

Vers une rente pour autrui



Par Marie-Anne Frison-Roche,
Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris, Directeur du Forum de la régulation

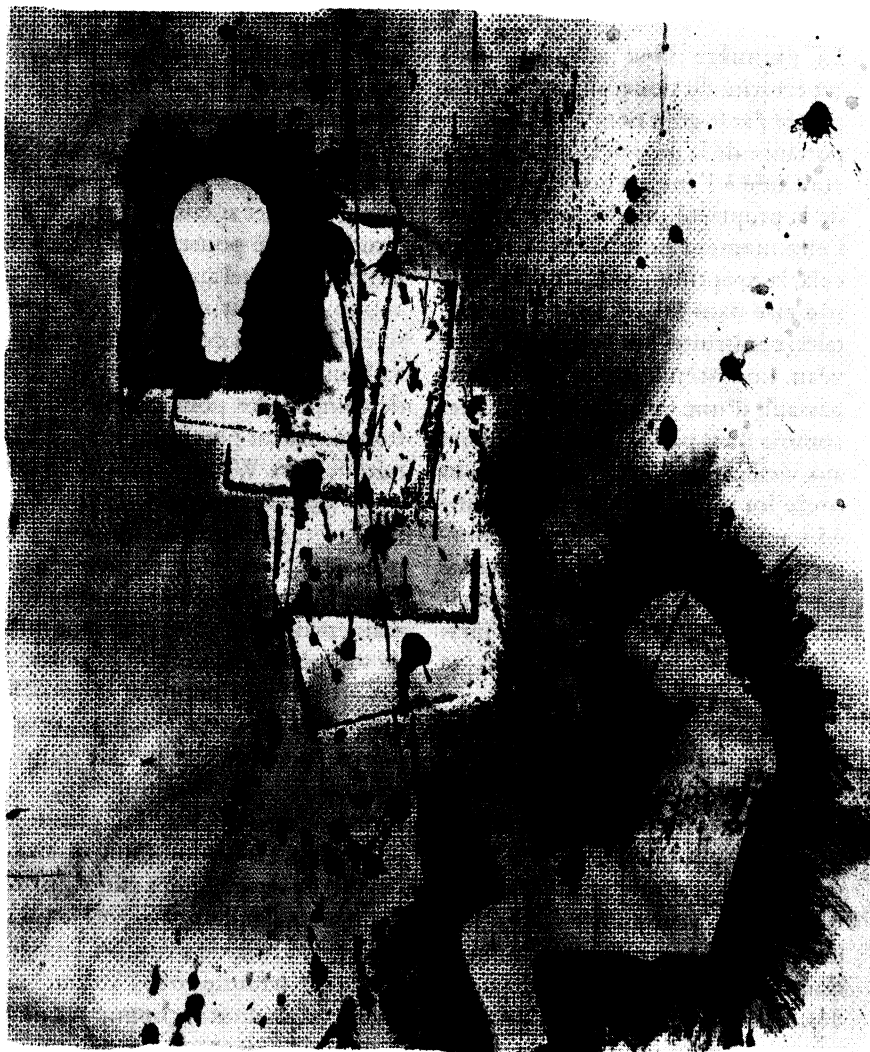
de l'incitation à l'innovation. Ces approches sont politiques et économiques, on en trouve une trace récente dans un récent rapport du Conseil d'analyse économique du Premier ministre (1). Cette perspective est remarquablement peu juridique, comme si nous étions passés d'un extrême à l'autre, de l'enclave du thème dans le savoir juridique à la quasi-indifférence désormais pour le fait que, contrairement à la propriété des choses corporelles, qui

s'agrippe au fait de tenir la chose, la propriété intellectuelle, par l'immatérialité de l'objet protégé, n'a de sens que délivrée par le droit, posée par lui, dans un pur *imperium*, troquant la protection de l'œuvre et de l'invention en échange du principe même de sa diffusion (2).

Ce souci actuel pour les propriétés intellectuelles est ambivalent : il exprime tout à la fois l'importance du sujet – qui fait que chacun s'y intéresse – et l'insatisfaction éprouvée à

L'attrait économique de l'inédit a mis au cœur du droit la protection de la nouveauté. Si le droit favorise l'innovation, il doit, dans le même temps, faire miroiter la récompense. Mais cette rente offerte à l'inventeur peut avoir pour objet et justificatif l'accès des tiers à l'innovation. Comme le montre le professeur Marie-Anne Frison-Roche, la rente pour autrui est le prix du partage de la création.

Les propriétés intellectuelles, longtemps affaire technique de spécialistes, sont devenues un souci partagé. Les altermondialistes y voient une source de dépendance, voire une nouvelle forme de mise sous servage des pays du Sud au bénéfice des pays du Nord. Les libéraux, qui combattent les monopoles constitués par ces propriétés, en défendent les effets économiques heureux au titre



l'occasion de cette approche. Un effet boomerang qui prend la forme de vives disputes autour des bienfaits ou des méfaits des propriétés intellectuelles, soit dans leur existence même (l'affaire s'apparente alors à une croisade, portée souvent sur le terrain politique), soit dans les bons et nouveaux dosages à opérer dans leur reconnaissance (monopole accordé plus ou moins longtemps, liste des objets de propriété plus ou moins étendue). Les précédentes contributions, nettement divergentes, illustrent ces tensions. Elles expriment aussi en creux deux idées, qui sont actuelles et consensuelles et qui ne vont pourtant pas de soi.

Le goût conjugué de la nouveauté et du lucre, point commun du débat.

La première idée acquise est la supériorité du nouveau sur l'ancien, portée par le goût pour le neuf. L'importance de la propriété immobilière était liée à l'ancien conservé, celle de la propriété intellectuelle tient à l'engouement pour la création. En cela, la propriété intellectuelle est à son aise dans les sociétés occidentales, construites sur l'appât du nouveau. Le système juridique a suivi, passant d'une propriété à l'autre, comme il est passé d'un attachement aux vieilles lois à un attrait avéré pour toute loi nouvelle. L'attrait de l'inédit a mis au cœur du droit la protection de celui-ci, c'est-à-dire les propriétés intellectuelles. Cela n'allait pas de soi dans un système juridique apprécié naguère dans sa capacité à conserver.

La deuxième idée acquise concerne non plus l'objet mais la personne : selon cette façon de penser, l'individu agit s'il a un intérêt économique à le faire, si et seulement si la rente se profile derrière l'effort inventif. Ainsi, si l'on veut du nouveau, il faut promettre la rente. Dans la conception classique de l'action humaine, le désir du beau et du vrai suffisait à nourrir l'œuvre et la découverte. Le

sublime exprimait la société de l'élan romantique, le grandiose celle du mouvement épique. Le rendement de la découverte, comme la reconnaissance portée au héros par le peuple, venait en surplus, effet et non cause. Le monde du calcul et du retour sur investissement aurait inversé la causalité.

Ce retournement du temps a imprégné aussi le droit. Il ne fait plus tant les comptes du passé, de l'œuvre éclosée et de la découverte patentée, mais cède au désir de construire le futur : le nouage du pouvoir du droit et des théories de l'incitation engendre un système juridique qui, par l'excitation d'un désir présent du gain futur chez celui tenté de construire l'œuvre, fait proprement naître celle-ci. Le besoin social et économique du nouveau, appétence collective, exigerait que le droit fasse miroiter la récompense, faute de quoi le désir du créateur ne surgirait plus.

Il n'est pourtant pas si sûr que les inventeurs et les artistes soient et si calculateurs et si raisonnables. Adam Smith, accusé pourtant de glisser de l'intérêt matériel au principe de toute action, estimait que le goût de la science suffit à ce que certains travaillent à comprendre, pour l'amour de comprendre, pour la jubilation de trouver. Allant plus loin et sur le terrain de l'art, Wittgenstein, estimant que l'argent entravait la création et la pensée, avait pris des dispositions non seulement pour retrouver personnellement le dénuement requis mais encore pour que l'héritage reçu de son père banquier soit distribué à des artistes déjà nantis et si possible sans talent car l'attribuer à un artiste pauvre et talentueux eut été nuire à celui-ci.

Nous sommes aujourd'hui bien loin de ces sages idées : le droit aurait le devoir de susciter des innovations ayant pour aiguillon principal le gain. On attend cela du droit, on l'exige. Pas une tribune où l'auteur ne demande au droit – comme si celui-ci était une personne, repérable et

localisée, toute puissante, facétieuse renaissance de Thémis – de faire quelque chose pour que l'innovation soit activée. Qu'il s'agisse de ménager l'incitation à investir des laboratoires pharmaceutiques ou au contraire de préserver l'accès revendiqué par les autres à la connaissance comme matière première d'autres connaissances, c'est toujours la même exigence : le droit doit se charger de l'innovation, d'un côté ou de l'autre, ou dans un équilibre entre les deux. Mais l'affirmation même ne s'impose pas avec évidence : pourquoi le droit devrait-il se soucier de l'innovation ? Cela revient à retirer au droit sa neutralité. Or, si l'on prend l'angle de la propriété littéraire et artistique, le droit ne prend pas parti pour ou contre la beauté. L'originalité, le nouveau, les critères juridiques de protection, n'ont rien à voir avec l'esthétique. Du côté de l'invention, pourquoi le droit devrait-il se charger de l'utilité de celle-ci ? En le faisant, le droit abandonne sa neutralité, par rapport à l'intérêt économique, culturel et social de la découverte.

L'innovation, nouvel objet direct et but affiché du droit.

Le droit des propriétés intellectuelles s'insère ainsi plus nettement dans le droit économique, si l'on veut bien admettre que celui-ci se caractérise par sa méthode, centrée sur la détermination du but à atteindre et la capacité du droit à concrétiser l'ambition ainsi posée (3). L'innovation trouve alors plus facilement sa place : dans un droit fonctionnaliste, l'innovation est le but de politique économique dont

notes

(1) Propriété intellectuelle, présenté le 11 juin 2003, Doc. fr. 2003.

(2) Pour l'affirmation d'une unité plus forte entre propriétés matérielle et immatérielle du fait que toute propriété juridique est immatérielle, v. P. Catala, *L'immatérialité et la propriété*, in *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, t. 43, Sirey, 1999, p. 61 et s.

(3) G. Farjat, *La notion de droit économique*, in *Droit et économie*, Archives de philosophie du droit, t. 37, Sirey, 1992, p. 27 et s.

le droit est l'instrument. Ceux qui créent du droit, loi générale ou jugement particulier, ont donc souci des interférences entre droit et progrès technique ou dynamisme culturel. Les interactions entre les énoncés du droit et le progrès technique deviennent la mesure d'appréciation du droit. La discussion autour de l'arrêt « Perruche » (4) a ainsi intégré la considération des effets de celui-ci sur l'innovation de fait encouragée quant aux techniques de diagnostic pré-natal.

L'interaction agit aussi à l'intérieur même du droit, pour ménager l'articulation entre les différentes fonctionnalités que le corps éclaté des règles juridiques sert, notamment le but du droit de la concurrence de libre circulation des biens confronté aux monopoles consubstantiels aux propriétés intellectuelles (5).

Si le but du droit gagne le centre de celui-ci, alors l'innovation peut devenir un objet du droit. Instituer l'innovation comme objet du droit est moins aisé que de n'y voir qu'un souci. À trop se rapprocher des objets innovants, on dessine de si près les règles que le droit n'est plus que l'enveloppe transparente et servile d'un objet particulier, tel type de médicament ou telle forme de création multimédia. Pour reprendre les critères avancés par le doyen Georges Vedel dans sa recherche d'existence du droit économique comme branche du droit (6), à savoir des définitions et des abstractions, la propriété intellectuelle, branche incontestée, se serait dégradée en droit de tel ou tel type d'œuvre ou d'invention, amas de régimes ajustés. Chacun des objets innovants requerrait son petit droit, tendance portée par diverses actions de lobbying qui n'ont pour cible que l'obtention d'un droit ciselé sur des objets très précis, à l'étroite mesure des intérêts concernés.

Cela engendre une nouvelle dialectique entre l'innovation technique et l'innovation juridique. Est-ce qu'il faut de l'innovation juridique pour que le droit soit adéquat à l'innovation non juridique ? Ce n'est pas évi-

dent. Au contraire, si le droit est suffisamment abstrait, l'innovation, phénomène réductible à la catégorie connue des faits et situations nouvelles, peut se développer sans que l'on change le cadre. Ainsi, le législateur français a réagi aux nouveaux modes de communication par la loi du 11 mars 2000 (7) en rendant plus générale et plus abstraite encore la définition de la preuve littérale et non pas en multipliant des définitions pour tel ou tel type de traces laissées d'une manifestation de volonté. Ainsi, le système romaniste par sa généralité et son abstraction aurait pu accueillir d'autant plus l'innovation qu'il ne changeait pas ses règles. Ce fut la conclusion du rapport du Conseil d'État sur l'adéquation du droit à l'Internet (8). Pourtant, on préfère aujourd'hui multiplier les textes, le droit adaptant les règles à chaque objet créé, voire à créer. Droit concret et évolutif qui emprunte à une méthode juridique plus américaine que française en tant qu'elle est casuistique, plus américaine qu'anglaise en tant qu'elle est réglementaire ou quasi-réglementaire.

Une autre façon pour le droit romaniste de conserver en la matière sa nature abstraite peut être de prendre comme objet non plus les inventions ou les œuvres mais l'innovation en tant que telle. La loi du 12 juillet 1999 (9) en a fait son titre. Pourtant, ce texte relève davantage du droit des sociétés que du droit des propriétés intellectuelles. Ainsi, l'innovation ne se laisse plus enfermer dans le droit des propriétés intellectuelles, dans une branche plutôt que dans une autre. Dès lors qu'on ne peut plus localiser l'innovation dans une branche du droit, la seule façon de fixer sa place consiste à en faire un but de celui-ci. Si l'innovation est un but, alors seul le législateur peut le prendre comme objet car choisir le but de la règle est par nature un acte politique : le pouvoir lui revient d'inventer de nouveaux objets des lois, objets constitués par les finali-

tés. À ce jeu, le redressement des entreprises est le parangon. Mais l'innovation est déjà un vieil objet législatif par rapport à cet objet législatif découvert récemment : la confiance. Naguère, on pensait que la confiance était un préalable ou un heureux contexte du droit, aujourd'hui il en est l'objet. Ce recentrage des buts pris comme objets suppose que le droit puisse engendrer la confiance et l'innovation. Est-ce raisonnable de le croire ?

Propriété triviale et rente offerte au créateur pour concrétiser le droit d'accès des tiers.

Toujours est-il que ce type d'art législatif rend très pertinente l'analyse économique du droit car celle-ci repose sur une confrontation des finalités et des effets du droit (10). Dès lors que le législateur a lui-même pris pour objet les effets, la méthode s'impose car le jugement porté sur le droit est le reflet de la façon dont le droit s'est lui-même pensé. Cela conduit à la tension souvent évoquée entre le dynamisme du marché et la rente à servir à l'inventeur. Des économistes, notamment de l'école de Chicago, estiment que l'innovation produit en elle-même une rente, celle offerte au premier qui a l'idée et le savoir-faire. Le savoir créé donne de l'avance et c'est cette avance qui se concrétise en rente. Le jeu de la compétition consiste à attaquer la rente.

notes

(4) Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, JCP éd. G 2000, II, n° 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos, note F. Chabas.

(5) Atelier de la concurrence, Les propriétés intellectuelles, à paraître.

(6) Le droit économique existe-t-il ?, in Mélanges Vigreux, Université de Toulouse, 1981, p. 770.

(7) L. n° 2000-230, 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO 14 mars 2000, p. 3968.

(8) Internet et les réseaux numériques, Doc. fr., 1998.

(9) L. n° 99-587, 12 juill. 1999, sur l'innovation et la recherche, JO 13 juill. 1999, p. 10396.

(10) V., par ex., A. Ogus et M. Faure, Économie du droit : le cas français, éd. Panthéon-Assas, 2002, spéc. p. 54 et s. et les références citées.

Cela renvoie à la figure de l'entrepreneur, qu'il s'agisse du créateur ou de ceux qui veulent profiter de cette création, notamment pour créer à leur tour. Le reproche qui est alors formulé au système juridique est de figer grâce au droit cet avantage et de soustraire la rente naturelle à sa contestation, bref de transformer l'entrepreneur en rentier.

La rente de monopole légal peut à la fois produire et détruire l'innovation. Elle incite à l'innovation par la perspective de récompense offerte à celui qui investit dans la recherche. Elle détruit l'innovation par le refus opposé aux autres de s'appuyer à leur tour sur des découvertes. L'équilibre entre les deux mouvements se recherche à tâtons dans les discussions en cours à l'Organisation mondiale du commerce.

En droit, peut-être pourrait-on avancer l'idée d'une « rente pour autrui ». En effet, la propriété intellectuelle, en droite ligne de la propriété ordinaire, produit un avantage pour son titulaire, – ou pour ses descendants, ce qui revient au même. Même la propriété comme mode de gestion à travers la fiducie ou comme garantie de paiement, qui relâche l'intimité entre le propriétaire et son bien, n'attaque pas l'égoïsme légitime de la propriété, traduit par le droit fondamental d'exclure autrui.

Or, cette exclusion d'autrui ne convient ni à l'intérêt des tiers, qui veulent bénéficier des découvertes et construire à leur tour de nouveaux objets en s'appuyant sur celles-ci, ni à l'intérêt du marché. En effet, si un produit est mis sur le marché, conquise en a les moyens peut l'acquérir. Ainsi, le droit de propriété sur un marché n'est plus un droit d'exclusion, exclusion discriminatoire interdite par le droit de la concurrence, c'est un droit à obtenir une rémunération pour l'accès que l'acheteur décide d'avoir au bien. Les idées débattues de droit d'accès, de licences légales, etc., renvoient exactement à la même idée et dans de nombreux

domaines, en droit d'auteur notamment, le droit de propriété intellectuelle est devenu un simple droit à rémunération.

Dès lors, le droit ne vient renforcer ou prolonger la rente naturelle de celui qui, en innovant, a pris de l'avance sur ses concurrents, que pour l'inciter à produire du nouveau. Mais, d'une part, le droit n'offre ce coup de pouce à l'inventeur que pour accroître les biens disponibles, c'est-à-dire la richesse globale, servant indirectement donc autrui. Plus encore, autrui peut être directement servi si le droit n'accorde cette rente qu'à condition que les tiers aient accès à la découverte. **L'accès des tiers à l'innovation, contre la rémunération offerte à l'inventeur, est alors non pas l'aménagement de la propriété mais ce qui justifie l'attribution même de la rente.** La rente est alors dissociée du droit d'exclure.

Cette évolution est la conséquence d'un double mouvement. En premier lieu, à force de soutenir que l'appétence pour créer ne tient qu'à la perspective du gain, on a rendu possible l'inversion de la proposition, c'est-à-dire la dissociation de l'auteur et de l'œuvre, par l'accès libre au tiers dès l'instant que le créateur y trouve son compte financier. Là aussi, le raisonnement est plus familier du droit américain, notamment du *copyright*, que la conception plus romantique que les Européens ont de la création et de la recherche.

En second lieu, l'évolution atteste que la propriété est devenue triviale. Lorsque celle-ci était le droit le plus absolu, elle exprimait la façon pour l'individu de demeurer hors d'atteinte d'autrui, lequel ne pouvait plus passer le seuil de sa maison sans y être invité. Le non-usage de la chose était la forme la plus pure d'exercice de la propriété. Peu importe l'état de la chose du moment que nul autre que le propriétaire n'en dispose. Cette conception politique (11) a été remplacée par une conception écono-

mique : la propriété prend son sens dans la richesse, le patrimoine constitué, l'argent rapporté. Si ce n'est que cela, et l'on sait que les économistes définissent par cette emprise et ces avantages les droits de propriété sans se soucier guère des définitions juridiques, alors il suffit que la propriété rapporte. Le droit de propriété intellectuelle dégénère en droit à rémunération.

La rente pour autrui devient alors compatible avec la rente pour soi. Plus encore, la rente pour soi n'est admise qu'en tant qu'elle constitue aussi une rente pour autrui : c'est pour les bienfaits collectifs de l'innovation que le droit de propriété intellectuelle est donné et c'est de plus en plus à condition que les tiers accèdent à la découverte que la rente est tolérée. La discussion porte alors sur la charge du paiement de la rente, avec l'éventuelle médiation par des financements collectifs, et sur le calcul du montant de la rente, pouvant ne pas reposer sur le seul prix de marché dans certains secteurs régulés.

Prenons l'exemple crucial de l'information, auquel on peut réduire beaucoup de biens, car les médicaments comme les œuvres sont les uns comme les autres de précieuses informations insérées sur des supports très bon marché : l'information nouvelle doit demeurer récompensée par une rémunération en soi – indépendamment de l'achat du support, qui représente très peu économiquement – mais à condition que pour certains biens, par exemple les médicaments vitaux, l'accès ne puisse être entravé. Reste à trouver des solutions équilibrées, notamment quant au montant des rémunérations, à la sélection des biens pour lesquels la licence des tiers deviendrait ainsi plus importante que le droit de l'inventeur, en évitant des effets pervers que l'angélisme nous masque parfois.

notes

(11) La propriété, in *Vocabulaire fondamental du droit*, Archives de Philosophie du Droit, t. 35, 1990, p. 233 et s.