADPIC, art. 16 : « Le titulaire d'une marque de fabrique ou de commerce enregistrée aura le droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage *au cours d'opérations commerciales* de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque de fabrique ou de commerce est enregistrée dans les cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion (…) » (c'est nous qui soulignons).

32. Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (faite à Rome le 26 octobre 1961), http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/rome/trtdocs_wo024.html, art. 13 :
« Les organismes de radiodiffusion jouissent du droit d'autoriser ou d'interdire :
a) la réémission de leurs émissions ;
b) la fixation sur un support matériel de leurs émissions ;
c) la reproduction :
   i) des fixations, faites sans leur consentement, de leurs émissions ;
   ii) des fixations, faites en vertu des dispositions de l'article 15, de leurs émissions et reproduites à des fins autres que celles visées par lesdites dispositions ;
d) la communication au public de leurs émissions de télévision, lorsqu'elle est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée ; il appartient à la législation nationale du pays où la protection de ce droit est demandée de déterminer les conditions d'exercice dudit droit. »

33. Code de la propriété intellectuelle français, art. L. 216-1, al. 1er : « Sont soumises à l'autorisation de l'entreprise de communication audiovisuelle la reproduction de ses programmes, ainsi que leur mise à la disposition du public par vente, louage ou échange, leur télédiffusion, et leur communication au public dans un lieu accessible à celui-ci moyennant paiement d'un droit d'entrée. »

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

être considéré comme saisissant directement une information, puisque ces opérateurs sont investis du droit de contrôler la diffusion de ce qui est proprement un message pour la raison qu'ils ont eux-mêmes, et d'abord, diffusé ce message. Nous sommes très éloignés des canons de la matière, et il n'est pas étonnant que ce droit ait fait l'objet de vives critiques[34].

L'hypothèse est singulière. Et c'est donc bien en dehors des canons, des règles établies qu'il faut s'interroger sur cette possible privatisation de l'information.

6. ***Une réflexion à mener en dehors des canons*** **–** Il faut donc se pencher sur les usages déviants, sur les pratiques marginales de la propriété intellectuelle, ceux et celles qui sans doute ne relèvent pas des belles constructions académiques mais tissent le quotidien et lui impriment une marque nouvelle.

Cela implique de se plier à deux impératifs auxquels invite d'ailleurs l'intitulé sur la « privatisation » de l'information, à connotation plus économique que juridique[35].

Le premier est de ne pas s'en tenir à une approche formelle. « Ceci n'est pas une propriété. » Un peu comme le célèbre « Ceci n'est pas une pipe » de Magritte[36]. Dans un domaine plus trivial on songera ici au fameux droit *sui generis* que les Européens ont instauré sur les bases de données et qu'ils ont qualifié ainsi pour ne pas en faire un nouveau droit de propriété intellectuelle qui n'aurait pas trouvé place dans l'ordonnancement juridique international[37]. Pourtant défini à travers un jeu (plus ou moins) précis de prérogatives, doté d'une action propre pour en assurer la défense, supportant des exceptions légalement définies, limité dans le temps, cessible, il a toutes les caractéristiques d'un tel droit, et nombreux sont les auteurs à y avoir vu une propriété « masquée »[38]. Peu importe, en réalité, la forme affichée.

Le second impératif à respecter, de même esprit que le premier, mais néanmoins distinct, est de ne pas s'en tenir à une approche dogmatique. « Il ne s'agit pas d'une propriété »… et tout est dit. La belle mais délicate construction sur le parasitisme qu'ont initiée les pays de culture germanique (Allemagne, Autriche, Suisse alémanique) et qui a peu à peu gagné l'essentiel de l'Europe occidentale continentale, ne

34. *Cf.* l'image du « *hamburger* juridique des plus indigestes » (droits s'ajoutant aux droits) et l'analyse d'une « déconstruction du paradigme de l'exploitation » sous la plume du professeur Gaudrat : Ph. Gaudrat et M. Vivant, « Mondialisation », *in* M. Vivant (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation*, Dalloz, 2004, p. 31.
35. Il n'est pas question de propriété ni même – terme au sens plus imprécis – d'appropriation.
36. Encore que l'image d'une pipe ne soit pas une pipe.
37. *Cf.* Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE*, L 77 du 27 mars 1996, p. 20.
38. Pour s'en tenir aux auteurs d'expression française, on pourra citer N. Mallet-Poujol, « La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative », *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 1996/1, p. 6, pour qui « au fur et à mesure de la maturation de la directive, le caractère privatif du droit *sui generis* est devenu de plus en plus évident » (n° 15) ; ou M. Vivant, « An 2000 : l'information appropriée ? », *op. cit.*, n°s 12 et s.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

débouche pas *techniquement* sur une propriété. On ne saurait en douter. Le mécanisme est de l'ordre de la responsabilité et, tout comme l'opposition entre fond et forme est un classique de la propriété littéraire et artistique, l'opposition entre action en concurrence déloyale (pour utiliser les vocabulaires belge ou français) qui relève du droit de la responsabilité largement entendu et action en contrefaçon qui vient sanctionner une propriété est aussi un classique de la propriété intellectuelle. Mais le résultat est bien ou, du moins, peut être (de fait il faut analyser chaque espèce) une monopolisation de l'objet considéré.

C'est l'idée qui nous servira de guide : au détour de telle pratique, peut-on enregistrer ou risque-t-on d'enregistrer une *monopolisation* de cette information qui nous occupe ici ?

7. *Chemins détournés, chemins de traverse…* – Ce sont donc ces chemins détournés, ces chemins de traverse que nous allons emprunter pour répondre à cette question. Il nous faudra considérer d'abord – situation la plus fruste – le détournement des mécanismes légaux quand c'est la prise de distance avec la norme légale qui conduit subrepticement à une telle monopolisation (section 2). C'est ensuite un pur et simple contournement de ces mécanismes légaux, quand, par exemple, le juge s'en mêle, qui pourra tendre vers ce résultat et devra retenir notre attention (section 3). Enfin, il faudra se demander si ce n'est pas l'oubli radical des mécanismes légaux, de leur économie, de leur philosophie qui pourrait bien être le moyen le plus accompli de parvenir sans que cela soit dit à cette monopolisation de l'information (section 4). Le non-dit est ici essentiel. À nous de savoir en scruter le sens.

2 LE DÉTOURNEMENT DES MÉCANISMES

8. *Du mésusage des droits* – Le détournement des mécanismes légaux est évidemment le moyen le plus simple qui permette de se rapprocher d'une monopolisation de l'information. Il suffit d'oublier l'opposition faite entre fond et forme ou la fonction de diffusion qui est celle d'un brevet.

Or, comme on imagine mal que soudainement un juge ou un office vienne proclamer qu'il n'entend pas se soumettre à la loi, il faut donc s'attacher à des situations de marge où les grands principes, sans être remis en cause, perdent de leur évidence et s'avèrent d'une mise en œuvre délicate.

9. *Le droit d'auteur à la marge* – L'observation vaut d'abord pour le droit d'auteur.

Quand une juridiction prend en considération les « fonctionnalités » d'un logiciel au titre du droit d'auteur[39], c'est plutôt d'une erreur de droit qu'il s'agit et la décision n'est donc que d'un faible intérêt pour ce qui nous préoccupe ici.

39. Par exemple TGI Paris, 6 mars 2001, *JCP*, 2001, éd. E., p. 1952, obs. Raynard, qui apprécie ainsi la prétendue originalité d'un logiciel en considérant ses « fonctionnalités ».

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

Mais plus troublante est cette décision intervenue en France en 1957 qui devait déclarer, à propos de la reprise des thèses d'un archéologue dans un roman, qu'il convenait de distinguer ce qui relève du « fonds commun du savoir humain » (telles que les données matérielles résultant de fouilles) et les « hypothèses » qui « demeurent personnellement acquises » à leurs auteurs[40]. Sans doute nous avons nous-même fait observer qu'un tel jugement était empreint d'une certaine naïveté comme si tout savoir humain n'était pas construit[41]. Mais, quand le droit d'auteur, au titre de la forme, saisit non seulement l'écriture mais aussi la composition, l'« architecture » de l'œuvre et donc par exemple la trame d'un roman[42], l'enchaînement des idées n'est pas loin et de l'enchaînement des idées à la formulation de celles-ci – fond ? forme ? – il n'y a qu'un pas.

Sans aller jusqu'à soutenir que le droit d'auteur appréhende le fond[43], ce qui serait certainement excessif eu égard aux principes reçus[44], la dissociation du fond et de la forme est parfois malaisée et même il n'est pas faux de parler en certains cas d'« indivisibilité » de l'une et de l'autre. C'est, à juste titre, selon nous, que M. Edelman observe que « lorsqu'une œuvre est bâtie tout entière sur une révélation, un "suspense" qui en constitue la matière même, on peut alors considérer que l'idée est tellement prise dans la forme qu'elle en est devenue indivisible »[45]. Dans la perspective d'une réflexion sur le statut de l'information, il faut même admettre, nous semble-t-il, qu'en certain cas la forme et l'information se confondent. M. Geiger met très justement en avant l'exemple du critique d'art : « La critique d'un tableau », écrit-il, « impliquera qu'on le reproduise. Le degré informationnel est énormément amoindri si le journaliste affirme qu'il s'agit d'une peinture aux couleurs magnifiques, avec une perspective parfaite et une profondeur sans pareille. »[46] Il nous paraît difficile de ne pas souscrire à cette idée.

---

40. T. civ. Marseille, 11 avr. 1957, *JCP*, 1957, II, 10334, note Plaisant ; *D.,* 1957, 369 ; *S*., 1957, 309 – et, en appel, Aix-en-Provence, 13 janv. 1958, *JCP*, 1958, II, 10412 ; *D*., 1958, 142 ; *S.,* 1958, 58.
41. Notre article « Savoir et avoir », *op. cit*., spéc. n° 23 : « Les juges marseillais n'ont certainement pas lu Bachelard (ni Kuhn, mais, pour Kuhn, il est vrai qu'il a publié plus tard sa fameuse *Structure des révolutions scientifiques* !). Cela dit, devrait-on suivre les juges marseillais, comme épistémologie et philosophie des sciences nous montrent bien que tout est hypothèse, et cela dans les sciences dites dures comme dans les autres, même si l'hypothèse peut s'affadir dans la *doxa* reçue, tout savoir pourrait ainsi rester "personnellement" acquis à son auteur ! »
42. Pour citer un exemple allemand, voir la décision du *Landsgericht* de Hambourg de 2003 considérant que la trame des romans ayant pour héros *Harry Potter*, comme au demeurant le personnage lui-même, devait recevoir protection, cela permettant de s'opposer à la diffusion de livres scolaires proposant une méthode d'initiation à la lecture à partir de ces ouvrages mais sans reprises de passages de ceux-ci (LG Hamburg, 12 déc. 2003, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, p. 610).
43. Comme cela fut défendu très brillamment par M. Cherpillod (I. Cherpillod, *L'objet du droit d'auteur*, Lausanne, Cedidac, 1985).
44. Quoique la proposition d'I. Cherpillod « d'accorder la protection à toutes les composantes qui sont perceptibles à l'intérieur de l'œuvre en tant qu'elles remplissent les exigences de création et d'originalité » (*ibid*., n° 190) peut recevoir, nous semble-t-il, approbation. Ce « perceptible aux sens » ne pourrait-il pas, d'ailleurs, constituer une certaine définition de la forme ?
45. B. Edelman, « Création et banalité », *D*., 1983, 73, spéc. p. 74.
46. Ch. Geiger, « Liberté de l'image et droit d'auteur », *Légicom*, 2005/2, n° 34, p. 65, spéc. p. 73, et *Légipresse,* 2005, n° 223, II, p. 84, spéc. p. 89.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

De fait, le droit d'auteur n'est parfois, pour les auteurs eux-mêmes, qu'un moyen de contrôler le fond, de ne pas laisser passer l'information si l'on préfère. L'argumentation peut prospérer comme dans cette affaire allemande où le droit d'auteur fut avancé avec succès pour s'opposer à la publication dans la grande presse d'extraits des conclusions d'un avocat[47]. Elle peut ne pas être accueillie comme dans cette affaire néerlandaise datant de 2003 où, afin de dénoncer certaines pratiques de l'Église de Scientologie, les créateurs d'un site internet avaient reproduit sur ce site des pages entières tirées d'ouvrages exprimant la doctrine de ladite Église en violation indiscutable des droits d'auteur de celle-ci mais sans que, pour autant, les juges de la cour d'Amsterdam entrent en condamnation, préférant donner le pas à la liberté d'information sur la défense du droit d'auteur[48]. Il y a déjà bien longtemps, en 1968, la Cour d'appel de Berlin avait rendu un arrêt de même esprit puisqu'elle jugeait qu'il était légitime pour un quotidien de reproduire non seulement des extraits d'articles mais encore l'intégralité de caricatures publiées dans un journal populaire, afin de démontrer que celui-ci donnait du monde étudiant une image tout à fait négative, alors qu'en principe la reproduction d'œuvres intégrales n'est autorisée selon la loi allemande que dans un but scientifique[49], la liberté d'expression étant mise en avant par les juges berlinois pour justifier leur position[50].

Tout cela ne démontre certainement pas que le droit d'auteur appréhenderait effectivement, par on ne sait quelle mutation larvée, l'information, mais, pour reprendre un terme déjà utilisé, à l'occasion il flirte avec elle.

10. ***Le brevet à la dérive*** **–** Une observation semblable peut être faite à propos du brevet qui, lui aussi, fit et fait l'objet de « glissements » tout à fait insidieux[51].

10.1. Beaucoup songeront spontanément aux « brevets de logiciel » et, de fait, quelqu'un comme M. Algrain n'hésite pas à écrire que « la brevetabilité des logiciels peut être considérée comme un point de non-retour pour l'appropriation de l'infor-

47. Bundesgerichtshof, 17 avr. 1986, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungs*, 1986, p. 739.
48. CA Amsterdam, 4 sept. 2003, *Propr. intell.,* 2004, n° 12, p. 834, obs. Vivant (pour une référence française).
49. Art. 51 de la loi allemande sur le droit d'auteur.
50. KG Berlin, 26 novembre 1968, *Archiv für Urheber- und Medienrecht*, 1969, 54, p. 296. L'invocation du droit d'auteur aurait pu, en effet, empêcher la diffusion de *l'information* nécessaire comme le relève de manière très argumentée l'arrêt qui, observant que la liberté d'expression postulant la faculté « de pouvoir reproduire d'autres opinions et surtout les propos d'un adversaire politique », déclare que, de par la mise en avant du droit d'auteur, « le débat politique au sens large risque d'être entravé d'une manière difficilement compatible avec (…) la Loi fondamentale, sans que cela soit pourtant rendu nécessaire par la protection des intérêts des auteurs ». L'arrêt poursuit : « Les œuvres écrites et artistiques, telles que les vers politiques, les slogans électoraux, les blagues politiques et les caricatures sont des moyens efficaces et parfois dangereux d'influencer l'opinion publique (…). De la sorte, cela correspond à un impératif démocratique de pouvoir soumettre ces œuvres à la libre critique. »
51. M. Vivant, « Savoir et avoir », *op. cit.*, n°s 24 et s.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

mation : en effet, tout traitement informationnel, quel que soit son objet, peut être réalisé sous la forme d'un logiciel »[52]. Nous aurions mauvaise grâce à contester que l'information est au cœur des innovations logicielles (comme, au demeurant, elle est au cœur des innovations dans le domaine des biotechnologies et de la génétique[53]), puisque nous l'avons nous-même mis en avant[54]. Mais il faudrait être davantage assuré de ce qui est en cause derrière l'appellation consacrée de « brevet de logiciel » pour pouvoir être aussi affirmatif[55]. S'il s'agit de breveter un « procédé logiciel » – un *process* qui fait appel à la technique informatique –, il n'y a là qu'un changement de vecteur[56], l'informatique se substituant par exemple à la mécanique, et le champ du brevetable n'est nullement bouleversé[57]. Si, bien sûr, c'est l'algorithme qui s'avérait devoir l'être, ce serait autre chose. L'heure présente est plutôt à la cacophonie.

10.2. Nous nous attacherons ici à une évolution plus insidieuse car ne se révélant pas au premier regard mais pouvant affecter la philosophie même du brevet. Le brevet est, en effet, normalement la « récompense »[58] de l'apport que le breveté fait de la révélation de son invention à la société, en d'autres termes d'une information qu'il lui apporte[59]. Or, s'il est vrai que l'invention est une notion ouverte en règle générale[60] non légalement définie[61], il nous semble qu'on peut dire qu'il y a invention dès lors qu'un processus intellectuel, quel qu'il soit[62], permet d'aboutir à une innovation

52. Ph. Aigrain, *Cause commune…*, *op. cit*, p. 104.
53. Sur le rapprochement, v. notamment J.-P. Clavier, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, L'Harmattan, 1998, en particulier n°s 315 et s.
54. V. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, Institut national de la propriété industrielle, 2003, *passim* et notamment n° 5.
55. Pour une réflexion sur ce qui peut être en cause, *cf.* Ph. Gaudrat, « L'invention informatique : un débat difficile et contourné », *RTD com*., 2005, p. 323.
56. Et on ne pourra pas ne pas noter que la proposition de directive présentée en 2002 est intitulée proposition « concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur », et non pas proposition relative à la brevetabilité des programmes d'ordinateur.
57. Sur la détermination de l'objet appelé à être ainsi breveté dans le respect des principes du brevet, v. encore M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Protéger les inventions de demain…, op. cit*., n°s 62 et s.
58. Pour reprendre une formule bien connue de la Cour de justice : l'objet spécifique du droit de brevet est « notamment d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers » (CJCE, 31 oct. 1974, *Centrafarm* c/ *Sterling Drug,* aff.15/74, *Rec.,* p. 1147 ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n° 3, comm. C. et M. Vivant).
59. Là-dessus, v. *supra* n° 5.
60. Il y a des contre-exemples comme, d'une certaine manière, le droit américain quand il met l'accent sur ce sur quoi doit porter l'acte inventif (ou la découverte puisque le texte parle de celui qui invente ou découvre) : « *Any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof* » (35 USC 101).
61. Et heureusement non définie pour permettre son adaptation aux nouvelles catégories d'innovation : en ce sens, D. Vaver, « Le concept d'invention en droit des brevets : bilan et perspectives », *in* M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Protéger les inventions de demain…, op. cit*., p. 271, spéc. p. 275 et s.
62. Création « classique » productrice d'un artefact quelconque mais aussi tout autre mode créatif :

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, et ce quelle que soit la nature de l'effet produit[63]. Encore faut-il, cependant, que ce résultat soit effectivement acquis.

Or la pratique des offices de brevet, et spécialement de l'Office américain[64], n'est pas toujours respectueuse de ce schéma. On a assisté voici quelques années à d'indiscutables dérives. Si notre sentiment est qu'il n'y a pas de coupure entre découverte et invention et qu'il peut fort bien y avoir invention à partir d'une découverte dès lors qu'à partir de l'objet découvert un résultat est atteint dans les termes énoncés ci-dessus[65], ce n'est pas sur un nouveau résultat avéré que le brevet était dans bien des cas octroyé mais sur l'expectative d'un résultat jugé *susceptible* d'être atteint, souvent sur la base d'une extrapolation mathématique. Il faut, en effet, savoir que, très souvent, dans le domaine des biotechnologies, l'application alléguée sera déduite d'une analyse informatique statistique, prospective qui, par comparaison avec des séquences analogues déjà connues, permettra de mettre en avant telle ou telle fonction dont la réalité pourra par la suite se vérifier… ou non. M. Feyt, très critique à l'égard de ces pratiques, évoque, de la sorte, des revendications « reposant sur des études par simulation, analogie, extrapolation, etc. (et) ne reposant sur aucune base expérimentale »[66].

Il faut bien comprendre ce que cela signifie. Pour autant que la pratique dénoncée corresponde à la réalité, cela ne signifie pas seulement que tel ou tel brevet est délivré indûment. Cela veut dire que le brevet ne répond plus à la même philosophie. Le titre est délivré sans contrepartie assurée. Le brevet « ne consiste plus en une "récompense" attribuée à l'inventeur en échange de la divulgation de son invention : le brevet se mue, pour la firme qui le détient, *en droit d'exploration*, *cédé sous forme de monopole*, pour toutes les inventions à venir, non décrites et non prévisibles, avant même que toute invention ait été effectuée et, *a fortiori*, divulguée »[67]. C'est là la logique des brevets dits « *up stream* » que certains appellent de leurs vœux comme

« combinatoire » ou « dévoilement », comme dans le cas où l'invention trouve son soubassement dans une découverte.

63. V. notamment M. Vivant et J.-M. Bruguière, « Réinventer l'invention », *Propr. intell.,* 2003, n° 8, p. 286. Aussi : M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Protéger les inventions de demain…*, *op. cit*., n° 55.
64. Chacun connaît la très fameuse formule de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis de 1980, *Diamond v. Chakrabarty*, pour qui est susceptible d'être breveté « tout ce qui est fait par l'homme sous le soleil » – « *anything under the sun that is made by man* » – (447 U.S. 303, 100 S.Ct. 2204, 65, L.Ed.2d 144 (1980)).
65. Sur tout cela, v. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Protéger les inventions de demain…*, *op. cit*., en particulier n° 54. Quand la découverte fait l'objet d'une application, on bascule vers l'invention par ce que le professeur Foyer a joliment qualifié de « transsubstantiation » (J. Foyer, « La remise en cause de la distinction invention/découverte », Communication au Colloque des Académies des Sciences et des Sciences morales et politiques sur la « propriété scientifique », Paris, janv. 2002, *in Propriété scientifique et recherche*, Tec&Doc, 2005, p. 17).
66. H. Feyt, « La protection de la propriété intellectuelle sur le vivant : historique et débats actuels autour des variétés végétales », *Revue Oléagineux, Corps gras, Lipides*, 2001, n° 5, p. 515, spéc. p. 522.
67. B. Coriat, « Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle », *Revue d'Économie industrielle,* 2002, n° 99, p. 17, spéc. p. 24 et s.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

permettant à chaque entreprise « de signaler son champ d'investigation, signifiant aux concurrents de ne pas continuer dans cette voie »[68]. C'est là une logique où le brevet, virtuellement détaché de la dimension d'application pratique qui est de tradition la sienne, tend, sinon à monopoliser à proprement parler l'information, du moins à interdire un libre parcours du savoir puisqu'un champ d'investigation se révèle ainsi « réservé ».

Il est vrai que les praticiens font état d'un retour à des usages plus sains.

Il n'y a donc peut-être pas lieu à conclure que le brevet appréhenderait aujourd'hui subrepticement l'information mais, comme pour le droit d'auteur, on peut sans doute dire qu'à l'occasion il flirte avec elle.

11. ***Au final, des principes point trop maltraités –*** Au final, il est heureux qu'on ne puisse pas s'avancer davantage car, sauf à souhaiter une mutation des droits de propriété intellectuelle comme d'aucuns le font pour le brevet[69], il ne faut pas oublier que nous parlons ici de « détournements » des mécanismes légaux. Il est heureux qu'ils ne soient pas trop radicalement détournés !

Mais il est aussi une autre manière de s'écarter des contraintes légales qui est de contourner celles-ci.

3 LE CONTOURNEMENT DES MÉCANISMES

12. ***De l'art de passer outre –*** Contournement, débordement de la propriété intellectuelle classique : voilà une autre manière, par hypothèse, de faire du neuf et un biais pour réaliser une privatisation de l'information quand celle-ci est, selon les principes traditionnels, libre de droits.

C'est au premier chef le juge qui, s'appuyant sur le droit commun, à l'effet de sanctionner le parasitisme, va revenir sur ce principe de libre disposition, et qui, s'appuyant sur le droit commun, se place donc bien en dehors de la propriété intellectuelle *stricto sensu*[70]. Mais c'est aussi le législateur qui procède de même quand – nous visons ici le législateur européen – il instaure sur les bases de données un droit curieusement baptisé « *sui generis* » mais qui n'est qu'une consécration légale de la jurisprudence sur le parasitisme.

13. ***Les dangers du parasitisme –*** La jurisprudence sur le parasitisme est la première de ces voies qui permettent de contourner l'édifice légal de la propriété intellectuelle pour arriver comme elle à un effet de « réservation ».

68. Ainsi T. Kitch, « The Nature and Function of patent system », *Journal of Law and Economics*, 1977, vol. 20, p. 265–290. Nous reprenons ici la formule de F. Orsi qui présente la thèse de Kitch *in* « La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis », *Revue d'Économie industrielle*, 2002, n° 99, p. 65, spéc. p. 80.
69. *Cf.* ce que nous disions ci-dessus de Kitch.
70. Sur la plus ou moins grande ampleur qui peut être assignée à l'appellation, *cf. supra* note 26.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

13.1. Venue des pays germaniques comme nous l'avons rappelé[71], cette construction a ensuite trouvé une expression en Belgique, où, très tôt, en 1974, le président du Tribunal de commerce de Courtrai devait juger qu'« il y [avait] illicéité dès qu'il [était] constaté qu'un profit parasitaire inhabituel [était] tiré du travail d'autrui »[72]. Peu de temps après, en 1977, le président du Tribunal de commerce de Malines allait à son tour affirmer : « Des actes de nature à permettre à un concurrent de profiter de l'œuvre, du pouvoir créatif et de la renommée du produit sont constitutifs de concurrence parasitaire. »[73]

La Cour de cassation française retient, aujourd'hui, une formule étonnamment compréhensive puisque, selon elle, « le parasitisme économique se définit comme l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit, sans rien dépenser, de ses efforts et de son savoir-faire »[74]. Il faut peu pour être dans le sillage d'un concurrent et il y a mille manières de s'y trouver.

Les conséquences de cette jurisprudence ne sont pas sans paradoxe. On a vu de la sorte la cour de Paris juger qu'un slogan ne pouvait être protégé au titre du droit d'auteur et ne justifiait donc pas une action en contrefaçon et dans le même temps accueillir l'action de l'auteur du slogan agissant contre son concurrent au titre du parasitisme[75] ! De même, quand en Allemagne le *Bundesgerichtshof* refuse de protéger le « format » d'une émission de télévision au titre du droit d'auteur[76], en France la Cour de cassation juge que la reprise par une chaîne de télévision du concept de l'émission d'une chaîne rivale constitue un agissement parasitaire[77]. Nombre d'auteurs ont ainsi reproché aux tribunaux de reconstituer subrepticement des droits de propriété intellectuelle là où la loi avait ménagé un espace de liberté[78]. En France, tenants de et opposants à la « théorie du parasitisme » se sont affrontés, parfois violemment[79]. Le fait est que, comme on l'a écrit, si la concurrence déloyale classique

71. *Supra* n° 6. V., sur les origines de la construction jurisprudentielle, Y. Saint-Gal, « Concurrence déloyale et agissements parasitaires », *Revue internationale de la Propriété industrielle et artistique*, 1956, p. 19.
72. Pdt T. com. Courtrai, 13 juin 1974, *Jp. com. belge,* 1975, III, 194, obs. de Caluwé.
73. Pdt T. com. Malines, 15 sept. 1977, *Jp. com. belge,* 1980, III, 39, obs. de Caluwé et Billiet.
74. Cass. com., 26 janvier 1999, *RD propr. intell.,* 1999, n° 100, p. 49 ; *Juris-Data* n° 1999-000470.
75. Paris, 4e ch., 26 juin 1996, *Juris-Data* n° 1996-022344, à propos du slogan « Redonnez l'éclat du neuf à tous vos cuirs ». Pour la protection d'un concept publicitaire aux Pays-Bas au titre de la concurrence déloyale, v. Cour de district d'Amsterdam, 19 décembre 1989, *IER,* 1990, n° 12.
76. Bundesgerichtshof, 26 juin 2003, *Neue Juristische Wochenschrift,* 2003, p. 2828.
Même solution en Belgique : Civ. Bruxelles (cess.), 18 nov. 1995, *IRDI*, 1996, p. 87.
77. Cass. com., 7 févr. 1995, *JCP*, 1995, II, 22411, note Le Tourneau – rejetant le pourvoi formé contre Versailles, 13e ch., 11 mars 1993, *JCP*, 1994, II, 22271, note Galloux ; *RIDA*, 1993, n° 158, p. 219, note Gaubiac : « appropriation » du thème, de la construction, du découpage de l'émission.
78. V. notamment J. Passa, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique », *D.*, 2000, Cah. aff. chron., p. 297.
79. Défendant la « théorie » : Ph. Le Tourneau, « Le parasitisme dans tous ses états », *D.,* 1993, 310 ; « Le bon vent du parasitisme », *Contrats, conc., consom.,* 2001, chron. n° 1 ; « De la modernité du parasitisme », *Gaz. Pal.,* 2001, 28-30 octobre, p. 4. Hostiles à celle-ci : J. Passa et notamment

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

a « une fonction sanctionnatrice avec (des) effets de réservation », la concurrence parasitaire paraît bien glisser « vers une fonction principale de réservation avec des effets de sanction »[80].

13.2. Mais ce n'est pas dire, pour autant, qu'elle assure une réservation de *l'information*. Ce sont, à la vérité, des décisions bien particulières qui peuvent pousser à une telle interprétation. Nous retiendrons ici en illustration – les lecteurs le comprendront – des décisions françaises. C'est ainsi que la cour de Paris sanctionna l'éditeur d'une revue consistant en une simple compilation d'articles, d'études et d'extraits d'études qui – il est juste de le préciser – pouvaient, pour certains, relever du droit d'auteur et donc de l'action en contrefaçon, mais qui, pour partie, échappaient à celui-ci, comme le relevait justement C. Colombet dans son commentaire de l'arrêt[81]. Plus significativement encore, c'est ainsi que cette même cour condamna pour parasitisme un journal qui avait publié des données statistiques réunies à grands frais par un tiers[82]. C'est ainsi encore que le Tribunal de grande instance de cette même ville condamna pour parasitisme un service Minitel qui avait repris en nombre des éléments factuels contenus dans les articles du journal *Les Échos*, et ce sur une motivation pleine d'intérêt puisque le tribunal déclarait que « cette appropriation systématique, persistante et importante outrepasse la liberté de circulation de l'information et de la constitution d'un fonds documentaire »[83]. Plus récemment, en 1997, la cour de Versailles jugea condamnable « l'appropriation du travail de compilation » d'un concurrent[84] (il nous faudra revenir là-dessus en abordant le droit *sui generis*[85]). À plusieurs occasions, on voit encore le « savoir-faire » visé : « entreprise de captation de savoir-faire »[86], « appropriation » du savoir-faire[87], « reprise » du savoir-faire d'autrui[88].

Est-ce à dire que l'information est ainsi « appropriée » ou « privatisée » ? Il est sans doute plus juste de dire que l'information est, en ces hypothèses, en quelque sorte, « immobilisée »… ce qui n'est pas loin *de fait* d'être la même chose. D'abord,

---

l'article cité à la note précédente, mais aussi G. et I. Parléani, « La tentation du Moyen Âge. L'exemple du parasitisme », *in Mélanges Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 243.

80. J.-M. Mousseron, J. Raynard et Th. Revet, « De la propriété comme modèle », *in Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 281, spéc. n° 37.
81. Paris, 25 mars 1982, *D.,* 1983, IR 97, obs. Colombet.
82. CA Paris, 22 mai 1990, *D*., 1990, IR., p. 175.
83. TGI Paris, 14 septembre 1994, *RIDA*, juillet 1995, p. 353, obs. Kéréver.
84. Versailles, 12e ch., 19 juin 1997, *Juris-Data* n° 1997-057445.
85. *Infra* n° 14 *in limine*.
86. Paris, 4e ch., 9 avril 1992, *PIBD,* 1993, 532, III, 570.
87. Lyon, 3e ch., 11 février 2000, *Juris-Data* n° 2000-123558. Et aussi *a contrario* Paris, 4e ch., 4 avril 2001*, Juris-Data* n° 2001-182658, la cour jugeant qu'il n'y a pas parasitisme faute d'une telle appropriation.
88. Versailles, 12e ch., 9 octobre 2003, *Comm. com. électr.,* 2004, comm. 25, note Caron : « L'utilisation par un tiers à des fins commerciales du travail de recherche et d'efforts intellectuels importants comme du savoir-faire d'autrui s'analyse, indépendamment de tout risque de confusion, comme un agissement parasitaire fautif. »

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

il s'agit bien d'information. Nous sommes parfois « à la lisière » de celle-ci. On peut s'interroger sur le rapport du savoir-faire et du savoir, du savoir et de l'information. Mais quand le juge se prononce à propos de données publiées dans un journal, l'hésitation n'est pas permise. On s'en persuadera davantage encore si l'on en revient à l'idée de « message » mise en avant par le professeur Catala[89]. Ensuite, la réexploitation de cette information (puisque information il y a), par décision des juges, se trouve interdite aux tiers. C'est bien que seul peut en user celui qui a originairement élaboré l'information en cause, ce qui revient à dire qu'il dispose sur elle d'un monopole, certes reconnu *ex post* et non proclamé *ex ante*, mais d'un monopole. Quand le slogan, dont les juges, les premiers, disent qu'il n'est pas protégeable au titre du droit d'auteur, c'est-à-dire dans la structure et les mots (la forme) qui sont les siens, ne peut pas finalement être repris par un tiers, c'est nécessairement le message qui est réservé à celui qui le premier l'a émis, qui est donc monopolisé à son profit.

Bien évidemment, comme le fait le professeur Passa, on ne manquera pas de faire observer que de telles constructions ne peuvent et doivent pas faire oublier qu'« il ne s'agit toujours que de responsabilité civile pour faute »[90]. Mais qui vient prétendre le contraire[91] ? Et il est vrai que « la protection dont (le détenteur de l'information) bénéficie n'est que relative : à la différence du breveté, par exemple, il ne peut rien reprocher à celui qui, de bonne foi, exploite une information identique ou similaire issue de ses propres recherches »[92]. Sans doute, mais, outre qu'il ne s'agit pas de la même relativité que celle attachée au contrat[93] puisque l'action peut être ici menée contre tout « parasite », c'est précisément là qu'il faut dépasser l'approche purement technicienne. De telles idées avaient été agitées lorsque la proposition de directive qui allait devenir la directive sur la protection des bases de données était en débat, car une disposition tendait à la mise en place de licences obligatoires pour le cas où l'information engrangée dans la base n'aurait pas été accessible par d'autres canaux[94]. Certains avaient alors fait observer que des informations, telles que les informations météo, pouvaient parfaitement être obtenues à d'autres sources que les organismes qui les avaient produites : il suffisait pour cela de lancer son propre satellite… Ce petit rappel, en forme de provocation, n'a d'autre but que de souligner

89. V. *supra* n° 2.
90. J. Passa, « La propriété de l'information… », *op. cit.*, p. 71.
91. Nous-même, en parlant de « métapropriété » (notre article « An 2000 : l'information appropriée ? », *op. cit.*), soulignons bien qu'il ne s'agit pas, *techniquement parlant*, de propriété.
92. J. Passa, « La propriété de l'information… », *op. cit.*, p. 71.
93. *Cf. supra* n° 4.
94. Art. 11 de la proposition de directive modifiée suite à l'avis du Parlement européen du 23 juin 1993, al. 1er : « Nonobstant le droit prévu à l'article 10 paragraphe 2 d'interdire l'extraction et la réutilisation non autorisées du contenu de la base de données, si les œuvres ou les matières contenues dans une base de données rendue accessible au public ne peuvent être créées, rassemblées ou obtenues d'une autre source, le droit d'extraction et de réutilisation de tout ou partie des œuvres ou matières contenues à des fins commerciales, mais non dans un but d'économie de temps, d'efforts ou d'investissements financiers, devra faire l'objet de licences à des conditions équitables et non discriminatoires (…) ». Il y a plus limpide…

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

qu'il y a une réelle distance entre l'analyse juridique formelle et la mesure de l'effet concret – sociétal – d'une règle. Quand l'accès direct à l'information existante est juridiquement interdit et que la production ou la reconstitution de celle-ci l'est économiquement et/ou techniquement, il est justifié de parler de monopolisation de l'information. Et, quand le professeur Catala, bien qu'avançant l'un des premiers la thèse d'une *propriété* de l'information, écrit : « Qu'on dénomme ou non "propriété" ce nouveau droit (…) peu importe au fond »[95], ce n'est pas l'aveu d'une légèreté dans la qualification mais la marque du réalisme.

La construction faite dans de nombreux États européens continentaux à propos des pratiques parasitaires n'instaure certainement pas, *techniquement parlant*, une nouvelle propriété, et pour ce qui nous intéresse, une propriété de l'information. Mais elle produit un indiscutable effet de réservation. Et quand telle ou telle décision a directement pour objet l'information, elle assure de fait une monopolisation de cette information. C'est bien une sorte de « métapropriété »[96] de l'information qui est ainsi mise en place.

14. ***Les ambiguïtés du droit* sui generis –** Nous retrouvons la même problématique avec ce fameux droit *sui generis* instauré par la directive de 1996[97]. L'appellation est singulière. Pourtant, il est clair que nous sommes dans la filiation du parasitisme et donc dans une même logique.

Illustrée aux États-Unis par la célèbre affaire *Feist*[98], la question de la protection des compilations a suscité un abondant contentieux[99]. Or si droit d'auteur et *copyright* ont été faiblement accueillants à celles-ci, certaines juridictions sont entrées en condamnation en considération de pratiques jugées parasitaires (ou déloyales selon l'angle d'attaque choisi et/ou le vocabulaire adopté). Un jugement du Tribunal de commerce de Paris de 1995 en est une parfaite illustration, puisque les juges parisiens déclarent : « Les emprunts systématiques aux informations contenues dans la banque de données, ayant permis à l'utilisateur de faire l'économie des dépenses engagées pour la collecte des informations, constituent des actes de concurrence déloyale. »[100] On croirait une anticipation du futur droit *sui generis* !

14.1. Et c'est bien de cela qu'il s'agit. À l'occasion d'une étude préparatoire lorsqu'un éventuel projet de directive était dans l'air[101], une forte convergence se

95. P. Catala, « La "propriété" de l'information », *op. cit.*, n° 35.
96. Pour reprendre un terme que nous avons déjà utilisé : v. *supra* note n° 91.
97. Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE*, précitée, p. 20, art. 7 et s.
98. *Feist Publications Inc.v. Rural Telephone Service Co. Inc.*, 499 U.S. 340, 111 S.Ct. 1282, 113 L.Ed.2d 358 (1991).
99. V. N. Mallet-Poujol, « Marché de l'information : le droit d'auteur injustement tourmenté », *RIDA*, avril 1996, p. 111.
100. T. com. Paris, 23 oct. 1995, *Légipresse,* mars 1997, I.
101. M. Vivant, C. Le Stanc et A. Lucas, *Information et propriété intellectuelle. Ensembles*

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

dégagea entre juristes continentaux (au sens anglo-saxon du terme) pour dire que la réponse à la question posée d'une protection des bases dans leur substance et non point simplement à travers leur « forme » se trouvait dans la mobilisation des mécanismes de lutte contre le parasitisme. Mais le mécanisme étant ignoré par certains droits nationaux comme les droits britannique et irlandais, il n'était pas possible d'y faire simplement renvoi puisqu'il ne faisait pas partie du patrimoine juridique commun des États membres. La Commission allait, d'ailleurs, le dire très clairement, à propos de la « protection accordée » : « Cette protection contre le parasitisme (…) que le droit de la concurrence prévoit déjà sans doute dans certains États membres mais non dans d'autres (…) »[102]. De même qu'elle allait insister sur la fonction de protection de l'investissement qui est celle de ce droit *sui generis* comme elle l'est du parasitisme, soulignant bien que la directive « a pour objet de protéger les fabricants de bases de données contre l'appropriation des résultats obtenus de l'investissement financier et professionnel consenti par celui qui a recherché et rassemblé les données »[103] et que « l'objet [du] droit *sui generis* est d'assurer la protection d'un investissement dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données »[104]. Le lien avec le parasitisme est même explicitement fait : « Le droit spécifique (…) vise non seulement la fabrication d'un produit concurrent *parasite*, mais aussi l'utilisateur qui, par ses actes, porte atteinte de manière substantielle, évaluée qualitativement ou quantitativement, à l'investissement. »[105]

Dans cette filiation indiscutable, tout est dès lors réuni pour assurer une privatisation de l'information – de l'information contenue dans la base. Ce que Mme Mallet-Poujol écrit du jeu du droit commun peut fort bien être appliqué au droit *sui generis* : « Ainsi l'information, même non appropriée[106], mais dont la collecte et le traitement ont un coût, ne peut pas être impunément réexploitée par des tiers non autorisés. Et la protection s'avère, à cet égard, plus efficace que celle d'un droit d'auteur sur les compilations qui sanctionne la contrefaçon de tout ou partie de l'ensemble informationnel mais pas la reproduction de données prises isolément. »[107] C'est que le droit *sui generis* saisit *le contenu* de la base de données[108]. C'est écrit noir sur blanc dans le texte même de la directive : « Les États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation

---

informationnels automatisés et propriété intellectuelle. Rapport de synthèse, 2 vol., Montpellier, Jurimatic, 1989 ; rapport établi pour la Commission européenne et diffusé par le *Legal Advisory Board*.

102. Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, précitée, p. 20, art. 7 et s., Exposé des motifs, 3.2.8.
103. *Ibid*., considérant 39.
104. *Ibid*., considérant 40.
105. *Ibid*., considérant 42 ; c'est nous qui soulignons.
106. Il faut entendre : qui ne l'est pas formellement.
107. N. Mallet-Poujol, « Appropriation de l'information… », *op. cit*., n° 15.
108. Quoiqu'à notre extrême surprise le contraire ait été dit lors des Journées de Nantes de juin 2005 sur « La propriété intellectuelle en question(s) ».

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du *contenu* de celle-ci. »[109] L'extraction est encore définie comme extraction du contenu, de même que la réutilisation l'est comme réutilisation du contenu[110]. Et les auteurs du texte prennent bien soin de dire que le contenu est ainsi « saisi » indépendamment du fait de savoir si d'autres droits existent ou non sur celui-ci[111]. C'est très clairement poser que, comme le souhaitaient précisément les auteurs de la directive, ce droit peut porter sur des données brutes. Or de telles données, si elles ne sont pas à strictement parler sans forme, ne sont pas dotées de cette forme, et de cette forme susceptible d'être marquée par l'empreinte de leur « auteur », qui permettrait de les appréhender au titre d'un droit comme le droit d'auteur. Reste alors l'information : l'information que peut constituer une formule mathématique, une indication météo ou des résultats sportifs. Dès lors que le détenteur de celle-ci peut s'opposer à toute exploitation qu'un tiers prétendrait en faire, nous sommes bien dans une logique de monopolisation. Nous citerons ici encore Mme Mallet-Poujol que nous rejoignons tout à fait dans son analyse : « Cette option du droit *sui generis* entraîne », écrit-elle, « un monopole sur certaines données dès lors que le fabricant en est le seul détenteur et qu'il n'existe pas d'autres sources d'information. Le monopole revêt alors plusieurs facettes : monopole de droit sur des données d'origine publique et monopole de fait sur des données dont la collecte a présenté de grandes difficultés et un coût décourageant d'autres initiatives privées. »[112] Dans la réserve faite : « Dès lors que le fabricant en est le seul détenteur », on aura retrouvé un argument opposé à l'analyse de ces situations – parasitisme ou droit *sui generis* – comme situations d'appropriation de l'information[113]. Mais la réponse doit être la même : il convient de dépasser l'analyse purement technicienne pour considérer l'effet *réel* de la norme.

Il faut même ajouter à tout ce qui précède une considération paradoxale : celle qui consiste à relever que ce qui peut être interdit, peut, par hypothèse, être autorisé – ce qu'on attend du contrat… – mais pour noter que, si le contrat est bien propre à « libérer » ainsi l'information, il devient aussi un passage obligé qui permet au producteur de la base[114] de fixer ses conditions et notamment le « mode d'exploitation » de l'élément intéressant l'utilisateur, comme il le ferait en matière de droit d'auteur s'agissant de forme quand il s'agit de préciser les modes d'exploitation

109. Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, précitée, p. 20.
110. *Ibid*, art. 7 2° a et b.
111. *Ibid*, art. 7 4° : « Le droit visé au paragraphe 1 (…) s'applique indépendamment de la possibilité pour le contenu de cette base de données d'être protégé par le droit d'auteur ou par d'autres droits. La protection des bases de données par le droit visé au paragraphe 1 est sans préjudice des droits existant sur leur contenu. »
112. N. Mallet-Poujol, « La directive concernant la protection juridique des bases de données… », *op. cit.*, n° 20.
113. *Cf. supra* n° 13.2.
114. Dans un texte français, nous préférerons le terme « producteur » à celui de « fabricant » retenu dans la version francophone de la directive, ce « fabricant » n'étant que la traduction littérale, et du plus mauvais effet, du « *maker* » anglais.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

autorisés. Mais précisément il ne s'agit pas de droit d'auteur, ni davantage de brevet. Seule l'information engrangée dans la base est en cause.

14.2. Cela dit… est-ce bien assuré ? La « rafale » de décisions rendues fin 2004 par la Cour de justice des Communautés oblige, non pas à repenser le droit *sui generis*, mais à le considérer d'un autre œil[115].

La Cour a, en effet, recentré ce droit sur l'investissement – les investissements – spécifiquement visé(s) par la directive du 11 mars 1996 : « L'investissement, rien que l'investissement mais pas tout investissement. »[116] Elle l'a fait doublement. D'abord en rappelant que « l'article 7, paragraphe 1, de la directive réserve le bénéfice de la protection, par le droit *sui generis*, aux bases de données qui répondent à un critère précis, à savoir que l'obtention, la vérification ou la présentation de leur contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif », et en définissant strictement ce que sont de tels investissements[117]. Ensuite en établissant un lien direct entre l'amont (l'investissement justifiant la protection) et l'aval (les droits conférés au producteur), la Cour souligne bien qu'« il ressort du quarante-huitième considérant de la (…) directive que le droit *sui generis* repose sur une justification économique consistant à garantir à la personne qui a constitué la base de données la protection et la rémunération de l'investissement consacré à la constitution et au fonctionnement de ladite base »[118] et, dans cette optique, déclare que « les notions d'extraction et de réutilisation doivent être interprétées à la lumière de l'objectif poursuivi par le droit *sui generis* »[119].

Cela conduit la Cour à des conclusions qu'on n'attendait pas à simple lecture du texte. Pour se borner à un seul exemple, c'est ainsi, nous dit-elle, que « la notion de partie substantielle, évaluée de façon qualitative, du contenu de la base de données se réfère à l'importance de l'investissement lié à l'obtention, à la vérification ou à la présentation du contenu de l'objet de l'acte d'extraction et/ou de réutilisation, indépendamment du point de savoir si cet objet représente une partie quantitativement substantielle du contenu général de la base de données protégée. Une partie quantitativement négligeable du contenu d'une base de données peut en effet

115. Arrêts CJCE, 9 novembre 2004, *British Horseracing Board (BHB) c/ William Hill Organisation*, aff. C-203/02, *Rec*., 2004, p. I-10415 ; *Fixtures Marketing c/ Organismos prognostikon agonon podosfairou (OPAP)* ; aff. C-444/02, *Rec.,* 2004, p. I-10549 ; *Fixtures Marketing Ltd* c/ *Oy Veikkaus,* aff. AB C-46/02*, Rec*., 2004, p. I-10365 et *Fixtures Marketing Ltd* c/ *Svenska Spel AB*, aff. C-338/02, *Rec*., 2004, p. I-10497.

116. M. Vivant, « L'investissement, rien que l'investissement… », *Rev. Dr. de l' immatériel (RLDI),* mars 2005, n° 104, p. 41, spéc. n° 23.

117. Ainsi, à titre d'exemple, « la notion d'investissement lié à l'obtention du contenu d'une base de données (…) doit s'entendre comme désignant les moyens consacrés à la recherche d'éléments existants et à leur rassemblement dans ladite base. Elle ne comprend pas les moyens mis en œuvre pour la création des éléments constitutifs du contenu d'une base de données ».

118. Ainsi l'arrêt CJCE, 9 novembre 2004, *British Horseracing Board (BHB) c/ William Hill Organisation*, aff. C-203/02, *Rec*., 2004, p. I-10415, point 46.

119. *Ibid*., point 45.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

représenter, en termes d'obtention, de vérification ou de présentation, un important investissement humain, technique ou financier »[120]. Le « substantiellement qualitatif » à prendre en considération se fond, de la sorte, dans le « substantiel » d'amont. C'est dire que le producteur de la base ne se voit pas reconnaître la possibilité d'interdire une extraction non quantitativement substantielle s'il ne peut démontrer la réalité d'un tel investissement portant en propre sur l'élément extrait.

Et c'est là que nos arrêts nous obligent à revenir sur le lien à établir entre droit *sui generis* et privatisation de l'information tel qu'on pouvait en juger *prima facie*.

En premier lieu, puisque tout investissement n'est pas de nature à faire naître ce droit, son champ est en conséquence indubitablement restreint ou, si l'on préfère, pour autant que l'on juge que la Cour s'est bornée à l'interpréter comme il devait l'être, le voici ramené à sa juste mesure (une plus juste mesure). Et si un lien doit effectivement être fait entre droit *sui generis* et privatisation de l'information, voici le champ de cette privatisation restreint d'autant.

En second lieu, pour autant que le pouvoir d'interdire du producteur est strictement fonction de l'investissement *pertinent* fait, il est loin d'être certain que ce producteur puisse (légitimement s'entend) prétendre au contrôle qu'une conception plus radicale du droit *sui generis* lui aurait permis. Sans doute, dans la mesure où ce droit peut être invoqué, l'observation faite plus haut selon laquelle le producteur peut fixer les conditions d'exploitation de l'information contenue dans sa base[121], conserve toute sa pertinence. Mais, si tel n'est pas le cas, comment justifier un tel pouvoir d'autoriser, à défaut de légitime pouvoir d'interdire ? Pour nous, nous serions enclin à penser que le producteur d'une base qui entendrait restreindre les conditions d'exploitation des informations engrangées dans sa base, à défaut bien sûr d'autres droits sur ceux-ci[122], s'il était dans la situation de ne pouvoir invoquer valablement le droit *sui generis* issu de la directive, devrait être jugé fautif. Restant alors à qualifier cette faute : faute non spécifiquement définie comme celle de l'article 1382 des Codes civils français ou belge qui s'apprécie par rapport au comportement attendu de la « personne raisonnable »[123], ou bien abus de droit, ceci supposant qu'il y ait déjà un droit pouvant donner lieu à abus qui pourrait être par exemple ce droit *sui generis* lui-même dans le cas où le producteur qui en serait valablement investi entendrait le faire valoir pour contrôler l'exploitation d'une partie de son fonds à propos de laquelle il ne pourrait justifier de l'investissement attendu. La question est délicate. Dans son principe, elle renvoie en tout cas à une interrogation bien connue, récurrente en droit de la propriété intellectuelle, qui est de savoir si le contrat peut aller au-delà de la loi.

120. *Ibid*, point 71.
121. V. *supra* n° 14.1 *in fine*.
122. Il en irait évidemment autrement si les éléments contenus dans la base consistaient en des œuvres protégeables sur lesquelles le producteur pourrait prétendre à des droits d'auteur.
123. Le célèbre « bon père de famille » !

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

Dans le cas de figure qui nous est propre ici, la restriction qui serait ainsi apportée au pouvoir du producteur de la base nous semble justifiée. Elle aurait déjà le mérite de cantonner au mieux une potentielle privatisation de l'information.

15. ***L'information sur le fil du rasoir*** **–** Ainsi le tableau doit-il être brossé en demi-teintes. Qu'il n'y ait pas d'appropriation de l'information à travers les deux mécanismes examinés, au sens où serait constituée une propriété, c'est là hors de doute mais nous avons dit ce qu'il fallait en penser[124] : pour nous, l'essentiel, dans la démarche qui est ici la nôtre, est de savoir si l'on peut constater une certaine « réservation », « monopolisation », « immobilisation » de l'information. Or, sous cet aspect, si la réponse ne peut être franchement positive, elle n'est pas non plus négative. Tout est question d'espèce. L'information est « sur le fil du rasoir ». Dans certains cas, comme nous l'avons vu, la reconnaissance, indirecte certes, *ex post* certes, d'une maîtrise de l'information est peu discutable. Aux juges sans doute, s'inspirant de la rigueur manifestée par la Cour de justice à propos du droit *sui generis*, de ne pas se laisser emporter à l'excès.

Aux juges, au fond, de ne pas oublier une certaine philosophie de la norme. Encore faut-il que le législateur lui-même ne l'oublie pas…

4 L'OUBLI DES MÉCANISMES

16. ***Protéger les mesures techniques*** **–** Dans le « *big bang* » de la propriété intellectuelle[125], de nouveaux droits ont fait leur apparition. Face au grand spectre du piratage, spécialement sur le *Web*[126], l'un d'eux consiste à reconnaître, non point comme une simple défense factuelle mais comme un véritable droit justifiant protection, la faculté de mettre en place des mesures techniques propres à contrôler l'accès aux œuvres[127]. Les instances internationales (l'OMPI) en 1996, les États-Unis avec le *Digital Millenium Copyright Act* en 1998, le Japon modifiant en 1999 et sa législation sur le droit d'auteur et sa législation sur la concurrence déloyale, les autorités communautaires en 2001 ont, de la sorte, décidé que les États devaient prévoir une protection juridique pour ces mesures. Pour citer ici le texte du traité de

124. V. *supra* n° 13.2.
125. V. *supra* note 1.
126. V. récemment encore l'action « musclée » et tous azimuts de la *Motion Picture Association* contre une piraterie qui est parfois devenue une branche de l'activité maffieuse (A. Salles, « La MPA, bras armé des majors d'Hollywood », *Le Monde,* 27 juill. 2005, p. 20).
127. Pour une intéressante typologie, v. S. Dusollier et A. Strowel, « La protection légale des systèmes techniques. Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparatiste », *Propr. intell.*, 2001, n° 1, p. 10. Ou encore P. Sirinelli, « L'étendue de l'interdiction de contournement des dispositifs techniques de protection des droits et les exceptions aux droit d'auteur et droits voisins », *in* Actes du Colloque 2001 de l'ALAI, *Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, ALAI -USA, 2002, p. 415, spéc. p. 421 et s., *cf.* http://www.alai-usa.org/2001_conference/entrance_fr.htm.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

l'OMPI, « une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi »[128].

Ces différents textes ont partout suscité d'abondants commentaires. Certes souhaités par de nombreux professionnels, ils posent, en effet, de redoutables problèmes[129]. Ainsi, s'il est vrai que le texte de l'OMPI parle d'une mise en œuvre des mesures « par les auteurs », dans le cas d'une diffusion *via* le *Web*, c'est à l'évidence le diffuseur le premier qui décidera de recourir ou non à de telles mesures et il faudra régler les conflits en cas d'options différentes[130]. Ainsi il convient de trouver le juste équilibre entre la reconnaissance de ces mesures verrouillant l'accès aux œuvres et l'existence d'exceptions ou de limitations qui devraient en principe être reconnues comme ménageant des espaces de liberté[131], ce qui, d'ailleurs, a déjà donné lieu à contentieux[132].

17. ***Verrouiller l'information ?*** **–** Mais, quant au problème qui nous intéresse de l'éventuelle privatisation de l'information, la question centrale est celle-ci. Il se peut que les mesures techniques ici envisagées viennent interdire ou restreindre l'accès aux œuvres – ce qui en soi mérite déjà interrogation (car nous ne sommes plus vraiment alors dans une logique de propriété intellectuelle classique)[133]. Mais les

128. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html), art. 11.
La directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE*, n° L 167 du 22 juin 2001 p. 10, pose, quant à elle, en son article 6 dont on ne citera ici que l'alinéa 1er, que « les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif ».
129. L'ALAI a ainsi consacré tout un volet de son colloque de 2001 (*Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, ALAI -USA, 2002, précité) au thème : « Protection technique des œuvres de l'esprit et "*Copyright Managment Systems*" ».
130. Ce qui ne sera sans doute pas aisé du point de vue pratique, même si intellectuellement on peut suivre Mme Dussollier quand elle défend la prééminence de l'auteur en mettant l'accent sur « la volonté de l'auteur à la source de la réservation » (S. Dussollier, *Pour une protection appropriée des mesures techniques en droit d'auteur*, Thèse Namur, 2004, nos 131 et s.).
131. *Cf.* Ch. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004.
132. Ainsi, par exemple, en France, à propos du verrouillage d'un DVD : TGI Paris, 30 avril 2004, *JCP*, 2004, II, 10135, note Geiger ; *JCP*, 2004, éd. E, n° 1101, note Maillard ; *Propr. intell.,* 2004, n° 12, p. 834, obs. Vivant ; *Légipresse,* 2004, n° 214, III, p. 148, note Vivant et Vercken ; *Comm. com. électr.,* 2004, comm. 85, note Caron – et, en appel, Paris, 4e ch., 22 avril 2005, *D.*, 2005, jurisp., p. 1573, note Castets-Renard ; *Rev. Dr. de l'immatériel (RLDI),* mai 2005, n° 137, p. 20, obs. Costes ; *Légipresse*, octobre, 2005, avec note Vivant et Vercken ; *Comm. com. électr.*, 2005, comm. 98, note Caron.
133. *Cf.*, lors du colloque ALAI susmentionné, le sous-thème intitulé : « Le nouveau droit "d'accès aux œuvres" ».

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

mesures techniques peuvent aussi interdire l'accès à un « matériau » libre, soit parce qu'effectivement couvert par un droit de propriété intellectuelle il échappe à ce droit par le jeu d'une exception (ou d'une limitation), soit parce que, plus simplement encore, aucun droit ne peut être invoqué sur lui.

Nombre de commentateurs ont soulevé la difficulté. N'y a-t-il pas risque à voir « cadenasser »[134] ainsi le domaine public ? Sans doute s'il ne s'agit que d'assurer la protection de mesures venues seulement au secours du droit d'auteur (et des droits voisins), ce problème ne se pose pas, encore qu'on ait justement fait observer que « le problème de l'article 11 du Traité OMPI sur le droit d'auteur (…) est son asymétrie : la disposition rend illégal le décryptage des œuvres protégées, mais ne rend pas illégal le cryptage d'œuvres non protégées par le droit d'auteur. »[135] Et le fait est que, comme Mme Dussollier le fait opportunément remarquer, les législations nationales sont souvent allées plus loin que le texte du Traité de l'OMPI : « La plupart des transpositions de ce texte vont bien au-delà et protègent également tout dispositif technique qui contrôle l'accès aux œuvres, ainsi que d'autres techniques qui n'ont pas pour objectif premier d'empêcher la reproduction, la communication au public et autres actes soumis au monopole de l'auteur. »[136] On peut songer aussi à des pratiques telles que celles imaginées par le professeur Ginsburg consistant à intégrer des éléments du domaine public à un produit comprenant des éléments protégés, éventuellement ajoutés volontairement par l'éditeur, afin de permettre le verrouillage du tout[137]. Sans doute, il serait possible de voir dans un tel comportement une fraude à la loi. Mais quand l'idée simple (trop simple ?) selon laquelle les mesures techniques devraient être conçues de manière telle qu'elles assurent le plein effet des exceptions que connaît le droit d'auteur, est loin d'être admise, il n'est pas du tout sûr que celui-ci soit condamné.

Le risque d'une privatisation du domaine public n'est donc pas à écarter. À la vérité, sa réalité dépendra beaucoup de l'arbitrage des juges[138].

Mais s'il suffit d'une enclosure technique pour que protection soit due à celui qui s'est enclos, cela veut dire que le droit se modèle directement sur le fait, et que la référence à Rousseau vienne spontanément à l'esprit (« Le premier qui, ayant enclos un terrain, (…) »[139]) n'est pas fait pour rassurer.

---

134. S. Dussollier, *Pour une protection appropriée des mesures techniques… , op. cit.*
135. P. Goldstein, « *Copyright and Its Substitutes* », *Wis. L. Rev.,* 1997, p. 869.
136. S. Dussollier, « Les protections techniques vues dans un contexte juridique plus large, Rapport général », *in Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur*, *op. cit*., p. 155, spéc. p. 186.
137. Cité par S. Dussollier et A. Strowell, « La protection légale des systèmes techniques… », *op. cit*., p. 27.
138. M. Latreille, qui observe que « la directive [communautaire] ne donne aucune piste de réflexion sur le fait de savoir si l'exploitant qui protège techniquement une ressource libre de droits commet une faute », dit aussi très justement que les premières décisions qui interviendront sur ce sujet seront « fort instructives » (A. Latreille, « La protection des dispositifs techniques. Entre suspicion et sacralisation », *Propr. intell.,* 2002, n° 2, p. 35, spéc. p. 40).
139. J.-J. Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité*, Seconde partie : « Le premier qui ayant enclos un terrain, s'avisa de dire, *ceci est à moi*, et trouva des gens assez simples pour le

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

5 L'OUBLI DES FONDEMENTS ?

18. ***Retour aux sources* ? –** Point n'est besoin cependant de tomber dans un rousseauisme qui serait sans doute malheureux. Si la privatisation de l'information se profile souvent à l'horizon de notre matière, il nous semble que le propos du professeur Nabhan reste d'actualité, quand il écrivait voici une dizaine d'années : « Force est de constater l'attachement encore tenace des législateurs et tribunaux à la liberté dans la circulation des idées »[140] – et de l'information, ajouterions-nous.

En effet, les cas qui ont retenu notre attention n'expriment pas vraiment un état du droit dans lequel l'information serait désormais privatisée. Phénomènes de marge, ils manifestent plutôt une tentation à propos de laquelle nous serions enclin à reprendre à notre compte l'opinion avancée par le professeur Lucas : « Une fois constatée la valeur économique, la tendance irrésistible est à raisonner en termes de propriété (…). Elle s'explique peut-être par la fascination qu'exerce le droit de propriété, ce "lien magique entre l'être et l'avoir"[141], certainement en tout cas par l'impérialisme du plus complet des droits réels. Il faut pourtant résister à la tentation. »[142] Résister non point pour résister mais pour conserver à la propriété intellectuelle – ou plus largement à l'immatériel – son économie et respecter ainsi ses équilibres.

Car ces cas où l'information est « sur le fil du rasoir » correspondent, comme nous avons pu le voir, à des dévoiements, relèvent de contradictions, participent à cette surprotection que recherchent aujourd'hui les acteurs de ce marché lors même qu'ils en appellent au libéralisme. Ce sont les références claires qui manquent peut-être ou qui sont, par ignorance, par duplicité, par facilité, avec de bons et moins bons sentiments, avec de bonnes et moins bonnes raisons, oubliées. Peut-être faut-il tout simplement ne pas méconnaître ce principe de base qui est au cœur de toute la propriété intellectuelle, qui est que, réservant certaines « utilités économiques » de la chose immatérielle[143], cette propriété ne prétend pas s'opposer à la libre circulation des idées. Le brevet prétend, au contraire, assurer la diffusion de l'innovation. Pour le droit d'auteur, beaucoup jugeront qu'il n'en est rien[144] mais le *copyright*, assurément, a une telle visée. D'un autre côté, il est vrai que l'appropriation facilite le rapport d'échange. On a parlé de « droits de propriété pour échanger » et, « d'un point

croire, fut le vrai fondateur de la société civile (…). Vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la Terre n'est à personne (…) ». La Terre ? Mais… l'information ?

140. V. Nabhan, « La protection des idées en dehors du droit d'auteur et des contrats exprès », Rapport général sur la troisième séance de travail, *in La protection des idées*, *op. cit.*, p. 335, spéc. p. 339.

141. La citation – ici citation dans la citation – est de M.-A. Frison-Roche et D. Terré-Fornacciori, « Quelques remarques sur le droit de propriété », *Archives de philosophie du droit*, t. 35 « Vocabulaire fondamental du droit », 1990, p. 239.

142. A. Lucas, *in* A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet, *Le droit de l'informatique*, *op. cit.*, n° 472.

143. V. M. Vivant, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP*, 1993, éd. E., I, 251. L'idée est aussi très présente dans la thèse de Mme Alma-Delettre (S. Alma-Delettre, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?* Thèse Montpellier, 1999).

144. Et nous n'ouvrirons pas à présent cet autre débat !

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur

de vue économique », dit-on, « la cessibilité est aussi importante que l'exclusivité car elle permet que l'actif soit mobilisé par celui qui valorise le mieux »[145]. Alors on peut rêver d'une propriété intellectuelle toujours plus étendue… Pourquoi pas ? Mais il faut encore, nous enseigne la littérature économique, que les contours des droits soient précisément définis, faute de quoi l'échange est en fait rendu plus difficile[146]. Or – c'est par là que nous avons commencé – l'information est fuyante. Faut-il prétendre la figer ? L'enserrer dans un carcan juridique ? Y gagnerait-on ?

Dans une « société de l'information » qu'elle est censée innerver, il nous semble qu'il est préférable de conserver à l'information son caractère de flux. Le modèle de la propriété ne nous paraît pas, pour un tel objet, devoir être retenu[147]. En tout cas, le modèle de la propriété intellectuelle, *pensé* par les juristes (mais le droit n'est pas toujours pensé !), la laisse normalement en dehors de son champ. Tout le problème, au fond, est celui des normes hors la norme…

SUMMARY: PRIVATISATION OF INFORMATION BY INTELLECTUAL PROPERTY

This paper deals with the seeming paradox that intellectual property is not meant to allow full and direct appropriation of information, this being a « message » aimed at communication, but only to in some way reserve its exclusive use for specific purposes while maintaining free communication to and by others (the basis being the form/content dichotomy in copyright law, and the disclosure requirement in patent law respectively). Contract law may reach further, but only inter partes *; intellectual property may be and frequently is stretched so as to enable the owner to control the information itself. In addition, the limits of intellectual property may be circumvented with a view to directly privatise otherwise information non subject to protection. This may be the effect of remedies of unfair competition law aimed at acts of misappropriation of knowledge, or of technical protection measures, and this is also the case of "borderline" protection of databases by a* sui generis *right. The law in these respects is, like information itself, of a certain fluidity, which possibly it would not be wise to consolidate too strictly.*

Mots clés : information, propriété intellectuelle, droit des contrats, droit *sui generis*

Key words : information, intellectual property, contract law, *sui generis* right

Subject Descriptors (*EconLit* Classification system) : K 110, L 820

145. F. Lévêque et Y. Menière, *Économie de la propriété intellectuelle*, La Découverte, 2003, p. 14 et s.
146. *Ibid*., p. 17 : « Il ne suffit pas d'instituer des droits de propriété intellectuelle pour faciliter les échanges. Il est également nécessaire d'en définir précisément les contours. En effet, lorsque la propriété d'un bien n'est pas clairement définie, son changement de main est rendue plus difficile. »
147. Quoique là-dessus la parole soit en priorité aux économistes. Aux citoyens aussi il est vrai… au nombre desquels figurent les juristes.

Document téléchargé depuis www.cairn.info - Institut d'Etudes Politiques de Paris - - 193.54.67.94 - 13/11/2014 11h24. © De Boeck Supérieur