

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle

Dusollier, Séverine

*Published in:*

Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?

*Publication date:*

2013

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dusollier, S 2013, Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle. dans *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*. Collection de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle , numéro 43, LexisNexis, Paris, pp. 29-48.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## **Du gratuit au non-exclusif : les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle**

Il m'a été dévolu de parler de la « montée en puissance du gratuit » en propriété intellectuelle. Rien que le titre annonce déjà un gratuit en campagne, presque triomphant.

La demande m'a intriguée, embarrassée même. En premier lieu car l'opposition entre gratuit et payant n'est normalement pas une distinction opératoire en propriété intellectuelle, que ce soit en droit d'auteur ou en brevet... Ensuite parce qu'une analyse du gratuit me paraît être davantage l'apanage des économistes.

Le droit intellectuel ne garantit pas en effet que les auteurs ou les inventeurs soient rémunérés. Au mieux il leur en donne les moyens, mais ces moyens ne sont que des potentialités de rémunération. Le droit d'auteur et le droit de brevet sont fondamentalement des droits d'autoriser ou d'interdire certaines exploitations de l'œuvre ou de l'invention, droits dont l'exercice peut générer des rémunérations comme contrepartie de l'autorisation d'une exploitation. La rémunération n'est donc que l'espoir qui se niche au sein de l'exclusivité conférée par le droit intellectuel.

En revanche, il me semble que c'est plus l'exclusivité des droits des auteurs ou titulaires de brevet que leur rémunération qui marque un net recul en propriété intellectuelle. Ou est-ce plutôt la non-exclusivité qui avance ? La question peut paraître saugrenue mais nous verrons qu'il s'agit bien d'un double mouvement qui crée deux types de non-exclusivités aux effets normatifs bien distincts.

Cette intervention se propose de brosser un tableau de ces espaces de non-exclusivité à l'œuvre dans la propriété intellectuelle, ce qui annonce déjà un paradoxe : la propriété en effet est marquée par l'exclusivité qui en est le but

et le moyen<sup>1</sup>. Or la non-exclusivité, ou son repli, marque de manière croissante les différents droits intellectuels, et surtout le travail du législateur ou du régulateur qui se prend de plus en plus au jeu de régir ces effacements des droits exclusifs. Nous en donnerons de multiples exemples tout en analysant les privilèges qui se révèlent en creux de cette exclusivité absente ou effacée (II), mais nous n'oublierons pas pour autant la soi-disant gratuité (I).

## I – Gratuit et propriété intellectuelle

Dans quels endroits de la propriété intellectuelle le gratuit viendrait-il s'affirmer avec force ? Référence est souvent faite au mouvement du logiciel libre ou des creative commons. Mais est-ce bien là une occurrence du gratuit ? Richard Stallman, le gourou du logiciel libre, précisait que, si l'on pouvait parler du *free software*, il fallait comprendre « free as in free speech, not as in free beer ». De la différence entre libre et gratuit, qui joue sur l'ambiguïté du mot *free* en anglais lequel revêt les deux significations.

Les licences dites libres n'ont en effet rien de gratuit. Elles confèrent des libertés d'utilisation du logiciel, de l'œuvre, voire du brevet dans le cas des licences – encore rares – d'*open patenting*, qui autorisent les utilisateurs à utiliser, copier, distribuer, communiquer, diffuser, modifier le contenu. Mais ces œuvres et inventions libres ne sont pas gratuites par essence : rien n'empêche par exemple les distributeurs de programmes d'ordinateur en open source de monnayer les supports ou leurs services. Les administrations qui entendent favoriser le recours aux logiciels libres, comme l'a préconisé le premier ministre français récemment, ne sont pas dupes et savent que ce logiciel a un coût en termes d'installation, de formation et de maintenance.

L'absence de coût des œuvres dites libres est plutôt indirecte. La liberté de copie accordée aux utilisateurs, qu'il s'agisse d'œuvres ou de programmes d'ordinateur, entraîne bien souvent la disponibilité de ceux-ci sur internet. Le mouvement des publications en libre accès qui se répand dans le monde scientifique vient taquiner les publications scientifiques traditionnelles dont le coût, dans certaines disciplines, est exorbitant, sans vraiment jusqu'ici parvenir à les détrôner. Mais le coût se déplace, puisque les scientifiques doivent parfois déboursier plusieurs milliers d'euros pour voir leur article publié dans certaines publications prestigieuses en open access.

Le gratuit irait donc se loger ailleurs... Il y a bien les prétentions croissantes des amateurs d'œuvres, qu'on les appelle public ou consommateurs – mais le terme de « consommateurs » implique généralement le paiement du produit ou du service –, d'accéder aux œuvres de manière gratuite. Et cette impression fort prégnante que l'internet est le règne du gratuit. Cela alimente la perception d'une légitimité des échanges d'œuvres en pair-à-pair ou autres accès aux œuvres en dehors des réseaux autorisés par les ayants droit. Si ces internautes veulent bien renoncer à leurs pratiques, ce n'est pas au prix (le mot est bien choisi) d'un coût exagéré. La licence globale, quoi qu'on en pense, a le mérite de fixer un coût à la création, à l'opposé des téléchargements illicites d'œuvres qui ne rapportent rien aux ayants droit, et de battre ainsi en brèche l'impression de gratuité du contenu créatif.

Deezer et Spotify n'en sont pas très éloignés quand ils fournissent une première offre gratuite (appelée d'ailleurs *freemium*) et des offres mensuelles à tarif fixe et relativement modéré. On pourrait dire ici que le gratuit n'est pas vraiment monté en puissance, mais que l'exigence de gratuit issue de la diffusion illicite de musique sur internet a modifié les modèles de revenus et d'exploitation des œuvres. La musique ne s'achète plus à la pièce mais s'offre sous forme de flux continu et sans que le prix ne soit proportionnel à la quantité écoutée. C'est en quelque sorte le modèle de la télévision qui surgit dans la musique, et peut-être demain dans les œuvres audiovisuelles. L'irruption de cette gratuité – là ou de ce « quasi gratuit » a certainement des effets en profondeur sur le droit d'auteur et sur la valeur des œuvres. Elle pourrait prendre le relais, surtout auprès des jeunes générations, d'une perception de la création comme un simple flux de contenus accessible comme tout autre service, ce qui mettrait à mal l'idée même du droit exclusif.

En réalité, le gratuit n'est qu'une dimension économique de la circulation des contenus, choisie ou subie, qui vient parfois s'immiscer dans l'exercice des droits exclusifs des ayants droit. Deux économistes ont récemment dressé une typologie de la gratuité des contenus numériques<sup>1</sup>. Selon eux, la gratuité peut se déployer dans deux logiques, commerciale ou non-commerciale. Lorsque l'objectif n'est pas de réaliser un profit en fournissant le contenu protégé, la gratuité sera consentie, soit parce qu'elle est subsidiée par ailleurs (c'est le modèle du chercheur qui met en libre accès ses publications car son travail de création est rémunéré par son salaire), soit parce que sa motivation se fonde sur une générosité qui permet une gratuité « pure »<sup>2</sup>. Mais la gratuité intervient

1. M. Xifaras, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004.

1. P. Belleflamme et X. Wauthy, *Économie des contenus numériques : bientôt la fin du gratuit ? Regards Économiques*, déc. 2012, n°100, p. 4-14, librement (gratuitement) disponible sur [www.regards-economiques.be](http://www.regards-economiques.be).

2. *Ibidem*, p. 6.

également dans des logiques commerciales. Elle peut y être « instrumentalisée »<sup>1</sup>, le contenu étant distribué gratuitement en tant que produit d'appel – vers d'autres contenus payants, vers la publicité ou vers la collecte des données personnelles de l'internaute –. Ce sont les modèles de nombreux opérateurs de l'internet, Google en tête. En revanche, la gratuité peut être « subie » lorsque des contenus gratuits mais illégaux supplantent les modèles payants et autorisés par les titulaires des droits.

De ces différents modèles de gratuité, lesquels questionnent les droits intellectuels – et plus particulièrement le droit d'auteur, car ils prennent appui sur la pratique des contenus numériques protégés par la propriété littéraire et artistique ?

La gratuité subie, sans aucun doute, puisque la diffusion effrénée d'œuvres sur les réseaux sans aucune autorisation des créateurs hypothèque lourdement la capacité des droits exclusifs à générer une rémunération.

La gratuité consentie, qu'elle soit pure ou subsidiée, ne relève en principe que du libre choix dans l'exercice du droit exclusif, l'auteur étant celui ou celle qui décide en définitive du modèle, économique ou non, rémunérateur ou gratuit, de diffusion de sa création<sup>2</sup>. Ce type de gratuité est plus rare en droit des brevets car le choix, coûteux, de dépôt d'une demande de brevet, entraîne implicitement le rejet d'un modèle gratuit. Pour diffuser gratuitement son invention, il suffit de ne pas protéger celle-ci par un brevet, sauf modèle du libre brevet que nous verrons plus loin. La dernière forme de gratuité, qui l'instrumentalise pour trouver ailleurs une contrepartie raisonnable de ses prestations, ressort également à l'exercice du droit exclusif. Et il peut être pertinent de noter que les modèles de produit d'appel qui se répandent en matière numérique, à supposer qu'ils touchent des œuvres protégées par le droit d'auteur, se réalisent généralement avec des contenus appartenant à autrui. Obtenus par licence auprès des ayants droit, les œuvres sont offertes aux internautes en bonus ou en apéritif de prestations rémunérées. C'est le cas des abonnements à Deezer offerts par des compagnies de télécommunications pour alpaguer le client ou des plateformes de contenus gratuits qui se paient par la publicité.

En somme, l'application de la typologie établie par P. Belleflamme et X. Wauthy aux contenus protégés par des droits intellectuels agit comme un révélateur, au sens photographique du terme, des modèles économiques qui régissent la

1. *Ibidem*, p. 7.

2. Sous réserve d'éventuelles pressions directes ou indirectes qui pousseraient les créateurs à s'adonner sans réserve aux licences libres. V. sur ce point S. Dusollier, *Les licences Creative Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître* : *Propri. intell.* 2006, n° 18, p. 10-21.

création et la diffusion des œuvres sans pour autant trancher de manière décisive les divers choix d'exercice des droits intellectuels.

Tentons alors de remplacer l'opposition entre rémunéré et gratuit par celle entre exclusif et non exclusif.

## II – Le retrait de l'exclusivité

Si la gratuité relève d'une analyse économique, son pendant en termes juridiques pourrait-il être l'absence d'exclusivité ? On a parlé de licences libres comme étant gratuites... pour immédiatement rejeter toute synonymie entre ces deux termes dans les licences open source. Gratuit et libre au sens de non-exclusif ne sont en effet pas le revers l'un de l'autre : le gratuit peut être fondé sur de l'exclusivité (c'est le cas des licences libres), tout comme l'absence d'exclusivité peut faire l'objet d'une rémunération (c'est le cas des licences légales ou obligatoires assorties d'un droit à rémunération).

La propriété intellectuelle ne devrait pas s'intéresser à la non-exclusivité qui lui serait au mieux indifférente, au pire antinomique. Et pourtant, si la gratuité n'est qu'une modalité de l'économie du numérique, la perte d'exclusivité s'installe au cœur de la propriété intellectuelle et de sa réglementation.

Certes, si les droits intellectuels se caractérisent par leur nature exclusive, la non-exclusivité réside précisément aux confins de ceux-ci et a donc toujours fait partie à ce titre de la propriété intellectuelle. Mais ce qui est radicalement nouveau, c'est la place grandissante qu'occupe cette non-exclusivité dans le régime de la propriété intellectuelle. Les exemples de retrait d'exclusivité se multiplient. L'exclusivité peut être absente aux limites de la propriété intellectuelle (B), la non-exclusivité peut résulter de l'exercice même des droits exclusifs (C) ou être sommée de se substituer aux droits exclusifs (D). Mais avant d'exposer ces diverses instances de non-exclusivité, une introduction sur ce qui est commun à celles-ci s'impose. Elle insistera sur le fait que le vide que le retrait de l'exclusivité devrait créer n'en est plus un, mais crée, en miroir, une non-exclusivité pleine de sens et dont deviennent « titulaires » ou bénéficiaires des personnes bien plus indéterminées que ne le sont les titulaires de droits intellectuels (A).

### A – Le repli de l'exclusivité au profit d'une non-exclusivité

Dans le discours traditionnel de la propriété intellectuelle, l'exclusivité est le moyen nécessaire pour fournir les incitants à la création et à l'innovation, ainsi

que pour récolter les fruits de sa propriété<sup>1</sup>. L'absence d'exclusivité est une position par défaut qui ne requiert aucune organisation légale, car elle ne produirait aucune valeur. L'exemple du domaine public, que nous analyserons plus loin, est symptomatique du manque d'intérêt porté à la non-exclusivité.

Or les situations marquées par l'absence ou le retrait de l'exclusivité sont nombreuses en propriété intellectuelle, du domaine public aux licences libres, des exceptions et limitations aux œuvres orphelines et aux brevets essentiels garrottés à des licences Frand. Dans de nombreux cas, une fois l'exclusivité retirée, se dessine en creux un espace de non-exclusivité qui se caractérise par sa présence, et non par son absence. Le défaut d'exclusivité en d'autres termes n'en est pas un, mais crée des privilèges ou des droits d'utilisation des œuvres ou inventions qui sont marqués par une non-exclusivité qu'on pourrait aussi dénommer « inclusivité »<sup>2</sup>. Dans ces espaces de non-exclusivité en effet, l'utilisation des uns est fondamentalement inclusive de celle des autres et chacun jouit de pouvoirs symétriques d'utilisation. Y. Benkler oppose ainsi l'exclusivité de la propriété, caractérisée par un pouvoir asymétrique accordé au propriétaire, et les communs qui sont à l'inverse marqués par « une liberté d'opérer dans des contraintes symétriques »<sup>3</sup>.

Il y aurait en quelque sorte une non-exclusivité concave qui se doublerait, dans certains cas mais pas dans tous, de la création d'une non-exclusivité convexe. La première se définirait par l'absence du droit exclusif. La seconde se caractériserait par la présence de privilèges, voire de droits, s'exerçant de manière non-exclusive. En quelque sorte, dans ces hypothèses<sup>4</sup>, l'absence ou l'effacement de l'exclusivité fonde en miroir des prérogatives non-exclusives au profit d'autrui. L'exclusivité recule certes, mais au profit d'une non-exclusivité qui avance et se déploie dans l'espace laissé.

Les « titulaires » de l'une et l'autre non-exclusivité ne sont pas identiques. La non-exclusivité est retirée au titulaire du droit intellectuel, pour être renversée

1. Deux analyses classiques de cette exclusivité comme moyen indispensable de la propriété (intellectuelle) : H. Demsetz, Towards a theory of property rights, *The American Economic Review*, 1967, vol. 57, p. 347-359 ; W. Landes and R. Posner, An Economic Analysis of Copyright Law, *Journal of Legal Studies*, 1989, vol. 28, p. 326.

2. Pour une analyse de cette notion et de ses possibles effets normatifs, v. S. Dusollier, The commons as a reverse intellectual property or the model of inclusivity, in H. Howe & J. Griffiths, *Concepts of Property in Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2013, à paraître.

3. Ce qui est plus clairement exprimé par la formulation originale anglaise de « freedom-to-operate under symmetric constraints ». Voir V. Y. Benkler, Between Spanish Huertas and the Open Road: A Tale of Two Commons?, actes du séminaire de la NYU Convening Cultural Commons, sept. 2011, à paraître.

4. Ce n'est pas le cas de toutes les hypothèses de repli de l'exclusivité. Nous en verrons un contre-exemple en matière de licence obligatoire, imposée par le législateur ou par les autorités de la concurrence en cas de refus de licence abusif.

et octroyée comme une prérogative aux utilisateurs autorisés de l'œuvre ou l'invention.

Les exemples de non-exclusivité qui suivent illustreront mieux cette approche qui à ce stade, reste, j'en conviens, fort abstraite.

## B – L'exclusivité absente

### 1. Le domaine public

Le domaine public est composé des ressources intellectuelles qui ne sont pas protégées par un droit d'auteur ou un brevet<sup>1</sup>, ou ne le sont plus en raison de l'expiration de la durée de protection. En droit d'auteur, il comprend les idées, non protégées en raison du principe de dichotomie idée/expression, les œuvres non originales, les œuvres exclues (tels que les textes officiels en droit français) et les œuvres dont la durée de la protection est venue à son terme. Le domaine public du brevet contient les idées abstraites, les découvertes, les éléments exclus de la brevetabilité, les inventions qui ne sont pas nouvelles ou inventives, les inventions pour lesquelles le terme de la protection a expiré, les inventions qui n'ont pas fait l'objet d'une demande de brevet (volontairement ou non).

Si le domaine public a toujours existé en propriété intellectuelle et en est la contrepartie automatique, la durée du droit étant limitée dans le temps et les conditions d'octroi de la propriété étant plus ou moins sélectives, il en a toujours été le parent pauvre. Le domaine public n'est que le négatif de la propriété intellectuelle, n'ayant pas de consistance propre, pas plus qu'un régime particulier<sup>2</sup>. Le libre accès que l'on revendique aux ressources le constituant est seulement la conséquence de l'absence de droits exclusifs qui autorise en creux une utilisation sans entraves de ses éléments. Mais ce creux dessine aussi les limbes dans lesquelles circule le domaine public : sans aucune protection juridique venant garantir cette liberté d'utilisation des œuvres et inventions qui le composent. Le domaine public est un terrain en friche qui n'a de domaine que le nom prétentieux, et de public qu'une prétention à un accès universel<sup>3</sup>.

1. La notion de domaine public en marques est plus difficile à cerner, dans la mesure où le droit de marque ne s'approprie un signe que de manière relative par rapport à des produits ou services déterminés. L'envers de la protection ne constitue pas un domaine public à proprement parler.

2. Pour une analyse de cette situation en droit d'auteur, v. V.-L. Benabou et S. Dusollier, Draw me a public domain, in P. Torremans (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*, Edgar Elgar, 2007, p. 161.

3. S. Dusollier, The public domain in Intellectual Property: Beyond the metaphor of a domain, in *Intellectual Property and Public Domain*, PL Jayanthi Reddy (ed.), Hyderabad: Icfai University Press, 2009, p. 31-69, available at: [works.bepress.com/severine\\_dusollier/4](http://works.bepress.com/severine_dusollier/4).

Personne ne parlait du domaine public il y a 30 ans. Et aujourd'hui il est dans toutes les thèses (ou presque) de droit intellectuel, dans les discussions de l'OMPI, dans les publications doctrinales... Voilà bien quelque chose qui ne peut manquer d'étonner. Si la propriété intellectuelle vise à organiser les droits sur des créations et inventions, ce n'est pas pour s'intéresser à l'absence de protection.

Or le domaine public figure désormais en bonne place dans les préoccupations des législateurs. L'agenda de l'OMPI pour le développement y consacre deux recommandations. La recommandation n° 16 préconise de « prendre en considération la préservation du domaine public dans l'élaboration des normes à l'OMPI et [d']approfondir l'analyse des conséquences et des avantages d'un domaine public riche et accessible ». La recommandation n° 20 vise à « promouvoir les activités d'établissement de normes relatives à la propriété intellectuelle favorisant la consolidation du domaine public dans les États membres de l'OMPI, y compris l'élaboration éventuelle de principes directeurs susceptibles d'aider les États membres intéressés à recenser les objets tombés dans le domaine public sur leurs territoires respectifs ». Ces deux recommandations, plutôt que de dénoncer l'érosion continue du domaine public et d'encourager à freiner le développement de la propriété intellectuelle, ont tendance à s'intéresser principalement au domaine public lui-même indépendamment de son pendant, la propriété intellectuelle. Pour mettre en œuvre ces deux recommandations, le Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP), créé à la suite de cet agenda, a, en avril 2009, approuvé un projet thématique sur la propriété intellectuelle et le domaine public contenant des éléments portant sur le droit d'auteur, les brevets, les marques et les savoirs traditionnels. Une série d'enquêtes et d'études sont ainsi prévues afin de mieux comprendre la notion de domaine public dans différents pays, les instruments qui ont déjà été mis à disposition pour aider à déterminer les objets tombés dans le domaine public, ainsi que les incidences et les avantages d'un domaine public riche et accessible<sup>1</sup>.

Ce travail normatif de l'OMPI embrasse les deux stratégies qui ont vu le jour en matière de domaine public. Assez classiquement, le domaine public est invoqué comme une contrepartie nécessaire à la propriété intellectuelle. En invoquant les menaces que subirait le domaine public, et la nécessité de sa préservation, il s'agit surtout de limiter l'expansion du droit d'auteur ou du brevet. Le domaine public est alors brandi comme l'objectif justifiant une réduction de l'étendue des droits exclusifs, dans leur champ d'application, leurs

1. V. les études et documents sur le sujet sur le site de l'OMPI consacré aux travaux du CDIP : [www.wipo.int/tip-development/fr/agenda/projects.html](http://www.wipo.int/tip-development/fr/agenda/projects.html).

prérogatives ou leur durée<sup>1</sup>. Ce discours abrite en partie les opposants aux droits intellectuels, ou à tout le moins à des droits intellectuels jugés excessifs. Une stratégie a toutefois vu le jour plus récemment. Elle consiste à considérer le domaine public comme une valeur propre et à plaider pour son expansion et sa protection, indépendamment de la protection plus ou moins étendue des droits intellectuels<sup>2</sup>. Cette vision dépasse la simple dénonciation, afin d'insister sur la valeur intrinsèque du domaine public en tant que matière première pour la création, l'innovation et le développement, et pour essayer de mettre en place un régime qui permettrait de protéger et de promouvoir un domaine public riche et accessible<sup>3</sup>.

À l'échelon européen, les projets de numérisation des bibliothèques se sont également interrogés sur le rôle que la loi pourrait faire jouer au domaine public dans ce cadre. Le statut par défaut du domaine public et l'absence de tout droit sur ces éléments posent, dans un discours classique de la propriété intellectuelle, la question de l'incitant nécessaire à son exploitation. La difficulté n'échappe pas aux membres du Comité des Sages institué par la Commission européenne sur la question de la numérisation du patrimoine culturel, qui admettent que le financement de la numérisation des œuvres du domaine public pourra s'appuyer sur des partenariats avec des entreprises privées, pour autant que le principe d'un libre accès à ce domaine public soit préservé<sup>4</sup>.

L'accord récemment intervenu entre la Bibliothèque nationale de France et deux entreprises privées en charge de la numérisation de livres anciens et d'une large collection d'enregistrements sonores<sup>5</sup> paraît constituer un exemple de ces partenariats public-privé. Sauf que celui-ci a été vertement critiqué pour avoir accordé aux sociétés privées une exclusivité de dix ans sur la commercialisation de ces copies numériques, ne permettant à la BNF qu'une consultation sur

1. J. Boyle, *The public domain – Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008 ; Y. Benkler, *Free as the Air to Common Use : First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, *New York University Law Review*, 1999, vol. 74, 354 ; C. Caron, L'irrésistible décadence du domaine public en droit de la propriété intellectuelle, in *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, p. 61-78 ; L. Guibault & B. Hugenholtz (eds.), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006.

2. V. l'excellente contribution de J. Cohen, Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain, in *The Future of the Public Domain*, op. cit., p. 121.

3. V. notamment, en droit d'auteur, M. Birnhack, More or Better? Shaping the Public domain, in *The Future of the Public Domain*, op. cit., p. 60 (« le domaine public n'est pas simplement – ou du moins ne devrait pas être – un sous-produit involontaire ou la "tombe" des œuvres protégées par le droit d'auteur, mais son objectif même »).

4. *The New Renaissance*, Rapport du Comité des Sages sur la mise en ligne du patrimoine culturel européen, 10 janv. 2011.

5. V. le communiqué officiel du ministère de la Culture du 15 janv. 2013, disponible sur [www.culturecommunication.gouv.fr/Espace-Presse/Communiqués/](http://www.culturecommunication.gouv.fr/Espace-Presse/Communiqués/).

place jusqu'à l'expiration de cette durée. La liberté d'usage du domaine public (dans lequel est une grande partie des objets numérisés) se réduit à peu de chose.

Le domaine public est dépourvu de toute exclusivité, personne ne pouvant revendiquer de droits privatifs<sup>1</sup> sur l'œuvre ou l'invention<sup>2</sup>. À l'absence d'un droit exclusif sur le domaine public correspondent, en contrechamp, des privilèges non-exclusifs de libre utilisation. À ce titre le domaine public a pu être qualifié de chose commune par la doctrine<sup>3</sup>, au sens de l'article 714 du code civil, dans la mesure où cette qualification dote le domaine public d'une normativité positive, les choses communes ainsi définies étant caractérisées par leur usage collectif<sup>4</sup> et leur impossibilité d'appropriation. M.-A. Chardeaux trouve dans cette notion de chose commune une volonté normative qui impose la préservation et la garantie d'un usage collectif<sup>5</sup>, donc une non-exclusivité soutenue et mise en droit<sup>6</sup>.

## 2. Les exceptions

Les exceptions au droit intellectuel constituent également des espaces de non-exclusivité dans un double mouvement. D'une part, le droit exclusif ne peut s'exercer sur les utilisations couvertes par ces exceptions, d'autre part, une liberté d'usage symétrique y règne. En effet, le privilège dont bénéficie un utilisateur pour effectuer une copie privée d'une œuvre n'est en rien exclusif et coexiste avec les libertés identiques de toute autre personne se trouvant dans les conditions de l'exception. Le bénéficiaire d'une exception ne peut exclure une autre utilisation identique de l'œuvre et le public se partage à l'identique la liberté d'usage ou d'exploitation de l'œuvre ou de l'invention. Cette absence

1. Ceci ne signifie pas pour autant qu'aucune réservation privative ne peut être exercée sur des parts du domaine public : le contrat, le secret, des dispositifs techniques peuvent reconstituer dans une certaine mesure une relative exclusivité de fait ou de droit.

2. Le terme plus neutre de « ressource » pourrait être utilisé ici dans la mesure où certains éléments du domaine public ne sont justement pas des œuvres ou des inventions, à défaut d'en remplir les conditions. Ce sont par exemple les idées, les découvertes, les concepts abstraits, [...].

3. S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, coll. IRPI, t. 22, 2002 ; A.-M. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, § 230.

4. Notons que cela ne sera pas vrai pour certains éléments du domaine public et notamment pour les inventions exclues de la brevetabilité pour contrariété à l'ordre public. La raison de leur mise hors champ de la protection ne les précipite pas pour autant dans un domaine public de libre utilisation, ces inventions étant plutôt interdites d'exploitation.

5. M.-A. Chardeaux, *op. cit.*

6. V. également nos conclusions in S. Dusollier, *Étude exploratoire sur le domaine public en droit d'auteur et droits connexes*, mai 2010, OMPI, CDIP/7/INF/2, disponible sur [www.wipo.int/ipdevelopment/en/agenda/pdf/scoping\\_study\\_cr.pdf](http://www.wipo.int/ipdevelopment/en/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf).

d'exclusivité est précisément ce qui rend difficile la qualification de l'exception en un véritable droit, en tout cas en droit civil. L'exception n'est pas reconnue de manière spécifique, exclusive ou inégalitaire, dans la mesure où tous les utilisateurs d'une œuvre ou d'une invention sont susceptibles d'en bénéficier. Toute personne est autorisée, par la loi sur le droit d'auteur, à parodier ou critiquer l'œuvre, ou par la loi sur le brevet, à utiliser l'invention de manière privée, pour autant qu'elle remplisse les conditions mises à l'exercice de l'exception. Le bénéfice de l'exception n'est donc pas exclusif, puisqu'il n'exclut pas autrui de la même utilisation et n'emporte aucune rivalité entre utilisateurs.

Il est à noter que les licences obligatoires de brevet ne sont pas constitutives de non-exclusivité. Certes, dans les hypothèses où le brevet permet d'accorder une licence de fabrication de l'objet breveté – pour défaut d'exploitation, pour une invention dépendante ou en cas d'urgence de santé publique –, le titulaire voit son droit exclusif éteint puisqu'il perd le pouvoir de refuser la licence. Mais le preneur de licence ne partage ce privilège avec personne ou avec d'autres licenciés qui jouiraient d'un pouvoir identique. En ce sens, le preneur d'une licence obligatoire n'a pas dans son chef un privilège non-exclusif, puisqu'il conserve une relative asymétrie par rapport aux autres utilisateurs de l'invention.

À l'instar du domaine public, les exceptions ont aussi pris une place bien plus centrale dans la régulation du droit d'auteur. Plusieurs documents normatifs européens y sont consacrés, de la communication de la Commission sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance<sup>1</sup> à la communication sur le marché unique des droits intellectuels<sup>2</sup>. En France, la récente étude de l'Hadopi sur les exceptions démontre pareillement que ce qui était auparavant considéré parfois comme de simples tolérances devient plus fondamental dans la structure de la propriété littéraire et artistique. Le même phénomène ne se retrouve toutefois pas en brevet, les exceptions y étant plus limitées, outre le cas des licences obligatoires que nous avons écarté. Tous ces documents insistent sur le rôle des exceptions, en tant que lieux de non-exclusivité, comme facteurs de création, d'innovation ou de diffusion du savoir, rôles traditionnellement dévolus aux droits intellectuels exclusifs.

1. Communication de la Commission, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, 19 oct. 2009, COM(2009) 532 final.

2. Communication de la Commission européenne, *Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle*, COM(2011)287 final, 24 mai 2011, § 3.3.3.

## C – L'exclusivité exercée à rebours

Les droits exclusifs conférés par la propriété intellectuelle peuvent également être instrumentalisés pour se défaire de cette exclusivité et créer au bénéfice d'autrui de la non-exclusivité. C'est le cas des licences libres, du logiciel au brevet (1), et de leur déclinaison ultime, la renonciation à ses droits (2).

### 1. Les licences libres

C'est le logiciel *open source* qui a amorcé le mouvement : en utilisant le droit d'auteur pour accorder plus de libertés que de restrictions et partager son exclusivité avec tout utilisateur potentiel, le logiciel libre a creusé une cavité de non-exclusivité au sein même de la réservation intellectuelle. Il y a plus que de l'anecdote dans l'appellation de copyleft qui désigne cette nébuleuse de licences dites libres, de la GPL, la licence art libre, aux creative commons et, plus récemment, aux licences d'open patenting qui ont fait souffler ce vent nouveau sur les rives du brevet. Le copyleft retourne le copyright comme un gant et ne fait pas que le déplacer de droite (right) à gauche (left). Il n'abandonne (left) pas davantage le droit (right) intellectuel, les licences libres fonctionnant uniquement parce qu'elles reposent sur l'exclusivité du droit, tout en jouant de celui-ci pour imposer des obligations de libertés<sup>1</sup> et une nouvelle idéologie de la propriété intellectuelle<sup>2</sup>. Le logiciel open source enclenche le droit exclusif pour octroyer des droits d'usage, de copie, de modification et de distribution du programme, tout en obligeant à la publication du code source<sup>3</sup>. Lawrence Lessig<sup>4</sup> a ensuite transposé l'outil à la création sous toutes ses formes<sup>5</sup>, par les licences creative commons qui ont popularisé le mouvement du libre. La contagion du libre, comme nouveau mode de contestation et d'exercice de la propriété intellectuelle, s'est même répandue au brevet, ce qui peut paraître antinomique tant le coût de l'obtention d'un brevet paraît répugner à son libre don<sup>6</sup>. Un des exemples les plus cités<sup>7</sup> est la licence BIOS (*Biological Open*

1. M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, Thèse de l'université de Montpellier, 2006, p. 78 s.

2. S. Dusollier, *Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering*, *Chicago-Kent Law Review* 2007, vol. 82, p. 1391-1435.

3. V. la définition de l'Open Source et ses « dix commandements ».

4. See L. Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, 2004, p. 183-200.

5. D'autres formes de licences de même acabit sont antérieures aux licences Creative Commons, telle la licence art libre, d'origine française. V. <http://artlibre.org/licence/lal>.

6. S. Boettiger & D. Burk, *Open Source Patenting*, *Journal of International of Biotechnology Law* 2004, p. 221.

7. V. également les autres applications en brevet citées par J. Hope, *Open Source Genetics: A Conceptual Framework*, in G. Van Overwalle (ed.), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models. Patent Pools, Clearinghouses, Open Source Models and Liability Regimes*, Cambridge University Press, 2009, p. 171-193 ;

*Source License*) appliquée par un institut de recherche australien à deux brevets en biotechnologie. Ce type de licence met l'invention à disposition avec des conditions qui ressemblent à de l'open source en accordant un droit mondial, gratuit, non exclusif de fabriquer, d'utiliser et de modifier la technologie et en incluant un mécanisme garantissant la subsistance de cette liberté pour tous les participants à l'initiative.

Dans tous les cas, les licences libres créent une double absence d'exclusivité. Dans le chef du titulaire du droit d'auteur ou du brevet en premier lieu, qui se dépouille de l'exclusivité de ses droits au profit d'autrui, imposant en outre toute reconstitution d'une réservation exclusive sur ce qu'il a créé, par l'effet viral des licences appliquées<sup>1</sup>. En second lieu, les « licenciés » de ces licences particulières se voient conférer une liberté d'utilisation non-exclusive, qui, à l'opposé de licences classiques, se caractérise par le pouvoir symétrique que partagent tous les utilisateurs<sup>2</sup>. C'est en ce sens que les licences libres ont fait leur entrée non contestée dans la réflexion économique et juridique sur les commons.

La grande différence entre les licences libres et la première catégorie de non-exclusivité, dans laquelle nous avons regroupé le domaine public et les exceptions, tient dans le fait qu'elles créent du non-exclusif par l'exercice d'une exclusivité, et non par la loi qui décrète l'absence de celle-ci. L'assertion du droit intellectuel est d'ailleurs, et paradoxalement, la pierre fondatrice de l'édifice ; elle constitue la stratégie choisie pour empêcher toute reconstitution de l'exclusivité au détriment de l'idéologie d'ouverture choisie. L'introduction de ce nouveau mode d'exercice du droit intellectuel a d'ailleurs changé la perspective traditionnelle de l'exclusivité en alignant, à côté des prétentions d'un contrôle absolu, d'une protection faste, les possibilités d'un échange et d'une absence de contrôle (très encadrée toutefois).

Cette perversion de l'exclusivité est « une sorte particulièrement moderniste de propriété »<sup>3</sup> et a pu être critiquée précisément par son recours à un outil privé

A. Rai, *Open and Collaborative Research: A New Model for Biomedicine*, in R. Hahn (ed.), *Intellectual Property Rights in Frontier Industries: Software and Biotechnology*, AEI Press, 2005, p. 131.

1. Y. Cool et P. Laurent, *Repères pour comprendre le mouvement libre*, in *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, Bruxelles, coll. Cahiers du CRID, vol. 25, 2005, p. 1-22 ; S. Dusollier, *Sharing Access...*, *op. cit.*

2. Il y aurait sans doute à faire preuve de plus de précision. Les licences libres ne profitent pas toujours à tous les utilisateurs de l'œuvre ou de l'invention. C'est le cas du logiciel libre qui, selon le dogme de l'open source, ne peut discriminer entre utilisateurs. Cela l'est moins des licences creative commons qui peuvent réserver le bénéfice des libertés aux utilisateurs non-commerciaux (licences non commerciales), mais aussi du brevet libre qui opère généralement au sein d'un « club » de membres et non à l'égard de tout utilisateur potentiel de la technologie.

3. C. Rose, *Ostrom and the Lawyers*, *Intern. J. Commons* 2011, vol. 5, p. 24.



de réservation (le contrat), qui ne paraît pas apte à renoncer complètement à la logique propriétaire des droits intellectuels<sup>1</sup>. Les droits non exclusifs ainsi créés au bénéfice de l'utilisateur de l'œuvre ou de l'invention ne sont en outre opposables qu'au donneur de licence (et non erga omnes) ce qui leur confère une relative fragilité<sup>2</sup>, même si cet effet relatif est démultiplié à l'envi par des mécanismes de contrat qui s'attachent à l'œuvre ou à la ressource et non à des parties contractantes déterminées<sup>3</sup>. Certains auteurs ont ainsi expliqué que les licences libres créent « a self-binding commons rather than an unrestricted public domain »<sup>4</sup>. Rien de commun donc à première vue entre domaine public et biens en libre accès en droit intellectuel ; les tenants des licences *open source* et creative commons refusent avec force qu'elles soient intégrées ou assimilées au domaine public. Le domaine public est hors de la propriété intellectuelle ; les œuvres, inventions ou autres biens immatériels en libre accès, sont pleinement soumis au droit intellectuel qui permet et garantit ce mécanisme.

Il s'agit donc d'une ressource hybride s'arc-boutant sur de l'exclusivité pour refuser celle-ci, et reposant sur du contrat, donc un rapport relatif entre parties, pour viser un rapport absolu lié à la chose concernée. Ce faisant, le retrait volontaire de l'exclusivité génère de la non-exclusivité, de l'inclusion des utilisateurs auxquels se destine la licence.

## 2. La renonciation à ses droits

Le mouvement des licences libres a parfois été plus loin encore en offrant aux auteurs les possibilités de renoncer totalement à leurs droits d'auteur. Une licence creative commons, intitulée CCO permet ainsi d'abandonner tout droit sur sa création. Il s'agit ici d'un domaine public consenti<sup>5</sup> ou volontaire. L'exclusivité dont jouit le créateur est, à l'instar des licences libres classiques, subvertie pour que celui-ci s'en dessaisisse et pour créer une absence d'exclusivité. Aucune réservation n'est ici conservée par l'auteur qui dédie ses œuvres au domaine public.

Acte radical s'il en est, il pose de sérieuses questions quant à sa validité<sup>1</sup>. L'exclusivité que la loi accorde au créateur est-elle à ce point exclusive qu'elle permette de s'en défaire ?

Pour le reste, cet exercice de l'exclusivité rejoint les développements que nous avons consacrés au domaine public.

## D – L'exclusivité déniée

Dans certains cas, l'exclusivité est reconnue par le législateur, mais son exercice est paralysé en faveur d'une collectivisation de l'usage des œuvres ou inventions. Ce qui distingue ces hypothèses des licences légales ou obligatoires dont on avait déjà pu dire qu'elles entraînaient une « socialisation » du droit d'auteur<sup>2</sup>, c'est qu'elles ne créent pas une exception à l'exercice du droit intellectuel en raison d'une utilisation précise que le législateur voudrait privilégier, mais en raison du statut même de l'œuvre ou de l'invention, œuvre orpheline d'une part (1) et brevet portant sur des standards essentiels d'autre part (2).

### 1. Les œuvres orphelines

Par la directive d'octobre 2012<sup>3</sup>, l'Union européenne autorise les bibliothèques et archives à mettre à disposition du public les œuvres qui seront considérées comme orphelines après une recherche diligente. Le texte communautaire ajoute ainsi une nouvelle exception au bénéfice des bibliothèques et crée une catégorie d'œuvres pour lesquelles l'exclusivité non-exercée devient une exclusivité paralysée. L'absence, voulue ou non, de l'auteur, le contraint à accepter que ses droits soient plongés dans la non-exclusivité, à tout le moins pour les usagers que sont les bibliothèques.

En dépit de l'intérêt de débloquer une situation qui ne valorise en aucune manière les œuvres, les droits de l'auteur n'étant pas exercés et une exploitation potentielle de l'œuvre étant compromise, la solution de la directive sur les

1. N. Elkin-Koren, What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons: *Fordham Law Review* 2005, vol. 74, p. 398 ; S. Dusollier, *Les licences Creative Commons...*, *op. cit.*

2. S. Dusollier, *Sharing Access...*, *op. cit.*

3. Mécanismes d'ailleurs identiques aux licences propriétaires de logiciels, v. M. Radin, Human, Computers, Binding Commitment: *Indiana Law Journal* 2000, vol. 75, p. 1132.

4. A. Kapczynski, S. Chaifetz, Z. Katz & Y. Benkler, Addressing Global Health Inequities: An Open Licensing Approach for University Innovations: *Berkeley Technology Law Journal* 2005, vol. 20, p. 1072.

5. L'expression est de M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, p. 281.

1. P. Samuelson, Challenges in the mapping of the public domain, in L. Guibault and B. Hugenholtz (eds.), *The Future of the Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 9 ; R. Burrell & E. Hudson, Property Concepts in European Copyright Law: the Case of Abandonment, in H. Howe & J. Griffiths (eds.), *Property Concepts in Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2013, à paraître. L'OMPI a annoncé une étude sur le sujet.

2. A. Strowel, Licences non-volontaires et socialisation du droit d'auteur : un danger ou une nécessité ? ; *Cah. propr. intel.* janv. 1991, p. 161-183 ; E. Hirsch-Ballin, Gegenüberstellung der Rechte des Urhebers mit denen der Allgemeinheit: *RIDA* janv. 1956, p. 40.

3. Directive 2012/28/EU du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines.

œuvres orphelines instaure une discrimination entre les œuvres et l'exclusivité qui s'y attache. Les « parents » qui disparaissent ou ne sont pas connus se voient retirer les droits de garde de leurs enfants ; même s'ils réapparaissent, ils ne recouvrent pas l'entièreté de leurs droits mais uniquement un droit à une compensation, dont les conditions sont fixées par les États membres<sup>1</sup>. La directive n'est pas claire sur les conséquences de cette fin du statut de l'œuvre orpheline : entraîne-t-elle que les utilisations auparavant autorisées doivent être soumises à l'autorisation des titulaires de droit ? Il est certain que seule une compensation sera accordée pour les utilisations passées, mais le considérant 18 qui commente les effets du retour des auteurs d'œuvres orphelines ne précise pas si leur droit exclusif est pleinement recomposé. Toutefois il nous paraît que l'objectif général en droit communautaire d'une haute protection des auteurs incline à penser que le retour des parents des œuvres orphelines les restaure dans leurs droits, comme le suggère le considérant 17<sup>2</sup>.

Le statut d'œuvre orpheline, une fois reconnu dans un pays, s'accroche à l'œuvre et se fait connaître au-delà des frontières par le truchement de bases de données dédiées. La directive a créé ainsi la première application d'une exception portable ou transfrontière, qui fait fi du principe de territorialité du droit intellectuel<sup>3</sup>.

La solution française des œuvres indisponibles – qui mélange en réalité œuvres orphelines et œuvres indisponibles, les deux catégories pouvant dans nombre de cas, se recouper – va même plus loin, car elle confisque leurs droits aux auteurs et éditeurs dont certaines œuvres ne sont plus commercialisées, pour les confier à une société de gestion collective<sup>4</sup>. L'auteur peut s'opposer à divers moments à cette gestion collective « obligatoire », dans les six mois de l'inscription de l'œuvre dans la base de données créée à cet effet, et conserve une faculté de retrait des droits à tout moment, s'il prouve qu'il est titulaire du droit d'auteur ou si les autorisations accordées portent atteinte à son honneur ou à sa réputation. L'éditeur peut pareillement s'opposer au régime de l'œuvre indisponible dans la mesure où il s'engage à exploiter effectivement l'œuvre. Le titulaire des droits – qui sera généralement l'éditeur – est donc sommé d'exercer son exclusivité pour fournir l'œuvre en format numérique, n'en déplaie à ses choix économiques.

1. Art. 6(5) de la directive.

2. Considérant 17 *in fine* : « De même, si des titulaires de droits auparavant non identifiés ou localisés se présentent pour revendiquer leurs droits à l'égard de l'œuvre ou du phonogramme, l'utilisation licite de l'œuvre ou du phonogramme par les bénéficiaires ne peut se poursuivre que si ces titulaires de droits y consentent en vertu de la directive 2001/29/CE en ce qui concerne les droits qu'ils détiennent ».

3. Nous ne disons pas par-là que la solution n'est pas opportune, la territorialité des exceptions générant dans de nombreux cas des situations inextricables et qui ne parviennent pas à accomplir l'intérêt public poursuivi par l'exception.

4. V. l'art. L. 134-1 du CPI, introduit par la loi du 1<sup>er</sup> mars 2012.

De nombreux auteurs se sont déjà insurgés contre cette solution particulière, susceptible d'étendre les exploitations de leurs œuvres<sup>1</sup> au-delà de ce qu'ils avaient expressément autorisé, au seul motif de l'inexploitation (voulue ou non) de leurs droits par les éditeurs et sous le joug de l'impératif numérique. Elle substitue à la règle du consentement explicite et délimité – à l'opt-in – une règle d'opposition *a posteriori* – un opt-out – pour lequel plaident certains opérateurs économiques et que certains magistrats n'ont pas hésité à juger contraire au droit d'auteur<sup>2</sup> – au grand soulagement à l'époque [...] de l'État français.

Dans ces deux hypothèses, œuvres orphelines et œuvres indisponibles, le recul de l'exclusivité devient une solution favorisant la diffusion de la création, à contre-courant de l'option auparavant privilégiée du droit exclusif. Elle suscite l'intérêt législatif et la mise en place d'une organisation logistique importante<sup>3</sup>. Tout comme en matière d'exceptions, les utilisateurs potentiellement intéressés par l'exploitation de ces œuvres (bibliothèques pour les œuvres orphelines, tout utilisateur pour les œuvres indisponibles) se retrouvent dans une situation de non-exclusivité les uns par rapport aux autres, et cette inclusivité vient doubler l'exclusivité retirée aux ayants droit.

## 2. Les aménagements de l'exercice des brevets en matière de standards

C'est encore ici, à tout le moins partiellement, l'impératif du développement numérique qui fait fléchir l'exclusivité des droits intellectuels. Le droit de la concurrence s'est en effet emparé de l'exercice des brevets dans des hypothèses de technologies intégrées dans des standards et essentielles à celui-ci. L'environnement des technologies de l'information et de la communication, en raison des effets de réseau qu'il engendre, doit reposer sur des technologies interopérables, ce qui a impliqué de s'entendre sur l'adoption de nombreux standards, que ce soit en matière de téléphonie mobile, de formats numériques, de normes Wifi, ou de tout composant numérique essentiel<sup>4</sup>.

1. H. Guillaud, *Relire : le scandaleux pillage du droit d'auteur organisé par la loi*, 28 mars 2013, disponible sur : [lafeuille.blog.lemonde.fr/2013/03/28/relire-le-pillage-du-droit-dauteur-organise/](http://lafeuille.blog.lemonde.fr/2013/03/28/relire-le-pillage-du-droit-dauteur-organise/).

2. V. la décision américaine dans l'affaire du *Google Books Settlement, Authors Guild v. Google, Inc.*, 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y., 22 mars 2011) (« A copyright owner's right to exclude others from using his property is fundamental and beyond dispute. [...] Under the [settlement], however, if copyright owners sit back and do nothing, they lose their rights. Absent class members who fail to opt out will be deemed to have released their rights even as to future infringing conduct »).

3. De nombreuses bases de données devront être mises sur pied et gérées dans le cadre des œuvres orphelines et des œuvres indisponibles, ce qui crée, aux côtés de l'organisation d'informations sur les droits exclusifs (généralement gérées par les sociétés de gestion collective), une organisation nouvelle de la non-exclusivité.

4. Pour une explication du rôle des standards, v. F. Levêque et Y. Ménière, *Technology Standards, Patents and Antitrust : Competition and Regulation in Network Industries* 2008, vol. 9, n° 1.

L'exercice de droits intellectuels sur des technologies qui forment une part essentielle de ces standards peut engendrer des pratiques abusives au sens du droit de la concurrence, ce qu'a déjà admis la Commission européenne dans une affaire de *patent hold-up*<sup>1</sup>. Le titulaire du brevet peut en effet dissimuler l'existence de son brevet lors des discussions sur le choix de la norme ou exiger des conditions déraisonnables de licence, qu'elles soient associées ou non à une absence de révélation de ses droits lors des négociations<sup>2</sup>. Si la technologie en question est intégrée dans le standard, la position du titulaire de brevet se trouve très avantageuse, puisque tous les utilisateurs potentiels de la technologie devront obtenir une licence pour se conformer au standard, d'où le risque que les entreprises n'aient pas accès à la norme du fait d'un refus de licence ou de l'octroi de celle-ci à des conditions excessives.

Afin d'atténuer les éventuels abus des titulaires de brevet qui se trouvent ainsi en position de passage obligé, les organismes de standardisation tendent désormais à imposer aux titulaires de brevets sur des technologies essentielles incluses dans les standards adoptés de donner celles-ci en licence à des conditions dites Frand (*fair, reasonable and non discriminatory*). De telles conditions de licences rognent l'exclusivité des droits de brevets, puisqu'elles modèrent le pouvoir de l'ayant droit de déterminer le montant des redevances et des conditions éventuellement distinctes entre les preneurs de licence. La Commission européenne sanctionne l'adoption de telles conditions de la part des organismes de standardisation par le biais de ses récentes lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, qui prévoient que ne seront pas considérés comme anti-concurrentiels les accords de normalisation dont les travaux sont transparents et dont les résultats sont accessibles à des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires<sup>3</sup>.

Il y a peu, les autorités européennes de concurrence ont fait un pas de plus en adressant une communication de griefs<sup>4</sup> à Samsung, considérant que les demandes d'injonctions de l'entreprise coréenne dans la guerre qui l'oppose à

1. Décision de la Commission européenne, 15 janv. 2010 (décision de rejet) et 9 déc. 2009 (décision sur les engagements), aff. *Rambus*, COMP/38.636. V. l'analyse de la décision par N. Neyrinck, *Rambus déclare forfait*. La Commission dans un fauteuil : *RDTI* déc. 2010, n° 41, p. 90.

2. V. l'analyse complète de N. Petit, *Les accords de normalisation en droit européen de la concurrence, Propriété intellectuelle et concurrence : pour une réconciliation*, LexisNexis, coll. IRPI, t. 40, 2012, p.35-50.

3. Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale : *JO* 14 nov. 2011, aff. C 11/1, § 280.

4. [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-1448\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1448_fr.htm).

Apple peuvent être constitutives d'abus de position dominante si elles concernent un brevet portant sur une technologie essentielle d'un standard, et que le licencié potentiel est disposé à négocier une licence à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. Cette position pourrait faire l'objet sous peu de précisions de la Cour de justice, celle-ci ayant été saisie de questions préjudicielles par un tribunal allemand sur les actions que les titulaires de brevets essentiels soumis à des conditions Frand sont susceptibles de mettre en œuvre (en ce compris les injonctions) dans le cadre de contrefaçons<sup>1</sup>. Diminuer les remèdes offerts aux ayants droit est une autre manière de réduire leurs droits exclusifs, qui devront peut-être se muer en droits à rémunération raisonnable.

Dans ces deux cas – imposition de licences Frand et diminution des actions contre d'éventuels contrefacteurs – l'exclusivité est en net retrait, pour un objectif toutefois louable de protection de la concurrence et d'accès aux normes nécessaires au déploiement de certaines technologies. Ce qui distingue ces incursions du droit de la concurrence dans l'exclusivité des droits intellectuels par rapport aux affaires classiques de refus de licence, c'est que le repli des droits exclusifs laisse place à des « droits » d'accès à la technologie, non-exclusifs et symétriques pour tous les utilisateurs potentiels de la norme. Dans les cas de refus de licence, la licence obligatoire qui pouvait être imposée à l'entreprise en position dominante l'était au bénéfice d'un concurrent s'étant vu refuser la licence – même si potentiellement elle pouvait être étendue à tout concurrent qui faisait la demande d'une licence. Le retrait de l'exclusivité, dans ce cas, ne créait pas de non-exclusivité positive en contrechamp.

Pour conclure, bien que, ces dernières décennies, les décideurs, tant sur le plan national qu'international, se soient concentrés sur la définition et l'application des droits exclusifs, leur attention se porte désormais de manière égale sur les limitations de la propriété intellectuelle et sur la définition et la promotion d'espaces et de pratiques de non-exclusivité, tels que le domaine public, les exceptions et limitations, les œuvres orphelines ou les licences Frand en matière de brevets.

Tous ces exemples révèlent un changement de perspective fondamental en propriété intellectuelle. Tout d'abord, parce qu'ils ne sont plus extérieurs à la propriété intellectuelle comme l'était le domaine public, mais s'installent dans les creux et les replis de celle-ci. Exclusivité et non-exclusivité s'entrelacent de plus en plus dans les régimes et les réglementations des droits intellectuels. Et il apparaît que les législateurs n'entendent pas les démêler, mais au contraire

1. Les questions préjudicielles n'ont semble-t-il pas encore été dotées d'un numéro d'affaire par la Cour, mais l'information est disponible sur [fospatents.com/2013/03/german-court-refers-huawei-zte-standard.html](http://fospatents.com/2013/03/german-court-refers-huawei-zte-standard.html).

les abordent en parallèle, conscients que l'équilibre souvent asséné comme objectif de la propriété intellectuelle nécessite de ne négliger ni les droits exclusifs ni les limitations à ceux-ci.

On nous a seriné que le droit intellectuel était une exclusivité nécessaire pour pallier le caractère de bien public de la création et de l'innovation. À défaut de droit exclusif, nous disait-on, aucune exploitation n'en serait faite aux dépens du bien-être social et du développement économique. Or, depuis dix ans, on assiste à une floraison de projets qui produisent de la valeur économique, sociale, scientifique, technologique et culturelle en se basant sur de la non-exclusivité : Europeana, Google Books <sup>1</sup>, le logiciel libre, les partages de brevet par des licences libres, les licences Frand régissant l'accès à des normes technologiques partagées...

Le grand changement à venir en propriété intellectuelle est de prendre la mesure de cette irruption de la non-exclusivité, non plus seulement comme un repli, mais comme une avancée de privilèges d'utilisation symétriques et non rivaux. Le régime de la propriété intellectuelle ne pourra que s'enrichir s'il parvient à comprendre cette dimension non-exclusive et à la doter d'effets normatifs, se transformant en une organisation de la création et de l'innovation, qu'elle se réalise par l'exclusivité ou au contraire par son absence, considérée de manière positive.

*M. Jérôme FRANTZ. – Merci Madame le professeur. Vous nous ouvrez des horizons qui m'inquiètent ; c'est déjà suffisamment compliqué comme cela pour l'industriel que je suis. Mais se dire que l'exclusivité n'est peut-être plus le seul facteur de création de valeur doit susciter des interrogations.*

*Pour parler des nouveaux défis du numérique, nous allons, dans un premier temps, entendre Jacques de WERRA, professeur en droit des obligations et en droit de la propriété intellectuelle à la Faculté de droit de Genève. Il est Faculty Fellow au Berkman Center for Internet and Society de l'Université de Harvard.*

*Je laisse Jacques de WERRA traiter le sujet de la propriété intellectuelle confrontée aux réseaux.*

---

1. En tout cas dans son pan domaine public. En effet, on ne peut pas décemment dire que Google Books crée de la valeur culturelle ou économique en numérisant les œuvres appartenant encore à autrui.