Normandie Université

THÈSE

Pour obtenir le diplôme de doctorat

Spécialité SCIENCES JURIDIQUES

Préparée au sein de l'Université de Rouen Normandie

Les savoirs, entre protection juridique et partage, une articulation évidente ?

Présentée et soutenue par
Charlotte MAS

Thèse soutenue publiquement le 14 juin 2021 devant le jury composé de		
Mme Aurore CHAIGNEAU	Professeur des Universités / Université de Nanterre	Examinateur
Mme Mélanie CLEMENT-FONTAINE	Professeur des Universités / Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines – Université Paris-Saclay	Examinateur
Mme Séverine DUSOLLIER	Professeur des Universités / École de Droit de Sciences Po Paris	Rapporteur
M. Stéphane PESSINA	Maître de conférences H.D.R / Université de Rouen Normandie	Directeur de thèse
M. Michel VIVANT	Professeur émérite / École de Droit de Sciences Po Paris	Rapporteur

Thèse dirigée par Stéphane PESSINA, Centre Universitaire Rouennais d'Etudes Juridiques

UNIVERSITÉ DE ROUEN NORMANDIE

ED 98 DN Droit Normandie

CUREJ

RÉSUMÉ

L'importance et l'intérêt accru des savoirs, à l'échelle nationale et internationale, nécessite une analyse approfondie de leur forme actuelle de protection et des mesures mises en place pour les partager. Sur le plan de leur protection, la tendance est de privilégier une logique d'exclusion. Les savoirs sont en effet devenus un « capital intangible » qu'il faut privatiser pour renforcer la compétitivité. Le régime des droits de propriété intellectuelle, protégeant indirectement les savoirs, ou celui du secret, assurant une protection directe de ces derniers, apparaissent alors comme les régimes de prédilection pour asseoir une telle protection. Une logique de protection exclusive n'apparaît cependant être ni la plus légitime ni la plus efficace au regard de la nature ubiquitaire et dynamique des savoirs. Cette appétence pour une protection exclusive est en effet progressivement critiquée en ce qu'elle contribue à leur usurpation et à leur verrouillage par un seul individu, soit légalement lorsque l'individu en est le détenteur originel (*enclosure* des savoirs des pays développés), soit indûment lorsque l'individu s'est approprié le savoir d'un autre (*exclosure* des savoirs « traditionnels » des communautés autochtones et locales). Cette étude a, par conséquent, vocation à dépasser la vision monolithique du droit de propriété, dans sa conception individuelle et exclusive, pour prouver qu'une conciliation est possible entre protection juridique et partage au bénéfice des savoirs. La logique privilégiant une opposition entre protection et partage, en particulier le régime des droits de propriété intellectuelle et celui du secret, devrait ainsi s'incliner devant une logique d'articulation et de conciliation. La préférence pour une protection inclusive laissant un espace de liberté aux tiers dans l'accès et l'utilisation des savoirs invite alors à aborder la recherche sous le prise des « communs ». L'objectif est de proposer un régime *sui generis* propre aux savoirs contenant des principes et des droits en vue de concilier les intérêts, patrimoniaux et/ou extrapatrimoniaux, des détenteurs de savoirs et des tiers. Différents régimes juridiques seront ainsi analysés et appliqués selon la forme de connaissance concernée – les licences libres, le domaine public consenti, les indications géographiques ou encore le patrimoine commun ou patrimoine culturel immatériel.

MOTS-CLÉS : Savoirs - droit des brevets - droit d'auteur - secret des affaires - régime des communs - licences libres - indications géographiques - domaine public consenti - patrimoine commun - patrimoine culturel immatériel - *open access* - agissements parasitaires.

ABSTRACT

The growing importance and interest of knowledge, on national and international scales, requires an in-depth analysis of its actual form of protection and measures implemented to share it. The tendency is to favor an exclusive logic. Knowledge has indeed become an « intangible capital » which must be privatized to reinforce competitivity. Intellectual property rights, protecting knowledge indirectly, or trade secrets, protecting it directly, seem like predilection legal regimes to establish an exclusive protection. But, an exclusive protection logic does not seem the most legitimate nor the most efficient considering the ubiquity and dynamic knowledge's nature. This preference for an exclusive protection is, indeed, progressively criticized in that it contributes to its usurpation and locking by a sole individual, rather legally when the individual is the original holder (*enclosure* of developed countries' knowledge), or unduly when the individual claims ownership of someone else's knowledge (*exclosure* of indigenous and local people's traditional knowledge). Consequently, this study is dedicated to go over the property right's monolithic vision, in its individual and exclusive conception, to prove that a conciliation is possible between legal protection and sharing of knowledge. The reasoning opting for an opposition between protection and sharing, particularly intellectual property rights and trade secrets, should thus lean over an articulation and conciliation logic. The preference for an inclusive protection, leaving a space of freedom for third parties in the access and use of knowledge, invite us, consequently, to study the « commons ». The goal is, therefore, to propose a *sui generis* regime suitable for knowledge containing principles and rights to conciliate holders and third parties' patrimonial and/or extra patrimonial interests. Various legal regimes will, consequently, be analysed and applied according to the knowledge concerned – free licenses, agreed public domain, geographical indications, common heritage or intangible cultural heritage.

KEY-WORDS : Knowledge - patent law – copyright - trade secret – commons - free licenses - geographical indications - agreed public domain - common heritage - intangible cultural heritage - open access - anti-competitive practices.

REMERCIEMENTS

Cette thèse est, certes, le résultat d'un travail personnel mais elle a pu être menée à son terme grâce à la précieuse aide et le soutien indéfectible de plusieurs personnes que je souhaiterais ici sincèrement remercier.

Je tiens avant tout à vivement remercier mon directeur de thèse, Monsieur Stéphane PESSINA, pour avoir eu confiance en mes capacités dès l'année de master lors de la rédaction de mon mémoire, puis tout au long de mes six années de doctorat. J'ai apprécié travailler sous sa direction et le remercie infiniment pour sa grande disponibilité, sa bienveillance et ses encouragements continus. Ses remarques et ses conseils m'ont assurément permis de développer une réflexion propre et de présenter un travail juridique de qualité.

Mes remerciements s'étendent également aux jurés et rapporteurs, Madame Aurore CHAIGNEAU, Madame Mélanie CLÉMENT-FONTAINE, Madame Séverine DUSOLLIER et Monsieur Michel VIVANT qui m'ont fait l'honneur d'accepter de siéger parmi les membres de mon jury. Chacun de leurs écrits ont fortement influencé mes pensées, ont fait émerger de nouveaux questionnements et ont nourri le contenu de cette thèse de manière certaine.

J'exprime aussi toute ma gratitude à l'égard de Monsieur Jean-Philippe LIEUTIER et de Madame Jessica ATTALI-COLAS pour leurs précieux conseils et pour m'avoir accordé de leur temps tout au long de l'avancée de la thèse.

Enfin, cette thèse n'aurait sûrement pas été achevée sans le soutien constant de mes parents, Alain et Isabelle MAS, qui n'ont jamais douté de mes capacités, m'ont incité à m'inscrire à la Faculté de droit puis à rédiger une thèse. Un chaleureux merci à ma sœur Pauline MAS et à Noé BOUCHEMOUA qui ont eu la gentillesse de relire certaines parties de ma thèse ainsi qu'à mon amie Clémentine BÉCHEREL-LEMOINE et ma collègue Anne-Violette VINCENT qui m'ont accompagnée tout au long de nos années doctorales. Je tiens, enfin, à remercier mon compagnon, Armand MARZIN, qui au-delà des frontières, a toujours su m'encourager et me soutenir.

SOMMAIRE

Introduction **13**

PREMIÈRE PARTIE

Protection juridique et partage des savoirs : l'abandon d'une logique de l'opposition

TITRE I. DE QUELS SAVOIRS S'AGIT-IL ? **67**

Chapitre I. Les savoirs, une notion plurielle 69
Chapitre II. Proposition d'une définition juridique des savoirs 121

TITRE II. L'ARTICULATION ENTRE LA PROTECTION JURIDIQUE ET LE PARTAGE DES SAVOIRS : UNE CONCILIATION ENVISAGEABLE **193**

Chapitre I. Le raisonnement à écarter : le choix irréductible entre protection juridique et partage des savoirs 195
Chapitre II. La conciliation entre les régimes juridiques de protection et de partage des savoirs 271

SECONDE PARTIE

Proposition d'un régime *sui generis* conciliant protection juridique et partage des savoirs

TITRE I. LE PARTAGE IMPERATIF ET SECURISE DES CONNAISSANCES THEORIQUES OPPOSE A UN PARTAGE EVENTUEL DES CONNAISSANCES PRATIQUES **377**

Chapitre I. L'inclusion forcée des connaissances théoriques : le principe de primauté du partage 379
Chapitre II. L'inclusion volontaire des connaissances pratiques : le principe du libre arbitre du détenteur dans le choix d'une protection inclusive ou exclusive 449

TITRE II. L'ARTICULATION ENTRE LES PRINCIPES ET LA RECONNAISSANCE DE DROITS AUX DETENTEURS **557**

Chapitre I. La reconnaissance d'un droit moral inspiré du droit d'auteur au profit des détenteurs 559
Chapitre II. Le droit à une contrepartie en faveur des détenteurs suite au partage des savoirs 631

Conclusion générale **711**

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABREVIATIONS

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AIPPI	Association internationale pour la protection de la propriété industrielle
AJ	Actualité juridique (revue)
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif (revue)
Al.	Alinéa
ALAI	Association littéraire et artistique internationale
Ann. propr. ind	Annales de propriété industrielle, artistique et littéraire
AOC	Appellation d'origine contrôlée
AOP	Appellation d'origine protégée
APA	Accès et partage des avantages
APD	Archives de Philosophie du Droit (revue)
Art.	Article
BPM	Bien public mondial
Bull. civ.	Bulletin civil
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
CC	Creative Commons
CCE	Commission des communautés européennes
Cass	Cour de cassation
- Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
- Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
- Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
- Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CDB	Convention sur la diversité biologique
CE.	Conseil d'Etat
CE	Communauté européenne
CEE	Communauté économique européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEPI	Coalition for Epidemic Preparedness Innovations

CGDD	Commissariat général au développement durable
CIDH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
Coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. com. électr.	Communication commerce électronique (revue)
Cons. const.	Conseil constitutionnel
COP	Conférence des parties (Convention sur la diversité biologique)
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CRPA	Code des relations entre le public et l'administration
D.	Recueil Dalloz (revue)
DADVSI	Directive n° 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
déc.	Décision
DGCCRF	Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire de jurisprudence
Dir.	Direction
DMCA	Digital Millenium Copyright Act
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz
DPL	Defensive Patent License
Dr. adm.	Droit administratif (revue)
DTSA	Defend Trade Secrets Act
éd.	Edition
Et al.	Et les autres personnes (*et alii*)
Fasc.	Fascicule
FEADER	Fonds européen agricole pour le développement rural
GAVI	Global Alliance for Vaccines and Immunization
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.(revue)

GNU GPL	General Public License (licence publique générale) GNU
GRTKF	Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore
GTPA	Groupe de travail sur les populations autochtones
HADOPI	Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet
Ibid.	Même référence
ICBG	Panama International Cooperative Biodiversity Group Program
ICC	International Chamber of Commerce
IDDRI	Institut du développement durable et des relations internationales
IGC	Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relatif aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore
IGP	Indication géographique protégée
IGPIA	Indication géographique protégeant les produits industriels et artisanaux
INAO	Institut National de l'Origine et de la Qualité
INDECOPI	Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle
INPI	Institut National de la Propriété Intellectuelle
INRA	Institut national de la recherche agronomique
IP/IT	Droit de la propriété intellectuelle et du numérique (Revue)
IRD	Institut de recherche pour le développement
JCL	Juris-Classeur
JCP	La Semaine Juridique
- E	Entreprise et Affaires
- G	Général
- S	Social
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
NBA	National Biodiversity Authority
No.	Numéro
NTIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
OAPI	Organisation africaine de la propriété intellectuelle
Obs.	Observations

OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OEB	Office européen des brevets
OIT	Organisation Internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations unies
Op.cit.	Ouvrage précité (*opere citato*)
Ord.	Ordonnance
OUA	Organisation de l'union africaine
p.	page
PCI	Patrimoine culturel immatériel
PCT	Patent Cooperation Treaty (Traité de coopération en matière de brevets)
PIBD	Propriété intellectuelle – Bulletin documentaire (revue)
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
pp.	Plusieurs pages
PLoS	Public Library of Science
PNUD	Programme des Nations unies pour le développement
Propr. intell.	Propriété intellectuelle (revue)
PUF	Presse universitaire de France
RDPI	Revue du droit de la propriété intellectuelle
RFDA	Revue française de droit administratif
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RMUE	Règlement européen sur la marque de l'Union européenne
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivants
Spé. p.	Spécialement page
SPRD	Société de perception et de répartition des droits
STAD	Système de traitement automatisé des données
STG	Spécialités traditionnelles garanties
T.	Tome

TDM	Text and data mining (fouille de textes et de données)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TKDL	Traditional Knowledge Digital Library
Trib. civ.	Tribunal civil
Trib. com.	Tribunal commercial
UE	Union européenne
UNESCO	Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture
UPF	Université de la Polynésie française
UPOV	Union internationale pour la protection des obtentions végétales
Vol.	Volume
WIPO	World Intellectual Property Organization

INTRODUCTION GENERALE

> « Mais reste que le savoir (…) relève d'une économie du don. Le savoir est livré à la communauté des savants et, au-delà, à la communauté des hommes. »
>
> Michel Vivant
> *Savoir et avoir*, 2003[1]

> « Il faut plutôt admettre que le pouvoir produit du savoir (…) ; que pouvoir et savoir s'impliquent directement l'un l'autre ; qu'il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélative d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir. »
>
> Michel Foucault
> *Surveiller et punir,* 1975[2]

1. Les savoirs et l'échelle géographique. En raison de leur importance, les savoirs présentent des enjeux aussi bien nationaux qu'internationaux. Au niveau national, la mission des Etats est d'assurer le partage des savoirs pour garantir la diversité culturelle[3], l'innovation, la recherche et le développement ainsi que pour respecter différentes normes du droit positif (art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, loi pour une République numérique de 2016[4]). Toutefois, les Etats ont tendance à privilégier la protection des savoirs à travers une logique d'exclusion (principalement les droits de propriété intellectuelle[5] ou le régime juridique de protection du secret des affaires[6]). Aussi, au niveau international, outre les textes relatifs aux droits de l'homme tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 19 et 27) et le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (art. 15), l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco) a pour mission de construire des « sociétés du savoir inclusives » en se fondant sur quatre piliers : la liberté d'expression, l'accès universel à l'information et au savoir, le respect de la diversité

[1] Vivant, M., « savoir et avoir », *APD,* T. 47, *La mondialisation : entre illusion et utopie,* Dalloz, 2003, spé. p. 335.

[2] Foucault, M., *Surveiller et punir – Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, spé. p. 32.

[3] Le deuxième considérant de la directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique expose que l'objectif de l'Union est de respecter et promouvoir la diversité culturelle tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun de l'Europe.

[4] Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016.

[5] Au niveau international et multilatéral, voir l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) annexé à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et adopté le 15 avril 1994.

[6] Directive (UE) n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ; loi française de transposition n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

culturelle et linguistique et une éducation de qualité pour tous[7]. L'Unesco associe alors « protection » et « partage » à l'égard des savoirs. Cette conception s'étend à toutes les réalités immatérielles constituant un patrimoine à préserver, comme le démontre la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel du 17 octobre 2003[8]. Mais encore, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a créé un comité intergouvernemental (*IGC on GRTKF*[9]) de la propriété intellectuelle relatif aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore pour assurer plus précisément la protection effective des savoirs issus des communautés autochtones et locales[10]. Un traité international a d'ailleurs été adopté, le 5 juin 1992, la Convention sur la diversité biologique, (CDB) poursuivant le but de protéger les savoirs associés aux ressources génétiques des communautés autochtones et locales. Dans le même sens, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté, le 13 septembre 2007, la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones afin de reconnaître des droits à ces derniers sur leurs terres, territoires et ressources ainsi que prendre conscience de leur indéniable contribution à la diversité biologique. L'ensemble de ces textes nationaux et internationaux sera analysé tout au long de la présente étude.

2. La pertinence d'une approche juridique des savoirs. L'examen d'une protection et d'un partage des savoirs est rarement envisagé sous l'angle juridique. En effet, les savoirs, même s'ils ont toujours existé, sont appréhendés par le droit surtout depuis la fin du XXème et le début du XXIème siècle en raison de la prise de conscience de leur valeur significative. De plus, la question des savoirs est principalement le fruit de choix politiques et économiques visant à garantir la compétitivité des entreprises et la croissance des nations. L'objectif récurent est, en effet, de favoriser une « économie du savoir[11] », ou encore une « économie mondiale de la connaissance[12] ». Les savoirs sont ainsi devenus un « capital intangible » recherché car ils sont facteurs de croissance économique[13]. Aussi, les savoirs stimulent l'innovation devenue

[7] Construire des « sociétés du savoir » fait partie des actions de l'UNESCO. Voir UNESCO, « Vers les sociétés du savoir », *rapport mondial de l'Unesco*, 2005.

[8] La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée le 17 octobre 2003 par la Conférence générale de l'UNESCO, est le premier instrument contraignant pour la sauvegarde des connaissances, immatérielles par nature.

[9] WIPO's Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore.

[10] Pour un historique des différentes avancées et difficultés rencontrées par le Comité intergouvernemental depuis sa création, voir Wendland, W., « Protection des savoirs autochtones : point de vue personnel sur les négociations internationales à l'OMPI », *OMPI Magazine*, No. 6, Décembre 2019.

[11] David, P., Foray, D., « Une introduction à l'économie et à la société du savoir », *Revue internationale des sciences sociales,* Vol. 1, No. 171, 2002, pp. 13-28 ; Beffa, J.L., *Regards sur l'économie contemporaine à travers le prisme de la propriété industrielle*, Rencontre-débat INPI, Doc. INPI, Service de la Communication, 4 décembre 2001, p. 2 ; OCDE, *Mesurer les économies fondées sur le savoir*, OCDE, Paris, 1999.

[12] OCDE, rapport annuel, 2001 ; Foray, D., *L'économie de la connaissance*, Paris, La Découverte, 2009 (1re éd. 2000), 125 p.

[13] Comme le souligne l'ancien Directeur général de l'Unesco, K. Matsuura : « Le potentiel de développement d'une société

l'objectif principal des économies concurrentielles et globalisées. En outre, la protection des savoirs est assurée par le droit de propriété. Or, ce droit est fondamentalement politique puisqu'il est interprété comme garantissant la liberté individuelle. Une approche juridique de ces questions ne peut faire abstraction de ces considérations économiques et politiques. Il en sera donc tenu compte dans le présent travail de recherche qui vise à articuler au mieux la protection juridique et le partage des savoirs dans le but de lutter contre leur « enclosure » et leur « exclosure ».

3. L'enclosure ou l'usurpation des biens communs. D'un côté, les savoirs sont soumis à une « enclosure ». Ce terme anglo-saxon signifie « clôture »[14] et se définit comme « l'usurpation de biens communaux et de tenures individuelles par l'effet de la puissance seigneuriale[15] ». La « frénésie de l'appropriation[16] » se serait faite en deux temps. Dans un premier temps, la monopolisation s'est faite à l'égard des objets matériels. Le premier mouvement des enclosures correspond à la privatisation des terres agricoles en Angleterre à la fin du XVIème siècle et au XVIIème siècle. Ces terres, initialement dévolues à l'usage collectif et considérées comme des biens communs, ont été encloses par des propriétaires qui les louaient[17]. Dans le même sens, en France, les seigneurs usurpèrent la quasi-totalité des bois communaux et rachetèrent les censives aux paysans[18]. Cette première enclosure avait pour objectif d'assurer une utilisation plus efficace des ressources ainsi que d'éviter leur surutilisation et sous-investissement. Se constitua alors, comme le souligne A. Chaigneau, une « opposition dialectique entre une propriété individuelle qui deviendra capitaliste, libérale, et une propriété collective, villageoise, coutumière présentée comme une forme archaïque de collectivisme[19]. »

---

dépendra moins à l'avenir de ses richesses naturelles que de sa capacité à créer, diffuser et utiliser des connaissances. » Voir Matsuura, K., « Le partage du savoir est un multiplicateur de croissance », *Le Figaro*, 27 sept. 2006. Ainsi, B. Remiche souligne que : « de 1975 à 2005 la part des immatériels dans la valorisation des actifs des 500 plus grandes entreprises nord-américaines est passée de 16,8% à 80%. » et « Actuellement, dans la capitalisation boursière des grandes entreprises, la part des actifs immatériels (…) se situe entre 75% et 90%. » Voir Remiche, B., « La propriété intellectuelle : outil de développement ou arme de domination ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 913.

[14] Comme le souligne M. Jobard : « Il faut à toutes les activités un enclos à cultiver, il faut à chacun sa part de propriété ! » Voir Jobard, M., *Nouvelle économie sociale, ou monautopole industriel, artistique, commercial et littéraire, fondé sur la pérennité des brevets d'invention, dessins, modèles et marques de fabrique*. Paris, Mathias, 1844, spé. p. 24.

[15] Gauthier, F., « Enclosure », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 506.

[16] Expression utilisée par P. Aigrain. Voir Aigrain, P., *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété,* Librairie Arthème Fayard, 2005, spé. p. 79.

[17] « L'ancien paysage de champs ouverts (*openfield*) disparut et fut remplacé par un paysage de bocage, avec des prairies permanentes encloses, pour l'élevage des moutons. » Voir Gauthier, F., *op. cit*., p. 509.

[18] « L'usurpation était lente et au final, le seigneur se retrouvait propriétaire "exclusif" de tous les droits d'usage dont les habitants étaient maintenant exclus. » Voir Gauthier, F., *op. cit*.

[19] Chaigneau, A., « Commun(s) », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 215, spé. p. 216.

L'enclosure créa cependant des conséquences négatives aussi bien sur le mode de vie des paysans (chômage croissant, expropriation et disparition de la paysannerie moyenne et pauvre, exode rural) que sur les résultats économiques (baisse des rendements agricoles due à la réduction des pâturages collectifs, hausse des taux de rentes par la réduction du domaine des censives). Néanmoins, bien qu'en Angleterre, les pouvoirs publics aient privilégié les intérêts particuliers de la catégorie sociale des seigneurs, *a contrario,* en France, la révolution paysanne a proposé un nouveau contrat social pour une répartition plus équitable de la propriété, individuelle et collective, puisque la seigneurie dut restituer une partie des biens communaux usurpés[20]. Dans un second temps, la monopolisation s'est focalisée sur les objets immatériels. C'est ce que démontre J. Boyle lorsqu'il parle de « second mouvement des enclosures[21] ». L'enclosure prend alors une signification plus large comme « dispositif socio-technique destiné à empêcher la circulation, l'accès ou la réutilisation de l'information et qui rend difficile ou impossible la naissance, le maintien, ou le développement des communs de la connaissance[22]. » Ce mouvement correspond à la privatisation des « communs de la connaissance[23] ». Les savoirs sont transformés en biens marchands, en particulier par les droits de propriété intellectuelle ou le régime juridique international de protection du secret. C. Hess souligne la vulnérabilité des savoirs dans tous les domaines de l'activité humaine (travail de recherche, biodiversité, culture, histoire, données scientifiques)[24]. Dès lors, les droits d'usage sur une ressource partagée sont remis en question par des enclosures techniques (absence d'interopérabilité, mesures techniques de protection), des enclosures juridiques (licence empêchant la réutilisation, la dissémination ou le transfert d'un contenu), des enclosures de temps (licences d'utilisation temporaire), des enclosures géographiques (savoirs accessibles que dans un endroit spécifique), des enclosures d'habiletés informationnelles (barrière d'accès liée à un mésusage informationnel), des enclosures algorithmiques (rétention des informations dans un système

[20] Restitutions imposées par la législation révolutionnaire du 20 août 1792 de rétablissement des communes et des citoyens dans les propriétés et droits dont ils ont été dépouillés par l'effet de la puissance féodale et par la loi du 10 juin 1793 abolissant la féodalité.

[21] Boyle, J., « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, 2003, pp. 33-74.

[22] Mercier, S., « Enclosure de la connaissance (approche pratique) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 512.

[23] Traduction de l'expression utilisée par J. Boyle : « *intangible common of the mind* ». Voir Boyle, J., *ibid*., p. 37.

[24] Hess, C., « Inscrire les communs de la connaissance dans les priorités de recherche », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle,* C&F éd, 2011, p. 33.

clos par des phénomènes d'accoutumance) et des enclosures politiques créées par des multinationales (système de gouvernance politique influençant les normes sociales)[25].

4. L'exclosure ou l'usurpation indue des savoirs. D'un autre côté, certains savoirs sont victimes d'exclosure[26]. Étymologiquement, les termes « enclosure » et « exclosure » sont issus du terme latin « *claudere* » signifiant « fermer » ou « clore ». Mais, les deux termes se distinguent selon le préfixe « *ex* » signifiant « à partir de, depuis » et « *in* » ou « *en* » signifiant « dans, en ». Par conséquent, l'exclosure se traduit par la garde de quelque chose à l'extérieur d'un espace donné tandis que l'enclosure se définit comme la garde de quelque chose à l'intérieur d'un espace donné. Dans un premier temps, le terme « exclosure » a été utilisé dans le domaine de l'écologie. Il se définit comme la délimitation d'un espace excluant certains animaux prédateurs de l'accès par des enclos[27]. Ainsi, alors que l'enclosure entraîne une appropriation individuelle des animaux et de la terre à l'intérieur d'un espace donné et exclut toute personne par des clôtures, l'exclosure exclut seulement certaines espèces d'animaux et les propriétaires privés qui ne payent pas. En revanche, certaines catégories d'animaux et les propriétaires privés qui ont payé peuvent librement entrer à l'intérieur de l'espace délimité et clôturé. Dans un second temps et dans un sens plus large, l'exclosure peut signifier l'exclusion d'une certaine catégorie de personnes de l'accès et de l'utilisation d'une ressource, et notamment des savoirs, alors que d'autres catégories de personnes pourront librement accéder et utiliser les mêmes savoirs. En conséquence, les savoirs « traditionnels » des communautés autochtones et locales sont victimes d'exclosure. Ils sont d'abord considérés comme un élément du domaine public, librement appropriable. Puis, certaines catégories de personnes, en particulier certains chercheurs scientifiques des pays développés, s'approprient ces savoirs et établissent des obstacles juridiques, par les droits de propriété intellectuelle essentiellement, pour empêcher les tiers de continuer à y accéder et à les utiliser. Nous verrons que ce mouvement d'exclosure concerne les savoirs « traditionnels » des communautés autochtones et locales mais aussi d'autres formes de savoirs largement partagés.

---

[25] Les enclos sont parfois construits par des organismes gouvernementaux et les propriétaires privés doivent payer pour avoir le droit de faire paître leur bétail sur les terres publiques. L'objectif est de déterminer comment la biodiversité se développerait si les pâturages n'étaient pas mis en place ou bien le but peut aussi être de démarquer un espace sécurisé pour les humains en excluant les animaux dangereux. Voir Mercier, S., *op. cit*.

[26] Bavikatte, K.S., Cocchiaro, G., Elan Abrell, J.D., Von Braun, J., « Imaging A Traditional Knowledge Commons : A Community Approach to Ensuring the Local Integrity of Environmental Law and Policy », *Thirteen Biennial Conference of the International Association for the Study of Commons (IASC),* Hyderabad, India, 2011, p. 11.

[27] Aerts, R., Nyssen, J., Haile, M., « On the difference between "exclosures" and "enclosures" », *in Ecology and the environment,* Journal of Arid Environments*,* Vol. 73, No. 8, 2009, p. 762-763.

5. Plan. Avant d'expliquer plus précisément pourquoi l'enclosure et l'exclosure des savoirs doivent être combattues (II), il convient de cerner les notions de *savoirs,* de *protection* et de *partage* (I).

I- La complexité d'une recherche juridique en raison des formes diverses de savoirs, de partage et de protection

6. Plan. Lorsqu'une articulation est recherchée entre protection juridique et partage des savoirs, la première difficulté est de déterminer quel(s) savoir(s) est ou sont concerné(s) ainsi que d'identifier leur nature (A). Le second obstacle est ensuite dû à la diversité des formes de partage (B) et de protection (C).

A) Les savoirs

7. Pourquoi *les savoirs* et non *le savoir.* « Savoir », du latin « *sapere* »*,* signifie « avoir de la saveur » à la période classique, puis « avoir de l'intelligence, du jugement » au figuré ou encore « se connaître en quelque chose, connaître, comprendre, savoir » au transitif[28]. Ainsi, *le savoir* en général relève de l'intelligence, de savoir apprécier et juger sainement. Cependant, lorsqu'une définition précise est recherchée, la diversité *des savoirs* est évidente. Les savoirs font notamment apparaître les notions de savoirs traditionnels, de savoir-faire ou *know-how* mais ils incluent aussi les connaissances en général voire les idées et les informations. De plus, différents savoirs sont créés selon le domaine concerné. Les savoirs sont créés aussi bien en philosophie, dans le domaine artistique et dans le domaine scientifique[29]. Par conséquent, les savoirs doivent nécessairement être appréhendés dans leur diversité comme une notion plurielle et toute définition restrictive devrait être exclue[30]. Au regard de l'importance de la notion de « savoirs » pour la compréhension de la présente étude, le premier titre s'attachera à appréhender les savoirs dans leur diversité et à proposer une définition juridique de ces derniers.

[28] Terme utilisé au théâtre durant la période préclassique ou en prose à la période classique.

[29] N. Ram distingue trois modes de production du savoir : le domaine scientifique, la philosophie à travers la dialectique et l'art à travers l'expression. Voir Ram, N., « Science as Speech », *Iowa Law Review*, [En ligne], Vol. 102, 2017, pp. 1187-1237, spé. p. 1200 [Consulté le 12 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=3012034

[30] M. Vivant souligne que : « Il faut sans doute renoncer à une définition trop stricte, sinon même à une définition et se satisfaire, comme on le fait souvent en droit, du pouvoir d'évocation d'un mot. » Voir Vivant, M., « savoir et avoir », *APD,* T. 47, *La mondialisation : entre illusion et utopie,* Dalloz, 2003, spé. p. 334.

8. L'ubiquité des savoirs. Malgré cette diversité, tous les savoirs partagent le même point commun, celui de leur immatérialité. En effet, ils sont des « *res quae tangi non possunt* », c'est-à-dire des réalités qui n'existent pas à l'état de nature mais dont l'existence procède nécessairement d'une affirmation de l'homme. Comme le souligne N. Binctin : « Cet élément [chose issue de l'imagination humaine] affirme la source exclusive des biens intellectuels, l'Homme[31]. » Aussi, tous les savoirs présentent une nature ubiquitaire. En d'autres termes, ils ne créent par nature aucune rivalité et aucune exclusion. En principe, un propriétaire va vouloir conserver privativement son bien matériel en excluant les tiers car il subit un appauvrissement lorsqu'il permet à un tiers de disposer de la chose. En effet, le tiers est en droit d'aliéner la chose, de la céder voire de la détruire et le propriétaire initial ne pourra plus en être en possession. Or, une telle analyse n'est pas justifiée à l'égard des savoirs car ils peuvent être librement partagés sans appauvrir le détenteur[32]. Il peut toujours détenir son savoir et l'utiliser même s'il le partage avec des tiers qui l'utilisent et le modifient. N. Binctin ajoute que les biens intellectuels, comprenant les savoirs, ne disparaissent jamais : « Tout bien intellectuel est reproductible à l'infini sans jamais perdre sa nature initiale. Cette autonomie absolue distingue le bien intellectuel des autres biens. Le bien ne se détériore pas par l'effet du temps ou d'une utilisation intensive, il ne disparaît pas avec la destruction du support[33]. »

9. Transition. Outre l'obstacle relatif à la pluralité des savoirs, la construction d'un régime articulant protection juridique et partage des savoirs nécessite une étude approfondie face à la diversité des formes de partage.

B) Le partage

10. Le partage comme essence des savoirs. La nature des savoirs justifie qu'ils soient librement partagés. Comme le souligne M. Vivant : « savoir rime (en esprit) avec diffusion. Cet état de "naturelle diffusion" me paraît même relever de ce qu'on pourrait qualifier de statut anthropologique du savoir[34]. » Le partage doit être entendu comme une transmission des savoirs

[31] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 39.

[32] « Celui qui reçoit une idée de moi reçoit un savoir sans diminuer le mien ; tout comme celui qui allume sa bougie à la mienne reçoit la lumière sans me plonger dans la pénombre. Que les idées circulent librement de l'un à l'autre partout sur la planète, pour l'instruction morale et mutuelle de l'homme et l'amélioration de sa condition, voilà qui semble avoir été conçu à dessein par la nature bienveillante, quand elle les a créées, libres comme le feu qui s'étend partout, sans diminuer leur densité en aucun point (…) ». Voir Jefferson, T., *Lettre du 13 août 1813 à Isaac McPherson.*

[33] Binctin, N., *op. cit*., p. 42.

[34] Vivant, M., « savoir et avoir », *APD,* T. 47, *La mondialisation : entre illusion et utopie,* Dalloz, 2003, spé. p. 334.

aux générations présentes mais aussi aux générations futures pour garantir une création dynamique, collaborative et collective. Dès lors, le partage se distingue de l'échange. Selon E. Le Roy[35], l'échange implique une séparation définitive du détenteur avec l'objet possédé puisqu'il cède la chose contre une autre. Au contraire, le partage est un concept « bifocal » exprimant aussi bien la division que la concertation en privilégiant la réunion d'individualités et la participation à des actions communes. Le partage peut ainsi comporter deux aspects essentiels : un partage de l'accès et de l'utilisation mais également un partage des avantages résultant de l'utilisation des savoirs, au profit des détenteurs initiaux. Un tel partage apparaît juste de manière générale mais il semble l'être de manière encore plus évidente lorsque ces détenteurs initiaux sont considérés comme vulnérables, ce qui est généralement le cas des communautés autochtones et locales.

11. Le partage et l'*open access*. Pour qu'un partage soit effectif, il convient de garantir la liberté dans l'accès et l'utilisation des savoirs. Le mouvement de l'*open access* s'avère décisif pour assurer un tel partage. En effet, se concrétisant en divers mouvements selon les disciplines[36], l'*open access* se définit comme la mise à disposition immédiate, gratuite et permanente sur Internet des publications scientifiques issues de la recherche et de l'enseignement[37] ou comme une pratique fournissant un accès gratuit en ligne voire une réutilisation des informations scientifiques[38]. Selon les déclarations de Budapest[39] et de Berlin[40], la notion d' « accès » signifie le droit de lire, télécharger, imprimer, copier, distribuer, rechercher, relier et extraire. Aussi, deux formes *d'open access* existent : le *gratis open access* (données diffusées en ligne gratuitement sans assurer une libre utilisation) et le *free open access* (données diffusées en ligne gratuitement et utilisables librement, notamment par des licences

[35] Le Roy, E., « Sous les pavés du monologisme juridique. Prolégomènes anthropologiques », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 81.

[36] Le mouvement de l'*open access* se retrouve notamment dans le mouvement des *Creative Commons,* le mouvement des chercheurs pour le libre accès aux publications et données scientifiques (*Public Library of Science, SCOAP3, eLife, F1000*), le mouvement des paysans refusant l'appropriation des semences par les trusts multinationaux, le mouvement mondial pour le libre accès à la connaissance (traité A2K), le mouvement REL/OER (*Open Educational Ressources*).

[37] Open Access France, « Comment définir l'Open Access ? », [En ligne], [Consulté le 12/09/19]. Disponible à l'adresse : https://openaccess.couperin.org/comment-definir-lopen-access/

[38] Définition de la commission européenne. Voir European Commission, « H2020 Programme - Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020 », *Directorate-General for Research & Innovation,* 21 mars 2017. Dans le même sens, A. Lucas et *al*. soulignent que l'*open access* ne signifie pas uniquement le libre accès mais aussi la libre utilisation : « L'*open access* ne suppose pas seulement que l'article soit accessible à tous gratuitement. Il implique aussi que l'usage de cet article soit facilité grâce à des licences de type *Creative Commons,* lesquelles vont par exemple permettre la reproduction intégrale du texte ou même sa modification. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 740.

[39] Initiative de Budapest pour l'Accès Ouvert du 14 février 2002.

[40] *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities*, 22 octobre 2003.

libres). La seconde forme devrait être privilégiée puisqu'elle garantit la libre utilisation. Mais encore, le détenteur peut privilégier l'*open access* de deux manières : soit par la voie de l'auto-archivage ou du dépôt dans une archive ouverte (*green open access* ou voie verte) ou bien il publie ses revues ou ouvrages nativement en *open access* dès leur publication (*gold open access* ou voie dorée). En tout état de cause, l'*open access* reste un choix du détenteur et ne lui est jamais imposé.

12. *Open access, open data* et *open science*. L'*open access* entretient des liens étroits avec l'*open data* défini comme le droit d'accès et de réutilisation de l'information publique[41] (directive n° 2003/98/CE modifiée par la directive n° 2013/37/UE[42]). Selon T. Azzi, l'*open access* peut être rattaché à l'*open data* au sens large pour viser l'ouverture des données scientifiques et non seulement les données détenues par l'administration[43]. *L'open data* permet à toute personne de télécharger, copier, analyser, reconvertir et utiliser les données sans obstacles financiers, légaux ou techniques. Enfin, l'*open access* et l'*open data* favorisent l'*open science*. *L'open science* vise à ce que les savoirs scientifiques de toute sorte soient largement partagés aussi bien à la communauté scientifique qu'au public au sens large dès lors qu'ils s'avèrent utiles dans le processus de découverte[44]. Selon ce mouvement, toute forme de savoirs scientifiques doit être disponible, accessible, utilisable, réutilisable et modifiable par tous.

13. L'*open access* à l'échelle internationale, européenne et nationale. La dimension internationale de *l'open access* s'est révélée par l'adoption des déclarations de Budapest[45], de

[41] L'*open data* peut également être défini comme la libre réutilisation au format structuré et standardisé, à coût non prohibitif et équitable sans autre contrainte que de mentionner la source et les conditions de réutilisations. Les données sont partagées hors de l'organisation qui les produisent ou dans tout écosystème au-delà du contexte pour lequel elles ont été initialement créées. Par exemple, auprès de partenaires économiques et financiers ou de la société civile. Cette définition est issue du séminaire « Open Data : le partage des données pour l'intérêt public », organisé, le 25 février 2021, par la start-up Saagie spécialisée dans le *big data*.

[42] L'objectif du droit de l'Union européenne est de fixer un ensemble minimal de règles en matière de réutilisation des informations du secteur public. En 2003, il s'agissait plus d'incitation à l'égard des Etats membres à harmoniser les législations (les Etats membres restaient libres d'autoriser ou non la réutilisation). Puis, en 2013, une nouvelle directive rend l'harmonisation obligatoire. Elle prévoit cependant des exceptions résultant des Etats membres eux-mêmes qui peuvent maîtriser les documents rendus accessibles (et donc réutilisables). Voir Gilles, W., « Libre réflexion sur le droit dit "de l'open data" - Origine, contours et évolution dans le cadre du droit de l'Union européenne », Actes du colloque à la Cour de cassation du 14 octobre 2016, « La jurisprudence dans le mouvement open data », *La Semaine Juridique Edition générale, LexisNexis,* No. 9 supplément, 2017, pp. 13-17. En décembre 2020, la mission présidée par E. Bothorel a remis un rapport au Premier ministre français intitulé « Pour une politique publique de la donnée » exposant la nécessité d'aller plus loin dans les initiatives d'ouverture des données.

[43] Azzi, T., « *Open data* et propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz,* 2017, p. 583.

[44] [Notre traduction] « Open science is the idea that scientific knowledge of all kinds should be openly shared as early as it is practical in the discovery process. » Voir Masuzzo, P., Martens, L., « Do you speak open science ? Resources and tips to learn the language », [En ligne], *PeerJ Preprints,* 2017, [Consulté le 16 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://doi.org/10.7287/peerj.preprints.2689v1

[45] Initiative de Budapest pour l'Accès Ouvert du 14 février 2002.

Berlin[46] et de Bethesda[47] ayant pour objectif le libre accès de la littérature scientifique mondiale et de toutes les données et logiciels produisant de la connaissance. La Commission européenne a par ailleurs présenté de nombreux travaux relatifs à l'*open access* dans le cadre du programme Horizon 2020[48]. Un agenda a été créé pour favoriser l' « *open science* » et donc l'inclusion du libre accès, de la collaboration et de la transparence dans les résultats de recherche scientifique, notamment à travers un *cloud* (*European Open Science Cloud*[49]). Aussi, des recommandations ont été présentées pour que les chercheurs européens soient dotés de compétences appropriées pour comprendre et favoriser l'*open science*[50]. À l'échelle nationale, la loi pour une République numérique[51] a consacré l'*open access* dans certaines de ses dispositions[52]. En particulier, la loi permet à l'auteur d'un article scientifique financé majoritairement par des fonds publics de choisir la mise à disposition gratuite dans un format ouvert de son article[53], même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur[54]. Cette disposition est d'ordre public et toute clause contraire doit être réputée non écrite. De plus, l'exploration des données est facilitée pour les besoins de la recherche. La loi instaure une exception au droit d'auteur et au droit *sui generis* du producteur de bases de données pour exempter d'autorisation les pratiques de « *text and data mining* » (TDM) pour les textes et données inclus ou associés aux écrits scientifiques (art. L.

[46] *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities*, 22 octobre 2003.

[47] Déclaration de Bethesda sur l'édition en libre accès, 11 avril 2003.

[48] Le programme Horizon 2020 est un programme de financement de la recherche et de l'innovation. Il a notamment pour objectif de garantir « l'Excellence scientifique » en ouvrant des voies nouvelles vers les « Technologies futures et émergentes » (FET) en soutenant une recherche collaborative et interdisciplinaire. Il comporte l'obligation d'assurer le libre accès aux publications issues des recherches qu'il aura contribuées à financer, sous peines de sanctions financières. Voir notamment l'art. 29.2 du *Model Grant Agreement.*

[49] La Commission européenne explique que le projet de *Cloud* européen vise à développer un environnement fiable et ouvert pour la communauté scientifique afin de stocker, partager et réutiliser les données et résultats scientifiques [Notre traduction] : « European Cloud Initiative aims to develop a trusted, open environment for the scientific community for storing, sharing and re-using scientific data and results. » Voir European Commission, « European Cloud Initiative - Building a competitive data and knowledge economy in Europe », *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee on the Regions,* Brussels, COM/2016/0178 final, 2016.

[50] European Commission, « Providing researchers with the skills and competencies they need to practice Open Science », *Open Science Skills Working Group Report,* Working Group on Education and Skills under Open Science, Juillet 2017.

[51] Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016.

[52] V.L. Benabou expose que : **«** Après avoir prôné le recours à l'exclusivisme comme seule voix de croissance du "patrimoine immatériel", la puissance publique semble inverser le paradigme dans la loi pour une République numérique. » En effet, l'accès le plus large aux ressources intellectuelles est considéré comme la clé de l'innovation et de la compétitivité. Voir Benabou, V.L., « La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT,* 2016, p. 531.

[53] L'article 30 de la loi a introduit l'article L. 533-4 dans le Code de la recherche qui dispose que : « Lorsqu'un écrit scientifique issu d'une activité de recherche financée au moins pour moitié par des donations de l'Etat, des collectivités territoriales ou des établissements publics, par des subventions d'agence de financement nationales ou par des fonds de l'Union européenne est publié dans un périodique (…), son auteur dispose, même après avoir accordé des droits exclusifs à un éditeur, du droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique (…) la version finale de son manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication (…) ».

[54] Dans le même sens, le rapport Lescure propose que les SPRD soient encouragées à prévoir dans leurs statuts la possibilité pour leurs membres de placer les œuvres de leur répertoire sous licences libres. Voir Lescure, P., « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », *Mission "Acte II de l'exception culturelle"*, mai 2013, p. 460. Cette proposition a été codifiée à l'art. L. 324-4 du CPI.

122-5 10° du CPI et art. L. 342-3 5° du CPI). Mais encore, l'article 11 de la loi garantit la réutilisation des informations publiques (art. L. 321-1 du CRPA[55]) y compris lorsqu'elles sont contenues dans des bases de données publiques (art. L. 321-3 du CRPA)[56].

14. Les conséquences de l'*open access*. L'*open access* présente des conséquences positives sur le partage des savoirs. La Commission européenne souligne que le libre accès accroît la circulation des savoirs puisque les articles scientifiques librement accessibles sont entre 26% et 64% plus cités en moyenne que les autres articles en accès restreint[57]. Dans le même sens, A. Lucas et *al*. soulignent que l'*open access* stimule le partage des connaissances et conséquemment le « rayonnement de la recherche[58] ». L'*open access* garantit également la qualité des savoirs avec l'*open peer-review*, c'est-à-dire que l'auteur d'un article scientifique le laisse ouvert à la relecture et aux avis en tant que mécanisme d'évaluation académique[59]. Mais encore, ce mouvement sert les intérêts des pays en développement car il empêche le seul transfert des savoirs du Nord vers le Sud[60]. L'accès aux publications académiques est généralement freiné par le coût des abonnements. Aussi, la publication de leurs propres recherches dans des journaux internationaux est rendue difficile par l'*a priori* qu'ils relèveraient davantage des intérêts régionaux ou locaux et/ou qu'ils ne correspondraient pas aux standards de qualité requis. Le mouvement de l'*open access* donne ainsi l'opportunité de reconnaître les recherches à l'échelle locale comme faisant partie intégrante du savoir commun global (« *Global knowledge commons*[61] »). Les conséquences de l'*open access* sont donc doubles : accéder au savoir mondial et faire connaître les résultats de recherche auprès de la communauté scientifique internationale. D'ailleurs, le projet DRIVER (*Digital Repository Infrastructure*

[55] Cependant, le droit de réutilisation des informations publiques doit garantir le respect des droits de propriété intellectuelle des tiers. Par conséquent, la réutilisation peut être soumise à autorisation et rémunération. Aussi, l'administration ne peut pas invoquer ses droits pour empêcher la réutilisation des données mais elle peut les utiliser pour verrouiller l'accès sur le fondement de l'art. L. 311-4 du CPI.

[56] Toutefois, l'article ajoute que la libre réutilisation ne s'applique pas lorsque l'administration intervient dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence, et sous réserve des droits de propriété intellectuelle des tiers.

[57] European Commission, « Background Note on Open Access to Scientific Publications and Open Research Data », *Directorate General for Research and Innovation,* Brussels, 2016.

[58] « Il s'agit ainsi de permettre la diffusion de ces publications scientifiques en *open access*, c'est-à-dire de les rendre gratuitement accessibles à tous en ligne pour favoriser le partage des connaissances, contribuer au rayonnement de la recherche. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 737.

[59] De nombreux journaux et plateformes supportent l'*open peer-review* et notamment *Copernicus Publications*, *GigaScience* et *BioMed Central*.

[60] Chan, L., Kirsop, B., Arunachalam, S., « Towards Open and Equitable Access to Research and Knowledge for Development », *PLoS Medicine,* Vol. 8, No. 3, 2011.

[61] Chan, L., Kirsop, B., Arunachalam, S., *ibid*.

Vision for European Research), financé par la Commission européenne[62], vise à établir une base de données globale à l'échelle européenne et potentiellement à l'échelle internationale afin de stimuler l'*open access*.

15. Transition. La construction d'un régime articulant protection juridique et partage des savoirs nécessite, par ailleurs, d'analyser les différentes formes de protection.

C) La protection

16. La protection inclusive ou exclusive des savoirs. Outre le partage, les savoirs ont également besoin d'une protection dans un but de préservation, de sauvegarde et pour lutter contre l'appropriation indue. Une protection juridique doit alors être recherchée mais celle-ci présente deux formes différentes n'ayant pas les mêmes conséquences sur le partage des savoirs[63]. D'un côté, une protection juridique exclusive vise à protéger la confidentialité et/ou la compétitivité au bénéfice d'un unique détenteur en excluant les tiers de l'accès et de l'utilisation des savoirs[64]. D'un autre côté, une protection juridique inclusive assure le partage des savoirs tout en les protégeant par un régime spécifique incluant un faisceau de droits aux détenteurs mais aussi aux tiers utilisateurs ainsi que des obligations. D'ailleurs, les droits du détenteur se fondent sur la reconnaissance des droits des tiers de sorte que le détenteur ne peut pas invoquer ses droits si les droits des tiers ne sont pas effectifs et *vice versa*. Ainsi, une protection privilégiant une logique d'inclusion s'attache à ce que la détention des savoirs ne soit pas une fin en soi. L'idée est qu'il n'est pas suffisant de simplement interdire l'appropriation mais qu'un régime doit être mis en place pour garantir un partage des savoirs sécurisé, équilibré et légitime. Une communauté d'intérêts devrait alors être identifiée

[62] CORDIS, « Digital Repository Infrastructure Vision for European Research », [En ligne], *European Commission,* 2017. [Consulté le 21 mai 2020]. Disponible à l'adresse : https://cordis.europa.eu/project/rcn/86426/factsheet/fr

[63] Comme le soulignent J. Busingye et W. Keim : « La réflexion sur les éventuels moyens de "protéger" les savoirs autochtones dépend du concept de "protection" ainsi que de la perspective donnée. » Voir Busingye, J., Keim, W., « Un champ de bataille politique : négocier un espace protégé pour les savoirs autochtones et traditionnels dans le système capitaliste », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 47-66, spé. p. 53. S. Paquerot explique également que le concept de « propriété » présente des sens différents selon les contextes : « Les différents sens donnés au concept de propriété pour éviter qu'on l'absolutise (…) » Voir Paquerot, S., « Commun et bien commun : entre droit et politique, le regard socio-anthropologique au soutien de la comparaison », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes,* Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, spé. p. 34.

[64] Par exemple, la Directive (UE) n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites privilégie une logique d'exclusion pour protéger les entreprises et les organismes de recherche non commerciaux qui investissent dans l'obtention, le développement et l'utilisation de savoir-faire et d'informations. Les savoirs sont considérés comme un capital intellectuel facteurs de compétitivité et de performances dans l'innovation.

dépassant la seule personne publique car les savoirs présentent une perspective mondiale[65]. En conséquence, l'étude de la protection et du partage des savoirs invite nécessairement à articuler ces deux notions afin de lutter contre l'enclosure et l'exclosure.

17. Transition. Maintenant que les notions clés de la présente étude – *savoirs*, *partage*, *protection* - ont été étudiées, il convient d'expliquer pourquoi il est essentiel de trouver un équilibre entre protection juridique et partage.

II- Les raisons justifiant une recherche juridique sur l'articulation entre protection et partage des savoirs

18. Plan. Une recherche juridique articulant protection et partage des savoirs apparaît pertinente pour lutter aussi bien contre l'enclosure que pour combattre l'exclosure des savoirs. Tandis qu'un partage de l'accès et de l'utilisation semble nécessaire pour plusieurs raisons (A), une protection juridique doit être mise en œuvre à l'égard des savoirs partagés (B).

A) La résistance à l' « enclosure » des savoirs : les raisons d'un partage de l'accès et de l'utilisation

19. Plan. Un partage de l'accès et de l'utilisation des savoirs apparaît primordial aussi bien pour combattre la « tragédie des anticommuns » (1) que pour garantir l'existence de « biens d'humanité » (2). Cette logique de partage amène à s'interroger à la fois sur l'existence d'un droit des générations présentes et d'un droit des générations futures (3). Mais encore, un partage des savoirs présente indéniablement des conséquences positives sur la recherche et l'innovation (4).

1) Combattre une tragédie apparente : la « tragédie des anticommuns »

20. La « tragédie des communs » de G. Hardin. En partageant les savoirs par une liberté dans l'accès et dans l'utilisation, la « tragédie des anticommuns »[66] serait évitée. D'abord, cette tragédie, issue de l'analyse économique, dérive d'une autre tragédie initialement formulée par

[65] Rochfeld, J., « Quel modèle pour construire des 'communs' ? », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 103.

[66] Heller, M.A., « The Tragedy of the Anticommons : Property in the Transition from Marx to Markets », *Harvard Law Review,* Vol. 111, No. 3, 1998, pp. 621-688 ; Napolitano, G., « Les biens publics et les "tragédies de l'intérêt commun" », *Dr. adm.,* No. 1, 2007. La « tragédie des anticommuns » sera étudiée dans les paragraphes suivants.

G. Hardin[67]. Selon cet auteur, le partage des ressources sur le modèle des communs, pensé comme le libre accès et l'absence de droits[68] (notamment droit d'exclure), entraînerait une surexploitation et un épuisement des ressources[69]. Cependant, G. Hardin avait étudié les ressources matérielles, et non les ressources immatérielles, puisqu'il expose dès le départ que le monde doit seulement supporter un nombre fini d'utilisateurs car le monde est fini dans le sens de limité. Comme le souligne F. Zenati-Castaing : « L'appropriation des choses devient nécessaire lorsqu'elles se raréfient ; l'abondance rend inutile la propriété, laquelle est avant tout le pouvoir d'exclure autrui pour pouvoir jouir de ce dont tout le monde ne peut jouir[70]. » Concernant les savoirs, ce sont généralement, par nature, des ressources immatérielles illimitées dans le sens où ils ne sont, en principe, pas sujets à la rareté et sont donc inépuisables. Une analyse plus approfondie amène cependant à réaliser que de nombreux savoirs subissent une rareté artificielle, en particulier par l'octroi de droits de propriété intellectuelle, au profit d'un détenteur unique. Il peut aussi arriver que les savoirs soient épuisables, c'est-à-dire qu'ils soient susceptibles de disparaître. Par exemple, certains savoirs « traditionnels » des communautés autochtones et locales ne sont détenus que par certains membres spécifiques qui ne les ont pas transmis avant leur décès ou les jeunes de la communauté se désintéressent des savoirs de leurs aînés en raison de la transformation des modes de vie. Les savoirs « traditionnels » ont en effet particulièrement besoin d'un mode de protection assurant leur préservation. Par conséquent, la nette différence avec les ressources matérielles tient à ce que les savoirs sont non-rivaux, c'est-à-dire que le partage n'entraîne pas un appauvrissement direct. Divers appauvrissements indirects peuvent néanmoins survenir, notamment pour des raisons juridiques et sociétales.

21. Les conséquences négatives des droits de propriété privée. Il est tout de même intéressant de souligner l'opinion de G. Hardin sur le droit de propriété. Il n'est pas nécessairement et uniquement en faveur des droits de propriété privée. Il explique d'ailleurs

---

[67] Hardin, G. « The Tragedy of the Commons », *Science, New Series*, Vol. 162, No. 3859, 1968, pp. 1243-1248.

[68] Portalis se positionne également contre le modèle des communs en exposant : « Méfions-nous des systèmes dans lesquels on ne semble faire de la terre la propriété de tous, que pour se ménager le prétexte de ne respecter le droit de personne. » Voir Portails, J.E.M., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Joubert, Paris, 1844, p. 210.

[69] En effet, selon G. Hardin, la liberté dans le commun amène à la ruine de tous [Notre traduction] : « Freedom in a common brings ruin to all ». Il explique qu'une pâture ouverte à tous tendrait nécessairement à dépérir car chaque berger est tenté de la surexploiter dans son intérêt sans faire l'effort de la protéger car cela profiterait aussi à ses concurrents. Voir Hardin, G., *ibid*., p. 1244.

[70] Zenati-Castaing, F., *«* La propriété, mécanisme fondamental du droit »*, RTD Civ.*, 2006, p. 445. Dans le même sens, M. Planiol et G. Ripert soulignent que : « Le monde matériel est destiné à l'appropriation parce qu'il ne peut donner son plus grand rendement utile que par la répartition des choses et le cantonnement des possessions individuelles. Le monde des idées est d'une nature toute différente, il est fait pour la communauté. » Voir Planiol, M., Ripert, G., *Traité pratique de droit civil français,* 2ème éd., LGDJ, T. 3, No. 574, 1952.

que de tels droits incitent à un comportement néfaste pour l'intérêt général[71]. La solution de l'auteur contre la « tragédie des communs » serait de délivrer soit des droits de propriété privée soit une propriété publique avec l'allocation de droits d'entrée[72]. L'auteur va même jusqu'à admettre que le système des droits de propriété privée est injuste mais que personne n'a inventé un meilleur système[73]. Cependant, il est désormais possible d'exposer qu'une amélioration du système est envisageable, dans une conception plus inclusive, sans abandonner complétement le droit de propriété. Le régime des communs serait, en effet, dans une certaine mesure pertinent pour garantir une utilisation optimale des savoirs[74]. Ce régime met en œuvre un faisceau de droits et d'obligations à l'égard des détenteurs et des tiers utilisateurs avec l'établissement de règles auto-définies pour que les droits de chacun puissent s'articuler efficacement. Le régime des communs aurait pour conséquence d'augmenter le bien-être économique et social[75], de renforcer les valeurs communautaires, de créer des externalités positives et d'augmenter la valeur et l'utilité de la ressource. L'expression « comédie des communs[76] » a même été utilisée pour expliquer qu'un tel régime favorisant le libre accès à la ressource n'en diminue pas l'efficience. Le régime des droits de propriété privée, dans sa conception individuelle et exclusive, ne semble, en revanche, pas toujours justifié car il risque de créer des conséquences négatives, voire une « tragédie » appelée la « tragédie des anticommuns ».

22. La « tragédie des anticommuns ». La « tragédie des anticommuns[77] » existe en raison de la confrontation de multiples propriétaires qui détiennent un droit de propriété privée, et plus

---

[71] G. Hardin explique que les droits de propriété privée favorisent la pollution car, par exemple, le propriétaire d'une usine située sur la rive d'un cours d'eau aura des difficultés à comprendre pourquoi ce n'est pas son droit naturel de troubler l'eau. Bien qu'il y ait aujourd'hui une plus grande prise de conscience d'une nécessaire protection de l'environnement, ce n'est pas toujours le cas dans tous les Etats et cet exemple sert davantage à refléter le comportement que peuvent avoir les détenteurs de droits de propriété privée dans tous les domaines et non seulement celui de l'environnement. Voir Hardin, G., *ibid*., p. 1245.

[72] Hardin, G., *ibid*., p. 1247.

[73] G. Hardin souligne que l'alternative des communs est trop horrifiante pour être contemplée et que l'injustice est préférable à la ruine totale [Notre traduction] : « The alternative of the commons is too horrifying to contemplate. Injustice is preferable to total ruin. » Hardin, G., *ibid*., p. 1247.

[74] Comme le souligne R. Libchaber : « Si les utilisateurs des *communs* sont limités en nombre, et préoccupés par la survie de la chose sur laquelle ils exercent ensemble leurs droits, ils peuvent parvenir à une gestion optimale quel que soit le nombre des propriétaires ou des titulaires de droits complémentaires qui entrent en jeu. » Voir Libchaber, R., « Biens », *RTD civ.,* mai 2016, 274.

[75] Selon P. Aigrain, le libre accès à la culture constitue un immense bénéfice à l'égard des segments de la population les plus pauvres. Par exemple, une étude du ministère danois des affaires économiques, de la justice, de l'éducation, de la culture et de la science a évalué l'impact du partage de fichiers autorisé sur le bien-être global et en a conclu aux effets positifs sur la diversité culturelle et sur l'accès à la culture. Voir Aigrain, P., *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press, 2012, spé. p. 119.

[76] Rose, C.M., « The Comedy of the Commons : Commerce, Custom, and Inherently Public Property »*, Faculty Scholarship Series,* No. 1828, 1986 ; Napolitano, G., « Les biens publics et les "tragédies de l'intérêt commun" », *Dr. adm.,* No. 1, 2007, p. 5.

[77] Heller, M.A., « The Tragedy of the Anticommons : Property in the Transition from Marx to Markets », *Harvard Law Review,* Vol. 111, No. 3, 1998, pp. 621-688.

particulièrement un droit d'exclure autrui d'une ressource. Comme chaque propriétaire détient un droit d'exclure et que les relations entre eux sont horizontales, alors aucun propriétaire ne dispose d'un droit d'utilisation effectif sur la ressource. Chaque propriétaire peut bloquer les autres propriétaires dans l'utilisation de la ressource et exiger son consentement pour chaque utilisation. Par conséquent, les droits de propriété privée entraînent une sous-utilisation des ressources.

23. Les savoirs et la « tragédie des anticommuns ». Les savoirs, bien qu'échappant à la « tragédie des communs », semblent être sujets à la « tragédie des anticommuns ». En effet, en privatisant les savoirs par des titres de propriété privée, le risque est de créer des « anticommuns »[78]. Tous les détenteurs de droits de propriété privée sur les savoirs, notamment par les droits de propriété intellectuelle, sont en mesure d'exercer leur droit d'exclure. Par conséquent, les droits de propriété privée entraîneraient un blocage et une sous-utilisation des savoirs. Les droits de propriété privée seraient ainsi pertinents pour les ressources détenues par un seul propriétaire. En revanche, si les ressources sont initialement destinées à une diversité de personnes, telles que l'air, l'eau et certains savoirs, alors les droits de propriété privée devraient être évités car il y aurait un fort risque de créer des « anticommuns »[79]. Effectivement, cette situation engendrerait la superposition de plusieurs propriétaires qui détiennent un même droit. Or, l'opposition d'un seul des propriétaires risquerait de bloquer l'utilisation des droits des autres propriétaires.

24. La légitimité et l'utilité d'un partage des savoirs. Un partage des savoirs est donc conseillé et même justifié. En effet, P. Aigrain souligne que le partage est légitime et utile[80]. D'abord, le partage est légitime y compris dans le domaine des droits de propriété intellectuelle. À la lecture de l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, doivent être pris en compte tous les moyens pour promouvoir les intérêts matériels et moraux des auteurs, et non pas uniquement les moyens concrétisés par un droit de contrôle et d'interdiction. Il peut être dans l'intérêt du détenteur de partager ses savoirs et cette voie devrait lui être ouverte en lui

[78] Nous verrons dans la première partie de la thèse que les savoirs sont privatisés par des régimes de propriété exclusive. En effet, ce n'est pas seulement l'objet qui est construit à partir des savoirs qui est approprié mais les savoirs eux-mêmes. M.A. Frison-Roche explique que : « L'objet n'est protégé qu'en tant que vecteur de l'accroissement de connaissance qui est née de l'esprit de l'inventeur et de l'artiste. », Voir Frison-Roche, M.A., « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », *in Propriété intellectuelle et mondialisation,* Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, p. 169.

[79] Heller, M.A., « The Tragedy of the Anticommons : Property in the Transition from Marx to Markets », *Harvard Law Review,* Vol. 111, No. 3, 1998, pp. 621-688, spé. p. 631.

[80] Aigrain, P., *op. cit*., p. 27 et s.

assurant un minimum de sécurité. Aussi, la légitimité du partage s'explique par l'émergence des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) qui ont rendu possible le partage à une échelle jamais égalée auparavant et avec des coûts de transaction minimes. Y. Benkler ajoute que le partage est dépendant des technologies[81] car elles viennent augmenter les opportunités de diffusion et influent sur la volonté des individus de partager, ce qui a pour conséquence d'augmenter ces pratiques. Les technologies viennent donc apporter une solution alternative au mode de distribution privatif des savoirs en proposant une nouvelle modalité de production plus flexible, adaptable, à faible coût et avec une forte capacité de partage. Ensuite, le partage est utile car il participe à l'enrichissement culturel (P. Aigrain parle de « *cultural empowerment*[82] ») et à la diversité culturelle[83]. En effet, plus les savoirs sont partagés, plus ils sont accessibles et utilisables par le public au sens large. Le partage des savoirs assure alors une diversité à l'intérieur et entre les sociétés. Il permet de renforcer les échanges culturels et les capacités créatrices entre des identités culturelles plurielles, variées et dynamiques qui caractérisent les groupes et les sociétés. Le partage de l'accès et de l'utilisation des savoirs est donc primordial pour se protéger de la « tragédie des anticommuns » et pour participer aussi bien à l'enrichissement culturel qu'à la diversité culturelle.

25. La nature collective de la création des savoirs. Le partage est d'autant plus justifié par le fait que les savoirs s'appuient sur tout le travail humain précédemment établi de sorte que toute création est avant tout une reproduction ou une imitation d'une connaissance préalable. F. Latrive parle d'« appropriation créative[84] » car toute nouvelle création émerge nécessairement d'une création précédente. La création des savoirs est donc nécessairement de nature collective. En effet, la création s'appuie sur des relations plurielles, aussi bien spatiales que temporelles, car les savoirs sont créés grâce au travail de plusieurs personnes localisées dans des espaces différents et sont aussi issus de savoirs créés dans le passé. Dès lors, le partage devrait être privilégié dans le processus de création de nouveaux savoirs. Ces derniers sont nécessairement socialisés de sorte que les relations horizontales et gratuites devraient être favorisées. De telles relations encouragent les échanges de point de vue, les critiques et les interactions qui participent à la création de nouveaux savoirs. En conséquence, le partage est dépendant des comportements humains car c'est la coopération entre les utilisateurs qui est

[81] Benkler, Y., « 'Sharing Nicely' : On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production », *Yale Law Journal,* Vol. 114, No. 273, 2004, pp. 273-358, spé. p. 339 et s.

[82] Aigrain, P., *op. cit*., p. 32.

[83] Aigrain, P., *op. cit*., p. 33.

[84] Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 50.

facteur d'une création à grande échelle des savoirs. Y. Benkler parle de « *common-based peer production*[85] » pour expliquer que les savoirs peuvent être produits par les utilisateurs sur la base de la coopération. Selon cette interprétation, les tiers utilisateurs détiennent une certaine autonomie puisqu'ils ont le choix de participer et d'agir dès qu'ils le veulent et de la manière qu'ils souhaitent. Y. Benkler insiste sur le fait que ce phénomène n'est pas limité aux endroits exotiques ni aux communautés d'individus qui interagissent régulièrement et se connaissent entre eux[86]. Il sera certainement plus facile de mettre en place une structure de coopération dans de telles situations mais il ne doit pas non plus être exclu de privilégier cette structure dans des communautés à plus grande échelle. F. Latrive en conclut que la circulation non marchande des œuvres doit être encouragée quitte à trouver des moyens alternatifs pour assurer des revenus aux auteurs[87].

26. Transition. Le partage de l'accès et de l'utilisation des savoirs, en plus d'éviter une « tragédie des anticommuns », assure également l'existence et la reconnaissance des « biens d'humanité ».

2) L'existence de « biens d'humanité » relatifs à des savoirs dits vitaux

27. Les savoirs et les « biens d'humanité ». Le partage de l'accès et de l'utilisation des savoirs est essentiel lorsqu'ils concernent des savoirs ayant des répercussions sur la vie des individus. Dès lors, l'enclosure est encore moins justifiée puisque, de par leur nature, ces savoirs doivent être nécessairement partagés avec les tiers. Le partage de l'accès et de l'utilisation s'imposerait donc avant tout à l'égard des savoirs vitaux. En effet, ces savoirs sont tellement importants pour la vie des individus qu'ils nécessitent une sorte de « droit d'accès »[88]. M.A. Frison-Roche parle de « biens d'humanité »[89] et mentionne expressément la connaissance[90]. Les « biens d'humanité » sont définis comme « des choses naturelles ou élaborées dont la construction ou la conservation ont un coût et un mérite, auxquels des

[85] Benkler, Y., « 'Sharing Nicely' : On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production », *Yale Law Journal,* Vol. 114, No. 273, 2004, pp. 273-358, spé. p. 334.

[86] Benkler, Y., *ibid*., p. 336.

[87] Latrive, F., *op. cit*., p. 56.

[88] Par exemple, tout savoir sur le traitement du virus de la COVID-19 apparaît particulièrement vital puisqu'il permettrait de mettre fin à une pandémie mondiale. Sur ce point, voir les développements de la seconde partie de la thèse (paragraphe II, section I, chapitre II, titre I) qui traitent de certaines connaissances pratiques devant être exclues de toute protection exclusive.

[89] Frison-Roche, M.A., « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », *in Propriété intellectuelle et mondialisation,* Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, pp. 165-175.

[90] Frison-Roche, M.A., *ibid*., p. 167.

demandeurs veulent accéder, ce qui les conduit vers un statut marchand, mais qui contiennent une part d'humanité qui justifie l'effort de marier marché et régulation[91]. » Les savoirs sont confrontés à ces deux situations dans la mesure où ils ont été créés par un individu ayant engagé des efforts et un certain investissement pour cette création. Dans le même temps, les tiers doivent avoir accès à ces savoirs, ce qui pousse le détenteur initial à leur donner un statut marchand. Ce statut ne doit toutefois pas masquer la part d'humanité qui leur est intrinsèque. La notion d'« humanité » ne devrait néanmoins pas être interprétée restrictivement comme le fait qu'une chose ou qu'un bien provient des humains – en ce sens, tous les savoirs comporteraient une part d'humanité. Elle devrait plutôt être comprise comme une notion visant à empêcher la commission d'actes inhumains, tels que ceux verrouillant, par quelque moyen que ce soit, l'accès à certains savoirs particulièrement importants pour la vie des individus. De plus, les « biens d'humanité » seraient divisés en deux catégories : les biens vitaux biologiquement (par exemple, les médicaments) et les biens dans lesquels il y a une trace d'humanité (par exemple, les œuvres d'art)[92]. Les savoirs peuvent engendrer ces deux catégories de « biens d'humanité » dans la mesure où ils peuvent être à la fois vitaux (les savoirs scientifiques médicaux) et contenir une part d'humanité (les savoirs historiques ou artistiques).

28. Les savoirs et les « biens de dignité ». En outre, M.A. Frison-Roche pose le critère de vie pour identifier un « bien d'humanité »[93]. Un tel critère ne doit pas être compris uniquement au sens strict car il inclut aussi bien les conditions de vie que la civilisation au sens large, c'est-à-dire une vie décente ou digne. Par conséquent, certains savoirs répondent à ce critère lorsqu'ils participent à l'épanouissement intellectuel, influent sur les conditions de vie et sont indispensables pour garantir une vie dignement vécue, pleinement épanouie et digne d'être vécue.

29. Droit de propriété vs. droit d'accès. De par leurs qualités influençant la vie et la dignité des individus, certains savoirs ne devraient alors pas pouvoir être enclos par leur détenteur. Certes, les savoirs existent par l'investissement et par l'intellect du détenteur lui-même et ils ont une vocation naturelle à être appropriés par celui-ci. Cette conception limite cependant le potentiel des savoirs, en particulier si le détenteur décide de les garder secrets ou d'exclure les tiers qui n'ont pas les moyens financiers pour y accéder. De nouveaux droits

[91] Frison-Roche, M.A., *ibid*., p. 167.
[92] Frison-Roche, M.A., *ibid*., p. 168.
[93] Frison-Roche, M.A., *ibid*., p. 171.

devraient alors être créés pour assurer l'accès et le partage des savoirs. M.A. Frison-Roche explique que de nouveaux biens existent qui sont source de nouveaux droits et qui viennent remodeler l'idée du droit de propriété[94]. Dans le même sens, L. Duguit souligne cette possibilité de modifier la conception du droit de propriété[95]. Dès lors, la solution proposée par M.A. Frison-Roche est de reconnaître un droit de propriété à celui qui a produit une information et dans le même temps d'accorder un droit d'accès aux tiers à l'information[96]. L'idée sous-jacente est que la légitimité du premier tient dans l'exercice du second et non l'inverse. Comme le titulaire du droit de propriété détient un certain pouvoir, alors il est légitime que les tiers aient un droit pour le compenser. L'un a le pouvoir et les autres devraient avoir un accès à l'objet de ce pouvoir, et particulièrement aux savoirs pour assurer la liberté de décision sur leur vie en toute connaissance de cause. Ce droit des tiers fonde donc le pouvoir du titulaire du droit de propriété de sorte qu'il est en mesure d'exercer pleinement son pouvoir. Le droit d'accès des tiers permet de reconnaître la valeur marchande des savoirs et d'accepter leur appropriation par le détenteur. Par conséquent, même si la propriété demeure individuelle, une conception régulée du droit de propriété est mise en œuvre. De plus, le droit d'accès reconnu aux tiers est davantage justifié à l'égard des savoirs de par leur nature ubiquitaire et un tel droit pourrait créer un devoir ou, tout du moins, une incitation à produire des savoirs. Cette vision serait alors en faveur de la créativité, de l'innovation et du partage des savoirs.

30. Droit d'accès aux savoirs sur l'objet. Il faut cependant bien distinguer l'accès à l'objet et l'accès aux connaissances de l'objet. C'est le second type d'accès qui doit retenir l'attention car le simple accès à l'objet ne suffira pas toujours à prendre connaissance de tous les savoirs. En effet, la méthode du *reverse engineering* ou rétro-ingénierie peut être utilisée pour étudier un objet afin d'en déterminer le fonctionnement interne ou la méthode de fabrication et donc avoir accès aux connaissances techniques. Cependant, cette méthode ne sera pas toujours efficace pour accéder à l'ensemble des savoirs. De plus, pour que l'accès soit efficient, il faut que les tiers aient « accès à l'accès ». Autrement dit, il faut qu'ils sachent comment accéder et grâce à quels outils. Par conséquent, il ne suffit pas de créer un droit pour qu'il soit par la suite

[94] Frison-Roche, M.A., « Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre de la propriété », *in Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle,* Litec, 2001, pp. 759-770.

[95] « La propriété n'est point un droit intangible et sacré, mais un droit continuellement changeant qui doit se modeler sur les besoins sociaux auxquels il vient répondre. S'il arrive un moment où la propriété individuelle ne répond plus à un besoin social, le législateur doit intervenir pour organiser une autre forme d'appropriation des richesses » Voir Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel*, T. III, Théorie générale de l'État, 2ème éd., Paris, de Broccard, 1923, p. 618.

[96] Frison-Roche, M.A., « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », *in Propriété intellectuelle et mondialisation,* Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, pp. 165-175, spé. p. 174.

efficient. Pour que ce droit soit légitime dans un monde plus ouvert, des moyens doivent ainsi être mis en œuvre pour assurer un accès effectif aux savoirs pour les tiers.

31. Transition. Garantir un partage de l'accès et de l'utilisation des savoirs amène, par ailleurs, à s'interroger sur l'existence d'un droit des générations futures.

3) Vers un droit des générations futures à l'égard des savoirs ?

32. La mission des générations présentes à l'égard des générations futures. Même si l'établissement d'un régime *sui generis* semble être la solution vers laquelle tendent les négociations au sein du Comité intergouvernemental (IGC) qui réfléchit à cela au sein de l'OMPI pour assurer la sauvegarde et à la transmission des savoirs dits « traditionnels » des communautés autochtones et locales, il est important de souligner que tous les savoirs méritent d'être transmis de génération en génération. Si les savoirs continuent d'être verrouillés par des régimes de protection exclusive, les générations actuelles mais également les générations futures risquent d'être privées de l'accès et de l'utilisation d'une grande part des savoirs existants. Or, les générations actuelles devraient disposer de différentes actions et de droits pour combattre cette tendance[97], impliquant à la fois une protection contre l'appropriation indue des savoirs mais aussi une protection en faveur de leur sauvegarde.

33. Le droit des générations futures au sein des instruments juridiques. Un droit des générations futures est déjà reconnu, parfois implicitement mais surtout expressément, dans différents instruments juridiques. Au sein de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'article 29 souligne l'idée d'un devoir transtemporel de chacun envers la communauté en cas de menace des justes exigences de la morale, de l'ordre public ou du bien-être dans une société démocratique. Aussi, l'Unesco souligne le droit des générations dans la Déclaration universelle sur la diversité culturelle de 2001. À l'article 7, il est expressément souligné que : « Le patrimoine, sous toutes ses formes, doit être préservé, mis en valeur et transmis aux générations futures en tant que témoignage de l'expérience et des aspirations humaines ». Dans le même sens, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme de 2005, en son article 16 garantit la protection des générations futures en matière de sciences de la vie. La notion de « générations futures » apparaît également à plusieurs reprises au sein de la Déclaration des

[97] Il sera notamment proposé de nouvelles actions et souligné les droits déjà existants en droit d'auteur et en droit des brevets pour garantir l'accès et l'utilisation des connaissances. Voir la section II du chapitre I, titre I de la seconde partie de la thèse.

Nations unies sur les droits des peuples autochtones de 2007, et notamment à l'article 13 qui dispose que : « Les peuples autochtones ont le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie (…) ». Enfin, l'Unesco a même créé une Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures en 1997[98] qui vise à établir une « solidarité intergénérationnelle pour la continuité de l'humanité ». Cette Déclaration, par une coopération internationale renforcée, souligne la responsabilité des générations présentes envers les générations futures dès son premier article : « Les générations présentes ont la responsabilité à ce que les besoins et intérêts des générations présentes et futures soient pleinement sauvegardés. » Aussi, en son article 7, la Déclaration insiste sur la protection et la conservation du patrimoine culturel immatériel en vue de sa transmission aux générations futures : « Les générations présentes ont la responsabilité d'identifier, protéger et conserver le patrimoine culturel, matériel et immatériel et de transmettre ce patrimoine commun aux générations futures. »

34. La responsabilité des générations présentes. Les générations présentes ont bien une responsabilité visant notamment à protéger et à transmettre aux générations futures le patrimoine culturel immatériel, comprenant particulièrement les savoirs. Cette affirmation dans l'existence d'une responsabilité des générations présentes à l'égard des générations futures a particulièrement été soulignée par E. Gaillard[99]. Elle considère que la responsabilité peut être le fondement d'un droit des générations futures. Cette responsabilité s'explique principalement par le pouvoir que les générations actuelles ont sur les générations futures. Ces dernières sont indubitablement dépendantes des générations actuelles et de leurs décisions. Dès lors, les générations actuelles devraient engager leur responsabilité face aux préjudices créés qui s'inscrivent dans le temps et qui seront subis par les générations futures. E. Gaillard explique qu'il faudrait distinguer le risque de dommage et la certitude de dommage. Dans le premier cas, le principe de précaution s'appliquerait pour lutter contre les risques de dommages graves et irréversibles causés aux générations futures[100]. Le principe de précaution pourrait alors être le fondement pour définir une responsabilité civile préventive. Le second cas sera plus difficile à

[98] La Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures a été adoptée le 12 novembre 1997 par l'UNESCO en sa 29ème session.

[99] Gaillard, E., *Générations futures et droit privé - Vers un droit des générations futures,* (dir.) Ghestin, J., LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque de droit privé, T. 527, 2011, 645 p.

[100] D'ailleurs, E. Gaillard explique qu'un ordre public incluant le respect des générations futures dans un contexte d'incertitude est déjà constitutionnellement garanti par l'art. 5 de la Charte de l'environnement. Voir Gaillard, E., *op. cit.*

mettre en œuvre car l'existence d'un dommage transgénérationnel certain sera difficile à prouver. En tout état de cause, E. Gaillard invite à repenser la vocation et les fonctions de la théorie générale de la responsabilité pour que celle-ci soit davantage tournée vers l'avenir et non uniquement vers le passé. Il paraît logique que la théorie générale de la responsabilité soit appliquée en cas de dommages, y compris lorsque ces derniers sont transgénérationnels. Ainsi, la théorie ne devrait pas uniquement s'appliquer pour les dommages actuels et certains, mais elle devrait également trouver application dans un contexte d'incertitude en cas de prédiction et pour anticiper les risques de dommages futurs. E. Gaillard s'est notamment appuyée sur les réflexions de C. Thibierge[101] qui utilise les notions de « responsabilité-anticipation » ou de « responsabilité de l'avenir » en tant que régime préventif ayant pour but de prévenir les risques majeurs que pourraient subir les générations actuelles et futures. Ce régime s'ajouterait aux régimes de « responsabilité-sanction » et de « responsabilité-indemnisation » déjà existants.

35. Les principes consacrant un droit des générations futures. Toutes les générations devraient bénéficier de droits. E. Gaillard met notamment l'accent sur les droits de solidarité[102] ayant un caractère intra et transgénérationnel de sorte qu'ils relient les « membres de la communauté humaine mondiale ». Aussi, ces droits s'exercent de manière transnationale et transtemporelle. Elle souligne que les Etats ont pris conscience d'un partage d'une communauté de destin ayant pour conséquence de créer une solidarité juridique spatiale et temporelle en vue de protéger l'intérêt général de l'humanité. E. Brown Weiss, avant elle, insiste sur le caractère commun de certaines ressources en affirmant que l'environnement naturel mais aussi culturel de la planète est un indivis global ou un *trust*[103] appartenant à l'espèce humaine[104]. E. Gaillard s'appuie donc sur deux principes qui consacreraient un droit des générations futures : le principe de non-discrimination temporelle et le principe de dignité des générations futures. Le premier servirait à expliquer que même si les générations futures n'existent pas encore, ce n'est pas une raison pour qu'aucun droit ne leur soit reconnu. Les générations actuelles n'ont pas un droit sur l'avenir simplement parce qu'elles existent antérieurement aux autres. E. Gaillard explique que

[101] Thibierge, C., « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D*., No. 9, Chron., 2004, pp. 577-582.

[102] Les droits de solidarité seront étudiés dans cette thèse pour souligner l'existence des droits de l'homme de troisième génération et plus particulièrement les droits culturels en tant que facteur influençant la mise en œuvre d'un équilibre entre protection juridique et partage des savoirs. Voir la section II du chapitre I, titre II de la première partie de la thèse.

[103] Selon A. Chaigneau, la fonction du *trust* est d'affecter au long terme un patrimoine à une finalité définissant les droits et obligations des fiduciaires et les contraignant à agir comme des propriétaires animés par un intérêt social prédéfini, c'est-à-dire agissant pour l'intérêt collectif. Voir Chaigneau, A., « Commun(s) », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 215, spé. p. 218.

[104] Brown Weiss, E., *Justice pour les générations futures*, Droit international, Patrimoine commun et Equité intergénérations, éd. Sang de la Terre, Coll. Les dossiers de l'écologie, ONU Press, UNESCO, 1993, 356 p.

ce serait un abus de droit fondé sur le temps. Le second principe servirait à expliquer que des droits doivent être reconnus aux générations futures au nom de leur dignité humaine. Le principe de dignité est un principe à valeur constitutionnelle[105] qui pourrait s'étendre à la « famille humaine » avec un caractère éthique. La reconnaissance d'une dignité éthique de la famille humaine reviendrait à réguler l'agir des générations actuelles. E. Gaillard souligne que la dignité aurait alors une nature transitive, c'est-à-dire que chaque génération doit préserver la dignité des générations futures, ainsi qu'une nature objective car la dignité serait appréciée indépendamment de la vie. Le principe de non-discrimination temporelle et le principe de dignité serviraient alors à créer un véritable droit des générations futures. Un tel droit serait pertinent pour protéger les savoirs par le maintien de leur qualité et de leur existence ainsi que pour les partager en garantissant un droit d'accès à cet héritage culturel au bénéfice de toute génération. Dès lors, une « éthique de la connaissance[106] » devrait être consacrée en tant que devoir éthique fondamental d'inscrire les connaissances dans une perspective transgénérationnelle au bénéfice de la famille humaine[107].

36. Droit des générations futures et savoirs « traditionnels ». Pour parvenir à l'objectif de conservation de la qualité des savoirs voire des savoirs eux-mêmes, un droit des générations futures serait particulièrement pertinent à l'égard des savoirs dits « traditionnels ». En effet, l'urgence se fait sentir pour la transmission aux générations futures des savoirs « traditionnels » en raison du manque de reconnaissance, par les Etats, des communautés autochtones et locales créatrices de ces savoirs. Certains Etats ont déjà créé des instruments juridiques visant à protéger les savoirs des communautés autochtones et locales sur le fondement d'un droit des générations futures. Par exemple, l'Organisation de l'Union Africaine (OUA) a créé un modèle de loi basé sur le principe que les savoirs des communautés autochtones et locales associés aux ressources biologiques sont le résultat de divers et progressifs essais et pratiques aussi bien des générations passées que présentes. Ainsi, les générations présentes ont la responsabilité de maintenir et de garantir la continuité de ces savoirs pour les transmettre aux générations futures

[105] Voir Conseil constitutionnel, déc. No. 343-344 DC du 27 juillet 1994, loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, JO du 29 juillet 1994, p. 11024.

[106] Terme de E. Gaillard. Voir Gaillard, E., *Générations futures et droit privé - Vers un droit des générations futures,* (dir.) Ghestin, J., LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque de droit privé, T. 527, 2011, 645 p.

[107] Néanmoins, cette « éthique de la connaissance » engendrerait deux mouvements contradictoires. D'abord, elle garantirait la lutte contre la privatisation des savoirs pour que les générations futures jouissent de la chaîne de création de nouveaux savoirs. Ensuite, elle entraînerait une limitation dans la recherche de nouveaux savoirs car la liberté dans la recherche doit être conciliée avec la responsabilité de ne pas porter préjudice aux générations futures. E. Gaillard explique que l'obligation de savoir doit alors se concilier avec l'obligation de prudence. Voir Gaillard, E., *op. cit.*

qui auront à leur tour cette même responsabilité pour les générations futures. L'Organisation de l'Union Africaine parle de « *community rights* » à l'égard de ces savoirs qui sont inaliénables, imprescriptibles et intergénérationnels. Par l'acquisition de tels droits de communauté, il est reconnu que les pratiques coutumières des communautés autochtones et locales dérivent de devoirs et de responsabilités à l'égard des générations passées et futures. Par conséquent, sur le fondement de ce droit des générations futures, aucun individu ne serait justifié à détenir un droit de s'approprier, de vendre ou de monopoliser les savoirs.

37. Transition. Assurer le partage de l'accès et de l'utilisation des savoirs présente, du reste, des conséquences positives à l'égard des connaissances et, plus largement, pour l'innovation.

4) Le progrès des connaissances et la promotion de l'innovation

38. Partage des savoirs et création démultipliée. Même si le droit de propriété a toujours été privilégié comme facteur efficient dans le processus d'innovation et de création, la voie du partage est toute aussi performante[108]. En effet, le partage permet d'échanger, de coopérer et d'accumuler des savoirs. Or, l'accumulation des savoirs permet de faire de plus amples recherches, de comparer, d'analyser, de réutiliser, de critiquer et finalement de créer quelque chose de nouveau. D'ailleurs, l'article 8 du Protocole de Nagoya prévoit expressément que le partage « crée des conditions propres à promouvoir et encourager la recherche (…) notamment par des mesures simplifiées d'accès pour la recherche à des fins non commerciales (…) ». Mais encore, la Convention sur la diversité biologique promeut le partage des savoirs en incitant l'échange des informations sur les résultats des recherches et sur les savoirs « traditionnels » en tant que tels ou associés aux technologies[109]. Ainsi, exploiter les connaissances générées par d'autres peut être bénéfique à tous, aussi bien à la société qu'à la concurrence. D'ailleurs, D. Wielsch expose bien l'importance du partage des savoirs en termes de concurrence en soulignant que : « Le droit en vient à reconnaître que la préservation d'un référentiel robuste de connaissances et d'informations utilisables par le public est tout aussi importante dans le

[108] Les hommes d'affaires prennent progressivement conscience de l'efficience du partage pour l'innovation. J. Smith, R. Gay et R. Montagnon exposent en effet que même si le droit de la propriété intellectuelle est au centre des valeurs de la plupart des hommes d'affaires, la façon dont ce droit est utilisé et valorisé se transforme – il est de plus en plus utilisé pour faciliter la collaboration. Voir Smith, J., Gay, R., Montagnon, R., « Open innovation – Embracing collaboration », *OMPI Magazine*, No. 2, Juin 2020.

[109] Art. 17.2 de la Convention sur la diversité biologique.

fonctionnement de la concurrence (…). C'est précisément parce que la concurrence est conçue pour stimuler la créativité et pour faire avancer l'innovation sur le plan de la production intellectuelle, que celle-ci devient tributaire des conditions du partage des connaissances dans les domaines intellectuels[110]. »

39. Partage des savoirs et innovation. La réutilisation des savoirs préalables participe au progrès de la recherche et à l'innovation. F. Latrive souligne que : « L'imitation est la matrice de toute innovation[111]. » Par conséquent, plus il y a partage, plus il y a production de nouveaux savoirs innovants[112]. Y. Benkler souligne par ailleurs que le partage est un mode alternatif de la production économique[113]. Les savoirs sont alors particulièrement adaptés à la vision du partage plutôt qu'à celle de la privatisation car ce sont des ressources capables de révéler des fonctionnalités surpassant celles que le détenteur initial avait trouvé. Une telle vision du partage a notamment fait naître la notion de « science ouverte » (« *open science* ») ou d'innovation ouverte (« *open innovation*[114] ») pour accroître le travail collectif de création des savoirs et rendre la recherche scientifique accessible à tous. Selon ce mouvement, toute personne peut discuter, critiquer, analyser et interpréter les connaissances partagées en vue de les perfectionner. Ce travail de collaboration est la clé pour créer de nouvelles connaissances scientifiques. Par exemple, le projet du génome humain[115] a laissé ses données en libre accès et a engendré la création d'une toute nouvelle industrie tout en fournissant une base pour les

[110] Wielsch, D., « Partage des connaissances (*Knowledge sharing*) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 880.

[111] Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H. Pour la Liberté, 2004, spé. p. 53.

[112] Le partage garantit le processus de création et d'innovation et participe même à la compétitivité. F. Latrive donne l'exemple de la soierie lyonnaise au XVIIIème siècle qui avait mis en œuvre une organisation collective de l'innovation dans laquelle chaque inventeur était encouragé à divulguer ses inventions et à les partager. Cette organisation s'est révélée efficace dans la mesure où Lyon a réussi à dépasser son concurrent londonien qui privilégiait un système concurrentiel dans lequel chaque inventeur gardait son innovation pour lui-même sans aucun partage. Cet exemple démontre que le partage des savoirs contribue à leur perfectionnement par les utilisateurs eux-mêmes. Voir Latrive, F., *op. cit*., p. 35.

[113] Benkler, Y., « 'Sharing Nicely' : On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production », *Yale Law Journal,* Vol. 114, No. 273, 2004, pp. 273-358, spé. p. 330.

[114] Smith, J., Gay, R., Montagnon, R., « Open innovation – Embracing collaboration », *OMPI Magazine*, No. 2, Juin 2020.

[115] Le projet du génome humain est un programme entrepris en 1990 dont la mission est d'établir le séquençage complet de l'ADN. Son achèvement a été annoncé le 14 avril 2003. La particularité de ce programme est d'avoir privilégié le libre accès aux résultats des recherches. Traditionnellement, les chercheurs ne publiaient leurs résultats scientifiques que dans des journaux scientifiques limitant leur impact aux scientifiques ayant souscrit à l'abonnement du même journal. Cependant, avec le projet du génome humain, les chercheurs se sont accordés pour que toute nouvelle information produite soit librement accessible en ligne dans les 24 heures de la découverte. De la même manière et pour la première fois, le public jouit d'un accès libre aux résultats et aux données à travers la *Genomic Data Sharing Policy*. Voir notamment Green, E., « Protecting Participants, Empowering Researchers : Providing Access to Genomic Summary Results », [En ligne], *National Human Genome Research Institute,* novembre 2018. [Consulté le 18 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.genome.gov/news/news-release/Protecting-Participants-Empowering-Researchers-Providing-Access-to-Genomic-Summary-Results ; National Institutes of Health (NIH), « National Institutes of Health Genomic Data Sharing Policy », août 2014.

domaines de la recherche de pointe[116]. De plus, selon la Commission européenne[117], un partage de l'accès aux publications scientifiques participe à l'innovation car il sera possible, aussi bien pour les chercheurs que pour les acteurs de la société (citoyens, ONG et autres organisations à but non lucratif), d'interagir et de s'appuyer sur les résultats de recherche précédents pour créer de nouvelles connaissances. Aussi, le partage encourage la collaboration au sein et en dehors de l'Union européenne et accélère l'innovation puisqu'il accroît les recherches interdisciplinaires croisées et évite la duplication inutile des efforts ainsi que les impasses. Plusieurs publications de l'OMPI soulignent d'ailleurs que l'innovation est de plus en plus axée sur la collaboration et revêt un caractère international[118]. Mais encore, le partage minimise le temps passé à rechercher des informations, à y accéder et à demander des autorisations pour les utiliser. La compétitivité est alors renforcée, en particulier à l'échelle de l'Union européenne, puisque moins de barrières empêchent le partage des savoirs. Certains secteurs en dehors de la communauté des chercheurs, notamment les PME, peuvent directement utiliser les savoirs pour produire de nouveaux biens et services. Ne serait-ce que pour la réutilisation des données et informations publiques, W. Gilles explique que leur partage stimule la croissance du marché intérieur car elles ont un fort potentiel économique[119].

40. Le rôle primordial des tiers utilisateurs. Le partage engendre donc l'émergence de nouveaux savoirs issus des précédents et la distinction entre producteur et consommateur tend à progressivement s'effacer pour que ces deux catégories de personnes ne fassent plus qu'une. Les utilisateurs doivent alors prendre conscience de leur rôle actif dans la création de nouveaux savoirs. F. Latrive parle de « *lead users*[120] » qui n'ont plus un rôle passif dans la production des connaissances mais, au contraire, un rôle crucial. Par exemple, les utilisateurs peuvent rechercher le meilleur usage et les dangers d'un médicament ou, en matière agricole, adapter

[116] European Commission, « Background Note on Open Access to Scientific Publications and Open Research Data », *Directorate General for Research and Innovation,* Brussels, 2016.

[117] European Commission, « H2020 Programme - Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020 », *Directorate-General for Research & Innovation,* 21 mars 2017 ; European Commission, « Commission Recommandation of 17 July 2012 on access to and preservation of scientific information », *Official Journal of the European Union,* 2012/417/EU, 2012 ; European Commission, « Sharing knowledge : open access and preservation in Europe », *European Research Area,* 7th Framework Programme, reported by Swan, A., Brussels, 2010.

[118] WIPO., « The Geography of Innovation : Local Hotspots, Global Networks », *Publications de l'OMPI*, 2019 ; Smith, J., Gay, R., Montagnon, R., « Open innovation – Embracing collaboration », *OMPI Magazine*, No. 2, Juin 2020.

[119] Gilles, W., « Libre réflexion sur le droit dit "de l'open data" - Origine, contours et évolution dans le cadre du droit de l'Union européenne », Actes du colloque à la Cour de cassation du 14 octobre 2016, « La jurisprudence dans le mouvement open data », *La Semaine Juridique Edition générale, LexisNexis,* No. 9 supplément, 2017, pp. 13-17.

[120] Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H. Pour la Liberté, 2004, spé. p. 51.

une invention aux situations locales. E. Moglen[121] explique que, comme l'*homo ludens* (homme qui joue) rencontre l'*homo faber* (homme qui fabrique), ce comportement humain jugé naturel engendre l'acte de créer de nouveaux savoirs par la propre volonté de l'individu. Ce dernier répond d'abord à un besoin qui lui est propre puis, lorsqu'il met son travail à disposition des autres, il donne essor à des créations futures. Les autres éléments d'incitation au partage des savoirs peuvent être la liberté académique, la philanthropie ou encore la réputation et l'honneur. Par conséquent, les utilisateurs participent à la création de savoirs nouveaux qui n'avaient pas été prévus par les premiers concepteurs. Il serait donc bénéfique que chaque individu ait accès aux travaux des autres pour contribuer à la création et à l'innovation.

41. Les conditions pour garantir un partage efficace. Y. Benkler explique que des conditions doivent être respectées pour que le partage soit efficace[122]. D'abord, une décentralisation devrait être mise en œuvre dans le sens où les tiers ne devraient pas avoir à demander la permission pour participer. Ensuite, les prix ainsi que l'offre et la demande ne devraient plus être les seuls critères de fiabilité, notamment pour stimuler la création de savoirs ayant un impact sur le traitement des maladies rares. En outre, il devrait être souligné l'importance de la confiance entre les tiers car une telle confiance assure une meilleure coopération et une diminution des coûts de transaction. Enfin, pour encourager un système d'incitation à l'innovation fondé sur la libre utilisation des savoirs, les utilisateurs eux-mêmes doivent prendre conscience des conséquences positives de la diffusion des connaissances. Selon D. Foray et L. Hilaire Perez[123], les membres de la communauté doivent tous avoir le sentiment de bénéficier de la mise en commun des ressources et que cette mise en commun augmente la performance générale du système.

42. Transition. Un partage de l'accès et de l'utilisation pour résister à « l'enclosure » des savoirs est, par conséquent, nécessaire pour combattre des tragédies, protéger des intérêts vitaux et assurer le progrès des connaissances et de l'innovation. Une protection juridique apparaît néanmoins fondamentale lorsque les savoirs sont partagés, notamment pour lutter contre les « exclosures ».

---

[121] Moglen, E., « Anarchism Triumphant : Free Software and the Death of Copyright », *First Monday,* Peer-Reviewed Journal on the Internet, Vol. 4, No. 8, 1999.

[122] Benkler, Y., « 'Sharing Nicely' : On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production », *Yale Law Journal,* Vol. 114, No. 273, 2004, pp. 273-358, spé. p. 331.

[123] Foray, D., Hilaire Perez, L., « The economics of open technology : collective organization and individual claims », *in The Fabrique Lyonnaise during the old regime,* Economics of Knowledge, MIT Press, Cambridge, 2004, cité par Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H. Pour la Liberté, 2004, spé. p. 39-40.

B) La résistance à l' « exclosure » des savoirs : la protection juridique des savoirs partagés

43. Plan. Les savoirs qui sont fortement partagés - savoirs inscrits dans les communs et savoirs « traditionnels » - méritent une protection contre les appropriations indues. Dès lors, un régime *sui generis,* privilégiant une logique d'inclusion et non d'exclusion (2), devrait être établi pour les protéger directement (1).

1) L'opportunité d'un régime *sui generis* de protection

44. Plan. Un régime *sui generis* de protection des savoirs garantit la reconnaissance de la paternité des détenteurs sur leurs savoirs (a) ainsi qu'une contrepartie au bénéfice des détenteurs pour avoir partagé leurs savoirs librement (b).

a) Droit de paternité sur les savoirs

45. L'importance de la reconnaissance pour l'être humain. La reconnaissance réciproque est essentielle pour empêcher les expériences de mépris, d'humiliation et d'exclusion sociale. A. Honneth utilise la notion d' « intérêts quasi transcendantaux de l'espèce humaine » pour démontrer l'importance de la reconnaissance pour tout individu ainsi que la notion d' « intérêt à l'émancipation » dans le but de détruire les inégalités et exclusions[124]. La reconnaissance se manifesterait donc dans l'acceptation de la différence d'autrui[125] et par un décentrement du sujet, c'est-à-dire une limitation de la perspective égocentrique[126] dans le but de valoriser autrui. Comme le souligne S. Nour : « Lorsque nous demandons à être reconnus pour ce que nous sommes, nous souhaitons davantage que de nous voir attribuer la dignité d'êtres humains ou que de ne pas être traités de manière discriminatoire. Nous voulons en outre être valorisés[127]. » Dans le même sens, S. Haber explique que la reconnaissance entretient un

[124] Honneth, A., « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 133-136.

[125] Selon J. Cohen : « Ainsi, la reconnaissance appelle à s'engager avec la différence de l'autre dans le devenir d'une communion où le différend, loin de miner le "vivre ensemble", marque sa force et son avenir. » Voir Cohen, J., « Force et faiblesse de la reconnaissance », *Cités*, No. 54, 2013, pp. 164-166.

[126] « (…) ce qui est démontré clairement par les gestes expressifs de reconnaissance, c'est le fait qu'un sujet a déjà opéré une limitation de sa perspective égocentrique de manière à rendre justice à la valeur de l'autre personne en tant qu'être intelligible. » Voir Honneth, A., « Invisibilité : sur l'épistémologie de la "reconnaissance" », *Réseaux*, No. 129-130, 2005, pp. 39-57.

[127] Nour, S., « La reconnaissance : le droit face à l'identité personnelle », *Droit et société*, No. 78, 2011, pp. 355-368.

lien étroit avec l'identité[128] et la dignité[129]. De plus, A. Honneth distingue la « connaissance » de la « reconnaissance » en ce que cette dernière exprime la volonté d'accepter et de confirmer publiquement l'existence de la valeur et des capacités d'autrui tandis que la « connaissance » n'opère qu'une simple identification[130]. La reconnaissance d'une personne se concrétise alors de manière active par des actions, des gestes et des expressions du visage. A. Honneth parle d'une « expression publique[131] » ayant pour effet d'inclure autrui[132]. Trois sphères de reconnaissance sont ainsi présentées par l'auteur : l'amour, l'égalité juridique et le principe de performance[133]. C'est essentiellement la seconde sphère relative à l'égalité juridique qui attire ici notre attention. En effet, la contrepartie relative à la reconnaissance de la paternité assure une égalité juridique et entretient des liens étroits avec le droit moral, et plus particulièrement le droit de paternité, reconnu en droit d'auteur.

46. Plan. Que ce soit à l'égard des détenteurs de connaissances dites « scientifiques » des pays développés (β) ou des communautés autochtones et locales détentrices de savoirs dits « traditionnels » (α), la reconnaissance de la paternité des savoirs s'avère primordiale.

α) La reconnaissance de la paternité des communautés autochtones et locales

47. Le manque de reconnaissance des communautés autochtones et locales. Les communautés autochtones et locales souffrent d'un manque de reconnaissance en raison de la domination des savoirs scientifiques occidentaux sur les savoirs dits « traditionnels ». Il est

---

[128] « La lutte pour la reconnaissance d'identités socialement opprimées et culturellement ignorées ou méprisées constitue aujourd'hui la forme par excellence de l'activité politique capable de dynamiser nos sociétés. » Voir Haber, S., « Hegel vu depuis la reconnaissance », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 70-87.

[129] « La logique des luttes pour la reconnaissance d'identités fragilisées n'est donc pas incompatible avec la logique, propre aux mouvements sociaux, de la lutte politique pour la reconnaissance de la dignité. Bien au contraire, il y a tout lieu de penser qu'à l'époque de la fragilisation des identités, les luttes sociales combinent nécessairement ces deux types de lutte pour la reconnaissance. » Voir Haber, S., *ibid*.

[130] Selon A. Honneth : « Alors que par "connaissance" d'une personne, nous entendons exprimer son identification en tant qu'individu (…), par "reconnaissance" nous entendons un acte expressif par lequel cette connaissance est conférée avec le sens positif d'une affirmation. Contrairement à la connaissance qui est un acte cognitif non public, la reconnaissance dépend de médias qui expriment le fait que l'autre personne est censée posséder une "valeur" sociale. » Voir Honneth, A., « Invisibilité : sur l'épistémologie de la "reconnaissance" », *Réseaux*, No. 129-130, 2005, pp. 39-57.

[131] Honneth, A., *ibid*.

[132] Selon C. Lazzeri et A. Caillé : « La reconnaissance dans les sociétés modernes est, en principe, entièrement inclusive puisqu'elle revêt une forme universelle sanctionnée par des principes constitutionnels. » Voir Lazzeri, C., Caillé, A., « La reconnaissance aujourd'hui. Enjeux théoriques, éthiques et politiques du concept », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 88-115.

[133] Honneth, A., Halpern, C., « La demande de reconnaissance n'est pas toujours justifiée », *Sciences Humaines*, No. 277, 2016, p. 17. Ces trois sphères sont à mettre en lien avec les trois formes fondamentales de reconnaissance énoncées par Hegel (*Philosophies de l'esprit*, 1804-1805) : l'ethnicité sociale, le droit et l'amour. Voir Honneth, A., Foessel, M., Dilmaghani, D., Genel, K., « La philosophie de la reconnaissance : une critique sociale », *Esprit*, 2008, pp. 88-95.

correct d'utiliser le terme de « domination[134] » lorsque les entreprises ou chercheurs des pays développés interfèrent majoritairement de manière arbitraire selon leur propre volonté et leur seul objectif en ignorant les intérêts des communautés autochtones et locales[135]. La domination culturelle est d'ailleurs devenue une « injustice fondamentale » remplaçant l'exploitation dénoncée dans le passé[136]. A. Honneth et S. Haber utilisent le terme de « réification[137] » défini comme une forme d'oubli de la reconnaissance puisque l'individu est traité comme une chose[138]. A. Honneth parle également d'une « indivisibilité figurative et métaphorique » ou d'une « reconnaissance négative » impliquant une non-existence de certaines personnes voulue par les dominants en raison du mépris et de l'indifférence qu'ils ont sur celles-ci[139]. Ces personnes sont alors intentionnellement « regardées à travers » pour être ignorées[140]. C. Lazzeri et A. Caillé expliquent que la dépréciation peut se manifester de différentes manières[141]. Il semblerait que les communautés autochtones et locales subissent l'ensemble de ces dépréciations.

48. Les raisons justifiant l'absence de reconnaissance des communautés autochtones et locales. Ce déni de reconnaissance s'expliquerait pour deux raisons. D'abord, la force du libéralisme économique privilégie le marché et les transactions économiques entre individus

---

[134] La « domination » est définie par C. Lazzeri et A. Caillé : « Pour que la domination soit reconnue comme telle, il faut que l'interférence potentielle du dominant soit comprise comme *arbitraire* et elle l'est si, et seulement si, il est possible au dominant de choisir d'interférer ou non selon son bon vouloir sans prendre en compte les préférences de ceux qui en sont affectés, c'est-à-dire sans se préoccuper de l'importance, pour eux, de leurs propres choix. » Voir Lazzeri, C., Caillé, A., *ibid*.

[135] W. Blackstone expose que la conception européenne du droit de propriété est celle d'une domination exclusive et despotique qu'un seul individu peut revendiquer et exercer sur les choses externes du monde excluant les droits des autres individus dans l'univers [Notre traduction] : « That sole and despotic dominion which one man claims and exercices over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe. » Voir Blackstone, W., « Excerpt from "Commentaries on the Laws of England " », *in* Ellickson, R., Rose, C., Ackerman, B., *Perspectives on Property Law,* Brown & Co, Boston, pp. 37-44, cité par Tsosie, R., « Indigenous Peoples' Claims to Cultural Property : A Legal Perspective », *Museum Anthropology*, Vol. 21, No. 3, pp. 5-11, spé. p. 7.

[136] Fraser, N., « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 152-164.

[137] Honneth, A., Haber, S., « Réification, connaissance, reconnaissance : quelques malentendus », *Esprit*, 2008, pp. 96-107.

[138] « Dans la réification, cette reconnaissance élémentaire par laquelle nous éprouvons existentiellement le fait que chaque homme est un alter ego se trouve annulée » et « cette reconnaissance préalable supprimée, nous ne prenons plus d'intérêt existentiel à l'existence d'autrui, nous ne le traitons plus que comme un objet mort, comme une simple chose. » Voir Honneth, A., Haber, S., *ibid.*

[139] « L'histoire culturelle offre de nombreux exemples de situations dans lesquelles les dominants expriment leur supériorité sociale en ne percevant pas ceux qu'ils dominent. » Voir Honneth, A., « Invisibilité : sur l'épistémologie de la "reconnaissance" », *Réseaux*, No. 129-130, 2005, pp. 39-57.

[140] « En ce sens, "regarder à travers" quelqu'un a un aspect performatif parce que cela exige des gestes ou des manières de se comporter qui témoignent clairement de ce que l'autre n'est pas vu, non pas seulement par accident mais de façon intentionnelle. » Voir Honneth, A., *ibid*.

[141] Le fait de ne pas admettre que l'agent possède une capacité qui fait l'objet d'une reconnaissance, le fait d'affecter une valeur négative à une capacité possédée par un agent qui fait pourtant l'objet d'une reconnaissance dans d'autres circonstances ou contextes et enfin le fait d'ignorer sans dénégation directe mais en s'abstenant d'attribuer une valeur aux qualités ou capacités de l'agent ou postuler qu'il n'en possède pas. Voir Lazzeri, C., Caillé, A., « La reconnaissance aujourd'hui. Enjeux théoriques, éthiques et politiques du concept », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 88-115.

économiques indépendants. Puisque les communautés autochtones et locales n'ont pas adopté cette conception de la rentabilité économique, elles sont exclues, marginalisées[142] voire réifiées ou instrumentalisées[143] en délaissant l'établissement de rapports contractuels[144]. Un tel contexte a renforcé les comportements de « biopiraterie[145] », c'est-à-dire d'appropriation indue[146]. Ensuite, le déni de reconnaissance se fonderait sur l'existence de contextes culturels et sociaux particuliers adoptant des conceptions et valeurs distinctes[147]. Or, ce déni de reconnaissance justifié par l'existence de différences culturelles et de valeurs distinctes apparaît injuste, selon N. Fraser, car ces communautés n'ont pas pu participer à la construction des valeurs culturelles institutionnalisées[148].

49. La réaction des communautés autochtones et locales. En raison de ces ignorances et mépris, les communautés autochtones et locales ont réagi[149]. A. Honneth expose que les

[142] « (…) il ne reste plus d'espace pour des sphères de la société qui s'obstinent à fonctionner selon d'autres principes ou orientations que ceux de la rentabilité économique. » Voir Honneth, A., Foessel, M., Dilmaghani, D., Genel, K., « La philosophie de la reconnaissance : une critique sociale », *Esprit*, 2008, pp. 88-95.

[143] « Les sujets peuvent "oublier" ou bien encore apprendre à désactiver la reconnaissance élémentaire dont il a été question plus haut, celle par laquelle ils s'accordent les uns aux autres le statut d'*alter ego*, lorsqu'ils participent de façon durable à une forme hautement unilatérale de pratique qui les oblige à faire abstraction des propriétés qui distinguent "qualitativement" les personnes humaines. » Voir Honneth, A., Haber, S., « Réification, connaissance, reconnaissance : quelques malentendus », *Esprit*, 2008, pp. 96-107.

[144] En effet, le tempérament exposé par A. Honneth et S. Haber ne s'appliquait généralement pas aux communautés autochtones et locales : « L'échange marchand (…) source principale des attitudes réifiantes, ne semble pas constituer un vrai cas d'oubli de la reconnaissance primordiale. Car le fait que les deux parties se réfèrent l'une à l'autre sur la base d'un rapport contractuel et en tant que personnalités juridiques exclut la possibilité de la réification totale. » Voir Honneth, A., Haber, S., *ibid*.

[145] La « biopiraterie », selon le dictionnaire Larousse, est définie comme une « appropriation (dépôt de brevets) et exploitation par des sociétés commerciales, dans des conditions jugées illégales ou inéquitables, de ressources biologiques ou génétiques propres à certaines régions. » S. Yamthieu donne quatre éléments caractérisant la biopiraterie : une ressource biologique ou un savoir portant sur celle-ci, une communauté « fournisseuse » cultivant ou utilisant la ressource depuis plusieurs générations, une société « utilisatrice » et un brevet ou certificat d'obtention végétale. Voir Yamthieu, S., « Biopiraterie », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 159. Pour de plus amples développements sur la « biopiraterie », voir Peyen, L., *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, thèse de doctorat en droit, Université de La Réunion, 2017.

[146] L'OMPI définit « appropriation culturelle » comme « l'acte par lequel une personne issue d'une culture relativement dominante s'empare d'une expression culturelle traditionnelle pour l'adapter à une autre culture dans un contexte différent, sans autorisation, mention de la source ou rémunération, d'une façon qui porte préjudice au(x) détenteurs. » Le préjudice causé aux détenteurs peut ne pas être intentionnel. En effet, B. Vézina explique, par exemple, que le fabricant américain de vêtements de sport Nike a imprimé des motifs tirés du *pe'a*, art traditionnel samoan du tatouage masculin, sur des leggings féminins. Puisque cette impression a été dénoncée comme dégradante et offensante pour la communauté autochtone et locale, Nike a alors retiré les leggings de la vente. Voir Vézina, B., « La propriété intellectuelle au service de la lutte contre l'appropriation culturelle dans le secteur de la mode », *OMPI Magazine*, août 2019.

[147] « Cette reconnaissance de valeur doit présupposer l'existence d'une même conception socialement partagée du bien (...). Dans cette perspective, ce choix collectif de valeurs ne peut être expliqué que par un contexte culturel chaque fois particulier et historiquement variable à l'intérieur duquel prennent place les différentes formes de reconnaissance. » Voir Lazzeri, C., Caillé, A., « La reconnaissance aujourd'hui. Enjeux théoriques, éthiques et politiques du concept », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 88-115.

[148] « Il faut plutôt déclarer injuste le fait que des individus et des groupes se voient déniés le statut de partenaires à part entière dans l'interaction sociale en conséquence de modèles institutionnalisés de valeurs culturelles à la construction desquels ils n'ont pas participé sur un pied d'égalité et qui déprécient leurs caractéristiques distinctives ou les caractéristiques distinctives qui leur sont attribuées. » Voir Fraser, N., « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 152-164.

[149] C. Lazzeri et A. Caillé expliquent que la majorité des conflits futurs ne concerneront plus le droit de propriété mais seront plutôt relatifs à la reconnaissance : « En un mot, alors que l'essentiel des conflits politiques et sociaux avait porté depuis au

« invisibles » peuvent imposer leur visibilité et leur existence par des contre-mesures[150] et par une « lutte pour la reconnaissance[151] ». S. Bleil souligne d'ailleurs l'importance des actions collectives pour arriver à une reconnaissance :

> « L'action collective ou la mobilisation des citoyens est souvent une manière de rendre visible à un public le caractère inacceptable des situations dénoncées (…). Il s'agit d'un processus visant à attirer l'attention d'un public sur un malaise qui pouvait exister précédemment mais qui n'était pas ressenti comme tel[152]. »

Comme l'explique S. Haber, la reconnaissance n'est jamais garantie et durable de sorte qu'une « lutte pour la reconnaissance » s'avère nécessaire[153]. Or, la reconnaissance est devenue un besoin pour les communautés autochtones et locales[154] aussi bien en termes de libertés civiles et politiques, de spécificité culturelle que de paternité de leurs savoirs[155]. L'objectif des communautés autochtones et locales est de détenir des droits à l'autodétermination[156] pour que l'ensemble de leur culture soit respecté ainsi que leur propre existence en tant que communauté. G. Filoche expose que : « La promotion des ressources naturelles et des savoirs associés peut donc être une priorité culturelle et identitaire autant – voire plus – qu'une priorité économique[157]. » Des attributs régaliens à l'intérieur de l'Etat (autodétermination interne[158]) sont alors revendiqués. De tels attributs permettraient de

---

moins deux siècles sur la question de la propriété et des revenus, mettant au premier plan l'aspiration à une répartition plus égale des richesses, dans le cadre de demandes de justice distributive, ils se structurent et se formulent désormais aussi dans le langage du droit à une égale reconnaissance. » Voir Lazzeri, C., Caillé, A., *ibid*.

[150] Voir Honneth, A., « Invisibilité : sur l'épistémologie de la "reconnaissance" », *Réseaux*, No. 129-130, 2005, pp. 39-57.

[151] « Et dans ce contexte, on peut peut-être partir en effet de l'idée que les sociétés vont être marquées dans un proche avenir par des conflits sociaux qui ont le caractère d'une lutte pour la reconnaissance. » Voir Honneth, A., Foessel, M., Dilmaghani, D., Genel, K., « La philosophie de la reconnaissance : une critique sociale », *Esprit*, 2008, pp. 88-95.

[152] Bleil, S., « Avoir un visage pour exister publiquement : l'action collective des sans terre au brésil », *Réseaux*, No. 129-130, 2005, pp. 123-153.

[153] « La lutte pour la reconnaissance apparaît comme le *medium* de cet élargissement nécessaire des conditions d'une réciprocité intersubjective jamais entièrement donnée ni certaine. » Dans le même sens, S. Haber poursuit en expliquant le lien entre reconnaissance et lutte : « Interaction et reconnaissance réciproque médiatisée par la lutte renvoient donc nécessairement l'une à l'autre : loin de conduire en douceur et comme naturellement à la réciprocité, l'interaction sociale constitue un medium fragile qui demande à être régénéré en permanence et ne peut l'être que dans le rapport de force, voire par la montée aux extrêmes. » Voir Haber, S., « Hegel vu depuis la reconnaissance », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 70-87.

[154] S. Bleil donne l'exemple des sans terre aux Brésil : « À travers la construction de la visibilité des sans terre, l'Etat brésilien est contraint de prendre en compte, de voir et de faire valoir les droits revendiqués de "ces gens-là". » Voir Bleil, S., *ibid*.

[155] Selon C. Lazzeri et A. Caillé : « On a donc affaire a priori à une infinité de propriétés ou de capacités que les hommes désirent faire reconnaître : une appartenance civique, culturelle ou religieuse, des compétences dans toutes sortes d'activités qui prennent place dans les projets de vie les plus divers, des particularités personnelles en nombre infini. » Voir Lazzeri, C., Caillé, A., « La reconnaissance aujourd'hui. Enjeux théoriques, éthiques et politiques du concept », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 88-115.

[156] Les droits à l'autodétermination sont interprétés en termes de garanties d'autonomie et non en termes de sécession. Il s'agit d'une autodétermination interne.

[157] Filoche, G., « Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité : un kaléidoscope juridique », *Droit et société,* Vol. 2, No. 72, 2009, pp. 433-456, spé. p. 443.

[158] Sur la distinction entre autodétermination interne et autodétermination externe. Voir Daes, E.I., « La contribution du groupe de travail sur les populations autochtones (GTPA) à la genèse et à l'évolution de la Déclaration des Nations unies sur les droits

préserver les terres, les langues et le droit coutumier, de garantir des institutions propres et un système de règlement des différends spécifique, ou encore de respecter le rapport original qu'elles ont à l'égard de la nature et des espèces vivantes.

50. La demande d'un régime *sui generis* par les communautés autochtones et locales. Dans le but de garantir le droit à la paternité et la préservation de leurs savoirs, les communautés autochtones et locales demandent la mise en place d'un régime *sui generis.* M.A. Hermitte explique que : « beaucoup de représentants des peuples autochtones ont demandé que soit consacré en droit international un droit intellectuel *sui generis* sur leurs ressources et connaissances[159]. » Or, la création d'un régime *sui generis* de protection des savoirs dits « traditionnels » ne serait pas une simple option. Comme le souligne G. Filoche : « Le fait de créer des cadres juridiques *sui generis* permettant de protéger les savoirs autochtones est une obligation juridique dès lors que les cadres classiques ne parviennent pas à assurer convenablement cette mission[160]. » Ainsi, l'OMPI est consciente de ce rôle à jouer dans la protection des savoirs[161] puisqu'elle a créé en 2000 un comité dénommé « Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore » ayant pour but de garantir les intérêts des communautés autochtones et locales[162]. Aussi, la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 est une avancée dans la reconnaissance des communautés autochtones et locales et de leurs droits[163]. Antérieurement, d'autres organisations internationales ont également répondu à l'appel des communautés

---

des peuples autochtones », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en oeuvre,* L'Harmattan, Paris, 2013, spé. p. 51.

[159] « Les pays développés préfèrent l'instrument contractuel, à négocier au cas par cas, éventuellement sur le fondement d'une loi nationale relative à l'accès aux ressources biologiques, tandis que les peuples autochtones veulent aller beaucoup plus loin en faisant évoluer les bases même du droit international (…) et appellent à des droits de propriété intellectuelle différenciés. » Voir Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 116.

[160] Filoche, G., « Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité : un kaléidoscope juridique », *Droit et société,* Vol. 2, No. 72, 2009, pp. 433-456, spé. p. 455.

[161] Selon M.A. Hermitte, la création d'un droit de propriété intellectuelle *sui generis* « ne pourra sans doute voir le jour que dans le cadre de l'OMPI, en interaction avec l'OMC (Organisation mondiale du commerce). » Voir Hermitte, M.A., *ibid*., p. 128.

[162] D'ailleurs, A. Guterres, secrétaire général des Nations unies, s'est exprimé sur le rôle de l'OMPI dans la protection des savoirs lors de la Journée mondiale de la propriété intellectuelle en 2017 : « C'est là que votre organisation joue un rôle essentiel, du fait qu'elle repousse les frontières du savoir et que ces frontières sont précisément ce qui définira l'avenir de la communauté internationale. » Voir OMPI, Communiqués de presse, Genève, 2017, PR/2017/806.

[163] Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en oeuvre,* L'Harmattan, Paris, 2013.

autochtones et locales par la création de diverses déclarations et conventions[164] et par l'établissement de groupes de travail, tels que le GTPA (Groupe de Travail sur les Populations Autochtones)[165].

51. Avantages d'un régime *sui generis.* Un régime *sui generis* présente plusieurs avantages pour protéger les savoirs « traditionnels ». D'abord, A. Zerda-Sarmiento et C. Forero-Pineda[166] expliquent qu'un tel régime favorise le partage sécurisé des savoirs « traditionnels » et conséquemment le progrès de la recherche[167], tout en luttant contre l'appropriation indue. Aussi, un régime *sui generis* s'attache à protéger spécifiquement les savoirs et non uniquement les ressources génétiques[168]. Mais encore, il garantit la prise en compte des rapports particuliers aux savoirs tels que l'entendent les communautés autochtones et locales afin de les traduire en termes juridiques compatibles avec les qualifications juridiques existantes. G.S. Nijar[169] souligne qu'un régime *sui generis* assure le respect et la protection de la culture et des systèmes de valeurs des communautés. De même, M.A. Hermitte explique que les communautés autochtones et locales ne se contenteront pas d'un simple partage des bénéfices car, en raison de la fonction identitaire de leurs savoirs, elles revendiquent d'autres droits sur leurs savoirs[170].

---

[164] Notamment la Convention 107 de l'OIT relative aux populations indigènes et tribales du 5 juin 1957, la Déclaration San José de l'Unesco relative à l'ethnocide et l'ethno-développement du 11 décembre 1981 et la Convention 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux du 7 juin 1989.

[165] Le GTPA a été créé en 1982 par la sous-commission des Nations unies pour la prévention de la discrimination et de la protection des minorités. L'objectif de ce groupe de travail, dont la présidente fût E.I. Daes, est de se réunir une fois par an pour protéger et promouvoir les droits de l'homme et les libertés fondamentales des populations autochtones ainsi que pour établir des normes adéquates se concrétisant par un projet de déclaration (résolution 1982/34). C'est la première fois que les questions autochtones sont mises à l'ordre du jour d'une organisation internationale relative aux droits de l'homme. La particularité d'un tel groupe de travail est d'avoir accepté la participation des communautés autochtones aux réunions.

[166] Zerda-Sarmiento, A., Forero-Pineda, C., « Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques », *Revue internationale des sciences sociales,* No. 171, 2002, pp. 111-127.

[167] Lorsque les communautés autochtones et locales sont confrontées à des cadres institutionnels et culturels ayant une incidence sur la protection de leurs savoirs, alors la communication entre la communauté et l'Etat, les entreprises nationales ou transnationales, les laboratoires de recherche est rompue et aucun transfert de connaissances est mis en œuvre. Le monde dit moderne perd alors l'occasion d'un accès à de nouvelles sources de savoirs et la communauté perd l'occasion de découvrir les méthodes et procédés dits modernes pour perfectionner leur système d'innovation et améliorer leurs conditions de vie. Voir Zerda-Sarmiento, A., Forero-Pineda, C., *ibid*., p. 112.

[168] G. Aguilar propose d'utiliser l'art. 27.3 de l'Accord sur les ADPIC qui prévoit une protection des variétés végétales par les brevets, un régime *sui generis* ou une combinaison des deux. Cet article serait associé aux obligations prévues par la Convention sur la diversité biologique pour créer un régime *sui generis* de protection aussi bien des ressources génétiques que des savoirs à l'échelle internationale. L'idée est que les ressources en elles-mêmes n'ont aucune valeur sans les savoirs associés. Cependant, un tel régime *sui generis* ne prendrait en compte que les savoirs associés aux ressources génétiques excluant les autres savoirs des communautés autochtones et locales. Voir Aguilar, G., « Access to genetic resources and protection of traditional knowledge in the territories of indigenous peoples », *Environmental Science & Policy*, Vol. 4, No 4-5. 2001, pp. 241-256, spé. p. 251.

[169] Nijar, G.S., « In Defence of Local Community Knowledge and Biodiversity : A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime », Penang (Malaisie), *Third World Network*, Paper 1, 1996.

[170] « Il s'agit pour des peuples qui furent soumis à extermination puis à assimilation forcée, de trouver les voies d'une autonomie politique, souveraineté seconde qui s'inscrirait dans celle de l'Etat, mais qui aurait des attributs quasi régaliens : terres, langues, institutions, référence au droit coutumier, système du règlement de certains différends, reconnaissance d'un rapport original à la nature et aux espèces vivantes en particulier. » Voir Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du*

Or, A. Zerda-Sarmiento et C. Forero-Pineda exposent que le risque du régime des droits de propriété intellectuelle en vigueur est d'ignorer et donc de bouleverser le système de valeurs et de croyances des communautés[171]. En effet, l'objectif est uniquement d'empêcher l'utilisation non-autorisée ou l'appropriation indue par les tiers. Or, les communautés autochtones et locales ont aussi besoin d'une protection garantissant à la fois la préservation, la sauvegarde et la transmission des savoirs en prenant en compte le contexte social, intellectuel et culturel dans lequel s'inscrivent leurs systèmes de savoirs. Comme le souligne P.A. Collot, les mécanismes de protection *sui generis* présentent l'avantage d'associer l'exploitation des savoirs traditionnels à la préservation et au développement durable des communautés et des pays concernés[172]. En conséquence, la mise en œuvre d'un régime *sui generis* revient à adopter une approche institutionnaliste. Une telle approche appréhende les arrangements institutionnels dans leur diversité, ne condamne aucune forme d'appropriation et considère les droits comme un processus de construction sociale irrémédiablement associés à des contraintes corrélatives. Cette approche est bien présente dans la construction d'un régime *sui generis* car, comme le souligne G. Filoche : « Les droits des communautés autochtones sur leurs ressources ne sont pas complètement établis dans la loi : ils demandent à être actualisés en fonction des contextes[173]. » L'adaptation des droits de propriété intellectuelle aux intérêts des pays en développement n'est, du reste, pas une nouveauté puisque des régimes *sui generis* ont déjà été créés pour l'agriculture et les ressources génétiques[174] ou encore pour le folklore[175].

---

vivant, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 117.

[171] Par exemple, l'entrée en contact avec l'économie de marché a entraîné une redéfinition des rapports sociaux et des rapports de production et de distribution ayant une influence sur les systèmes de valeurs et de croyances (perte des savoirs dits « traditionnels », échange réciproque associé au profit). Voir Zerda-Sarmiento, A., Forero-Pineda, C., « Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques », *Revue internationale des sciences sociales,* No. 171, 2002, pp. 111-127, spé. p. 116.

[172] Collot, P.A., « La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection *sui generis* », *Droit et Cultures*, Vol. 53, No. 1, 2007, pp. 181-209.

[173] Filoche, G., « Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité : un kaléidoscope juridique », *Droit et société,* Vol. 2, No. 72, 2009, pp. 433-456, spé. p. 444.

[174] Les droits d'obtention végétale incluant des droits *sui generis* adaptés aux intérêts (inaliénabilité, imprescriptibilité) avec des conditions d'octroi plus souples que les brevets (variété distincte, homogène, stable), la règle de l'épuisement des droits de l'art. 6 de l'Accord sur les ADPIC, le système des licences obligatoires de l'art. 8 de l'Accord sur les ADPIC.

[175] Dispositions-types de législation nationale OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables, 1982. Le folklore est une notion plus limitée que les savoirs : « On entend par *expression du folklore* les productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté (…) ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté (…) » (art. 2 des Dispositions types de législations nationales). Les dispositions-types visent à protéger le folklore contre l'exploitation illicite (art. 1er et 3) et toutes autres actions préjudiciables. Aussi, l'objectif est de respecter la paternité (art. 5) ou encore de développer et de diffuser les expressions du folklore car elles constituent, non pas une simple œuvre de l'esprit ou une invention, mais plutôt un « héritage vivant de la culture humaine qu'il ne faut pas étouffer par une protection trop rigide. » Voir OMPI, « Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux expressions culturelles traditionnelles », *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore,* 19ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/19/INF/7, 18-22 juillet 2011. Les dispositions-types ont par la suite influencé les législations nationales telles que celle de la Tunisie (loi tunisienne n° 2009-33 du 23 juin 2009, modifiant et complétant la loi n° 94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique).

52. L'influence de la Convention sur la diversité biologique dans la construction d'un régime *sui generis*. La Convention sur la diversité biologique[176] est le fondement principal pour une protection *sui generis* des savoirs « traditionnels »[177]. La Convention est même le premier traité international reconnaissant le système des savoirs des communautés autochtones et locales et leur rôle à l'égard de la conservation et de l'utilisation durable de la biodiversité[178]. L'article 8–j) de cette Convention[179] recommande aux Etats de poursuivre trois objectifs : respecter, préserver et maintenir les savoirs dits « traditionnels », favoriser l'application de ces savoirs sur une échelle plus large avec le consentement préalable et en connaissance de cause des communautés autochtones et locales et encourager le partage équitable des avantages résultant de l'utilisation de ces savoirs. Ainsi, ce texte officialise la reconnaissance des savoirs des communautés autochtones et locales à l'échelle internationale[180].

53. Les limites de la Convention sur la diversité biologique. La Convention sur la diversité biologique présente néanmoins différentes limites remettant en cause son efficacité. D'abord, en termes d'application dans le temps, celle-ci exclut de son champ d'application les ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées auxquelles il a été donné accès avant son entrée en vigueur[181]. Or, cela revient à dénier les droits des communautés autochtones et locales sur leurs savoirs et ressources lorsqu'ils ont été victimes de « biopiraterie ». Elle n'est du reste qu'une convention-cadre ; ses dispositions sont générales et son application implique

---

[176] La Convention sur la diversité biologique est un traité international des Nations unies signé lors du Sommet de la Terre en 1992 et entré en vigueur le 29 décembre 1993. Elle comprend 196 Etats parties.

[177] Roussel, B., « La Convention sur la diversité biologique : les savoirs locaux au cœur des débats internationaux », *Les synthèses de l'Iddri* (2), Paris, Iddri, 2003.

[178] Par la suite, d'autres traités vont garantir une reconnaissance juridique des communautés autochtones et locales. Par exemple, le traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, adopté par la 31ème réunion de la Conférence de l'ONU pour l'alimentation et l'agriculture, le 3 novembre 2001, reconnaît, à l'art. 9, l'énorme contribution que les communautés autochtones et locales ainsi que les agriculteurs de toutes les régions du monde ont apporté et continueront d'apporter à la conservation et à la mise en valeur des ressources phytogénétiques. Le Traité confie aux Etats la responsabilité de la réalisation des droits des agriculteurs et enjoint de prendre des mesures pour protéger et promouvoir ces droits, et notamment protéger les connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

[179] L'art. 8.j. de la CDB dispose que les parties contractantes « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra (…) respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorisent l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques. »

[180] G. Dutfield souligne l'importance de la conférence des parties qui a pris plusieurs décisions favorables à la mise en œuvre de l'art. 8.j. (COP-3, COP-4 et COP-5). Voir Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275.

[181] Cette limitation est reprise à l'art. 2.1 du règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation.

une interprétation par les pays signataires. Un rapport de l'Institut du développement durable et des relations internationales (IDDRI) expose que des législations nationales et des mesures administratives ou politiques doivent être mises en œuvre[182] pour rendre les dispositions de la Convention obligatoires. G.S. Nijar reproche toutefois aux législations nationales d'être de simples législations sectorielles et hétérogènes en termes de réglementation[183]. Aussi, les législations nationales n'existent que par la bonne volonté des Etats (« *gesture of goodwill* »[184]). Or, comme les Etats signent et ratifient les conventions et traités mais ne sont aucunement contraints de les transposer dans leur législation nationale pour les mettre en œuvre, alors les dispositions et principes des traités et conventions internationaux sont souvent ignorés[185]. Néanmoins, lorsque la législation nationale est en accord avec les dispositions de la Convention sur la diversité biologique, elle apparaît comme un outil juridique protégeant efficacement les savoirs des communautés autochtones et locales[186]. Il est en outre reproché à la Convention sur la diversité biologique de se concilier avec l'Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)[187]. Or, cet accord aurait pour effet de promouvoir les comportements de « biopiraterie »[188]. Selon A. Çoban, la Convention sur la diversité biologique (droits de souveraineté des Etats[189]) et l'Accord sur les ADPIC (droits de propriété intellectuelle)

[182] Chouvin, E., Louai, S., Roussel, B., « Prendre en compte les savoirs et savoir-faire locaux sur la nature - Les expériences françaises », *Institut du développement durable et des relations internationales (Iddri)*, 2004, pp. 4-27.

[183] Nijar, G. S., « In Defence of Local Community Knowledge and Biodiversity : A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime », Penang (Malaisie), *Third World Network Paper 1*, 1996.

[184] Terme utilisé par G. Aguilar. Voir Aguilar, G., « Access to genetic resources and protection of traditional knowledge in the territories of indigenous peoples », *Environmental Science & Policy*, Vol. 4, No 4-5, 2001, pp. 241-256, spé. p. 244.

[185] Posey, D., Dutfield, G. *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996.

[186] Par exemple, des projets ont été annulés au Mexique car ils ne respectaient ni les principes de la Convention sur la diversité biologique ni ceux de la législation mexicaine. En effet, le projet ICBG-Maya a été définitivement annulé pour avoir violé l'art. 8.j. de la Convention sur la diversité biologique puisque le consentement préalable et informé des communautés autochtones et locales n'avait pas été demandé et les communautés avaient subi un préjudice à cause de la bioprospection, de l'utilisation commerciale et des droits de brevet privatisant leurs ressources génétiques et leurs savoirs dits « traditionnels » relatifs à la médecine maya. Les communautés ont conclu des contrats avec ICBG sans connaissance de l'intention de breveter les substances et sans savoir que les Etats-Unis participaient au projet. Il leur aurait simplement été dit « cueillez toutes sortes de plantes et nous résoudrons vos problèmes de santé. » Voir Busingye, J., Keim, W., « Un champ de bataille politique : négocier un espace protégé pour les savoirs autochtones et traditionnels dans le système capitaliste », *in Le savoir mondial*, Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 47-66.

[187] En effet, à l'art. 16.5, la CDB souligne que les droits de propriété intellectuelle doivent s'exercer en conformité avec les objectifs de la Convention.

[188] Selon G. Dutfield, les Accords sur les ADPIC, et notamment l'art. 27.3, auraient pour effet de promouvoir les comportements de « biopiraterie » à l'égard des savoirs dits « traditionnels ». Dans le même sens, le RAFI (*Rural Advancement Foundation International*) ou V. Shiva considèrent que les droits de propriété intellectuelle alliés à l'Accord sur les ADPIC sont les raisons du conflit d'intérêts et sont responsables de l'aggravation du conflit. Voir Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 235.

[189] Art. 15 de la CDB. Selon A. Çoban, la reconnaissance de droits souverains n'est pas liée à la préservation et à l'utilisation adéquate des ressources mais plutôt au rôle coopératif de l'Etat dans le processus d'accumulation du capital. Voir Çoban, A., « Entre les droits de souveraineté des États et les droits de propriété : la régulation de la biodiversité », *A contrario,* 2004, Vol.

instaurent tous les deux des droits exclusifs sur la biodiversité[190]. Ils seraient de plus complémentaires car la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle nécessite une protection juridique assurée par la loi. En déterminant l'accès aux ressources et indirectement aux savoirs à travers sa législation nationale, l'Etat participerait alors à la marchandisation du vivant et des savoirs[191]. De surcroît, comme les Etats jouissent de droits souverains sur les ressources génétiques, G. Aguilar explique que l'Etat aura toujours l'autorité de donner l'autorisation d'accéder à ces ressources si l'utilisation est dans l'intérêt du public, bien que les communautés autochtones et locales n'aient pas donné leur consentement[192]. Or, les Etats devraient respecter les droits des communautés autochtones et locales sur leurs savoirs[193]. Dans le même sens, V. Boisvert et A. Caron reprochent à la Convention sur la diversité biologique d'être influencée par la théorie des droits de propriété garantissant une exclusivité absolue[194]. Mais encore, la Convention ne prend pas en compte l'existence de rapports de force empêchant une gestion efficace et légitime des ressources. Les Etats ne sont pas toujours les plus fervents défenseurs des intérêts des communautés autochtones et locales[195]. En conséquence, A. Çoban va jusqu'à souligner que : « Ce n'est ainsi pas l'Accord sur les ADPIC (droits de propriété) qui portent atteinte à la CDB (droits de souveraineté) (…) mais cette dernière qui se sape elle-même[196]. »

54. Tempéraments et solutions aux limites de la Convention sur la diversité biologique. Bien que la Convention sur la diversité biologique ait une application dans le temps limitée aux

2, No.2, p. 138-166, spé. p. 165.

[190] Çoban, A., *ibid*., p. 156.

[191] C'est notamment l'opinion du représentant de l'ONG *Actividades Indigenas* de Colombia, L. Muelas Hurtado, qui déclare, lors du groupe de travail *ad hoc* sur l'art. 8.j. du 29 mars 2000, que : « Cet article 8j est un poison pour nous. Il va à l'encontre de la profondeur de la pensée indigène parce qu'il n'est pas fait pour nous et nos besoins (...). Ils ne font appel à nous que pour légitimer ce qu'ils veulent. » Cité par Chouvin, E., Louai, S., Roussel, B., « Prendre en compte les savoirs et savoir-faire locaux sur la nature - Les expériences françaises », *Institut du développement durable et des relations internationales (Iddri)*, 2004, pp. 4-27, spé. p. 6.

[192] Aguilar, G., « Access to genetic resources and protection of traditional knowledge in the territories of indigenous peoples », *Environmental Science & Policy*, Vol. 4, No 4-5, 2001, pp. 241-256.

[193] Selon G. Dutfield, le problème de la protection des savoirs dits « traditionnels » est fondamentalement dû au non-respect des droits des communautés autochtones et locales plutôt qu'en raison d'une inadéquation des droits de propriété intellectuelle à ces savoirs. Voir Dutfield, G., *ibid*., p. 273.

[194] Boisvert, V., Caron, A., « Biodiversité et appropriation. Une mise en perspective du point de vue de l'économie », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Scientifiques et Médicales Elsevier, Paris, 2002, pp. 87-113.

[195] D'ailleurs, E. Faugère, ethnologue à l'INRA, souligne que : « Il ne faudrait pas oublier le rôle clé joué par certains Etats dans le maintien d'une marginalisation politique et économique de ces peuples autochtones. » Voir Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 134.

[196] Çoban, A., « Entre les droits de souveraineté des États et les droits de propriété : la régulation de la biodiversité », *A contrario,* 2004, Vol. 2, No.2, p. 138-166, spé. p. 155.

ressources auxquelles l'accès a été donné après son entrée en vigueur, des mesures de protection alternatives sont possibles, telles que le prévoit l'article L. 412-6 du Code de l'environnement[197]. Le rôle de l'Etat devrait par ailleurs être limité bien qu'il dispose de droits souverains sur les ressources génétiques. Selon G.S. Nijar, l'Etat ne devrait être l'autorité que pour les applications à l'échelle internationale et leurs droits souverains devraient être exercés pour le compte et au nom des communautés autochtones et locales[198]. En effet, selon W. Hohfeld, l'existence de droits présume toujours l'existence d'obligations corrélées[199]. Puisqu'il est reconnu aux communautés autochtones et locales des droits sur leurs savoirs alors les Etats devraient corrélativement être contraints de respecter ces droits. La Convention, dans son préambule, tempère d'ailleurs les droits souverains des Etats par la prise en compte des communautés et par la responsabilité des Etats à l'égard de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique. Aussi, plusieurs législations nationales ont prévu des obligations à l'égard des Etats. Par exemple, la Décision 391[200] et la Décision 486[201] de la communauté andine, la Constitution des Philippines[202], la loi des Philippines sur les droits des peuples autochtones[203] ou encore l'Accord de Bangui de l'OAPI (Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle)[204].

---

[197] En effet, l'art. L. 412-6 du Code de l'environnement précise que même si les collections de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées ont été constituées avant la publication de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, les procédures d'accès et de partage des avantages doivent s'appliquer pour tout accès ultérieur à la publication de la loi dans certaines circonstances et pour toute nouvelle utilisation.

[198] G.S. Nijar parle de « *trust* ». Voir Nijar, G.S., « In Defence of Local Community Knowledge and Biodiversity : A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime », Penang (Malaisie), *Third World Network Paper 1*, 1996.

[199] Hohfeld, W., « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning », *Yale Law Journal,* Vol. 23, No. 16, 1913, cité par Boisvert, V., Caron, A., « Biodiversité et appropriation. Une mise en perspective du point de vue de l'économie », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Scientifiques et Médicales Elsevier, Paris, 2002, pp. 87-113.

[200] La Décision n° 391 portant le régime commun de l'accès aux ressources génétiques du 2 juillet 1996 reconnaît la souveraineté des Etats sur les ressources génétiques (titre IV, art 5) et ce sont donc les Etats qui négocient le contrat d'accès. Cependant, lorsqu'une ressource contient un composant intangible, c'est-à-dire toute connaissance, innovation ou pratique individuelle ou collective, alors le fournisseur et le composant intangible doivent être identifiés et le consentement du fournisseur ainsi que le partage des bénéfices doivent être incorporés dans une annexe au contrat d'accès. L'annexe est signée par le fournisseur et par le demandeur d'accès (art. 35). En cas d'inobservation des dispositions contenues dans l'annexe et notamment l'absence de consentement des communautés autochtones et locales, alors le contrat d'accès est résolu ou annulé. Aussi, des sanctions administratives, civiles et pénales sont encourues (art. 46 et 47).

[201] La Décision n° 486 portant régime commun concernant la propriété industrielle du 14 septembre 2000 oblige les Etats à protéger le patrimoine biologique et génétique et à sauvegarder les savoirs « traditionnels » des communautés autochtones, afro-américaines ou locales de la région (art. 3).

[202] La Constitution de la République des Philippines de 1987 dispose expressément que l'Etat doit reconnaître et promouvoir tous les droits des communautés autochtones et locales et notamment respecter et protéger leurs droits à la préservation et au développement de leurs cultures, traditions, et institutions (art. XIV, section 17).

[203] La loi sur les droits des peuples autochtones du 29 octobre 1997 oblige les Etats à prendre des mesures pour protéger les droits des communautés autochtones et locales et garantir le respect de leur intégrité culturelle (Chap. I, Section 2, e). Ces droits doivent être considérés dans la formulation de plans et de politiques nationaux.

[204] L'Accord du 24 février 1999 portant révision de l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 instituant une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle oblige les Etats à protéger, sauvegarder, promouvoir le patrimoine culturel matériel et immatériel par un inventaire, la fixation, le classement, la mise en sécurité, et l'illustration de ses éléments constitutifs (art. 72).

β) La reconnaissance des détenteurs de connaissances des pays développés

55. L'importance de la reconnaissance pour les détenteurs des pays développés. Les détenteurs des pays développés donnent une certaine importance à la reconnaissance symbolique de leurs savoirs. A. Honneth a créé une « théorie de la reconnaissance » soulignant la nécessité qu'autrui reconnaisse les propres capacités des autres dans le but de garantir une « reconnaissance réciproque » et ainsi assurer la « formation de l'identité personnelle[205] ». Ces détenteurs sont sensibles à la réputation, à la notoriété et à la paternité de leurs connaissances. Ils seront incités à poursuivre leurs recherches et à les partager dès lors que les résultats leur sont attribués et que leur nom, par le biais de leur signature, fait le lien entre leurs connaissances et leur propre personne[206]. F. Latrive explique que les chercheurs sont mêmes incités à publier leurs résultats le plus vite possible « pour bénéficier le premier du crédit symbolique attaché à la communication de la connaissance[207]. »

56. Les avantages d'une reconnaissance de la paternité des savoirs. Lorsque les détenteurs de savoirs sont reconnus et évalués par leurs pairs, ils ont alors l'opportunité de bénéficier d'une place et d'un rang ainsi que d'obtenir de meilleurs postes ou de meilleurs financements[208]. Un capital de réputation et une certaine légitimité sont alors garantis. La reconnaissance accroît en outre la volonté de créer de nouveaux savoirs. F. Latrive parle de « reconnaissance symbolique » qui serait un « puissant moteur » pour inciter à la création[209]. La réputation et la légitimité donc sont autant recherchées qu'une contrepartie monétaire. Comme le souligne D. Foray, les mécanismes de récompense du travail de connaissance nécessitent des économies non réduites aux seules valeurs monétaires mais aussi des récompenses d'honneur[210]. Dans le même sens, des recherches de l'OMPI exposent que de nombreux facteurs, au-delà du seul revenu, incitent à la création[211]. D'ailleurs, T. Hubbard et

---

[205] A. Honneth expose que : « J'ai défendu la thèse selon laquelle l'attente normative que les sujets adressent à la société s'oriente en fonction de la visée de voir reconnaître leurs capacités par l'autrui généralisé » et « ce qu'il y a de juste ou de bon dans une société se mesure à sa capacité à assurer les conditions de la reconnaissance réciproque qui permettent à la formation de l'identité personnelle – et donc à la réalisation de soi de l'individu – de s'accomplir de façon satisfaisante. » Voir Honneth, A., « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 133-136.

[206] Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 34.

[207] Latrive, F., *op. cit*.

[208] Latrive, F., *op. cit*.

[209] Latrice, F., *op. cit*., p. 56.

[210] Foray, D., *L'Economie de la connaissance*, La Découverte, Paris, 2000.

[211] A. Cuntz souligne que les motivations à la création sont très diverses et souvent guidées par des considérations non monétaires. Par exemple, un comportement altruiste récompensé par un prix ou une subvention renforce la réputation et la

J. Love proposent de créer un fonds de récompense d'innovation (*Innovation prize funds*) qui attribuerait des prix pour récompenser les découvertes de traitements efficaces dont les résultats sont librement exploitables[212].

57. La reconnaissance n'est pas une fin en soi. Toute contrepartie monétaire n'est pas à exclure car elle peut intervenir par la suite, telle un « contre-don[213] ». F. Latrive souligne que : « Le bénéfice financier peut survenir ensuite, grâce à la réputation acquise. Ou pas[214]. » Cependant, tous les détenteurs de connaissances issus des pays développés ne peuvent se satisfaire d'une reconnaissance symbolique, et particulièrement les détenteurs du secteur privé, car des intérêts économiques sont souvent voire majoritairement présents. F. Latrive souligne l'importance de l'argent dans notre société et qu'il est facile de « se nourrir d'honneurs ou de réputations[215] » dans le monde académique puisque le financement provient de l'argent public[216]. L'enseignement jouerait le rôle de « produit dérivé monnayable de la connaissance[217] ». Or, ce n'est pas le cas dans le secteur privé. Une contrepartie uniquement non-monétaire semble en effet insuffisante à inciter à la création de nouvelles connaissances car les débouchés commerciaux sont trop aléatoires pour justifier de tels investissements privés. C'est pour cette raison que le secteur privé dévoilerait rarement ses connaissances. F. Latrive expose bien cette distinction entre le secteur public et le secteur privé en comparant deux situations lors d'un colloque scientifique :

> « À quoi ressemble un colloque scientifique ? Des personnes venues des deux hémisphères décrivent à un auditoire plus ou moins attentif le détail de leurs travaux. À la sortie, il suffit en général de se servir pour récupérer une copie de leur communication.

reconnaissance du détenteur. Voir Cuntz, A., « Droit d'auteur et valorisation de la créativité : aller au-delà du revenu », *OMPI Magazine*, juin 2019.

[212] Hubbard, T., Love, J., « The Big Idea : Prizes to Stimulate R&D for New Medicines », *Chicago-Kent Law Review,* Vol. 82, No. 3, 2007, cité par Aigrain, P., « Innovation partagée et biens communs en biologie », *in* Bellivier, F., *et al*. *La bioéquité,* Autrement « Frontières », 2009, pp. 55-67, spé. p. 67.

[213] Le sociologue M. Mauss expose que dans toutes les cultures, il existe une « culture du don ». L'acte de donner s'analyse selon trois niveaux : le donner, le recevoir et le rendre. Certes le don apparaît comme l'acte de donner sans contrepartie mais le receveur aurait comme un devoir implicite de donner en retour (contre-don). M. Mauss appelle cela le « système de prestation totale ». M. Mauss considère que ce système d'échange est éternel et universel. En effet, des auteurs renouvellent cette approche avec la culture libre de l'informatique. N. Oliveri souligne qu'une culture du « don technologique » existe avec les préceptes du logiciel libre et de l'*open source*. Il donne l'exemple du principe d'accès au code source d'un logiciel (le don) qui oblige l'utilisateur à faire jouir autrui des modifications apportées (contre-don). Voir Mauss, M., *Essai sur le don,* PUF, Sociologie et anthropologie, 12ème éd., « Quadrige », 2010 ; Oliveri, N., « Logiciel libre et open source : une culture du don technologique », *Quaderni,* No. 76, 2011, pp. 111-119, spé. p. 112.

[214] Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 56.

[215] F. Latrive expose que : « L'argent garde cependant un rôle central dans nos sociétés. Il serait donc naïf de refuser les incitations directement monétaires. » Voir Latrive, F., *op. cit*., p. 56.

[216] Latrive, F., *op. cit*., p. 34.

[217] Latrive, F., *op. cit*. p. 34.

> Ainsi, un spécialiste de la théorie des ondelettes de l'université de Stanford repartira avec dans sa mallette l'intégralité des dernières avancées d'un chercheur de l'université d'Orsay, en région parisienne. Rentré en Californie, il pourra les décortiquer, tenter de reproduire les expériences du Français, et s'en inspirer pour faire avancer ses propres travaux. Imaginons maintenant la même scène dans un contexte d'entreprises privées ; le patron de Renault explique à la tribune comment ses équipes ont mis au point un injecteur électronique capable de réduire la consommation d'un facteur dix et face à lui, les représentants des firmes concurrentes prennent des notes. À leur retour, les ingénieurs mettent à profit cette découverte pour commercialiser des voitures tout aussi peu gourmandes. Ce parallèle est bien entendu absurde : si la première scène, quoiqu'un peu idéaliste, est banale, la seconde tient de la pure fiction[218]. »

Ainsi, alors que le secteur public a pour habitude de partager librement ses connaissances, le secteur privé préfèrera une protection exclusive. Cette distinction pourrait s'expliquer par le fait que le secteur public a plutôt tendance à présenter des connaissances théoriques (non appropriables car incluses dans le patrimoine commun) tandis que le secteur privé présente généralement des connaissances pratiques appropriables privativement[219]. En tout état de cause, une contrepartie monétaire devrait être prévue pour inciter le secteur privé des cultures occidentales et industrialisées à partager librement ses connaissances car il ne peut être nié que « dans le privé, les avancées technologiques sont guidées par le profit et le pouvoir[220]. »

58. Transition. En plus de reconnaître le droit à la paternité des savoirs, les détenteurs devraient donc bénéficier d'un droit à une contrepartie lorsqu'ils ont partagé leurs savoirs.

b) Droit à une contrepartie en raison du partage des savoirs

59. La pertinence d'un droit à une contrepartie. Les développements de A.C. Renouard sur la légitimité d'une contrepartie à l'égard de l'auteur pourraient être étendus à tous les détenteurs de savoirs. Il souligne que les connaissances sont de légitimes objets de paiement en raison de l'apport aux progrès des connaissances et aux effets positifs pour toute l'humanité et non à un individu isolé[221]. Les détenteurs partageant leurs savoirs sont, en effet, nécessairement

[218] Latrive, F., *op. cit*., p. 33.

[219] Cette distinction entre connaissances théoriques et connaissances pratiques sera étudiée tout au long de la thèse.

[220] Latrive, F., *op. cit*., p. 34.

[221] A.C. Renouard souligne que : « En dotant l'humanité d'une nouvelle combinaison de pensées, il n'a pas créé un objet destiné

utiles à la société de sorte qu'une contrepartie devrait légitimement leur être garantie pour les récompenser. Ne pas prévoir une contrepartie au bénéfice des détenteurs serait du reste dommageable pour l'humanité car ces derniers seraient de moins en moins incités à créer des connaissances nouvelles[222]. En effet, cette contrepartie aurait pour effet d'inciter les détenteurs à davantage partager leurs savoirs et conséquemment à stimuler l'innovation. Il apparaît alors légitime que les utilisateurs de connaissances récompensent les détenteurs du partage de leurs savoirs. A.C. Renouard va même jusqu'à parler de « service rendu[223] » et de « dette sociale[224] » dus aux tiers car les auteurs ont été utiles à l'humanité[225]. L'absence de contrepartie serait d'ailleurs contraire à toute idée sociale : « ce serait prendre tout à la société sans rien y mettre, ce serait exploiter nos semblables, ce serait renversement de toute idée sociale[226]. » Aussi, selon M.A. Frison-Roche, lorsque le détenteur ne peut pas s'opposer à un droit d'accès des tiers, il est en droit d'exiger une contrepartie financière à l'accès sous la forme d'un prix équitable[227]. À défaut, l'auteur considère que ce serait un acte parasitaire si le tiers profite de l'accès à l'information sans rétribuer le détenteur[228]. Cependant, la question est de savoir si une telle rétribution est justifiée lorsque les savoirs conditionnent la vie des individus. Même si le prix est dit « équitable », certains individus seront tout de même exclus car ils n'auront pas la capacité de payer un tel prix pour accéder et utiliser les savoirs. La question demeure donc quant à la rétribution du détenteur pour le récompenser d'avoir partagé ses savoirs[229].

à accroître une richesse individuelle ; il a grossi le trésor commun des idées qui, sans être propre à tels individus déterminés, est le vaste réservoir dans lequel tous pourront puiser, et qui ne fera que grossir et s'accroître par cela même que l'on y puisera davantage. » Voir Renouard, A.C., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence,* T. 5, 1837, pp. 241-274, spé. p. 264.

[222] A.C. Renouard poursuit en se demandant : « Et pourquoi ce travail ne recevrait-il pas son salaire, comme tout autre ? Ce sont les idées qui gouvernent le monde ; c'est par elles que l'humanité s'améliore, que le sort des individus s'agrandit, que l'empire de l'intelligence s'étend sur les forces de la nature. Maltraiter les producteurs d'idées, c'est une ingratitude (…) c'est frapper de stérilité la mine la plus abondante des richesses, la source de toutes les richesses. » Voir Renouard, A.C., *ibid*., p. 263-264. Dans le même sens, L. Walras considère que l'absence d'une rémunération de la création intellectuelle serait néfaste à la collectivité car « la recherche des théories scientifiques, la poursuite des inventions industrielles, la composition des œuvres d'art et de littérature serait, sinon tout à fait abandonnée, du moins considérablement négligée… ». Voir Jeanneney, J.N., « La culture gratuite ? Illusions et hypocrisies », *Le Débat,* No. 146, 2007, pp. 165-170, spé. p. 167.

[223] Renouard, A.C., *ibid*., p. 266.

[224] A.C. Renouard affirme : « Récompensez les auteurs. Payez-leur la dette sociale. » Voir Renouard, A.C., *ibid*., p. 264.

[225] A.C. Renouard insiste sur l'utilité du partage de l'œuvre pour l'humanité : « Car pourquoi paie-t-on l'auteur ? Parce qu'il est utile à l'humanité, dont il sert les plaisirs et les progrès. » Voir Renouard, A.C., *ibid*., p. 264.

[226] Renouard, A.C., *ibid*., p. 269.

[227] Frison-Roche, M.A., « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », *in Propriété intellectuelle et mondialisation,* Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, pp. 165-175, spé. p. 175.

[228] P. Pushpangafhan expose notamment que c'est une ironie que les communautés qui ont préservé le matériel génétique, utilisé pour développer de nouvelles souches, depuis des milliers d'années, soient désormais privées de tout bénéfice direct ou indirect et qu'il est de justice naturelle que les droits des communautés autochtones et locales dans cette matière soient protégés légalement [Notre traduction]: « It is an irony that the communities who have preserved the germplasm used in developing new strains, for thousands of years, are deprived of any direct or indirect benefits. It is natural justice that the rights of the indigenous communities in this matter be legally protected. » Voir Pushpangafhan, P., « Tribal and Rural Farmer-Conservers », *Agrobiodiversity and Farmers'Rights,* MS Swaminathan Research Foundation, Proceedings No. 14, 1996, spé. p. 168-169.

[229] La réponse à cette question sera étudiée dans la seconde partie de la thèse.

60. Le fondement d'une contrepartie équitable. Le régime *sui generis* de protection des savoirs devrait alors garantir une contrepartie équitable lorsque les détenteurs partagent librement leurs savoirs. Il convient de se demander si une telle contrepartie serait la conséquence de la reconnaissance de droits patrimoniaux, comme en droit d'auteur (art. L. 111-1 du CPI). Ce sont en effet ces droits patrimoniaux qui permettent à l'auteur ou à ses ayants droit d'exploiter l'œuvre, et notamment de percevoir une contrepartie financière pour l'exploitation de l'œuvre par des tiers[230]. De la même manière, le détenteur de savoirs devrait percevoir une contrepartie en raison du partage de ses connaissances. Ce qui nous permet de considérer que des droits patrimoniaux pourraient être admis est que, dans les deux cas, il s'agit de donner au détenteur d'une œuvre ou d'un savoir une contrepartie pour l'exploitation de ces derniers par les tiers. De plus, même si la durée des droits patrimoniaux est limitée, elle demeure suffisamment longue puisqu'elle s'applique durant toute la vie de l'auteur et 70 ans après son décès. Le détenteur de connaissances est ainsi assuré d'être rétribué pour le partage de ses savoirs pendant une période relativement longue. Cette durée peut même paraître trop longue car les savoirs sont par nature évolutifs et certains d'entre eux n'auront plus le même intérêt voire seront obsolètes rapidement. Néanmoins, les détenteurs de savoirs ne rechercheront pas toujours à recevoir des contreparties monétaires car certains, en particulier les communautés autochtones et locales, donnent davantage d'importance aux contreparties non-monétaires. Le régime *sui generis* devrait par conséquent s'inspirer des droits patrimoniaux reconnus en droit d'auteur tout en s'en distinguant pour interpréter la notion de contrepartie de manière plus large.

61. La distinction entre rémunération équitable et compensation équitable. La contrepartie ne sera pas désignée de la même manière selon le détenteur concerné. En effet, une distinction devrait être posée entre une rémunération équitable et une compensation équitable. La première désigne la contrepartie économique de l'utilisation de l'œuvre ou de connaissances pour concilier les intérêts du détenteur et ceux des tiers. La seconde se réfère plutôt à la réparation d'un préjudice subi par les titulaires de droits en raison du partage des connaissances et le montant de la compensation pourrait dépendre du préjudice causé. Le terme de compensation équitable concernerait alors davantage les communautés autochtones et locales.

[230] Selon M. Vivant et J.M. Bruguière : « Ces prérogatives patrimoniales (…) permettent à celui-ci de vivre. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 520.

Le Protocole de Nagoya[231] se consacre d'ailleurs à garantir l'application de l'article 8-j) de la Convention sur la diversité biologique, et plus particulièrement le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées[232]. Nous verrons toutefois que les communautés autochtones et locales ne sont pas les seules à subir un préjudice en raison du partage de leurs savoirs car certains détenteurs des pays développés peuvent ne pas avoir le choix entre protection exclusive et protection inclusive.

62. La nécessité d'une contrepartie réelle et sérieuse. Lorsque les savoirs sont partagés, un contrat devrait nécessairement être conclu. Le mécanisme de partage des avantages prévu par le Protocole de Nagoya à l'égard des communautés autochtones et locales est en effet associé à des obligations contractuelles. L'article 9.3 dispose que les parties doivent s'efforcer d'appuyer l'élaboration de clauses contractuelles types pour le partage des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Mais encore, l'article 19.1 précise que : « Chaque partie encourage, selon qu'il convient, l'élaboration, la mise à jour et l'utilisation de clauses contractuelles types sectorielles et intersectorielles pour les conditions convenues d'un commun accord. » Aussi, les autres détenteurs issus des pays développés semblent majoritairement recourir aux contrats, notamment aux licences libres, pour partager librement leurs savoirs. Tout contrat doit donc prévoir une contrepartie pour avoir partagé les savoirs. Par exemple, la législation française[233] impose l'existence d'un équilibre contractuel de sorte que tout engagement souscrit dans un contrat à titre onéreux doit avoir une contrepartie à peine de nullité. La nullité devrait être qualifiée de relative dans la mesure où elle vise à sauvegarder l'intérêt privé du détenteur. Cette contrepartie ne doit pas non plus être illusoire ou dérisoire, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être totalement absente ou ne pas présenter l'utilité ou l'efficience escomptée par le bénéficiaire lors de la conclusion du contrat[234]. À défaut, en cas de contrepartie dérisoire ou insignifiante, alors

[231] Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique a été adopté par la dixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, le 29 octobre 2010 à Nagoya et est entré en vigueur le 12 octobre 2014.

[232] Le respect des dispositions du protocole de Nagoya est notamment imposé en Europe suite à l'adoption du règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation.

[233] Art. 1169 du Code civil.

[234] Hontebeyrie, A., « Article 1167 la contrepartie illusoire ou dérisoire », *Revue des contrats*, No. 3, p. 757.

il y a absence de cause du contrat[235]. La cause objective remplit, selon P. Simler, une fonction économique et régulatrice majeure car elle impose que toute obligation doit avoir une justification économique contribuant à la circulation des biens et des richesses[236]. Cette exigence vaut aussi bien pour les contrats synallagmatiques que pour les contrats unilatéraux dès lors qu'ils sont à titre onéreux. Par conséquent, lorsque les détenteurs partagent leurs savoirs en échange d'une contrepartie financière, ils concluent un contrat synallagmatique à titre onéreux puisque les deux parties contractantes sont tenues à une obligation, l'une à partager ses savoirs et l'autre à délivrer une contrepartie. Le contrat est bien à titre onéreux puisque les détenteurs s'engagent en considération d'un avantage qui leur sera procuré. Dès lors, les détenteurs ne font aucunement une donation directe ou déguisée mais ils concluent une opération avec l'attente d'une contrepartie réelle et sérieuse. La contrepartie ne devrait toutefois pas nécessairement être envisagée sous une forme monétaire.

63. Transition. Le régime *sui generis* de protection des savoirs devrait, en plus de reconnaître un droit de paternité et un droit à une contrepartie au profit des détenteurs, suivre une logique d'inclusion plutôt qu'une logique d'exclusion afin d'articuler les objectifs de protection et de partage.

2) La préférence pour un régime *sui generis* de protection inclusive

64. Les objectifs d'un régime *sui generis* en termes de protection. Le régime *sui generis* devrait avoir pour objectif de protéger les savoirs contre l'appropriation indue mais aussi de les protéger pour leur préservation ou leur sauvegarde. Tandis que le premier vise à lutter contre l'appropriation et l'utilisation non-autorisées des savoirs par les tiers, les seconds renvoient à l'identification, la fixation, la transmission, la revitalisation ou encore la promotion des savoirs pour en assurer le maintien et la continuité. Toutefois, ces deux formes de protection, bien que distinctes et poursuivant des objectifs différents, peuvent et devraient être mises en œuvre ensemble pour garantir une protection complète des savoirs[237]. En effet, protéger contre

[235] Simler, P., « Contrat - Contenu du contrat : contrepartie illusoire ou dérisoire - Absence de cause (C. civ., art. 1131 et 1132 anciens) », *Juris-Classeur Civil Code*, 2016.

[236] Simler, P., « Art. 1162 à 1171 - Fasc. 10 : Contrat. - Contenu du contrat : définition. - Objet et cause de l'obligation (C. civ., art. 1126 à 1131 anciens) », *Juris-Classeur Civil Code*, 2016.

[237] Par exemple, la législation brésilienne souligne que la protection des savoirs « traditionnels » ne doit pas empêcher la préservation, l'utilisation et l'amélioration de ces savoirs et que l'usage coutumier par les communautés doit être préservé dans tous les cas. Voir art. 8.III et 4 de la Mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs.

l'appropriation indue et protéger pour préserver ou sauvegarder sont en quelque sorte interdépendants. Si une protection effective contre l'appropriation indue est mise en œuvre, les savoirs seront protégés mais aussi préservés et sauvegardés puisque la paternité des détenteurs sur leurs savoirs sera reconnue et ils seront encouragés à continuer leur utilisation et leur transmission. Aussi, si les savoirs sont préservés et sauvegardés, alors une protection contre l'appropriation indue serait légitime puisque les savoirs seront entre les mains d'un détenteur qui aura la volonté de se protéger contre les appropriations illicites des tiers remettant en cause leur préservation sur le long terme. Par conséquent, la protection contre l'appropriation indue et la protection pour préserver ou sauvegarder sont deux formes de protection qui se complètent et se justifient réciproquement.

65. La question de la protection des savoirs par les droits de propriété intellectuelle. Lorsqu'une protection des savoirs est recherchée, le régime de prédilection des créations intellectuelles que sont les droits de propriété intellectuelle apparaît comme une évidence. Selon certains textes et une partie de la doctrine, les savoirs « traditionnels » des communautés autochtones et locales devraient être protégés par les droits de propriété intellectuelle[238]. G. Aguilar expose qu'il existe une connexion entre les savoirs dits « traditionnels » et les droits de propriété intellectuelle car ces derniers soulignent la reconnaissance des apports de la créativité humaine et protègent les efforts intellectuels[239]. Dans le même sens, l'article 1er de la Déclaration de Mataatua[240] et l'article 31.1 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones[241] prévoient la protection des savoirs par les droits de propriété intellectuelle en les teintant d'une spécificité (propriété intellectuelle collective). M.A. Hermitte va même jusqu'à considérer que la protection des savoirs dits « traditionnels » par les droits de propriété intellectuelle est nécessaire : « Pour faire reconnaître l'existence autonome de la

[238] G. Dutfield explique que les communautés autochtones et locales reconnaissent parfois la notion de propriété dans leur droit coutumier et T. Griffiths expose que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas culturellement inappropriés. Par exemple, les peuples amérindiens (les *Shuars*) voient les savoirs du shaman comme un produit échangeable qui peut être acheté, vendu et prêté. De même, les *Mosquitos*, ethnie américaine autochtone d'Amérique centrale, considèrent leurs remèdes comme une propriété privée. Lorsque les savoirs sont secrets, ils se rapprochent d'un droit de propriété établissant des règles d'accès et d'utilisation. Voir Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 246.

[239] [Notre traduction] « Very important connection between protection of TK and IP systems because IPR are about recognition/respect of the contributions of human creativity (protection of intellectual efforts). » Voir Aguilar, G., « Access to genetic resources and protection of traditional knowledge in the territories of indigenous peoples », *Environmental Science & Policy*, Vol. 4, No 4-5, 2001, pp. 241-256.

[240] En effet, l'art. 1er dispose que les communautés autochtones et locales devraient définir leurs propres droits de propriété intellectuelle et culturelle.

[241] L'art. 31.1 dispose que les communautés autochtones et locales « ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles. »

culture autochtone, seul un droit intellectuel ancré dans la loi sera efficace[242]. » Cependant, un tel régime n'est pas toujours adapté car il n'offre qu'une protection indirecte des savoirs et a tendance à écarter tout acte de partage en favorisant un droit de propriété individuel, exclusif et qui se veut absolu.

66. L'inadaptation des droits de propriété intellectuelle actuels à l'égard des détenteurs de savoirs en général. Les objectifs des droits de propriété intellectuelle existants apparaissent peu adaptés à la protection des savoirs. D'abord, les détenteurs ne recherchent pas une protection privilégiant seulement une logique d'exclusion. Le but recherché par certains détenteurs peut être de protéger leurs savoirs pour garantir un partage sécurisé et durable ainsi que pour assurer l'origine de leurs savoirs, leur conservation et leur préservation. Or, les droits de propriété intellectuelle visent uniquement à protéger contre l'appropriation indue et les utilisations non-autorisées. Il est aussi reproché aux droits de propriété intellectuelle de protéger les savoirs uniquement contre les préjudices économiques et non contre les autres formes de préjudice[243]. Par exemple, un préjudice culturel pourrait être subi en cas d'appropriation indue d'un savoir auparavant librement accessible et utilisable. Une telle appropriation présente des conséquences négatives sur la culture ou le progrès des sciences.

67. L'inadaptation des droits de propriété intellectuelle actuels à l'égard des détenteurs de savoirs « traditionnels ». Concernant particulièrement les communautés autochtones et locales, le risque est d'isoler leurs savoirs pour ne garantir que des intérêts économiques, c'est-à-dire de les retirer de leur contexte et de leurs relations culturelles et écologiques. Or, les savoirs « traditionnels » sont nécessaires pour garantir l'identité de la communauté, sa survivance et son autodétermination. Cela revient à menacer leur mode de vie, les territoires ancestraux et les ressources[244]. L'inadaptation des droits de propriété intellectuelle s'explique également par les comportements de « biopiraterie » dont sont victimes les communautés autochtones et locales. Les seuls bénéficiaires seraient les entreprises

[242] Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 124.

[243] Comme le souligne B. Remiche : « Or la propriété intellectuelle ne peut en aucun cas être réduite à un simple objet de commerce car elle touche à des domaines qui justifient pleinement un traitement spécifique : que ce soit la culture, l'enseignement, la santé ou l'environnement on ne peut traiter des inventions ou des créations dans ces domaines comme de simples objets de commerce. » Voir Remiche, B., « La propriété intellectuelle : outil de développement ou arme de domination ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 921.

[244] Oguamanam, C., « Local Knowledge as Trapped Knowledge : Intellectual Property, Culture, Power and Politics », *The Journal of World Intellectual Property,* Vol. 11, No. 1, 2008, pp. 29-57, spé. p. 39.

transnationales dont les intérêts sont différents[245]. Pourtant, G. Dutfield souligne que la conférence des parties (COP) est devenue un forum dans lequel l'Accord sur les ADPIC, et donc les droits de propriété intellectuelle, sont débattus et critiqués[246]. Par exemple, l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC dispose que les droits de propriété intellectuelle devraient avoir pour but de garantir le « bien-être social » et de contribuer à « l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques. » La Convention sur la diversité biologique conçoit d'ailleurs les droits de propriété intellectuelle comme un outil de réalisation de ses propres objectifs mais avec certaines adaptations. Ces adaptations appellent à la mise en place d'un régime *sui generis* de façon à façonner les droits de propriété intellectuelle aux objectifs de la Convention, et notamment reconnaître des droits aux communautés autochtones et locales. Aussi, P.A. Collot[247] interprète l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC comme prévoyant que les droits exclusifs peuvent être matériellement restreints par les législations nationales pour tenir compte des exigences liées à la protection des savoirs traditionnels. Ces droits exclusifs sont néanmoins rarement limités puisqu'une telle limitation ne doit pas porter atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale de l'objet protégé ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire des droits. Surtout, cet article protégerait les savoirs « traditionnels » sous la forme d'exceptions au principe des droits exclusifs. Or, il n'est pas suffisant de considérer que l'utilisation des savoirs par les communautés autochtones et locales est une exception aux droits exclusifs. Tout détenteur devrait détenir pleinement des droits relatifs au contrôle de l'accès et de l'utilisation de ses savoirs. Mais encore, les droits de propriété intellectuelle semblent inadaptés aux communautés autochtones et locales car ils ignorent le droit coutumier et traitent les savoirs comme étant dans le domaine public librement accessibles et utilisables par tous.

68. La pertinence de la théorie des communs. Par conséquent, que ce soit à l'égard des communautés détentrices de savoirs « traditionnels » ou des détenteurs d'autres formes de savoirs, ils devraient tous bénéficier d'un régime *sui generis* privilégiant une protection directe et inclusive desdits savoirs. Un tel régime protégerait les détenteurs par la reconnaissance de

[245] En effet, G. Dutfield expose cette incompatibilité de l'Accord sur les ADPIC aux savoirs des communautés autochtones et locales en exposant que cet accord ne promeut pas leurs intérêts et existe uniquement parce que les pays développés ont insisté pour l'existence d'un tel accord. Voir Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 274.

[246] En effet, la conférence des parties (COP) est constituée de délégations nationales incluant des fonctionnaires des ministères de l'environnement et entretenant des liens étroits avec des activistes représentant des ONG internationales. Voir Dutfield, G., *ibid*., spé. p. 261.

[247] Collot, P.A., « La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection *sui generis* », *Droit et Cultures*, Vol. 53, No. 1, 2007, pp. 181-209.

droits et garantirait un partage durable des savoirs par l'établissement de principes à obligatoirement respecter. Ainsi, la volonté des détenteurs de partager leurs savoirs ne doit pas signifier l'abandon de toute protection juridique. En définitive, le régime des « communs » apparaît opportun pour articuler un système de partage et de protection des savoirs.

69. Articuler protection et partage des savoirs. La problématique de cette thèse est alors de se demander si un système conciliant à la fois protection juridique et partage des savoirs est possible. Il s'agit de vérifier si et à quelles conditions une articulation des régimes applicables est possible afin de dépasser une approche antinomique trop souvent présentée comme une évidence. Ne se satisfaisant pas d'une problématique basée sur la logique de l'opposition (partie I), nous développerons une approche visant à articuler les objectifs de protection et de partage des savoirs pour aboutir à une conciliation grâce à l'élaboration d'un régime *sui generis* (partie II).

> Première partie – Protection juridique et partage des savoirs : l'abandon d'une logique de l'opposition
>
> Deuxième partie – Proposition d'un régime *sui generis* conciliant protection juridique et partage des savoirs

PREMIERE PARTIE

PROTECTION JURIDIQUE ET PARTAGE DES SAVOIRS : L'ABANDON D'UNE LOGIQUE DE L'OPPOSITION

62. Protection juridique et partage, entre opposition et conciliation. Ces deux notions, en apparence opposées, pourraient-elles se concilier au sein d'un régime juridique unique ? De prime abord, une réponse négative s'impose dans la mesure où une logique de l'opposition a longtemps triomphé voire continue de prévaloir. La protection juridique n'est alors interprétée qu'en termes individuels et exclusivistes. Au contraire, le partage est conçu comme une finalité dangereuse et inefficace. Il serait néanmoins intéressant de dépasser cette approche antinomique trop souvent présentée comme une évidence incontestable. Il semble en effet réducteur de ne concevoir la protection juridique qu'en une dévolution de prérogatives dans le but d'exclure les tiers au bénéfice d'un seul détenteur. L'objectif de cette première partie est alors d'exposer qu'un régime favorisant le partage pourrait potentiellement s'accorder à un régime de protection juridique sous certaines conditions bien précises. Cet objectif sera mis en œuvre à l'égard des savoirs, notion large, sujette à diverses définitions selon les personnes, les époques ou encore les lieux. Les savoirs constituent un objet d'étude approprié pour résoudre et comprendre les enjeux de cette problématique car ils ont bien connu les deux phases au cœur de cette thèse, la protection juridique ou le partage. Ainsi, en étudiant ces différentes étapes vécues par les savoirs, il sera possible d'évaluer si une troisième phase, conciliant protection juridique et partage, ne serait pas plus opportune.

63. Plan. Il apparaît tout d'abord primordial de déterminer l'objet principal de cette thèse : les savoirs (titre I), avant de s'interroger sur la pertinence d'une opposition fréquemment présentée qui obligerait à choisir entre une protection juridique et un partage des savoirs (titre II). Il s'agit alors de se demander si la protection des savoirs exclut *ipso facto* leur partage ou encore si ces deux logiques sont par nature antinomiques. En d'autres termes, le choix d'une protection juridique des savoirs induirait-il nécessairement un rejet de tout partage des savoirs et *vice versa* ?

- Titre I. De quels savoirs s'agit-il ?
- Titre II. L'articulation entre la protection juridique et le partage des savoirs : une conciliation envisageable.

TITRE I

DE QUELS SAVOIRS S'AGIT-IL ?

64. La difficulté de définir les savoirs. Comme le soulignent H.D. Evers, M. Kaiser et C. Muller, il se ressent un « besoin d'en savoir davantage sur le savoir »[246]. Il apparaît en effet indispensable de définir les contours des savoirs afin de mieux les appréhender, en particulier juridiquement. Or, ce concept est, pour le moment, vague et faiblement défini par le droit. Jusqu'alors, les juristes se sont concentrés sur les informations, sur les données ou encore sur les savoir-faire, sans se questionner sur le socle, c'est-à-dire sur ce qui est inhérent à tous ces éléments : les savoirs. Le manque d'une définition de ces derniers s'explique probablement par le fait qu'une telle définition n'est pas chose aisée au regard de leur diversité. La notion de « savoirs » est un terme général, une notion plurielle, sujette à des interprétations subjectives et donc à des définitions diverses ne relevant pas uniquement du domaine juridique. Cependant, il est apparu que, en analysant l'ensemble des définitions existantes, des éléments récurrents se sont dégagés constituant la base d'une appréhension unique, générale et juridique de ces derniers. Il convient toutefois de souligner que l'enjeu de ce titre est d'aller plus loin qu'une conception occidentale réductrice. Les savoirs n'ont pas de frontières, ils existent dans tous les pays et dans toutes les localités. Une définition de ces derniers doit alors impérativement épouser cette réalité pour ne pas perdre toute pertinence.

65. Plan. Même si la notion de « savoirs » est plurielle et se dérobe à toute définition unique et homogène (chapitre I), il est néanmoins possible et nécessaire de proposer une définition juridique de celle-ci (chapitre II).

- Chapitre I. Les savoirs, une notion plurielle.
- Chapitre II. Proposition d'une définition juridique des savoirs.

[246] Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C., « Savoir et développement : les appareils épidémiques dans le contexte mondial », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 67-82.

CHAPITRE I

LES SAVOIRS, UNE NOTION PLURIELLE

66. Diversité des savoirs disciplinairement et géographiquement. Savoir symbolique, savoir scientifique, connaissances, savoirs ignorés, savoirs exposés, savoirs occidentaux, savoirs traditionnels. Ces quelques exemples démontrent la pluralité des savoirs mais aussi la difficulté à en tirer une définition unique et homogène. Différentes matières se sont intéressées à définir les savoirs, à établir leur origine (historique, sociale), leurs éléments constitutifs, le contexte dans lequel ils sont créés ou encore leur nature et leurs effets. Le travail de ces disciplines sur les savoirs mérite de s'y pencher plus longuement, d'abord parce que la matière juridique est pauvre dans ce domaine, mais aussi parce que c'est en associant les interprétations de l'ensemble des matières qu'il est possible de trouver des points communs et potentiellement d'en tirer une définition harmonieuse et pertinente pour tous. Néanmoins, une autre difficulté doit être soulignée. La définition des savoirs varie selon l'échelle, mondiale ou locale, sur laquelle nous nous plaçons. Les savoirs seront plus ou moins importants voire légitimes selon le pays ou selon la localité dont ils sont issus. Une hiérarchie des savoirs est rapidement établie et imposée globalement. Or, il apparaît nécessaire de s'interroger sur la pertinence et la véracité d'une telle hiérarchie pour ensuite établir une définition objective et fidèle à la réalité. C'est particulièrement sur ce point que la conception des savoirs ne doit pas se réduire à la seule conception occidentale, souvent imposée comme l'unique conception fondée.

67. Plan. Une définition homogène des savoirs apparaît difficile dans la mesure où les savoirs sont définis sous différentes formes, aussi bien selon les disciplines (section I) que selon les échelles (section II).

- Section I. Les définitions des savoirs selon les disciplines.
- Section II. Les définitions des savoirs selon les échelles.

SECTION I

Les définitions des savoirs selon les disciplines

68. Plan. Chaque discipline propose sa propre définition des savoirs. Il sera alors étudié l'interprétation des savoirs dans les domaines de la philosophie et de l'anthropologie (paragraphe I), puis seront présentées les définitions des savoirs en économie et en sociologie (paragraphe II). Il conviendra de souligner qu'au-delà des divergences, ces différentes disciplines convergent sur certains points.

PARAGRAPHE I. LES SAVOIRS EN PHILOSOPHIE ET EN ANTHROPOLOGIE

69. Plan. Les philosophes, par le biais d'une « théorie de la connaissance », présentent les savoirs en essayant de comprendre principalement leur origine (A). Du côté de l'anthropologie, des typologies selon les différents types de savoirs ont été établies, en particulier entre le savoir symbolique et le savoir scientifique, tout en insistant sur l'importance de la contextualisation (B).

A) Les savoirs et la « théorie de la connaissance » en philosophie

70. Connaissances et savoirs. Dans la mesure où le savoir ou la connaissance ont été (et sont encore) étudiés en philosophie, ce domaine pourrait nous apporter de la matière pour définir ce que sont les savoirs. La « théorie de la connaissance » en philosophie étudie la nature, les origines, les contenus, les moyens et les limites de la connaissance. Cette théorie inclut un inventaire des instruments nécessaires pour connaître. Le savoir fait partie de ces instruments nécessaires à la connaissance. Ainsi, connaissance et savoir se distinguent puisque le savoir est l'outil de la connaissance[247]. La connaissance désigne « un rapport de la pensée à la réalité extérieure et engage la notion de vérité comme adéquation de l'esprit et de la chose.[248] » J. Baechler expose en effet que connaître revient à rechercher le vrai contre le faux[249]. La connaissance, selon Platon, se placerait, par ailleurs, à l'intersection entre les vérités et les

[247] Besnier, J.M., *Les théories de la connaissance*, [En ligne], Que sais-je, Presses Universitaires de France, 2016, 128 p. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/les-theories-de-la-connaissance--9782130786030.htm

[248] Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y., « Connaissance », [en ligne], *Encyclopaedia Universalis,* [Consulté le 20 avril 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/connaissance/

[249] Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 16.

croyances. Une simple croyance vraie, selon l'analyse traditionnelle, ne serait pas une connaissance car l'individu n'est pas en mesure d'expliquer pourquoi elle est vraie, il n'est pas en capacité de la justifier. De même, le savoir n'est pas une simple sensation, selon Socrate, car il n'y aurait pas de vérité ni d'accord possible si chaque savoir était l'objet des sens de chacun[250]. La connaissance se diviserait en trois branches : une connaissance par « acquaintance » (connaissance directe), un « savoir-comment » (ou savoir-faire) et une connaissance propositionnelle (« savoir que »). En tout état de cause, l'homme est toujours un animal savant, c'est-à-dire un homme « qui sait ». Selon Aristote : « tous les hommes désirent naturellement savoir[251] ».

71. La distinction entre le courant réaliste et le courant idéaliste. Le savoir suppose un processus cognitif, c'est-à-dire une réflexion théorique d'un individu sur son pouvoir de connaître. Selon Platon[252], la connaissance se présente sous différents degrés. Au plus bas degré de réalité correspond le plus bas degré de connaissance donnée par la perception sensible, c'est-à-dire une connaissance liée à la présence physique de la chose et à une interaction entre la chose et le système nerveux[253]. Puis, la pensée pure atteint le plus haut degré de connaissance grâce à la démarche dialectique (raisonnement et intuition intellectuelle). Il existerait donc trois niveaux de connaissance : la sensibilité, l'imagination et l'intellect. Cette approche a amené à des débats opposant deux courants : le réalisme ou l'empirisme (J. Locke) et l'idéalisme ou le rationalisme (G.W. Leibniz).

72. Présentation de la thèse réaliste. Le réalisme ou l'empirisme est la thèse de la réceptivité du sujet qui accueille de manière passive les informations organisées dans le monde extérieur. Le réalisme accorde la priorité à l'être, à la réalité objective indépendamment des actes de connaissance qui portent sur elle. Le sujet dispose d'un savoir grâce à l'action des objets qui s'exerce sur lui et il est seul responsable de la bonne réception et de la bonne assimilation de ces connaissances. Le savoir présente alors une origine expérimentale car il vient de l'expérience. Les philosophes empiristes raisonnent par induction, c'est-à-dire qu'ils

[250] Socrate s'oppose en particulier au Théétète de Platon. J. Baechler soutient toutefois que la sensation, se combinant avec l'intelligence et la volonté, permet au psychisme humain de connaître : « La sensibilité, animée par la sensation, l'instinct, l'émotion, l'humeur, le sentiment…, procure l'énergie indispensable au soutien de la volonté et au travail de l'intelligence. » Voir Baechler, J., *op. cit*., p. 17.

[251] Aristote., *Métaphysique*, A, Livre I, 980a, Les Echos du Maquis, 2014 (trad. éd. de 1953), p. 43.

[252] Platon., *La République*, trad. R. Baccou., T. IV, Garnier Frères, Classiques Garnier, Paris, 1936, p. 44.

[253] Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y., « Connaissance », [en ligne], *Encyclopaedia Universalis,* [Consulté le 20 avril 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/connaissance/

prospectent le terrain de l'expérience pour établir les lois recherchées. Ils tirent la cause d'un constat de l'effet. Mais cette thèse peut aussi contenir des expériences involontaires qui créent de la connaissance. Par exemple, lorsque Newton découvre la gravitation universelle en étant réveillé d'une sieste par la chute d'une pomme sur sa tête. C'est un « fait expérimental sans préméditation d'expérience[254] ».

73. Présentation de la thèse idéaliste. Au contraire, l'idéalisme ou le rationalisme est la thèse du sujet qui prend des initiatives dans la production de connaissances. La priorité est accordée au sujet et la connaissance est la prise de conscience par le sujet de l'activité productrice de sa pensée. Cette dernière thèse a favorisé l'idée que les hommes sont créateurs de toute réalité car la connaissance naît de la raison et seul l'homme en est doté. Les philosophes idéalistes s'attachent à raisonner par déduction, c'est-à-dire qu'ils interprètent des cas particuliers à partir de prémisses présumées indiscutables. La démonstration établit la vérité d'une proposition à partir de prémisses. Selon F. Cavallier : « la logique garde une main sur l'expérience, parce que toute expérience paraît devoir comporter quelque part de théorie[255] ». Aristote souligne également que « ce que nous appelons ici savoir c'est connaître par le moyen de la démonstration[256] ». Ainsi, la « science démonstrative » part de prémisses qui sont premières et indémontrables.

74. La coexistence des deux thèses. Réalisme et idéalisme ne sont cependant pas totalement opposés ; ils semblent plutôt coexister. Selon E. Kant[257], toute connaissance commence, certes, avec l'expérience, mais elle n'en dérive pas car constituer une expérience suppose d'avoir déjà des concepts purs. La connaissance est alors produite par la synthèse des concepts et du donné empirique au moyen des principes. En effet, comment un chercheur raisonnant uniquement par induction pourrait-il chercher sans savoir ce qu'il cherche ? Il est néanmoins possible qu'un chercheur trouve de nouvelles connaissances par hasard. Selon, J.M. Besnier, les considérations générales sont créées après l'observation de cas particuliers mais aussi les cas particuliers sont créés à partir de considérations générales[258]. K.R. Popper souligne

[254] Canguilhem, G., *La Connaissance de la Vie*, Vrin, 1989, p. 31, cité par Cavallier, F., *Le manuel de philosophie,* Ellipses, 2003, p. 164.

[255] Cavallier, F., *op. cit*., p. 164.

[256] Aristote, *Organon,* IV, Vrin, 1979, spé. p. 8-9.

[257] Kant, E., *Critique de la raison pure*, trad. J., Auxenfants, 1781., p. 55 et s.

[258] Besnier, J.M., *Les théories de la connaissance*, [En ligne], Que sais-je, Presses Universitaires de France, 2016, spé. p. 24-38. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/les-theories-de-la-connaissance--9782130786030.htm

toutefois la coexistence de la déduction et de l'induction en expliquant que les individus ont tous des dispositions innées soit dès la naissance soit par un processus de maturation suscité par l'environnement. Puis ces connaissances innées vont ensuite être modifiées par des tâtonnements pour se rapprocher de la vérité. Les connaissances innées sont ainsi utilisées pour tirer des conclusions qui seront l'objet d'expériences. Ces dernières permettront ensuite d'accueillir ou de rejeter de nouvelles conclusions[259]. Un chercheur pourrait plus difficilement, sans connaissances théoriques préalables, isoler des faits bruts pour faire apparaître la loi à laquelle ils obéissent. En définitive, la connaissance serait produite par l'individu lui-même, grâce à ses connaissances innées et ces dernières permettant de tirer des conclusions au moyen de l'expérience.

75. La nécessaire adaptabilité des savoirs au contexte environnemental. Les sciences cognitives présentent néanmoins une interprétation du terme apprentissage comme, non pas l'acquisition de nouveaux savoirs ou de nouvelles compétences, mais plutôt comme le fait de désapprendre, de perdre certaines dispositions innées tout en enrichissant d'autres adaptées à l'environnement naturel ou culturel dans lequel l'individu vit. Selon J.M. Besnier, la connaissance est en effet dépendante des contraintes du milieu. Il favorise une approche naturalisante de la connaissance puisque « la connaissance résulte d'une réduction progressive d'un vaste répertoire initial de représentations ou de compétences, réduction qui opère par sélection naturelle en fonction du monde extérieur ». Le courant du « naturalisme » démontre l'idée d'une naturalisation du savoir et explique la cognition par l'apprentissage au contact de l'environnement[260]. J. Baechler expose d'ailleurs que la connaissance est originellement pratique pour contribuer à la résolution des problèmes dans un environnement déterminé[261]. Le savoir n'est ainsi pas le résultat de dispositions entièrement innées imperméables à toute influence environnementale. Selon A. Ogien, pour agir, l'individu utilise « la disposition physique des lieux de l'action, les objets constitutifs de l'environnement, les contraintes d'acceptabilité de la situation, le système de rôle et d'attentes propre à une forme d'activité

[259] Popper, K., *La logique de la découverte scientifique*, trad. N. Thyssen-Rutten, P. Devaux, Paris, Payot, 1973, cité par Besnier, J.M., *ibid*., p. 39-62.

[260] « Le savoir de chaque individu est relatif à son milieu, à ses capacités, à sa formation, à son état dans la société, à ses spécialisations, à un ensemble de déterminations variées. » Voir Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 64.

[261] Le caractère originellement pratique de la connaissance s'explique par la nécessité des humains à explorer : « (…) les représentants [du vivant] ont un intérêt de survie à explorer leur environnement. » J. Baechler ajoute que : « Les cognitions mises au point sont donc relatives au milieu d'origine. Si elles doivent avoir des applications pratiques exigées par des problèmes de survie, les demandes sont formulées dans le cadre d'un certain milieu. » Le caractère théorique peut cependant l'emporter par la suite : « La finalité du connaître est d'abord pratique, mais la curiosité peut détacher le connaître de son rôle ancillaire et le mettre au service d'une fonction théorique. » Voir Baechler, J., *op. cit*., p. 18, 29 et 68.

pratique (…) »[262]. Cette adaptation de l'individu au contexte se ferait même inconsciemment, comme le souligne M. Bloch : « Tout comme les autres animaux, les êtres humains ne sont pas complètement conscients des mécanismes en vertu desquels ils disent ce qu'ils disent, font ce qu'ils font, ou possèdent les connaissances que les actions sollicitent. »[263] Les connaissances innées ne sont alors pas suffisantes car la connaissance est dépendante et s'adapte aux contraintes du milieu, au contexte environnemental. Il y aurait donc, d'un côté, les connaissances innées et, d'un autre côté, des connaissances adaptées à l'environnement dans lequel chaque individu s'insère.

76. Transition. La philosophie nous permet ainsi de définir le savoir comme l'outil de la connaissance. Il n'existerait pas une connaissance unique mais des connaissances diverses et à des degrés divers. Après avoir présenté la théorie de la connaissance créée par les philosophes, il s'agit désormais de se pencher sur la conception des savoirs en anthropologie.

B) Les typologies des savoirs en anthropologie

77. Présentation de l' « anthropologie des savoirs ». Les savoirs ont été et sont toujours l'objet de nombreuses études par les anthropologues, fondant une matière à eux-seuls, l'« anthropologie des savoirs »[264]. L'objectif de l'anthropologie des savoirs est de rechercher quels sont, à l'égard des savoirs, les effets structurés, c'est à-dire l'influence de l'environnement naturel, social et symbolique sur les connaissances ; et les effets structurants, c'est-à-dire l'influence des connaissances dans l'organisation des individus et des institutions[265]. Mais avant de rechercher ces effets structurés et structurants, les anthropologues ont d'abord été amenés à définir ce que sont les savoirs. Il en ressort qu'il n'existe pas une seule forme de savoir mais *des* savoirs[266]. Les anthropologues ont alors créé des typologies selon les différents types de savoirs.

---

[262] Ogien, A., « Les sciences cognitives ne sont pas des sciences humaines », *SociologieS,* Débats, Le naturalisme social, 2011, section 34, cité par Morin. O., « Qu'est-ce que le naturalisme », [En ligne], *SociologieS,* Débats, Le naturalisme social, 2012, section 44. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://journals.openedition.org/sociologies/3809

[263] Bloch, M., *Anthropology and the Cognitive Challenge,* London School of Economics and Political Science, Cambridge University Press, 2012, cité par Morin. O., *ibid*., section 49.

[264] Notamment Adell-Gombert, N., *Anthropologie des savoirs,* [En ligne], Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/anthropologie-des-savoirs--9782200270360.htm

[265] Adell-Gombert, N., « Introduction », *op. cit*., p. 13.

[266] Selon N. Adell-Gombert : « Il existe autant de savoirs et de formes du savoir que d'individus ». Voir Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 10.

78. La typologie des savoirs. D'abord, I. Khaldûn distingue plusieurs formes d'intelligence et donc plusieurs niveaux de savoirs[267] :

- L' « intelligence discernante » est l'intelligence des choses extérieures qui se présentent dans un arrangement naturel et l'homme amène le résultat qu'il veut obtenir.

- L' « intelligence expérimentale » se compose d'affirmations ou de propositions dont l'exactitude est vérifiée par l'expérience.

- L' « intelligence spéculative » se définit comme des concepts et des affirmations combinés fournissant des connaissances nouvelles.

Ensuite, R. Barthes expose trois modalités de transmission du savoir et donc trois types de savoirs différents[268] :

- Un savoir intellectuel est un savoir transmis oralement ou par écrit par des énoncés grâce à l'enseignement.

- Un savoir-faire est transmis par l'apprentissage lorsque le maître travaille pour lui-même devant l'apprenti.

- Le savoir ignoré est, un savoir qui se forme par répétitions et par expériences de façon inconsciente et donc difficilement formulable. R. Barthes utilise le terme de « maternage ».

À la vue de ces deux premières typologies, il ressort déjà que les savoirs sont bien pluriels car leur source n'est pas la même (intelligence des choses extérieures, maître qui travaille, incorporé à l'individu), leur mode de transmission est différent (enseignement, apprentissage, transmission inconsciente par des répétitions et des expériences) et leur finalité est diverse (réfutation par l'expérience pour créer des affirmations, combinaison de concepts pour créer des connaissances nouvelles abstraites).

[267] Khaldûn, I., *Prolégomènes, II*, trad. Mac Guckin de Slane, W., 1863, Librairie orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1936, p. 425, cité par Adell-Gombert. N, *op. cit*., p. 9.

[268] Barthes, R., « Au séminaire », *in Œuvres complètes*, Paris, Le Seuil, 5 tomes, III, 2002 (1974), spé. p. 506. Voir ég. Chamoux, M.N., « Les Savoir-faire techniques et leur appropriation : le cas des Nahuas du Mexique », *in L'Homme*, 1981, T. 21, No. 3. pp. 71-94.

79. La distinction entre le savoir symbolique et le savoir scientifique. N. Adell-Gombert[269] propose également une typologie des savoirs en distinguant la pensée symbolique (ou « sauvage »[270]) et la pensée scientifique. Ce qui fonde la distinction entre ces deux types de savoir est la soumission à l'expérimentation. Alors que la pensée symbolique ne se laisse pas soumettre à des réfutations d'ordre empirique, la pensée scientifique ne s'appuie que sur l'expérience et l'observation. Les savoirs symboliques sont créés et s'imposent par leur caractère répétitif et par leur utilité ou efficacité. Au contraire, les savoirs scientifiques ne se créent et ne s'imposent que par l'expérimentation. Ils seraient, selon J. Baechler, un « mode rationnel du connaître[271] ». D'après K. Popper[272], la réfutabilité fonde l'existence du savoir scientifique car c'est lorsque l'hypothèse est réfutée qu'elle manifeste son caractère scientifique. La théorie de K. Popper a cependant été critiquée pour sa tendance à ignorer le caractère social du savoir scientifique[273].

80. L'autorité ou le fondement des savoirs. La distinction entre savoir scientifique et savoir symbolique entraîne aussi une distinction sur l'autorité du savoir[274] selon les cultures. Pour les communautés autochtones et locales, l'autorité provient de l'expérience directe (avoir vu, avoir senti, avoir entendu) d'où la prévalence des savoirs symboliques ou pratiques, alors que pour les sociétés occidentales, l'autorité dépend de la qualité de la source, de celui qui parle ou de son ancienneté. Cette distinction entre savoir symbolique/pratique et savoir scientifique est résumée par N. Adell-Gombert dans le tableau suivant[275] :

[269] Adell-Gombert, N., « Limites non-frontières des savoirs », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, spé. p. 62.

[270] Lévi-Strauss, C., *La Pensée sauvage*, Œuvres, Paris, Gallimard/Pléiade, 2008 (1962).

[271] Voir Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 36.

[272] Popper, K., *La logique de la découverte scientifique*, Paris Payot, 1973, cité par Adell-Gombert, N., « Savoirs ignorés, savoirs exposés », *op. cit*., p. 142.

[273] Selon E. Durkheim : « La science est chose éminemment sociale » et « l'action de la société est autrement importante et profonde. Elle est la source d'une vie intellectuelle *sui generis* qui s'ajoute à celle de l'individu et la métamorphose », Voir Durkheim, E., « Le problème sociologique de la connaissance », *Textes I : Eléments de théorie sociale*, Paris, Editions de Minuit, 1975, pp. 192-193, cité par Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 146.

[274] Adell-Gombert, N., « Limites non-frontières des savoirs », *op. cit*., p. 42.

[275] Adell-Gombert, N., « Savoirs ignorés, savoirs exposés », *op. cit*., p. 137.

	L'architecture des savoirs…	
	…pratiques	**…scientifiques**
Mode de contribution	L'habitude et la répétition	L'expérimentation et la mise à distance
Vecteur de transmission	La conquête par les sens, la vue surtout	L'enseignement, par le texte et la parole
Moyen d'exposition	Le corps	L'objet (texte, affiche, film…)
Finalité	L'efficacité	L'explication

81. Le savoir scientifique et ses sous-catégories. En outre, les savoirs occidentaux, et particulièrement les savoirs scientifiques, pourraient être classés eux-mêmes dans différentes sous-catégories de savoirs. P. Jorion[276] distingue cinq types de savoirs : le savoir procédural (élaboré par l'observation d'une pratique), le savoir propositionnel (savoir de l'école qui énonce des contenus sans établir des liens logiques), le savoir scientifique (discours théorique de la science portant sur des généralités), le savoir empirique (mettant l'accent sur le qualitatif, le singulier, le subjectif) et le savoir historique (qui associe savoir empirique et savoir scientifique). Ces savoirs scientifiques, bien que divers, ont tous la particularité d'être institutionnalisés, en particulier par des communautés savantes. N. Adell-Gombert explique que ces communautés obéissent à une logique de lignée (transmission verticale du savoir entre maître et apprenti, volonté d'hériter et de transmettre sur le fondement d'un lien de filiation ou d'une filiation élective[277]) et à une logique de cercle (relation horizontale concrétisée dans les interactions dans les laboratoires, séminaires ou colloques)[278].

82. La prééminence de la pensée au détriment du faire. Il semble par ailleurs intéressant de distinguer les savoirs selon le *medium* permettant de les créer : la pensée ou l'action de faire. Ce dédoublement du savoir se concrétise par les notions de savoir théorique et de savoir

[276] Jorion, P., *Comment la vérité et la réalité furent inventées,* Paris, Gallimard, 2009, cité par Adell-Gombert, N., « Limites non-frontières des savoirs », *op. cit.*, p. 65.

[277] La filiation élective est le fait que la détention d'un savoir lui-même fonde la volonté d'hériter et transmettre.

[278] Adell-Gombert, N., « Savoirs ignorés, savoirs exposés », *in Anthropologie des savoirs,* Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, spé. p. 138.

pratique (ou savoir-faire). N. Adell-Gombert souligne que, dès l'Antiquité grecque, une distinction est présentée entre penser et faire en faveur du premier[279]. La technique serait dans une position de soumission à l'égard du savoir dans la mesure où elle ne saurait exister sans lui. Il n'y aurait pas de technique sans savoir. Le savoir-faire inclut une technique, un « tour de main » spécifique mais qui est dépendant d'un savoir permettant de réaliser cette technique. Au contraire, il peut y avoir un savoir sans technique. En effet, les savoirs théoriques, les disciplines abstraites existent indépendamment de la technique. J. Baechler explique que lorsque le connaître est détaché de sa nature pratique, cela revient à « connaître pour connaître » ou à « connaître pour lui-même »[280]. Le savoir théorique serait ainsi supérieur au savoir pratique car il serait possible de penser sans faire mais il serait impossible de faire sans penser[281].

83. La distinction entre les savoirs exposés et les savoirs ignorés. Cette distinction entre savoir théorique et savoir pratique peut être expliquée par une autre typologie des savoirs proposée par N. Adell-Gombert entre les savoirs ignorés et les savoirs exposés[282]. Le savoir pratique serait souvent un savoir ignoré car il est tellement incorporé qu'il est impossible de le formuler. C'est un savoir qui se forme à force de répétitions et d'expériences. Le seul moyen de transmettre ou d'utiliser ce savoir pratique est alors de le montrer en action. Par conséquent, en exposant que : « le regard du forgeron est l'outil essentiel de son savoir », N. Adell-Gombert souligne l'existence d'un lien fort entre « voir » et « savoir » à l'égard des savoirs pratiques. Mais, selon ce même auteur, les savoirs pratiques débordent largement les savoir-faire car ils incluent toutes les gestions, actions et attitudes qui échappent à l'explication et à la pensée (une façon de parler, de travailler, d'agir, de marcher). Au contraire, les savoirs exposés sont des savoirs dont l'individu est conscient de sa détention et dont il reconnaît leur qualité et leur valeur. L'exposition est d'ailleurs parfois essentielle pour reconnaître l'existence de ce savoir. Par exemple, les savoirs scientifiques sont des savoirs exposés car leur exposition est nécessaire pour les considérer comme savoirs. Les règles de scientificité, l'exposition publique des

[279] Adell-Gombert, N., « Introduction », *op. cit*., p. 22.

[280] Cette volonté de « connaître pour connaître » revient à rechercher davantage sur un objet du réel : « comme c'est intéressant, j'aimerais en savoir plus ! » ou à tenter de comprendre l'existence de cet objet : « comme c'est curieux, j'aimerais en connaître la raison ! » Voir Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 19.

[281] Dans le même sens, selon I. Khaldûn, il existe trois modes de la connaissance qui dépendent du *medium* permettant de créer cette connaissance : la connaissance par les sens, la connaissance par la réflexion et la connaissance par l'imagination. La société occidentale privilégie la connaissance par la réflexion au détriment des deux autres. Cette connaissance par la réflexion semble inclure les savoirs théoriques. Cependant, l'imagination ou le rêve, incluant davantage les savoirs pratiques, sont considérés comme des lieux d'apprentissage et de réactivation des savoirs dans de nombreuses communautés humaines. Voir Khaldûn, I., *Prolégomènes, II*, trad. Mac Guckin de Slane, W., 1863, Librairie orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1936, p. 425, cité par Adell-Gombert, N., « Limites non-frontières des savoirs », *op. cit*., p. 31.

[282] Adell-Gombert, N., « Savoirs ignorés, savoirs exposés », *op. cit*., p. 109-152.

collectes de faits, les démonstrations et les résultats sont primordiaux pour atteindre la qualification de « savoir scientifique ». Par conséquent, entre savoir symbolique et savoir scientifique, savoir pratique et savoir théorique, l'anthropologie démontre que les savoirs sont divers incluant différentes catégories voire plusieurs sous-catégories[283].

84. L'étroite relation entre culture et savoirs. Cette diversité des savoirs s'explique notamment par l'importance de la contextualisation[284]. Les savoirs seraient déterminés par le contexte dans lequel ils s'insèrent, et plus particulièrement, par les conditions de vie, par les variations culturelles et par les données historiques[285]. Le courant du « culturalisme » considère ainsi qu'il n'existe pas un savoir objectif mais plutôt des savoirs particuliers influencés par la culture[286]. L'anthropologie cognitive et les ethnosciences ont joué un rôle important dans l'étude des relations entre culture et savoirs. Selon W. Goodenough, la nature et la culture varient selon les « propriétés de l'esprit » et ces dernières sont déterminées par la langue, le contexte ou la situation particulière[287]. Les savoirs varient donc selon la culture dans laquelle est inséré chaque individu. Par exemple, pour les occidentaux, le savoir est créé par un sujet connaissant séparé du monde des objets à saisir, alors que pour les communautés autochtones et locales, le sujet fait partie du monde qu'il veut connaître, ils sont interdépendants. Dès lors, les savoirs s'adaptent nécessairement au contexte culturel, historique et environnemental[288]. J. Baechler souligne en effet que : « Tout savoir, empirique, scientifique, métaphysique est un

---

[283] W. Goodenough décrit ce que peut être un savoir-faire et démontre que ce type de savoir est fort divers. En effet, le savoir-faire doit se comprendre « depuis le savoir-faire du feu et prendre du poisson jusqu'à celui qui permet de construire des avions et des ordinateurs, depuis le savoir qui dicte le comportement à avoir dans les relations familiales jusqu'à celui qui permet de négocier lors d'une transaction commerciale ou d'instruire une affaire ». Voir Goodenough, W., « Navigation in the Western Carolines : A Traditional Science », *in* (dir.) Nader, L., *Naked Science : Anthropological Inquiry into Boundaries, Power and Knowledge*, New York, Routledge, p. 29-42, cité par Adell-Gombert, N., « Introduction », *op. cit*., p. 19.

[284] Berque, A., « Tétralemme et milieu humain : la mésologie à la lumière de Yamauchi », [En ligne], *Ebisu*, Vol. 49, 2013, spé. p. 58-64. [Consulté le 14 janvier 2020]. Disponible à l'adresse : http://journals.openedition.org/ebisu/731

[285] C'est notamment ce qui permet de distinguer les savoirs humains et l'intelligence artificielle. Comme le souligne N. Binctin : « L'intelligence humaine est multiforme, émotionnelle et emphatique. Ces facteurs influencent nos décisions (…). Ces décisions tiennent comptent du monde qui nous entoure, de notre culture, de notre éducation ou encore de notre perception, représentation de ces éléments. L'intelligence artificielle est incapable d'une telle sensibilité. Elle est imbattable dans le traitement des données mais n'a aucune conscience du monde réel qui n'est que matrice de valeurs numériques. » Voir Binctin, N., « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 61.

[286] J. Baechler explique que le « culturalisme » amène à soutenir que : « les outils cognitifs humains et leur mise en œuvre sont les produits d'histoires culturelles (…) ce sont des particularisations et des particularités, si bien que toute objectivité est exclue (…) ». Voir Baechler, J., *op. cit*., p. 6.

[287] Goodenough, W., « Componential Analysis and the Study of Meaning », *Language*, No. 2, 1956, p. 195-216, cité par Adell-Gombert, N., « La constitution de l'anthropologie des savoirs », *op. cit*., p. 91.

[288] Selon A. Berque, ce qui existe porte nécessairement l'empreinte du milieu. Il utilise la notion de « trajectivité » pour expliquer que les choses existent en fonction de la manière dont nous les saisissons par nos sens, notre pensée, nos mots et l'action. Or, A. Berque souligne que l'humain est lui-même construit par son milieu. Voir Berque, A., « Tétralemme et milieu humain : la mésologie à la lumière de Yamauchi », [En ligne], *Ebisu*, Vol. 49, 2013, spé. p. 58-64. [Consulté le 14 janvier 2020]. Disponible à l'adresse : http://journals.openedition.org/ebisu/731

produit culturel[289]. » Encore une fois, ces différentes représentations du monde expliquent pourquoi les savoirs théoriques sont privilégiés dans les pays occidentaux alors que les savoirs pratiques sont préférés par les communautés autochtones et locales.

85. Le caractère dynamique des savoirs. Les savoirs doivent, par ailleurs, nécessairement circuler car c'est dans leur nature même d'être objets de partage. N. Adell-Gombert souligne que : « Il n'existe pas de savoir figé, englué dans un individu qui ne le communiquerait à personne et ne l'aurait pas davantage reçu de quelqu'un. Par définition, les savoirs s'inscrivent dans un double processus d'héritage et de transmission[290] ». Tout savoir doit alors faire l'objet d'une transmission[291], mais aussi, selon N. Adell-Gombert, de prolifération, de contagion, d'imprégnation, d'imitation voire de vol. En d'autres termes, les savoirs sont toujours dynamiques, dans l'action et ne doivent pas être verrouillés car ce n'est pas de leur essence. L'action est donc essentielle pour transmettre ou exprimer un savoir. En premier lieu, les savoirs pratiques sont dépendants de l'action car ils nécessitent d'être montrés pour être transmis. Mais en second lieu, les savoirs théoriques sont aussi nécessairement pris dans une situation. N. Adell-Gombert explique que certains savoirs qui nous paraissent « absolus », c'est-à-dire indépendants de toute situation particulière ne le sont pas dans d'autres cultures[292]. Savoirs théoriques et savoirs pratiques sont donc tous deux dépendants de l'action.

86. Une transmission des savoirs soumise à diverses règles. Les savoirs peuvent néanmoins être soumis à des modes différents de circulation. D. Sperber[293] distingue les savoirs intuitifs (modalités d'acquisition fondamentalement contagieuses passées en dehors de toute situation d'apprentissage, connaissance sans recours au raisonnement ou à l'expérience) et les savoirs réflexifs (transmission consciente, processus cognitif continu). Aussi, la transmission des savoirs peut être liée au critère d'identité et non circuler de façon transparente. Dans ce cas,

[289] Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 76.

[290] Adell-Gombert, N., « La circulation des savoirs », *op. cit.*, p. 251.

[291] G. Lenclud et P. Lamaison soulignent que la transmission apparaît dans toute culture et organise la vie sociale. Ainsi, chaque société pense et organise à sa manière propre la transmission. Cependant, des similarités apparaissent dans toutes les sociétés. En effet, une distinction est établie selon que la transmission se fait à l'extérieur ou à l'intérieur des groupes de parenté. Aussi, la transmission peut s'opérer par l'écrit ou par l'oral et concerner aussi bien des valeurs matérielles qu'immatérielles. Enfin, G. Lenclud et P. Lamaison soulignent que la transmission se dédouble entre l'héritage (transmission des biens matériels et immatériels), d'un côté, et la succession (transfert des fonctions politiques et religieuses), de l'autre côté. Voir Lenclud, G., Lamaison, P., « Transmission », *in* (dir.) Bonte, P., Izard, M., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 712-716.

[292] Adell-Gombert, N., « La circulation des savoirs », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, spé. p. 276.

[293] Sperber, D., *La Contagion des idées,* Paris, Odile Jacob, 1996, cité par Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 254.

le savoir n'est pas transmis à n'importe qui mais seulement à celui qui relève de la même identité que le détenteur du savoir. Par exemple, des savoirs spécifiques ne seront transmis qu'à l'égard de certains individus ayant fait l'objet préalablement d'une soumission, d'une imprégnation continue et d'un apprentissage d'un certain savoir-être[294].

87. Transition. Il convient maintenant d'étudier les apports des économistes et des sociologues à l'égard des savoirs.

PARAGRAPHE II. LES SAVOIRS EN ECONOMIE ET EN SOCIOLOGIE

88. Plan. Pour les économistes, les savoirs se dédoublent entre différents types et ils constituent un actif intangible dont la gestion se doit d'être encadrée (A). Concernant les sociologues, la « sociologie de la connaissance » lie pluralité des savoirs, société, conditions sociales et relations sociales pour mieux comprendre leur fonctionnement et leur origine (B).

A) La gestion des savoirs en économie

89. La définition économique des savoirs. Les savoirs, en tant que « capital immatériel » ont pris de plus en plus d'importance jusqu'à devenir l'actif intangible le plus recherché dans un contexte d'une « économie de la connaissance[295] ». Cette vision très occidentalisée souligne les relations entre les savoirs et le monde de l'entreprise. Les savoirs sont les ressources économiques dominantes, c'est-à-dire les sources essentielles de la richesse et donc les sources principales du pouvoir. Le pouvoir appartient en effet désormais à celui qui s'approprie, monopolise et sait exploiter les savoirs. Une définition économique des savoirs est déjà présentée par ces quelques lignes. Les savoirs seraient des connaissances accumulées en tant qu'actifs intangibles et gérées comme un capital intellectuel[296] par une entreprise. Ces savoirs sont fortement valorisés par les entreprises car ils permettent notamment de réduire le temps

[294] C'est notamment le cas des savoirs transmis à l'occasion de rituels à des individus choisis pour certaines de leurs qualités pour devenir chaman ou chef d'une communauté autochtone ou locale.

[295] L'économie de la connaissance s'oppose à l'économie industrielle fondée en France vers 1820 lors de l'avènement de l'industrie. L'économie de la connaissance correspond au secteur d'activités de production et de service fondées sur des activités intensives en connaissance. Voir Foray, D., *L'économie de la connaissance,* Paris, La Découverte, « Repères », 2009.

[296] Ce capital intellectuel se définit comme des compétences issues des membres de l'organisation et des savoirs et apprentissages incorporés dans des normes et des processus d'affaires. Voir Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., « Les sept jalons d'une gestion du savoir efficace », [En ligne], *Revue française de gestion*, 2009, Vol. 7, No. 197, p. 15-33, spé. p. 16. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2009-7-page-15.htm

d'exécution des projets, d'améliorer la qualité et de satisfaire les clients en s'appuyant sur les connaissances et l'expérience acquise.

90. Les données, informations et connaissances en tant que composantes des savoirs. De plus, les savoirs sont à distinguer d'autres ressources qui ont tendance à être considérées comme synonymes. Les savoirs se différencient des données, des informations et des connaissances. L. Préfontaine, N. Drouin et J. Ben Mansour[297] soulignent l'existence d'une hiérarchie entre ces ressources qui sont finalement des composantes du savoir[298]. D'abord, la donnée est factuelle, neutre, objective, unitaire et autonome, quantitative ou qualitative[299]. C'est un élément brut abstrait des phénomènes grâce à des instruments de mesure et d'observation[300]. Elle ne prend de la valeur que si elle est transformée en information[301]. La donnée précède donc l'information et les connaissances. Ensuite, l'information est un ensemble de données porteuses d'un message. Son utilisation, sa portée et son intérêt sont intimement liés au contexte, à l'environnement et aux conditions de son émission. L'information apporte de l'organisation, de la valeur et du sens aux données collectées[302]. Enfin, la connaissance rassemble les caractéristiques et les qualités de la donnée et de l'information mais elle est nécessaire chaque fois que l'action est requise. La connaissance s'insérerait donc toujours dans l'action, elle est dite « opérationnelle » contrairement aux données et aux informations[303]. L'information nourrit la connaissance mais elle ne peut pas s'y substituer. M. Alavi et D.E. Leidner expliquent que c'est lorsque l'information passe par un processus d'intériorisation qu'elle devient alors une connaissance. Et, lorsque la connaissance passe par un processus d'extériorisation alors elle devient une information[304]. Dès lors, les données, les informations et les connaissances seraient

---

[297] Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 16.

[298] Selon I. Spiegler, la donnée d'hier est une information d'aujourd'hui et une connaissance de demain. (Et nous pouvons ajouter, un savoir d'après-demain). Voir Spiegler, I., « Knowledge Management : A New Idea or a Recycled Concept », *in Communications of the AIS,* Vol. 3, No. 14, 2000, p. 1-21, cité par Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 18.

[299] Mallié, B., *Transformer le Savoir en Profit,* Paris, Pearson Education, 2003, cité par Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 16.

[300] Strowel, A., « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 425.

[301] Davenport, T.H., Prusak, L., *Working Kmowledge: How Organizations Manage what they Know*, M.A, Harvard Business School Press, 1998, cité par Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 16.

[302] « Par exemple, le journal météo va distiller des informations sur la météo en classant les types de temps et de risque à partir des données récoltées, etc. Ce faisant, il y a une valeur ajoutée en termes d'intelligibilité et la valeur d'usage augmente. » Voir Strowel, A., *op. cit*., p. 426.

[303] Comme le souligne A. Strowel : « La connaissance, en tout cas des réalités physiques, est de l'information opératoire qui peut se traduire dans des processus. » Voir Strowel, A., *op. cit*., p. 426.

[304] Alavi, M., Leidner, D.E., « Review: Knowledge Management and Knowledge Management Systems: Conceptual Foundation and Research Issues », *MIS Quarterly*, Vol. 25, No. 1, 2001, p. 107-136, cité par Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., « Les sept jalons d'une gestion du savoir efficace », *Revue française de gestion*, 2009, Vol. 7, No. 197, p. 15-33, spé. p. 17.

les composantes du savoir[305]. A. Strowel en conclut que : « en bas de la pyramide, on trouve les données résultant de l'occurrence de faits ; de ces données, on peut extraire des informations ; enfin un travail plus conséquent encore sur le plan intellectuel permet de distiller des connaissances à partir des informations[306]. » Le savoir se situe ainsi au plus haut de la hiérarchie[307]. Il se distingue de la connaissance par sa qualité de fiabilité et de robustesse et par sa capacité à être certifié par des autorités institutionnelles ou morales.

91. La distinction entre les savoirs explicites et les savoirs tacites. En outre, le savoir lui-même se dédouble entre les savoirs explicites et les savoirs implicites ou tacites. Ce sont, selon L. Préfontaine, N. Drouin et J. Ben Mansour, les « principales dimensions du savoir »[308]. Le savoir explicite est un savoir structuré et codifié, fruit d'une réflexion ou d'une étude, et facilement stockable et transférable. Quant au savoir tacite, c'est un savoir difficile à formaliser, à articuler ou à codifier car il est lié à l'expérience de ceux qui le détiennent. La distinction entre savoir explicite et savoir implicite rappelle la distinction entre savoirs exposés et savoirs ignorés des anthropologues, et amène finalement encore à différencier les savoirs théoriques des savoirs pratiques. Dans le même sens, M.H. Boisot[309] établit les critères de distinction des savoirs, dévoilant la distinction entre savoirs théoriques et savoirs pratiques. Les savoirs vont se différencier selon qu'ils sont codifiés ou non codifiés ainsi que diffusés ou non diffusés. La gestion des connaissances supposerait donc de convertir le savoir tacite individuel des experts en savoir explicite collectif[310]. En effet, la tendance, soulignée par H. Wang et D. Thorns, est que la création et l'application du savoir doivent suivre des processus scientifiques et technologiques « durs » guidés par une logique de rationalisation[311]. La gestion du savoir ne

[305] « La connaissance est comme la recette qui transforme les informations sur des ingrédients en pain, alors que les données seraient comme les atomes qui constituent la farine et la levure. » Voir Strowel, A., *op. cit*., p. 426.

[306] Strowel, A., « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 425.

[307] Le savoir est « un mixe fluide d'expériences, de valeurs, d'information contextuelle et d'intuition qui fournissent un cadre pour l'évaluation et l'incorporation de nouvelles expériences et d'informations » Voir Davenport, T.H., Prusak, L., *Working Kmowledge: How Organizations Manage what they Know*, MA, Harvard Business School Press, 1998, cité par Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 17.

[308] Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 17.

[309] Boisot M.H., *Information space : A Framework for Learning in Organizations, Institutions and Culture*, London and New York : Routledge, 1995, cité par Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 17.

[310] Evers, H.D., Kaiser, M., Müller, C., « Savoir et développement : les appareils épistémiques dans le contexte mondial », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 67-82. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-67.htm

[311] Wang, H., Thorns, D., « Les différentes formes de savoir et l'adaptation des immigrés chinois qualifiés à la société du savoir néo-zélandaise », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 103-115. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-103.htm

doit cependant pas se limiter au transfert d'un corpus de savoirs explicites qui sont « uniformes et standardisés ». Certes, les savoirs explicites sont importants car l'une des ressources économiques nécessaires, selon M. Castells[312], est la capacité à manipuler les symboles, c'est-à-dire une pensée abstraite. Néanmoins, les savoirs tacites sont aussi d'une grande importance car ils sont utiles dans les situations qui demandent de l'expérience, du vécu et des habiletés relationnelles. En tout état de cause, ces deux formes de savoirs sont toujours dynamiques et interdépendantes car les savoirs explicites ont nécessairement besoin des savoirs implicites pour être pleinement efficaces.

92. La nature nécessairement dynamique des savoirs. De plus, les savoirs revêtent une dimension temporelle car leur valeur varie dans le temps et en fonction de l'utilisateur. En raison de leur caractère dynamique, les savoirs se créent, se transforment, s'améliorent mais aussi perdent de leur valeur en fonction des individus, du temps, de l'action et du contexte. Ce caractère dynamique du savoir explique que sa gestion n'est pas uniquement cantonnée à une activité de stockage dans des bases de données. Certes, la gestion du savoir est un processus « qui aide les organisations à trouver, sélectionner, organiser, diffuser et transférer l'information et l'expertise nécessaires aux activités de résolution de problèmes, d'apprentissage dynamique, de planification stratégique et de prise de décision.[313] », mais les savoirs ont aussi un rôle de production de nouveaux savoirs. Les savoirs doivent être continuellement renouvelés, être insérés dans un processus de création, de transformation et de circulation pour créer de nouveaux savoirs et ainsi maximiser le capital immatériel de l'entreprise. Pour assurer une multiplication des savoirs, le contexte social présente une importance particulière. Les interactions sociales sont en effet primordiales pour garantir des pratiques de partage et de collaboration dans le but d'atteindre une communauté sociale créatrice de savoirs. M. Alavi et D.E. Leidner[314] insistent sur l'efficacité de la communication entre employés car elle favorise la production de nouveaux savoirs et garantit une meilleure efficacité puisqu'elle permet de s'aider des expériences préalables pour éviter la duplication du travail inutile et la répétition des erreurs.

---

[312] Castells, M., *La société en réseaux,* Paris, Fayard, 1998, cité par Wang, H., Thorns, D., *ibid*., p. 104.

[313] Gupta, B., Iyer, L., Aronson, J.E., « Knowledge Management: A Taxonomy, Practices and Challenges », *Industrial Management and Data Systems*, vol. 100, No. 1, 2000, p. 17-21, cité par par Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., « Les sept jalons d'une gestion du savoir efficace », *Revue française de gestion*, 2009, Vol. 7, No. 197, p. 15-33, spé. p. 19.

[314] Alavi, M., Leidner, D.E., « Knowledge Management Systems: Issues, Challenges, and Benefits », *Communications of the AIS*, vol. 1, No. 7, 1999, p. 1-36, cité par Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 19.

93. Les différents mécanismes propres à garantir le partage des savoirs. Pour garantir le partage des savoirs, ces derniers font l'objet de différents mécanismes[315] : l'apprentissage, la rétention, la codification et la socialisation. L'apprentissage entraîne une reconfiguration ou un enrichissement du savoir en améliorant son efficacité par la synthétisation des leçons apprises grâce aux expériences passées. L'apprentissage présente un rôle important dans la diffusion des savoirs car cette dernière est liée à la capacité d'absorption des individus, laquelle est acquise par un processus graduel d'apprentissage. Ensuite, la rétention vise à préserver et promouvoir les connaissances existantes. Puis, la codification suppose l'identification d'un savoir, explicite ou tacite, qui ne peut être utilisé dans sa forme brute et qui passe alors par une évaluation et une mise en forme pour faciliter son intégration dans un processus de travail. L'idée est d'externaliser les connaissances individuelles par des outils tels que des bases documentaires afin de stocker et rendre accessibles les connaissances. Mais, L. Préfontaine, N. Drouin et J. Ben Mansour soulignent que l'externalisation entraîne la transformation des connaissances tacites en connaissances explicites, ce qui a pour effet de dissocier les connaissances de leur contexte de création, les rendant alors plus conceptuelles que pratiques[316]. Enfin, la socialisation est un processus qui permet le partage direct des savoirs et des expériences des individus par le biais des réseaux sociaux, des rencontres physiques, des interactions directes entre les membres de l'entreprise, un groupe de travail ou une communauté de pratique[317]. L'objectif est d'élargir le stock de connaissances par le partage de celles-ci. Ce contexte de partage des savoirs passe par la création d'une structure organisationnelle, par l'établissement de mécanismes de coordination (comités *ad hoc*, groupes de travail), par la mise en place d'un climat propice au partage (confiance, valorisation des initiatives de partage, quantification de la contribution des connaissances aux résultats obtenus). Ainsi, la gestion des connaissances allie processus sociaux (instauration d'une culture de partage) et processus technologiques (outils technologiques pour communiquer rapidement à longue distance).

---

[315] Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., « Les sept jalons d'une gestion du savoir efficace », *Revue française de gestion*, 2009, Vol. 7, No. 197, p. 15-33, spé. p. 21.

[316] Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 27.

[317] H.D. Evers, M. Kaiser et C. Muller soulignent la théorie des économistes japonais, I. Nonaka et H. Takeuchi, qui ont introduit des nouvelles façons de travailler dans l'entreprise. Ils considèrent que la connaissance doit être créée par les interactions intensives des membres d'une organisation pour aboutir à la fabrication de produits innovants puis à une croissance économique. Les connaissances s'accumulent dans l'entreprise provoquant une « spirale des connaissances ». Cette spirale inclut la socialisation, l'extériorisation, la combinaison puis l'intériorisation. Voir Evers, H.D., Kaiser, M., Müller, C., « Savoir et développement : les appareils épistémiques dans le contexte mondial », [En ligne], *in Le savoir mondial*, Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 67-82. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-67.htm

94. Les différents acteurs intervenant pour garantir le partage des savoirs. Enfin, les savoirs engagent différents acteurs ayant un rôle et des compétences différentes. L. Préfontaine, N. Drouin et J. Ben Mansour parlent d'une « équipe de gestion du savoir »[318]. D'abord, le facilitateur indique la direction à suivre et établit une vision en se détachant des opérations au quotidien pour identifier les connaissances et justifier leur valeur ajoutée. Ensuite, l'organisateur synthétise et articule les connaissances tacites pour les rendre plus explicites et les incorporer dans un modèle, un processus ou des procédures. Il participe au transfert des connaissances par des sessions de formation. Le mentor est quant à lui la source des connaissances tacites qu'il transfère. Il offre un « service de proximité personnalisé axé sur les spécificités du contexte et tenant compte de la logique organisationnelle et sociale de chaque situation »[319]. Quant au régulateur, il est le gardien des connaissances et incite les individus à les utiliser. Enfin, le travailleur du savoir valorise les connaissances dans l'action et participe à enrichir le stock des connaissances de l'entreprise. Au regard de ces différents acteurs, il peut alors être démontré que le processus de création et de partage des savoirs est un processus éminemment collectif, engageant plusieurs acteurs. Par conséquent, en économie, les savoirs sont aussi pluriels et se départagent, en particulier, entre savoir implicite et savoir explicite avec l'intervention de différents types d'acteurs.

95. Transition. Nous allons maintenant vérifier si cette diversité des savoirs apparaît également en sociologie.

B) La sociologie de la connaissance

96. Présentation de la « sociologie de la connaissance ». En sociologie, les savoirs sont aussi un objet d'étude fondant une matière à eux seuls, « la sociologie de la connaissance »[320]. K. Marx en pose les fondements en expliquant que les savoirs sont des « produits historiques et transitoires »[321]. Les savoirs seraient alors déterminés par l'époque, par la société au sein de laquelle ils sont créés mais aussi par la position dans la structure sociale et par les intérêts sociaux. Aussi, les catégories de pensée sont d'origine sociale et ont un caractère historique

[318] Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 29.

[319] Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J., *ibid*., p. 31.

[320] M. Foessel, J. Ladrière et Y. Gingras expliquent ce qu'est la sociologie de la connaissance et son évolution. Voir Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y., « CONNAISSANCE », [en ligne], *Encyclopædia Universalis*, [Consulté le 2 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/connaissance/

[321] Marx, K., *Misère de la philosophie*, Payot & Rivages, Paris, 2002 (1847), cité par Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y., *ibid*., p. 10.

comme les sociétés qui en sont le fondement. E. Durkheim expose en effet le lien logique entre l'évolution de l'humanité et la complexification croissante des catégories de pensée passant par plusieurs stades (religieux, métaphysique puis scientifique)[322]. M. Scheler[323] souligne aussi le caractère social des savoirs en présentant trois formes de connaissances (religieuse, métaphysique et positive ou scientifique) en relation avec trois types de personnalité (charismatique, sage, savant) et trois types de structure sociale et institutionnelle (église, école, communauté scientifique). Chaque forme de connaissance est alors associée à une structure sociale spécifique.

97. La diversité des savoirs en raison de la diversité des groupes sociaux. Le caractère social des savoirs (contexte socioéconomique, position sociale) ne doit cependant pas amener à des conclusions schématiques et hâtives selon lesquelles le prolétariat incarne seulement le travail manuel et la bourgeoisie incarne la rationalité scientifique[324]. Selon le courant relativiste, puisque toutes les catégories de pensée sont d'origine sociale alors elles diffèrent selon les sociétés et il n'y aurait pas de savoir objectif universel mais plutôt des multiplicités de savoirs locaux. Les savoirs sont cependant bien universels et intemporels mais ils ne peuvent émerger que dans des conditions sociales données. C'est seulement leur émergence dans un groupe social à un moment donné et dans un lieu donné qui est contingente. Différents savoirs émergent donc grâce à l'existence de différents groupes sociaux mais chaque groupe social est en détention de savoirs explicites et implicites (ou théoriques et pratiques). Aussi, K. Mannheim[325] présente une conception relationnelle de la connaissance en expliquant que le savoir théorique apparaît par l'intermédiaire d'un groupe social particulier dont les conditions d'existence entraînent une synthèse des points de vue partiels et la création d'un point de vue objectif et plus universel. Le savoir théorique émerge alors grâce à des groupes sociaux particuliers mais aussi par le développement social. Comme le souligne E. Durkheim[326], la raison impersonnelle

---

[322] Durkheim, E., *Les Formes élémentaires de la vie religieuse*, coll. Quadrige, PUF., Paris, 1985 (1ère éd. 1912), cité par Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y., *ibid*., p. 10.

[323] Scheler, M., *Problèmes de sociologie de la connaissance*, PUF, Paris, 1993, cité par Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y., *ibid*., p. 12.

[324] Pour K. Mannheim, tous les savoirs sont déterminés socialement par la position des agents dans la structure sociale. Ainsi, les groupes dominants ont une vision du monde qui met l'accent sur la stabilité sociale alors que les dominés sont plus sensibles aux changements et exposent l'instabilité du monde social. Voir Mannheim, K., *Idéologie et utopie*, Éditions Rivières, Paris, 1956, cité par Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y., *ibid*., p. 12.

[325] Mannheim, K., *Essays on the Sociology of Knowledge*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1952, cité par Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y., *ibid*., p. 15.

[326] Durkheim, E., *Les Formes élémentaires de la vie religieuse*, coll. Quadrige, PUF., Paris, 1985 (1ère éd. 1912), cité par Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y., *ibid*., p. 15.

et universelle « n'est qu'un autre nom donné à la pensée collective[327] ». Le savoir théorique est donc le résultat du développement social qui met en contact les groupes sociaux à l'échelle internationale.

98. La dépendance des savoirs aux groupes sociaux. Le savoir implique la croyance. P. Engel explique que « si l'on sait que *p* alors on doit au moins croire que *p* »[328]. Plusieurs analyses se confrontent ensuite entre analyse sommative ou agrégative (croire que *p* pour un groupe consiste dans le fait que la plupart des membres du groupe croient que *p*) et analyse intégrative, c'est-à-dire que la croyance du groupe n'est pas réductible aux croyances de la somme de ses membres. Pour l'analyse intégrative, la croyance est dite inflationniste (existence d'entités telles que conscience collective et esprit de groupe) ou bien la croyance suit le modèle de l'engagement conjoint (les membres d'une population croient collectivement que *p* si et seulement s'ils s'engagent conjointement à croire que *p*. Un groupe croit que *p* si et seulement si les membres acceptent que *p*. Les membres acceptent conjointement que *p* si et seulement si les membres ont individuellement et intentionnellement exprimé leur volonté d'accepter que *p* avec les autres membres. L'engagement conjoint ne requiert pas la croyance mais une simple acceptation)[329]. Hormis ces différentes analyses de la croyance, le savoir ne doit pas être synonyme d'une simple « croyance vraie[330] » mais plutôt d'une « croyance vraie justifiée » et non obtenue par hasard. P. Engel parle de « connaissance propositionnelle »[331]. Par conséquent, le sujet doit avoir accès à ses croyances pour savoir (condition interne) mais pour que ses croyances soient justifiées, le sujet n'a pas besoin d'avoir accès à ses croyances car celles-ci dépendent de processus causaux fiables dont il peut ne pas avoir conscience (condition externe)[332].

---

[327] La définition des savoirs collectifs par E. Durkheim démontre que ces derniers sont des savoirs théoriques indépendants des conditions particulières, universels et intemporels. En effet, les savoirs collectifs sont définis comme : « L'ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres d'une même société (…) elle est indépendante des conditions particulières où les individus se trouvent placés ; ils passent, et elle reste. Elle est la même au Nord et au Midi, dans les grandes villes et dans les petites, dans les différentes professions. De même, elle ne change pas à chaque génération, mais elle relie au contraire les unes aux autres les générations successives. Elle est donc tout autre chose que les consciences particulières, quoiqu'elle ne soit réalisée que chez les individus. Elle est le type psychique de la société, type qui a ses propriétés, ses conditions d'existence, son mode de développement, tout comme les types individuels, quoique d'une autre manière. » Voir Durkheim, E., *De la division du travail social*, PUF, Quadrige, 2013.

[328] Engel, P., « Peut-il y avoir des savoirs collectifs ? », *Cahiers philosophiques,* Vol. 3, No. 142, 2015, pp. 93-106, spé. p. 94.

[329] Engel, P., *ibid*., p. 95.

[330] P. Engel donne l'exemple d'un candidat à un jeu télévisé qui « sait » que Canberra est la capitale de l'Australie simplement sur la base de sa réponse correcte à la question. Voir Engel, P., *ibid*., p. 98.

[331] La connaissance propositionnelle ne concernerait que les savoirs explicites (ou théoriques) et non les savoirs tacites (ou pratiques). En effet, selon P. Engel, les connaissances pratiques sont supposées non propositionnelles car il est difficile de dire si elles impliquent des croyances et encore moins des croyances justifiées.

[332] P. Engel distingue entre la justification cohérentiste (cohérence maximale entre les croyances), fondationnaliste (dépendance fonctionnelle à partir de croyances primitives), évidentialiste (preuves ou données probantes), et fiabiliste

99. La dépendance des savoirs aux conditions sociales. Ensuite, en reprenant la distinction entre savoir explicite et savoir tacite[333], la sociologie souligne l'importance de l'environnement social et des structures sociales. Les savoirs tacites sont définis, par M. Maciel et S. Albagli, comme des connaissances non documentées ou explicitées car les détenteurs ne sont pas entièrement conscients de leur détention. Ce sont aussi des connaissances subsidiaires et déjà incorporées qui permettent de focaliser l'attention sur des tâches nouvelles et des problèmes spécifiques. De plus, ces connaissances dérivent de l'expérimentation, de l'apprentissage par la pratique, de l'utilisation et des interactions. Enfin, les savoirs tacites sont spécifiques à un contexte et à un type d'activité. Plus les connaissances sont tacites plus elles sont par conséquent difficiles à partager, à reconnaître et à évaluer. Au contraire, les savoirs explicites sont des connaissances codifiées et plus facilement partageables[334]. À partir de ces deux types de savoir, M. Maciel et S. Albagli soulignent l'existence de deux courants de pensée[335] ayant une incidence sur la nature du savoir. Le premier courant, davantage économique, considère que toutes les connaissances peuvent être codifiées et que la décision de codifier ou non dépend du rapport coût/avantage de l'opération. Comme les technologies de l'information et de la communication réduisent le coût de la codification, elles favoriseraient alors la diminution des savoirs tacites et rendraient disponibles dans le monde entier les savoirs explicites. Néanmoins, pour le second courant, les connaissances tacites ont une importance primordiale. Pour qu'il y ait appropriation et utilisation des connaissances codifiées, il faut d'abord disposer de connaissances tacites. Même si les technologies de l'information et de la communication garantissent une déterritorialisation et une diffusion mondiale des connaissances codifiées, ces connaissances devront nécessairement être relocalisées pour être utilisées sous forme de connaissances tacites. La raison avancée est que les connaissances ne peuvent être transmises que par apprentissage dans des processus sociaux localisés et ancrés dans des environnements et des organisations spécifiques. Cette seconde approche souligne donc que la création, la diffusion et l'utilisation des connaissances (tacites ou explicites) se fondent toujours dans un environnement social et des structures collectives[336]. De même, pour

(processus causaux qui déterminent nos croyances). Voir Engel, P., *ibid*., p. 98.

[333] M. Maciel et S. Albagli reprennent la distinction de M. Polanyi entre savoir explicite et savoir tacite. Voir Maciel, M., Albagli, S., « Les sociétés du savoir vues des pays du Sud : les défis de l'apprentissage et de l'innovation au niveau local », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 117-129. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-117.htm

[334] Définition de M. Maciel et S. Albagli. Voir Maciel, M., Albagli, S., *ibid*., p. 122.

[335] Maciel, M., Albagli, S., *ibid*., p. 123.

[336] F. Barth insiste sur l'aspect social du savoir et sur l'interdépendance entre savoir explicite et savoir tacite en expliquant :

créer de nouveaux savoirs, les individus et organisations doivent interagir dans des relations interpersonnelles.

100. Un exemple démontrant l'importance du contexte social et culturel sur les savoirs. H. Wang et D. Thorns démontrent le rôle des savoirs tacites et donc du contexte social et culturel dans un cas spécifique : le cas de la mobilité transnationale des immigrés chinois[337]. Les immigrés qualifiés ont besoin de temps pour s'adapter au marché du travail néo-zélandais en raison de l'existence de savoirs tacites acquis par leurs valeurs culturelles[338]. Ils ont dû s'adapter aux valeurs culturelles de la Nouvelle-Zélande en matière de travail universitaire pour acquérir de nouveaux savoirs tacites et utiliser leur savoir universitaire plus facilement. Cet exemple démontre que le savoir académique formel (ou explicite, théorique) n'est pas suffisant. Il est conditionné par un savoir tacite par l'intermédiaire des valeurs et traditions culturelles. En d'autres termes, le savoir tacite conditionne l'accès au savoir explicite. Les « immigrants doivent 'savoir quoi' mais également 'savoir comment'[339] ». Les savoirs tacites et explicites sont donc toujours en interaction et coexistent. Ces deux types de savoir sont interdépendants puisqu'il est nécessaire de savoir comment aborder les relations sociales dans différents contextes culturels pour pouvoir produire et diffuser des savoirs théoriques. En conséquence, la sociologie nous permet de conclure que les savoirs dépendent des conditions sociales, du groupe social et du type de société donné.

« Je vois trois visages ou aspects du savoir que l'on peut distinguer de façon analytique. Premièrement, toute tradition de savoir comporte un corpus d'affirmations et d'idées fondamentales sur des aspects du monde. Deuxièmement, cette tradition doit être réalisée et transmise selon un ou plusieurs modes de communications qui forment une série de représentations incomplètes du savoir, que ce soit sous la forme de mots, de symboles concrets, de gestes de désignation, ou d'actions. Et troisièmement, toute tradition de savoir sera distribuée, communiquée, utilisée et transmise dans le cadre d'un ensemble de relations sociales instituées. Ces trois aspects du savoir sont interconnectés. » Voir Barth, F., « An Anthropology of Knowledge, Current Antrhopology », Vol. XLIII, No. 3, 2002, p. 3, cité par Adell-Gombert, N., « Le savoir, le pouvoir et l'ordre », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, spé. p. 194.

[337] Wang, H., Thorns, D., « Les différentes formes de savoir et l'adaptation des immigrés chinois qualifiés à la société du savoir néo-zélandaise », [En ligne], *in Le savoir mondial*, Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 103-115. [Consulté le 13 décembre 2019] Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-103.htm

[338] Des savoirs tacites différents sont en confrontation. En effet, le savoir tacite acquis dans le contexte chinois n'a pas aidé ces derniers à faire carrière en Nouvelle-Zélande car le savoir est un signe de prestige uniquement. Ceux qui détiennent les savoirs sont des universitaires et se situent en haut des hiérarchies professionnelles. Or, dans la société du savoir néo-zélandaise, l'apparition de l'économie de services s'est traduite par le fait qu'une partie des tâches de certains travailleurs du savoir consistait à « avoir affaire aux gens », le savoir est considéré comme une source de création de valeur. Les immigrés chinois n'avaient pas ce savoir tacite et ont dû l'acquérir pour utiliser leur savoir théorique par la suite.

[339] Wang, H., Thorns, D., *ibid*., p. 112.

CONCLUSION DE LA SECTION I

101. Il apparaît difficile de rechercher une définition unique des savoirs dans la mesure où ces derniers se présentent comme une notion plurielle. La définition des savoirs dépend en effet de la discipline concernée.

102. La diversité des savoirs en philosophie. En philosophie, la « théorie de la connaissance » présente le savoir comme l'outil de la connaissance. Les deux notions sont alors indéfectiblement liées à tel point qu'elles se confondent. Que ce soient la connaissance ou le savoir, elles se distinguent des simples croyances et sensations car elles supposent une réflexion théorique. De plus, le savoir a suscité des débats entre les courants réalistes et empiristes opposés aux courants idéalistes et rationalistes. Ces deux courants apparaissent néanmoins complémentaires car l'un privilégie les concepts purs (connaissance théorique) tandis que l'autre promeut l'expérience (connaissance pratique). Mais encore, le courant naturaliste expose que le savoir est dépendant des contraintes du milieu. Ces différents courants philosophiques dévoilent donc qu'il n'existe pas une connaissance unique mais plutôt une diversité de connaissances (connaissances innées, connaissances issues des contraintes du milieu, connaissances théoriques objectives, connaissances issues de l'expérience).

103. La distinction anthropologique entre savoirs scientifiques et savoirs symboliques. En anthropologie, les savoirs sont classés selon des typologies précises. Plusieurs niveaux de savoirs sont alors présentés entre ceux découlant de l'expérience (savoir-faire) et ceux issus de concepts et affirmations (connaissance théorique). C'est alors le *médium* entre la pensée et le faire qui fonde la distinction. Une autre typologie est également opérée entre savoir symbolique provenant de l'habitude et de la répétition et savoir scientifique créé par l'expérimentation et la mise à distance. Au sein même des savoirs symboliques ou scientifiques, des sous-catégories de savoirs sont aussi identifiées. Mais encore, une hiérarchie est présentée entre les savoirs ignorés et les savoirs exposés. Cette hiérarchie permet de retrouver les savoirs symboliques et pratiques (savoirs ignorés) et les savoirs scientifiques théoriques (savoirs exposés). Enfin, cette diversité des savoirs s'explique notamment par l'importance de la contextualisation. Le savoir s'adapte nécessairement au contexte culturel, historique et environnemental. L'anthropologie établit alors un lien entre savoir et culture et démontre la nécessité de partager les savoirs car ils sont dépendants de l'action.

104. La distinction économique entre le savoir explicite et le savoir implicite. En économie, les savoirs sont définis en termes de gestion dans le monde de l'entreprise comme un capital immatériel ou un actif intangible particulièrement valorisé dans une « économie de la connaissance ». Les données, les informations et surtout les connaissances sont les composantes du savoir. De plus, le savoir se divise entre savoir explicite et savoir implicite et revient à la distinction des anthropologues entre savoir exposé et savoir ignoré, ou encore entre savoir scientifique et savoir symbolique. Enfin, la gestion du savoir nécessite des activités de transmission et de partage en raison de sa nature dynamique et dans le but de produire de nouveaux savoirs.

105. La dépendance des savoirs explicites aux savoirs tacites selon les sociologues. En sociologie, l'accent est mis sur la dépendance des savoirs à l'époque, à la société et à la structure sociale. Certains savoirs peuvent être universels et intemporels mais ils émergeront uniquement dans des conditions sociales données, à une époque spécifique et dans un lieu donné. Les relations sociales seraient également importantes pour la création des savoirs de sorte que le savoir est nécessairement un produit social. Les sociologues reprennent la distinction entre savoir explicite et savoir tacite et soulignent leur coexistence. Le seul savoir explicite n'est en effet pas suffisant car, pour l'utiliser et le comprendre, il faut d'abord savoir comment (savoir tacite) aborder les relations en s'adaptant aux différents contextes culturels et sociaux.

106. Point commun des différentes disciplines. Malgré la diversité des définitions, ces différentes disciplines convergent sur un point pour envisager une définition homogène des savoirs. Les savoirs peuvent en effet se diviser entre un aspect théorique et un aspect pratique. Le premier regroupe les savoirs exposés, explicites, scientifiques tandis que les seconds rassemblent les savoirs ignorés, tacites et symboliques.

SECTION II
Les définitions des savoirs selon les échelles

107. Plan. Les savoirs se définissent différemment selon l'échelle géographique concernée. Une distinction sera opérée entre l'échelle mondiale (paragraphe I) et l'échelle locale (paragraphe II). Au regard de ces deux échelles, une hiérarchie entre les savoirs est établie ayant pour conséquence de faire primer un savoir spécifique par rapport aux autres formes de savoirs.

PARAGRAPHE I. LE SAVOIR A L'ECHELLE MONDIALE

108. Plan. Au niveau international, une définition du savoir mondial est privilégiée et, en particulier, le savoir scientifique jouissant d'une certaine hégémonie (A). Cette primauté du savoir scientifique a pour conséquence de créer et de renforcer les inégalités entre les pays en réfutant et dénigrant les autres formes de savoirs. Il apparaît alors que le savoir mondial échoue dans la réalisation de son objectif principal : garantir une production, une diffusion et une utilisation mondiale du savoir. (B).

A) Savoir mondial et savoir scientifique

109. Définition du savoir mondial. Le savoir à l'échelle mondiale ou « savoir mondial » est un savoir qui se diffuse et se propage dans le monde entier. L'objectif est de construire une infrastructure mondiale d'information et de communication, dite « autoroute de l'information[340] », pour garantir l'accessibilité et la diffusion du savoir de façon homogène. Une « mondialisation du savoir » ou des « corpus mondiaux de savoir[341] » seraient rendus possibles pour différentes raisons[342]. D'abord, parce que le savoir échappe à la tragédie des biens communs[343], il est alors une ressource inépuisable et plus le savoir est partagé, plus il se reconstitue. Le savoir tend alors à être partagé mondialement pour évoluer et s'améliorer.

[340] Expression utilisée par M. Maciel et S. Albagli. Voir Maciel, M., Albagli, S., « Les sociétés du savoir vues des pays du Sud : les défis de l'apprentissage et de l'innovation au niveau local », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 117-129, spé. p. 121. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-117.htm

[341] Expression utilisée par N. Stehr et U. Ufer. Voir Stehr, N., Ufer, U., « La répartition et la diffusion mondiales du savoir », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 9-29, spé. p. 12. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-9.htm

[342] Stehr, N., Ufer, U., *ibid*., p. 15.

[343] Sur le fait que la tragédie des biens communs ne s'applique pas aux savoirs, voir l'introduction.

Ensuite, l'utilisation du savoir est inhérente à la structure du savoir lui-même. Le savoir a pour nature d'être utilisé, d'être dynamique et non figé dans le temps et dans l'espace. Enfin, le savoir est aujourd'hui codifié pour l'extraire de son contexte particulier. De par cette codification, le savoir serait rendu plus facilement accessible à l'échelle mondiale.

110. Savoir mondial et savoirs scientifiques. Le savoir mondial inclut, en particulier, les savoirs scientifiques. Selon H.D. Evers, M. Kaiser et C. Muller[344], les savoirs scientifiques sont le « savoir des experts » présentant la particularité d'être indépendants de l'échelle locale. Le savoir scientifique sort en effet de son contexte d'origine (historique, culturel, sociétal) afin de présenter une « validité universelle[345] ». Un tel savoir est « indépendant de la culture, libre des contraintes locales et fondé sur l'expérience accumulée[346] ». Le savoir scientifique est alors apparu comme le savoir mondial idéal puisque, par sa neutralité et universalité, il serait susceptible de se diffuser et d'être utilisé dans le monde entier.

111. Les conditions constitutives du savoir scientifique. Pour que le savoir scientifique puisse s'imposer mondialement et qu'il présente une certaine légitimité, les experts ne doivent pas être des individus isolés. Selon H.D. Evers, M. Kaiser et C. Muller : « le savoir est moins un bien intellectuel que le produit de processus sociaux[347] ». L'acceptation sociale du savoir scientifique s'explique alors par l'appartenance de l'expert à une structure institutionnelle, et plus particulièrement à des « communautés épistémiques[348] ». L'imposition du savoir scientifique passe, par ailleurs, par plusieurs étapes[349]. D'abord, la « phase d'intellectualisation du savoir » suppose l'invention du concept, un processus de stabilisation du savoir par sa répétition et des relations de savoir. Puis, cette phase se termine par une « expérimentation

[344] Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C., « Savoir et développement : les appareils épidémiques dans le contexte mondial », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 67-82, spé. p. 69. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-67.htm

[345] Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C., *ibid*., p. 70.

[346] Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C., *ibid*., p. 70.

[347] Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C., *ibid*., p. 69.

[348] Selon P. Haas, la communauté épistémique se définit comme « un réseau de professionnels disposant d'une compétence reconnue dans un domaine particulier et qui revendiquent avec autorité la pertinence de leur savoir pour les décideurs dans ce domaine. » Par exemple, des communautés épistémiques ont été dévoilées à travers les SURF (centres de contact sous-régionaux) créés par le PNUD (Programme des Nations unies pour le développement). Ces communautés épistémiques garantissent les échanges de savoir et la communication entre les experts à l'échelle mondiale. Les membres de la communauté ont le souci de s'entraider et d'échanger (conversation par courriels notamment) leurs savoirs. Toute l'information partagée est d'abord acheminée vers le siège. Ensuite, un modérateur distribue le message et recueille les réponses fournies par les experts. Voir Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C., *ibid*., p. 74.

[349] Adell-Gombert, N., « Le savoir, le pouvoir et l'ordre », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 193-250, spé. p. 239.

rationnelle », c'est-à-dire que les connaissances se soumettent à la vérification par l'expérience. Ensuite, la seconde phase est dénommée « institutionnalisation du savoir ». Elle suppose le respect de différentes normes et de pratiques ainsi que l'existence de relations entre les membres et les lieux. Une fois le savoir scientifique accepté et légitimé, les membres de la communauté participent au caractère dynamique du savoir puisqu'ils s'échangent ce dernier à l'échelle mondiale. La seule condition étant qu'ils appartiennent à la même communauté, c'est-à-dire qu'ils soient des experts ou des scientifiques.

112. L'hégémonie du savoir scientifique. Plus le savoir scientifique s'est développé et s'est imposé à l'échelle mondiale, plus son hégémonie a cependant participé à la réfutation des autres formes de savoirs. Le savoir scientifique est surtout apparu pendant la période de la seconde guerre mondiale. L'idée était de créer une science neutre et universelle pour promouvoir la productivité. Après la seconde guerre mondiale, cette idée de neutralité et d'universalité a été renforcée par le développement des conglomérats transnationaux engendrant un « renforcement du rôle joué par le 'centre' en tant que générateur de connaissances scientifiques et technologiques et la 'périphérie' en tant que consommatrice et utilisatrice »[350]. Cette hégémonie de la science a alors engendré une distinction entre savoir scientifique mondial et savoir local, au détriment de ce dernier. En effet, le savoir scientifique a participé à la négation voire au mépris des autres savoirs, et notamment des savoirs locaux. J. Baechler explique la principale raison de cette hiérarchisation entre savoir scientifique européen et savoir local et en conclut à de l'ethnocentrisme : « La culture européenne était en droit de ruiner les cultures africaines, car ses progrès lui en avaient donné les moyens. Une justification moins brutale lui attribuait une avance en termes de Progrès, pris absolument, si bien que ruiner les sociétés retardataires était leur rendre service[351]. »

113. La remise en cause de la primauté du savoir scientifique sur les autres formes de savoirs. Une prise de conscience de l'importance des autres formes de savoirs a néanmoins eu

[350] Maciel, M., Albagli, S., « Les sociétés du savoir vues des pays du Sud : les défis de l'apprentissage et de l'innovation au niveau local », [En ligne], *in Le savoir mondial, Revue internationale des sciences sociales*, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 119. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-117.htm ; Par exemple, aux Etats-Unis, l'abandon de la relation entre savoirs et objectifs politico-militaires a permis l'expansion des grandes universités de recherche et la création d'un environnement propice à l'émergence d'un savoir mondial. L'objectif est de parvenir à une autonomie des sciences pour acquérir un savoir « non contaminé » et permettre le progrès scientifique. Voir Stehr, N., Ufer, U., « La répartition et la diffusion mondiales du savoir », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 9-29, spé. p. 18.

[351] J. Baechler ajoute que : « Il suffit de considérer que sa propre particularité culturelle est la généralité humaine, pour que les us et coutumes des autres peuples soient tenus pour inhumains ou non humains. » Voir Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 77 et 109.

pour conséquence de modifier la vision trop étroite du savoir scientifique. La vision du savoir scientifique a en effet évolué afin de reconnaître l'importance du contexte culturel, historique et institutionnel. C'est à partir des années 90 qu'est reconnue l'importance des institutions, des conditions socioculturelles, du rôle de l'Etat et des politiques publiques[352]. L'hégémonie du savoir scientifique tend alors à être progressivement réfutée. N. Adell-Gombert souligne bien cette évolution dans l'idée de prééminence du savoir scientifique. Il souligne que cette forme de savoir n'est qu'une connaissance parmi d'autres[353] et que, pour être pleinement efficace, elle ne peut pas être extraite totalement du contexte particulier dans lequel elle est créée au départ[354]. Les savoirs scientifiques perdent alors en crédibilité et en pertinence car leur contenu s'appauvrit par leurs multiples transformations. Ils sont décontextualisés pour être rendus neutres et universels. Cette décontextualisation a pour effet de les extraire des rapports sociaux, des rapports de pouvoir ou encore du contexte historique, culturel ou social. H.D. Evers, M. Kaiser et C. Muller expliquent que le savoir scientifique subit un processus de sélection, d'explication et de numérisation détruisant l'unité de sa structure, son contenu et sa compréhension. Or, de par cette décontextualisation, il devient un savoir inactif car il n'est pas applicable dans un contexte local sous sa forme originelle. Mais encore, tout savoir serait composite de sorte que, par exemple, le savoir des communautés autochtones et locales est tout aussi scientifique que le savoir mondial[355]. Le savoir tacite ou implicite acquis grâce à l'expertise démontre donc son importance dans un contexte local car le savoir mondial normalisé et homogénéisé semble inapplicable à une telle échelle.

Dans le même sens, C. Lévi-Strauss insiste sur la nécessaire évolution dans l'interprétation du savoir scientifique :

> « Il est vrai que ce savoir scientifique est né et s'est développé le dos tourné à d'autres modes de connaissance, en raison de leur inefficacité pratique relativement aux fins nouvelles qu'il s'assignait. Ce divorce a trop longtemps fait perdre de vue – mais peut-être

[352] Maciel, M.L., Albagli, S., *ibid.*, p. 120.

[353] N. Adell-Gombert souligne : « Il n'y a qu'un pas entre "le monde avant la connaissance" et la "pensée sauvage". Dans les deux cas, (…) il s'agit d'aller en deçà de la connaissance scientifique, de montrer que celle-ci n'est qu'un savoir parmi d'autres, un savoir qui n'est pas premier et qui s'appuie (…) sur une expérience seconde du monde (…) sur une pensée symbolique à l'œuvre chez tout être humain ». Voir Adell-Gombert, N., « Savoir ignorés, savoirs exposés », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 153-192, spé. p. 117.

[354] Selon M. Merleau-Ponty : « Tout l'univers de la science est construit sur le monde vécu. » Voir Merleau-Ponty, M., *Phénoménologie de la perception*, Paris, Gallimard, 1945, cité par Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 177. Dans le même sens, J. Baechler explique que : « Le connaître est un dispositif local au service d'un dispositif général. » Voir Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 86.

[355] Selon N. Adell-Gombert : « Non seulement un savoir populaire présente une grande variété d'origines, d''autres' entre les mains desquels le savoir a passé (des savants du présent ou du passé, d'ici ou de là-bas ; (…) mais encore il est l'objet de nombreux ajustements dans le monde local. » Voir Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 157.

> était-ce inévitable – certains aspects du réel que nous avons presque oubliés, et surtout que les formes de connaissance, qui leur sont le mieux adaptées, confrontaient à de vrais problèmes qu'on écartait en les taxant d'insignifiance, mais en fait, parce que les premières voies empruntées par le savoir scientifique ne lui permettaient plus de comprendre leur intérêt et pas encore de les résoudre. C'est seulement depuis quelques années que la science prend une autre tournure. En s'aventurant dans des domaines plus proches de la sensibilité, nouveaux pour elle mais qu'en fait elle redécouvre, elle prouve que le savoir ne progresse désormais qu'en s'élargissant pour comprendre d'autres savoirs ; et il convient de donner ici au terme comprendre son double sens d'appréhender par l'intellect et d'inclure[356]. »

114. La défaite du savoir scientifique à remplir les finalités du savoir mondial. De plus, la prépondérance du savoir scientifique perd en légitimité dans la mesure où cette forme de savoir n'apparaît plus comme un savoir mondial. H.D. Evers, M. Kaiser et C. Muller[357] soulignent d'abord que les communautés épistémiques productrices du savoir scientifique favorisent l'exclusion des tiers à l'accès et à l'utilisation des savoirs. Or, un savoir mondial devrait être produit, partagé et utilisé par tout individu et non seulement par certains membres d'une communauté. Ces communautés épistémiques s'avèrent néanmoins être essentiellement basées dans les pays du Nord au détriment des savoirs provenant des pays du Sud.

115. Transition. Le savoir mondial, en plus d'asseoir une certaine hégémonie sur les autres formes de savoirs, s'est révélé être une source d'inégalités dans le monde.

B) <u>Le savoir mondial, source d'inégalités</u>

116. L'inégalité entre les pays du Nord et les pays du Sud dans la reconnaissance du savoir scientifique. C'est essentiellement entre les pays du Nord et les pays du Sud que les inégalités se font ressentir car le savoir mondial serait uniquement le savoir des pays développés. H.D. Evers, M. Kaiser et C. Muller soulignent que c'est dans les pays développés que se concentrent la production et l'accumulation du savoir mondial[358]. Le savoir mondial participerait ainsi à la négation de la capacité des pays du Sud à créer un savoir scientifique.

---

[356] Lévi-Strauss, C., *Mythologies IV,* L'Homme Nu, Paris, Plon, 1971a, pp. 568-570, cité par Adell-Gombert, N., « Introduction », *Anthropologie des savoirs,* Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 7-26, spé. p. 20.

[357] Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C., « Savoir et développement : les appareils épidémiques dans le contexte mondial », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 67-82, spé. p. 75.

[358] Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C., *ibid*., p. 78.

117. Une inégalité dans l'accès et l'utilisation des savoirs scientifiques. L'objectif de créer un savoir à l'échelle mondiale est alors compromis puisque la « société du savoir[359] » a révélé des inégalités mondiales entre ceux qui ont accès et détiennent les savoirs et ceux qui n'ont ni accès ni détention des savoirs. Or, selon N. Adell-Gombert[360] : « Toutes les sociétés sont des 'sociétés à savoir'. » En d'autres termes, toutes les sociétés sont potentiellement des sociétés produisant, échangeant et utilisant des savoirs. N. Adell-Gombert souligne cependant que les sociétés du savoir sont apparues avec la naissance des réseaux numériques et d'Internet et que ces changements se sont mis en place de manière inégale dans le monde, révélant l'existence de fractures numériques. Par conséquent, le savoir mondial a révélé une « fracture cognitive[361] » car il existe, entre les Etats (Nord/Sud) et au sein des Etats, des inégalités entre ceux qui produisent, partagent et utilisent les savoirs et ceux qui sont exclus des sociétés du savoir.

118. Les conséquences de l'inégalité d'accès aux savoirs scientifiques. La principale cause des inégalités s'explique par l'inégal accès à la production et au partage des connaissances. Ces inégalités entraînent des conséquences négatives dans tous les domaines (écarts de niveaux de vie, domination ou soumission économique et politique). M.L. Maciel et S. Albagli parlent de nouvelles formes de « polarisation sociale et d'exclusion économique »[362]. Le savoir mondial aurait en effet participé à l'accroissement des disparités. Il a notamment accru les différences de conditions économiques, l'inégale répartition dans la production des biens et services, l'inégale concentration des productions basées sur les sciences et hautes technologies ou encore les différences dans les aptitudes à apprendre en fonction de l'histoire et de la culture.

119. Les raisons de l'inégalité d'accès aux savoirs scientifiques. En outre, les inégalités entre pays du Nord et pays du Sud induites par le savoir mondial s'expliquent par les inégalités en termes de capacité et d'accès aux différentes possibilités d'acquisition du savoir. N. Stehr et U. Ufer[363] expliquent que la variation dans les investissements relatifs à la capacité d'adaptation

[359] Selon N. Adell-Gombert, P. Drucker est le premier à avoir avancé l'idée de « société du savoir ». Voir Adell-Gombert, N., « Conclusion », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 293-302, spé. p. 293.

[360] Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 294.

[361] Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 294.

[362] Maciel, M., Albagli, S., « Les sociétés du savoir vues des pays du Sud : les défis de l'apprentissage et de l'innovation au niveau local », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 117-129, spé. p. 117. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-117.htm

[363] Stehr, N., Ufer, U., « La répartition et la diffusion mondiales du savoir », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des

entraîne des différences dans l'assimilation du savoir mondial. Le savoir mondial engendre alors des différences d'assimilation du savoir entre et au sein des Etats. De plus, M.L. Maciel et S. Albagli[364] expliquent que les technologies de l'information et de la communication peuvent être des instruments de dépendance et de reproduction des inégalités car elles créent une concentration territoriale du savoir par sa privatisation *via* les droits de propriété intellectuelle[365] et il est impossible de partager le savoir tacite à travers les réseaux électroniques. Or, la mise en place de processus d'apprentissage et d'innovation locaux qui tiennent compte des conditions propres aux pays en développement est primordiale[366]. La décontextualisation tend en effet à nier les limites d'ordre juridique, culturel ou social au sein et entre les pays. Aussi, l'acquisition des aptitudes intellectuelles pour accéder aux savoirs, et en particulier l'aptitude à apprendre comment apprendre, représente un certain coût pour les pays du Sud en raison des inégalités sociales et économiques déjà existantes. L'utilisation des nouvelles technologies devrait alors s'accompagner de la mise en place de mesures pour favoriser la capacité d'apprendre et de produire de nouveaux savoirs. M.L. Maciel et S. Albagli[367] considèrent qu'il est primordial de créer les conditions sociales de l'appropriation du savoir car ces conditions sont indispensables à l'apprentissage, à l'innovation et au développement. En effet, la création, le partage et l'utilisation des savoirs se produisent dans un environnement social spécifique et les savoirs se développent grâce à ces interactions sociales. L'apprentissage et l'innovation sont donc dépendants de cet environnement social incluant des codes, des valeurs, des langages socialement partagés, des conditions socioculturelles, historiques et institutionnelles spécifiques. Ainsi, le simple accès aux savoirs n'est pas suffisant car la capacité d'apprentissage locale s'avère être nécessaire pour que les savoirs soient créés, partagés et utilisés à toutes les échelles, y compris locale.

---

sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 9-29, spé. p. 15.

[364] Maciel, M., Albagli, S., « Les sociétés du savoir vues des pays du Sud : les défis de l'apprentissage et de l'innovation au niveau local », [En ligne], *in Le savoir mondial*, Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 117-129., spé. p. 126. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-117.htm

[365] Selon J. Scott, les innovations technologiques agricoles fondées sur des « vues scientifiques impériales » ne sont « pas seulement des stratégies de production, mais aussi des stratégies de contrôle et d'appropriation ». Voir A. Kumbamu., « La rencontre du savoir mondial : déqualification des agriculteurs, crise socioécologique, et diffusion de semences génétiquement modifiées à Warangal (Inde) », [En ligne], *in Savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales*,* Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 31-45, spé. p. 43. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-31.htm

[366] Maciel, M.L., Albagli, S., *ibid*., p. 118.

[367] Maciel, M.L., Albagli, S., *ibid*., p. 123.

120. Une inégalité renforcée par l'effet des savoirs sur le pouvoir. De plus, les inégalités créées par le savoir mondial sont renforcées par le fait que le savoir induit le pouvoir. La connaissance est « ce dont une personne se sert pour interpréter et agir sur le monde[368] ». Dans une approche historique, J.M. Besnier[369] explique que le savoir naît à la Renaissance après l'abandon de l'idée d'un fonds commun d'évidences sur le monde héritée d'Aristote. Le savoir va permettre de retrouver le sens de la présence de l'homme dans le monde et d'amoindrir sa solitude. Il prend une dimension métaphysique et amène à des conclusions en vertu desquelles les hommes sont « maîtres et possesseurs de la nature »[370] voire qu'ils maîtrisent l'univers et qu'ils sont la « mesure de toutes choses[371] », car ils sont les seuls à détenir du savoir. Les savoirs sont actuellement sources d'hégémonie aussi bien politique qu'économique car, selon N. Stehr et U. Ufer[372], ils se trouvent être monopolisés et concentrés, accentuant la dichotomie entre inclusion et exclusion en faveur de cette dernière. Savoir et pouvoir entretiennent donc une relation particulièrement étroite car, en produisant et en utilisant un savoir, l'exercice d'un pouvoir est manifesté et peut pousser à s'approprier davantage de savoirs. Aussi, le pouvoir induit une hiérarchie entre savoirs légitimes et savoirs assujettis. N. Adell-Gombert explique que les savoirs assujettis consistent notamment en des « savoirs disqualifiés en tant que savoirs non conceptuels, naïfs, insuffisants quant aux critères admis de scientificité[373] ». Une opposition est alors révélée entre les savoirs scientifiques légitimés par le pouvoir et les autres savoirs (populaires, traditionnels, locaux) relégués au plus bas de la hiérarchie.

121. Les mesures nécessaires pour contrer les inégalités. Le savoir mondial souffre de nombreuses limites puisqu'il n'a pas réalisé son objectif principal, garantir une production, une diffusion et une utilisation mondiale du savoir. Cet objectif doit s'accompagner, selon N. Adell-Gombert, de plusieurs mesures préalables pour combattre les inégalités déjà existantes entre et au sein des Etats. D'abord, le défi de l'apprentissage et de l'éducation doit être relevé. L'idée est de promouvoir une éducation tout au long de la vie et de décloisonner les lieux et les formes

[368] N. Adell-Gombert souligne la définition de F. Barth à propos de la connaissance. Voir Barth, F., « An Anthropology of Knowledge », *Current Antrhopology*, Vol. XLIII, No. 1, 2002, p. 1-18, cité par Adell-Gombert, N., « Le savoir, le pouvoir et l'ordre », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 193-250, spé. p. 193.

[369] « La connaissance est le privilège des hommes qui se savent mortels » Voir Besnier, J.M., *ibid*., p. 113.

[370] Descartes, R., *Discours de la méthode,* Les Echos du Maquis, 2011 (1637), p. 38.

[371] Selon Protagoras : « L'homme est la mesure de toutes choses, de l'existence de celles qui existent et de la non-existence de celles qui n'existent pas ». Voir Platon, *Théétète Parménide*, GF-Flammarion, 1991 (1967), p. 27-28.

[372] Stehr, N., Ufer, U., « La répartition et la diffusion mondiales du savoir », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 9-29, spé. p. 24. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-9.htm

[373] Adell-Gombert, N., « Le savoir, le pouvoir et l'ordre », *op. cit*., p. 204.

de transmission du savoir[374]. Ensuite, la participation à la production des connaissances doit être promue. Tout individu doit avoir accès aux savoirs mais aussi les produire et les partager[375]. Enfin, la « diversité cognitive » doit être garantie, c'est-à-dire que l'hégémonie des savoirs scientifiques devrait être désormais relativisée pour éviter l'uniformisation et pour promouvoir ainsi que légitimer toute autre forme de savoir.

122. Transition. Ces autres formes de savoirs concernent en particulier les savoirs dits « locaux », c'est-à-dire des savoirs créés à l'échelle locale.

PARAGRAPHE II. LES SAVOIRS A L'ECHELLE LOCALE

123. Plan. Au niveau local, la définition des savoirs se penche étroitement sur les savoirs traditionnels et les savoirs tacites (A). À travers la présentation des définitions selon les différentes échelles, il apparaît que l'opposition entre savoir local et savoir mondial ne semble pas être justifiée. Le caractère local des savoirs ne justifierait pas l'objection à leur nature scientifique et le savoir scientifique n'est pas si neutre et décontextualisé des rapports sociaux, historiques, culturels, environnementaux ou politiques (B).

A) Savoir local, savoir traditionnel et savoir tacite

124. Présentation et plan. Les savoirs locaux sont des savoirs ancrés dans une culture locale. Ces savoirs sont évolutifs et diversifiés car ils changent selon les besoins des hommes et se transforment selon les époques. Il s'agit souvent de savoirs relatifs à la biodiversité. Dénommés « savoirs naturalistes locaux ou populaires », ces savoirs sont également divers puisqu'ils incluent des connaissances écologiques traditionnelles et populaires, des pratiques relatives au vivant ou encore des savoir-faire liés aux produits du terroir[376]. Mais encore, les savoirs locaux concernent d'autres domaines tels que l'artisanat, les activités forestières ou agricoles. Ainsi, les savoirs locaux sont la plupart du temps associés aux savoirs traditionnels

[374] L'idée de décloisonner les lieux et formes de savoir a notamment été avancée par O. Neurath. L'objectif est de démocratiser le savoir (humanisation du savoir au moyen de l'œil), notamment par le système de « pictogrammes » de Neurath consistant en un langage imagé élaboré sur une base scientifique pour informer objectivement les masses de leur situation. Par exemple, les sciences de l'environnement (climatologie) se sont démocratisées pour être compréhensibles à tous. Voir Stehr, N., Ufer, U., *ibid*., p. 13.

[375] N. Adell-Gombert parle d'un nouvel « *empowerment* » propre aux sociétés du savoir. Voir Adell-Gombert, N., « Conclusion », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 293-302, spé. p. 297.

[376] Chouvin, E., Louai, S., Roussel, B., « Prendre en compte les savoirs et savoir-faire locaux sur la nature - Les expériences françaises », *Institut du développement durable et des relations internationales (Iddri)*, 2004, pp. 4-27, spé. p. 4.

(1). Bien qu'une définition homogène de ces savoirs semble être délicate, des critères communs peuvent être soulignés (2).

1) L'assimilation des savoirs locaux aux savoirs « traditionnels »

125. Présentation des savoirs traditionnels. N. Stehr et U. Ufer définissent le savoir local comme des « savoirs autochtones revalorisés, devenant notamment une source d'inspiration pour des stratégies de développement durable[377] et de progrès économique[378] ». De même, selon les publications de l'OMPI[379], c'est « le lien avec la communauté qui rend les savoirs ou expressions 'traditionnels' » ainsi que le lien avec un terroir. Un lien étroit existe donc entre savoir local/tradition/patrimoine. Un savoir dit « traditionnel » est en effet un savoir nécessitant une contextualisation culturelle et temporelle déterminée. Le caractère local du savoir traditionnel s'explique surtout par le lien qu'il entretient avec un terroir et de façon plus globale avec un territoire. Comme le soulignent M. Roué et D. Nakashima[380], la perte de territoire entraîne inévitablement la perte d'une culture et d'un langage traditionnel et donc de la transmission d'un savoir particulier aux générations futures. Cette interdépendance entre savoir et territoire est notamment due à la vision holistique du savoir. En d'autres termes, le territoire et les animaux sont l'essence du mode de vie, mais aussi du savoir et de la culture, de sorte que chaque élément de la nature est nécessaire à l'ensemble[381].

126. Remise en cause des stéréotypes à l'égard des savoirs traditionnels. La « tradition » ne signifie toutefois pas l'existence d'un savoir figé et immuable car une pratique nouvelle peut toujours s'intégrer dans une « tradition[382] ». C. Aubertin, F. Pinton et P. Grenand distinguent

---

[377] N. Stehr et U. Ufer se basent sur les explications de J. Fernando. Voir Fernando, J., « NGOs and the production of indigenous knowledge under the condition of postmodernity », *in Annals of the American Academy of Political and Social Science,* 2003, pp. 54-72, cité par Stehr, N., Ufer, U., « La répartition et la diffusion mondiales du savoir », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 9-29, spé. p. 10. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-9.htm

[378] N. Stehr et U. Ufer se fondent sur une initiative de la Banque mondiale en 1998 qui a conclu à la valeur des savoirs autochtones et à la nécessité de les utiliser au profit du progrès économique. Voir Stehr, N., Ufer, U., *ibid*., p. 10.

[379] Voir notamment Blakeney, M., « Qu'est-ce que le savoir traditionnel ? Pourquoi faut-il le protéger ? Par qui doit-il être protégé ? Pour qui ? Comprendre la chaîne des valeurs », *Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*, Genève, 1er et 2 novembre 1999, WIPO/IPTK/RT/99/3.

[380] Roué, M., Nakashima, D., « Knowledge and foresight : the predictive capacity of traditional knowledge applied to environmental assessment », *International Social Science Journal*, Vol. 54, No. 173, 2002, pp. 337-347, spé. p. 344.

[381] Par exemple, constituent des savoirs « traditionnels » le savoir des guérisseurs thaïlandais utilisant le *plao noi* contre les ulcères et les savoirs des Cris et des Inuits sur le comportement migratoire saisonnier de certaines espèces dans la région de la baie d'Hudson. Voir OMPI, « Propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », Genève, 2020, spé. p. 14.

[382] Selon J. Pouillon, la tradition se définit traditionnellement comme « ce qui d'un passé persiste dans le présent où elle est transmise et demeure agissante et acceptée par ceux qui la reçoivent et qui, à leur tour, au fil des générations, la transmettent. »

les sociétés précoloniales et les sociétés issues de la colonisation pour finalement en conclure qu'un savoir traditionnel est toujours dynamique et évolutif. Au sein des sociétés précoloniales, les auteurs soulignent que : « Les savoirs ne sont pas immuables car ils sont constamment soumis à des ablations et des emprunts[383]. » Aussi, dans les sociétés issues de la colonisation, « les savoirs sont en permanence recomposés[384] » en raison de la mobilité sociale et géographique. Un savoir n'est alors jamais un produit fini car il a toujours une nature dynamique : il circule, se transmet[385], s'accumule, se construit et se réinvente selon les lieux et les rapports sociaux[386]. Dans le même sens, l'IDDRI expose qu'il faut aller au-delà de la vision de la tradition comme un savoir figé et immuable car les savoirs sont susceptibles d'évolution parfois très rapide. Une pratique nouvelle peut s'intégrer dans une « tradition » au point d'être revendiquée comme telle, quelle que soit son origine[387]. J. Baechler expose également que la tradition est vivante et adaptative[388]. Mais encore, l'OMPI souligne que la qualité novatrice des savoirs traditionnels peut être prise en considération dans la définition de ces savoirs[389]. Le terme « traditionnel » est donc sujet à critique car il évoque un savoir ancien, authentique, passé et figé détenu par des communautés autochtones et locales vivant dans les sociétés traditionnelles non-occidentales. Or, J. Pouillon et G. Lenclud[390] soulignent qu'il y a des savoirs dits « traditionnels » dans toutes les sociétés aussi bien occidentales, orientales ou non-

Voir Pouillon, J., « Tradition », *in* (dir.) Bonte, P., Izard, M., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Presses Universitaires de France, 1991, p. 710.

[383] Aubertin, C., Pinton, F., Grenand, P., « Savoirs traditionnels, populations locales et ressources globalisées », *in* (dir.) Aubertin, C., Pinton, F., et Boisvert, V., *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD éditions, 2007, pp. 165-194, spé. p. 169.

[384] Aubertin, C., Pinton, F., Grenand, P., *ibid*., p. 170.

[385] N. Adell-Gombert ajoute que la réception du savoir est au moins aussi importante que sa production. Voir Adell-Gombert, N., « La constitution de l'anthropologie des savoirs », *in* Adell-Gombert, N., *Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 67-108, spé. p. 104.

[386] C. Aubertin, F. Pinton et P. Grenand donnent l'exemple de la nature dynamique et évolutive des savoirs d'un agriculteur : « un petit agriculteur peut détenir son savoir de l'héritage familial de sa région d'origine, mais aussi d'une confrontation à d'autres savoirs locaux. Son expérience directe et ses compétences pratiques se développent ensuite en fonction de sa connaissance des lieux. Une grande part de son savoir est partagée avec ses proches et échangée avec d'autres cultivateurs dans des rapports sociaux divers (…) » Voir Aubertin, C., Pinton, F., Grenand, P., *ibid*., p. 170.

[387] Chouvin, E., Louai, S., Roussel, B., « Prendre en compte les savoirs et savoir-faire locaux sur la nature - Les expériences françaises », *Institut du développement durable et des relations internationales (Iddri)*, 2004, pp. 4-27, spé. p. 16-17.

[388] « L'éducation et surtout l'instruction des générations successives d'humains virtuels présentent l'avantage de permettre la prise en compte d'expériences nouvelles, si bien qu'une tradition vivante est toujours adaptative. » Voir Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 91.

[389] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 4. L'OMPI explique que la tradition qualifie une forme de savoir ou une expression traditionnellement liée à une communauté. C'est donc le lien avec la communauté qui rend les savoirs « traditionnels ». Voir OMPI, « Propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », Genève, 2020, spé. p. 17.

[390] Pouillon, J., « Tradition », *in* Bonte, P., Izard, M., (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 710-712 ; Lenclud, G., « La tradition n'est plus ce qu'elle était » *Terrain*, 1987, pp. 110-123 ; Lenclud, G., « Qu'est-ce que la tradition ? », *in* (dir.) Detienne, M., *Transcrire les mythologies*, Albin Michel, 1994, pp. 25-44.

occidentales[391]. Les sociétés occidentales n'ont d'ailleurs pas conscience de leurs propres traditions[392]. L'existence de savoirs dits « traditionnels » en Europe est notamment prouvée par le rapport de protection des indications géographiques de produits non-agricoles[393]. Le terme de « savoir-faire traditionnels européens » apparaît à plusieurs reprises dans le livre vert de la Commission ayant envisagé une possible extension de la protection de l'indication géographique de l'Union européenne aux produits non agricoles et intitulé « Tirer le meilleur parti du savoir-faire traditionnel en Europe[394] ». Dans le même sens, selon M. Barnier : « L'Union européenne regorge de produits qui sont fondés sur des connaissances et des méthodes de production traditionnelles, trouvant souvent leur origine dans le patrimoine culturel et social d'un lieu géographique donné (…). Ces produits non seulement font partie des connaissances et du savoir-faire de l'Europe mais ils présentent aussi un potentiel économique considérable (…)[395] ». Par conséquent, J. Pouillon considère que la distinction entre les sociétés ne doit pas se faire par rapport à la notion de « tradition » mais plutôt par rapport au mode de transmission (oralité, écriture) distinguant alors les savoirs écrits des savoirs oraux[396]. Dans le même sens, R.L. Barsh[397] explique que ce qui est traditionnel dans cette forme de savoir n'est pas son ancienneté mais la manière dont il est acquis et utilisé (processus sociaux d'apprentissage et de partage).

---

[391] J. Pouillon explique que : « Toute culture est traditionnelle. Même si elle se voit nouvelle, rompant avec un passé jusqu'alors maintenu, même si elle se veut et est peut-être issue de son présent, elle vise à se perpétuer, à devenir une tradition (…) » Voir Pouillon, J., *ibid*., p. 711.

[392] J. Pouillon souligne que les traditions sont inconscientes ou implicites de sorte que celles d'autrui sont évidentes aux yeux des étrangers et celles de l'étranger sont ignorées par lui-même : « On ne voit pas chez soi ce qu'on ne peut pas ne pas voir chez l'autre, on s'attribue ce qu'on lui dénie : les traditions étant la plupart du temps inconscientes ou du moins implicites, on constate celles de l'autre, on ignore les siennes et, corrélativement, on est sensible chez soi au changement qu'on valorise, chez l'autre au conservatisme qui nous permet de l'identifier. » Voir Pouillon, J., *ibid*., p. 710-712.

[393] Rapport du 22 septembre 2015 sur l'éventuelle extension de la protection des indications géographiques de l'Union européenne aux produits non agricoles (2015/2053(INI)), Parlement européen, Commission des affaires juridiques.

[394] Livre vert « Tirer le meilleur parti du savoir-faire traditionnel de l'Europe : une possible extension de la protection de l'indication géographique de l'Union européenne aux produits non agricoles », Commission européenne, 2014.

[395] La déclaration de M. Barnier, vice-président de la Commission européenne chargé du marché intérieur et des services, est reprise de l'article de S. Pessina Dassonville. Voir Pessina Dassonville, S., « Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive », *Colloque UPF, Culture et biodiversité,* 2016, spé. p. 6.

[396] J. Pouillon distingue le monde de l'oralité dans lequel il n'y a pas de modèle unique, mais plutôt une réitération entraînant des récits différents. Ainsi, la structure d'ensemble est plus importante car elle favorise la création et révèle le vrai sens. Au contraire, le monde de l'écrit suppose une remémoration exacte et une reproduction conforme, même si des corrections sont possibles. Dès lors, l'écrit entraîne une certaine rigidité de la tradition mais aussi une capacité de changements. La créativité est réalisée grâce à l'accumulation des traditions différentes nécessitant l'oubli, des choix et une réorganisation. Voir Pouillon, J., « Tradition », *in* (dir.) Bonte, P., Izard, M., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 711-712.

[397] Barsh, R.L., « Indigenous Knowledge and Biodiversity », *in* Posey, D., *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity,* 1999, pp. 73-76, cité par Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 242.

127. Le manque d'une définition homogène des savoirs dits « traditionnels » par les organisations internationales. Les savoirs dits « traditionnels » ne sont pas encore définis de façon homogène rendant difficile leur identification. D'abord, les différentes organisations internationales ne présentent pas la même définition de ce qu'est un savoir « traditionnel ». Comme le démontre A. Telesetsky[398], le savoir dit « traditionnel » est défini selon des paradigmes différents. Selon l'Unesco, cette forme de savoir est un héritage culturel[399]. Au sein de la Convention sur la diversité biologique, une définition étroite est présentée car ce savoir est lié à la biodiversité, et plus particulièrement aux aspects concernant la conservation et l'utilisation durable[400]. Pour l'OMPI, le savoir dit « traditionnel » est défini sous l'angle des droits de propriété intellectuelle[401]. Le comité de l'OMPI montre toutefois la volonté d'élargir la définition. Elle prend en effet en considération les savoirs « traditionnels » proprement dits et non une notion plus réduite et spécifique telle que les savoirs traditionnels liés à la diversité biologique, les connaissances présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques ou zoogénétiques ou les savoirs traditionnels détenus par des peuples autochtones. En effet, « ces notions plus précises peuvent être considérées comme s'inscrivant dans la notion plus large de "savoirs traditionnels[402]" ». Mais encore, l'analyse devrait porter sur les savoirs « traditionnels » au sens strict du terme (savoirs traditionnels *stricto sensu*) plutôt que sur la notion plus large des expressions culturelles traditionnelles[403]. Le comité de l'OMPI définit donc les savoirs

---

[398] Telesetsky, A., « 4. Traditional Knowledge : Protecting Communal Rights Through A Sui Generis System », *in* The Cultural Heritage of Mankind, *The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye,* Brill Online, 2008, pp. 297-354, spé. p. 300.

[399] Selon l'art. 2 de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003, le patrimoine culturel immatériel est défini extensivement comme : « les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire (…) que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel ». Par conséquent, les savoirs dits « traditionnels » sont qualifiés de patrimoine culturel immatériel car ils sont un héritage culturel, intergénérationnel fondant l'identité d'une communauté. De plus, S. Pessina-Dassonville, dans une définition prospective des savoirs traditionnels, les définit comme des éléments clef des « patrimoines-communauté », c'est-à-dire à des patrimoines collectifs à caractère solidariste, égalitariste, transgénérationnel et favorisant une réservation inclusive. Voir Pessina Dassonville, S., « Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive », *Colloque UPF, Culture et biodiversité,* 2016.

[400] La CDB n'utilise pas le terme « savoirs traditionnels » mais le remplace, au sein de l'art. 8-j) par « les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique (…) ».

[401] L'OMPI définit les savoirs dits « traditionnels » comme « un ensemble vivant de connaissances transmises d'une génération à l'autre au sein d'une communauté » et qui « font souvent partie de l'identité culturelle et spirituelle d'un peuple. » De plus, l'OMPI définit cette forme de savoir de manière *stricto sensu* pour la distinguer des expressions culturelles traditionnelles. Voir notamment OMPI, « Synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental », *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore,* 5ème session, Genève, 7-15 juillet 2003, WIPO/GRTKF/IC/5/12.

[402] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 4.

[403] Les expressions culturelles traditionnelles comprennent la musique, la danse, les arts, les dessins et modèles, les noms, les signes et symboles, les interprétations ou exécutions, les cérémonies ainsi que de nombreuses autres expressions artistiques ou culturelles. Tout comme les savoirs « traditionnels », elles sont considérées comme une forme d'expression de la culture traditionnelle, font partie intégrante de l'identité et du patrimoine d'une communauté traditionnelle ou autochtone et se

« traditionnels » comme « des savoirs proprement dits, en particulier ceux qui résultent de l'activité intellectuelle exercée dans un contexte traditionnel, et comprennent le savoir-faire, les pratiques, les techniques et les innovations[404] ».

128. Les diverses définitions des savoirs dits « traditionnels » par les Etats. Les savoirs dits « traditionnels » sont également définis différemment selon les Etats. Par exemple, au Portugal[405], les savoirs dits « traditionnels » sont interprétés sous le prisme économique. Sont considérés comme des savoirs traditionnels « tous les éléments intangibles liés à l'utilisation commerciale ou industrielle de variétés locales et autres espèces indigènes élaborées, de manière collective ou individuelle et non systématique, par les populations locales et s'inscrivant dans le cadre des traditions culturelles et spirituelles de ces dernières (…) » Au Brésil[406] et en Inde[407], les savoirs dits « traditionnels » sont limités puisqu'ils doivent être liés au patrimoine génétique. Au contraire, au Kenya, ils sont définis plus largement comme tout savoir originaire d'une communauté individuelle, locale ou traditionnelle qui est le résultat d'une activité intellectuelle et dans un contexte traditionnel incluant le savoir-faire, les compétences, les innovations, les pratiques et les connaissances incarnés dans un mode de vie traditionnel d'une communauté. Aussi, ces savoirs dits « traditionnels » sont inclus dans un système de savoir codifié transmis de génération en génération incluant le savoir agricole, environnemental, médical, les savoirs associés aux ressources génétiques, les savoir-faire de l'architecture traditionnelle, les dessins, marques et indications[408].

129. Transition. Il semblerait alors difficile d'établir une définition unique des savoirs dits « traditionnels » au regard de la diversité des définitions soulignée par la doctrine, par les

---

transmettent de génération en génération. Cependant, elles ne sont que la concrétisation ou l'expression des savoirs « traditionnels » et non les savoirs en eux-mêmes.

[404] Voir OMPI, *ibid*., p. 4. L'OMPI donne des exemples précis de savoirs traditionnels : les connaissances médicales traditionnelles (les connaissances sur les usages médicinaux de certaines ressources génétiques mais aussi les connaissances sur les traitements médicaux non fondés sur l'utilisation de ressources génétiques, comme les massages traditionnels), les connaissances sur la diversité biologique, les connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques ayant trait à l'alimentation et l'agriculture, les savoirs traditionnels relatifs à l'élevage et à la production animale. Voir OMPI, *ibid*., p. 5.

[405] L'art. 3.1 du décret-loi n° 118/2002 du Portugal définit les savoirs traditionnels comme « tous les éléments intangibles qui, étant liés à l'utilisation commerciale ou industrielle de variétés locales et autres espèces indigènes élaborées, de manière collective ou individuelle et non systématique, par les populations locales et s'inscrivant dans le cadre des traditions culturelles et spirituelles de ces dernières. »

[406] Les savoirs traditionnels doivent être liés au patrimoine génétique, appartenir à une communauté autochtone ou locale et posséder une valeur réelle ou potentielle Voir articles 7.II et 8 de la Mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs.

[407] Art. 36.5 de la loi sur la diversité biologique de 2002 (*Biological Diversity Act*), entrée en vigueur le 5 février 2003.

[408] *The Protection of Traditional Knowledge and Cultural Expressions Act, 2016, Republic of Kenya*.

organisations internationales ou par les Etats. Des critères peuvent toutefois faciliter l'identification de tels savoirs.

2) Les critères communs pour identifier les savoirs « traditionnels »

130. Les caractéristiques constitutives des savoirs dits « traditionnels ». Malgré ces diverses définitions, A. Telesetsky réunit des caractéristiques des savoirs dits « traditionnels » qui reviennent constamment[409]. Ces savoirs sont collectifs car ils sont détenus par une communauté avec des obligations et responsabilités mutuelles. Aussi, ces savoirs sont hors-commerce puisqu'ils ne sont pas originellement conçus pour les échanges sur un marché. Ce sont également des savoirs inaliénables car ils ne peuvent être aliénés à l'extérieur de la communauté, sauf si celle-ci donne son consentement préalable en connaissance de cause. Enfin, cette forme de savoir est la base du maintien des relations entre les membres, et doit pouvoir se distinguer des autres créations de l'esprit déjà existantes. G. Dutfield[410] ajoute que les savoirs dits « traditionnels » sont empiriques et scientifiques car ils sont basés sur l'expérience et l'observation des utilisateurs et non par des groupes spécialisés de chercheurs. Aussi, il définit ces savoirs par leur transmission orale et par leur incorporation dans une vision holistique[411]. Selon cette vision, le monde est vu en termes de relations sociales et spirituelles entre toutes les formes de vie sans aucune hiérarchie entre ses éléments. La communauté présente une forme de vie particulière d'être, de voir et d'agir dans le monde, constituée sur le fondement d'une étroite relation avec les territoires traditionnels et les ressources, non seulement parce que ce sont des moyens de subsistance mais aussi parce qu'ils constituent des éléments formant partie de leur cosmovision[412]. En outre, le Commissariat Général au

---

[409] Telesetsky, A., « 4. Traditional Knowledge : Protecting Communal Rights Through A Sui Generis System », *in* The Cultural Heritage of Mankind, *The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye,* Brill Online, 2008, pp. 297-354, spé. p. 327.

[410] Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 240.

[411] Pour un exemple de vision holistique, voir notamment Lemonnier, P., « De l'immatériel dans le matériel et réciproquement ! Techniques et communication non verbale », *Journal de la Société des Océanistes*, No. 136-137, 2013, pp. 15-26. P. Lemonnier souligne l'importance de l'immatériel (et notamment des savoirs) dans les objets matériels ainsi que le rôle des objets et des actions matérielles dans la communication non-verbale (les biens rituels ou ordinaires communiquent un message relatif à des aspects fondamentaux de la société). Par exemple, les nattes fines de Samoa sont considérées comme des « trésors » ou « choses lumineuses » car elles permettent de sauver la vie, de rendre présente l'âme d'un mort en mer pour organiser les funérailles, elles sont présentes dans les échanges cérémoniels, elles présentent une force, un pouvoir sacré. Voir Tcherkézoff, S., « La valeur immatérielle des nattes fines de Samoa : une monnaie au sens maussien », *Journal de la Société des Océanistes,* No. 136-137, 2013, pp. 42-62. Voir aussi Coiffier, C., « Fougères et autres éléments végétaux associés aux casse-têtes kanak ou l'art de communiquer sans parole », *Journal de la Société des Océanistes,* No. 136-137, 2013, pp. 133-148, pour les significations immatérielles de la présence d'enveloppement végétaux sur des casse-têtes kanak.

[412] Pessina, S., « Cosmovisions/Cosmogonies », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 265.

Développement Durable (CGDD)[413] complète les caractéristiques des savoirs traditionnels. Ils présentent une nature intergénérationnelle puisqu'ils se transmettent de génération en génération. Aussi, leur nature est cumulative et dynamique car ils évoluent avec le temps, s'adaptent à l'environnement de leurs détenteurs et se rattachent à une structure et à des valeurs sociales traditionnelles. Dans le même sens, le comité intergouvernemental de l'OMPI (IGC) a établi des critères pour identifier les savoirs « traditionnels ». D'abord, les savoirs doivent être engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel et intergénérationnel. Ensuite, ils doivent être associés de façon distinctive à une communauté ou à un peuple traditionnel ou autochtone ainsi qu'être préservés et transmis d'une génération à l'autre. Puis, ils doivent être indissociablement liés à l'identité culturelle d'une communauté ou d'un peuple autochtone ou traditionnel qui est reconnu comme détenant le savoir en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d'une propriété ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière. Ce lien peut être établi officiellement ou officieusement par les pratiques, protocoles ou lois coutumiers ou traditionnels[414].

131. Une définition juridique des savoirs dits « traditionnels ». Même si une définition des savoirs dits « traditionnels » semble être délicate, S. Pessina a également proposé une définition juridique de cette forme de savoir comme étant des biens spéciaux ayant une nature juridique hybride[415]. Les savoirs traditionnels relèveraient à la fois de la catégorie des biens patrimoniaux car ils sont objets licites de contrats[416], mais aussi de la catégorie des biens extrapatrimoniaux car ce sont des biens vitaux[417]. De plus, S. Pessina distingue les savoirs traditionnels disponibles et partageables des savoirs traditionnels non-disponibles et non-partageables. Les seconds doivent rester dans le secret tandis que les premiers concernent les savoirs vitaux. Ces derniers doivent être à la disposition de tous car ils ont vocation à favoriser

[413] CGDD (Commissariat Général au Développement Durable), « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées », *Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du CGDD,* Etudes & documents, No. 48, 2011, 330 p, spé. p. 110.

[414] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », trente-huitième session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 4.

[415] Pessina, S., « Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive », (dir.) De Raulin, A., Pastorel, J.P., *Culture et biodiversité,* L'Harmattan, 2017, p. 12 ; Pessina, S., « Savoirs traditionnels », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 719, spé. p. 721.

[416] S. Pessina développe en soulignant que ces contrats doivent tout de même favoriser le partage car leur destination est de servir l'intérêt général. Ce doit être des contrats avec une logique inclusive. Voir Pessina, S., *ibid*., p. 12.

[417] En effet, comme le souligne C. Correa, le savoir traditionnel est très important pour la survie des communautés. Par exemple, le savoir médical (médecine traditionnelle) ou les savoirs agricoles (« *Farmers' varieties* ») pour la sécurité alimentaire. Voir Correa, C., « Traditional Knowledge and Intellectual Property : Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge », Genève, *Quaker United Nations Office*, 2001, p. 3.

le bien être, la bonne organisation de la vie en société ainsi que la satisfaction des besoins vitaux en termes de santé et d'alimentation.

132. Savoirs dits « traditionnels » et communauté. Ces savoirs sont par ailleurs liés à une communauté particulière, dénommée « communauté autochtone et locale ». Ces savoirs favorisent l'affirmation d'une identité, aussi bien individuelle que collective, dans une localité donnée[418]. D'ailleurs, « Pour parvenir à un "je sais", il faut en passer par un "je suis"[419] ». Les savoirs légitiment donc l'existence d'une communauté et c'est pour cette raison que savoir local et savoir dit « traditionnel » sont liés. E.I. Daes[420] considère qu'une définition universelle des communautés autochtones et locales[421] est cependant impossible et n'est pas souhaitable compte tenu de leur diversité[422]. La définition doit se déterminer à l'intérieur des Etats nationaux en coopération avec les communautés autochtones et locales[423]. Divers critères peuvent néanmoins être mis en exergue selon E.I. Daes[424]. D'abord, le critère de l'antériorité car ce sont les descendants des groupes qui étaient sur le territoire au moment de l'arrivée de groupes de culture ou d'origine ethnique différente[425]. Ensuite, le critère de l'isolement car ils

---

[418] Ainsi, N. Adell-Gombert souligne que le savoir est un puissant levier de différenciation en déclarant que : « La propriété du savoir, qui est la forme initiale du rapport entre un savoir et la communauté de ses détenteurs (et qui se dégage encore aujourd'hui au travers des questions de propriété intellectuelle), se dégrade progressivement pour finir par s'évanouir dans ce qui devient alors le propre d'une personne, d'un collectif, d'une espèce. ». Voir Adell-Gombert, N., « Savoir et identité », *in Anthropologie des savoirs,* [En ligne], Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 153-192, spé. p. 156. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/anthropologie-des-savoirs--9782200270360.htm

[419] N. Adell-Gombert donne l'exemple du savoir initiatique, transmis des ainés aux cadets, dont l'accès à un corpus de connaissances passe par une démarche d'identification. Voir Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 167.

[420] Voir Daes, E.I., « Document de travail sur la notion de "peuple Autochtone" », Nations unies, Commission des droits de l'homme, juin 1996.

[421] Le terme de « communauté autochtone et locale » n'est d'ailleurs pas celui officiellement choisi puisque les notions de « populations autochtones », de « communautés d'habitants », de « communautés patrimoniales » ou encore de « nations autochtones » peuvent également être utilisées. Voir Pessina, S., « Peuples autochtones (droit des) », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 590, spé. p. 595.

[422] Selon I. Bellier, 400 millions de personnes appartiennent à des peuples autochtones dans quatre-vingt-dix Etats différents. Voir Bellier, I., « Retour sur la négociation de la Déclaration des Droits des Peuples autochtones : reconnaître le principe d'égalité pour avancer vers des interprétations pragmatiques », *in* Pessina-Dassonville, S., *Le statut des peuples autochtones. A la croisée des savoirs*, Karthala, Cahier d'Anthropologie du droit, 2012, spé. p. 73. S. Pessina explique d'ailleurs que : « Les peuples autochtones se sont opposés à l'adoption d'une définition officielle applicable au plan international, en soulignant qu'il était nécessaire de faire preuve de souplesse et de respecter le désir et le droit de chaque peuple autochtone de se définir lui-même. » Voir Pessina, S., « Peuples autochtones (droit des) », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 590, spé. p. 594.

[423] C'est notamment l'avis de A.R. Montes et G.T. Cisneros. Voir Montes A.R., Cisneros, G.T., « La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : base d'une nouvelle relation entre les peuples autochtones, les Etats et les sociétés », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en oeuvre,* L'Harmattan, Paris, 2013, spé. p. 139.

[424] Montes A.R., Cisneros, G.T., *op. cit*. ; CGDD (Commissariat Général au Développement Durable), « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées », *Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du CGDD,* Etudes & documents, No. 48, 2011, spé. p. 110.

[425] Toutefois, S. Pessina Dassonville expose que de tout temps les hommes n'ont cessé de se déplacer, de migrer et de se mélanger. Par conséquent, nous serions tous le résultat plus ou moins visible d'un métissage. Voir Pessina Dassonville, S., « Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive »,

ont préservé les coutumes et les traditions de leurs ancêtres pour maintenir un particularisme culturel (la langue, une organisation sociale, des valeurs religieuses ou spirituelles, des modes de production, des lois ou des institutions) sans pour autant les figer[426]. Enfin, ils se trouvent placés au sein d'une structure étatique qui possède des caractères nationaux, sociaux et culturels qui leur sont étrangers. Ils ont le sentiment d'appartenance à un groupe et sont reconnus par d'autres groupes et par les autorités nationales en tant que collectivité distincte. Ces communautés peuvent être soumises, marginalisées, dépossédées, exclues ou victimes de discrimination. M. Desantes ajoute que l'adhésion en tant que membre de la communauté est privée fonctionnant « comme un oignon ». Les membres entretiennent une vision holistique et ont un besoin de survivre dans un environnement hostile avec l'objectif de maintenir l'existence de la communauté elle-même[427]. Dans une approche juridique, les communautés autochtones et locales peuvent être définies comme une personne juridique[428].

133. La relation entre savoirs locaux et savoirs dits « traditionnels ». Le savoir local est par ailleurs souvent associé au savoir tacite plutôt qu'au savoir explicite. Selon le secrétariat de la CDB[429], les savoirs dits « traditionnels » sont essentiellement d'une nature pratique, particulièrement dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, de la santé, de l'horticulture ou encore dans les domaines forestier et environnemental. Dans le même sens, R. Ellen, P. Parkes et A. Bicker[430] définissent les savoirs autochtones comme un savoir local, transmis oralement et élaboré au fil des générations par une expérience pratique d'approximations successives. Ils ajoutent que ce sont des savoirs empiriques et empirico-hypothétiques plutôt que théoriques *stricto sensu* car ils sont organisés en termes fonctionnels pour une réaction et une performance immédiates. Cette liaison entre savoir local et savoir tacite s'expliquerait par

Colloque UPF, Culture et biodiversité, 2016, spé. p. 3.

[426] Selon le rapport de M. Cobo en 1986, membre de la Sous-Commission des droits de l'homme pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités, les communautés autochtones et locales sont celles qui se considèrent différentes des autres secteurs actuellement dominants de la société et forment des secteurs non dominants de la société. Elles ont pour objectif de conserver, développer et transmettre aux générations futures leurs territoires ancestraux et identité ethnique. Voir Montes A.R., Cisneros, G.T.*, op. cit*.

[427] Desantes, M., « Protecting Intangible Cultural Heritage Through Intellectual Property : A Challenge For IP Classic Tools ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 567.

[428] Voir notamment l'affaire Peuple Saramaka c. Surinam, dans un arrêt du 29 novembre 2007 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Citée par Pessina Dassonville, S., *ibid*., p. 5.

[429] CGDD (Commissariat Général au Développement Durable), « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées », *Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du CGDD,* Etudes & documents, No. 48, 2011, spé. p. 110.

[430] Ellen, R., Parkes, P., Bicker, A., *Indigenous environmental knowledge and its transformation : Critical Anthropological Perspectives,* Amsterdam, 2002, cité par Busingye, J., Keim, W., « Un champ de bataille politique : négocier un espace protégé pour les savoirs autochtones et traditionnels dans le système capitaliste », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales*,* N. 195, Vol. 1, 2010, pp. 47-66, spé. p. 50.

la nécessité d'un contexte social avec des relations de proximité entre les individus pour produire un tel savoir. La proximité géographique est en effet fondamentale car la création et le partage des connaissances tacites sont facilités par les interactions directes entre les individus. Selon M.L. Maciel et S. Albagli[431] : « La capacité d'apprentissage locale est stratégique ; elle implique la possibilité d'acquérir différents types de connaissances, d'expériences et de compétences techniques et professionnelles et ne se limite pas à l'accès à l'information. » Dès lors, l'apprentissage d'un savoir tacite se fait par la pratique, par des interactions et par l'observation de sorte que la dimension locale est primordiale.

134. Transition. Ces développements dévoilent donc la distinction à opérer entre savoir mondial et savoir local. Il convient maintenant de souligner qu'une hiérarchie est souvent appliquée entre ces deux formes de savoirs. Les savoirs locaux ont longtemps été négligés voire méprisés car considérés comme l'antithèse des savoirs scientifiques à l'échelle mondiale[432]. Nous démontrerons que cette hiérarchie n'est aucunement justifiée.

B) Savoir local et savoir mondial, une opposition justifiée ?

135. Le dénigrement du savoir local au profit du savoir mondial. La distinction entre savoir mondial et savoir local a eu pour conséquence d'établir une hiérarchie entre les vrais et les faux savoirs. Les non-savoirs seraient des choses superstitieuses voire illicites[433]. Au contraire, les vrais savoirs seraient des enchaînements de causes et d'effets naturels connus et démontrés par la science[434]. Les savoirs locaux étaient alors dénigrés car ils faisaient partie des faux ou des non-savoirs. Ce dénigrement, selon N. Adell-Gombert, est issu de la distinction

[431] Maciel, M., Albagli, S., « Les sociétés du savoir vues des pays du Sud : les défis de l'apprentissage et de l'innovation au niveau local », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 117-129, spé. p. 123. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-117.htm

[432] « Le savoir qui circule dans les campagnes se voit disqualifier de la même manière implicite (…). Acquis de nature (…) appris par héritage ou par mimétisme, forcé dans des esprits soumis par le dressage ou la terreur (ainsi de l'enseignement de l'Eglise), entretenu par la routine, il se situe en deçà de tout jugement, à plus forte raison de toute spéculation intellectuelle (…) c'est le moyen le plus sûr de lui dénier tout rapport à la connaissance. » Voir Julia, D., De Certeau, M., Revel, J., « L'éthnographie de la langue : l'enquête de Grégoire sur les patois », *Annales ESC,* Vol. 30, No. 1, 1975, pp. 20-21, cité par Adell-Gombert, N., « La constitution de l'anthropologie des savoirs », *Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 67-108, spé. p. 74.

[433] N. Adell-Gombert reprend les réflexions de J.B. Thiers. Selon ce dernier, relève de la superstition une chose qui est « accompagnée de circonstances que l'on sait n'avoir aucune vertu naturelle pour produire les effets que l'on en espère ». Voir Thiers, J.B., *Superstitutions anciennes et modernes, préjugés vulgaires qui ont induit les peuples à des usages et des pratiques contraires à la religion*, 1679, cité par Adell-Gombert, N., « Limites non-frontières des savoirs », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 27-66, spé. p. 35.

[434] Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 35.

entre la science et la foi, et entre savoir et croire[435]. Ainsi, le savoir local n'était que des croyances tandis que le savoir mondial était un savoir véritable car issu de la science et des savants[436]. Aussi, selon L. Gérard et *al.*[437], la nature des savoirs locaux rend leur appréhension difficile. Comme ce sont des connaissances hétérogènes et non formalisées, les savoirs scientifiques sont privilégiés car ils ne reflètent pas la diversité des compétences acquises dans un contexte donné et par des particularismes locaux. De par cette interprétation des savoirs locaux, les communautés autochtones et locales sont alors considérées comme incapables d'innover, de mettre au point de nouvelles technologies nécessaires au règlement de leurs problèmes, et finalement de créer des savoirs du même niveau que ceux formalisés par les pays développés.

136. Un dénigrement du savoir local injustifié. Le caractère local de ces savoirs ne justifie pourtant pas l'objection à leur nature scientifique. Certes, les savoirs « traditionnels » incluent des savoirs non scientifiques[438], mais ces savoirs peuvent également être de nature scientifique[439]. En effet, il n'existe pas que des croyances mystiques et mythiques à l'échelle locale. Les savoirs locaux peuvent aussi être un produit culturel constituant une opportunité scientifique car les connaissances « traditionnelles » promeuvent des techniques qui font évoluer les sciences[440]. Par conséquent, les savoirs locaux incluent également des savoirs

[435] Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 33.

[436] N. Adell-Gombert démontre la tendance erronée à partir du constat que le savoir naturaliste savant occidental est nécessairement le vrai, de sorte que nous avons le savoir et ils ont les croyances parce que nous avons la science et ils ont des mythes. Voir Adell-Gombert, N., *op. cit*., p. 39. Aussi, S. Ratuva souligne que l'hégémonie de la science occidentale est issue du colonialisme et de l'impérialisme qui ont produit une « culture occidentale de la suprématie » (expression de S. Bessis) considérant la science occidentale comme porteuse de lumières et de progrès alors que les autres savoirs sont considérés primitifs et arriérés. Voir Ratuva, S., « La marchandisation des savoirs culturels – La science occidentale au service des grandes entreprises et les savoirs autochtones du Pacifique », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 179-190, spé. p. 179. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-179.htm

[437] Gérard, L., Cegarra, M., Djama, M., Louai, S., Marchenay, P., Roussel, B., Verdeaux, F., *Biodiversité et savoirs naturalistes locaux en France*, Cirad, Iddri, Inra, 2005, spé. p. 179.

[438] Les savoirs traditionnels incluent tous les savoirs non scientifiques selon la science moderne (musique, principes moraux, catégorisation de plantes ou animaux, expériences historiques, savoirs magiques, textes oraux religieux et rituels, techniques agricoles et horticoles, recettes de cuisine). Voir Busingye, J., Keim, W., « Un champ de bataille politique : négocier un espace protégé pour les savoirs autochtones et traditionnels dans le système capitaliste », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales*,* N. 195, Vol. 1, 2010, pp. 47-66, spé. p. 50. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-47.htm

[439] L'OMPI donne des exemples de produits et activités notoires fondés sur des savoirs traditionnels (seringues, anesthésiants, surf, chocolat, thé, café). Voir OMPI, « Trouver des exemples de savoirs traditionnels pour favoriser le débat sur les objets qui devraient bénéficier d'une protection et ceux qu'il n'est pas prévu de protéger », Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, 34ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/34/13, 12-16 juin 2017.

[440] M. Roué et D. Nakashima soulignent notamment que les savoirs traditionnels seraient une source inestimable d'informations pour les études d'impact environnementales car ils délivrent des analyses prédictives d'une précision remarquable pour mesurer l'impact du projet sur l'environnement. Voir Roué, M., et Nakashima, D., « Knowledge and foresight : the predictive capacity of traditional knowledge applied to environmental assessment », *International Social Science Journal*, Vol. 54, No. 173, 2002, pp. 337-347. Aussi, C. Oguamanam expose que les savoirs traditionnels sont cruciaux pour les biotechnologies, notamment

théoriques aptes à répondre aux exigences du savoir scientifique.

137. Les conséquences de la hiérarchisation entre savoir local et savoir mondial. Cette négation dans l'aptitude des communautés autochtones et locales à produire des savoirs efficaces a entraîné des conséquences négatives humainement, écologiquement et économiquement. Cet antagonisme entre savoir local et savoir mondial a d'abord créé une dépendance croissante à l'égard du savoir pour les communautés autochtones et locales. Des rapports de dépendance se sont créés entre les pays qui développent de nouvelles technologies et créent de nouveaux savoirs par la monopolisation des résultats issus des recherches et par les biotechnologies ; et les pays qui ne font que les adopter[441]. Aussi, les communautés autochtones et locales souffrent de lacunes et d'une dépossession dans leurs propres connaissances car elles ne deviennent que des bénéficiaires passifs des savoirs mondiaux dits scientifiques. La prééminence du savoir mondial a également entraîné une érosion de leur tradition cosmologique et mythique ainsi qu'une crise environnementale[442]. Enfin, la structure sociale traditionnelle des communautés a été fortement fragilisée en raison d'une transformation profonde de l'organisation sociale. Par exemple, A. Kumbamu souligne que l'adoption des semences génétiquement modifiées à Kadavendi a entraîné une concurrence malsaine entre les agriculteurs à cause de la privatisation des eaux souterraines et une réduction du rôle des femmes dont le savoir est devenu obsolète[443].

138. La prise de conscience de savoirs mondiaux et non d'un savoir mondial. Ce n'est qu'à la fin du XIXème et au début du XXème siècle qu'il est admis que le savoir scientifique est, tout autant que le savoir local, un produit social. Il serait dépendant des conditions matérielles, sociales et culturelles ainsi que des enjeux de pouvoir. Ainsi, tout savoir doit être situé dans un

---

pour le déploiement des animaux, de l'humain et des ressources génétiques en recherche fondamentale et en recherche appliquée. Voir Oguamanam, C., « Local Knowledge as Trapped Knowledge : Intellectual Property, Culture, Power and Politics », *The Journal of World Intellectual Property,* Vol. 11, No. 1, 2008, pp. 29-57.

[441] Un agriculteur explique : « Auparavant, nous pratiquions nos cultures en nous fondant sur nos propres savoirs (*sontha thelivi*) et notre compréhension de la nature, mais nous nous en remettons maintenant aux connaissances et suggestions des marchands de semences et pesticides parce que nous ne savons pas comment fonctionnent les nouvelles semences. De plus, nous ne pouvons pas les mettre à l'essai en utilisant notre savoir car en cas d'échec, nous ne sommes pas en mesure d'en supporter le coûts. » Voir Kumbamu, A., « La rencontre du savoir mondial : déqualification des agriculteurs, crise socioécologique, et diffusion de semences génétiquement modifiées à Warangal (Inde) », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales*,* Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 31-45, spé. p. 41.

[442] Par exemple, l'adoption de semences génétiquement modifiées a entraîné une transformation des conditions de production au village (augmentation de la superficie des terres cultivées, augmentation de l'utilisation des eaux souterraines, des engrais et des pesticides), suivi d'une crise socio-écologique (aggravation des problèmes écologiques liés à l'épuisement des sols et de la nappe phréatique, problèmes de santé à cause des pesticides et de la consommation des éléments contaminés, diminution des pâturages donc moins de cultures de subsistance). Voir Kumbamu, A., *ibid*., p. 34.

[443] Voir Kumbamu, A., *ibid*., p. 34.

lieu, un contexte et un groupe social déterminé. C. Lévi-Strauss[444] a joué un rôle primordial dans ce changement d'interprétation. Il avance l'idée que les sciences indigènes et occidentales sont également complexes et ont un souci de savoir semblable. Le savoir local n'a pas à être en dessous hiérarchiquement du savoir scientifique mondial et le savoir scientifique n'est pas un développement ou un enrichissement du savoir local. Il ne s'agit donc plus de démontrer l'existence d'un seul savoir, unique et mondial, mais plutôt l'existence de différents savoirs à vocation mondiale. En plus, N. Adell-Gombert parle d'« effets d'entremêlement des savoirs scientifiques et des savoirs autres »[445] justifiant une interdépendance entre savoir mondial et savoir local.

139. Les mesures mises en œuvre pour promouvoir les savoirs locaux. Certains efforts ont néanmoins déjà été faits pour établir un équilibre entre savoir mondial et savoir local et ainsi créer une « société du savoir » plus égalitaire. H.D. Evers, M. Kaiser et C. Muller[446] soulignent qu'une certaine stratégie a été mise en place pour promouvoir les savoirs locaux dans la résolution des problèmes locaux et mondiaux. D'abord, l'abondance des formes de communication est utilisée pour favoriser une liaison des différents sites de production de savoir dans le monde, et conduit à la défense et à la redéfinition des savoirs locaux plutôt qu'à la simple recherche d'un savoir mondial. Aussi, des efforts sont menés pour « savoir sur le savoir », c'est-à-dire qu'une prise de conscience apparaît sur les différentes formes de savoirs existantes. Le savoir scientifique mondial n'est alors plus le seul savoir accepté et légitimé, ce qui est le signe d'un aspect qualitatif nouveau dans l'avènement d'une « société du savoir ». De plus, la collectivité elle-même démontre des efforts d'innovation, de redéfinition et de réorganisation des savoirs locaux pour garder la maîtrise et la fiabilité de ses savoirs[447]. Enfin, le savoir scientifique, pour être plus adapté et efficace à l'échelle locale, incorpore les savoirs locaux. Il est en effet replacé dans un contexte local pour accueillir, non pas uniquement sa dimension technique, mais aussi des dimensions culturelle et sociale.

140. Les nouvelles difficultés rencontrées par les savoirs locaux. Même si le savoir local

[444] Lévi-Strauss, C., *La pensée sauvage, in Œuvres,* Paris, Gallimard/Pléiades, 2008 (1962), pp. 553-872.

[445] Adell-Gombert, N., « La constitution de l'anthropologie des savoirs », *in Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011, pp. 67-108, spé. p. 106.

[446] Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C., « Savoir et développement : les appareils épidémiques dans le contexte mondial », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 67-82, spé. p. 78.

[447] Par exemple, le Programme européen LIFE garantit la prise en compte des savoirs locaux dans des initiatives de recherches et développements sur la biodiversité. Voir Chouvin, E., Louai, S., Roussel, B., « Prendre en compte les savoirs et savoir-faire locaux sur la nature - Les expériences françaises », *Institut du développement durable et des relations internationales (Iddri)*, 2004, pp. 4-27, spé. p. 16.

n'est plus méprisé (il est au contraire désormais désiré pour sa valeur économique), il fait cependant régulièrement l'objet d'appropriations indues par les pays développés. Comme le souligne S. Ratuva[448], la suprématie du savoir scientifique a été utilisée à des fins idéologiques pour justifier l'extraction et la marchandisation du savoir local. La science n'est effectivement pas seulement une marchandise très facile à commercialiser, elle sert aussi à transformer des biens culturels en biens marchandisables *via* le brevetage des connaissances autochtones et locales. Cette marchandisation des savoirs est en particulier appuyée par l'Accord sur les ADPIC qui associent la science et le commerce. Cet Accord est critiqué pour avoir conféré un monopole sur le vivant et favorisé les actes de « biopiraterie », notamment sur le fondement de l'article 27.3. Par conséquent, une redéfinition des objectifs de la science est nécessaire pour éviter que les formes de savoirs soient extraites de leur contexte et privatisées par les pays développés.

141. L'opportunité d'une nouvelle distinction entre les savoirs. Les savoirs scientifiques ne devraient donc plus être réduits aux seuls savoirs mondiaux, et particulièrement ceux des pays développés, opposés aux savoirs populaires ou traditionnels locaux. Un savoir local peut être tout autant scientifique qu'un savoir mondial et un savoir mondial n'est pas si imperméable au contexte social. Le savoir scientifique est un produit social et peut être situé dans un lieu, une époque et un groupe social déterminé. Les savoirs scientifiques ne devraient alors plus être réduits au seul savoir mondial. Une nouvelle distinction est donc proposée entre savoir théorique et savoir pratique. Or, les savoirs théoriques sont présents aussi bien au niveau mondial qu'au niveau local. Certains savoirs locaux seront donc des savoirs théoriques tandis que d'autres seront davantage des savoirs issus de la pratique. Dans le même sens, les savoirs à une échelle plus large pourront relever aussi bien de la théorie que de la pratique.

[448] Ratuva, S., « La marchandisation des savoirs culturels – La science occidentale au service des grandes entreprises et les savoirs autochtones du Pacifique », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 179-190, spé. p. 180. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-179.htm

CONCLUSION DE LA SECTION II

142. Les savoirs en manque d'une définition unique et homogène. L'une des difficultés dans l'établissement d'une définition unique et homogène des savoirs provient de la diversité des savoirs selon l'échelle géographique.

143. Définition du savoir mondial. En se plaçant à l'échelle mondiale, l'accent est mis sur une définition du savoir mondial. Ce dernier serait un savoir qui peut se diffuser et se propager dans le monde entier en raison de ses différentes qualités. De plus, le savoir mondial concerne particulièrement le savoir scientifique. Ce dernier est indépendant du contexte historique, culturel ou encore sociétal et doit être créé par des experts. Le savoir scientifique jouit d'une certaine primauté et légitimité en réfutant l'existence des autres formes de savoirs, et notamment le savoir local. L'hégémonie du savoir scientifique est néanmoins progressivement tempérée. Elle s'avère aussi nécessaire car elle a pour conséquence de renforcer le pouvoir et de créer des inégalités entre les pays du Nord et les pays du Sud mais aussi au sein même des Etats entre ceux qui produisent, utilisent et ont la capacité d'acquérir les savoirs et ceux qui en sont exclus.

144. Définition du savoir local. À l'échelle locale, ce sont plutôt les savoirs tacites et savoirs dits « traditionnels » qui sont concernés. En premier lieu, les savoirs locaux se rapprochent des savoirs dits « traditionnels » car ils sont en lien étroit avec la tradition et le patrimoine. La « tradition » doit être interprétée en termes de dynamisme, d'évolution et ne doit pas être cantonnée aux sociétés non-occidentales. Pour cette raison, les savoirs des communautés autochtones et locales seront dénommés tout au long de la thèse comme des savoirs dits « traditionnels ». Bien que ces derniers ne soient pas définis de manière homogène, des critères communs sont relevés dans chacune des définitions, tels que leur caractère collectif, leur nature non-commerciale et intergénérationnelle, l'importance de l'expérience, de l'observation et de l'oralité ou encore leur importance sur l'identité culturelle. En second lieu, les savoirs locaux sont liés aux savoirs tacites car ils sont généralement d'une nature pratique.

145. L'abandon de l'opposition entre savoir mondial et savoir local en faveur d'une nouvelle distinction. L'opposition entre savoirs scientifiques mondiaux et savoirs locaux par le caractère scientifique ne semble par ailleurs aucunement justifiée. Il semblerait plus pertinent de distinguer les savoirs selon leur nature, théorique ou pratique, peu importe l'échelle

géographique et le caractère scientifique. En effet, comme le souligne N. Adell-Gombert, le savoir est un « savoir pour tous, savoir par tous[449] ». Même si une nouvelle distinction est opérée ayant pour conséquence de remettre en cause la définition du savoir scientifique mondial, ces changements ne seront néanmoins pas suffisants pour empêcher les appropriations indues des savoirs dits « traditionnels » au niveau local.

[449] Adell-Gombert, N., « Conclusion », *op. cit*., p. 295.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

147. Le dédoublement des savoirs. Malgré la diversité des définitions relatives aux savoirs selon les disciplines et l'échelle, un point commun peut être mis en évidence.

148. L'aspect théorique et pratique des savoirs. Les courants philosophiques réalistes et idéalistes mais aussi les typologies présentées par les anthropologues démontrent que certaines connaissances sont innées, objectives et proches des concepts et affirmations tandis que d'autres sont issues des contraintes du milieu et de l'expérience. Le savoir symbolique ou ignoré s'oppose ainsi au savoir scientifique ou exposé. Ces différentes catégories reviennent à distinguer les connaissances théoriques (innées, objectives, exposées) des connaissances pratiques (issues de l'expérience et du milieu, symboliques, ignorées). Les économistes et sociologues considèrent, par ailleurs, que le savoir explicite s'apparente aux connaissances théoriques tandis que le savoir implicite se rapproche des connaissances pratiques. Les sociologues insistent sur le caractère social de toute forme de savoir et sur la coexistence entre savoir explicite et savoir implicite. Aucune hiérarchie entre ces deux formes de savoirs ne serait ainsi légitime.

149. Le rejet de l'opposition entre savoir mondial et savoir local. La définition et l'importance des savoirs diffèrent selon l'échelle géographique. Le savoir mondial se définit comme un savoir scientifique jouissant d'une hégémonie et niant l'importance et la légitimité des autres formes de savoirs. En revanche, le savoir local se rapproche des savoirs tacites et des savoirs « traditionnels ». L'opposition entre savoir mondial et savoir local n'est cependant aucunement justifiée, particulièrement en se fondant sur le critère scientifique. Il semblerait plus pertinent d'asseoir une nouvelle distinction entre savoir théorique et savoir pratique. Le savoir mondial serait un savoir théorique tandis que le savoir local serait davantage un savoir pratique. Le caractère de scientificité ne devrait plus avoir d'incidence dans la mesure où le savoir local présente autant un caractère scientifique que le savoir mondial.

150. Transition. Puisque les diverses définitions des savoirs ont été étudiées, il convient désormais de proposer une définition juridique des savoirs (chapitre II).

CHAPITRE II

PROPOSITION D'UNE DEFINITION JURIDIQUE DES SAVOIRS

151. L'opportunité d'une définition juridique des savoirs. La première difficulté à laquelle est confrontée le juriste souhaitant étudier la notion de « savoirs » est le manque de travaux juridiques à ce sujet et donc l'absence d'une définition. Les juristes se sont plutôt intéressés aux données, aux informations ou aux savoir-faire sans définir précisément les savoirs en soi. Ces autres notions seront néanmoins utiles pour examiner plus précisément ce que sont les savoirs ainsi que pour s'interroger sur leur appropriabilité. En effet, la doctrine s'est particulièrement intéressée aux choses incorporelles parce que celles-ci présentent une valeur économique indéniable et sont donc recherchées pour être appropriées individuellement. Le droit de la propriété intellectuelle a d'ailleurs été créé dans cette optique. Les savoirs ne semblent pas non plus échapper à cette valorisation et à cette commercialité. Mais il convient de se demander s'il est justifié de s'approprier les savoirs comme est appropriée une création intellectuelle protégée par les droits de propriété intellectuelle. Ce n'est pas parce qu'une chose est appropriable qu'elle doit être appropriée : « Il ne serait pas sain que toute création, et, au-delà, toute information fût l'objet d'un monopole ; sauf à ruiner toute entreprise d'innovation[449]. ». Pourquoi alors les juristes se sont-ils désintéressés des savoirs ? Un tel vide juridique semble s'expliquer par la difficulté, nous l'avons vu dans le chapitre précédent, à définir les savoirs en raison de leur diversité. Toutefois, par l'étude des autres disciplines, des points communs se sont dégagés distinguant les savoirs selon leur aspect théorique ou pratique. De par cette distinction, il semblerait alors possible d'extraire les prémices d'un régime juridique propre aux savoirs.

152. Plan. Afin de proposer une définition juridique des savoirs, il convient d'abord de déterminer comment le droit les appréhende (section I), pour ensuite distinguer deux formes de connaissances composant les savoirs (section II).

- Section I. L'appréhension des savoirs par le droit.
- Section II. Le dédoublement des savoirs entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques.

[449] Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *Droit de la propriété industrielle,* LexisNexis, 2016, p. 3.

SECTION I
L'appréhension des savoirs par le droit

153. Plan. Les savoirs étant une notion qui existe dans tous les domaines, cette notion doit être appréhendée juridiquement. Il convient alors de déterminer les éléments composant les savoirs (paragraphe I) et s'il est envisageable de qualifier les savoirs comme un bien immatériel appropriable (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LES COMPOSANTES DU SAVOIR

154. Plan. En déterminant les éléments composant le savoir, il apparaît que les idées et les informations sont des éléments fondant le savoir tout en se différenciant de ce dernier (A). Aussi, la création d'un savoir amène à s'interroger sur la possibilité de déterminer s'il existe un créateur ou un détenteur ainsi que sur la définition ou l'interprétation à donner du créateur ou du détenteur (B).

A) Les savoirs, les idées et les informations : une différenciation nécessaire

155. La distinction entre savoirs, idées et informations. Dans le langage aussi bien juridique que des autres disciplines, les savoirs, les idées et les informations ont tendance à être confondus alors que ces notions revêtent des significations différentes.

156. Définition des idées. Les idées sont tout d'abord définies comme une représentation abstraite et générale d'un être, d'une manière d'être ou d'un rapport, qui est formée par l'entendement, c'est-à-dire une représentation élaborée par la pensée[450]. Le mot « idée » désigne en effet un fait intellectuel élémentaire qui s'applique à toute appréhension de l'esprit dans divers domaines (domaine de la connaissance, de l'action ou de la création artistique[451]). Une idée est alors une représentation subjective de quelque chose dans l'esprit, soit que cette chose existe au dehors ou qu'elle soit purement intellectuelle. Pour les idées que nous avons des choses extérieures, elles sont dénommées « idées sensibles[452] » car, tout en suscitant une

[450] Robert, P., *Le Petit Robert*, 2018, p. 1273-1274. Le dictionnaire donne les exemples suivants : idées scientifiques de nombre ou d'étendue, l'idée de triangle, l'idée de valeur.
[451] Robert, P., *Le Petit Robert*, 2018, p. 1273-1274.
[452] Le Petit Robert définit l'idée en philosophie comme une « essence éternelle et purement intelligible des choses sensibles ». Voir Robert, P., *Le Petit Robert*, 2018, Paris, p. 1273-1274.

expérience externe, les idées arrivent à notre intelligence par l'intermédiaire des sens à la suite des impressions (dans le sens de sensation). En ce sens, les idées correspondent à une façon particulière de se représenter le réel, de voir les choses[453]. Les idées relatives aux phénomènes de la vie intellectuelle et morale sont dénommées « idées intellectuelles » car elles sont révélées par la conscience et par le sens intime et suscitent une expérience interne[454]. Ces dernières correspondent à des idées nécessaires ayant une vocation universelle, c'est-à-dire à des idées qui s'appliquent à une chose qui ne peut pas ne pas être et qui est de tous les temps et de tous les lieux. En ce sens, l'idée peut être assimilée à une « idée-force », c'est-à-dire à une idée capable d'influencer l'évolution de l'individu et d'une époque[455].

157. L'antériorité des idées aux savoirs. Il ressort de cette première définition que les idées sont antérieures et complémentaires au savoir. D'abord, les idées sont antérieures car elles sont définies comme étant le siège de la pensée ou de l'esprit[456]. M.A. Chardeaux souligne cette antériorité de l'idée en exposant que : « l'idée doit être conçue comme un matériau brut à partir duquel l'artiste déploie son talent pour donner corps à sa pensée, pour créer quelque chose qui n'existait pas auparavant, à tout le moins sous la forme qui lui est donnée[457] ». La théorie des idées démontre également cette antériorité en soulignant que ces dernières ne sont pas une pensée mais c'est tout au plus le pensable[458]. Les idées sont alors quelque chose d'abstrait, comme les concepts et les notions lorsqu'elles se rapportent à un phénomène purement intellectuel. Elles peuvent devenir concrètes lorsqu'elles passent entre les mains de celui qui détient le savoir. Les idées sont par ailleurs complémentaires au savoir car le savoir est nourri par les idées mais les idées ne sont pas le savoir.

158. Les idées comme moyen de connaissance. Les idées ne sont toutefois qu'un moyen de connaissance et non la connaissance même. Elles sont une manière personnelle de voir les choses[459]. E. Daragon explique que l'idée est intérieure et non extériorisée : « Abstraite, l'idée

---

[453] Robert, P., *Le Petit Robert*, 2018, Paris, p. 1273-1274.

[454] Sur la distinction entre idée sensible et idée intellectuelle, voir la théorie des idées de Platon (*République,* VI, Allégorie de la caverne).

[455] Robert, P., *Le Petit Robert*, 2018, Paris, p. 1273-1274.

[456] L'idée se définit comme « Toute représentation élaborée par la pensée » et c'est « l'esprit qui élabore les idées ». Voir Robert, P., *Le Petit Robert*, 2018, Paris, p. 1273-1274.

[457] Chardeaux, M.A., « Idée », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 640.

[458] Lask, E., « La théorie des idées », *Philosophie,* Vol. 2, No. 105, 2010, pp. 9-27.

[459] Ce raisonnement rappelle les notions de « trajectivité » et de « trajection » utilisées par A. Berque. En effet, cet auteur travaille sur le rapport entre les êtres et ce qui les entoure. Il en conclut que ce qui existe porte toujours l'empreinte du milieu par la trajectivité. Il explique que : « les choses auraient toujours pu être autrement qu'elles ne sont ; mais elles sont ce qu'elles

qui reste dans l'intellect de son auteur n'est pas communicable et ne délivre pas son contenu informationnel, car si on ne comprend pas toujours le message émis en langue étrangère, que dire de celui qui n'est même pas extériorisé[460]. » D'ailleurs, l'origine étymologique de l'idée (*ideîn)* provient du latin « *videre* » signifiant « voir ». S. Trottein souligne que l'*idea* grecque est d'abord ce qui s'offre à la vue (forme, figure, apparence) avant de devenir aussi une vue de l'esprit (concept, idée)[461]. L'idée ne serait alors pas quelque chose de purement intelligible mais elle relèverait aussi du sensible. Selon S. Trottein : « l'idée participe autant de l'intelligible que du sensible, de l'imitation que de l'invention, du théorique que du pratique. »[462]. Dès lors, les idées sont un intermédiaire entre le sujet et l'objet[463]. L'idée du peintre, du sculpteur ou de l'architecte est en effet définie comme « ce modèle parfait et excellent dans l'esprit, auquel ressemblent les choses qui sont devant nos yeux parce qu'elles en imitent la forme imaginée »[464].

159. Définition des informations. Ensuite, les informations sont définies comme une action de s'informer, de prendre des renseignements et/ou d'informer quelqu'un ou un groupe (l'opinion publique notamment) sur des événements (la vie publique par exemple) ou sur quelqu'un[465]. Elles constituent un objet de connaissance transmissible[466]. Ainsi, cette définition démontre que l'information est une notion plus concrète que l'idée[467] et une notion qui s'insère

---

sont (S/P) en fonction de l'histoire d'un certain milieu : la leur, toujours singulière. » La trajectivité signifie que « les choses existent en fonction de la manière dont nous les saisissons par les sens, par la pensée, par les mots et par l'action. ». Ainsi, A. Berque expose que S est l'en-soi de la chose en tant qu'objet (*Umgebung*) et P est le prédicat, c'est-à-dire la manière dont la chose apparaît. Par conséquent, la réalité de la chose (r) = S/P. Enfin, A. Berque explique que chaque génération n'est pas consciente de cet état des choses. Elle prend un donné (*Gebung*) comme S alors que le donné a déjà été construit par les générations précédentes (S/P). Dès lors, le donné initial (S) évolue toujours en « S', S'', S''', etc., pour être indéfiniment prédiqué en P', P'', P''', etc. » Voir Berque, A., « Tétralemme et milieu humain : la mésologie à la lumière de Yamauchi », [En ligne], *Ebisu,* Vol. 49, 2013, spé. p. 58-64. [Consulté le 14 janvier 2020]. Disponible à l'adresse : http://journals.openedition.org/ebisu/731

[460] Daragon, E., « Etude sur le statut juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 63.

[461] Trottein, S., « L'idée des artistes : Panofsky, Cassirer, Zuccaro et la théorie de l'art », *RACAR,* No. 2, 2012, pp. 19-26, spé. p. 19.

[462] Trottein, S., *ibid*., p. 25.

[463] La notion d'« intermédiaire » se rapproche de celle de « prédicat » utilisée par A. Berque. Selon cet auteur : « saisir les choses, c'est les prédiquer (par le sens, par la pensée, par les mots, par l'action). » Par conséquent, lorsqu'un sujet saisit une chose, elle n'est ni purement S (absence de prédicat, objet indépendant de l'observateur, objet détaché de l'existence humaine), ni purement P (l'identité du prédicat – le lieu - précède celle du sujet). Voir Berque, A., « Milieu et identité humaine », *Annales de géographie,* Persée, T. 113, No. 638-639, 2004, pp. 385-399, spé. p. 392.

[464] Citation issue d'un discours de G.P. Bellori et intitulé « L'idée du peintre, du sculpteur et de l'architecte ». Ce discours a notamment été souligné par E. Panofsky dans *Idea. Contribution à l'histoire du concept de l'ancienne théorie de l'art*, traduit de l'allemand par Henri Joly, Paris, Gallimard, 1984, cité par Trottein, S. *ibid*., p. 25.

[465] Robert, P., *Le Petit Robert,* Paris, 2018, p. 1329.

[466] Robert, P., *ibid*. Un arrêté du 22 décembre 1981 est en effet venu indiquer que : « l'information est un élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de convention pour être conservée, traitée ou communiquée. » Voir arrêté de 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, JORF, 17 janvier 1982, p. 624.

[467] En effet, P. Catala souligne que la pure idée abstraite n'est pas une information car l'idée doit être « coulée en signes intelligibles ». Voir Catala, P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D*., 1984, pp. 15-31, spé. p. 17.

toujours dans l'action car elle a vocation à rendre un message communicable à l'égard d'autrui. P. Catala expose qu'il est de l'essence de l'information d'être communicable et qu'il est dans sa nature d'être communiquée[468]. Dans le même sens, E. Daragon insiste sur son caractère dynamique : « L'information est l'aspect dynamique de la connaissance par opposition au savoir qui est un état, résultat du fait d'avoir été informé[469]. » L'information présente alors un triptyque entre un sujet de droit (l'auteur), un objet de droit (son contenu intelligible) et un autre sujet de droit (le destinataire) à qui elle est transférée. Une relation juridique est créée entre l'auteur émetteur et le destinataire récepteur de l'information. Aussi, les informations ont vocation à circuler aisément, notamment parce que leur circulation et leur transmission sont moins assujetties à des contraintes contextuelles que les savoirs[470]. Les savoirs seraient en effet grandement dépendants du contexte dans lequel ils s'insèrent alors que les informations ne sont qu'une donnée brute représentant la matière première des savoirs. Lorsqu'un acteur dispose d'un savoir, il doit aussi interpréter et maîtriser les circonstances et les conditions dans lesquelles son action interviendra[471]. Ainsi, le savoir et l'information se distinguent par leur capacité à être transférés et reproduits. Selon P. David et D. Foray[472], tandis que la reproduction de l'information ne coûte que le prix de la copie, la reproduction du savoir coûte beaucoup plus car c'est la capacité cognitive qui doit être reproduite, laquelle est difficile à expliciter et à transférer d'un individu à un autre. La reproduction du savoir est plus longue et restreinte car elle se fait par apprentissage auprès de celui qui sait (le maître) et demeure ancrée dans un système de relations sociales de génération en génération. De plus, les informations sont de natures diverses. N. Binctin distingue les informations éphémères qui présentent un enjeu et un intérêt économique instantané, les informations durables et les informations sensibles liées à l'intimité de la personne physique ou aux données personnelles[473]. En tout état de cause, l'information se déprécie rapidement lorsqu'elle est largement diffusée et qu'un grand nombre de personnes l'obtient. Par conséquent, l'information est plus générale, plus ponctuelle et moins rare que le savoir. Les informations sont par ailleurs des produits facilement quantifiables (un

[468] Catala, P., *ibid*., p. 18.

[469] Daragon, E., « Etude sur le statut juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 63. E. Daragon ajoute que la nature communicable de l'information lui donne une vocation universelle : « L'existence de l'information n'a de sens que dans un système formé d'un émetteur et d'un récepteur. Cette vocation profonde de l'information à être communiquée la rend universelle. » Voir Daragon, E., *ibid*.

[470] Nico, S., Ulrich, U., « La répartition et la diffusion mondiales du savoir », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 9-29, spé. p. 11.

[471] Par exemple, savoir comment déplacer un objet lourd d'un endroit à un autre ne suffit pas pour pouvoir accomplir cette tâche car il faut disposer d'un moyen de transport. Voir Nico, S., Ulrich, U., *ibid*.

[472] David, P., Foray, D., « Une introduction à l'économie et à la société du savoir », *Revue internationale des sciences sociales,* Vol. 1, No. 171, 2002, pp. 13-28, spé. p. 17.

[473] Binctin, N., « Le statut juridique des informations non appropriées », *LEGICOM,* Vol. 1, No. 49, 2013, pp. 29-40.

individu a plus d'informations qu'un autre)[474] et appropriables. Selon P. Catala, l'information serait un bien immatériel susceptible d'appropriation avec une valeur patrimoniale[475]. E. Daragon ajoute que la valeur patrimoniale de l'information est fonction de sa densité informative[476].

160. La dépendance des informations aux savoirs. Enfin, l'information est dépendante du savoir. Même si la possession et l'assimilation d'une information suppose des compétences cognitives moins poussées que l'assimilation d'un savoir, les conséquences de la possession de l'information sont restreintes par la nécessité d'un savoir particulier préalable[477]. Le savoir donne donc de la valeur et de la puissance à l'information[478]. Dans le même sens, P. David et D. Foray soulignent que l'information est un ensemble de données inertes et inactives tant qu'elles ne sont pas utilisées par ceux qui ont la connaissance pour les interpréter et les manipuler[479]. Ainsi, E. Daragon explique que l'information est toujours la même et c'est la capacité du récepteur à l'appréhender qui varie[480].

161. L'interdépendance entre informations et savoirs. Mais encore, informations et savoirs sont interdépendants. Selon P. Catala, l'unique fonction de l'information est le transfert des connaissances[481] de sorte que l'information est le « véhicule du savoir »[482]. Les savoirs sont donc un ensemble organisé d'informations. La transformation d'une information en savoir suppose cependant un travail de réflexion[483]. L'accumulation d'informations peut constituer un savoir mais une information seule n'est pas un savoir[484]. Ensuite, le savoir peut lui-même se transformer en information. L'Unesco souligne l'existence d'un processus de « mise en forme »

---

[474] Nico, S., Ulrich, U., *ibid*., p. 11.

[475] Catala, P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D*., 1984, pp. 15-31, spé. p. 16.

[476] Daragon, E., « Etude sur le statut juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 63.

[477] S. Nico et U. Ulrich donnent l'exemple de l'information sur les prix qui ne permet pas d'avoir une idée des avantages ou des inconvénients des différents systèmes économiques dans lesquels les prix sont générés. Par conséquent, la détention d'un savoir économique particulier est ici nécessaire. Voir Nico, S., Ulrich, U., *ibid*., p. 12.

[478] Catala, P., *ibid*., p. 16.

[479] David, P., Foray, D., « Une introduction à l'économie et à la société du savoir », *Revue internationale des sciences sociales,* Vol. 1, No. 171, 2002, pp. 13-28, spé. p. 17.

[480] Daragon, E., *ibid*.

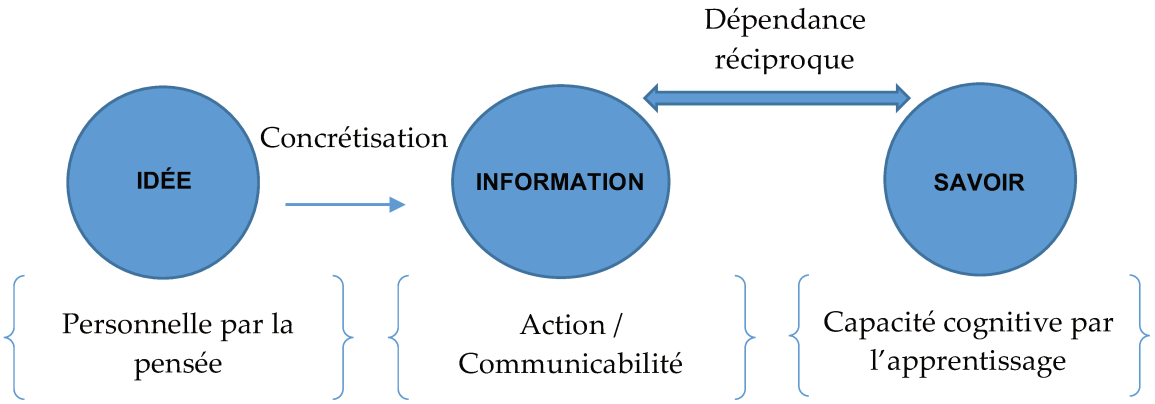
[481] Catala, P., *ibid*., p. 17.

[482] Expression de Catala, P., *ibid*., p. 16.

[483] L'UNESCO souligne l'importance du travail de réflexion préalable pour constituer un savoir : « Si l'on peut se noyer dans le flot des informations, le savoir est précisément ce qui permet de s'orienter dans la pensée ». Voir UNESCO, « Vers les sociétés du savoir », *rapport mondial de l'Unesco*, 2005, spé. p. 47.

[484] Un rapport mondial de l'UNESCO expose que l'information peut être du « non-savoir ». Par exemple, sur Internet, la moitié des informations qui y circulent seraient fausses ou inexactes. Les réseaux favorisent d'ailleurs la circulation de rumeurs. Voir UNESCO, *ibid*., p. 47.

d'un savoir en information, appelé « informationalisation du savoir ». Ce processus vise à conférer une dimension matérielle au savoir pour le rendre plus opérationnel[485]. Le savoir est lui-même transformé en information pour être traité et pour produire de nouveaux savoirs. Par conséquent, il est alors possible de conclure que les informations et les savoirs sont interdépendants. Les relations entre savoir, idée et information peuvent se schématiser de la manière suivante :



162. Transition. Maintenant qu'une distinction a été opérée entre les éléments composants les savoirs, il convient de déterminer si un « créateur » des savoirs dans une conception individuelle est identifiable ou bien s'il est préférable de choisir la qualification plus large de « détenteurs » des savoirs.

B) Le créateur du savoir dans sa conception individuelle, une détermination envisageable ?

163. La notion de « créateur » au sein du droit de la propriété intellectuelle. À première vue, le créateur d'un savoir ne semble pas être difficile à déterminer. Il devrait être la personne ayant créé le savoir en premier. Cependant, la notion de « créateur » n'apparaît pas dans les dispositions relatives au droit des brevets ou au droit d'auteur. Pour le droit des brevets, la notion de « créateur » est remplacée par la notion d' « inventeur ». Selon l'article L. 611-6 du CPI : « Le droit au titre de propriété industrielle mentionné à l'article L. 611-1 appartient à l'inventeur ou à son ayant cause. » Aussi, en matière de droit d'auteur, le créateur est qualifié d'auteur d'une œuvre. L'article L. 113-1 du CPI dispose que : « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». Il ne

[485] Voir UNESCO, *ibid.*, p. 47.

semblerait toutefois pas suffisant de remplacer la notion de « créateur » par celles d'« inventeur » ou d'« auteur ».

164. Les difficultés à déterminer le créateur originel en droit de la propriété intellectuelle. En effet, la détermination du créateur semble être complexe pour plusieurs raisons. D'abord, le créateur tend parfois à se distinguer du détenteur du titre de propriété intellectuelle aussi bien en droit des brevets qu'en droit d'auteur. Ensuite, la détermination d'une création est complexe car la notion a évolué de sorte que le créateur d'aujourd'hui n'est plus le créateur d'hier. Une dimension beaucoup plus collective est aujourd'hui établie à l'égard du créateur.

165. La notion de « création » en droit des brevets. Concernant le droit des brevets, l'article L. 611-1, alinéa 2 du CPI dispose que : « Si plusieurs personnes ont réalisé l'invention indépendamment l'une de l'autre, le droit au titre de propriété industrielle appartient à celle qui justifie de la date de dépôt la plus ancienne ». Le créateur peut alors être l'inventeur d'une invention. Mais, comme le droit des brevets répond au principe du « premier arrivé, premier servi », un créateur peut ne pas être reconnu comme un inventeur lorsqu'une autre personne (un autre créateur) a déposé une demande avant lui. Toute personne physique (particuliers, artisans ou commerçants, professions libérales) ou toute personne morale (sociétés civiles ou commerciales, associations, fondations, Etat, collectivités territoriales) peut déposer un brevet et devenir propriétaire du brevet au détriment d'un autre créateur de la même invention qui n'a pas déposé suffisamment tôt sa demande auprès de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI). Cependant, l'OMPI interprète l'article 4ter la Convention de Paris comme exigeant que la demande de brevet soit fondée sur l'inventeur véritable[486]. Par ailleurs, lorsque l'inventeur est un salarié, le droit au titre de propriété industrielle peut appartenir à l'employeur. L'article L. 611-7, 1° du CPI dispose que : « Les inventions faites par le salarié dans l'exécution soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur. » Ces dispositions ont, par exemple, des conséquences sur la détermination du détenteur du savoir-faire. En principe, l'invention réalisée par un chercheur salarié appartient

[486] La Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 dispose à son article 4ter que : « L'inventeur a le droit d'être mentionné comme tel dans le brevet. » Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, Annexe II, 2018, spé. p. 10. Toutefois, la disposition ne mentionne pas expressément un « inventeur véritable » de sorte que l'interprétation dépend de la définition donnée à l'inventeur. Effectivement, l'interprétation n'a pas les mêmes conséquences selon que l'inventeur est celui ayant fait le dépôt de la demande ou bien celui qui a créé initialement l'invention.

directement à son employeur. Cependant, comme le souligne Y. Dargier de Saint Vaulry, lorsque la connaissance s'est intégrée dans la substance même de l'homme, il est impensable de considérer l'employeur comme détenteur unique de cette connaissance : « l'homme à qui son employeur a appris à conduire un camion : il n'est pas question d'admettre que l'employeur interdise à cet homme de conduire un camion après la cessation de son emploi[487]. » Le savoir-faire est alors personnel au salarié lorsque ce sont des expériences générales, des procédés et méthodes non-secrètes en vigueur dans l'industrie. En d'autres termes, le salarié aurait pu acquérir le savoir-faire dans une autre entreprise ou bien il aurait pu mettre au point le savoir-faire sans l'aide de l'employeur. Le savoir-faire est également personnel au salarié lorsqu'il lui est devenu partie intégrante, soit par acquisition de réflexes, soit par mémoire intellectuelle. Au contraire, le savoir-faire appartiendra à l'employeur s'il s'agit de détails particuliers de l'entreprise inexistants chez les entreprises concurrentes[488]. Finalement, Y. Dargier de Saint Vaulry propose un nouveau critère pour déterminer le détenteur du savoir-faire : il faut vérifier le rapport de la spécialisation du savoir-faire à la spécialisation de la capacité personnelle du salarié. En d'autres termes, « la convention expresse ou tacite rendant indispensable un *Know-How* spécial devenu personnel à un salarié d'une capacité professionnelle peu spécialisée, sera licite ; mais par contre cette convention sera contraire à l'ordre public si elle prétend lier un salarié dont la capacité personnelle atteint le même degré de spécialisation[489] ».

166. La notion de « créateur » en droit d'auteur. Concernant le droit d'auteur, les œuvres collectives ou les œuvres de collaboration tendent à dépasser la conception d'un créateur unique. Les droits relatifs à une œuvre collective ne sont pas détenus par les créateurs de celle-ci. L'œuvre collective est la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée (art. L. 113-5 du CPI). Pour l'œuvre de collaboration, elle est la propriété commune des coauteurs qui exercent leur droit d'un commun accord (art. L. 113-3 du CPI). Par conséquent, soit plusieurs créateurs sont reconnus soit un propriétaire est identifié écartant les créateurs de tous droits sur l'œuvre collective[490]. En outre, des régimes particuliers trouvent application lorsque le créateur est salarié ou fonctionnaire. Bien que le principe soit la

[487]Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 47.

[488] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 46.

[489] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 62.

[490] Cependant, les créateurs conservent leurs droits sur leurs créations propres qu'ils peuvent exploiter de leur côté, tant que cette exploitation ne nuit pas à l'exploitation de l'œuvre collective.

détention d'un droit de propriété incorporelle exclusif sur la tête de l'auteur salarié (art. L. 111-1, alinéa 3 du CPI), les droits patrimoniaux peuvent être cédés à l'employeur[491] ou à l'Etat[492].

167. L'évolution dans la détermination du créateur. De surcroît, une dimension beaucoup plus collective est aujourd'hui établie à l'égard du créateur. Cette évolution historique dans la définition du créateur est particulièrement bien expliquée par M. Xifaras[493] et I. Maria[494]. D'abord, la figure de l'artiste empruntant ses traits à Dieu, au Pape ou aux Rois apparaît à la Renaissance[495]. L'artiste est alors l'archétype d'un « auteur souverain[496] » qui crée sans imiter par inspiration divine. Ensuite, le XVIIIème siècle est l'époque d'un espace public ouvert dans lequel la pensée critique et la réflexion sont accordées à tous[497]. Ces espaces communs publics et partagés légitiment l'existence d'une communauté d'artistes élargie. I. Maria insiste sur l'importance du public en soulignant que : « S'impose alors la conception du public comme entité qui possède la capacité ordinaire du jugement.[498] » L'ensemble des artistes forme une communauté dont le fondement est simplement leur volonté de faire partie de cette communauté et de partager les mêmes valeurs[499]. Puis, la rupture intervient à la fin du XVIIIème siècle lorsque la théorie romantique apparaît. Cette théorie présente l'artiste comme une « créature à part, divinisée[500] » et donc isolée du public. L'œuvre doit être originale, c'est-à-

[491] Par exemple, l'art. L. 113-9 du CPI dispose que : « Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est le seul habilité à les exercer. » L'alinéa 3 du même article ajoute qu'il en est de même pour les agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif. Les droits attribués à l'employeur concernent également le travail accompli au domicile du salarié (CA Paris, 14ème ch., 29 oct. 1987, JCP G, 1988, I, 3376, No. 22, obs. Edelman).

[492] Par exemple, l'art. L. 131-3-1, al. 1 du CPI précise que : « Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat. »

En revanche, une exception concerne notamment les enseignants-chercheurs, les conservateurs de musées, les commissaires du gouvernement auprès des juridictions administratives. En effet, l'art. L. 111-1, alinéa 4 du CPI dispose que le dispositif légal « ne s'applique pas aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique. »

[493] Xifaras, M., « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, No. 41, 2010, pp. 50-64.

[494] Ivens, M., « Une histoire ordinaire des artistes », [En ligne], *in Marges*, No. 6, 2007, pp. 19-30. [Consulté le 31 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://journals.openedition.org/marges/623

[495] Xifaras, M., *ibid*., p. 60.

[496] Expression utilisée par M. Xifaras. Voir Xifaras, M., *ibid*., p. 60.

[497] M. Ivens donne l'exemple de l'Académie des Beaux-Arts qui se tourne vers le public en ouvrant ses Salons. Ces salons entraînent un mélange de classes et de types sociaux. Voir Ivens, M., *ibid*., p. 20.

[498] Ivens, M., *ibid*., p. 21.

[499] Par exemple, M. Ivens souligne que dans la Commune des arts, l'artiste est reconnu par les autres artistes non par la valeur de son œuvre mais par la qualité de son engagement dans l'activité artistique. Voir Ivens, M., *ibid*., p. 21.

[500] Expression de M. Ivens. Voir Ivens, M., *ibid*., p. 22.

dire qu'elle doit être singulière à son auteur ou encore constituer le prolongement de l'auteur[501]. L'acte créateur jouit d'une souveraineté absolue contrairement à la copie qui est condamnée. Aussi, la reconnaissance de l'artiste se fait par auto-proclamation mais également sur une scène, non plus publique, mais restreinte (critiques d'art, conservateurs de musée, experts divers[502]). Cette conception romantique du créateur s'impose encore au XXème siècle puisque M. Xifaras parle d' « auteur propriétaire de soi » comme allégorie du propriétaire en général[503]. Enfin, de la fin des années 1960 jusqu'à aujourd'hui, des collectifs d'artistes[504] apparaissent qui démystifient la position centrale de l'artiste et réhabilitent la figure de l'artiste ordinaire. L'artiste n'est plus un génie isolé mais il est membre d'une communauté et vit dans un monde partagé[505]. Dès lors, S. Dusollier souligne que la création devient décentralisée, déverrouillée et plurale[506] et certains énoncent même « la mort de l'auteur[507] ». Il est alors reproché à la conception romantique du créateur d'ignorer les pratiques réelles d'échange, d'emprunt et de partage, de refuser les formes d'appropriation créative (création issue de précédentes créations) et de nier la dimension collective de l'innovation et de la culture[508].

168. L'avènement de nouveaux créateurs avec l'ère d'internet. De plus, la conception romantique du créateur est décrédibilisée par l'arrivée d'une nouvelle forme de créateurs privilégiant une dimension collective de la création. Les hackers font partie de ces nouvelles communautés d'auteurs s'éloignant de la conception romantique. M. Xifaras explique que le « hacker n'est pas un créateur isolé, il est membre d'un groupe sans lequel ses hacks n'auraient ni sens, ni valeur[509]. » et il ajoute que : « 'L'œuvre' du hacker est moins un objet ou un produit qui serait l'expression de la subjectivité créatrice de son auteur que l'institution d'un processus

[501] R. Barthes explique que l'auteur est censé nourrir le livre car il existe avant le livre dans un rapport d'antécédence père-enfant. Voir. Barthes, R., « La mort de l'auteur », *in Le bruissement de la langue. Essais critiques IV,* Paris, Seuil, 1984, pp. 63-69, spé. p. 66.

[502] Ivens, M., *ibid*., p. 26.

[502] Xifaras, M., « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, No. 41, 2010, pp. 50-64, spé. p. 60.

[503] Xifaras, M., *ibid*., p. 60.

[504] M. Ivens donne l'exemple des ateliers de quartiers, des squats artistiques ou encore des galeries alternatives. Voir Ivens, M., *ibid*., p. 29.

[505] F. Latrive souligne l'importance des *lead users* définis comme des catégories d'acteurs qui, par leur degré d'autonomie et de liberté dans la recherche du meilleur usage d'un produit complexe, vont jouer un rôle décisif dans la production de connaissances. Voir Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 47.

[506] Dusollier, S., « Open source and copyleft: authorship reconsidered ? », *Columbia Journal of Law and the Arts* Vol. 26, 2003, pp. 281-296, spé. p. 289.

[507] R. Barthes parle de « décrochage » et que « l'auteur entre dans sa propre mort ». Voir Barthes, R., *ibid*., p. 63.

[508] Latrive, F., *op. cit*., p. 44.

[509] Xifaras, M., *ibid*., p. 61.

ouvert de créations collectives, qui tire de lui-même sa signification comme 'œuvre'[510]. » Dès lors, cette nouvelle conception du créateur entraîne des nouvelles formes d'appropriation et de participation. La figure du hacker prône l'appropriation par le public comme source de créativité[511]. Aussi, l'imitation, l'inspiration, la modification ou encore la réutilisation ne sont plus des actes condamnés car ils participent à la création et à la diversité culturelle. F. Latrive parle même de « culture socialisée » dans le sens où le désir de copie et de partage participe au plaisir tiré de la culture[512]. I. Maria résume cette coproduction entre l'auteur initial et le public en soulignant, dans le monde de l'art, que : « La différence des regards issue de la diversité de la population entraîne une diversité des représentations de l'art et de l'artiste[513] ».

169. L'interdépendance du créateur et de l'utilisateur. La conception du créateur dans sa forme individuelle n'a toutefois pas totalement disparue, de sorte que, pour déjouer l'expression de R. Barthes, la naissance du lecteur ne doit pas se payer de la mort de l'Auteur[514]. Deux mouvements parallèles mais éventuellement complémentaires existent : celui du créateur et celui de l'utilisateur. D'abord, il est logique que le créateur garde une certaine importance car il est la source de l'œuvre. S. Dusollier expose en effet que l'unité de l'œuvre découle de l'unité de la source[515]. L'auteur ne doit cependant plus être l'unique source d'originalité. Il apparaît comme la signature ou le signataire du premier acte de création[516]. Mais, par une reconsidération de la « fonction auteur[517] », ce dernier peut jouer un rôle primordial dans la conception collective de la création. Les auteurs seraient désormais uniques dans le sens où « ils ne sont pas simplement des auteurs de leur œuvre mais ils ont produit aussi autre chose en autorisant la formulation d'autres discours dans leur domaine prérequis, ils entrainent de nouvelles applications dans une chaîne de création[518]. » Dès lors, créateur et utilisateur ont tous les deux un rôle à jouer dans la création du savoir.

---

[510] Xifaras, M., *ibid*., p. 62.

[511] F. Latrive parle « d'appropriation créative », Latrive, F., *op. cit*., p. 46.

[512] Latrive, F., *op. cit.*, p. 45.

[513] Ivens, M., « Une histoire ordinaire des artistes », [En ligne], *in Marges*, No. 6, 2007, pp. 19-30, spé. p. 29. [Consulté le 31 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://journals.openedition.org/marges/623

[513] Xifaras, M., *ibid*., p. 60.

[514] Selon R. Barthes : « La naissance du lecteur doit se payer de la mort de l'Auteur. ». Voir Barthes, R., *ibid*., p. 69.

[515] Dusollier, S., *ibid*., p. 291-292.

[516] Dusollier, S., *ibid*., p. 292.

[517] Expression utilisée par M. Foucault. Voir Foucault, M., « Qu'est-ce qu'un auteur ? », *Bulletin de la Société française de philosophie,* No. 3, 1969, pp. 73-104.

[518] Dusollier, S., *ibid*., p. 293.

170. La préférence pour une conception collective de la création des savoirs. Concernant particulièrement les savoirs, la notion de créateur, que ce soit pour l'artiste, le chercheur ou le programmeur, est aujourd'hui bien plus collective qu'individuelle. Cette collectivité des créateurs est dénommée « communautés de savoirs » constituant un ensemble de personnes qui vont produire et échanger des connaissances nouvelles à l'aide des NTIC[519]. Ces communautés existent dans des domaines variés (communauté scientifique, communauté d'usagers des logiciels libres, communauté interentreprises) et sont assimilées au mouvement de la création libre (*free creation*) tel que l'*open source* ou les licences libres (*Free Art license* par exemple). Ces « communautés de savoir » ont pour objectifs l'accès et le partage des connaissances, le progrès des connaissances, le contrôle de leur qualité ou encore la création d'un espace public de circulation des savoirs. Par conséquent, une reconfiguration générale est mise en place[520]. La conception de la création individuelle originale n'est plus prééminente mais c'est plutôt son évolution *via* les modifications qui est valorisée. L'idée est que « l'utilisation est un acte de création[521] » car les utilisateurs produisent et renforcent les possibilités de créations nouvelles[522]. La figure de l'auteur propriétaire de son œuvre est alors rejetée et la création devient un travail éminemment collectif[523]. En outre, toute personne peut devenir membre de cette communauté car il n'y a pas de compétences spécifiques à détenir. P. David et D. Foray parlent de « *soft skills* », c'est-à-dire que les membres doivent au minimum détenir une aptitude à travailler en équipe, une capacité à communiquer et une aptitude à apprendre[524]. Par conséquent, la création ne doit plus être un acte d'exclusion mais plutôt un

[519] David, P., Foray, D., « Une introduction à l'économie et à la société du savoir », *Revue internationale des sciences sociales,* Vol. 1, No. 171, 2002, pp. 13-28, spé. p. 18.

[520] Sur l'idée d'une reconfiguration, S. Dusollier expose que : « From open source to art, a radically new view of creation has been mapped out, within which not only the location of the author, but also the location of the work and of the user, have been shifted and reconfigured. », c'est-à-dire qu'une nouvelle vision radicale de la création est planifiée selon laquelle l'interprétation de l'auteur mais aussi celle de l'œuvre et de l'utilisateur ont été changées et reconfigurées [Notre traduction]. Voir Dusollier, S., « Open source and copyleft: authorship reconsidered ? », *Columbia Journal of Law and the Arts* Vol. 26, 2003, pp. 281-296, spé. p. 288.

[521] Selon S. Dusollier, « use is creation ». Voir Dusollier, S., *ibid*., p. 291.

[522] La catégorie des créateurs purs (créant quelque chose à partir de rien) et la catégorie des utilisateurs purs (consommateur passif) sont de plus en plus rares et/ou inadéquates. Les communautés d'utilisateurs préfèrent le terme de « réutilisateur » (« *re-user* » ou « *re-purposer* ») puisque l'utilisation du contenu est elle-même créative. Selon un rapport, seulement 29% des utilisateurs s'identifient comme des utilisateurs purs. Aussi, 4 utilisateurs sur 10 exposent qu'ils ont créé un ou plusieurs types de contenus dans l'année. Voir Creative Commons, « Defining "Noncommercial" – A Study of How the Online Population Understands "Noncommercial Use », [En ligne], septembre 2009, spé. p. 36 et 47. [Consulté le 10 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial

[523] La *Free Art License* définit l'œuvre (*work*) comme « the common work, which included the original work as well as all the derived works (the subsequent originals and copies) », c'est-à-dire que l'œuvre est un travail collectif incluant le travail originel mais aussi les travaux dérivés [Notre traduction]. Voir Dusollier, *ibid*., p. 290.

[524] David, P., Foray, D., « Une introduction à l'économie et à la société du savoir », *Revue internationale des sciences sociales,* Vol. 1, No. 171, 2002, pp. 13-28, spé. p. 20.

acte d'inclusion[525]. La figure de l'utilisateur passe du consommateur passif à un participant actif dans l'acte de création[526].

171. Transition. Il semblerait aujourd'hui plus pertinent de parler de « détenteurs de savoirs » accueillant plus facilement la dimension collective de la création des savoirs, plutôt que d'un « créateur » unique trop éloigné de la vision actuelle et difficilement déterminable pour les savoirs. Cependant, si la notion de « créateur » est remplacée par celle de « détenteur » pour s'adapter à la dimension collective de la création des savoirs, peut-on alors considérer que le savoir est un bien immatériel appropriable ?

PARAGRAPHE II. LE SAVOIR, UN BIEN IMMATERIEL APPROPRIABLE ?

172. Plan. D'abord, les savoirs étant des choses incorporelles, il convient de se demander s'ils sont appropriables et peuvent être qualifiés de « biens » immatériels. La doctrine a écrit à ce sujet en droit des biens et le droit positif ne semble pas s'opposer à la propriété des biens immatériels (A). Il convient toutefois de s'interroger sur la légitimité d'une telle réservation juridique des savoirs (B).

A) L'appropriation des savoirs par la qualification de « bien »

173. Plan. Il convient d'abord de rechercher si les choses incorporelles en général peuvent être qualifiées de « biens » (1) pour ensuite s'interroger sur l'adaptabilité des savoirs, en particulier, aux critères de qualification des biens (2).

1) Les choses incorporelles et la qualification de « bien »

174. La recevabilité et la limite de la qualification de « bien » aux choses incorporelles. Comme le souligne E. Daragon : « Si une chose ne constitue pas un bien de par sa seule matérialité, à l'inverse l'immatérialité n'empêche pas la chose de prétendre au statut de bien[527]. » Le Code civil emploie d'ailleurs la notion de « bien » pour les droits portant sur les

[525] Comme le souligne R. Barthes : « L'écriture n'est plus fermée mais ouverte à ce que l'interprétation vienne d'une autre instance que celle de l'auteur. » Voir Barthes, R., « La mort de l'auteur », *in Le bruissement de la langue. Essais critiques IV,* Paris, Seuil, 1984, pp. 63-69.

[526] Dusollier, S., « Open source and copyleft : authorship reconsidered ? », *Columbia Journal of Law and the Arts* Vol. 26, 2003, pp. 281-296, spé. p. 291.

[527] Daragon, E., « Etude sur le statut juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 63.

choses[528]. Aussi, le droit pénal français a considéré comme un bien le produit d'un travail intellectuel et a déjà conclu que celui-ci pouvait faire l'objet d'un abus de confiance[529] ou d'un vol[530] alors que cette infraction présupposait une matérialité[531]. La Cour européenne des droits de l'homme a également accepté la qualification de « bien » à l'égard des ressources incorporelles. Elle a notamment conclu qu'une marque commerciale constitue un bien au sens de l'article 1[er] du Protocole n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme[532]. Ainsi, toute chose corporelle ou incorporelle, droit ou intérêt présentant une valeur patrimoniale pourrait être qualifié de « bien » au sens du Protocole. Le Code civil associe toutefois immédiatement la notion de « bien » à la propriété en l'insérant dans le Livre II intitulé « des biens et des différentes modifications de la propriété ». Comme la notion de « bien » en droit civil est « infectée de matérialisme[533] », cette dernière nécessiterait alors une redéfinition pour être davantage adaptée au mouvement actuel de dématérialisation.

175. La nécessité de transformer la *summa divisio* entre bien meuble et bien immeuble.
Si les choses incorporelles sont des biens, alors certains auteurs soulignent d'abord la nécessité de transformer la *summa divisio* existante de l'article 516 du Code civil entre les biens meubles et les biens immeubles. Selon R. Libchaber, la distinction des biens en meubles et immeubles a vécu : « elle survit, mais ne donne pas lieu à des différences de régime qui soient profondes ou spécifiques ; en tout cas, l'écart entre les biens protégés et ceux qui ne le sont pas ne relève plus du caractère mobilier ou immobilier[534]. » Aussi, les choses incorporelles n'ont aucune consistance matérielle donc elles ne sont ni mobilières ni immobilières[535]. Or, R. Libchaber

[528] En effet, le Code civil qualifie de « bien » l'usufruit (titre III du Code civil) et les servitudes (titre IV du Code civil).

[529] Cass. crim., 14 novembre 2000, No. 99-84.522 ; Cass. crim., 22 mars 2017, No. 15-85.929.

[530] Le législateur a inséré l'art. 311-2 dans le Nouveau Code Pénal pour incriminer le vol d'énergie. Aussi, la jurisprudence a précisé que le délit de vol de données a été commis par une personne pour vol de données informatiques (Cass. crim., 9 septembre 2003, No. 02-87098 ; Cass. crim., 4 mars 2008, No. 07-84002).

[531] En principe, en cas de soustraction d'informations, le titulaire légitime n'est pas privé de l'information mais seulement du droit exclusif d'en disposer. Aussi, selon E. Daragon, l'information n'en est pas pour autant un bien dans la mesure où le droit de propriété suppose une exclusivité. Or, il est dans la nature de l'information d'être infiniment duplicable. Par conséquent, elle ne pourrait pas faire l'objet d'une soustraction ou d'une remise frauduleuses. Nous verrons toutefois que le droit peut avoir pour mission de rendre exclusive la chose incorporelle, et notamment certains savoirs. E. Daragon en conclut que les qualifications pénales traditionnelles, créées pour des objets matériels, seraient inadaptées. Voir Daragon, E., *ibid*.

[532] CEDH, gde ch., 11 janv. 2007, aff. 73049/01, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, § 78.

[533] Expression de M. Villey. Voir Villey, M., *Préface Historique au recueil des Archives de philosophie du droit*, T. XXIV, « Les biens et les choses », Sirey, 1979, p. 2, cité par Bruguière, J.M., « L'immatériel à la trappe ? », *Recueil Dalloz,* 2006, p. 2804.

[534] Libchaber, R., « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016, spé. N°148.

[535] T. Revet souligne que la multiplication des meubles par détermination de la loi est la preuve de la caducité de la *summa divisio* actuellement existante. Voir Revet, T., « L'incorporel en droit des biens », *Revue Lamy Droit civil,* Vol. 11, No. 65, 2009, spé. p. 12. De même, D. Gutmann explique que le recours à la métonymie en donnant à un bien le statut d'un objet avec lequel il entretient un lien étroit, démontre l'inaptitude du raisonnement par analogie à ordonner les réalités immatérielles dans la dichotomie meubles-immeubles. Voir Gutmann, D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens - Les ressources du langage juridique », *Arch. phil. droit,* Vol. 43, *Le droit et l'immatériel,* Sirey, 1999, pp. 65-78, spé. p. 69.

souligne que la jurisprudence a adopté une règle selon laquelle les objets inclassables sont *a priori* meubles, sauf à ce que la loi les classe comme immeubles ou admette une dérogation due à la volonté[536]. Les choses incorporelles sont alors toutes rangées dans la catégorie des meubles, et plus précisément des meubles par destination de la loi (art. 529 du Code civil)[537]. Il serait cependant plus judicieux de proposer une nouvelle distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles[538]. Une telle distinction ne serait pas si novatrice puisque C. Grimaldi expose qu'elle est à l'esprit des juristes « depuis un certain temps[539] », débutant probablement à l'époque romaine avec les *Institutes* de Gaïus et de Justinien distinguant les *res corporales* et les *res incorporales*[540]. Dans cette continuité, J.M. Bruguière[541] propose de restaurer l'article 1er du projet de réforme du Code civil d'après-guerre qui disposait que : « tous les biens sont corporels ou incorporels[542] ». Dans le même sens, l'avant-projet de réforme présenté par l'Association Henri Capitant en 2006 a proposé une nouvelle définition des biens à l'article 520 : « Sont des biens (…) les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation (…)[543] ». La qualification de « choses incorporelles » serait particulièrement adaptée aux savoirs car elles sont définies comme : « les choses qui ne comportent aucune matière, et ne peuvent dès lors être perçues que par l'esprit[544] » ou par la pensée[545] de sorte que c'est le droit qui les élève au rang de biens[546]. Les choses incorporelles se divisent par ailleurs entre les choses nées de l'esprit ou du travail (relevant du réel) et les choses qui sont des droits (relevant de la pure abstraction) permettant d'exiger une prestation d'autrui ou d'exercer une activité[547]. Les savoirs relèveraient de la première catégorie.

---

[536] Libchaber, R., *ibid*., N°120.

[537] P. Berlioz expose que les choses incorporelles (savoir-faire, informations, toutes les choses purement intellectuelles) ne répondent pas au critère de mobilité. Par conséquent, elles ne sont pas meubles par nature mais meubles par destination de la loi. Voir Berlioz, P., *Droit des biens,* Ellipses, 2014, spé. p. 90.

[538] Voir notamment Revet, T., *ibid.*

[539] Grimaldi, C., *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019, p. 67.

[540] Cependant, la distinction ne portait que sur les choses susceptibles d'être touchées (*res corporales*) et les droits personnels ou réels (*res incorporales*). D'ailleurs, le Code civil actuellement en vigueur ne s'intéresse qu'aux droits en tant que choses incorporelles. C. Grimaldi explique que les choses incorporelles autres que les droits ont été reconnues plus tard, par des législations spéciales et particulièrement par le droit de la propriété intellectuelle. Voir Grimaldi, C., *op. cit*., p. 68.

[541] Bruguière, J.M., *ibid.*

[542] Or, actuellement, l'art. 516 du Code civil précise que : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

[543] Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens, Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Groupe de travail présidé par H. Périnet-Marquet, 2006.

[544] D'ailleurs, P. Berlioz donne l'exemple des productions de l'esprit. Voir Berlioz, P., *Droit des biens,* Ellipses, 2014, p. 95.

[545] C. Grimaldi donne une définition des choses incorporelles identique à celle de P. Berlioz : « Les choses incorporelles sont, en contrepoint, celles qui ne sont pas dotées d'une corporalité et qui ne sont perceptibles à ce titre que par la *pensée* de l'homme : idées, savoir-faire, créations, (…) » Voir Grimaldi, C., *op. cit.*, p. 21.

[546] Grimaldi, C., *op. cit*., p. 67.

[547] « La catégorie est très hétérogène, encore qu'une distinction émerge entre les *choses nées de l'esprit ou du travail,* qui relèvent du réel, et celles des choses qui sont des *droits* qui permettent d'exiger une prestation d'autrui - des *droits personnels* - ou d'exercer une activité - des *autorisations de production* ou des *licences d'exploitation* - qui sont de pures abstractions. »

176. Une redéfinition de la notion de « bien » sous le prisme de la notion de « valeur ». De plus, pour d'autres auteurs, ce n'est pas uniquement la *summa divisio* qu'il faut modifier mais également l'interprétation de ce qu'est un « bien ». Selon A. Piedelièvre[548] et D. Gutmann[549], la notion de bien doit être repensée sous le prisme de la notion de valeur. La notion de « bien » serait indépendante des facteurs matériels car elle désigne davantage des valeurs et des qualités (utile, rare) susceptibles de figurer dans un patrimoine. A. Piedelièvre ajoute que c'est le droit qui va influer sur la valeur de la chose. Par exemple, la valeur ne sera pas la même si le droit est un droit de propriété ou un droit d'usufruit. Aussi, selon J. Rochfeld, la notion de « bien » doit être modifiée car sa qualification varie selon les sociétés et les époques en raison de sa dimension sociologique et politique. Ce qui est regardé comme richesse évolue socialement. Par conséquent, ce qui se trouve valorisé à un moment donné et dans une société donnée sera qualifié de bien. La notion de « bien » est par ailleurs dépendante de la préférence entre l'approche physique ou l'approche intellectuelle[550]. Aujourd'hui, le droit ne peut pas ignorer le mouvement de dématérialisation engendrant de nouveaux biens. J. Rochfeld parle alors de dépassement du monde physique - du monde des choses - pour une définition relevant du monde des personnes et de l'économie[551]. La conception objective, appréhendant le bien comme une chose corporelle de nature à procurer une utilité exclusive et à devenir objet d'un droit de propriété, devrait être à relativiser. En effet, la conception du bien par le monde des personnes semble être aujourd'hui davantage pertinente. Cette conception appréhende le bien comme un élément que les individus conçoivent comme présentant une valeur et qu'ils demandent au droit de pouvoir se réserver. Un bien est alors tout élément représentant une valeur[552] (surtout par son aspect économique) et susceptible d'être réservé (aspect juridique) par un titre ou un droit.

177. Transition. Même si une évolution apparaît nécessaire quant à la *summa divisio* actuelle et à l'interprétation de ce qu'est un bien, il convient de rechercher si les savoirs répondent aux critères actuels de qualification des biens.

Voir Grimaldi, C., *op. cit*., p. 21 et 70.

[548] Piédelièvre, A., « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *Les aspects du droit privé en fin du XXe siècle (Etudes M. de Juglart)*, LGDJ, 1986, pp. 55-63.

[549] Gutmann, D., *ibid*., p. 68.

[550] Rochfeld, J., *Les grandes notions du droit privé,* PUF, 2013.

[551] Rochfeld, J., *op. cit*.

[552] J. Rochfeld explique que détient une valeur tout élément regardé avec désir, qui représente une utilité (valeur d'usage et valeur d'échange) et un intérêt économique substantiel. Rochfeld, J., *op. cit.*

2) Les savoirs et les critères de qualification des biens

178. Présentation des critères et plan. Pour être éligible à la qualification de « bien », les savoirs doivent répondre à plusieurs critères. En effet, comme le souligne R. Libchaber :

> « Ils [les biens] émergent d'abord dans les relations individuelles sous la forme de *valeurs,* qui traduisent juridiquement le désir que l'on peut en avoir. Ils sont ensuite *appropriables,* car l'appropriabilité est la seule relation entre un bien et une personne qui permette à cette dernière d'en faire tout ce qu'elle veut (…) Ils doivent enfin entrer dans le commerce juridique, c'est-à-dire être *cessibles,* car cette qualité est souvent la condition d'une appropriation, en même temps qu'elle insère les biens dans la sphère interindividuelle qui intéresse le droit[553]. »

Dans le même sens, C. Grimaldi retient que les biens sont des choses utiles, appropriées et aptes à circuler[554]. Mais encore, F. Terré et P. Simler soulignent que : « Seul peut constituer un bien ce qui est approprié ou appropriable[555]. » et M.L. Mathieu définit les biens comme des « "choses", matérielles ou non, susceptibles d'appropriation par l'homme[556]. » Ne sont alors pas qualifiés de « biens » les droits extrapatrimoniaux ou les choses qui par nature ne sont pas dans le commerce juridique (embryon humain, corps humain, droits de la personnalité). L'ensemble de ces critères ne devraient en revanche pas exclure les savoirs d'une telle qualification. F. Terré et P. Simler soulignent qu'une telle qualification désigne deux choses : d'un côté, les choses qui appartiennent à l'usage de l'homme et permettent à celui-ci de satisfaire ses besoins en les utilisant et en les échangeant ; d'un autre côté, les droits existant au profit des personnes physiques ou morales. F. Terré et P. Simler insistent ensuite sur le fait que le développement des richesses et le progrès de la science ont entraîné l'apparition de nouveaux biens, et notamment le savoir-faire[557]. Il convient alors de vérifier si les savoirs sont appropriables (a), représentent une valeur (b) et entrent dans le commerce juridique (c).

a) Savoirs et appropriabilité

[553] Libchaber, R., « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016, spé. No. 15.
[554] Grimaldi, C., *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019, spé. p. 19.
[555] Terré, F., Simler, P., *Les biens*, Dalloz, 10ème éd., 2018, spé. p. 60.
[556] Mathieu, M.L., *Les biens*, Sirey, Dalloz, 3ème éd., 2013, spé. p. 28.
[557] Terré, F., Simler, P., *op. cit*., p. 37 et 56.

179. Le bien, une chose appropriable et appropriée. Tout d'abord, l'appropriation se définit par « l'établissement d'une relation exclusive entre une personne et l'objet de son désir[558]. » Dans le même sens, M.L. Mathieu définit l'appropriation par l'exclusivité de la relation entre une personne et une « non-personne »[559]. L'appropriation d'un bien ne se réduit pas au seul droit de propriété[560], comme le précise l'article 543 du Code civil[561]. R. Libchaber souligne qu'il suffit qu'une chose soit appropriable pour exister en tant que bien. Il suffit alors que la chose soit apte à être soustraite à un usage collectif au profit d'une dévolution individuelle[562]. *A contrario*, P. Berlioz distingue la chose et le bien : alors que la chose désigne l'objet potentiel du droit de propriété[563], le bien est une chose appropriée[564]. Ces deux caractères sont, selon P. Berlioz, nécessaires pour que la chose puisse devenir un bien. C. Grimaldi est du même avis puisqu'il énonce que : « Seules les choses appropriables, qu'elles soient corporelles ou incorporelles, sont des biens, mais toutes les choses appropriables ne le sont pas, car elles doivent encore être appropriées[565]. » Les choses non appropriées correspondraient aux *res nullius* et aux *res derelictae*[566]. P. Berlioz ajoute cependant que l'appropriation des choses incorporelles aurait pour conséquence de leur retirer leur caractère appropriable nécessaire à la qualification de « bien » : « tant que dure le brevet, l'invention est "appropriée" alors même qu'elle n'est plus "appropriable"[567] ». Néanmoins, même si l'invention est appropriée et plus

[558] Libchaber, R., *ibid*., No. 13.

[559] « La propriété ne peut être conçue que comme *une relation* entre l'homme et la chose, ou plus exactement entre une personne et une "non-personne". C'est en outre une relation *exclusive,* en principe, puisque la chose qui est "à moi" est celle qui m'appartient "en propre". » Voir Mathieu, M.L., *op. cit*., p. 5.

[560] « L'appropriation dont il est ici question ne consiste qu'en une relation d'appartenance entre une personne et une chose, quelle qu'elle soit. Cette conception est donc à la fois plus modeste et plus décisive : elle est plus modeste en ce qu'elle se contente de faire fond sur une relation, plutôt que sur un ensemble de pouvoirs du propriétaire, canalisés dans de grandes fonctions ; elle est plus décisive en ce que la réduction de la propriété à une relation implique par contrecoup que le titulaire ait tous les pouvoirs, la chose soustraite à l'usage collectif étant entièrement soumise à son bon vouloir sous la réserve d'éventuelles limitations objectives. » Voir Libchaber, R., « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016, spé. No. 31. Il convient alors de rejeter la distinction opérée par C. Grimaldi entre les biens intellectuels et les autres choses nées de l'esprit ou du travail. En effet, C. Grimaldi distingue les choses qui sont spécialement protégées par un droit de propriété, dénommées « biens intellectuels », et celles qui ne le sont pas (par exemple, savoir-faire, recette de cuisine). Voir Grimaldi, C., *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019, spé. p. 71 et 80.

[561] L'art. 543 du Code civil dispose que : « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre. »

[562] Libchaber, R., *ibid*., spé. No. 31.

[563] « Des caractéristiques mêmes de la chose, il résulte donc que celle-ci est, par essence, appropriable (…) Simple instrument, destiné à fournir les services qu'elle peut offrir, la chose est conceptuellement faite pour la propriété. » Voir Berlioz, P., *Droit des biens*, Ellipses, 2014, spé. p. 41.

[564] Berlioz, P., *op. cit*., p. 23. Cependant, P. Berlioz est conscient que le Code civil confond le bien et la chose de telle sorte que celle-ci peut également être définie comme un objet approprié. Il donne notamment l'exemple des articles 537, 543 et 544 du Code civil. Voir Berlioz, P., *op. cit*., p. 21.

[565] Grimaldi, C., *op. cit*., p. 32.

[566] « Pour accéder au statut de bien, la chose appropriable doit encore être appropriée. Presque toutes les choses appropriables le sont, par des personnes privées ou publiques. Celles qui ne le sont pas, sont des "choses sans maître" » i.e res nullius et res derelictae. » Voir Grimaldi, C., *op. cit*., p. 36.

[567] Berlioz, P., *op. cit*., p. 435.

appropriable, il n'en est pas de même des savoirs qui peuvent toujours être appropriables s'ils débouchent sur une invention nouvelle.

180. Les savoirs, une chose appropriée. Les savoirs peuvent être appropriés car ils sont susceptibles de faire « l'objet d'une certaine réservation, prévue ou subie par le système juridique, qui permet à un titulaire de s'en octroyer toutes les utilités juridiques[568]. » Une telle réservation peut être juridique par la détention d'un droit exclusif, intellectuelle par le moyen du secret ou encore factuelle par la possession ou le contrôle technique[569]. C. Grimaldi donne l'exemple du savoir-faire pouvant être réservé exclusivement[570]. Dans le même sens, selon P. Catala, l'information [mais aussi les savoirs[571]] a toujours un détenteur qui se l'approprie. Il parle de « droits sur » l'information détenus par un émetteur car l'information [mais aussi les savoirs] est un produit de l'activité humaine et se trouve attachée à la personne par un lien de création intellectuelle. Les savoirs et les informations seraient appropriés dès leur origine par celui qui les a créés[572]. P. Catala ajoute que l'information [mais aussi les savoirs] a toujours un « maître » et n'est jamais vacante car elle est créée par une opération intellectuelle de formulation entraînant une appropriation[573]. Dans le même sens, M. Xifaras expose que pour que les choses incorporelles soient appropriées, deux éléments doivent être engagés : un acte de création (utilisation de la capacité inventive du détenteur) et un acte par lequel le détenteur reconnaît que la création est sienne (engagement de l'identité personnelle du détenteur pour établir un rapport d'identité médiat)[574]. L'acte de création, par sa singularisation, est un élément primordial pour rendre légitime l'appropriation d'un savoir ou d'une information. P. Catala souligne en effet que même si plusieurs agents collectent les mêmes données, s'ils les expriment

[568] Libchaber, R., « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016, spé. No. 32.

[569] S. Dusollier explique que l'ensemble de ces moyens de réservation ont tous le même objectif, celui d'assurer la réservation économique de l'information : « Les diverses voies empruntées ou susceptibles de l'être, entrecroisées, ont toutes pour but, clairement affiché ou non, d'assurer la réservation économique de l'information à celui qui en a la maîtrise. » Voir Dusollier, S., « Du commun de l'intelligence artificielle », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 109.

[570] « L'exemple du savoir-faire est éloquent qui, tant qu'il est gardé secret, est susceptible de constituer un bien transmis par des accords de transfert de savoir-faire (…) qui donnent lieu au versement d'une contrepartie. » Voir Grimaldi, C., *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019, spé. p. 80.

[571] P. Catala étudie plutôt une théorie juridique de l'information mais cette théorie peut être rapportée aux savoirs en raison des rapports d'interdépendance entre ces deux éléments. Voir Catala, P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984, pp. 15-31.

[572] P. Catala énonce plus précisément que l'information est appropriée dès son origine par celui qui la met en forme pour la rendre communicable. Voir Catala, P., *ibid*., p. 19-20.

[573] Catala, P., *ibid*., p. 22 et 23.

[574] Xifaras, M., « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, No. 41, 2010, pp. 50-64, spé. p. 59. Par conséquent, les notions d'auteur, de propriété et de liberté coexistent : « C'est parce qu'être auteur, être libre et s'appartenir sont des équivalents que les fruits de la libre activité du sujet ainsi constitué lui appartiennent en propre et que cette appartenance se prolonge (…) dans un droit de propriété, sous la forme d'un *copyright* ou d'un brevet. » Voir Xifaras, M., *ibid*., p. 59.

à leur manière alors ils peuvent s'approprier distinctement les informations créées[575]. Les savoirs peuvent même être vendus, ce qui a pour conséquence de créer une réservation exclusive[576]. Effectivement, Hegel explique que les choses incorporelles sont susceptibles d'être aliénées lorsque le détenteur leur donne une existence extérieure[577]. Tous les savoirs ne sont cependant pas nécessairement appropriés car la société peut nier, dans l'intérêt général, l'utilité d'une telle réservation et l'interdire[578].

181. Les savoirs, une chose appropriable. Les savoirs sont également appropriables car susceptibles d'une appropriation[579]. M.L. Mathieu explique que les choses incorporelles sont « appropriables *a priori* » et P. Berlioz souligne que, sur le plan théorique, rien ne s'oppose à la reconnaissance de la possibilité d'une appropriation des choses incorporelles. P. Catala explique en effet que toute information [mais aussi tout savoir[580]] est appropriable en raison de sa vocation naturelle à posséder une valeur patrimoniale[581]. Le caractère appropriable des choses incorporelles n'est d'ailleurs pas une nouveauté puisque le droit romain avait déjà établi une telle possibilité. Les choses corporelles et certains droits (usufruit, servitudes) faisaient l'objet d'un rapport d'appropriation par l'intermédiaire du *dominium*. Le *dominium* portait aussi bien sur les *res incorporales* que sur les *res corporales*. Puis, c'est à partir du Moyen-Âge que la propriété du droit ou le « droit dans la chose » (*jus in re*) est abandonnée en faveur de la propriété sur la chose corporelle elle-même. F. Zenati parle de « fusion du *dominium* et du *jus in re* », entraînant une confusion entre le droit et l'objet du droit. La propriété d'un droit est alors impossible puisque la propriété elle-même est considérée comme un droit. Ainsi, la nature

---

[575] Catala, P., *ibid*., p. 22.

[576] G. Danjaume explique que si l'information peut faire l'objet d'un contrat de vente à l'instar de la propriété, cela revient à dire qu'elle est susceptible d'appropriation. Il expose que l'information est une « chose » qui peut être « vendue ». Voir Danjaume, G., « La responsabilité du fait de l'information », *JCP*, I, n° 3895, 1996. Néanmoins, l'aliénation des choses incorporelles ne se fait pas naturellement et nécessite l'intervention du droit. Comme le souligne P. Berlioz : « Cependant, une fois acquise, la chose de l'esprit est unie à son détenteur par un lien quasi indéfectible, qui n'est qu'au pouvoir de ce dernier, et non des tiers. Seul son possesseur peut s'en défaire, non en la transmettant, mais en l'oubliant. » Voir Berlioz, P., *Droit des biens*, Ellipses, 2014, spé. p. 176.

[577] « Les connaissances, les sciences, les talents, etc., sont assurément les propriétés de l'Esprit libre, car elles lui sont intérieures et non extérieures, mais il peut aussi leur donner une existence empirique extérieure, les aliéner (…) Ils ne sont pas immédiatement choses, mais le deviennent par la médiation de l'Esprit qui fait passer ce qui lui est intérieur dans l'immédiateté et l'extériorité. » Voir Hegel, G.W.F., *Principes de philosophie du droit*, trad. Derathe, Libre. philo. J. Vrin, 1993, p. 101.

[578] Mathieu, M.L., *Les biens*, Sirey, Dalloz, 3ème éd., 2013, spé. p. 5.

[579] « Dès lors que tous les objets de désirs, qu'ils soient ou non matériels, ou patrimoniaux, sont susceptibles d'une appropriation, la catégorie des biens s'accroît pour recouvrir non seulement le monde réel, mais aussi toutes les maîtrises juridiques partielles forgées par le système juridique. » Voir Libchaber, R., *ibid*., spé. No. 32.

[580] N. Binctin expose ce lien entre savoir et information en expliquant que : « Le savoir-faire (…) constitue un bien si l'élément le plus général et caractéristique de sa définition – la notion d'information – peut lui-même être un bien. » Voir Binctin, N., « Savoir-faire », *Répertoire de droit commercial*, *Dalloz*, janv. 2018, n° 13. P. Catala souligne en effet que l'information est un bien immatériel susceptible d'appropriation. Voir Catala, P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D*., 1984, pp. 15-31, spé. p. 16.

[581] Catala, P., *ibid*., spé. p. 97.

corporelle de l'objet du droit de propriété constitue, selon F. Zenati, un dogme purement doctrinal[582]. R. Libchaber est de cet avis lorsqu'il souligne que les traits fondamentaux de la propriété tiennent « dans une double qualité de la relation entre une personne et une chose, dont on ne voit pas qu'elle exige un quelconque *corpus :* jouissance de toutes les utilités de la chose par celui qui se l'est appropriée ; exclusion de l'ensemble des tiers du bénéfice de ces utilités[583]. »

182. Une appropriabilité des savoirs conditionnée à certains aménagements. Les choses incorporelles, et plus précisément les savoirs, sont néanmoins appropriables sous certains aménagements. Comme le souligne R. Libchaber : « Il semble que l'idée d'appropriation concerne les choses incorporelles tout comme les choses corporelles, quoique d'une façon un peu différente[584]. » Dans le même sens, J.L. Putz[585] considère que, sous certaines conditions d'adaptation, les choses incorporelles peuvent être couvertes par le droit de propriété et par la possession[586]. Les choses incorporelles sont en effet soumises à des régimes spéciaux, en particulier celui du droit de la propriété intellectuelle[587] qui régit l'appropriation privative d'un travail d'ordre intellectuel en reprenant les concepts du droit commun (droit de propriété, opposabilité, exclusivité)[588]. Les caractères du droit de propriété (exclusivisme, disposition, absolutisme, perpétuité) sont alors bien applicables aux choses incorporelles, même si quelques adaptations s'avèrent nécessaires[589]. D'abord, les choses incorporelles, et en particulier les savoirs, doivent nécessairement être extériorisés pour être appropriables et appropriés. P. Berlioz explique que la participation active du détenteur ainsi que la fixation sur un support sont primordiales pour qu'il y ait transmission et appropriation[590]. Ensuite, seule l'existence de

---

[582] Zenati-Castaing, F., « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 305 et s.

[583] Libchaber, R., « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016, spé. No. 62.

[584] R. Libchaber souligne une seconde fois cette opinion en déclarant que : « L'appropriation n'étant qu'un rapport étroit entre une personne et une chose, elle peut unir une personne à des choses très diverses, qui n'ont pas besoin d'être corporelles, ni patrimoniales. » Voir Libchaber, R., *ibid*., No. 32 et 61.

[585] Putz, J.L., « L'immatériel et les biens »*, Rapport luxembourgeois*, 2013, spé. p. 8.

[586] J.L. Putz expose que l'art. 2228 du Code civil admet la possession des meubles incorporels ainsi que les art. 567 du Code de commerce et 3.20 de la Convention Benelux reconnaissant un « droit de possession personnel ». Voir Putz, J.L., *ibid*., p. 9.

[587] Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs reconnu que « les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins (…) figurent (…) parmi (…) les domaines nouveaux du droit de propriété. » (Cons. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC).

[588] Selon T. Revet, le droit commun serait suffisant en lui-même pour permettre l'appropriation des ressources incorporelles et leur protection. Voir Revet, T., « L'incorporel en droit des biens », *Revue Lamy Droit civil,* Vol. 11, No. 65, 2009, p. 6 et s.

[589] Selon B. Parance, tous les caractères du droit de propriété doivent être assouplis pour les biens incorporels. Mais ces assouplissements ne sont pas plus importants que ceux déjà admis pour les biens corporels car ils ne dénaturent pas le droit de propriété. Voir Parance, B., *La possession des biens incorporels,* T. 15, Paris, LGDJ*,* 2008, p. 39.

[590] « La transmission suppose, pour s'opérer, une participation active du possesseur de l'idée ou de l'information. Il appartient à ce dernier d'exprimer sa connaissance, pour lui donner une forme qui, en constituant un objet d'apprentissage, lui permette d'être transmise. Sans cela, la chose intellectuelle n'a pas d'existence indépendante de la personne qui la possède, et ne peut

règles juridiques garantit l'exclusivité du propriétaire car les choses incorporelles sont dépourvues de toute emprise matérielle[591]. La réservation juridique des choses incorporelles requiert l'intervention du droit pour délimiter la substance de manière précise (description intellectuelle du bien) ainsi que pour déterminer la maîtrise exclusive. B. Parance parle d' « intellectualisation de la maîtrise » car celle-ci résulte de l'accomplissement d'actes juridiques[592]. P. Berlioz en conclut alors que comme le contenu des prérogatives des droits de propriété intellectuelle est strictement déterminé alors ces droits ne sont pas comparables au droit de propriété pour lequel le propriétaire a une liberté complète sur la chose[593]. Toutefois, cette analyse ne convainc guère puisque les prérogatives du droit de propriété sont également délimitées (*usus, fructus, abusus*) et le titulaire des droits de propriété intellectuelle est potentiellement libre de faire ce qu'il veut de son invention (art. L. 613-24 du CPI) ou de son œuvre de l'esprit, y compris la destruction, comme le prévoit, par exemple, la cour d'appel de Paris le 27 avril 1934[594]. Mais encore, la durée de protection des choses incorporelles ne peut pas être définie selon la disparition matérielle de l'objet de propriété. Le droit va alors établir un équilibre entre la protection des intérêts du détenteur et la satisfaction de l'intérêt général pour déterminer la durée de la protection. T. Revet expose que la dérogation relative au caractère perpétuel ne met pas fin à la relation d'appropriation car elle prive seulement le propriétaire du pouvoir d'interdire l'accès aux utilités économiques de la création[595]. Ainsi, même si le régime présente certaines dérogations au droit commun de la propriété, ce dernier n'est pas atteint dans son essence. D. Gutmann explique d'ailleurs que le droit de propriété est

être saisi par quiconque. Exprimée, elle devient en revanche un objet distinct, détaché de celui qui la porte, et qu'il est possible d'appréhender. » Voir Berlioz, P., *Droit des biens,* Ellipses, 2014, spé. p. 56 et 178.

[591] B. Parance expose que la théorie objective perçoit la possession par rapport à la conscience collective. Est considéré comme possesseur de la chose celui dont chacun pouvait penser qu'il en était le véritable propriétaire parce qu'il jouit de la chose conformément à sa destination propre. Le corpus possessoire est alors caractérisé, non pas uniquement par la réalisation d'actes matériels mais aussi par l'existence d'actes juridiques. Voir Parance, B., *op. cit*., p. 77.

[592] Par exemple, pour l'œuvre de l'esprit, ce sont les actes de divulgation et d'exploitation commerciale. Concernant les inventions, ce sont les actes relatifs au dépôt d'une demande de brevet ou les actes d'exploitation commerciale du brevet. Voir Parance, B., *op. cit*., p. 202 et 208.

[593] « Tous ces droits ont donc un contenu bien précis. Or nous avons défini la propriété comme une liberté du propriétaire sur sa chose, c'est-à-dire un droit au contenu indéterminé. Le pouvoir du propriétaire est à la mesure de la chose. » Voir Berlioz, P., *op. cit*., p. 436. P. Berlioz préfère la correspondance des droits de propriété intellectuelle avec le modèle du droit réel et non du droit de propriété : « Si le modèle des droits réels convient beaucoup mieux aux droits intellectuels que celui de la propriété, c'est parce qu'il permet de réaliser ce qui correspond à l'objectif essentiel de ces droits : paralyser le pouvoir de reproduction des propriétaires des différents exemplaires de la chose intellectuelle. » Voir Berlioz, P., *op. cit*., p. 443. Cependant, P. Berlioz semble confondre le propriétaire (titulaire des droits) et les utilisateurs ou licenciés. Aussi, le modèle de la propriété peut convenir pour empêcher les tiers de reproduire la chose intellectuelle.

[594] La cour d'appel de Paris prévoit que le propriétaire du support n'a pas l'obligation de conserver l'œuvre d'art. Par conséquent, le titulaire des droits de propriété intellectuelle devrait également avoir le droit de détruire son œuvre : « Le droit de propriété comprend comme un de ses attributs naturels le droit de disposer de la chose et de la détruire, (...) le droit accordé à l'artiste de reproduire son œuvre et de la suivre n'implique nullement, en l'absence de convention spéciale, l'obligation pour le propriétaire d'une œuvre d'art, qu'il en soit l'acquéreur ou le donataire, de la conserver ni même de se prêter aux opérations de la reproduction. » Voir CA Paris, 27 avr. 1934, *DH* 1934, p. 385.

[595] Revet, T., « L'incorporel en droit des biens », *Revue Lamy Droit civil,* Vol. 11, No. 65, 2009, spé. p. 9.

adapté aux choses incorporelles car la « fonction unitaire de la propriété se décline en autant de régimes différents qu'il y a de biens de nature dissemblable »[596].

183. Transition. Pour qu'une chose incorporelle soit qualifiée de « bien », il ne suffit pas qu'elle soit appropriable et/ou appropriée car elle doit aussi présenter une valeur.

b) Savoirs et valeur

184. Définition de la valeur. Comme le souligne J. Rochfeld : « Il apparaît que le bien est identifié à toute valeur détectée, quelle qu'en soit la dignité intrinsèque ou la réalité actuelle[597]. » Dans le même sens, selon R. Libchaver : « C'est très précisément la manifestation d'une telle valeur qui conduit la doctrine à considérer de plus en plus comme un bien cette chose incorporelle[598] » et M.L. Mathieu expose que : « La valeur économique des droits et des "choses", critère primordial qui permet de les désigner comme des biens[599]. » Les savoirs doivent ainsi présenter une valeur pour bénéficier de la qualification de « bien ». La valeur d'un bien signifie que celui-ci doit faire paraître une certaine qualité économique (valeur patrimoniale) de sorte qu'il devient un objet de désirs ou de convoitise[600] susceptibles d'être satisfaits. R. Libchaber explique que les biens sont tous les objets possibles des désirs individuels qui peuvent être satisfaits[601]. La valeur d'une chose incorporelle, et particulièrement des savoirs, se mesure alors par rapport à son potentiel scientifique et technique assurant une position stratégique ainsi que par rapport aux intérêts commerciaux et financiers. Cette valeur peut être effective ou potentielle, comme le précise la loi du 30 juillet 2018[602]. En pratique, la valeur patrimoniale des choses incorporelles se démontre essentiellement dans les relations économiques. Effectivement, concernant les savoirs, leur valeur a été démultipliée depuis le mouvement de dématérialisation et la prise de conscience de leur importance sur le marché économique.

---

[596] Gutmann, D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens - Les ressources du langage juridique », *Arch. phil. droit,* Vol. 43, *Le droit et l'immatériel,* Sirey, 1999, pp. 65-78, spé. p. 72.

[597] Rochfeld, J., *Les grandes notions du droit privé,* 2011, PUF, p. 232 s.

[598] Libchaber, R., « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016, spé. No. 60.

[599] Mathieu, M.L., *Les biens*, Sirey, Dalloz, 3ème éd., 2013, spé. p. 29.

[600] Selon l'expression de M.L. Mathieu : « Le législateur ne définit nulle part ce qu'est un bien, ce qui n'étonne guère si l'on admet que les objets de convoitise sont "toujours changeants". » Voir Mathieu, M.L., *op. cit*., p. 8.

[601] Libchaber, R., *ibid*., No. 5.

[602] Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 du 31 juillet 2018.

185. Valeur, utilité et rareté. De plus, pour dévoiler une telle valeur, le bien doit présenter certaines qualités. La valeur entretient un lien étroit avec l'utilité et la rareté[603]. D'abord, la valeur d'une chose incorporelle dépend de sa plus ou moins grande notoriété et accessibilité. Lorsque les savoirs sont secrets et ne sont donnés qu'à certaines personnes précises, alors ils sont davantage valorisés[604]. *A contrario,* les savoirs largement diffusés présentent une valeur moindre car ils sont publics et accessibles à tous. Concernant plus précisément le savoir-faire[605], celui-ci tire sa valeur d'un certain degré de secret. La directive du 8 juin 2016[606] et la loi du 30 juillet 2018[607] prévoient que le savoir-faire doit être secret, présenter une valeur commerciale parce qu'il est secret et faire l'objet de dispositions raisonnables de la part du détenteur destinées à le garder secret. Il suffit néanmoins que le savoir-faire ne soit pas généralement connu et soit non facilement accessible pour être considéré secret de telle sorte qu'un secret absolu n'est pas nécessairement imposé. C. Grimaldi explique alors que les informations, les idées ou les savoir-faire « constituent des biens tant qu'elles ne sont pas rendues publiques[608] ». Ensuite, pour être valorisée, la chose incorporelle doit être utile, c'est-à-dire apte à rendre des services recherchés par les individus[609]. Cette utilité peut être mesurée en termes de gain de temps, d'économies ou de réussite commerciale. C. Grimaldi explique cependant que l'utilité d'une chose est subjective : « Les *utilités de la chose* ne sont *pas perçues comme identiques* par tous : cette perception dépend des *besoins* et des *aptitudes* de chacun[610]. » L'utilité d'une chose dépend donc des personnes considérées mais aussi de l'époque et du contexte social et politique. F. Constantin[611] souligne que la valeur est construite par des représentations sociales différentes car elle est le résultat de processus de socialisation et elle s'inscrit dans des systèmes culturels. Dès lors, la valeur d'un savoir ne doit pas seulement être réduite à son seul aspect économique car elle peut aussi relever de l'ordre esthétique, biologique, religieux, poétique ou utilitaire[612].

---

[603] « On peut donc approcher la notion de bien en constatant qu'elle se situe au carrefour de l'utilité et de la rareté, c'est-à-dire qu'elle est définie par l'idée de *valeur.* » Voir Libchaber, R., *ibid*., No. 11.

[604] « Le seul fait que la connaissance ne soit donnée qu'à certaines personnes, confère une valeur à leurs connaissances et même à leurs secrets, pas seulement de fabrication. » Voir Terré, F., Simler, P., *Les biens*, Dalloz, 10ème éd., 2018, spé. p. 54.

[605] Sur la protection du savoir-faire, voir les développements de la seconde partie de la présente thèse (chapitre II, titre I).

[606] La Directive UE n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

[607] Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 du 31 juillet 2018.

[608] Grimaldi, C., *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019, spé. p. 33.

[609] « Seules les choses utiles, aptes à rendre des services aux personnes, sont des biens. » Voir Grimaldi, C., *op. cit*., p. 27.

[610] Grimaldi, C., *op. cit*., p. 28.

[611] Constantin, F., « L'appropriation comme enjeu de pouvoir », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question,* Natures Sciences Sociétés & Elsevier, Paris, Environnement, 2002.

[612] Or, F. Latrive souligne que la dimension marchande est aujourd'hui primordiale. Concernant les droits de propriété intellectuelle notamment, l'objectif était originellement de protéger et de récompenser temporairement les détenteurs pour la création qu'ils apportent à la société. Cet objectif est aujourd'hui remplacé par celui de protection du marché. Par conséquent, le bien immatériel est davantage considéré comme une marchandise. Voir Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture*

186. Transition. Outre l'appropriabilité et la valeur, les savoirs doivent également être insérés dans le commerce juridique.

c) Savoirs et commercialité

187. Définition de la commercialité. La commercialité des choses incorporelles amène à insister sur leur caractère dynamique. Pour être qualifiés de « bien », les savoirs doivent être immergés dans les relations juridiques et/ou économiques. Il ne suffit donc pas qu'ils satisfassent des besoins individuels car ils doivent également circuler entre les individus[613]. R. Libchaber explique d'ailleurs que c'est lorsque les choses incorporelles circulent dans les relations commerciales qu'elles deviennent l'objet des désirs car celles-ci deviennent cessibles et conséquemment pourront satisfaire les désirs individuels[614].

188. Le rejet des choses hors-commerce de la qualification de « bien ». Les choses incorporelles qui sont hors-commerce ne pourront pas prétendre à la qualification de « bien ». Ces choses hors commerce peuvent être qualifiées de « choses communes » ou de *res communes* parce qu'elles sont utiles à tous, n'appartiennent à personne[615] et ne peuvent pas faire l'objet de conventions. Cette catégorie existe depuis l'époque romaine qui qualifiait de *res divini juris* les choses soustraites à l'*imperium* des hommes pour être soumises au droit des dieux. Désormais, l'aspect religieux a été remplacé par l'importance et la protection de la personne humaine. Sont hors-commerce le corps humain mais aussi les droits portant sur la personne (droits de la personnalité) voire potentiellement les droits marqués d'*intuitu personae*[616]. R. Libchaber explique que ces droits sont exclus des transactions car ils sont l'accessoire de la personne[617].

---

libre, science ouverte, U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 44.

[613] « Les biens sont certes des objets de désirs ; mais s'ils nous intéressent, c'est en tant qu'ils sont immergés dans les relations juridiques et non en ce qu'ils permettent de satisfaire des besoins individuels. » Voir Libchaber, R., « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016, spé. No. 12.

[614] « L'insertion des choses dans les relations commerciales est nécessaire à leur acceptation comme bien, pour la double raison que le commerce est un des moyens de satisfaire le désir juridique que l'on peut avoir d'un bien, et qu'inversement la possibilité de céder participe des utilités attendues d'une chose. » et « Celle-ci [la circulation] participe d'ailleurs de la satisfaction des désirs : en permettant bien sûr d'acquérir ce que l'on recherche, mais au-delà encore puisque la cessibilité est l'une des utilités de la chose, l'un des moyens par lequel elle peut rendre service à celui qui se l'est appropriée. » Voir Libchaber, R., « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016, spé. No. 14 et 91.

[615] Cependant, R. Libchaber souligne que les choses communes peuvent être appropriées par fragments. Voir Libchaber, R., *ibid*., No. 110.

[616] Cependant, R. Libchaber explique que dans ce cas, l'extracommercialité semble être d'origine privée puisque conventionnelle. Voir Libchaber, R., *ibid*., No. 108.

[617] Libchaber, R., *ibid*., No. 108.

C. Grimaldi ajoute que les choses communes devraient inclure les choses produites par l'homme telles que les informations mises à la disposition du public, les idées et les droits de propriété intellectuelle lorsque leur délai de protection a expiré[618]. Ces derniers ne sont pas qualifiés de « biens » puisqu'ils sont devenus publics et ne remplissent alors pas la condition de rareté nécessaire à révéler la valeur d'une chose incorporelle. En revanche, lorsqu'ils sont tenus secrets, même de manière relative, alors ils répondent à la qualification de « bien ». Mais encore, selon R. Libchaber, les biens culturels seraient susceptibles d'accroître le régime de l'extracommercialité[619]. Les savoirs présentant un aspect culturel, il convient de se demander s'ils devraient tous être qualifiés de « chose commune[620] ». Les choses hors commerce ne sont toutefois pas nécessairement des choses communes. Elles peuvent être appropriées par un individu qui doit respecter le caractère extra-commercial de la chose[621]. Dans ce cas, la chose est plutôt un élément du « patrimoine commun[622] », c'est-à-dire qu'elle appartient à un individu mais aussi à l'Humanité ou à la Nation de telle sorte qu'elle ne peut faire l'objet d'actes juridiques et doit respecter sa destination première. D'ailleurs, pour R. Libchaber, les choses hors commerce peuvent être qualifiées de « bien » à la condition qu'elles soient appropriées[623]. La cessibilité et la commercialité ne semblent donc pas être les critères primordiaux de qualification des biens[624]. Certains droits extrapatrimoniaux, en principe incessibles et hors-commerce, peuvent faire l'objet de concessions à titre onéreux (par exemple, le droit de reproduire la voix, le droit d'utiliser le nom ou d'exploiter l'image)[625]. Dès lors, si les droits extrapatrimoniaux peuvent parfois être concédés et entrer dans le commerce juridique, il serait illogique d'imposer le critère de commercialité pour répondre à la qualification de « bien ».

---

[618] Grimaldi, C., *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019, spé. p. 34.

[619] Libchaber, R., *ibid*., No. 110.

[620] Nous verrons dans la seconde partie de la thèse si les connaissances théoriques pourraient prétendre à la qualification de « chose commune » (paragraphe I, section I, chapitre I, titre I).

[621] Comme le souligne M. Cornu, reprenant Saleilles : « On peut être propriétaire et avoir les mains liées. » Voir Cornu, M., « Inappropriabilité (approche juridique) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 646.

[622] Nous verrons dans la seconde partie de la thèse que les connaissances théoriques seront plus à même d'être qualifiées de « patrimoine commun » (paragraphe II, section I, chapitre I, titre I).

[623] « Les choses placées en dehors du commerce juridique doivent-elles être considérées comme des biens ? Pour ceux qui voient l'appropriation au fondement de la notion de bien, une réponse positive devrait s'imposer puisque aussi bien la plupart de ces choses peuvent être appropriées. Mais objets d'un droit de propriété, ces choses sont placées dans une situation spéciale en ce qu'elles ne doivent pas pour autant être objets de conventions. » Voir Libchaber, R., *ibid*., No. 111.

[624] *A contrario*, M.L. Mathieu considère que : « Chacun de ces biens, sauf restriction légale ou conventionnelle, peut faire l'objet d'une cession isolée (…) parce que les éléments du patrimoine sont des "choses dans le commerce". » Voir Mathieu, M.L., *Les biens*, Sirey, Dalloz, 3ème éd., 2013, spé. p. 28. Toutefois, M.L. Mathieu expose que les biens *peuvent* faire l'objet d'une cession et non *doivent* faire l'objet d'une cession, ce qui rejoint notre analyse selon laquelle la cessibilité n'est pas le critère fondamental de qualification du « bien ».

[625] M. Cornu souligne la distinction entre extracommercialité et inaliénabilité : « Toutes les choses hors-commerce ne sont pas nécessairement inaliénables. (…) tout contrat n'est pas pour autant prohibé (par exemple, les dons d'organe sont autorisés) ». Voir Cornu, M., *op. cit*., p. 646.

189. Le rejet des critères d'aliénabilité et de saisissabilité. Mais encore, selon P. Berlioz, pour être qualifiée de « bien », la chose incorporelle doit être saisissable[626]. Ce critère signifie que les tiers ont le droit de saisir la chose en exécution des obligations du propriétaire. Les dettes seraient exécutées sur les biens car ils sont dans le patrimoine du propriétaire. Or, les savoirs seraient insaisissables car ils ne se distinguent pas suffisamment de la personne pour répondre des dettes. Cette analyse demeure toutefois minoritaire, comme le souligne C. Grimaldi[627]. Aussi, selon P. Berlioz, les savoirs ne seraient pas des biens car ils sont inaliénables (simple transmission requérant la participation de la personne qui en a la maîtrise)[628]. Il convient cependant de souligner que certains savoirs, et particulièrement les connaissances théoriques, sont potentiellement aliénables car ils peuvent aisément se distinguer de leur détenteur initial pour aboutir à un résultat objectif[629]. Il doit aussi être avancé que l'aliénabilité et la saisissabilité ne sont pas des critères de qualification du bien. Ces notions ne doivent pas être confondues avec la cessibilité d'un bien : l'inaliénabilité garantit seulement la conservation du droit de propriété sur la chose sans empêcher de faire rentrer celle-ci dans le circuit juridique[630] alors que l'incessibilité empêche à la fois la transmission définitive du droit et son entrée dans le commerce juridique[631]. Ainsi, le caractère d'inaliénabilité d'une chose n'est pas toujours un obstacle à la qualification de « bien » car un savoir peut être inaliénable tout en pouvant faire l'objet d'actes juridiques. Le critère de cessibilité ne semble pas non plus être primordial pour qu'une chose soit qualifiée de « bien » dès lors qu'elle peut faire l'objet d'une appropriation. Comme le souligne F. Zenati : « Ce qui compte pour qu'une chose soit un bien et donc un objet de propriété..., ce n'est pas qu'elle soit saisissable et aliénable, mais simplement que l'on envisage l'utilité de l'appréhender exclusivement afin de pouvoir en disposer[632]. »

---

[626] « La chose constitue la catégorie la plus vaste, celle des objets potentiels de propriété. Appropriée, la chose devient une propriété. Elle peut enfin être qualifiée de bien, lorsqu'elle est non seulement appropriée, mais aussi saisissable. » Voir Berlioz, P., *Droit des biens*, Ellipses, 2014, spé. p. 25.

[627] Grimaldi, C., *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019, spé. p. 36.

[628] Berlioz, P., *op. cit*., p. 28.

[629] Cependant, la saisissabilité des connaissances théoriques apparaît difficile en raison du caractère personnel de cette obligation. Seule une condamnation à des dommages et intérêts serait concevable en cas de refus d'exécution de la part de celui qui s'est engagé à communiquer la connaissance théorique. En effet, une telle obligation rappelle le droit moral du droit d'auteur, et plus précisément le droit de divulgation. Il est, en pratique, impossible d'obliger l'auteur à divulguer son œuvre de l'esprit s'il ne le souhaite pas.

[630] L'aliénation est définie comme la « transmission volontaire d'un bien, procédant d'une volonté contractuelle ou extracontractuelle, par laquelle l'aliénateur renonce à son droit de propriété au profit de l'acquéreur, qui peut ainsi devenir propriétaire de la chose. » Voir Ginchard, S., Debard, T., (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 18ème éd., 2011, p. 46.

[631] La cession est définie comme la « transmission d'un droit entre vifs ». Voir Ginchard, S., Debard, T., (dir.), *op. cit.*, p. 130.

[632] Zenati-Castaing, F., *La nature juridique de la propriété ; contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de doctorat en droit, Lyon III, 1981, n° 571.

190. La question de l'opportunité de la qualification d' « actif » à l'égard des savoirs. P. Berlioz préfère toutefois la qualification d' « actif » plutôt que de « bien » à l'égard des savoirs[633]. Il est vrai que les savoirs répondent à la définition de l'actif en tant qu'un « élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs[634]. » Les savoirs présentent effectivement une valeur générant une ressource et potentiellement des avantages économiques futurs. Aussi, P. Berlioz explique que pour répondre à la qualification d'un « actif », la valeur ne doit pas nécessairement être aliénable car un simple transfert suffit[635]. Or, le savoir-faire est généralement transféré sans dessaisissement du détenteur initial. Le savoir doit *a minima* être séparable du détenteur initial pour qu'un tiers puisse en profiter. Cette analyse manque toutefois d'intérêt puisque la Cour européenne des droits de l'homme a étendu la notion de bien à celle d'actif en déclarant que : « Il résulte de la jurisprudence de la Cour que la notion de "bien", qui a une portée autonome, ne se limite pas à la propriété des biens corporels mais englobe certains autres droits et intérêts constituant des actifs[636]. » Dès lors, même si les savoirs ne seraient qu'un actif, ils pourraient prétendre également à la qualification de « bien ».

191. Transition. Bien que les savoirs puissent être qualifiés de « bien », il apparaît nécessaire de s'interroger sur la légitimité d'une telle appropriation.

B) <u>L'appropriation des savoirs, une possibilité légitime ?</u>

192. Plan. Puisque la doctrine a déjà étudié la possibilité d'un régime d'appropriation de l'information et que le droit positif ne s'oppose pas à la propriété des choses incorporelles, il est alors envisageable de qualifier les savoirs de « biens » immatériels appropriables. Cependant, même si une telle appropriation est possible, elle n'apparaît pas toujours légitime,

---

[633] « Les connaissances techniques qui constituent le savoir-faire sont généralement considérées comme des éléments d'actif pour l'entreprise ou pour la personne qui les détient, parce qu'elles constituent à l'évidence une source de richesse pour elles, tant par son exploitation que par sa transmission. Celle-ci réalise en effet un transfert de valeur qui peut par conséquent donner lieu au paiement d'une contrepartie monétaire. » Voir Berlioz, P., *Droit des biens,* Ellipses, 2014, spé. p. 28.

[634] P. Berlioz reprend la définition de l'actif du Conseil national de la comptabilité. Voir avis n° 2004-15 du 23 juin 2004 relatif à la définition, la comptabilisation et l'évaluation des actifs et dans le plan comptable général. Cité par Berlioz, P., *op. cit*., p. 25.

[635] Berlioz, P., *op. cit*., p. 25.

[636] Voir notamment. CEDH., *Gasus Dosier c. Pays-Bas*, 23 février 1995, No. 15375/89 ; CEDH, *Iatridis c. Grèce*, 25 mars 1999, No. 31107/96, §54 ; CEDH, *Dogan c. Turquie*, 29 juin 2004, *JCP*, 2004, p. 1582 ; CEDH, *Anheuser-Bucsh Inc c. Portugal*, 11 janvier 2007, No. 73049/01, §50-51 et §63 ; CEDH, *Galatsanou c. Grèce*, 17 février 2009, No. 33471/06, p. 6.

nécessaire et appropriée (1), ce qui rend la qualification des savoirs difficilement déterminable entre les deux notions traditionnellement établies – bien public et bien privé (2).

1) Le rejet de l'appropriation individuelle des choses incorporelles

193. L'appropriation des choses incorporelles en tant qu'exception. Même si l'appropriation des savoirs est envisageable et revendiquée par certains auteurs, une autre partie de la doctrine s'oppose à ce rapport d'exclusivité. Selon J.M. Mousseron : « Il est pourtant traditionnellement enseigné qu'en fait de propriétés incorporelles, l'appropriation constituerait une situation exceptionnelle, leur condition de principe devant être l'absence de couverture par un droit privatif[637] » Cette idée s'explique par le fait que pour qu'un bien immatériel soit valorisé, il doit être utile, rare et faire l'objet d'une commercialisation. La valeur des biens immatériels, et notamment des savoirs, ne se justifie donc pas uniquement par la seule réservation mais aussi par sa commercialisation soumettant l'idée d'un nécessaire partage. J.M. Mousseron souligne ainsi que la constitution de droits réels ou de droits privatifs n'est pas la seule forme de l'intervention juridique et que la reconnaissance d'une valeur comme bien n'implique pas son « appropriabilité »[638]. Ainsi, le recours à l'appropriation serait un régime d'exception, selon J.M. Mousseron[639]. Certaines ressources incorporelles sont d'ailleurs expressément exclues de tout régime d'appropriation. Tous les savoirs ne sont effectivement pas appropriables ou protégeables juridiquement par le régime de prédilection des créations intellectuelles, les droits de propriété intellectuelle, car ils sont assimilables à des découvertes[640], des théories scientifiques ou des méthodes mathématiques qui se trouvent en dehors de son champ d'application[641].

194. Le manque de légitimité des critères déterminant l'appropriabilité des choses incorporelles. Dans le même sens, L. Walras explique qu'il faut notamment justifier l'appropriation de la « richesse intellectuelle » par les qualités de cette dernière[642]. Toute chose

---

[637] Mousseron J.M., « Valeurs, biens, droits », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida,* Dalloz, 1991, p. 277.

[638] Mousseron, J.M., *ibid*.

[639] Mousseron, J.M., *ibid*.

[640] C. Caron explique que les découvertes ne sont pas des créations car « un archéologue ne crée pas même si son activité implique un solide savoir-faire, de nombreuses connaissances et un immense effort. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 58.

[641] Art. L. 611-10, 2° du CPI.

[642] Walras, L., « De la propriété intellectuelle. Position de la question économique », *Journal des économistes,* Vol. 24, No. 12, [1859] 2001, pp. 392-407, *in L'économie politique et la justice*, Vol. V, pp. 513-529. Sur l'évolution de la pensée de L. Walras

serait valable et appropriable uniquement si elle présente des qualités d'utilité et de rareté. Le droit de propriété serait l'instrument de gestion des ressources rares[643]. Au contraire, toute chose utile mais illimitée n'est ni valable ni appropriable. Dès lors, en suivant le raisonnement de L. Walras, les savoirs ne sont ni valables ni appropriables puisqu'ils sont illimités. Ces derniers devraient alors être en dehors de toute propriété. Or, les savoirs, bien qu'ils soient illimités, naturellement abondants[644], sont devenus des objets immatériels fortement valorisés en créant une rareté artificielle[645]. P. David et D. Foray en concluent d'ailleurs à un « gaspillage »[646] car les savoirs sont en eux-mêmes sources de nouveaux savoirs. L'appropriation individuelle entraînerait en effet une limitation du progrès dans le domaine de la connaissance[647].

195. Une volonté de dépasser le droit de propriété. Aussi, la détention d'un réel droit de propriété avait été discutée, notamment par A.C. Renouard[648]. Selon cet auteur, une théorie présente les détenteurs, non pas comme des propriétaires, mais comme des travailleurs. L'exploitation exclusive qu'ils exercent sur le « bien immatériel » n'est alors qu'une concession du droit civil et un contrat tacite[649]. Les détenteurs seraient en détention d'un « privilège » plutôt que d'un véritable droit de propriété. Plus récemment, D. Gutmann déclare qu'il faut renoncer à encadrer les valeurs immatérielles par l'*a priori* du bien et de la propriété[650]. Il parle d'un « effet pervers d'un forçage systématique du système de droit des biens »[651] et du risque de transposer des concepts fondamentaux à « des objets auxquels ils ne conviennent nullement à la seule fin de survivre dans une unité purement verbale[652]. » Un droit de propriété ne serait

par rapport à la distinction entre richesse sociale et richesse intellectuelle, voir Lallement, J., « La propriété intellectuelle selon Walras : entre monautopole et majorat littéraire », *Œconomia*, Vol. 1-3, 2011, pp. 393-435.

643 Cependant, N. Mallet Poujol ajoute que la non-appropriation ne signifie pas la non-protection. Ainsi, les informations, mais aussi les savoirs, sont susceptibles d'être protégés par le secret et par les mécanismes de responsabilité civile (action en concurrence déloyale, concurrence parasitaire). Néanmoins, ce raisonnement est critiquable car en protégeant les savoirs par des mesures excluant autrui, les savoirs sont alors indirectement appropriés.

644 Selon F. Zenati : « Leur abondance est telle que les personnes ne recherchent pas leur appropriation ». Voir Zenati, F., *Les biens*, PUF, coll. Droit fondamental, 1988, n° 12, cité par Mallet-Poujol, N., *ibid*., p. 331.

645 D'ailleurs, L. Walras tempère son propos lorsqu'il explique que cette richesse intellectuelle est apte à subir une sorte de propriété commune à la mort du détenteur ou lorsqu'il propose que l'Etat pourrait racheter les œuvres par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique. Voir Walras, L., *ibid*. ; David, P., Foray, D., « Une introduction à l'économie et à la société du savoir », *Revue internationale des sciences sociales,* Vol. 1, No. 171, 2002, pp. 13-28, spé. p. 23.

646 David, P., Foray, D., *ibid*., p. 23.

647 P. David et D. Foray ajoutent que « ce qui est interdit d'accès n'est pas seulement un bien de consommation mais un facteur de production. ». Voir David, P., Foray, D., *ibid*., p. 24.

648 Renouard, A.C., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence,* T. 5, 1837, pp. 241-274, spé. p. 242.

649 Renouard, A.C, *ibid*., p. 242.

650 Gutmann, D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens - Les ressources du langage juridique », *Arch. phil. droit,* Vol. 43, *Le droit et l'immatériel,* Sirey, 1999, pp. 65-78.

651 Gutmann, D., *ibid*., p. 65.

652 Gutmann, D., *ibid*., p. 68.

alors pas justifié et ce n'est pas parce que les savoirs ont de la valeur qu'ils doivent nécessairement être des biens appropriables individuellement. Dans le même sens, N. Mallet-Poujol[653] présente l'appropriation de l'information comme « inacceptable ». L'appropriation de l'information, mais aussi des savoirs, serait uniquement justifiée par le besoin de protection de l'investissement. Or, N. Mallet-Poujol énonce que ces éléments immatériels seraient des choses communes (*res communis*) qui, par leur nature, échappent à toute appropriation individuelle[654].

196. La nature ubiquitaire des choses incorporelles justifiant l'inappropriabilité. De surcroît, l'appropriation des savoirs n'est pas justifiée en raison de leur nature ubiquitaire. Les savoirs sont inépuisables car l'accès et l'utilisation d'un savoir par un individu n'empêchent pas le même accès et la même utilisation pour un autre individu. Aussi, la valeur d'un savoir ne dépérit pas par l'exploitation des autres, bien au contraire. A.C. Renouard énonce que : « la propagation de la pensée (…) la fortifie » et que « propager, améliorer, compléter sa diffusion, c'est pour l'humanité le premier de tous les progrès »[655]. Ainsi, en s'appropriant privativement un savoir, le risque est d'appauvrir l'humanité car cette appropriation ne serait pas nécessaire et donc illégitime[656]. A.C. Renouard en conclut que les productions de l'intelligence sont des choses inappropriables et qu'il n'est pas justifié de s'approprier une chose inappropriable[657]. Ainsi, B. Parance énonce que, en raison de la nature ubiquitaire des choses incorporelles, seul l'usage économique de la chose incorporelle est réservé au titulaire mais l'usage intellectuel doit être ouvert à tous[658]. A.C. Renouard énonce par ailleurs que seule la matière sur laquelle la pensée est imprimée est un objet de propriété en raison de sa matérialité[659].

197. Les obstacles à la création d'un monopole sur certains savoirs. De même, F. Passy[660], homme politique du XIXème siècle, bien qu'il se montre en faveur de la propriété des choses incorporelles, présente déjà les prémices d'une critique de l'appropriation des savoirs et

[653] Mallet-Poujol, N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

[654] Pour définir les choses communes, l'art. 714 du Code civil dispose que : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. »

[655] Renouard, A.C., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence,* T. 5, 1837, pp. 241-274, p. 252.

[656] Renouard, A.C., *ibid*., p. 251.

[657] Renouard, A.C., *ibid*., p. 252.

[658] Parance, B., *La possession des biens incorporels,* T. 15, Paris, LGDJ, 2008, p. 92.

[659] Cependant, A.C. Renouard insiste sur la distinction entre être propriétaire du corps matériel et être propriétaire du droit de reproduction. Le droit de copie serait inappropriable car il aurait pour conséquence de créer des objets appropriables, et notamment les savoirs. Voir Renouard, A.C., *ibid*., p. 254 et s.

[660] Passy, F., « Question de la propriété des inventions », *Journal des Economistes,* 1855, pp. 262-268.

notamment de l'approche économique de M. Jobard[661]. Le « monautopole[662] » proposé par M. Jobard, défini comme une propriété exclusive et perpétuelle de tout fruit de son travail y compris les idées ou les savoirs, rendrait à la fois possible l'appropriation de la création personnelle mais également l'appropriation de la création impersonnelle[663]. Ce « monautopole » a pour conséquence d'étendre la propriété en dehors de ses limites naturelles. Or, il existerait un « fonds commun », dans lequel nous retrouvons les connaissances générales et les agents naturels, qui ne sont en aucun cas appropriables et doivent pouvoir être employés par d'autres individus pour d'autres objets. Selon F. Passy : « Ce qui vient de l'individu est la part de l'individu ; ce qui vient de la société reste à la société, et ce qui vient de la nature à la nature. »[664]. Toute forme de monopole est contestée par F. Passy car elle consiste à s'approprier le pouvoir d'appliquer, notamment à une connaissance générale, une destination déterminée, empêchant les autres d'utiliser cette même connaissance générale pour d'autres destinations. En conséquence, les monopoles ne devraient pas être accueillis car ils n'assurent pas à chacun la possibilité de créer, d'innover et d'établir une juste rétribution pour chaque création personnelle.

198. L'effet pervers de l'appropriation des savoirs. Enfin, l'appropriation privée de l'immatériel renforce les rapports de force, les relations de pouvoir et les inégalités. Selon F. Constantin[665], le droit de propriété est le résultat de relations de pouvoir entre individus et entre groupes sociaux qui ont des titres juridiques différents ainsi que des moyens matériels et symboliques inégaux. Par conséquent, le modèle étatique des pays européens occidentaux s'est généralisé et a imposé les principes de la culture juridique des puissances dominantes. Le risque souligné par F. Constantin est alors de privatiser la science ouverte et d'altérer irrémédiablement les modes de coopération et de partage des savoirs.

199. Transition. L'appropriation des choses incorporelles, et en particulier des savoirs, n'apparaît pas judicieuse au regard de l'intérêt général, de l'innovation, ou encore du progrès

---

[661] Jobard, M., *Nouvelle économie sociale, ou monautopole industriel, artistique, commercial et littéraire, fondé sur la pérennité des brevets d'invention, dessins, modèles et marques de fabrique*. Paris, Mathias, 1844.

[662] M. Jobard distingue le « monautopole » du « monopole ». Alors que le monopole est « la concession, faite à un seul, d'un trafic appartenant à tous… injuste privilège émané du bon plaisir. », le « monautopole » serait le « droit naturel de disposer seul, de soi et de ses œuvres, juste récompense du travail, du talent et de l'esprit de suite. » Voir Jobard, M., *op. cit*., p. 5.

[663] La création impersonnelle inclurait ce qui provient de la société ainsi que de la nature.

[664] Passy, F., *ibid*., p. 263.

[665] Constantin, F., « L'appropriation comme enjeu de pouvoir », *in* Vivien, FD., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question,* Natures Sciences Sociétés & Elsevier, Paris, Environnement, 2002.

des connaissances en général. Dès lors, des difficultés se présentent lorsqu'il s'agit de déterminer la qualification des savoirs entre bien public et bien privé.

2) Les difficultés relatives à la détermination de la qualification des savoirs

200. La dépendance de la qualification du bien aux considérations économiques. Bien que les savoirs soient par nature des « biens publics »[666], d'autres facteurs vont déterminer leur qualification en « biens privés » ou en « biens de clubs » dans le but de les privatiser. La nature d'un bien, et donc l'ubiquité des savoirs, n'est en effet pas si déterminante dans le choix de la qualification. M.A. Chardeaux souligne que la « conception naturalisante » est à relativiser car « le caractère indéfiniment reproductible ne constitue nullement un obstacle à l'instauration d'un rapport d'exclusivité[667] ». Aussi, le choix par une société donnée de qualifier un bien de « bien public » dépend des valeurs collectives et évoluent dans le temps et dans l'espace. O. Weinstein expose que la qualification d'un bien comme « bien collectif » ou comme « bien public » dépend essentiellement du système institutionnel, juridique et réglementaire qui l'encadre, et du choix de son mode d'organisation, de production et d'utilisation. Un bien serait construit comme bien public non pas tant du fait de ses caractéristiques intrinsèques que des valeurs portées par la société qui juge qu'il doit être mis à la disposition de tous, en dehors du marché[668]. Par conséquent, même si la nature du bien semble originellement le diriger vers la qualification de « bien public », d'autres facteurs vont déterminer sa qualification en « bien privé » ou en « bien de club ». Ces facteurs sont principalement d'ordre économique, c'est-à-dire que lorsqu'un bien présente une certaine valeur, il importe peu que sa nature soit non-rivale et non-exclusive car diverses formes de contrôle des conditions d'accès ou d'utilisation peuvent être mises en place *via* des dispositifs légaux et/ou techniques. O. Weinstein souligne par ailleurs que : « les biens pour lesquels l'exclusion est véritablement impossible (ou très coûteuse), que l'on peut qualifier de biens publics purs, au sens strict du terme, sont aujourd'hui sans doute très peu nombreux[669]. » C'est ainsi que les droits de propriété intellectuelle (droit des brevets, droit d'auteur) soutenus par les nouvelles technologies (mesures techniques de

[666] Il sera étudié dans la section suivante (paragraphe I, A) que, parmi les caractères communs des connaissances théoriques et des connaissances pratiques, celles-ci se rapprochent de la qualification de « biens publics » ou de « biens collectifs » des économistes en ce que le partage de ces dernières produit des externalités positives.

[667] Chardeaux, M.A., « Idée », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 640.

[668] Weinstein, O., « Bien public », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 91.

[669] Weinstein, O., *op. cit.*

protection, méthodes de cryptage par exemple) ont entraîné un changement dans la qualification des savoirs qui sont passés de « biens publics purs » ou de « biens collectifs » à des « biens privés »[670]. Par exemple, la recherche génomique s'est progressivement formée un secteur et un marché privé par la création de sociétés de recherche directement associées aux marchés financiers[671]. L'éducation est également de plus en plus privatisée et marchandisée avec l'implication croissante d'acteurs commerciaux[672]. Par conséquent, pour des raisons essentiellement économiques, c'est-à-dire dans le but de créer un marché, le droit va créer artificiellement une rareté[673] des savoirs. Les droits de propriété intellectuelle vont en effet être en grande partie guidés par une logique économique pour « introduire artificiellement la rareté des ressources intellectuelles simplement pour actionner la concurrence entre certaines ressources qui, sinon, ne seraient ni rivales, ni exclusives[674] ».

201. Les autres considérations à prendre en compte pour qualifier un bien. La détermination de la qualification des biens ne devrait pas être justifiée par des raisons uniquement économiques. Ce devrait être un « choix du droit[675] » sur le fondement de considérations aussi bien sociales qu'éthiques, philosophiques, cosmogoniques ou historiques voire d'efficacité. La mise à disposition et le partage des connaissances ne doivent ainsi pas être un leurre car il est prouvé que les processus de coopération génèrent des externalités positives en ce qu'ils activent la création de connaissances nouvelles. L. Shaver souligne en effet que les rapports de coopération et de partage sont primordiaux en terme d'efficacité : « La créativité collaborative et le partage du savoir ne sont pas seulement les approches les plus

[670] L. Shaver souligne cette modification, issue du régime des droits de propriété intellectuelle, dans la qualification d'un bien qui passe du public au privé. Voir Shaver, L., « The Right to Science and Culture », [En ligne], *Wisconsin Law Review,* No. 1, 2010, pp. 121-184, spé. p. 158. [Consulté le 31 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=1354788

[671] Cassier, M., « Bien privé, bien collectif et bien public à l'âge de la génomique », *Revue internationale des sciences sociales*, No. 171, 2002, pp. 95-110. L'auteur souligne que : « Cette intégration nouvelle de la recherche et des marchés débouche sur le brevetage massif des séquences génétiques, l'extension de bases de données protégées par le secret commercial, l'établissement de contrats d'accès exclusif aux données génétiques et médicales de certaines populations, la multiplication d'accords de recherche ou de transfert de matériels qui définissent des droits d'usage réservé. »

[672] « L'engagement croissant des acteurs non étatiques dans l'éducation prend de nombreuses formes telles que la gestion privée d'écoles publiques (écoles sous contrat), les contributions du secteur privé tout au long du processus éducatif, les bourses et "chèques éducation", ou le développement d'une offre éducative par des prestataires privés. » Voir Daviet, B., « Repenser le principe d'éducation comme bien public », *Recherche et prospective en éducation : réflexions thématiques*, Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture, Vol. 17, juillet 2017, spé. p. 7.

[673] Voir Ventelou, B., Weinstein, O., « Rareté », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 1035.

[674] Wielsch, D., « Partage des connaissances (*Knowledge sharing*) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 880.

[675] Pour reprendre l'expression de M.A. Chardeaux. Voir Chardeaux, M.A., « Idée », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 640.

équitables mais aussi les plus efficaces[676] ». Aussi, J. Mokyr expose le lien étroit existant entre partage des savoirs, croissance économique et bien-être social : « l'augmentation dans la production et la diffusion du savoir humain est le facteur le plus fondamental stimulant la croissance économique en général et l'amélioration du bien-être social en particulier[677]. » Dès lors, la création, structuration et diffusion des savoirs ne devraient pas être cantonnées à des activités solitaires.

[676] [Notre traduction] « Collaborative creativity and knowledge sharing are not only the most equitable approaches but also the most efficient. » Voir Shaver, L., « The Right to Science and Culture », [En ligne], *Wisconsin Law Review,* No. 1, 2010, pp. 121-184, spé. p. 157. [Consulté le 31 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=1354788

[677] [Notre traduction] « Improvement in the production and diffusion of human knowledge is the most fundamental factor driving economic growth generally and key advances in social welfare particularly. » Voir Mokyr, J., *The Gifts of Athena : Historical Origins of the Knowledge Economy*, Princeton University Press, 2004, cité par Shaver, L., *ibid*., p. 157.

CONCLUSION DE LA SECTION I

202. Les composantes des savoirs. Les savoirs doivent se différencier des idées et des informations. En premier lieu, les idées sont antérieures aux savoirs et sont quelque chose d'encore embryonnaire relevant de l'intelligible mais aussi du sensible. Elles ont pour mission de nourrir les savoirs, de constituer leur matière première sans se confondre avec eux. En second lieu, les informations relèvent davantage de l'action car elles ont vocation à être communiquées à un destinataire. Elles sont des données brutes, générales, ponctuelles, facilement transmissibles et appropriables. Informations et savoirs entretiennent néanmoins des liens étroits. En effet, les informations dépendent des savoirs car elles nécessitent des savoirs particuliers pour être utilisées de manière efficace. Mais encore, les savoirs ont besoin des informations car ils constituent un ensemble organisé d'informations.

203. Le rejet de la notion de « créateur » au profit de celle de « détenteur ». Puisque le droit privilégie une conception individuelle de la création, il convient de s'interroger sur la possibilité de déterminer un créateur des savoirs. En droit de la propriété intellectuelle, la notion d' « inventeur » ou d' « auteur » est préférée à celle de « créateur ». Il semble cependant nécessaire de distinguer le créateur et le titulaire des droits de propriété intellectuelle car ces deux notions peuvent correspondre à deux individus différents. Le « créateur », dans sa conception individuelle et romantique, est par ailleurs de plus en plus remis en cause en raison de la préférence pour une dimension collective de la création. En effet, une « communauté de savoirs » est privilégiée dans divers domaines pour produire et échanger des connaissances nouvelles. La notion de « détenteur » semble alors plus pertinente car elle s'adapte plus facilement à la dimension collective des savoirs.

204. La potentielle qualification des savoirs en tant que « bien ». Le législateur, mais aussi les juges français et européens, ont accueilli la qualification de « bien » à l'égard des choses incorporelles. La doctrine souligne cependant la nécessité de transformer la *summa divisio* entre les biens meubles et les biens immeubles pour accueillir une nouvelle distinction entre les choses corporelles et les choses incorporelles. Aussi, il conviendrait de repenser la notion de « bien » sous le prisme de la notion de « valeur » pour la dégager des facteurs matériels. Concernant les savoirs, ils répondent aux critères actuels de qualification des biens. Ils sont en effet appropriés et appropriables en ce qu'ils peuvent faire l'objet d'une relation exclusive. Ils présentent aussi indéniablement une valeur et peuvent répondre aux qualités

d'utilité et de rareté lorsqu'ils sont tenus secrets. Mais encore, les savoirs sont susceptibles d'entrer dans le commerce. Ce dernier critère, tout comme celui de la saisissabilité et de la cessibilité, ne semble toutefois pas être indispensable dès lors que la chose est appropriée. Ainsi, les savoirs pourraient être qualifiés de « bien[678] » intellectuel[679]. P. Catala énonce d'ailleurs que l'information est un bien[680].

205. Tempérament à la qualification de « bien » des savoirs. Une réservation juridique de tous les savoirs ne semblerait toutefois pas toujours légitime, nécessaire et bienvenue. La nature ubiquitaire des savoirs favorise en effet l'accès et l'utilisation par tous sans devoir exclure des tiers. Le partage relèverait de l'essence des savoirs car ils gagnent de la valeur par leur transmission. Toute rareté artificielle des savoirs est alors injustifiée car elle freine l'innovation et le progrès des connaissances en général. Par conséquent, il devrait être distingué *a minima* l'usage économique de la chose incorporelle (réservable exclusivement) et l'usage intellectuel (ouvert à tous). De plus, des difficultés apparaissent pour déterminer la qualification des savoirs entre bien public et bien privé. Même si la nature ubiquitaire des savoirs devrait favoriser la qualification de « bien public », d'autres facteurs, d'ordre économique essentiellement, vont privilégier leur qualification en « bien privé » ou en « bien de club ». Or, cette tendance à qualifier les biens selon leur valeur économique devrait être abandonnée car ce doit être le droit qui ait pour mission de qualifier les savoirs sur le fondement de considérations diverses.

206. Transition. Même s'il relève de l'essence des savoirs d'être partagés, les connaissances ne semblent pas toutes être facilement partageables. M. Polanyi explique que les possibilités de partage dépendent du type de connaissances et de leur capacité à être explicitées[681]. C'est pourquoi la distinction entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques est ici fondamentale.

---

[678] D'ailleurs, la loi brésilienne qualifie de « bien » les savoir-faire et les connaissances traditionnelles. Voir Tepedino, G., Renteria, P., et *al.,* « Rapport brésilien – réponses au questionnaire No. 1 : "bien et immatériel" », *Journées internationales de l'Association Henri Capitant*, 2014, spé. p. 2.

[679] N. Binctin définit le bien intellectuel comme « une chose issue de l'imagination humaine dans l'exercice d'une activité créative susceptible d'appropriation indépendamment de tout support. » Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 38. En revanche, les idées ne sont pas des « biens intellectuels » car « elles ne proviennent pas nécessairement d'une activité créatrice volontaire, elles sont fortuites et insuffisamment formalisées pour pouvoir constituer un bien. » Voir Binctin, N., *op. cit*., p. 40.

[680] Catala, P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D*., 1984, pp. 15-31.

[681] Polanyi, M., *Personal Knowledge : Towards a Post-Critical Philosophy,* Routledge & Kegan Paul Ltd, Taylor & Francis Group, 1958, cité par Wielsch, D., « Partage des connaissances (*Knowledge sharing*) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 879.

SECTION II
Le dédoublement des savoirs entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques

207. Plan. Pour définir juridiquement les savoirs, nous proposons d'opérer une distinction entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques. Après avoir exposé la forte interdépendance et les caractères communs que ces deux formes de connaissances présentent en raison de leur immatérialité (paragraphe I), nous verrons que ces connaissances se distinguent par leur différence de nature et conséquemment dans leur rapport à l'appropriation (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LES CONNAISSANCES THEORIQUES ET LES CONNAISSANCES PRATIQUES, ENTRE CARACTERES COMMUNS ET INTERDEPENDANCE

208. Plan. Même si les savoirs sont divisés entre les connaissances théoriques, d'un côté, et les connaissances pratiques, de l'autre, il doit être souligné que ces deux formes de connaissances ne sont pas totalement opposées en raison de leur rapport d'interdépendance (A) et de leurs caractères communs (B).

A) <u>La distinction et la complémentarité entre deux formes de connaissances constituant les savoirs</u>

209. Plan. Bien que les savoirs se dédoublent en deux formes de connaissances distinctes (1) ces dernières présentent indéniablement des rapports d'interdépendance (2).

1) La distinction entre deux formes de connaissances constituant les savoirs

210. La distinction entre connaissances théoriques et connaissances pratiques. « Savoir » se définit comme un « ensemble de connaissances plus ou moins systématisées, acquises par une activité mentale suivie[682]. » Ces connaissances peuvent être rationnelles et/ou de l'expérience[683]. Le savoir revient à « posséder une connaissance[684] » et à « avoir présent à

[682] Robert, P., *Le Petit Robert,* Paris, 2018, p. 2319.
[683] Le Petit Robert, *ibid*., p. 2319.
[684] Robert, P., *ibid.*, p. 2318.

l'esprit (un objet de pensée qu'on identifie et qu'on tient pour réel)[685] ». Le sachant connaît et il est capable de retrouver ou d'utiliser quelque chose car il a conscience de son savoir. Ainsi, lorsqu'une personne détient un savoir, cela signifie qu'elle possède tout un ensemble de connaissances diverses. À la lecture de ces deux définitions, il est alors possible de diviser le savoir en deux sous-catégories : les connaissances théoriques et les connaissances pratiques. Le dictionnaire Le Petit Robert définit d'ailleurs le savoir par le fait d' « être en mesure de pratiquer (une activité) grâce à des connaissances théoriques et pratiques[686]. » Les savoirs se présentent en effet comme des connaissances théoriques dans des domaines divers (culturels, scientifiques, historiques, environnementaux, par exemple) souvent alliées à des connaissances pratiques (savoir-faire) afin de concrétiser les savoirs théoriques. Une telle distinction rappelle celle déjà établie entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée. La première regroupe les connaissances théoriques et vise à élargir la base de connaissances scientifiques existante tandis que la seconde inclut des connaissances pratiques conçues pour résoudre des problèmes pratiques spécifiques et développer des technologies innovantes.

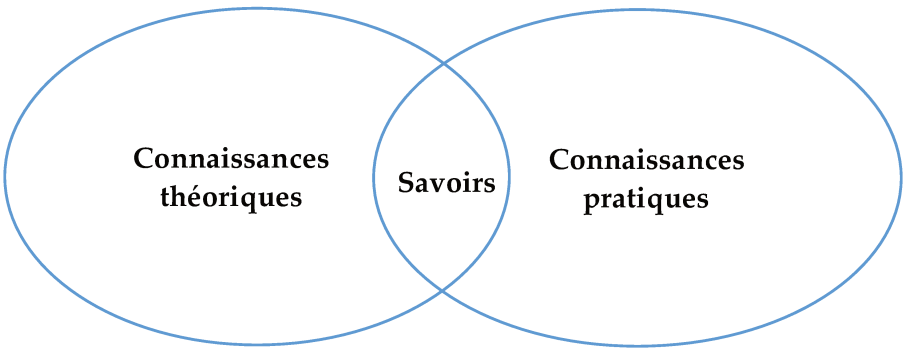
211. La reconnaissance de cette distinction au sein des pays anglo-saxons. Dans les pays anglo-saxons, une distinction est faite entre « savoir », ayant une portée plus conceptuelle et « connaissance », à la signification plus pratique. En effet, « *reliable knowledge* » est employé pour définir un savoir certifié, robuste et rendu légitime pas des mécanismes institutionnels[687]. Pour les autres formes de connaissances, elles sont plus localisées dans l'espace et sont dénommées « *knowledge* » sans le qualificatif « *reliable* ». Ces dernières se définissent, par exemple, comme le fait de savoir faire du jardinage[688]. Ces deux formes de savoirs sont considérées d'égale importance et ne sont donc pas hiérarchisées. En effet, selon P. David et D. Foray : « L'économie fondée sur la connaissance n'exclut aucune des deux formes et n'est donc pas seulement une économie de la production formelle de savoirs certifiés[689] ».

212. La reconnaissance de cette distinction au sein de la doctrine et de la jurisprudence. La doctrine et la jurisprudence française ont par ailleurs déjà eu l'occasion de

[685] Robert, P., *Le Nouveau Petit Robert,* Paris, 1993.
[686] Le Petit Robert, *ibid*., p. 2319.
[687] David, P., Foray, D., « Une introduction à l'économie et à la société du savoir », *Revue internationale des sciences sociales,* Vol. 1, No. 171, 2002, pp. 13-28, spé. p. 26.
[688] David, P., Foray, D., *ibid*., p. 26.
[689] David, P., Foray, D., *ibid*., p. 26.

souligner l'existence de ces deux formes de connaissances. En 2009, la Cour de cassation[690] a déclaré, à propos des téléconseillers, qu'ils appartiennent à un groupe regroupant des emplois nécessitant « des travaux qualifiés avec des modes opératoires relativement élaborés, combinant un savoir-faire pratique associé à un savoir théorique du métier ». De même, en 2014, la cour d'appel d'Amiens[691] a déclaré que : « Ces emplois correspondent à de l'organisation et de la coordination de travaux, voire de l'encadrement (…) supposant un savoir-faire appuyé sur des connaissances théoriques. » Tous les savoirs, y compris les savoirs dits « traditionnels » se diviseraient donc entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques. Selon F. Dessemontet, une devise illustre bien cette distinction des savoirs entre deux formes de connaissances. Il souligne que le « "savoir - savoir-faire - faire savoir", (…) résume bien le passage habituel de la connaissance théorique et expérimentale à la réalisation pratique d'une innovation (…)[692] ». Concernant les savoirs dits « traditionnels », F. Cominelli parle de « savoir-faire traditionnels » pour définir des savoir-faire locaux, enracinés dans un territoire et propres à une communauté culturelle traditionnelle[693]. Mais, il ne faut pas partir du principe que ces communautés ne disposent que de connaissances pratiques. Les savoirs dits « traditionnels » sont en effet des savoirs comme les autres et doivent donc aussi répondre à la définition des savoirs entre connaissances théoriques et connaissances pratiques.

Dès lors, la division des savoirs en deux formes de connaissances peut être illustrée par le schéma suivant :



213. Transition. La distinction entre connaissance pratique et connaissance théorique n'est

[690] Cass. soc., 3 juin 2009, No. 07-44.255.

[691] CA Amiens, 29 janvier 2014, No. 13/00189.

[692] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 11.

[693] Cominelli, F., « Le patrimoine culturel immatériel est-il un bien commun ? Le cas de la pierre sèche en France », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, 2012, pp. 83-92.

néanmoins pas si tranchée que cela. Ces connaissances ne devraient pas être irrévocablement situées dans deux univers dont les frontières seraient considérées comme inamovibles. En effet, les connaissances théoriques et les connaissances pratiques sont difficilement appréhendées séparément en raison de leur interdépendance.

2) La complémentarité des connaissances théoriques et des connaissances pratiques

214. La dépendance des connaissances pratiques aux connaissances théoriques. D'abord, il y a nécessairement des connaissances théoriques dans toute connaissance pratique. Les connaissances pratiques ont toujours besoin des connaissances théoriques pour être produites et efficaces. En effet, N. Adell montre que les savoirs pratiques combinent à la fois des savoirs théoriques formalisés (manuels, notices), des savoirs techniques démontrables, et des compétences plus immédiates qui ne s'apprennent que par imprégnation ou sollicitation indirecte[694]. Dans le même sens, J. Azéma explique que dans toute connaissance pratique, il faut distinguer le savoir et le faire : « Si j'ai distingué le savoir et le faire, c'est (…) que le savoir est une connaissance qui peut prendre un aspect théorique, alors que le faire, c'est vraiment le fruit de l'expérience[695]. » Selon l'auteur, le savoir-faire se compose alors aussi bien de connaissances pures[696] que de connaissances plus techniques (le faire) qui permettent l'optimisation des résultats. Cette interdépendance entre connaissance théorique et connaissance pratique est notamment démontrée par G. Delbos et P. Jorion[697] à l'occasion des travaux qu'ils ont mené sur les savoirs des métiers de la petite pêche en Bretagne méridionale. Le savoir des pêcheurs de cette région s'est avéré être pluriel incluant des savoirs scolaires, des savoirs techniques enseignés et un savoir-être plus général et contextualisé. Par ailleurs, autre exemple, détenir un savoir-faire dans la production de médicaments nécessite préalablement des connaissances théoriques scientifiques.

215. La dépendance des connaissances théoriques aux connaissances pratiques. Ensuite, les connaissances théoriques semblent peu efficaces sans l'existence de connaissances pratiques. S. Nico et U. Ulrich soulignent que : « L'utilisation du savoir peut aussi être

---

[694] Adell, N., *Anthropologie des savoirs,* Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011 p. 284.

[695] Azéma, J., « Définition juridique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, spé. p. 33.

[696] « Le know how peut d'abord être constitué par une connaissance pure : un savoir. » Voir Azéma, J., *ibid*., p. 16.

[697] Delbos, G., Jorion, P., *La Transmission des savoirs,* Paris, Editions de la Maison des sciences de l'homme, cité par Adell, N., *op. cit*., p. 285.

relativement restreinte et d'un intérêt limité, parce que le savoir, à lui seul, ne permet pas à un acteur de mettre quelque chose en mouvement[698]. » S. Nico et U. Ulrich parlent ici des connaissances théoriques qui sont peu efficaces lorsqu'elles sont appréhendées sans les connaissances pratiques. Dans le même sens, Y. Dargier de Saint Vaulry démontre l'importance des connaissances pratiques en plus des connaissances théoriques en se demandant : « À quoi sert-il d'avoir une belle voiture ou une belle machine, si je ne sais pas m'en servir ? À quoi me sert-il de connaître la théorie de la natation, d'avoir toutes les capacités physiques pour appliquer cette théorie, si en fait je ne sais pas nager ? L'important est donc de savoir comment (know how) faire[699]. » Les connaissances pratiques ajoutent donc une « plus-value » aux connaissances théoriques. Elles permettent aussi de concrétiser les connaissances théoriques pour les envisager davantage dans l'action. De plus, les connaissances pratiques aident à savoir comment aborder les relations sociales dans différents contextes culturels afin de produire et diffuser les connaissances théoriques[700]. Les savoirs s'insèrent toujours dans un environnement social spécifique et dans des relations interpersonnelles. Les connaissances pratiques sont alors nécessaires pour s'adapter à un environnement spécifique. M. Polanyi résume l'interdépendance des connaissances pratiques et des connaissances théoriques en soulignant que : « Toute objectivité de la connaissance est un leurre, toute connaissance comportant en elle un élément "tacite" qui est enraciné dans l'action et dans l'engagement d'un individu par rapport à un contexte spécifique[701] ». Par conséquent, ce n'est pas suffisant de « savoir quoi » car il faut également « savoir comment ». M. Polanyi en conclut que : « Le tacite coopère avec l'explicite et le personnel avec le formel[702] ». Effectivement, sans les connaissances pratiques, les connaissances théoriques sont statiques et demeurent des concepts manquant de praticité et de contextualité. Les connaissances théoriques se nourrissent donc des connaissances pratiques pour être plus concrètes et efficaces dans l'action ainsi que dans des contextes culturels spécifiques.

---

[698] Nico, S., Ulrich, U., « La répartition et la diffusion mondiales du savoir », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 9-29, spé. p. 11.

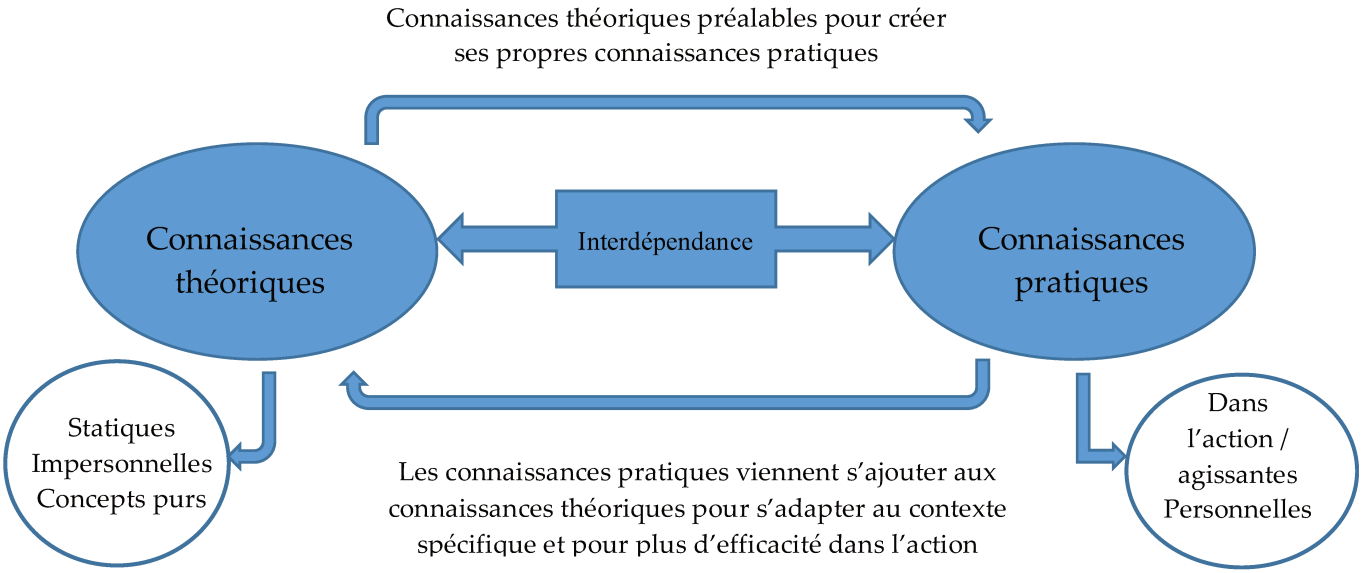
[699] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 2.

[700] Sur l'adaptation des travailleurs chinois en Nouvelle-Zélande. Voir Wang, H., Thorns, D., « Les différentes formes de savoir et l'adaptation des immigrés chinois qualifiés à la société du savoir néo-zélandaise », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 103-115. [Consulté le 13 décembre 2019] Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-103.htm

[701] Polanyi, M., *Personal Knowledge : Towards a Post-Critical Philosophy,* Routledge & Kegan Paul Ltd, Taylor & Francis Group, 1958, cité par Wielsch, D., « Partage des connaissances (*Knowledge sharing*) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 879.

[702] Polanyi, M., *op. cit*.

216. Schéma. Cette interdépendance entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques peut alors être schématisée de la manière suivante :



217. Transition. En plus de cette interdépendance, les connaissances théoriques et les connaissances pratiques partagent des caractères communs.

B) <u>Les caractères communs des connaissances théoriques et des connaissances pratiques</u>

218. La nature immatérielle des connaissances. Bien que présentant des définitions différentes, les connaissances théoriques et les connaissances pratiques partagent des caractères communs, essentiellement dérivés de leur immatérialité. Ces connaissances sont des *res quae tangi non possunt*, c'est-à-dire des choses immatérielles que nous ne pouvons pas toucher et qui n'existent pas à l'état de nature. Leur existence procède donc d'une affirmation de l'homme par la création d'un régime juridique mais aussi par la création de biens matériels comme mode d'expression de ces connaissances immatérielles[703]. Ce sont aussi des choses qui ne peuvent advenir dans le commerce juridique que par détermination de la loi. Ces connaissances sont par ailleurs créées selon trois modes de production différents[704] : la philosophie par la dialectique,

[703] Les biens immatériels sont des biens qui peuvent avoir une consistance physique perceptible par l'un des sens (notamment ouïe, vue, toucher). Par exemple, les pirogues cérémonielles des Îles Salomon, les nattes fines de Samoa ou encore les fougères kanaks sont des objets matériels communiquant des connaissances immatérielles. Voir Journal de la Société des Océanistes, « La part 'd'immatériel' dans la culture 'matérielle' », *Société des océaniques*, No. 136-137, 2013, 300 p.

[704] Ram, N., « Science as Speech », *Iowa Law Review*, [En ligne], Vol. 102, 2017, pp. 1187-1237, spé. p. 1200, [Consulté le 12 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=3012034

l'art à travers l'expression et la science par l'expérimentation scientifique. Ceci explique pourquoi les savoirs apparaissent essentiellement au sein de ces trois domaines.

219. L'ubiquité des connaissances. De plus, l'immatérialité de ces connaissances a pour conséquence de leur donner une nature ubiquitaire, c'est-à-dire d'être présentes partout à la fois ou en plusieurs lieux en même temps[705]. L'analyse économique est importante sur ce point, et en particulier l'approche économique de P. Samuelson[706]. Selon cet auteur, les biens économiques sont sujets à une classification à partir de deux propriétés : la rivalité et l'exclusivité. Un bien est dit « rival » lorsque son utilisation ou sa consommation par un individu rend son utilisation ou sa consommation par un autre individu impossible ou très difficile. Au contraire, un bien est dit « non rival » lorsque l'usage par un individu ne limite pas la possibilité d'usage par les autres de sorte que plusieurs individus peuvent utiliser simultanément ce bien ou ce service sans aucun effet d'épuisement ou d'encombrement. Ces biens peuvent être aisément mis à la disposition de tous. Aussi, certains biens sont non-rivaux tant que le nombre d'utilisateurs ne dépasse pas certaines limites (par exemple, c'est le cas pour les routes ou les ponts). Ensuite, un bien est dit « exclusif » si l'accès et l'usage sont réservés à un individu ou à un petit groupe d'individus. En revanche, un bien est « non-exclusif » si tous les individus, ou les individus appartenant à un certain groupe, ont librement accès à ce bien[707]. Les savoirs semblent ainsi être intrinsèquement non-rivaux et non-exclusifs. En effet, les connaissances scientifiques sont présentées comme étant des « biens publics purs[708] » ou des « biens collectifs ». Il est vrai que les savoirs peuvent être utilisés sans coût simultanément par plusieurs individus et sans empêcher la jouissance à l'égard de son détenteur. La communication des savoirs peut se faire « sans altérer, ni diminuer la jouissance et la possession qu'en a son auteur[709] ». En raison de leur ubiquité, les idées mais aussi les savoirs ne sont pas naturellement exclusifs : « Le propre de l'idée serait donc de se dérober au caractère exclusif de l'appropriation[710] ». En conséquence, la mise en place de dispositifs légaux ou techniques

[705] Robert, P., *Le Petit Robert,* Paris, 2018, p. 2651.

[706] Samuelson, P., « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics,* Vol. 36, No. 4, 1954, pp. 387-389.

[707]Voir Weinstein, O., « Bien public », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 89.

[708] La notion de « bien public » est controversée chez les juristes car elle lie le bien public avec la personne publique. C'est l'Etat qui se saisit de la ressource et en assure la production ou l'entretien. Or, les savoirs doivent être appréhendés selon une perspective mondiale en dépassant la personne publique. C'est pour cette raison que la notion de « bien collectif » qui lui est synonyme est préférée.

[709] Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 1925, p. 808, cité par Chardeaux, M.A., « Idée », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 640.

[710] Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 640.

pour empêcher l'usage par les tiers s'avère être coûteuse. La mise en place de tels dispositifs créerait même des externalités négatives sur le plan de la création et du bien-être social. En effet, L. Shaver souligne que :

> « Cette privatisation, cependant, induit des coûts. Au moins trois nouvelles inefficacités se présentent. Premièrement, certains individus (…) seront exclus dans l'accès, réduisant le bien-être social général. Deuxièmement, une diffusion limitée des nouvelles technologies peut réduire l'efficience macroéconomique diminuant les bénéfices à l'égard de la société en général. Troisièmement, parce que le savoir existant est aussi une contribution pour la production de savoirs nouveaux, empêcher la diffusion des ressources intellectuelles tendra aussi à diminuer l'innovation sur le long terme[711]. »

220. Les savoirs en tant que « biens publics » ou « biens collectifs ». Les savoirs se rapprochent de la qualification de « biens publics » ou de « biens collectifs » des économistes car le partage de ces derniers produit des externalités positives. Effectivement, un « bien public » ou « bien collectif » est caractérisé par le fait que la consommation ou l'utilisation du bien par un individu entraîne la possibilité de consommation pour les autres[712]. Les réseaux en tant qu'institutions de partage des connaissances[713] sont alors primordiaux car l'augmentation du nombre d'utilisateurs aurait pour effet d'accroître l'utilité et la qualité du bien. Concernant les savoirs, l'utilisation de ces derniers par un individu entraîne la production de nouvelles connaissances que les autres individus utiliseront pour en créer de nouvelles également. L'utilité et la qualité des savoirs peuvent alors être directement liées au nombre de personnes qui utilisent le même savoir. Plus il y aura d'individus utilisant ce savoir, plus l'utilité et la qualité seront améliorées et plus la chaîne de création se reproduira[714]. Le partage des savoirs semble du reste être naturel et non quelque chose de contraignant, comme le souligne S. Barrett : « Sur l'autre versant du spectre se présente le "meilleur effort" des biens publics globaux, qui sont les plus faciles à produire. Ici, le bien peut être partagé à tous avec succès, bien que la

[711] [Notre traduction] « This privatization, however, comes at a cost. At least three new inefficiencies are introduced. First, some individuals (…) will be priced out of access, reducing overall social welfare. Second, limited diffusion of new technologies may reduce macroeconomic efficiency in ways that reduce benefits to society as a whole. Third, because existing knowledge is also an input into the production of new knowledge, impeding the diffusion of knowledge resources will also tend to diminish innovation over the long term ». Voir Shaver, L., « The Right to Science and Culture », [En ligne], *Wisconsin Law Review,* No. 1, 2010, pp. 121-184, spé. p. 158-159. [Consulté le 31 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=1354788

[712] Weinstein, O., « Bien public », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 90.

[713] Wielsch, D., « Partage des connaissances (*Knowledge sharing*) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 881-882.

[714] L. Shaver insiste sur l'importance du nombre d'individus utilisant un savoir en soulignant que le savoir est une ressource unique qui s'enrichit lorsqu'elle est partagée [Notre traduction] : « Knowledge is a unique resource in that it actually increases (…), as it is shared. » Voir Shaver, L., *ibid*., p. 156.

probabilité de succès augmente généralement avec la collaboration[715]. » Par conséquent, les savoirs répondraient aux caractéristiques du « bien public » ou du « bien collectif » dans le sens donné par les économistes. O. Weinstein présente une illustration des différents biens existants selon le rapport de rivalité et d'exclusion[716] :

	Bien rival	**Bien non-rival**
Exclusion possible	Bien privé (ou privatif) *Terrain, pain, vêtement*	Biens de club *Cinéma, club sportif, autoroute à péage*
Exclusion difficile ou impossible	*Pool* de ressources communes *Forêt, pâturage, poissons dans une zone de pêche*	Bien public (pur) ou bien collectif *Connaissances scientifiques (non brevetées)*

221. Transition. Bien que les savoirs soient par nature des « biens publics », il a été développé précédemment que d'autres facteurs vont déterminer leur qualification en « biens privés » ou en « biens de clubs » dans le but de les privatiser[717]. D'ailleurs, les rapports à l'appropriation se présentent différemment selon qu'il s'agit de connaissances théoriques ou de connaissances pratiques.

PARAGRAPHE II. DIFFERENCE DE NATURE ET DIFFERENCE DANS LE RAPPORT A L'APPROPRIATION

222. Plan. Il apparaît que la nature des connaissances n'entraîne pas les mêmes conséquences sur le rapport à l'appropriation. Tandis que les connaissances théoriques sont davantage adaptées à un partage universel et donc interdisent toute appropriation exclusive (A), les connaissances pratiques se trouvent être plus à même de faire l'objet d'un rapport privatif d'appropriation dans la mesure où elles sont de nature plus personnelle (B).

[715] [Notre traduction] « At the other end of the spectrum lie the "single best effort" global public goods, which are the easiest to produce. Here, the good can successfully be supplied to all, although the likelihood of success tipically increases with collaboration. » Voir Barrett, S., *Why Cooperate ? The Incentive to Supply Global Public Goods*, Oxford University Press, 2010, cité par Shaver, L., *ibid*., p. 161-162.

[716] Voir le tableau 1 intitulé « une classification économique des biens, et la caractérisation standard d'un bien public ». Weinstein, O., « Bien public », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 89.

[717] Voir le paragraphe II de la section I précédente par rapport aux difficultés rencontrées pour déterminer la qualification des savoirs.

A) La nature universelle des connaissances théoriques

223. Plan. Après avoir exposé les caractéristiques principales des connaissances théoriques (1), un rapprochement sera établi entre des notions présentant les mêmes qualités : les découvertes et les idées (2).

1) Les caractéristiques principales des connaissances théoriques

224. La nature statique et impersonnelle des connaissances théoriques. Les connaissances théoriques se présentent comme des savoirs statiques et impersonnels. Cette dernière qualité est importante car elle rend illégitime toute tentative d'appropriation individuelle. Elle suppose alors que tout individu est censé pouvoir accéder et détenir cette connaissance. Cependant, comme les connaissances théoriques sont statiques, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas dans l'action, ce sont des concepts purs facilement privatisables individuellement. Une protection juridique semble ainsi nécessaire pour éviter cette appropriation individuelle des connaissances théoriques[718].

225. La nature robuste et fiable des connaissances théoriques. Ces connaissances théoriques sont par ailleurs des savoirs qui peuvent être institutionnalisés et se présentent comme des « savoir-quoi ». En philosophie, elles correspondent aux « connaissances propositionnelles » (savoir que la terre est ronde)[719] et aux « connaissances objectuelles » (le fait de connaître une chose particulière). Elles activent la capacité cognitive dont est doté chaque individu pour construire une représentation opératoire de la réalité. Présenter les connaissances théoriques comme des savoirs qui peuvent être institutionnalisés signifie que ce sont principalement des connaissances scientifiques présentant des qualités de fiabilité et de robustesse, voire des savoirs certifiés par des autorités institutionnelles ou morales. Effectivement, les connaissances théoriques sont surtout des connaissances issues des communautés savantes ou scientifiques[720]. Il ne faut néanmoins pas se limiter à la vision occidentale de la communauté savante définissant celle-ci comme une « communauté

[718] La protection juridique des connaissances théoriques sera étudiée dans la seconde partie de la thèse, et plus particulièrement la qualification de « patrimoine commun » (titre I, chapitre I).

[719] Sur les connaissances propositionnelles, voir notamment Engel, P., « Peut-il y avoir des savoirs collectifs ? », *Cahiers philosophiques,* Vol. 3, No. 142, 2015, pp. 93-106, spé. p. 95.

[720] Sur les communautés épistémiques et leurs limites, voir la section II, paragraphe I, A) du chapitre I de ce titre.

épistémique », c'est-à-dire comme un groupe de chercheurs scientifiques travaillant dans des laboratoires. Les communautés autochtones et locales elles-mêmes disposent de connaissances théoriques robustes et fiables. Pour s'appuyer sur quelques exemples, l'OMPI explique que les connaissances théoriques peuvent avoir différentes influences sur une invention[721] :

> - 1) La connaissance peut servir à orienter, de manière très générale, vers l'axe de recherche qui débouche sur l'invention. Par exemple, une connaissance relative à une plante pouvant être utilisée pour une boisson agréable au goût et qui amène les chercheurs à faire des recherches sur ses propriétés médicinales.
>
> - 2) La connaissance peut fournir des indications plus directes aux fins de l'invention. Elle facilite la réalisation de l'invention mais elle n'est pas indispensable aux fins de la réalisation de l'invention. Par exemple, la connaissance qui permet aux chercheurs de découvrir que la plante a des propriétés médicinales et qui amène à rechercher d'autres propriétés médicinales.
>
> - 3) La connaissance peut contribuer directement au concept inventif. L'accès à la connaissance est nécessaire pour réaliser ou reproduire l'invention. Par exemple, la connaissance relative à l'extrait d'une plante qui permet de traiter une infection qui conduit les chercheurs à conclure que les composés actifs sont antibiotiques.
>
> - 4) La connaissance peut représenter l'élément du concept inventif lui-même. Elle est alors utilisée directement dans la mise au point de l'invention. Par exemple, le détenteur fait connaitre aux chercheurs une nouvelle propriété curative d'un extrait d'une plante qui est indispensable à l'invention.

226. La nature intemporelle et universelle des connaissances théoriques. Lorsqu'une personne découvre une connaissance théorique, ce n'est pas quelque chose qui est créé par son travail car cette chose existait déjà. L'explication de Platon nous éclaire davantage sur cet état latent de la connaissance théorique : « La connaissance consiste en ceci que quelque chose, une teneur de choses impersonnelle, se tient en attente, que quelque chose de non sensible, qui se trouve au-delà du sensible et qui subsiste par soi, se présente en face de nous – quelque chose que le sujet ne fait que découvrir, donc qui peut seulement être trouvé, qui pénètre dans la

[721] OMPI, « Key questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge », *World Intellectual Property Organization,* Geneva, 2017, spé. p. 36 ; OMPI, « Etude technique sur les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels », *Assemblée générale de l'OMPI*, 30ème session, WO/GA/30/7 Add.1, 2003, spé. p. 44.

connaissance à partir d'une tout autre région, intemporelle. »[722] Par conséquent, la connaissance théorique existait avant nous et existera après nous. Elle est dite « intemporelle » et « universelle », c'est-à-dire qu'elle est ni réduite à un espace géographique donné ni limitée dans un espace temporel précis. J. Baechler parle en effet de « savoir universel » défini comme une vérité présentant une validité universelle[723]. Cette nature collective de la connaissance théorique justifie le partage de cette forme de connaissance et légitime toute intervention des tiers. Dans le même sens, A.C. Renouard, souligne que les connaissances théoriques ne sont que l'accumulation des connaissances antérieures. Les individus ont alors une dette les empêchant de privatiser cette forme de connaissance en raison de l'emprunt qu'il ont fait aux connaissances théoriques déjà existantes : « Cette dette de tous les hommes qui doivent à la circulation les idées qu'ils ont empruntées d'elle [la dette], et qui ont à payer, à restituer, au public ce que les plus grands génies, ce que les esprits les plus originaux doivent à leur siècle, aux siècles antérieurs, à leur éducation (…)[724] ».

227. Transition. L'ensemble de ces caractéristiques amènent à associer les connaissances théoriques aux découvertes et aux idées.

2) Le rapprochement des connaissances théoriques aux notions de découvertes et d'idées

228. Les connaissances théoriques en tant que découvertes. Tout d'abord, les connaissances théoriques ne seraient qu'une découverte, c'est-à-dire une observation d'un phénomène naturel préexistant, ou bien une théorie scientifique, c'est-à-dire une simple activité intellectuelle. Or, le principe est qu'une découverte ou une théorie scientifique[725] sont insusceptibles d'appropriation individuelle, en particulier par des droits de propriété intellectuelle[726], peu importe l'effort intellectuel nécessité[727]. L'article L. 611-10 2°. a) du CPI

[722] Lask, E., « La théorie des idées », *Philosophie,* Vol. 2, No. 105, 2010, pp. 9-27, spé. p. 9-10.

[723] « La Terre tourne autour du Soleil pour tout le monde, comme la chute des corps dans le vide connaît la même accélération ou le principe d'inertie inaugure les succès de la mécanique classique. La naissance en Europe de la science ne l'a pas rendue européenne, pas plus que n'est anglaise l'attraction newtonienne. » Voir Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 70.

[724] Renouard, A.C., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence,* T. 5, 1837, pp. 241-274, spé. p. 265.

[725] Les théories scientifiques sont des types de découvertes selon N. Binctin. Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 300.

[726] Pour davantage de développements sur les objets exclus de la protection par les droits de propriété industrielle, voir Le Stanc, C., « Exclusion de brevetabilité – Règles générales », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4210, 2009.

[727] N. Binctin souligne que : « L'effort intellectuel n'est pas en cause, peu importent les difficultés rencontrées pour réaliser la découverte, éventuellement supérieures à celles surmontées pour créer. Une découverte est toujours l'identification d'un état

dispose en effet que ne sont pas considérées comme des inventions « les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques[728] ». Toute personne, aussi bien les générations présentes que les générations futures, doivent donc pouvoir jouir d'un accès et d'une utilisation libres d'une découverte ou d'une théorie scientifique car celles-ci renvoient à l'idée d'héritage et de transmission *via* l'enseignement.

229. Quelques exemples de connaissances théoriques assimilées aux découvertes. Les connaissances théoriques se rapportent à ce que Aristote appelle un « fonds commun d'évidence[729] ». L'exemple de Newton qui découvre la gravitation universelle peut être ici repris. La gravitation universelle est bien une découverte, car cette réalité physique existait déjà et s'est révélée à la sagacité de Newton grâce à l'action des objets qui s'exercent sur nous. Plus récemment, la Haute juridiction a refusé le brevet d'invention à l'utilisation de la toile d'amiante pour améliorer l'acoustique des salles de spectacles car la demande de brevet ne portait que sur un « principe purement théorique[730] dont les applications pratiques n'étaient pas précisées[731] ». Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a souligné la non-brevetabilité des « découvertes scientifiques théoriques » imposant une nécessité de mise en forme, c'est-à-dire d'une réalisation concrète de l'invention[732]. Mais encore, en plus de présenter des applications pratiques précises, il semblerait que les découvertes scientifiques doivent aussi répondre à une certaine originalité. En effet, A.R. Bertrand expose que : « Pour prétendre à une protection les idées scientifiques doivent aller au-delà de la règle ou de l'hypothèse générale, qui ne sont pas protégeables, et consister en une succession d'hypothèses originales[733] ». À l'échelle

naturel et non une création. » Voir Binctin, N., *op. cit*., p. 299. Dans le même sens, M. Vivant et J.M. Bruguière exposent que : « la simple mise à jour de l'existant n'est pas (…) une création (même si toute représentation humaine y compris celle qui emprunte la forme d'une théorie mathématique ou d'une description d'objet est une construction de l'esprit… et, de ce point de vue, une création). » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 171.

[728] Cependant, la frontière entre invention et découverte est souvent difficile à définir. Par exemple, les directives relatives à l'examen disposent, à l'art. 3.1 que : « Si une propriété nouvelle d'un matériau connu ou d'un objet connu est découverte, il s'agit d'une simple découverte qui n'est pas brevetable (…) Si, toutefois, cette propriété est utilisée à des fins pratiques, cela constitue alors une invention qui peut être brevetable. » L'article poursuit en donnant des exemples tels que la découverte d'une substance trouvée dans la nature qui produit un effet technique, comme un effet antibiotique. Voir Directives relatives à l'examen pratique à l'Office européen des brevets, novembre 2017.

[729] Aristote, « Métaphysique », *in Œuvres complètes,* Flammarion, 2014.

[730] Il peut ici être souligné le lien établi par la Cour de cassation entre un principe purement théorique (autrement dit des connaissances théoriques) et les découvertes.

[731] Cass. com., 31 mars 1954, *Ann. propr. ind*., 1954, p. 266.

[732] En effet, elle a déclaré que : « Si l'idée d'utiliser des lichens sous formes de transplants ou de culture pour mesurer efficacement les dioxines ou furanes et évaluer les retombées sur l'environnement (…) va au-delà de la découverte du phénomène naturel (…) elle reste une découverte scientifique théorique et n'est pas à elle seule brevetable en dehors d'un dispositif concret en permettant la réalisation technique. » (CA Paris, 8 novembre 2016, No. 14/15008).

[733] Bertrand, A.R., « Champ de protection du droit d'auteur », *Dalloz Action*, Droit d'auteur, chap. 107, 2010. Par exemple, le tribunal civil de Marseille a déclaré que : « Dans le domaine de la science archéologique, les règles et méthodes de recherche et de connaissance, les données matérielles résultant des fouilles, de découvertes doivent être considérées comme acquises au fonds commun, mais chaque savant est en mesure de construire des hypothèses, des explications ou des reconstitutions qui lui

européenne, la Chambre de recours de l'OEB (Office européen des brevets) a été amenée à répondre à un requérant qui prétendait avoir découvert une force magnétique inconnue ayant pour conséquence de rendre erronées les théories de Heisenberg et de Einstein. La Chambre a finalement déclaré que l'objet revendiqué n'était pas brevetable car le requérant n'avait pas démontré que cet objet était de nature technique et que l'invention pouvait s'appliquer à des procédés ou à des dispositifs. Il s'agissait donc de théories scientifiques ou de découvertes des lois de la nature[734]. *A contrario*, les découvertes ou théories scientifiques qui sont inventives et susceptibles d'application industrielle devraient pouvoir être brevetées. Le brevet ne donnera cependant qu'un monopole d'exploitation sur le processus, la machine ou le produit mettant en œuvre l'invention et non sur l'invention elle-même. Toutefois, même si aucune protection juridique n'est possible, faute d'application industrielle ou d'activité inventive, il devrait être reconnu, au minimum, un droit à la paternité d'une découverte. C'est ce qu'a déclaré la cour d'appel en 1958 : « Constitue une faute, génératrice de préjudice, le fait, par un écrivain, de laisser entendre dans son ouvrage qu'il est l'auteur des découvertes scientifiques et des hypothèses appartenant à un savant, et d'omettre malicieusement de citer le nom et les œuvres de ce savant[735]. »

230. Les connaissances théoriques assimilables aux idées. Les connaissances théoriques pourraient également être rapprochées des idées sans toutefois les confondre[736]. Il semblerait judicieux de bien distinguer ces deux notions qui n'ont pas la même signification[737]. H. Desbois décompose d'ailleurs l'élaboration de la création en trois étapes successives : l'idée, la composition et l'expression[738]. Les connaissances théoriques se situeraient plutôt au niveau de la composition définie comme « l'enchaînement des idées » faisant naître une connaissance plus approfondie qu'une simple idée. Toutefois, présentant des liens évidents, les idées et les

demeurent personnellement acquises. Dans un tel domaine, la création consiste dans un rapprochement original de données matérielles et intellectuelles. » (T. civ. Marseille, 11 avr. 1957, *D*. 1957. 369).

[734] Chambre de recours de l'Office européen des brevets, 28 août 2006, n° T1538/05.

[735] CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1958, *Benoît c/ Lallemand c/ Ed. de Paris*.

[736] Contrairement à P. Le Tourneau qui présente une conception très large des idées comme incluant les informations, les connaissances et le savoir-faire. En effet, il déclare que : « Aujourd'hui, dans bien des domaines, les idées et connaissances (le savoir) valent cher et ont souvent nécessité de lourds investissements pour leur mise au point (songez au savoir-faire technique ou commercial, qui est une connaissance, c'est-à-dire un ensemble d'idées) ». Voir Le Tourneau, P., « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui generis spécifique à créer », *Comm. Com. électr.*, No. 10, 2017 ; Le Tourneau, P., « Folles idées sur les idées », *Comm. com. électr.*, No 2, 2001, p. 8.

[737] Sur la définition de l'idée, se référer aux développements du paragraphe I de la section I précédente.

[738] Desbois, H., *Le droit d'auteur en France,* Dalloz, 3ème éd., 1978, p. 22.

connaissances théoriques devraient répondre au même principe d'inapropriabilité[739]. En effet, le principe précédemment dégagé pour les découvertes, les règles abstraites et les principes mathématiques est également applicable pour les idées et s'impose aussi bien à l'échelle nationale[740] qu'internationale. D'abord, la jurisprudence française ne cesse de rappeler ce principe pour l'opposer à la protection des droits de propriété intellectuelle. Par exemple, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de réaffirmer ce principe en droit d'auteur, en se fondant sur l'article L. 112-2 du CPI : « La propriété littéraire et artistique ne protège pas les idées ou concepts, mais seulement la forme originale sous laquelle ils se sont exprimés[741]. » Dans le même sens, en droit des brevets, M. Vivant et J.M. Bruguière expliquent que l'exclusion de la protection des idées apparaît derrière l'exigence de caractérisation des applications concrètes de l'invention et dans le fait que les actes de contrefaçon ne sont jamais que des actes d'exploitation de l'invention[742]. Ensuite, à l'échelle internationale, le principe a été reconnu dans différents textes, et notamment dans l'Accord sur les ADPIC[743] et le Traité OMPI[744]. N. Binctin en conclut que : « Cette consécration internationale en fait un principe quasi universel du droit de la propriété intellectuelle[745]. »

---

[739] Selon H. Desbois : « Quelle qu'en soit l'ingéniosité, et même si elles sont marquées au coin du génie, la propagation et l'exploitation des idées exprimées par autrui ne peuvent être contrariées par les servitudes inhérentes aux droits d'auteur : elles sont par essence et par destination de libre parcours. » Voir Desbois, H., *op. cit.* De même, selon E. Pouillet : « La pensée elle-même échappe à toute appropriation, elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre. » Voir Pouillet, E., *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation,* 3ème éd., Marchal et Billard, Paris, 1908, spé. p. 45.

[740] Aux Etats-Unis, le principe que les idées ne sont pas appropriables est posé dans la loi de 1976, section 102, b) : « In no case does copyright protection for any original work of authorship extend to any idea (…) ». De même, au Royaume-Uni, la cour d'appel a déclaré : « If protection for such general ideas as are relied on here were conferred by the law, copyright would become an instrument of oppression rather than the incentive which it is intended to be. », c'est-à-dire que si la protection des idées générales était conférée par la loi, le droit d'auteur deviendrait un instrument d'oppression plutôt qu'une mesure incitative telle que prévue initialement [Notre traduction]. (U.S. Court of Appeals, 15 mars 2007, *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games* Ltd, No. A3/2006/0205).

[741] Voir Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2013, No. 12-13.027. C. Caron explique que la règle est ici utilisée pour sanctionner un plaideur qui, se plaignant d'une contrefaçon de ses photographies, n'avait même pas pris la peine d'en apporter la preuve (non-communication de l'original ni d'une copie). Dès lors, il était impossible pour les juges de déterminer si cette forme était originale et de connaître avec précision la forme prétendument contrefaite. Voir Caron, C., « Droit d'auteur – L'adage "les idées sont de libre parcours" utilisé pour sanctionner le plaideur paresseux », *Comm. Com. électr.*, No. 4, 2013. Dans le même sens, le principe du libre parcours des idées a été rappelé par la Cour de cassation en 2006 : « En se déterminant ainsi par voie de simple affirmation, alors que les idées étant de libre parcours il lui appartenait, après avoir procédé à une description fût-elle sommaire des deux scénarios en cause, de préciser, de façon concrète, quelles caractéristiques de forme originales dans la conception des deux œuvres et de leurs personnages ainsi que dans le développement de l'action, étaient semblables, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés. » (Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2006, No. 04-16.687).

[742] Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 176.

[743] L'art. 9.2 de l'Accord sur les ADPIC dispose que : « La protection du droit d'auteur s'étendra aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels. »

[744] Selon l'art. 2 du Traité OMPI sur le droit d'auteur : « La protection au titre du droit d'auteur s'étend aux expressions et non aux idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts mathématiques en tant que tels. »

[745] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 54.

231. Les raisons justifiant le rejet de toute appropriation individuelle. A.R. Bertrand[746] explique pourquoi les idées, et donc également les connaissances théoriques, ne devraient pouvoir être protégées par un droit de propriété privatif. Selon cet auteur, ce qui n'est pas clairement exprimé ne saurait être protégé. L'idée désignant une pensée non exprimée, aucune protection juridique ne devrait pouvoir être établie. Il en est de même de la connaissance théorique voire pour toute ressource immatérielle car, par « pensée exprimée », le droit impose l'existence d'une forme d'expression matérielle pour être valablement l'objet d'une protection juridique. L'idée serait donc le fond de la création qui n'existe juridiquement qu'en tant que forme. C'est ce que souligne A. Gallego en insistant sur l'importance de la matérialisation de l'idée plutôt que de l'idée en elle-même : « Ce qui appartient au créateur c'est la forme de sa pensée à l'exclusion de l'idée pensée[747]. » Ne sont, par exemple, pas protégeables une méthode boursière[748], l'organisation d'un concours de beauté « Miss France »[749], l'idée d'humaniser le comportement d'animaux[750] ou encore l'idée de personnaliser des notes de solfège[751]. Ensuite, une protection trop large, et notamment une protection des idées ou des connaissances théoriques, figerait toute création intellectuelle car celles-ci constituent le fonds commun de la création[752]. En protégeant ces dernières, le risque est d'interdire toute application de celles-ci à de nouvelles formes d'expression, en contradiction avec la philosophie des droits de propriété intellectuelle[753]. Ainsi, une idée devrait avoir pour rôle de dynamiser la création : « Une même idée peut flirter avec différentes formes, se glisser en elles et être de l'essence d'un nombre indéterminé de créations toutes susceptibles de protection[754]. »

---

[746] Bertrand, A.R., « Champ de protection du droit d'auteur », *Dalloz Action*, Droit d'auteur, chap. 107, 2010.

[747] Gallego, A., « Faut-il encore le dire ? Les idées sont de libre parcours », *Petites affiches*, No. 33, 2010, p. 10.

[748] TGI Paris, 3ème ch. 2e sect., 14 juin 2002, *Cahen c/ Maxima*, CCE sept. 2002.

[749] CA Paris, 4ème ch., 29 juin 1977, *MEO c/ Raibaut et Comité Miss France*.

[750] CA Paris, 4ème ch., 14 févr. 1980, *United Artist c/ LMG*.

[751] Cass. com., 29 nov. 1960, *Desclée de Brouwers c/ Zurfluh*.

[752] Comme le soulignent A. Lucas et *al*. : « L'exclusion, à la vérité, coule de source, tant il est évident que tous les auteurs puisent à un fonds commun » et « sa remise en cause affecterait nécessairement la portée du droit exclusif dans la mesure où elle devrait s'accompagner d'une généralisation des licences obligatoires. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 40. Dans le même sens, M. Vivant et J.M. Bruguière ajoutent que : « La création ne se fait pas en effet à partir de rien, *ex nihilo* (…) ». Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 179.

[753]A.R. Bertrand souligne les propos de I. Cherpillod reprenant les principes originels des droits de propriété intellectuelle : « Ceux-ci [les biens intellectuels] doivent faire l'objet d'un partage, où l'auteur reçoit un monopole limité. Pour éviter d'enfermer l'expression artistique et le débat scientifique ou culturel dans des limites où ils viendraient à tarir faute de pouvoir se nourrir d'échanges, on a pensé que l'intérêt de la collectivité, voire une certaine liberté d'expression, exigeait l'absence de protection des idées. » Voir Cherpillod, I., *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC, 1985, p. 51, cité par Bertrand, A.R., « Champ de protection du droit d'auteur », *Dalloz Action*, Droit d'auteur, chap. 107, 2010.

[754] Gallego, A., « Faut-il encore le dire ? Les idées sont de libre parcours », *Petites affiches*, No. 33, 2010, p. 10.

232. L'exception à l'inappropriabilité des idées. Néanmoins, selon P. Le Tourneau, certaines idées devraient être protégeables[755] lorsqu'elles répondent à plusieurs critères[756] :

- Lorsqu'elles sont extériorisées, c'est-à-dire qu'elles ne sont plus simplement « derrière la tête » ou « sur le bout de la langue ». En d'autres termes, elles doivent avoir été divulguées et être concrètes[757].

- Lorsqu'elles sont distinctives et individualisées. La protection devra bénéficier à celui qui les a émises en premier, que ce soit une personne physique ou une personne morale. Cependant, identifier un créateur unique d'une idée peut s'avérer difficile à déterminer en pratique[758].

- Lorsqu'elles sont le fruit de l'imagination et le résultat d'un travail créatif et arbitraire. Elles ne doivent pas consister dans la simple mise en lumière d'une donnée objective préexistante. Ce critère exclurait les connaissances théoriques car, comme précédemment développé, ces dernières sont dans un état latent et attendent seulement d'être dévoilées.

- Lorsqu'elles n'ont pas été intégrées dans le fonds commun, du domaine public, par leur vulgarisation. Les idées doivent donc être originales dans le fond et non uniquement dans la forme. Ce critère exclurait à nouveau les connaissances théoriques pour les mêmes raisons (état latent, existence préalable, attente d'être dévoilées).

- Lorsqu'elles présentent une valeur économique[759], en procurant un avantage concurrentiel et en apportant une valeur ajoutée durable. P. Le Tourneau ajoute que ce critère implique que les idées soient suffisamment précises et appliquées[760].

---

[755] P. Le Tourneau développe sur la possibilité de protéger juridiquement les idées par les actions en concurrence déloyale et la théorie des agissements parasitaires. Cependant, il semble que ce qui est protégé, ce n'est pas une connaissance théorique ou une idée « pure » mais plutôt leur application pratique. C'est donc uniquement les connaissances pratiques (ou savoir-faire) qui seraient protégeables par les actions en responsabilité civile. Voir Le Tourneau, P., « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui generis spécifique à créer », *Communication Commerce électronique*, No. 10, 2017.

[756] Le Tourneau, P., *ibid.*

[757] L'aspect « concret » d'une idée a été souligné par la cour d'appel de Paris comme suffisant pour protéger une idée bien qu'elle ne présente pas de forme matérielle : « Si un auteur ne saurait revendiquer un droit exclusif de propriété sur une idée prise en elle-même, celle-ci appartenant, en réalité, au fonds commun de la pensée humaine, il n'en saurait être de même lorsque, par la composition du sujet, l'arrangement et la combinaison des épisodes, l'auteur présente au public une idée sous une forme concrète et lui donne la vie ; que la création consiste, en dehors de la forme matérielle, dans l'enchaînement des situations et des scènes, c'est-à-dire dans la composition du plan, comprenant un point de départ, une action et un dénouement. » (CA Paris, 6 nov. 1841, *DP*, 1910, 2, 81).

[758] Cette problématique a été développée dans le paragraphe 1er de la section précédente.

[759] Cependant, M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent la difficulté de déterminer à partir de quand la valeur économique est constituée car « celle-ci est construite par le marché avec la grande imprévisibilité qui est la sienne » et « c'est la réservation assurée par le droit qui "fabrique" la valeur. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 183.

[760] Par exemple, sont considérées comme des idées concrétisées les données techniques dans des tableaux (CA Paris, 4ème ch. 20 sept. 1996, *RJDA*, 1996/12, 1566), une méthode de photofilmage dans des photographies précisément identifiées (Cass. civ. 1ère, 18 fév. 2015, No. 13-26.036). Cité par Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,*

Dès lors, les connaissances théoriques n'étant pas des connaissances appliquées, elles ne répondent pas à ce dernier critère.

233. Transition. Bien que certaines idées puissent être protégeables[761], les connaissances théoriques ne répondent pas à la majorité des critères et devraient donc toujours être librement partagées sans faire l'objet d'une protection juridique privative. En effet, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de déclarer l'interdiction de monopoliser les connaissances scientifiques[762]. Ces dernières présentent un caractère impersonnel et universel et devraient être partagées sans limites. Au contraire, les connaissances pratiques seraient de nature plus personnelle.

B) La nature plus personnelle des connaissances pratiques

234. Plan. Après avoir défini et présenté les caractéristiques des connaissances pratiques (1), il sera souligné que celles-ci sont davantage adaptées à une appropriation privative (2).

1) Définition et composition des connaissances pratiques

235. La difficulté à définir les connaissances pratiques. Une définition du savoir-faire n'est pas toujours très aisée à tel point que F. Magnin en conclut que : « La meilleure définition que l'on pourrait donner du *know-how* consisterait à dire qu'il s'agit d'une "auberge espagnole" »[763]. En effet, les connaissances pratiques ou « savoir-faire » ne font l'objet d'aucune définition précise par le législateur français. Une telle définition est absente au sein du CPI et le Code de commerce ne donne que les critères du secret des affaires[764]. Au niveau de l'Union européenne, outre la directive du 8 juin 2016[765] dont la loi du 30 juillet 2018 en est

LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 85.

[761] Sur ce point, voir Clément-Fontaine, M., « L'exclusion des idées », *in* Vivant, M., (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 3ème éd., 2020, p. 57-69.

[762] Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1983, No. 82-13.547.

[763] En effet, F. Magnin ajoute que : « Certains disent qu'il s'agit d'une expression qui désigne des qualités toutes personnelles à leur titulaire, la dextérité, le tour de main, en bref tout ce que l'on qualifie de "*mechanical skills*" dans les pays anglo-saxons ; d'autres estiment au contraire qu'il s'agit là d'une notion qui possède le même fond technique que le brevet alors que d'autres enfin pensent que cette notion n'est pas nouvelle, et qu'elle recouvre tout simplement le secret de fabrique. » Intervention de F. Magnin, *in Nouvelles techniques contractuelles : know-how - franchising - engineering - leasing,* Association française des juristes d'entreprise, Actualités de droit de l'entreprise, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1971, spé. p. 39.

[764] En effet, l'art. L. 151-1 du Code de commerce vise expressément les « informations » qui n'ont pas un caractère public, qui revêtent une valeur économique et qui ont fait l'objet de mesures raisonnables destinées à les garder secrètes. Voir sur ce point les développements de la section II du chapitre II, titre I de la seconde partie de la thèse relatifs à la diversité des régimes de protection par le secret.

[765] Directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

la transposition, des règlements communautaires ont proposé une définition du savoir-faire[766] comme : « un ensemble d'informations pratiques, résultant de l'expérience et testées ». Mais, c'est essentiellement la doctrine qui s'est attachée à définir les connaissances pratiques. Ces dernières se traduisent par un ensemble de connaissances et de compétences dans un art, dans une discipline, dans une science ou dans une profession[767]. F. Cominelli donne l'exemple des métiers d'art comme un « ensemble de savoir-faire complexes, souvent longs à acquérir, fondés sur une transformation, une conservation ou une restauration de la matière » et nécessitant un professionnel ayant la maîtrise de son métier dans toutes ses dimensions[768]. » Ces connaissances se rapportent donc particulièrement aux savoir-faire ou *know-how*[769]. En effet, aux Etats-Unis, le *know-how* se définit comme un ensemble de connaissances résultant de l'expérience et qui, considérées isolément, ne peut pas faire l'objet d'une description précise[770].

236. Les éléments constitutifs des connaissances pratiques. J. Azéma tente d'éclaircir la composition du *know-how* en expliquant qu'il est constitué aussi bien du savoir (les connaissances théoriques[771]), du faire (les connaissances acquises par des tâtonnements et des erreurs fruits de l'expérience[772]), du savoir-faire que du faire-savoir (dans le sens de transmission)[773]. Concernant le savoir-faire, J. Azéma souligne qu'il se dédouble d'abord en

---

[766] Règlement CE n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie ; Règlement UE n° 316/2014 relatif à l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie.

[767] Définition des « savoirs » par le CNRTL (Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales) créé par le CNRS. Disponible à l'adresse : http://www.cnrtl.fr/definition/savoirs

[768] F. Cominelli prend les exemples de la porcelaine de Limoges, de la tapisserie d'Aubusson, ou encore de la restauration de maisons à colombages en Basse-Normandie. Voir Cominelli, F., « Le patrimoine culturel immatériel est-il un bien commun ? Le cas de la pierre sèche en France », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, 2012, pp. 83-92, spé. p. 85.

[769] F. Magnin présente notamment la définition du groupe de travail de la Commission Economique pour l'Europe (art. 4) : « ensemble ou une partie des connaissances techniques nécessaires à l'élaboration, à la fabrication, au fonctionnement, à l'entretien et éventuellement, à la commercialisation de ce ou ces produits ou de certains de leurs éléments ainsi qu'à n'importe quelle combinaison de ces opérations ; s'il s'agit de techniques ou de procédés, le *know-how* peut être constitué par l'ensemble ou une partie des connaissances techniques nécessaires à leur élaboration et à leur fonctionnement. » Aussi, « le *know-how* constitue une valeur économique qui, pour son exploitation, exige (…) un acquis scientifique et de l'habileté technique ». Voir le « Guide sur la rédaction de contrats portant sur le transfert international du *know-how* (savoir-faire) dans l'industrie mécanique » datant du 25 avril 1969, cité par Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 25.

[770] La cour d'appel du 5ème circuit a défini le *know-how* comme un ensemble de connaissances empiriques qu'il n'est pas possible de décrire avec précision et séparément mais qui accumulées mettent en mesure de produire quelque chose avec l'exactitude et la précision nécessaires au succès commercial. Voir U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit, 31 janvier 1947, *Mycalex Corporation of America v. Pemco Corporation*, No. 5522.

[771] Nous avons démontré cet aspect dans le précédant paragraphe de la thèse lorsqu'est exposée la complémentarité des connaissances théoriques et des connaissances pratiques.

[772] Selon Y. Dargier de Saint Vaulry, les erreurs et les échecs présentent une grande importance car « les échecs sont souvent aussi fructueux que les réussites puisqu'ils obligent à rechercher quelles en ont été les causes. », Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 4.

[773] Azéma, J., « Définition juridique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, spé. p. 16-17.

habileté technique, tours de main, techniques d'exécution qui sont intimement liés à la personne de l'exécutant et ensuite en expérience technique détachable de l'exécutant. Il définit l'expérience technique comme un « enseignement que l'on peut tirer d'une longue pratique[774] ». Cependant, il semble confus et redondant de dire que le *know-how,* synonyme de savoir-faire, est composé du savoir-faire. Il serait plus pertinent de regrouper l'habileté technique et l'expérience technique dans le « faire » car elles représentent les connaissances permettant de *faire* quelque chose. F. Magnin[775] définit en effet le *know-how* comme une habileté technique (dextérité manuelle, tour de main issu des dispositions naturelles inhérentes à la personne mais aussi par l'expérience) et des connaissances techniques (connaissances de l'homme du métier et plus particulièrement le « savoir-quoi » pour une meilleure optimisation) acquises progressivement par l'expérience technique. Les connaissances pratiques peuvent ainsi désigner à la fois l'habileté technique, l'expérience technique et les connaissances techniques.

237. Connaissances pratiques et habileté technique. Concernant d'abord l'habileté technique, P. Roubier parle de « tour de main » recouvrant les « diverses connaissances accumulées par un industriel pour améliorer la qualité de sa production[776]. » De même, F. Dessemontet expose que l'habileté technique comprend aussi bien des capacités innées que des capacités apprises par l'emploi : « Le tour de main comprend, outre le dextérité manuelle, l'ingéniosité et la faculté d'adaptation que manifeste tout technicien confronté à un nouveau problème technique (…)[777] » et ce technicien « met à contribution ses dons innés mais aussi la somme de son expérience professionnelle et toute son instruction technique[778]. »

238. Connaissances pratiques et expérience. Le savoir-faire découle, ensuite, de l'expérience préalable. Comme le souligne F. Chartier : « Le savoir-faire ne naît qu'après des mois ou des années d'expérience. Cette période préalable est indispensable pour trouver les méthodes et les outils de réussite fiables, les analyser et les tester, avant de pouvoir les intégrer dans un savoir-faire[779]. » L'expérience est primordiale car elle permet de valider un savoir-faire

[774] Azéma, J., *ibid*., p. 17.

[775] Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 38 et s.

[776] Roubier, P., *Le droit de la Propriété Industrielle*, T. 2, Paris, 1954, spé. p. 113.

[777] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 59.

[778] Dessemontet, F., *op. cit.*

[779] Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 32.

optimal, c'est-à-dire qu'elle permet de savoir comment s'y prendre pour parvenir au meilleur résultat et résoudre des problèmes divers. En effet, F. Chartier souligne, en matière de franchise, que : « Avant de valider son savoir-faire, le franchiseur doit multiplier les expériences préalables, afin d'augmenter la pertinence des résultats qui en découlent[780]. » Par exemple, des « unités pilotes » vont être mises en place pour tester de nouvelles méthodes de commercialisation.

239. La transmissibilité, condition essentielle pour le critère de l'expérience. Puisque les connaissances pratiques sont créées par l'expérience alors la transmission par l'apprentissage est primordiale. Ces connaissances sont fondées sur l'expérience plutôt que sur la théorie car leur acquisition suppose un processus continu d'assimilation et d'imitation pour synthétiser les leçons apprises grâce aux expériences passées. Ainsi, les connaissances pratiques doivent être transmissibles, c'est-à-dire qu'elles doivent être susceptibles de communication à autrui tout en étant une compétence propre à un individu. J.M. Mousseron définit d'ailleurs le savoir-faire comme une « connaissance technique transmissible non immédiatement accessible au public et non brevetée[781]. » La technicité et la transmissibilité sont donc les critères principaux des connaissances pratiques. Cette transmission est nécessaire car les connaissances pratiques sont difficilement détachables de l'individu de sorte qu'elles ne peuvent pas être facilement accessibles autrement. En tout état de cause, des connaissances doivent incarner « une expérience technique réelle, c'est-à-dire éprouvée, et non des idées ou des principes[782]. » Dès lors, ces connaissances sont des savoirs agissants, c'est-à-dire dans l'action. Comme elles sont, en principe, non formulées expressément mais plutôt transmises oralement, alors leur acquisition se fait essentiellement par l'étude, par l'observation, l'imitation ou encore par l'expérience F. Panel souligne le caractère dynamique et cumulatif des connaissances pratiques :

> « C'est, également, le fruit de plusieurs générations d'hommes qui se succèdent dans l'entreprise ; il y a, assez souvent, une accumulation continue de connaissances et d'expériences qui se transmettent (…) rarement par la voie écrite, plus souvent par la voie orale, je dirai même encore plus souvent par une voie matérielle informulée qui est l'incorporation continue des résultats de ces efforts dans les procédés de fabrication en constante amélioration[783]. »

---

[780] Chartier, F., *op. cit*., p. 33.

[781] Mousseron, J.M., « Aspects juridiques du know-how », *in Le Know-How*, Cahier du droit de l'entreprise, No. 1, 1972, p. 2, spé. p. 6.

[782] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6ème éd., octobre 2006, p. 534.

[783] Panel, F., « Importance économique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre

Les connaissances pratiques sont ainsi dépendantes de l'action car elles nécessitent d'être d'abord montrées pour être ensuite transmises[784].

240. Connaissances pratiques et technicité. Concernant le troisième critère relatif au caractère technique, R. Fabre[785] expose que le savoir-faire est souvent associé au domaine technique de l'industrie tel que des processus de fabrication. Dans le même sens, F. Magnin expose que les connaissances pratiques sont des connaissances « dont l'accumulation donne à l'industriel qui les possède un avantage dans la concurrence » de sorte qu'elles « constituent un élément d'actif dans l'entreprise » car elles permettent une « optimisation des procédés[786] ». Le savoir-faire s'insère en effet dans de nombreux domaines de nature technique, commerciale, administrative, financière ou autres, pour l'exploitation d'une entreprise ou l'exercice d'une profession. F. Dessemontet souligne l'importance égale du savoir-faire dans ces domaines[787]. Le savoir-faire ne doit donc pas se réduire uniquement au domaine industriel. Il peut aussi exister en dehors de l'industrie[788]. D'ailleurs, selon F. Chartier, la définition du savoir-faire industriel est pratiquement identique à celle du savoir-faire commercial : « Même si l'objectif du savoir-faire industriel est la fabrication de produits, alors que celui du savoir-faire commercial est la commercialisation de produits ou de services, l'application de ces deux savoir-faire suppose le respect de données techniques[789]. » Dans le même sens, J. Azéma préfère une conception large du savoir-faire pour y inclure non seulement des connaissances industrielles liées à la fabrication mais aussi des connaissances commerciales[790]. Par exemple, dans le domaine commercial, ont été qualifiés de savoir-faire l'aménagement spécifique d'un

---

de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, spé. p. 50. En 1975, F. Panel était directeur de la Propriété Industrielle de la CGE, président du COMIPI du CNPF et professeur au CEIPI.

[784] P. Le Tourneau reprend la phrase de B. Gracian : « Savoir-faire et le savoir montrer, c'est double savoir ». Voir Gracian, B., *L'Art de la prudence*, Rivages-poche, 1994, n° 130, cité par Le Tourneau, P., *Le parasitisme,* Litec, Paris, 1998, p. 157.

[785] Fabre, R., *Le Know how : sa réservation en droit commun,* Librairie Techniques, Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, Paris, 1976, p. 14.

[786] Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 56.

[787] « On reconnaît que l'ensemble des connaissances qui permettent la survie d'une entreprise de services jouent pour leur détenteur le même rôle vital que le savoir technique qui permet à une manufacture d'améliorer la qualité de ses produits ou d'en abaisser le coût de revient. » Voir Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 89.

[788] Par exemple, les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel (travail du bois des Zafimaniry, le *kris* indonésien, la réalisation du *washoku* japonais, le *Ger* mongol). Voir la liste de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'Unesco de 2003.

[789] Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 191.

[790] Azéma, J., « Définition juridique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, spé. p. 18.

magasin, l'assistance technique et commerciale fournie au franchisé ou encore les méthodes de gestion[791].

241. La portée des connaissances pratiques. Les connaissances pratiques ne doivent pas être réduites dans leur portée. F. Dessemontet souligne que le savoir-faire n'est pas une simple technique d'ajustement, ne doit pas forcément porter sur l'ensemble d'une production et ne doit pas être réduit à une simple technique auxiliaire[792]. Concernant ce dernier constat, le savoir-faire n'est pas nécessairement adjoint aux inventions brevetées. Certes, il occupe fréquemment une fonction auxiliaire *via* des licences accompagnant l'invention brevetée dans le but de permettre une exploitation rapide de celle-ci. Mais, il convient d'abord de se demander si cette fonction auxiliaire n'est pas un moyen détourné pour protéger le savoir-faire par le droit des brevets. Ensuite, il est certain que le savoir-faire peut également être communiqué sans être subordonné à une invention brevetée. Des entreprises peuvent être intéressées par un savoir-faire particulier et conclure des licences pour y accéder et l'exploiter. F. Dessemontet souligne d'ailleurs que : « La communication du savoir-faire peut dépasser de beaucoup l'utilité du brevet lui-même[793]. » Cette absence de brevet dans une licence de savoir-faire rend encore plus nécessaire l'apport d'une définition car le brevet n'est plus là pour définir le domaine technique revendiqué par le titulaire du brevet[794]. Une telle définition est essentielle pour que le licencié connaisse les limites de ses actions et pour définir les produits soumis au paiement de redevances.

242. Transition. L'ensemble de ces caractéristiques révèle la nature plus personnelle et donc plus privatisable des connaissances pratiques.

---

[791] Voir CA Lyon, 13 janvier 1995 Jurisdata n° 1995-043330 ; Cass. com., 26 mars 1996, JurisData n°1996-001397.

[792] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain*, Université de Lausanne, 1974, spé. p. 43.

[793] Dessemontet, F., *op. cit*., p. 47.

[794] En effet, M.J. Tassy expose que : « Dans le cas de licence de *know-how*, il faut se donner la peine de mettre dans le contrat une telle définition et de ne plus se contenter d'une simple référence à quelque numéro de brevet. » Voir Centre du droit de l'entreprise, *Nouvelles techniques contractuelles : know-how - franchising - engineering - leasing,* Association française des juristes d'entreprise, Actualités de droit de l'entreprise, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1971, spé. p. 17.

2) L'appropriation individuelle des connaissances pratiques

243. Les raisons justifiant l'appropriation des connaissances pratiques. Les connaissances pratiques devraient pouvoir être appropriées, ou tout du moins être réservées[795], par leur détenteur pour plusieurs raisons. D'abord, elles sont le produit de la force de travail. Comme le souligne N. Binctin : « La force de travail appartient à celui qui la développe ; le savoir-faire est le fruit de la force de travail, elle appartient à son émetteur[796]. » M. Vivant expose aussi que la monopolisation d'un bien peut présenter une certaine légitimité lorsqu'elle procède d'une création[797]. Ensuite, les connaissances pratiques sont plus personnelles et plus localisées que les connaissances théoriques. F. Magnin expose que les connaissances pratiques dépendent de l'ingéniosité, de la dextérité personnelle, et de l'expérience d'un individu[798]. Ces connaissances font alors difficilement l'objet d'une appropriation indue car elles ne sont transférables qu'avec la personne qui les possède. Elles peuvent toutefois se matérialiser en des documents (plan, logiciel, fiche technique) qui lui servent de support à la condition qu'une description précise soit possible[799]. D'ailleurs, le règlement européen définit le savoir-faire comme un savoir identifié, c'est-à-dire qu'il doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité[800]. Ces connaissances pratiques sont par ailleurs davantage localisées dans l'espace. Elles sont liées au milieu dans lequel elles sont insérées et présentent une valeur ajoutée en rapport avec l'expérience vécue et les nécessités contextuelles. Elles viennent alors s'ajouter aux connaissances théoriques pour une meilleure adaptation à l'environnement, naturel ou culturel, dans lequel l'individu vit, et notamment aux contraintes du milieu[801]. Dans le même sens, F.

---

[795] En effet, J. Azéma et J.C. Galloux évoquent la réservation du savoir-faire et non l'appropriation, c'est-à-dire qu'un droit privatif est exercé sans disposer d'un titre de propriété. Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6ème éd., 2006, p. 534.

[796] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 413.

[797] « Le "bien" intellectuel qui va être rendu exclusif par le mécanisme légal procède d'une création à défaut de quoi il n'y aurait rien eu à partager. Ce n'est pas un bien existant qui est retiré de la jouissance commune. » Voir Vivant, M., « La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux », *Sociétés politiques comparées*, No. 45, mai-août 2018, spé. p. 7.

[798] Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 41.

[799] Magnin, F., *op. cit*., p. 96.

[800] Règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 (art. 1-1-g) concernant l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

[801] Les contraintes du milieu ont été soulignées par A. Berque avec la notion de « trajectivité ». Il expose que l'existant porte toujours l'empreinte du milieu : « La *chôra* [territoire, milieu] n'est pas seulement la nourrice et même la mère (*mêtêr*) de l'existant, elle en est aussi l'empreinte (*ekmageion*) ». Ainsi, les choses existent par la manière dont nous les saisissons par les sens, par la pensée, par les mots et par l'action : « Cela signifie non seulement que l'humain n'est jamais (…) face à de simples objets là-devant » et « les choses auraient toujours pu être autrement qu'elles ne sont ; mais elles sont ce qu'elles sont (S/P) en fonction de l'histoire d'un certain milieu : la leur, toujours singulière. » Voir Berque, A., « Tétralemme et milieu humain : la mésologie à la lumière de Yamauchi », [En ligne], *Ebisu*, Vol. 49, 2013, spé. p. 58-64. [Consulté le 14 janvier 2020]. Disponible à l'adresse : http://journals.openedition.org/ebisu/731

Cominelli[802] explique, dans le schéma ci-dessous, que les connaissances pratiques peuvent être appropriées individuellement pour deux raisons. D'abord, elles sont propres au détenteur en raison de son aptitude et/ou de son talent consistant en une certaine « disposition naturelle inaliénable[803] ». Ensuite, elles sont propres au détenteur en raison de sa capacité à prévoir les réactions de la matière et de son geste de par son expérience passée. Cette forme de connaissance a pu être apprise au sein de la famille, en atelier ou dans des centres de formation. *A contrario*, les connaissances théoriques sont plus difficilement appropriables exclusivement car ce sont des éléments immatériels appartenant aux ressources communes[804]. En plus de ce caractère personnel, le savoir-faire est une création originale qui résulte d'un travail et d'investissements coûteux. L'originalité peut être absolue (un savoir-faire totalement inédit) ou relative (un savoir-faire constituant une combinaison d'éléments connus)[805].

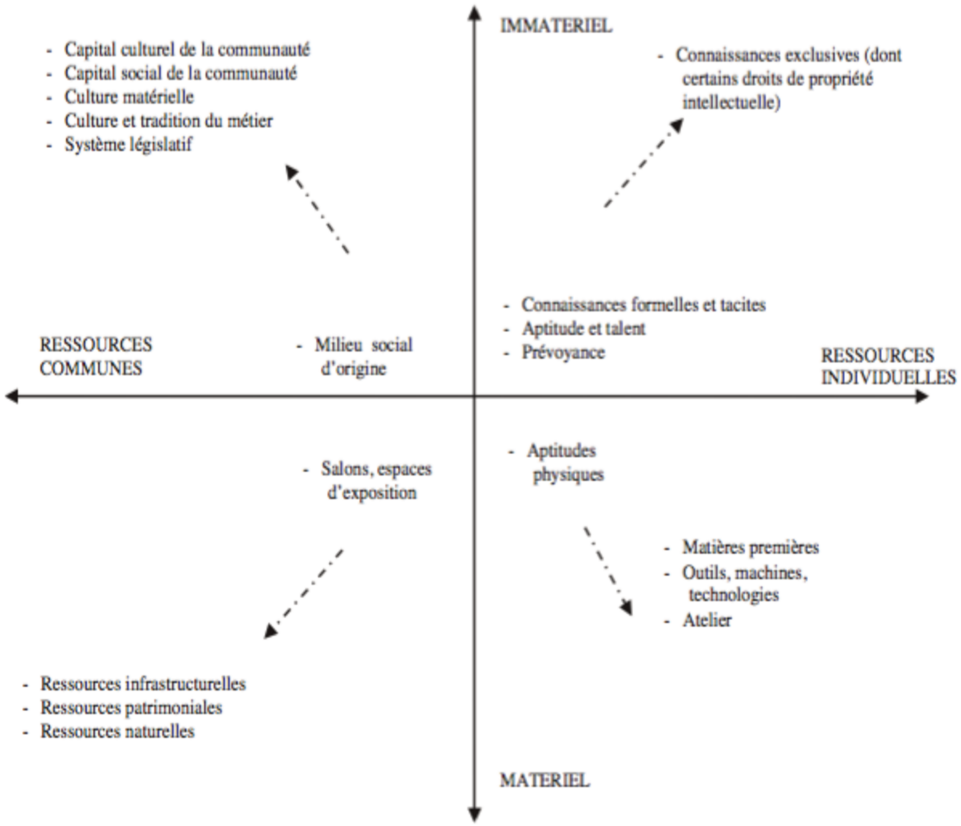


Figure 1 : Les éléments essentiels d'un savoir-faire

[802] Cominelli, F., « Le patrimoine culturel immatériel est-il un bien commun ? Le cas de la pierre sèche en France », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, 2012, pp. 83-92.

[803] Cominelli, F., *ibid*., p. 86.

[804] F. Cominelli parle de « capital social ou culturel d'une communauté développé depuis des siècles ». Voir Cominelli, F., *ibid*., p. 86.

[805] Le Tourneau, P., *Le parasitisme,* Litec, Paris, 1998, p. 157.

En tout état de cause, le savoir-faire doit être un acte efficace et utile, comme le souligne F. Magnin dans sa définition du *know-how* : « Aptitude, innée ou acquise par la pratique, à l'accomplissement d'une tâche avec le maximum de facilité et d'efficacité[806] ». Le règlement européen de 2010 insiste d'ailleurs sur le caractère substantiel du savoir-faire, c'est-à-dire qu'il doit être « significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels[807] ».

244. Tempéraments à l'appropriation des connaissances pratiques. L'expérience et certaines habiletés techniques devraient cependant être exclues du champ de la protection. Il semble d'abord injustifié de demander une protection pour une habileté personnelle ou une expérience qui sont ni détachables de l'individu ni faciles d'accès et difficilement appropriables pour les tiers[808]. F. Magnin explique qu'une transmission de l'habileté et de l'expérience nécessite le transfert de l'individu lui-même sous la forme d'une assistance technique. Ensuite, reconnaître une protection de ces composants du savoir-faire présenterait un risque d'appropriation, par l'employeur[809] ou des entreprises, en empêchant l'exercice des capacités personnelles des employés dont l'usage doit demeurer libre[810]. Dès lors, la protection légale des connaissances pratiques ne doit pas protéger tous les composants de ces dernières car il faut garantir une certaine balance entre, d'un côté, la recherche de l'augmentation des profits et la recherche d'une clientèle (employeurs et entreprises) et, d'un autre côté, la liberté personnelle, de travail, de mouvement ou d'expression propre à chaque individu[811]. L'expérience et l'habileté personnelle devraient donc être exclues de la protection légale car, selon F. Dessemontet, en tant qu' « attributs de la personnalité, leur usage demeure entièrement libre[812]. » Pourtant, cette exclusion n'a pas toujours été reconnue par la jurisprudence[813]. Au

[806] Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 19.

[807] Règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 (art. 1-1-g) concernant l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

[808] « Le tour de main constitue l'attribut d'une personne physique et d'elle seule. » Voir Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 59.

[809] L'employeur ne peut pas empêcher, après la fin du contrat de travail, son ancien employé d'utiliser son habileté personnelle ou son expérience mais aussi les qualités supplémentaires acquises au cours de l'emploi pour un autre emploi.

[810] « Il est nécessaire de déterminer quel savoir technique échappe à la protection légale du savoir-faire, et donc à la maîtrise juridique qu'exerce une entreprise sur les connaissances de son personnel, parce que, selon la jurisprudence américaine, il existe un fond de techniques dont l'usage doit demeurer possible pour tous. » Voir Dessemontet, F., *op. cit*., p. 59.

[811] Dessemontet, F., *op. cit.*, p. 60.

[812] Dessemontet, F., *op. cit*., p. 60.

[813] La jurisprudence définit le savoir-faire, en 1966, de la manière suivante : « En révélant à un établissement industriel des procédés ou des tours de main encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues recherches ou de tâtonnements coûteux, le concédant fournit à son cocontractant un avantage appréciable dont il est ainsi autorisé à subordonner l'octroi au versement de redevances. » (Cass. com., 13 juillet 1966, JCP 1967, II, 15131).

contraire, les connaissances techniques *stricto sensu* peuvent se dissocier de l'individu et se fixer sur des supports matériels. Il semble toutefois difficile en pratique de distinguer l'habileté et l'expérience, d'un côté, et les connaissances techniques, de l'autre côté, car l'habileté et l'expérience sont les éléments constitutifs des connaissances pratiques. En tout état de cause, les connaissances pratiques, lorsqu'elles peuvent se dissocier de l'individu, pourraient faire l'objet d'un rapport privatif d'appropriabilité, contrairement aux connaissances théoriques. Comme le souligne J. Azéma, l'objectif est de pouvoir transmettre contractuellement le savoir-faire, ce qui est en pratique possible uniquement pour les connaissances dissociables de son exécutant[814].

245. La nécessité de distinguer deux définitions des connaissances pratiques. Une distinction pourrait être établie dans la définition des connaissances pratiques selon que l'objectif est d'établir ou non une protection juridique. En premier lieu, les connaissances pratiques devraient se définir largement comme toute connaissance de nature technique, commerciale, administrative, financière ou autres désignant « une certaine connaissance, intuitive ou due à la pratique, de la meilleure façon d'agir pour accomplir une tâche avec efficacité et le minimum d'efforts[815]. » En second lieu, les connaissances pratiques protégeables de manière individuelle et exclusive seraient toute connaissance de cette nature pourvu qu'elle ne fasse pas partie de l'habileté personnelle et de l'expérience d'un individu.

[814] Selon J. Azéma : « Il faut que l'avance technique, la connaissance ne soient pas indissociablement liées à la personne de l'exécutant, mais soient susceptibles d'en être détachées de manière à ce qu'elles puissent être transmises contractuellement. » Voir Azéma, J., « Définition juridique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, spé. p. 22.

[815] Magnin, F., *Contribution à l'étude du know-how*, mémoire de DES soutenu à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Dijon, 1967, spé. p. 2.

CONCLUSION DE LA SECTION II

246. La distinction entre deux formes de connaissances constituant les savoirs. Afin de proposer une définition juridique des savoirs, une division de ces derniers entre deux formes de connaissances devrait être établie pour garantir plus de clarté. Les savoirs devraient ainsi se dédoubler entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques. Les savoirs se présentent en effet comme des connaissances théoriques dans des domaines divers souvent alliées à des connaissances pratiques (savoir-faire) afin de les concrétiser. Néanmoins, malgré cette distinction, ces connaissances sont étroitement liées et partagent nécessairement des caractères communs en raison de leur nature immatérielle.

247. L'interdépendance des connaissances théoriques et des connaissances pratiques. En premier lieu, les connaissances théoriques et les connaissances pratiques sont en relation d'interdépendance. Une connaissance pratique a nécessairement besoin de connaissances théoriques pour être créée puisqu'avant de « savoir comment » il faut préalablement « savoir quoi ». Dans le même sens, les connaissances théoriques, par nature statiques, démontreront toute leur efficacité par l'intervention des connaissances pratiques. Ces dernières vont ajouter une « plus-value » aux connaissances théoriques en les concrétisant dans l'action et au sein d'un environnement donné.

248. Les caractères communs des connaissances théoriques et des connaissances pratiques. En second lieu, les connaissances théoriques et les connaissances pratiques partagent des caractères communs dérivés de leur nature immatérielle. D'abord, ce sont des *res quae tangi non possunt,* c'est-à-dire des choses intouchables n'existant pas à l'état de nature. Elles ont par ailleurs une nature ubiquitaire, c'est-à-dire qu'elles peuvent être partagées et utilisées par tous sans devoir exclure certains tiers car l'accès et l'utilisation par un individu n'empêche pas le même accès et la même utilisation par un autre individu. Selon l'analyse économique, ces deux formes de connaissances sont non-rivales et non-exclusives. Par conséquent, elles répondraient aux caractéristiques de « biens publics » ou de « biens collectifs » présentées par les économistes.

249. La nécessaire distinction dans le rapport à l'appropriation. Les connaissances théoriques et les connaissances pratiques se différencient toutefois nettement par leur nature et par leur rapport à l'appropriation. En effet, les connaissances théoriques sont de nature

universelle, statique et impersonnelle. Elles préexistent au détenteur car elles ne sont que l'accumulation des connaissances antérieures. Elles sont alors assimilables à une découverte ou à une théorie scientifique qui existe déjà à l'état latent et n'est pas appropriable. Aussi, les connaissances théoriques se rapprochent de la notion d' « idée » non protégeable par un droit de propriété privatif. Elles sont donc davantage adaptées à un partage universel et à l'absence de toute appropriation exclusive. *A contrario,* les connaissances pratiques sont de nature plus personnelle. Elles se rapportent au savoir-faire ou au *know-how* et se définissent comme un ensemble de connaissances résultant de l'expérience, intimement liées à la personne de l'exécutant et localisées dans l'espace. Les connaissances pratiques seraient alors plus propices à accueillir un rapport privatif d'appropriation au bénéfice du détenteur. Certaines composantes des connaissances pratiques ne devraient cependant pas être protégées juridiquement car il est impossible de se les approprier. Par exemple, l'habileté personnelle n'est pas détachable de l'individu et nécessite le transfert de l'individu lui-même par une assistance technique. En revanche, les connaissances techniques *stricto sensu* peuvent être dissociées de l'individu et faire l'objet d'une fixation. Toutefois, comme il est difficile de distinguer l'habileté technique, d'un côté, et les connaissances techniques *stricto sensu*, d'un autre côté, toute connaissance pratique devrait en principe pouvoir faire l'objet d'une appropriation privative dès lors qu'elle est facilement dissociable de l'individu.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

250. La détermination des éléments constitutifs et de la qualification juridique des savoirs. L'objectif de ce chapitre était de proposer une définition juridique des savoirs. Au regard de la faiblesse de l'étude des savoirs par le droit, les composantes du savoir ont dû être présentées et analysées. Les idées et les informations se distinguent des savoirs tout en constituant des éléments antérieurs et nécessaires à ces derniers. Aussi, la possibilité de déterminer un créateur du savoir, au regard de la conception individuelle romantique, a été débattue pour en conclure qu'il serait plus opportun de choisir la notion de « détenteur » plus adaptée à la dimension collective des savoirs. Il a été également exposé comment le droit appréhende et accueille l'appropriation des choses incorporelles. Depuis que le droit de la propriété intellectuelle a été créé, il apparaît difficile de réfuter l'appropriabilité des choses incorporelles et leur qualification de « bien », ce qui nécessite quelques modifications relatives à la *summa divisio* actuelle et à l'interprétation de la notion de « bien » sous le prisme de la notion de « valeur ». En tout état de cause, les savoirs devraient également recevoir une telle qualification puisqu'ils constituent des choses incorporelles et ils répondent aux critères de qualification des biens (appropriabilité et valeur essentiellement). Toutefois, le caractère appropriable des savoirs, et notamment leur qualification en « bien privé » ou en « bien de club » est source de conflits et n'apparaît pas toujours légitime. La nature ubiquitaire de ces derniers devrait justifier la qualification de « bien public » librement accessible et utilisable, voire de « bien public pur » insusceptible d'appropriation.

251. Proposition d'une définition juridique des savoirs et prémices d'un régime juridique. La définition juridique des savoirs amène à distinguer les connaissances pratiques et les connaissances théoriques. Ces deux formes de connaissances constituant les savoirs coexistent ensemble et partagent des caractères communs en raison de leur immatérialité. Cependant, alors que les connaissances théoriques devraient être universellement reconnues et ne pas faire l'objet d'un rapport d'appropriation individuelle, les connaissances pratiques sont davantage susceptibles de faire l'objet d'un rapport privatif dans la mesure où elles sont de nature plus personnelle. Les connaissances théoriques sont en effet impersonnelles, statiques et préexistantes car elles résultent d'un « fonds commun » latent. Au contraire, concernant les connaissances pratiques, un partage sera plus difficile à mettre en place car la transmission de ces connaissances se fait oralement, l'habileté et l'expérience sont dépendantes d'un individu

particulier et la détention de ces connaissances est souvent inconsciente. Une appropriation individuelle sera alors aisément justifiée car les connaissances pratiques sont étroitement liées à la personne de l'exécutant. Ce dernier recherchera une protection juridique de ses connaissances pratiques lorsqu'elles sont dissociables et risquent d'être indument appropriées par un tiers. Une telle distinction relative aux formes de connaissances et à leur rapport à l'appropriation a d'ailleurs été étudiée par la doctrine. Comme le souligne B. Parance, une distinction doit être opérée entre les choses incorporelles douées d'ubiquité [connaissances théoriques] et les choses incorporelles localisées dans l'espace [connaissances pratiques]. Tandis que les premières ne devraient faire l'objet d'aucune possession exclusive, les secondes pourraient faire l'objet d'un rapport d'appropriation privative car leur localisation géographique empêche qu'elles fassent l'objet d'exercices concomitants[816].

252. La coexistence entre protection et partage des savoirs. En conséquence, les rapports entre protection et partage des savoirs doivent coexister. D'abord, parce que les connaissances théoriques imposent le partage alors que les connaissances pratiques se dirigent davantage vers une protection juridique exclusive. Mais encore, parce que au sein même de ces deux formes de connaissances, les rapports de protection et de partage se rencontrent. Effectivement, pour les connaissances théoriques, une protection de ces dernières contre l'appropriation doit être garantie. Concernant les connaissances pratiques, leur nature appropriable ne doit pas forcément empêcher tout partage de ces dernières.

[816] Parance, B., *La possession des biens incorporels,* T. 15, Paris, LGDJ, 2008, p. 157 et s.

CONCLUSION DU TITRE I

253. Appréhension des savoirs et proposition d'une nouvelle distinction. La notion de « savoirs » est plurielle car ses définitions fluctuent selon les disciplines et l'échelle géographique. Un point commun peut toutefois être tiré de ces diverses définitions. Les savoirs se divisent en deux sous-catégories de connaissances présentant soit un aspect théorique (connaissance innée, objective, exposée, explicite) soit un aspect pratique (connaissance symbolique, ignorée, implicite, issue de l'expérience et des contraintes du milieu). En tout état de cause, le caractère scientifique des savoirs apparaît aussi bien à l'égard du savoir mondial que du savoir local. Par conséquent, l'opposition entre savoir scientifique mondial et savoir local devrait être abandonnée pour privilégier la distinction entre connaissance théorique et connaissance pratique.

254. Les savoirs et leurs rapports à l'appropriation. Afin de proposer une définition juridique des savoirs, il a ensuite été présenté ses composantes (idées, informations, détenteur) et l'appréhension par le droit de l'appropriation des choses incorporelles. Il en découle que les savoirs devraient pouvoir recevoir la qualification de « biens » puisqu'ils constituent des choses incorporelles et répondent aux critères de qualification des biens. Néanmoins, la nature ubiquitaire des savoirs ne justifie pas toujours le caractère appropriable puisque les savoirs peuvent être librement accessibles et utilisables par tous. La définition juridique des savoirs devrait par ailleurs s'attacher à distinguer les deux formes de connaissances (théoriques et pratiques) constituant le savoir. Ces dernières partagent des points communs en raison de leur immatérialité mais aussi se différencient dans leur nature (universelles / personnelles) et dans leur rapport à l'appropriation (exclusion de toute forme d'appropriation individuelle / rapport privatif et exclusif envisageable). Néanmoins, une coexistence entre protection et partage devrait être assurée. Même si la nature des connaissances théoriques justifie l'exclusion de toute appropriation pour garantir un partage universel, cette forme de connaissance a besoin d'une protection juridique contre les appropriations indues. De même, la nature appropriable des connaissances pratiques ne devrait pas empêcher d'envisager un partage de celles-ci.

255. Transition. Ce sera alors l'objet du prochain titre de démontrer qu'une conciliation est envisageable entre une protection juridique et un partage des savoirs (titre II).

TITRE II

L'ARTICULATION ENTRE LA PROTECTION JURIDIQUE ET LE PARTAGE DES SAVOIRS : UNE CONCILIATION ENVISAGEABLE

256. Une conception actuelle de la protection juridique inadaptée au partage des savoirs. Le choix entre une protection juridique et un partage des savoirs n'est pas forcément antinomique. Il peut, au contraire, être un choix complémentaire. La protection juridique des savoirs n'est effectivement pas nécessairement synonyme d'une exclusion des tiers. Jusqu'alors, la conception qui prédominait était une protection juridique exclusive et individuelle se fondant sur le droit de propriété. Ce droit « inviolable et sacré[817] » justifie qu'une chose, qu'elle soit corporelle ou incorporelle, soit dévolue à une seule personne qui peut en user à sa guise jusqu'à décider de ses conditions d'existence, sur le fondement de trois prérogatives, l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus*. Or, cette conception ne peut se concilier avec le partage, lequel promeut des valeurs opposées. Le partage revient à diffuser la chose, corporelle ou incorporelle, aux tiers, ou du moins à certains tiers. Ces derniers ont alors la possibilité d'accéder à la chose, de l'utiliser voire de la modifier.

257. La diversité des formes de protection et de propriété. La conception exclusive de la protection juridique ne constitue néanmoins qu'une conception parmi d'autres, la conception occidentale, et elle ne présente qu'un aspect de la protection. Comme le souligne le groupe de travail relatif à l'article 8.j. de la Convention sur la diversité biologique, le terme « protection » dévoile différentes significations et donc différents objectifs[818]. Le groupe de travail présente notamment six formes de protection différentes[819]. La conception du droit de propriété individuelle et exclusive ne convient pas à toutes ces formes de protection. Au sein du Dictionnaire des biens communs[820], diverses propriétés sont, en outre, définies (collective,

---

[817] Selon l'art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

[818] Convention on Biological Diversity, « Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge Innovations and Practices of Indigenous and Local Communities - The advantages and limitations of registers », *Ad hoc open-ended inter-sessional working group on article 8 j) and related provisions of the Convention on Biological Diversity*, 4th meeting, Granada (Spain), UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9, 23-27 January 2006, spé. p. 7.

[819] Une protection pour le bien commun de l'humanité, une protection contre l'extinction, une protection pour la mémoire locale, une protection contre la privatisation et l'enrichissement injustifié, une protection pour le partage de l'accès et des bénéfices, une protection contre l'utilisation non-autorisée. Voir Convention on Biological Diversity, *ibid*.

[820] Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., (dir.) *Dictionnaire des biens communs,* Quadrige, PUF, 2017.

commune, démembrée, divisée, en main commune, exclusive, inclusive). Pour les juristes occidentaux, la protection juridique par le droit de propriété individuelle et exclusive est considérée comme une évidence. Or, s'il existe diverses formes de protection, c'est qu'il existe conséquemment diverses formes de propriété.

258. La nécessité de dépasser la conception occidentale de la protection et du droit de propriété. Il apparaît nécessaire de dépasser cet *a priori* du droit de propriété, interprété comme une relation individuelle et exclusive entre le propriétaire et l'objet du droit, pour rechercher les autres formes de propriétés existantes. Parmi ces dernières, la propriété dite « inclusive » retiendra particulièrement notre attention. Un droit de propriété visant à inclure les tiers plutôt qu'à les exclure semble en effet se concilier davantage avec l'objectif d'allier une protection juridique et un partage des savoirs. De plus, si le droit de propriété est corollaire de la liberté, c'est-à-dire qu'il vient notamment garantir la liberté d'entreprendre, de créer, de commercer, de travailler, pourquoi ne serait-il pas aussi exercé pour assurer la liberté d'accéder aux savoirs, de les utiliser, de les modifier et de les diffuser ? Il conviendrait ainsi de faire appel à la technique juridique du droit de propriété pour autoriser autrui à faire certains actes d'utilisation ou d'exploitation sur une création intellectuelle. Par conséquent, il conviendra d'analyser la pertinence d'un droit de propriété sous sa forme inclusive pour mettre en œuvre une protection juridique des savoirs adaptée et efficace.

259. Plan. Une présentation de l'état actuel du droit sera d'abord développée dans le but de prendre conscience d'un nécessaire changement dans la finalité d'une protection juridique (chapitre I). Il sera ensuite démontré que le régime favorisant le partage des savoirs pourrait s'accorder aux objectifs d'un régime de protection juridique des savoirs à la condition que ce dernier régime évolue pour favoriser une protection directe et inclusive (chapitre II).

- Chapitre I. Le raisonnement à écarter : le choix irréductible entre protection juridique et partage des savoirs.
- Chapitre II. La conciliation entre les régimes juridiques de protection et de partage des savoirs.

CHAPITRE I

LE RAISONNEMENT A ECARTER : LE CHOIX IRREDUCTIBLE ENTRE PROTECTION JURIDIQUE ET PARTAGE DES SAVOIRS

260. La protection juridique dans sa conception exclusive, une protection adaptée aux savoirs ? Pour mieux comprendre l'intérêt de promouvoir une protection juridique sous la forme d'un droit de propriété inclusive, il apparaît d'abord nécessaire de présenter le raisonnement actuel tendant à concevoir le choix entre protection juridique et partage comme irréductible. Ce raisonnement s'attache à privilégier la conception occidentale classique du droit de propriété comme un droit individuel, exclusif et absolu dévolu principalement dans le but d'exclure les tiers de tout accès, de toute utilisation et de toute jouissance de l'objet protégé. La protection juridique est alors conçue dans ce seul but d'exclusion rejetant voire punissant les actes de partage. Une telle conception de la protection a permis la création de divers régimes juridiques poursuivant cette finalité. Les droits de propriété intellectuelle (droit d'auteur et droit des brevets particulièrement) et le régime juridique de protection du secret en sont les régimes de prédilection. Néanmoins, la conception exclusive de la protection juridique a-t-elle présenté des conséquences positives sur les savoirs ? Les savoirs ont-ils besoin d'une protection imposant un droit de propriété détenu individuellement et exclusivement ? La conception exclusive du droit de propriété ne porte-t-elle pas atteinte à des principes originels inhérents à d'autres droits ? Ce chapitre se donnera l'objectif de répondre à ces différentes questions afin de conclure si une autre conception de la protection est préférable à l'égard des savoirs.

261. Plan. Est actuellement privilégiée une protection juridique présentée comme une protection exclusive dans le but d'assurer la confidentialité et la compétitivité des entreprises (section I). Or, cette approche de la protection juridique, et particulièrement des droits de propriété intellectuelle dans une conception absolutiste, n'est pas toujours justifiée car elle n'est pas conforme à certains droits et principes reconnus dans les textes relatifs aux droits de l'homme (section II).

- Section I. La finalité actuelle et prédominante : une protection exclusive des savoirs.
- Section II. L'incertitude sur la conformité de la conception exclusive des droits de propriété intellectuelle au regard des droits de l'homme.

SECTION I
La finalité actuelle et prédominante : une protection exclusive des savoirs

262. Plan. Comme le souligne J. Bentham : « La propriété n'est rien d'autre que la base des attentes (…) ce n'est qu'une simple conception de l'esprit.[821] » Le droit de propriété apparaît alors comme un droit défini de manière hétérogène et présentant diverses conceptions (paragraphe I). Les régimes de protection des choses incorporelles privilégient la conception exclusive du droit de propriété. Ces régimes présentent cependant des effets et des conséquences négatifs à l'égard des savoirs, principalement dus à la conception occidentale classique de la propriété (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LE DROIT DE PROPRIETE, UN DROIT EN MANQUE D'UNE DEFINITION HOMOGENE

263. Plan. Après avoir présenté la conception classique occidentale du droit de propriété (A), il sera exposé la conception des communautés autochtones et locales (B).

A) La vision occidentale classique du droit de propriété

264. Plan. Que ce soit en philosophie et en économie (1) ou encore en droit (2), la vision classique occidentalisée du droit de propriété semble privilégier l'individualité et l'exclusivité.

1) La conception du droit de propriété en philosophie et en économie

265. Plan. Nous étudierons tout d'abord, la conception du droit de propriété en philosophie (a) puis celle établie en économie (b).

a) Le droit de propriété et la philosophie

266. La liberté et le travail en tant que fondements de la propriété. La philosophie, et plus particulièrement les philosophes des Lumières, ont toujours conçu la propriété en termes

[821] [Notre traduction] « Property is nothing but a basis of expectation (…) it is a mere conception of the mind. » Voir Bentham, J., « Principles of the Civil code » *in Theory of Legislation,* London, 1894, spé. p. 111.

de propriété privée individuelle. Au sein du dictionnaire des sciences philosophiques[822], la propriété est considérée comme conséquence de la liberté (je suis libre donc je suis propriétaire) ; la propriété est même assimilée étroitement à la liberté (pour être libre, il est bon d'être propriétaire), en opposition à ceux qui pensent que le fondement de la propriété est le travail. Locke souligne cette conception exclusive de la propriété en l'expliquant par le travail : « Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, nous le pouvons dire, sont bien propre. Tout ce qu'il a tiré de l'état de nature, par sa peine et son industrie, appartient à lui seul : car cette peine et cette industrie étant sa peine et son industrie propre et seule, personne ne saurait avoir droit sur ce qui a été acquis par cette peine et cette industrie.[823] » Toutefois, peu importe les deux fondements possibles de la propriété puisque l'effet est le même : l'existence d'un propriétaire ayant la propriété d'un bien et ayant la capacité d'exclure les autres. Le dictionnaire des sciences philosophiques, quant à lui, associe les deux fondements, liberté et travail, en expliquant que : « Le travail, c'est la liberté ; la liberté, c'est l'homme lui-même[824]. ». Dès lors, la propriété se justifie par la liberté et donc par le travail[825].

267. Le droit de propriété, un droit individuel et exclusif. La propriété, en s'étendant, a eu tendance à s'individualiser et à devenir un droit pouvant être qualifié d'absolu[826]. Cette vision apparaît parallèlement aux idées de liberté à l'époque de la révolution française. L'objectif est de mettre définitivement fin à la conception du droit de propriété qui régnait sous l'ancien régime. Selon cette conception, la propriété était divisée entre un « domaine éminent » appartenant aux seigneurs et un « domaine utile » dont pouvaient jouir ceux qui exploitaient la terre sans qu'ils puissent devenir pleinement propriétaire en raison de leur position sociale[827].

---

[822] Franck, A., (dir.), « Propriété », *Dictionnaire des sciences philosophiques*, 2ème éd., Hachette, Paris, 1875, pp. 1412-1416, spé. p. 1413.

[823] Locke, J., *Traité du gouvernement civil,* éd. Desveux et Royez*,* Paris, 1794, p. 70.

[824] Franck, A., *op. cit*., p. 1414.

[825] M.H. Baudrillard rattache la propriété des choses au travail et souligne le lien entre le travail et la propriété que l'homme a de ses facultés et de ses organes, c'est-à-dire la liberté. Voir Baudrillart, M.H., *Manuel d'économie politique*, 3ème éd., Paris, Guillaumin et Ce, 1872, pp. 42-57, spé. p. 47. Dans le même sens, selon F. Bastiat : « c'est la propriété des facultés qui entraîne celle de leur produit. » Voir Bastiat, F., « Discours au cercle de la librairie », 1847, *in* Œuvres Complètes, T. 2, *Le Libre-échange,* Paris, Guillaumin, 1862, pp. 328-342.

[826] Un droit absolu est défini comme un « droit dont la caractéristique est d'être opposable à tous », ce qui le rapproche du droit de propriété. Cependant, un droit absolu peut être d'une portée plus large que le droit de propriété en ce que son exercice est « insusceptible d'engendrer une responsabilité pour abus ». Dès lors, le droit absolu se rapproche d'un droit discrétionnaire. Mais encore, en droit international, le droit absolu s'oppose aux droits relatifs ou conditionnels et se rapproche du droit intangible dans la mesure où son « exercice n'est pas susceptible d'être aménagé ou restreint par l'Etat » et il ne supporte aucune dérogation. Voir Ginchard, S., Debard, T., (dir.), *Lexique des termes juridiques,* 18ème éd., 2011, spé. p. 302.

[827] A. Chaigneau explique que le seigneur était titulaire d'une maîtrise foncière tandis que les paysans jouissaient de droits d'accès et d'usage (irriguer, paître, couper du bois). Voir Chaigneau, A., « Une propriété affectée au commun », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes*, Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, spé. p. 59.

Par conséquent, l'homme, c'est-à-dire chaque citoyen considéré abstraitement, est reconnu comme un potentiel propriétaire pour s'affranchir de la monarchie. Le fait de disposer à son gré de ses biens révèle un vrai gage d'indépendance de l'homme. Comme Sénèque le concevait déjà durant l'Antiquité, à la lumière de cette analyse, la propriété a alors vocation à être interprétée comme un droit individuel[828]. Aussi, il importe peu de justifier la naissance de la propriété par l'existence d'une loi naturelle ou bien par des lois civiles car les conséquences sont les mêmes aujourd'hui : la propriété est devenue un droit individuel entre les mains d'un propriétaire qui dispose de son bien tel qu'il le souhaite et peut exclure les tiers. Grotius présente l'histoire de la propriété en partant du principe que Dieu conféra au genre humain un droit général sur toutes les choses de la terre. Puis, il explique que la propriété va par la suite naître de la « pratique des Arts » (agriculture, pâturages notamment) et deviendra un droit dont tous les hommes disposent légitimement et individuellement sans qu'un tiers n'ait le droit de s'approprier le bien d'autrui[829]. Grotius expose en effet que : « Chacun pouvait prendre pour son usage ce qu'il voulait et consommer ce qu'il était possible de consommer (…). Les choses durèrent ainsi jusqu'à ce que le nombre des hommes, aussi bien que celui des animaux, s'étant augmenté, les terres (…) commencèrent à se partager par familles (…). Chacun s'appropria ce dont il put se saisir[830]. » Montesquieu explique également ce passage de la communauté des biens à la propriété en colorant celle-ci d'une conception utilitariste : « Comme les hommes ont renoncé à leur indépendance naturelle pour vivre sous des lois politiques, ils ont renoncé à la communauté naturelle des biens pour vivre sous des lois civiles. Les premières lois leur acquirent la liberté ; les secondes, la propriété[831]. »

268. La nécessité de la propriété. Enfin, selon le dictionnaire des sciences philosophiques, la propriété serait nécessaire. Elle serait la condition de la civilisation[832] et stimulerait la création et la multiplication des richesses. Ces richesses seraient d'une grande importance car elles assurent par la suite le développement des sciences, des arts et des lettres[833] voire même de l'industrie laquelle a besoin des richesses des autres pour se développer et se perfectionner.

---

[828] Nisard, M., *Œuvres complètes de Sénèque,* éd. Firmin Didot Frères, Fils et Cie, Paris, 1869, p. 248.

[829] Grotius, H., *Le droit de la guerre et de la paix,* PUF, Léviathan, Paris, 1999, cité par Clément, A., « Produits immatériels », *Dictionnaire de l'économie politique,* (dir.) MM. Ch. Coquelin et Guillaumin. 1852-1853, pp. 450-452, spé. p. 461.

[830] Grotius, H., *op. cit*.

[831] Montesquieu, *De l'esprit des lois,* Livre XXVI, Garnier, 1777, Chapitre XV, spé. p. 224.

[832] Franck, A., (dir.), « Propriété », *Dictionnaire des sciences philosophiques*, 2ème éd., Hachette, Paris, 1875, pp. 1412-1416, spé. p. 1415.

[833] « Il a fallu la fortune d'un Alexandre le Grand pour recueillir les trésors de science et d'érudition qui ont servi au génie d'Aristote ; il a fallu la prospérité et la grandeur que Périclès procura à Athènes pour que le ciseau de Phidias créât tous ses prodiges ; il a fallu la fortune des Médicis pour payer les œuvres des Raphaël, des Michel-Ange, et fonder des académies à

269. Transition. Cette conception de la propriété adoptée par les philosophes semble s'accorder avec celle retenue par les économistes.

b) Le droit de propriété et l'économie

270. Les raisons justifiant un droit de propriété individuel et exclusif. En économie, la propriété est également le droit détenu par un seul propriétaire sur son bien. Selon, H. Demsetz, la propriété privée est définie comme un « *private ownership* » et implique la reconnaissance d'un droit du propriétaire d'exclure les autres[834]. Dans le dictionnaire d'économie politique[835], la propriété est par ailleurs définie avec une vision très occidentale et capitaliste. La propriété est vantée pour ses effets incitatifs dans la mesure où elle pousse chaque propriétaire à développer les utilités de son bien ainsi qu'à entretenir et préserver son bien. Cet effet incitatif de la propriété est expliqué par l'assurance pour chaque individu de bénéficier personnellement des fruits de son travail et d'exclure les autres[836]. Les capitalistes sont alors définis comme des propriétaires qui s'approprient le sol et les constructions faites au-dessus et au-dessous de sa surface.

271. L'internalisation des externalités par le droit de propriété individuel et exclusif. La théorie économique des droits de propriété[837] se donne pour objectif de démontrer la supériorité des systèmes de propriété privée sur les autres formes de propriété. La propriété privée est en effet considérée comme le régime de propriété le plus efficient car il permet d'internaliser les externalités[838]. Selon les économistes, pour qu'une société soit

---

Florence (…) ». Voir Franck, A., (dir.), *ibid*., p. 1415.

[834] Selon H. Demsetz, la propriété privée implique que la communauté reconnaisse le droit du propriétaire d'exclure les tiers dans l'exercice des droits privés de celui-ci [Notre traduction] : « Private property implies that the community recognizes the right of the owner to exclude others from exercising the owner's private rights. », Voir Demsetz, H., « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review,* Vol. 57, No. 2, 1967, p. 354.

[835] Faucher, L., Molinari, G., « Propriété », « Propriété Littéraire et artistique », *Dictionnaire de l'économie politique : contenant l'exposition des principes de la science*, (dir.) Coquelin, C., et Guillaumin, G., Librairie de Guillaumin et Cie, 1852-1853. pp. 460-478.

[836] « Enlever à un homme ce qu'il s'est assimilé par l'application de son intelligence et de sa libre activité, c'est attenter à l'inviolabilité de la personne. » Voir Baudrillart, M.H., *Manuel d'économie politique*, 3ème éd., Paris, Guillaumin et Ce, 1872, pp. 42-57, spé. p. 45.

[837] Voir notamment Mackaay, E., Rousseau, S., *Analyse économique du droit,* Dalloz-Themis, Méthodes du droit, 2ème éd., 2008, pp. 206-263.

[838] L'externalité est définie comme « le fait que l'activité de production ou de consommation d'un agent affecte le bien être d'un autre sans qu'aucun des deux reçoive ou paye une compensation pour cet effet. » Ainsi, l'externalité créée une « retombée extérieure d'une activité principale de production ou de consommation » sans qu'aucune contrepartie marchande ne soit prévue. L'externalité est dite négative lorsque sa conséquence sur le bien-être est défavorable (par exemple, la pollution). *A contrario*, l'externalité est positive lorsque sa conséquence est favorable au bien-être (par exemple, la vaccination ou une innovation).

économiquement efficiente, il faut que le droit de propriété minimise les externalités. Ces dernières émergent lorsque les individus prennent des décisions sans prendre en compte les effets sur les autres membres de la société. Mais, la propriété n'internalise[839] les externalités que lorsque les gains de l'internalisation sont supérieurs aux coûts de transaction, notamment aux coûts d'exclusion et de protection des droits. Concernant la propriété privée, il y aurait donc un bénéfice supérieur aux coûts puisqu'il devient intéressant voire surtout rentable pour le propriétaire affecté par les externalités d'internaliser les bénéfices et les coûts. D'abord, les coûts sont réduits, et notamment les coûts de négociation, puisque le propriétaire dispose du droit d'exclure. Ensuite, il y aurait un bénéfice supérieur aux coûts car le propriétaire va bénéficier directement de cette internalisation. Pour prendre l'exemple de la propriété d'une terre, le propriétaire est encouragé à ne pas surexploiter cette dernière pour ne pas tout perdre et assurer la fertilité de sa terre. Cette internalisation des externalités favoriserait donc l'allocation optimale des ressources et bénéficierait directement au propriétaire ainsi qu'à la société, et en particulier aux générations futures.

272. Le rejet de la communauté des biens. Pourtant, la propriété telle qu'elle est définie en économie intervient postérieurement à une période au cours de laquelle la propriété était tout autre chose. La propriété des choses, et plus particulièrement des ressources naturelles, semblait être une sorte de fonds commun accessible et utilisable par tout individu. Cependant, l'accroissement de la population, la prise de conscience du caractère fini des ressources ainsi que l'augmentation de la valeur des terres et de la concurrence va rendre nécessaire de transformer la conception de la propriété. La communauté des biens, appelée « communisme » en économie politique, va être progressivement considérée comme une forme d'organisation dangereuse et destructrice. A. Thiers critique ainsi la communauté des biens sur plusieurs points[840]. D'abord, la communauté détruirait le travail[841] car, en attribuant un salaire égal à tous, elle décourage l'ouvrier qui ne croit plus à l'obtention d'une rémunération proportionnée à ses efforts. Aussi, en ne produisant pas pour soi ou pour sa famille mais pour la société, l'ouvrier

Voir Henriet, D., « EXTERNALITÉ, économie », [En ligne], *Encyclopaedia Universalis,* [Consulté le 11 février 2020]. Disponible à l'adresse : http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/externalite-economie/

[839] Internaliser les externalisés vise à diminuer les inefficacités dues aux externalités par différents moyens : la réglementation (par exemple, l'obligation de vaccination, l'édiction de normes d'émission polluante), les incitations économiques (par exemple, les écotaxes ou le péage urbain), la création de marchés (par exemple, la licence d'exploitation d'un brevet). Voir Henriet, D., *ibid*.

[840] Selon A. Thiers, la communauté des biens est réduite au mode de vie des animaux : « L'homme ainsi vivra comme ce troupeau de biches et de cerfs qui parcourent nos forêts, ou comme cette troupe de chiens qui habitent les rues de Constantinople. » Voir Thiers, A., *op. cit*., p. 465.

[841] Thiers, A., *op. cit*., Chapitre III, p. 466.

n'a plus de motivation pour travailler. Il considère également que la communauté supprime la liberté[842] car l'homme est contraint de travailler pour la communauté, il humilierait sa volonté devant la volonté commune et n'aurait plus la liberté de se tromper, de souffrir, de réussir, et de faire des choix sur l'art qu'il exerce[843].

273. Transition. Les économistes considèrent donc que la propriété est le paradigme dominant du droit dans le monde capitaliste. Elle crée un effet incitatif en poussant chaque propriétaire à développer les utilités de son bien, entretenir et préserver son bien, tout en lui permettant de bénéficier individuellement des fruits de son travail sur la chose et d'exclure les tiers. Mais, les philosophes et les économistes ne sont pas les seuls à s'être intéressé au droit de propriété. Ce dernier a également fortement intéressé les juristes.

2) La conception du droit de propriété en droit

274. Le droit de propriété, un pouvoir sur une chose. La propriété, selon sa définition juridique classique, est un droit visant à conférer un certain pouvoir au propriétaire. En effet, la théorie classique considère que la propriété est un droit réel principal attribuant à son titulaire, le propriétaire, toutes les prérogatives sur le bien, objet de son droit. En tant que droit réel, la propriété confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose ainsi qu'une opposabilité *erga omnes*. Déjà à l'époque de Justinien, les romains percevaient la propriété comme l'affectation exclusive d'une certaine richesse aux besoins d'un individu qui disposait du pouvoir sur cette dernière grâce à ses prérogatives. Il est important de souligner, dans cette dernière phrase, les deux notions structurant la propriété : un pouvoir sur une chose par l'existence de prérogatives spécifiques et une affectation exclusive.

275. Les prérogatives du droit de propriété. Les prérogatives du propriétaire issues du droit romain sont bien connues : le droit d'user de la chose (*usus*), le droit de percevoir les fruits de la chose (*fructus*) et le droit de disposer de la chose (*abusus*)[844]. L'article 544 du Code civil souligne la force des prérogatives du propriétaire en disposant que : « la propriété est le droit

[842] Thiers, A., *op. cit*., Chapitre IV, p. 471.

[843] « (…) vous m'avez pris pour le castor qui construit, pour le cheval qu'on attelle. De peur que je ne tombe, vous m'avez rabaissé ; de peur que je ne m'égare, vous m'avez fait esclave ; de peur que je ne souffre, vous m'avez ôté la vie, car en supprimant les accidents de ma vie, vous avez supprimé ma vie elle-même. » Voir Thiers, A., *op. cit*., p. 476.

[844] Guinchard, S., Debard, T (dir.)., « Droit de propriété », *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 18ème éd., 2011, p. 307 ; Schiller, S., (dir.) Frison-Roche, M-A., *Droit des biens,* Cours Dalloz, Série Droit privé, 7ème éd., 2015, p. 55.

de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. ». La propriété serait ainsi, selon le Code civil, un droit qui devrait être exercé « de la manière la plus absolue », c'est-à-dire un droit subjectif accordé en vue de la satisfaction des intérêts individuels du titulaire sans considération de l'intérêt général. Selon cette approche, le propriétaire peut concentrer entre ses mains et de manière égoïste toutes les prérogatives sur son bien, il peut disposer de ce dernier par sa seule volonté sans aucune intervention de la société. Les trois attributs du droit de propriété, et plus particulièrement l'*abusus,* renforcent le statut du propriétaire dans la mesure où la loi lui permet d'exercer légitimement ses droits, de tirer profit de toutes les utilités de la chose, de se protéger contre quiconque essaierait de l'en empêcher mais également de ne pas utiliser la chose car le droit de propriété, en principe, ne s'éteint pas par le non-usage. Dès lors, les rédacteurs du Code civil eux-mêmes ont traduit la volonté de créer une propriété individuelle et subjective. Cette dernière y est représentée en tant que socle privilégié structurant les personnes et les rapports de droit privé.

276. Le dépassement de la distinction entre propriété et *dominium.* La théorie moderne de la propriété définit celle-ci négativement comme le pouvoir d'exclure autrui (*jus excluendi aios*). Le droit de propriété désigne la relation d'exclusivité existant entre le bien et la personne à laquelle il appartient. Dans la mesure où son droit de propriété est opposable *erga omnes,* le propriétaire a la capacité d'exclure tout tiers qui userait, percevrait les fruits ou disposerait de son bien. Pourtant, au sens du droit romain, la propriété désigne une chose avant de traduire un pouvoir. F. Zenati-Castaing rappelle que la propriété vient étymologiquement du latin *proprietas*, c'est-à-dire de la qualité d'une chose à être propre, et non de *dominium* en tant que pouvoir exclusif sur une chose[845]. Le *dominium* et la propriété étaient donc initialement distincts dans la mesure où cette dernière constituait l'objet auquel s'applique le *dominium*. Par exemple, le Dictionnaire de l'Académie française[846] expliquait que : « On dit *cette maison, ce champ est ma propriété,* pour dire, cette maison, ce champ m'appartient en propre ». Mais, avec le passage de la propriété au droit de propriété opéré par les romanistes et canonistes médiévaux, le *dominium,* à travers le droit subjectif propre à la personne, s'est imposé dans la définition de la propriété. La propriété est alors conçue comme un droit, un pouvoir, une puissance légale exercée sur une chose appartenant au propriétaire et non plus comme un simple droit objectif,

[845] Zenati-Castaing, F., « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ.*, 2006, p. 445.
[846] « Propriété », *Dictionnaire de l'Académie française,* Paris, 1798, p. 379.

c'est-à-dire comme une chose m'appartenant en propre. Dès l'époque de la Révolution, la propriété est alors conçue comme un droit exclusif, subjectif et individuel créant un rapport entre les hommes et les choses (droit de propriété en tant que pouvoir sur la chose) et entre les hommes et les tiers (droit de propriété en tant que pouvoir absolu excluant les tiers de l'usurpation mais aussi de la simple utilisation du bien). Cette subjectivation de la propriété a eu pour effet de transformer la propriété en un droit inhérent à toute personne. En tout état de cause, la définition objective de la propriété elle-même considère que la propriété n'est rien d'autre qu'un rapport d'exclusion puisque la chose appartient à une personne en propre, donc excluant indirectement les tiers. La seule différence est que cette définition objective est silencieuse sur les pouvoirs du propriétaire sur la chose. Dès lors, ces deux conceptions de la propriété présentées aussi bien par la théorie classique que par la théorie moderne de la propriété renforcent l'idée d'un propriétaire invulnérable, isolé et exclusif disposant perpétuellement de fortes prérogatives sur son ou ses bien(s), même s'il n'use pas de ces derniers.

277. La propriété, un droit naturel et imprescriptible. Dès 1789, la propriété est par ailleurs devenue un droit naturel dont tout homme se trouve investi dès sa naissance. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose, respectivement en ses articles 1er et 2 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. » et « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » Par conséquent, la propriété est, tout comme la liberté, classée au rang des droits de l'homme. Ces derniers assurent que tous les hommes soient libres mais aussi que tous les hommes soient propriétaires. Ils soutiennent également l'idée que l'Etat doit reconnaître à tous une égale liberté mais aussi une égale propriété. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen poursuit en présentant les caractères de la propriété au sein de son article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » Dans le même sens, la Constitution de 1791, dans son titre premier intitulé « Dispositions fondamentales garanties par la Constitution » affirmait le caractère inviolable de la propriété : « La Constitution garantit l'inviolabilité des propriétés ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constituée, exigerait le sacrifice. » La propriété est ainsi classée dans la catégorie des droits naturels et imprescriptibles, renforçant la conception d'un unique propriétaire disposant d'un pouvoir pratiquement inattaquable sur ses biens. De même, la

propriété est reconnue et protégée par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme à l'article 17, alinéa 1 : « Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété » et alinéa 2 : « Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété ». Mais encore, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au sein du Protocole additionnel à l'article 1er intitulé « Protection de la propriété », déclare que : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. ». Ainsi, ces instruments reconnaissent également la propriété en tant que droit et dans sa dimension individuelle : toute personne physique a le droit à la propriété de ses biens.

278. La conception de la propriété à l'étranger. La conception de la propriété, en tant que droit individuel et exclusif telle que présentée en Europe, semble être homogène avec celle des autres Etats étrangers. Aux Etats Unis, la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, et plus particulièrement la *Bill of Rights*[847], dispose dans le cinquième amendement : « Aucune personne ne sera tenue (…) ni être privée de la vie, de la liberté ou de sa propriété, sans procédure légale ; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité[848]. » Aussi, le quatorzième amendement, inclu dans les amendements additionnels, protège la propriété des citoyens au sens de la propriété individuelle : « (…). Aucun Etat ne privera une personne de sa vie, liberté ou propriété, sans procédure légale régulière (…)[849] » En Turquie, la Constitution de la République de Turquie[850] conçoit également le droit de propriété en termes de propriété individuelle dans la mesure où il fait partie des droits fondamentaux de l'individu. En effet, dans la deuxième partie de la Constitution, intitulée « Droits et devoirs fondamentaux », et plus particulièrement au sein du chapitre II « Droits et devoirs de l'individu », le droit de propriété de chaque individu est protégé au paragraphe XII, article 35 : « Chacun possède les droits de propriété et d'héritage. Ces droits peuvent être limités par la loi, mais uniquement dans un but d'intérêt public[851]. » De même, au Viêt Nam, bien que ce soit un Etat communiste, la Constitution de la République Socialiste du Viêt Nam[852] inclut

[847] *United States Bill of Rights*, Amendements à la Constitution des Etats-Unis d'Amérique, adopté par la Chambre des représentants et le Congrès en 1789 et prenant effet le 15 décembre 1791.

[848] [Notre traduction]. « No person shall be (…) nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law ; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. »

[849] [Notre traduction] « (…) nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law (…) ».

[850] Constitution de la République de Turquie (*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*) ratifiée le 7 novembre 1982.

[851] [Notre traduction].

[852] Constitution de la République Socialiste du Viêt Nam, adoptée le 15 avril 1992.

le droit de propriété dans sa dimension individuelle à l'article 23 : « La légitime propriété des individus et des organisations ne doit pas être nationalisée[853]. » et à l'article 25 : « L'Etat (…) garantit la légitime exclusivité des fonds, la propriété et d'autres intérêts à l'égard des organisations étrangères et des individus[854]. » Mais encore, en Afrique du Sud, l'article 25 de la Constitution de la République d'Afrique du Sud[855] dispose que : « Personne ne peut être privé de la propriété sauf lorsque cela est prévu par des lois d'application générale, et aucune loi ne peut permettre la privation arbitraire de la propriété[856]. » La vision juridique de la propriété, aussi bien en Europe qu'à l'étranger, semble donc être associée à un droit individuel et exclusif dont doit disposer chaque individu..

279. Les limites de la conception individuelle et exclusive du droit de propriété. Cette conception de la propriété en termes de propriété individuelle renforce néanmoins les inégalités. Elle divise la société, voire le monde, entre ceux qui ont et ceux qui n'ont pas. A. Thiers avait déjà souligné cette limite de la propriété en expliquant que la nature a créé des différences entre les hommes, telles la force musculaire ou l'intelligence, et la propriété renforce davantage ces différences[857]. De même, F.D. Vivien résume bien cette conception occidentale de la propriété en expliquant que l'appropriation est un enjeu de pouvoir et non le résultat d'une décision fondée sur la preuve d'une meilleure efficacité en matière de gestion[858]. Cette vision de l'appropriation a alors pour effet de créer une domination sociale et économique entre les individus ou les groupes sociaux dans le but de contrôler, dans un contexte de forte concurrence, les produits et les savoirs.

280. Transition. Au contraire, la conception du droit de propriété adoptée par les communautés autochtones et locales ne semble pas se fonder sur une vision d'appropriation privative individuelle.

---

[853] [Notre traduction]. « The lawful property of individuals and organisations shall not be nationalised. »

[854] « The State (…) guarantees the right to lawful ownership of funds, property and other interests by foreign organizations and individuals. » Voir traduction par le Centre Database on Legal Normative Documents, [Consulté le 11 février 2020]. Disponible à l'adresse : http://vbpl.vn/tw/Pages/vbpqen-toanvan.aspx?ItemID=10461

[855] Constitution de la République d'Afrique du Sud, adoptée le 8 mai 1996 et amendée le 11 octobre 1996 par l'Assemblée constitutionnelle.

[856] « No one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property ». Voir Traduction issue de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), [En ligne], *WIPO Lex*, [Consulté le 11 février 2010]. Disponible à l'adresse : http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=13750

[857] Thiers, A., *De la propriété,* Livre premier, éd. Paulin et Lheureux, Paris, 1848, p. 49.

[858] Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question,* Natures Sciences Sociétés & Elsevier, Paris, Environnement, 2002.

B) La vision des communautés autochtones et locales

281. Plan. Le droit de propriété est conçu d'une toute autre manière par les communautés autochtones et locales (1). La conception occidentale classique de la propriété tend toutefois aujourd'hui à évoluer. Ainsi, un rapprochement avec la conception de la propriété privilégiée par les communautés autochtones et locales semble de plus en plus envisageable (2).

1) Une conception de la propriété se distinguant nettement du droit de propriété individuelle classique

282. Une vision différente de la propriété. Les communautés autochtones et locales ont une conception différente de la propriété par rapport à la vision occidentale classique. Il existerait une opposition entre deux systèmes institutionnels et culturels : le système occidental de marché technologique moderne et les systèmes de valeurs et de pratiques alternatifs des communautés autochtones et locales. La notion même de propriété est à nuancer car les communautés autochtones et locales se considèrent davantage comme assumant une responsabilité et non comme des propriétaires. Les notions de « propriété », de « droits de propriété » ou de « propriété intellectuelle », créées par les pays occidentaux, leur sont en effet étrangères ou signifient peu de chose car leurs cosmogonies sont avant tout holistiques et animées par une vision solidaire du monde. Par conséquent, leur conception de l'appropriation est beaucoup plus large que la nôtre.

283. L'influence de la cosmovision pour concevoir la propriété. Si propriété il y a, ou plutôt si une appropriation est possible par quelques détenteurs spécifiques, elle est alors définie comme un concept immatériel et spirituel dans lequel interagissent la culture, la nature et les esprits. Effectivement, la cosmovision des communautés autochtones et locales influence la conception de la propriété. Selon N. Belaïdi, la cosmovision désigne des visions du monde et de la vie propres à différentes cultures dans lesquelles des éléments terrestres non humains et des éléments extraterrestres sont présents influençant l'organisation sociale et la vie quotidienne des individus[859]. Il existerait alors une relation de dépendance réciproque entre les hommes, les plantes, les animaux et le territoire, laquelle se prolongerait même dans l'au-delà, c'est-à-dire

[859] Belaïdi, N., « Le modèle des conceptions cosmiques : apport de la vision du monde des peuples autochtones à la question environnementale sous l'angle juridique », *in* Fritz, J.C., *La nouvelle question indigène,* Peuples autochtones et ordre mondial, Paris, L'Harmattan, pp. 401-423.

dans le monde des esprits mais aussi dans le futur, soulignant l'idée de transmission aux générations futures. Ainsi, cette relation de dépendance influence la définition même de la propriété : elle ne peut pas être conçue en termes de propriété privée individuelle excluant autrui.

284. La reconnaissance de la conception autochtone et locale par les instruments juridiques. Cette conception de la propriété est progressivement reconnue, en particulier au sein de la Convention sur la diversité biologique[860] qui met en évidence la nécessaire prise en compte de la vision des communautés autochtones et locales relative à la propriété[861]. Elle explique que la propriété est un concept multidimensionnel qui ne correspond pas à l'opposition classique entre propriété privée et domaine public. En principe, l'héritage collectif est considéré comme inaliénable. Mais, si les savoirs sont amenés à être donnés, échangés ou vendus, ces transactions ne sont jamais des transferts irrévocables de propriété. Ces dernières font partie d'un réseau de relations qui implique l'obligation de respecter certains devoirs tels qu'utiliser de manière appropriée les savoirs ou encore se comporter comme le gardien ou le tuteur de ces derniers.

285. Le rejet d'un droit individuel et exclusif. Dans une conception classique de la propriété, les communautés autochtones et locales ne possèdent alors pas la totalité des attributs des droits de propriété car elles ne peuvent pas librement user, abuser et disposer des ressources. Elles sont davantage des usufruitiers mais dont les fruits ne sont aucunement exploités dans une optique individualiste. Aussi, les savoirs ne sont pas considérés comme appartenant à un domaine public librement utilisable. Les droits de donner, d'échanger ou de vendre sont déterminés collectivement. Les savoirs sont partagés pour que tout le monde puisse les échanger ou les utiliser et ces derniers demeurent contrôlés et régulés par des forces cosmologiques concrétisées par le droit coutumier.

286. Transition. L'opposition entre la conception occidentale classique de la propriété et la vision des communautés autochtones et locales tend cependant à s'apaiser depuis que la première est de plus en plus contestée au sein même des Etats occidentaux.

---

[860] Convention sur la diversité biologique, Nations unies, signée à Rio de Janeiro le 5 juin 1992.

[861] Convention on Biological Diversity, « Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge Innovations and Practices of Indigenous and Local Communities - The advantages and limitations of registers », *Ad hoc open-ended inter-sessional working group on article 8 j) and related provisions of the Convention on Biological Diversity*, 4th meeting, Granada (Spain), UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9, 23-27 January 2006, spé. p. 5-7.

2) L'évolution de la conception occidentale de la propriété : un rapprochement possible avec la conception des communautés autochtones et locales ?

287. Les raisons justifiant l'évolution de la conception occidentale de la propriété. La conception occidentale de la propriété en tant que propriété individuelle exclusive tend à être progressivement remise en cause en raison de l'extension incessante de l'appropriation à d'autres formes de biens, plus particulièrement les biens immatériels. Aussi, est apparue une prise de conscience d'une perte de domination sur la nature et sur les choses expliquant que la propriété n'assure pas toujours une toute-puissance sur les biens.

288. Le rejet de la propriété individuelle et exclusive en tant que « solution taille unique ». Selon les partisans de l'approche institutionnaliste, la propriété privée individuelle et exclusive n'est pas la solution universelle car les droits de propriété évoluent selon l'histoire, le contexte, les époques, les acteurs ou encore les évolutions techniques. F.D. Vivien insiste sur la nécessité d'adopter une telle approche pragmatique de la propriété[862]. Selon cet auteur, la propriété n'est pas une notion « transhistorique », elle est le résultat de processus de construction sociale associés à un contexte politique et économique bien précis. L'inconvénient de la conception occidentale actuelle de la propriété est qu'elle ne tient pas compte de ces contextes politique, social et culturel mais seulement des comportements économiques accordant une place centrale au marché. Dès lors, il faut d'abord tenir compte de ces facteurs pour décider du type de propriété le plus adapté. Il résulte de ce constat que des ressources peuvent être plus efficacement gouvernées par des groupes d'individus ou d'utilisateurs plutôt que par un propriétaire unique. M. Galey démontre également l'importance du contexte politique, social et culturel pour mettre en place un système de propriété[863]. Il propose de redéfinir les droits de propriété en partant de la distinction entre droit romano-germanique et droit de *Common Law*. Ces deux systèmes de propriété ont pour incidence d'engendrer des coûts de transaction différents. Selon l'importance de ces coûts de transaction, c'est-à-dire des activités de résistance au changement et des activités techniques visant à la résolution de problèmes, les régimes de propriété seront plus ou moins efficaces dans un contexte particulier.

---

[862] Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question,* Natures Sciences Sociétés & Elsevier, Paris, Environnement, 2002.

[863] Galey, M., « La typologie des systèmes de propriété de C.R. Noyes : un outil d'évaluation contextualisée des régimes de propriété privée, publique et commune », *in* (dir.) Eberhard, C., *Enjeux fonciers et environnementaux.* Dialogues afro-indiens, Pondicherry, Éditions de l'Institut Français de Pondichéry, 2008, pp. 89-125.

Dès lors, le système de droit de propriété privée n'est pas forcément la solution miracle dans tous les pays car il faudra toujours tenir compte des coûts de transaction associés à la mise en place d'un tel système. De même, D.H. Cole et E. Ostrom[864] parlent de « *naïve theory of property rights*[865] » pour expliquer que la théorie de la propriété, conçue en termes individuels et exclusifs, n'est pas un « *institutional panacea*[866] » c'est-à-dire un remède universel capable de résoudre tous les problèmes. En effet, la propriété en tant que solution pour une meilleure efficacité en matière de gestion et de conservation n'a pas été prouvée puisqu'elle a échoué à conserver certaines ressources rares telles que les ressources naturelles épuisables. La tendance des pays de tradition romano-civiliste a été de négliger les avantages d'autres types de propriétés alternatifs alors que, selon les institutionnalistes, tous les systèmes de propriété sont un mixte de droits privés, de droits publics et de communs.

289. L'admission d'une conception plus inclusive de la propriété. Cette nouvelle tendance de remise en cause de la propriété privée individuelle et exclusive souligne une volonté de repenser la propriété davantage en termes d'inclusion que d'exclusion des tiers. J. Rochfeld insiste sur l'émergence d'un mouvement de socialisation et de dématérialisation de la propriété faisant émerger un droit d'inclusion[867]. Elle explique que nous sommes passés d'une conception de la propriété, relation aux choses, à une propriété, relation aux personnes et aux utilités. Même si la composante sociale de la propriété avait jusque-là été minimisée, elle n'a toutefois jamais été complétement absente au sein du Code civil. Il est bien connu que l'article 544 du Code civil prévoit des limites au droit de propriété en disposant : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements. » Ces limites prendraient en compte l'intérêt des tiers venant s'adjoindre à celui du propriétaire sur un pied d'égalité. En matière de propriété intellectuelle, le principe demeure celui de la libre circulation et du partage des ressources intellectuelles opposés à la réservation. Les droits de propriété intellectuelle seraient en effet une exception en vue de récompenser temporairement le travail et les investissements du détenteur.

---

[864] Cole, D.H., Ostrom, E., « The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources », *in* (dir.) Cole, D.H., Ostrom, E., *Property in Land and Other Resources*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge (MA), 2012.

[865] Expression reprise dans l'ouvrage de T. Eggertsson. Voir Eggertsson, T., *Economic behavior and institutions,* Cambridge University Press, 1990, p. 275.

[866] Voir notamment Ostrom, E., « A diagnostic approach for going beyond panaceas », *Proceedings of the National Academy of Sciences,* No. 104, Vol. 39, 2007 ; Ostrom, E., Marco, J., and John, A., « Going Beyond Panaceas » *Proceedings of the National Academy of Sciences,* No. 104, Vol. 39, 2007.

[867] Rochfeld, J., *Les grandes notions du droit privé,* PUF, 2013.

290. La fonction sociale de la propriété. Un mouvement de socialisation met, par ailleurs, l'accent sur la fonction sociale de la propriété. Cette théorie, défendue en particulier par L. Duguit[868] et L. Josserand[869], considère que la propriété n'est légitime que si elle est socialement utile car elle est un élément de solidarité et une institution sociale. La propriété ne devrait alors exister que dans la mesure de cette utilité sociale[870] et elle devrait être conçue en tant que droit appartenant à tous de jouir des utilités d'une chose. Cette balance entre droits des tiers et obligations du propriétaire a été rappelée par le Conseil constitutionnel[871] et est déjà appliquée, en France, en matière de monuments historiques et de protection de l'environnement[872]. Sur le plan européen, plusieurs décisions de la CJUE et du Tribunal de l'UE ont reconnu la fonction sociale du droit de propriété[873]. Cette fonction du droit de propriété s'est, par ailleurs, révélée nécessaire en matière de droits de propriété intellectuelle. M. Vivant rappelle que ces droits sont une exception[874] et C. Geiger expose qu'ils doivent être modérés et ainsi devenir des « droits relativisés » par les droits des tiers et l'intérêt général[875]. La directive européenne du

---

[868] Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel – La Théorie générale de l'État*, T. III, 2ème éd., Paris, de Broccard, 1923.

[869] Josserand, L., *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 2ème éd., 1939.

[870] L. Duguit souligne que : « La propriété n'est point un droit intangible et sacré, mais un droit continuellement changeant qui doit se modeler sur les besoins sociaux auxquels il vient répondre. S'il arrive un moment où la propriété individuelle ne répond plus à un besoin social, le législateur doit intervenir pour organiser une autre forme d'appropriation des richesses. ». Voir, Duguit, L., *op. cit*., p. 618.

[871] Le Conseil constitutionnel déclare que : « Postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée (…) par des limitations exigées par l'intérêt général. » (Cons. const., 25 juillet 1989, déc. No. 89-256 DC).

[872] B. Grimonprez parle de « fonction environnementale de la propriété » pour abandonner l'idée que l'homme est émancipé de la nature et la regarde comme un objet d'appropriation. Le droit de propriété devrait, au contraire, servir à protéger la nature. Voir Grimonprez, B., « La fonction environnementale de la propriété », *RTD Civ*. 2015, p. 539. Selon L. Millet, la décision n° 81-132 D.C. du Conseil constitutionnel, et particulièrement son délibéré, consacrent pour la première fois la fonction sociale de la propriété. Voir Millet, L., « Comprendre la fonction sociale du droit de propriété », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes,* Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, spé. p. 75. L'Italie a, par ailleurs, inscrit la fonction sociale de la propriété au sein de la Constitution à l'art. 42, al. 2. Voir Marella, M.R., « The Commons Goods. A Quest For Another Relation Between Peoples And Things », *in* Chaigneau, A., (dir.), *op. cit*., p. 53. Mais encore, les juges constitutionnels allemands, espagnols, portugais ou nord-américains soulignent expressément que la fonction sociale du droit de propriété est un élément structurel de la définition même du droit et non une simple limite externe à sa définition et à son exercice. Voir Millet, L., *op. cit*., p. 79-81.

[873] L. Millet expose que 70 décisions de la CJUE et du Tribunal de l'UE ont reconnu la fonction sociale du droit de propriété dont 8 arrêts rendus par la Grande chambre de la CJUE (voir par exemple, CJUE, 11 juillet 1989, *Schräder*, C-265/87, pt. 3 ; CJUE, 14 décembre 2004, *Swedish Match AB*, C-210/03, pt. 72). Voir Millet, L., *op. cit*., p. 77. Il est en de même à l'art. 17, paragraphe 1er *in fine* de la Charte européenne des droits fondamentaux, de valeur contraignante, qui donne pouvoir au législateur de réglementer l'usage de la propriété privée dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.

[874] « Si l'on accepte que ces droits vont à l'encontre du statut primaire de la liberté des produits de l'esprit humain, et que la protection par la propriété intellectuelle est une exception, la "réservation" doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire compte tenu de la "raison d'être" du droit de propriété intellectuelle en cause. » Voir Vivant, M., « Intellectual property rights and their functions : determining their legitimate "enclosure" », *Kritika*, Vol. 2, 2017, p. 44. M. Vivant souligne également que : « Un droit de propriété intellectuelle peut être invoqué mais ne peut être invoqué que dans la fonction qui est la sienne, c'est-à-dire la fonction que, dans un certain état économique, culturel, social, on entend lui reconnaître. » Voir Vivant, M., « De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle », *in* Vivant, M., (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 3ème éd., 2020, spé. p. 15.

[875] Selon C. Geiger, il est devenu nécessaire de reconnaître la fonction sociale de la propriété en raison du contexte d'expansion des droits de propriété intellectuelle. Voir Geiger, C., « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de propriété intellectuelle », *in* Vivant, M., (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Droit & Economie, 2014, p. 79.

17 avril 2019[876] garantirait ainsi un changement de paradigme dans l'objet des droits de propriété intellectuelle, en particulier des droits de propriété littéraire et artistique, en soulignant leur nécessaire régulation en faveur de l'intérêt général[877]. La « fonctionnalisation » de la propriété est ainsi progressivement consacrée car il existe une prise de conscience que ce droit ne doit pas toujours primer et que les intérêts des tiers doivent raisonnablement être pris en compte[878].

291. La reconnaissance d'un droit d'accès aux tiers. Il devient alors possible de concevoir la propriété en tant que forme de relation aux personnes en reconnaissant l'existence d'un droit d'accès aux tiers ou encore un droit de ne pas être exclu de l'usage ou de la jouissance de biens immatériels. Jusque-là, la propriété était majoritairement définie sous son aspect subjectif (un pouvoir de jouissance sur la chose), son aspect objectif (la qualité de la chose à être exclusive) et son aspect intersubjectif (exclusion des tiers). Or, sans devenir propriétaire, les tiers pourraient détenir un droit d'accéder aux utilités du bien immatériel. En raison de l'ubiquité des « biens immatériels » et en particulier des savoirs, l'intérêt général tend à être pris en compte pour rompre avec la protection du seul intérêt individuel du détenteur. A. Chaigneau propose notamment d'articuler les droits du propriétaire avec les droits des tiers[879]. L'idée serait de reconnaître des droits *ad hoc* à des tiers fondés sur le besoin, la dignité ou encore le développement durable car le droit de propriété, dans sa conception actuelle, fait obstacle à l'accomplissement de nombreux usages sur le bien. Les qualités de la chose ne devraient pourtant pas se réduire à celles dont le propriétaire veut en tirer avantage. J. Rifkin parle alors de « l'âge de l'accès[880] » pour expliquer cette logique d'un droit d'accès aux tiers

[876] Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives n° 96/9/CE et 2001/29/CE.

[877] Comme le souligne F. Siiriainen, la directive n° 2019/790 s'assure que « l'exercice des droits exclusifs ne soit plus abandonné à la seule volonté du titulaire ou même au marché, afin qu'ils assurent également une fonction sociale et économique pour l'ensemble des parties prenantes au marché. » et « (…) il s'agit aujourd'hui d'articuler les différentes catégories d'intérêts qui peuvent chacune se prévaloir d'un point de vue juridique de droits fondamentaux, donc de droits d'égale valeur juridique et d'un point de vue socio-économique, d'intérêts dignes de protection, afin de faire en sorte que le marché fonctionne en respectant une certaine équité. » Voir Siiriainen, F., « Nouveau changement de paradigme pour le droit de la propriété littéraire et artistique », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 391 et 397.

[878] Selon R. Libchaber : « La propriété n'est alors plus prise dans la perspective de l'épanouissement individuel qu'elle permet, mais considérée en fonction de l'intérêt social. » Voir Libchaber, R., « La propriété, droit fondamental », *in* Cabrillac, R., Frison-Roche, M.A., Revet, T., (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 12ème éd., 2006, spé. p. 659.

[879] A. Chaigneau étudie deux moyens d'affecter le bien à un intérêt collectif : l'affectation à l'utilité publique ou l'affectation à un projet commun. Voir Chaigneau, A., « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique*,* t. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 335-350. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-335.htm

[880] Rifkin, J., *L'âge de l'accès,* La Découverte, Essais, 2005.

tout en maintenant le propriétaire dans son statut à l'égard de ses biens matériels ou immatériels. Dans le même sens, J. Rochfeld parle de « communautés diffuses[881] » pour définir un groupe d'individus qui n'est pas propriétaire mais qui se présente comme les utilisateurs légitimes ainsi que comme les bénéficiaires de la conservation et de la transmission de la ressource concernée. De même, P. Crétois explique que le propriétaire deviendrait l'administrateur de l'accès et les tiers seraient investis d'un pouvoir contre le droit d'exclusion détenu par les propriétaires[882]. Cette voie semblerait efficace car elle se concrétiserait dans la création de véritables droits d'accès opposables à l'égard des biens d'accomplissement.

292. Un droit d'accès des tiers sur des ressources spécifiques. Le droit de propriété pourrait être un droit d'administrer l'accès aux ressources, et plus particulièrement aux biens d'accomplissement, d'humanité et de dignité. Dans cette optique, les biens ne devraient pas être uniquement considérés comme des ressources matérielles appropriables et échangeables. Ils peuvent aussi être vecteurs d'accomplissements, c'est-à-dire nécessaires à « des fonctionnements dont un humain a besoin pour se développer pleinement quant à lui-même et dans son environnement[883] ». C'est pourquoi, le droit d'accès devrait concerner tous les biens qui sont nécessaires à la condition du développement et à la plénitude, aussi bien physique qu'intellectuelle, de l'être humain. En s'inspirant des propositions de C. Macpherson[884], les ressources auxquelles un droit d'accès aux tiers devrait être systématiquement reconnu concernent les valeurs immatérielles indispensables pour maintenir une vie pleinement épanouie et digne d'être vécue. Ce sont les ressources en lien avec la dignité qui seraient concernées, et plus particulièrement les ressources vitales (médicaments essentiels, aliments de base, eau potable) et d'humanité (connaissances, savoirs, sciences). Le propriétaire aurait donc une responsabilité sociale à l'égard des tiers lorsque son bien représente une part de l'accomplissement de ces dernières et entraîne des répercussions sur leur qualité de vie. L. Duguit parlait d'ailleurs déjà d'un devoir du propriétaire d'employer la chose qu'il détient à la satisfaction des besoins collectifs tout autant que ses besoins individuels, à défaut de quoi le

[881] Rochfeld, J., « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique, T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 351-369, spé. p. 365. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-351.htm

[882] Cretois, P., « La propriété repensée par l'accès », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique, T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 319-333, spé. p. 324. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-319.htm

[883] Par exemple, l'accès à une nutrition équilibrée, l'accès à la lecture ou l'accès à l'éducation seraient valorisés par la conception du bien pensé comme accomplissement et non comme simple ressource matérielle. Voir Cretois, P., *ibid*., p. 321.

[884] Macpherson, C.B., « Democratic Theory: Essays in Retrieval, Clarendon », *Oxford University Press*, 1973, p. 125.

propriétaire devait être sujet à réparation et répression[885].

293. La diversité des formes d'accès. Concevoir la propriété comme un droit de ne pas être exclu ou un droit d'inclusion paraît logique dans le contexte actuel d'un monde interconnecté utilisant de façon récurrente et constante les savoirs. De même, cette conception de la propriété semble être en accord avec les droits de propriété intellectuelle puisque le principe est bien la mise en relation de la propriété avec les besoins collectifs et sociaux[886]. Il n'existerait toutefois pas un seul accès libre et généralisé mais plutôt différents types d'accès à prendre en compte. P.B. Joly[887] explique que l'accès peut être divisé en quatre modalités créant une hiérarchie allant d'un accès le plus large possible à un accès plus limité et conditionné :

- Accès libre, généralisé, gratuit : ce type d'accès représente l'idéal dans un contexte d'utilisation intensive des savoirs puisque n'importe quelle personne peut accéder facilement et gratuitement à ce bien immatériel sans qu'un propriétaire ne puisse légitimement mettre en place des obstacles à cet accès.

- Accès libre, restreint, gratuit : L'accès est libre et gratuit mais le propriétaire peut restreindre les possibilités pour les tiers d'accéder aux ressources intellectuelles, en utilisant notamment des mesures techniques ou encore en ne permettant l'accès qu'à un collectif bien déterminé.

- Accès conditionnel, généralisé, gratuit : Tout tiers peut accéder gratuitement aux ressources intellectuelles mais cet accès est soumis au respect de certaines conditions imposées par le propriétaire, notamment dans la portée de l'accès, c'est-à-dire si le propriétaire autorise un simple accès ou bien également un droit de réutilisation.

---

[885] Duguit, L., *Traité de droit constitutionnel – La Théorie générale de l'État*, T. III, 2ème éd., Paris, de Broccard, 1923., spé. p. 624.

[886] Par exemple, le CPI sanctionne à plusieurs reprises le non-usage d'une invention, d'une marque ou des droits d'exploitation en droit d'auteur. En effet, l'art. L. 714-5 du CPI prévoit la déchéance des droits du titulaire de la marque lorsque celui-ci n'a pas fait un usage sérieux de la marque pendant une période ininterrompue de 5 ans et sans justes motifs. Concernant le droit des brevets, l'art. L. 613-11 du CPI prévoit l'octroi à tout tiers qui en fait la demande d'une licence obligatoire en cas de défaut d'exploitation du brevet par le titulaire de droits pendant un délai de trois ans à compter de la délivrance du brevet ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande ou encore lorsque l'exploitation a été abandonnée depuis plus de trois ans. Mais encore, des licences d'office peuvent être imposées dans l'intérêt du développement économique (art. L. 613-18 du CPI), de la santé publique (art. L. 613-16 du CPI, règlement communautaire n° 816-2006 du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique) et de la défense nationale (art. L. 613-19 du CPI). Aussi, en droit d'auteur, l'art. L. 212-12 du CPI sanctionne le producteur de phonogrammes en cas d'abus notoire dans le non-usage de ses droits d'exploitation. Mais encore, l'art. L. 122-9 du CPI sanctionne les représentants de l'auteur décédé en cas d'abus notoire dans le non-usage des droits d'exploitation.

[887] Joly, P.B., « 2. L'accès à l'âge du capitalisme informationnel », *in* Bellivier, F., et *al.*, *La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 24-37.

- Accès conditionnel, restreint, payant : ce type d'accès est le plus contraignant puisque les tiers doivent payer et respecter certaines conditions édictées par le propriétaire pour pouvoir accéder aux ressources intellectuelles.

Par conséquent, si la propriété doit désormais être conçue, non plus comme droit d'exclure, mais comme droit d'inclusion, comme droit de ne pas être exclu ou encore comme droit d'accès, il semble évident que l'accès libre, généralisé et gratuit devrait primer sur les autres formes d'accès plus restrictives.

294. L'influence des biens incorporels dans l'évolution de la conception de la propriété. Concernant la propriété en tant que relation aux utilités, la conséquence est la relativisation de l'exclusivité. Avec le phénomène récent de dématérialisation, la propriété doit en effet nécessairement s'adapter. Les rédacteurs du Code civil ne pouvaient pas prévoir le changement sociétal relatif à ce nouvel attrait à l'égard des biens incorporels prenant l'ascendant sur les biens corporels. La propriété serait toujours conçue comme la possibilité de se réserver les utilités et la valeur du bien mais ne devrait pas forcément toujours être accompagnée du pouvoir d'interdire exclusif et absolu à l'égard des tiers. Ce changement s'explique pas la nature même des biens incorporels puisque ces derniers ne nécessitent aucune maîtrise matérielle pour être propriétaire, ils se suffisent en eux-mêmes. Le propriétaire détient un titre juridique sur ce bien immatériel et peut laisser les tiers en retirer les utilités. Il devient effectivement possible de décomposer les utilités du bien immatériel en les affectant à différents titulaires[888]. La propriété deviendrait alors une forme de relation aux utilités qui serait attachée à la valeur et à l'utilité du bien dans toutes ses dimensions (y compris immatérielles) et non à la seule possession matérielle de celui-ci.

295. La propriété en tant que faisceau de droits. Cette conception de la propriété comme forme de relation aux utilités rappelle la conception adoptée par les Etats-Unis, et plus généralement dans les pays de *Common Law*. La propriété y est constituée comme un faisceau de droits (*bundle of rights*) dans lequel sont notamment inclus le droit de posséder, le droit de contrôle de l'utilisation, le droit d'exclusion, le droit d'utiliser ou encore le droit de disposer. En principe, les droits ou les intérêts des tiers priment sur le droit absolu d'exclure. M. Galey décrit le droit de *Common Law* comme un système de propriété linéaire avec l'avantage de créer

[888] Ces utilités superposées rappellent le système féodal des propriétés simultanées qui s'est ensuite développé durant tout l'Ancien Régime. Il existait des propriétés plurales avec plusieurs propriétaires exerçant des droits distincts sur un même bien sans être en concurrence puisqu'ils exerçaient des droits différents.

une hiérarchie verticale[889]. Le transfert des droits n'est jamais complet et définitif car lorsque le droit est démembré, le propriétaire conserve toujours un droit de contrôle sur la chose. Ce système crée des relations d'obligations personnelles entre le propriétaire et les tiers par rapport au bien approprié. Dès lors, ce système de propriété linéaire rend possible la reconnaissance de droits d'accès joints à la propriété initiale. Ces droits d'accès sont appelés, par M. Galey, des « droits de propriété équitable[890] » et font référence à l'*equity*. L'*equity*[891] peut en effet rendre possible et légitime pour les tiers l'accès à des ressources même en l'absence de titres de propriété. Cette notion renvoie par ailleurs au mécanisme du *trust,* mis en œuvre au sein des systèmes de propriété linéaire, et en particulier du droit de *Common Law*[892]. Ce mécanisme permet à un *setlor,* le fondateur du *trust*, de se dessaisir de tout ou partie de ses biens et de charger une personne de confiance, un *trustee*, de gérer ces biens en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires. Ce *trustee* est investi de la propriété légale de certains biens tenus en *trust* pour pouvoir les gérer, les administrer et en disposer au profit d'une fin spécifique ou bien au profit d'un bénéficiaire, lequel se voit reconnaître une « propriété équitable[893] ». Ces bénéficiaires sont eux-mêmes titulaires d'un droit de propriété tout comme le *trustee*. Mais le bien n'entre pas dans le patrimoine du *trustee* ni dans celui des bénéficiaires car ils sont propriétaires dans l'intérêt d'autrui. Par conséquent, cette conception de la propriété associée au *trust* se distingue de la propriété privée exclusive du droit romano-civiliste : une relation triangulaire est créée et fondée sur la confiance[894].

296. La conception occidentale classique de la propriété, un obstacle au démembrement du droit de propriété ? Dans notre droit romano-civiliste, décrit par M. Galey

---

[889] Galey, M., « La typologie des systèmes de propriété de C.R. Noyes : un outil d'évaluation contextualisée des régimes de propriété privée, publique et commune » *in* (dir.) Eberhard Christoph, *Enjeux fonciers et environnementaux.* Dialogues afro-indiens, Pondicherry, Éditions de l'Institut Français de Pondichéry, 2008, pp. 89-125.

[890] Terme utilisé par M. Galey faisant référence à l'*equity.* Voir Galey, M., *ibid*.

[891] L'*equity* désigne un ensemble de règles ou de principes juridiques venant s'ajouter au droit du *Common Law*. Il s'assimile surtout au *trust,* comme le souligne L.A. Sheridan : « Son rejeton le plus robuste est le trust, auquel on peut recourir pour séparer l'administration des biens de leur bénéfice, en considérant comme propriétaire en *equity* une personne différente de celle qui possède le titre légal. » Voir Sheridan, L.A., « La notion d'*equity* en droit anglais contemporain », *Les Cahiers du droit*, Vol. 10, No. 2, 1969, pp. 327-340, spé. p. 329.

[892] Galey, M., *ibid*.

[893] Selon l'expression utilisée par M. Galey. Voir Galey, M., *ibid*.

[894] M. Galey donne l'exemple de la *Common Law* indienne ayant utilisé l'*equity,* et plus particulièrement le *trust*, pour mettre fin aux conflits d'usages et d'intérêts sur les ressources naturelles. En effet, l'Etat indien est considéré comme le *trustee* des ressources naturelles qui ont vocation à être affectée à l'usage et à la jouissance du public. Le public est alors bénéficiaire « équitable » des ressources naturelles de telle sorte que ces dernières ne peuvent pas être objets d'un droit de propriété privée exclusif et individuel. De même, en Australie, le mécanisme du *trust* a été utilisé par la *High Court* du Queensland pour reconnaître des droits coutumiers autochtones (*native titles*) sous forme d'obligations fiduciaires à l'égard de l'Etat. Voir Galey, M., *ibid*.

comme un système direct et collatéral[895], il semble, en revanche, impossible d'organiser des maîtrises concurrentes sur un même bien[896]. Le propriétaire a la maîtrise absolue de la chose à travers le *dominium* et la propriété est conçue comme un droit subjectif mettant l'accent sur le lien entre le propriétaire et la chose. Les propriétaires étant dans des relations horizontales, la disposition de la chose par le propriétaire entraîne la transmission complète et définitive de la propriété sans possibilité de contrôler l'usage futur. Cependant, la propriété divisée existante dans le droit de *Common Law* ne semble pas totalement absente dans notre droit romano-civiliste puisque la Déclaration des droits de l'homme, à l'article 8, utilise le pluriel pour parler de propriété. L'article dispose que : « La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés. » De même, le Code civil rend possible le démembrement du droit de propriété en séparant notamment le plein droit de propriété en deux éléments : l'usufruit et la nue-propriété. Cette situation apparaît de façon récurrente en matière de succession, de donation ou de vente dans un objectif fiscal.

297. Transition. Maintenant que les différentes conceptions du droit de propriété ont été étudiées, il convient de souligner les différents effets et conséquences créés par la conception occidentale du droit de propriété.

PARAGRAPHE II. LES EFFETS ET CONSEQUENCES NEGATIFS DES REGIMES DE PROTECTION : COROLLAIRES DE LA CONCEPTION OCCIDENTALE CLASSIQUE DU DROIT DE PROPRIETE

298. Plan. Nous verrons tout d'abord les effets et conséquences de la conception occidentale du droit de propriété sur les droits de propriété intellectuelle, et en particulier le droit des brevets et le droit d'auteur. Nous constaterons ainsi que, d'une part, le droit des brevets crée de plus en plus un véritable monopole sur les savoirs (A) et que, d'autre part, le droit d'auteur entraîne une enclosure des savoirs en raison de ses ambiguïtés (B). Nous remarquerons en outre que la conception occidentale du droit de propriété amène à favoriser le régime de protection du secret (C).

[895] Galey, M., *ibid*.

[896] Cette conception de la propriété serait une influence directe de l'organisation sociétale romaine en groupes sociaux indépendants et égaux dans lesquels le partage se faisait uniquement entre le domaine public interfamilial (chef de famille) et le domaine privé intrafamilial (organisation politique).

A) La monopolisation ascendante des savoirs par le droit des brevets

299. Plan. Comme le souligne E. Berthet : « Les efforts consentis par le droit des brevets sont plus modérés et une certaine suprématie de ce droit demeure, parfois au détriment de la collectivité[897]. » Le droit des brevets a en effet créé un véritable monopole sur les ressources intellectuelles ayant diverses conséquences. D'abord, ce monopole entraîne une appropriation et un verrouillage des savoirs en raison de la reconnaissance d'un droit exclusif d'exploitation sur tout résultat d'un travail intellectuel du détenteur (1). Ensuite, ce monopole privilégie la valeur d'échange des savoirs pour imposer une économie de marché au détriment de leur valeur d'usage (2).

1) Des savoirs appropriés et verrouillés : l'effet de la prédominance du droit exclusif d'exploitation sur tout résultat d'un travail intellectuel

300. Les différentes phases constitutives d'une appropriation des biens incorporels. L'appropriation privative des objets immatériels se serait faite en trois temps. M. Xifaras[898] explique qu'en premier lieu, entre le XVIème et le XVIIIème siècle, les droits de propriété intellectuelle n'étaient pas associés principalement au droit de propriété comme droit absolu, privatif et exclusif. Puis, entre 1830 et 1950, ces droits de propriété intellectuelle se sont rapprochés du droit de propriété. Deux thèses ont occupé les débats : d'une part, la thèse en vertu de laquelle il existerait un droit naturel du propriétaire sur tout résultat de son travail intellectuel, et d'autre part, la thèse selon laquelle il faudrait reconnaître un privilège exclusif aux détenteurs[899]. Enfin, la troisième période (1950 jusqu'à aujourd'hui) est celle d'une appropriation comme garantie d'une exclusivité et non comme maîtrise absolue de la chose. La propriété des biens immatériels aurait désormais pour essence d'exclure les tiers des utilités du bien protégé grâce au droit exclusif d'exploitation.

301. La protection indirecte et exclusive des savoirs par le droit des brevets. Le droit des brevets en particulier, par une protection indirecte et exclusive, a pour effet de verrouiller

[897] Berthet, E., « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle appliquée au médicament », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 26.

[898] Xifaras, M., « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, No. 41, 2010, pp. 50-64, spé. p. 50-51.

[899] Cette conception est critiquée, en 1878, par M. Chevalier, notamment au regard de la liberté du travail. Voir Chevalier, M., *Les brevets d'invention examinés dans leurs rapports avec le principe de la liberté du travail et avec le principe de l'égalité des citoyens*, Paris, Guillaumin, 1878.

les savoirs à l'égard des tiers et de les rendre appropriables selon la conception exclusiviste occidentale étudiée précédemment. Même si le titulaire détient un droit exclusif d'exploitation directement à l'égard de l'invention, ce dernier pourra indirectement limiter l'accès aux savoirs relatifs à cette invention. Ainsi, une protection indirecte des savoirs par le régime des brevets semble possible dans différentes situations. D'abord, les savoirs peuvent avoir permis de réaliser l'invention et le brevet couvre alors le produit obtenu. Dans ce cas, seul le détenteur du brevet est en droit d'exploiter le produit et donc indirectement les savoirs créant ce produit. Si les tiers tentent de créer le produit en exploitant les savoirs, alors ils seront coupables de contrefaçon. Les savoirs peuvent aussi être relatifs aux différentes étapes de fabrication de l'invention et le brevet portera alors directement sur les éléments du procédé. Nous pensons, par exemple, aux connaissances pratiques pour fabriquer un médicament et aboutir à un produit finalisé. Le brevet peut, en outre, porter sur une machine qui permet la mise en œuvre du procédé. Une connaissance pratique peut nécessiter l'utilisation d'une machine spécifique qui pourra être brevetée. Dans ce cas, l'utilisation des savoirs risque d'être bloquée s'il est nécessaire d'avoir recours à la machine brevetée pour utiliser les savoirs. Par conséquent, le droit des brevets, en rendant tout résultat d'un travail intellectuel protégeable par un droit exclusif d'exploitation, a pour effet indirect de privatiser les savoirs.

302. Le tempérament par l'exigence d'une publication de l'invention. Certes, le droit des brevets prévoit la publicité des inventions déposées auprès de l'INPI pour permettre aux tiers d'accéder à l'invention et indirectement aux savoirs afin de s'en inspirer et potentiellement créer quelque chose de nouveau. L'article L. 612-5 du CPI prévoit la publication par l'INPI par la mise à disposition au public du dossier des demandes d'un brevet. Aussi, l'article L. 612-21 du CPI requière que la demande de brevet inclut une description de l'invention « de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter[900]. » La description est soumise à des conditions relatives à son contenu (art. R. 612-12 du CPI[901]). À défaut, la sanction est la nullité du brevet[902]. Il y a notamment insuffisance de la description lorsque l'homme du métier doit faire œuvre d'inventeur[903] ou est conduit à produire des efforts

[900] Cette exigence se retrouve en droit européen à l'art. 83 de la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973.

[901] Notamment l'indication du domaine technique auquel se rapporte l'invention, l'indication de l'état de la technique antérieure connu du demandeur, l'exposé de l'invention pour comprendre le problème et la solution apportée, l'indication des avantages de l'invention par rapport à l'art antérieur ou encore l'exposé détaillé d'au moins un mode de réalisation de l'invention.

[902] Art. L. 613-25, b) du CPI.

[903] Par exemple, les chambres de recours de l'OEB jugent la description insuffisante lorsque l'homme du métier doit vérifier la résolution effective du problème technique par ses propres moyens, au terme d'un programme de recherches ou d'expériences excessif (affaire *Biopolymers et MIT*, 21 janvier 1998, No. T. 639/95).

excessifs pour réaliser l'invention[904].

303. Les limites relatives à la condition de publication de l'invention. Une limite apparaît néanmoins au détriment des tiers. Le demandeur n'est pas contraint de divulguer, *via* la description, le mode de réalisation optimal pour l'invention[905]. J. Azéma et J.C. Galloux en concluent que la description doit apporter les connaissances théoriques nécessaires à l'invention mais en aucun cas les connaissances pratiques[906]. Le déposant est alors en droit de conserver secrètes les informations qui permettront d'optimiser l'utilisation de l'invention pour conserver un avantage sur ses potentiels concurrents. De plus, une autre limite est que les tiers n'ont qu'un simple accès à la description de l'invention mais ils ne sont pas libres de l'exploiter. Le droit des brevets donne en effet le pouvoir au titulaire de droits d'interdire l'exploitation de l'invention par les tiers et conséquemment le pouvoir de choisir d'autoriser ou non les tiers à exploiter l'invention. Les articles L. 613-3 et L. 613-4 du CPI précisent les actes qui ne peuvent être accomplis sans l'autorisation du titulaire de droits :

- S'il s'agit d'un produit breveté alors les tiers n'ont pas le droit, sans l'autorisation du titulaire de droits, de fabriquer, offrir, mettre dans le commerce, utiliser, importer, exporter, transborder ou détenir le produit objet du brevet[907]. Dès lors, comme le soulignent J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny : « Le simple fait d'utiliser l'invention constitue, en principe, un acte de contrefaçon[908]. » ou encore, selon l'adage, « Perfectionner, c'est contrefaire[909] ». Effectivement, il ne suffit pas de perfectionner une invention pour être libéré de tout risque de contrefaçon : « une invention peut parfaitement faire l'objet d'un brevet alors même que sa mise en œuvre constituerait un acte de contrefaçon d'un brevet dominant[910]. » Dans ce cas, une licence de dépendance doit être demandée[911].

- S'il s'agit d'un procédé alors est interdit, sans l'autorisation du titulaire de droits, l'utilisation du procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances

---

[904] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 308.

[905] En effet, la chambre de recours de l'OEB a indiqué qu'une invention est suffisamment décrite s'il est indiqué clairement au moins un mode de réalisation permettant à l'homme du métier d'exécuter l'invention (No. T. 292/85, 27 janvier 1988).

[906] « La description a pour but de donner un accès intellectuel à l'invention – qui relève du droit de brevet – et non pas un accès industriel à celle-ci – qui relève du savoir-faire. » Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 307.

[907] Art. L. 613-3, a) du CPI.

[908] Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *Droit de la propriété industrielle,* LexisNexis, 1ère éd., mai 2016, spé. p. 157.

[909] Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *op. cit*., p. 363.

[910] Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *op. cit*., p. 363.

[911] Art. L. 613-15 du CPI.

rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire français[912]. Mais encore, la protection du procédé breveté peut s'étendre à l'exploitation du produit obtenu par le procédé. En effet, alors que seul un procédé serait breveté, la contrefaçon peut être réalisée par l'exploitation du produit directement obtenu par le procédé : « L'exploitation du produit n'est sanctionnée que dans la stricte mesure où ce dernier a été obtenu par la mise en œuvre non autorisée du procédé protégé[913]. »

À défaut d'avoir obtenu l'autorisation du titulaire de droits[914], les tiers sont coupables d'actes de contrefaçon. D'ailleurs, la description de l'invention n'a pas pour unique but de permettre l'accès des tiers à la connaissance de l'invention puisqu'elle permet également de déterminer s'il existe un acte de contrefaçon : « Traditionnellement, la détermination de la portée de la revendication est exclusivement le fait de l'interprétation des revendications par la description et les dessins[915]. » Une fois l'autorisation du titulaire de droits obtenue, notamment par la conclusion d'une licence[916], les tiers souhaitant exploiter l'invention sont, par ailleurs, soumis au paiement de redevances. Or, ces dernières peuvent constituer un frein pour les tiers n'ayant pas les moyens financiers.

304. Une monopolisation des savoirs par le détournement des mécanismes. De surcroît, le droit exclusif d'exploitation primerait sur toute volonté de partage. Selon P. Aigrain : « Tout se passe comme si deux mondes habitaient une seule planète, y traçant des routes complétement différentes[917]. » Il existerait un monde du partage opposé à un monde de l'appropriation. Ce dernier est représenté par les droits de propriété intellectuelle. M. Vivant parle de « monopolisation de l'information[918] » et de basculement du savoir vers l'avoir[919]. En principe, l'information et les savoirs seraient simplement réservés par les droits de propriété intellectuelle

[912] Art. L. 613-3, b) du CPI.

[913] Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *op. cit*., p. 158.

[914] « L'élément matériel de la contrefaçon est constitué par l'exploitation de l'invention par un tiers sans l'autorisation du breveté. » Voir Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *op. cit*., p. 356.

[915] Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *op. cit*., p. 359.

[916] « La licence occupe une place privilégiée dans le droit des brevets, comme dans toute la propriété industrielle par ailleurs, en raison de ce qu'elle constitue le vecteur le plus efficace de la circulation des inventions. » Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 429.

[917] Aigrain, P., *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété,* Librairie Arthème Fayard, 2005, p. 24.

[918] Vivant, M., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique,* T. XX, No. 4, 2006, pp. 361-388, spé. p. 370 et 379.

[919] Vivant, M., « savoir et avoir », *APD,* T. 47, *La mondialisation : entre illusion et utopie,* Dalloz, 2003, pp. 333-353, spé. p. 335.

ou par les contrats (notamment *via* le secret). J.M. Mousseron[920] souligne que cette réservation, définie comme le fait de destiner une chose à quelqu'un, se distinguerait de l'appropriation, définie comme le fait de faire d'une chose sa propriété. Les droits de propriété intellectuelle, en principe, ne privatisent alors pas les informations et les savoirs. Effectivement, comme nous l'avons préalablement souligné, en matière de brevets, le titulaire des droits a pour obligation de divulguer son invention rendant sa part informationnelle disponible à tous. Le droit assure aussi la réservation du bénéfice économique des savoirs au titulaire des droits mais l'accès intellectuel aux savoirs doit rester librement accessible à tous. Cependant, peu importe qu'il ne s'agisse que d'une réservation et non d'une appropriation car le résultat est le même : une monopolisation qui se fait notamment par le détournement des mécanismes. M. Vivant explique que l'équilibre entre dépôt du brevet et obligation de divulgation est rompu car le brevet devient un simple droit d'exploitation monopolistique pour toutes inventions, y compris celles à venir[921]. En effet, M. Vivant souligne que le brevet peut être octroyé, essentiellement par les offices de brevets américains[922], sur l'expectative d'un résultat jugé susceptible d'être atteint et non sur un résultat avéré[923]. La philosophie du droit des brevets a alors changé car le brevet est octroyé sans contrepartie assurée : « Le brevet se mue, pour la firme qui le détient, *en droit d'exploitation, 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[924]. » M. Vivant en conclut que la fonction du brevet se transforme en l'instauration d'une sorte de droit de passage à travers l'immobilisation juridique d'un objet et non plus comme l'exploitation d'une technique[925]. C'est la logique des brevets « *up stream* » ou logique du

[920] Mousseron, J.M., « Valeurs, biens, droits », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida,* Dalloz, 1991, p. 277.

[921] Vivant, M., *ibid*., p. 374-375.

[922] Selon B. Coriat, cette pratique venant des Etats-Unis risque d'influencer les autres offices de brevets car « c'est ce droit par excellence qui, par "imitation" ou par "contagion", va s'imposer comme nouvelle norme et progressivement se diffuser au niveau international. » Il donne notamment l'exemple du vivant ou des logiciels et programmes d'ordinateur. Voir Coriat, B., « Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle », *Revue d'économie industrielle,* No. 99, 2002, spé. p. 18.

[923] « 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 pas la suite se vérifier… ou non. » Voir Vivant, M., *ibid*., p. 374.

[924] Vivant, M., *ibid*., p. 374.

[925] M. Vivant donne l'exemple de l'affaire *Association for Molecular Pathology vs. Myriad Genetics* du 13 juin 2013 (Supreme Court of the United States, No. 12-398). Un brevet couvrait toute méthode permettant de repérer les altérations de certains gènes. Ainsi, une séquence brevetée qui n'est pas *stricto sensu* opératoire, c'est-à-dire qu'elle ne produit pas un résultat donné en tant que tel, peut devenir un passage obligé pour la réalisation d'un test. La Cour Suprême a conclu qu'un segment d'ADN existant à l'état naturel n'est pas brevetable mais qu'un ADN complémentaire (produit synthétique conçu pour reproduire les parties codantes des gènes) peut faire l'objet d'un brevet. *Myriad Genetics* contient alors 500 revendications valables sur 24 brevets différents relatifs à des gènes complémentaires. Voir Vivant, M., « savoir et avoir », *APD,* T. 47, *La mondialisation : entre illusion et utopie,* Dalloz, 2003, pp. 333-353, spé. p. 348 ; Barracough, E., « Les répercussions de l'affaire Myriad sur le secteur de la biotechnologie », *OMPI Magazine,* No. 4, Août 2013.

« *prospect* ». B. Coriat expose même que le brevet s'est transformé en un « permis de chasse[926] » ayant pour objectif d'exclure, ou du moins d'imposer des redevances, à tous les concurrents et le public. L'invention, et indirectement les savoirs, sont alors protégés par le droit des brevets sans même avoir la certitude d'apporter une invention nouvelle à la société en contrepartie du monopole octroyé. Une prolongation de la durée de la protection par le droit des brevets est, par ailleurs, assurée par la pratique de l' « *evergreening* » consistant à déposer, à la suite d'un premier brevet, des brevets secondaires échelonnés dans le temps[927] qui s'avèrent être des brevets « épouvantails[928] » ne remplissant pas les conditions de brevetabilité. Dès lors, ce n'est plus seulement le support, l'invention, qui se présente comme un objet marchand mais également les savoirs eux-mêmes puisqu'un champ d'investigation peut se trouver réservé.

305. La proposition de loi Godfrain, la concrétisation d'une appropriation individuelle et exclusive des savoirs. Cette volonté de verrouillage et d'appropriation des savoirs aurait pu se concrétiser, en France, par une loi qui avait pour objectif d'accorder un véritable droit exclusif d'exploitation sur tout résultat d'un travail intellectuel. C'était l'objet de la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des créations réservées, dite proposition de loi Godfrain[929]. L'article 2 de cette loi disposait : « Les créations qui ne sont pas protégées par des droits de propriété incorporelle relevant des livres 1 (droit d'auteur), 5 (dessins et modèles), et 6 (brevets d'invention) du CPI peuvent, néanmoins, donner naissance à un droit d'exploitation exclusif, temporaire et opposable à tous. ». Selon C. Le Stanc[930], le danger de cette proposition de loi était la souplesse des conditions posées pour bénéficier de la réservation et la portée de ses effets qui auraient pu entraîner l'appropriation privative de toute idée mais aussi de tout savoir. En effet, les conditions de fond avaient un champ d'application large car l'article 1er visait toute création exploitable à des fins lucratives résultant d'un travail intellectuel. Ces conditions pouvaient entraîner la réservation d'un savoir, même s'il n'est pas exprimé, dès lors que c'est une création, c'est-à-dire lorsqu'une personne a établi ou fondé un savoir qui n'existait

[926] Coriat, B., *ibid*., p. 24.

[927] Par exemple, à la suite du dépôt d'un brevet relatif à un médicament, des brevets secondaires seront établis tels qu'un brevet de synthèse, de formulation, d'indications thérapeutiques, de dosages ou de dérivés du principe actif initial. Voir Berthet, E., « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle appliquée au médicament », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 35.

[928] Expression de C. Geiger. Voir Geiger, C., « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de propriété intellectuelle », *in* Vivant, M., (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Droit & Economie, 2014, p. 81.

[929] Proposition de loi relative à la protection des créations réservées, n° 2859, déposée le 30 juin 1992.

[930] Le Stanc, C., « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des « créations réservées », *Recueil Dalloz,*1993, p. 4.

pas encore. Les conditions de forme étaient encore plus souples puisque l'article 4 subordonnait la réservation par une simple décision unilatérale du détenteur concrétisée par l'apposition d'une mention. Mais encore, les effets de la réservation étaient importants puisque le détenteur pouvait imposer un droit d'exploitation exclusif, opposable à tous ainsi qu'un droit à une rémunération (art. 8) pour une durée de 10 ans (art. 6). Ces droits étaient complétés par des moyens de défense en cas de non-respect du droit exclusif d'exploitation. Le titulaire de droits était protégé contre les comportements parasitaires entraînant cessation et réparation (art. 7), il pouvait demander une sorte de saisie contrefaçon (art. 11) mais aussi faire condamner pénalement les tiers à des sanctions principales (art. 14) ainsi qu'à des sanctions complémentaires (art. 15).

306. L'influence de l'Accord sur les ADPIC dans l'appropriation des savoirs. Le verrouillage et l'appropriation des savoirs ont, du reste, été renforcés ou accélérés par la conclusion de l'Accord sur les ADPIC[931]. De prime abord, cet accord semble apporter des résultats positifs. Il a pour objectif de rétablir l'ordre en harmonisant les législations nationales, en simplifiant les procédures et en évitant les différends entre Etats puisqu'il soumet le régime des droits de propriété intellectuelle à des règles internationales communes et fixe des niveaux *a minima* de protection que chaque gouvernement est tenu d'assurer. Aussi, l'OMC démontre une position optimiste en expliquant que la société en retirera des avantages sur le long terme car lorsque la période de protection expirera, les créations « tomberont » dans le domaine public. L'Accord sur les ADPIC se veut, par ailleurs, flexible dans la mesure où les pays sont libres de prévoir des exclusions à la qualification d'invention brevetable dans le but de protéger la moralité ou l'ordre public, notamment concernant les méthodes diagnostiques thérapeutiques et chirurgicales ou encore les procédés biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux. Toutefois, selon J.F. Morin[932], le principal danger de cet accord provient du comportement des Etats-Unis car ces derniers contournent les négociations multilatérales de l'OMC pour imposer aux pays importateurs de technologie des accords bilatéraux, dits « TRIPs plus » ou « Accords ADPIC-Plus », qui vont au-delà des obligations de l'Accord sur les ADPIC[933]. Les Etats-Unis

[931] L'accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, négocié au cours du Cycle d'Uruguay, 1986-1994.

[932] Morin, J.F., « Le droit international des brevets : entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *Études internationales,* Vol. 34, No 3, 2003, pp. 537-562 ; Morin, J.F., « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », *Droit et Société*, No. 58, 2004, pp. 633-656. Dans le même sens, voir Dawkins, K., « Intellectual property rights and the privatization of life », *GeneWatch,* 1999.

[933] Par exemple, de tels Accords « TRIPs Plus » étendent la durée de protection des droits et le champ des objets protégés, réduisent les exceptions légales, obligent à ratifier la Convention de l'UPOV limitant les droits des agriculteurs. Voir notamment Arhel, P., « Propriété intellectuelle. Approche ADPIC-Plus : l'exemple de l'Accord de libre-échange entre les Etats-

emploieraient une stratégie de coercition ou une stratégie dite « de la carotte et du bâton » en utilisant des sanctions commerciales unilatérales (mesure *Special 301*[934]) et des sanctions positives en termes de libre-échange (réduction voire exonération des tarifs douaniers) pour faire respecter et exporter le droit américain des brevets vers les pays importateurs. En plus d'étendre le champ d'application de la brevetabilité, les Etats-Unis étendraient géographiquement le régime des droits de propriété intellectuelle aux pays qui représentent un certain poids économique pouvant affecter les exportations américaines de produits brevetés. Ces pays ne sont pas membres de l'OMC ou bien sont soumis à des périodes dérogatoires. Ainsi, l'objectif est de faire de ces pays des alliés régionaux ou des alliés stratégiques de négociations.

307. Transition. En plus de faire prévaloir le droit exclusif d'exploitation sur tout résultat d'un travail intellectuel, il est également imposé une économie de marché uniforme en faisant primer la valeur d'échange sur la valeur d'usage des savoirs.

2) La primauté de la valeur d'échange sur la valeur d'usage des savoirs : l'imposition uniforme d'une économie de marché

308. La prise de conscience de la valeur marchande des savoirs. » La conception occidentale de la propriété a pour conséquence de relier tout bien immatériel au commerce et donc d'en faire une marchandise monnayable par sa valeur d'échange. En effet, les domaines soumis au brevet ont été étendus aux ressources naturelles mais également indirectement aux savoirs. Ces derniers sont plus particulièrement les cibles du système des brevets depuis la prise de conscience de leur valeur marchande. L'objectif est de s'approprier aussi bien l'objet matériel que la reproduction de la partie informationnelle du support. Cette privatisation a notamment été le facteur de l'introduction des semences hybrides, créant une dépendance des

Unis et le Maroc », *Propriété industrielle,* LexisNexis, No. 1, 2008.

[934] La mesure *Special 301* du *Trade Act* de 1974 amendée à la section 1303 de l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 a pour objectif de combattre les pratiques restreignant l'accès des produits américains dans un pays ou d'identifier les pays ne présentant pas une protection adéquate et effective des droits de propriété intellectuelle. Le représentant pour le commerce extérieur des Etats-Unis (*Office of the United States Trade Representative)* peut engager des rétorsions contre tout acte politique ou pratique d'un pays considéré comme déloyal. Si le pays ne supprime pas les barrières aux échanges et qu'aucun accord n'est trouvé alors des mesures de rétorsion peuvent lui être imposées. La plupart du temps, la simple menace de l'utilisation de cet article suffit à obtenir des concessions. Une liste des pays est dressée annuellement, dite *Priority Watch List,* pour identifier les législations en matière de propriété intellectuelle inadéquates et présentant des conséquences négatives sur les droits de propriété intellectuelle américains. L'Indonésie, le Brésil ou encore l'Inde font partie des pays inclus sur la liste, après une demande de *l'International Intellectual Property Alliance* (IIPA) car ces pays montraient leur intérêt pour le mouvement Open Source. Voir notamment U.S Government Publishing Office, « Identifications of countries that deny adequate protection, or market access, for intellectual property rights », *United States Code*, Section 2242.

agriculteurs à l'égard du titulaire du droit de propriété car celui-ci détient le monopole sur les savoirs relatifs à ces semences. De même, la privatisation a participé à l'essor de l'industrie biotechnologique ou de l'industrie pharmaceutique privilégiant les médicaments rentables, c'est-à-dire soignant les maladies des pays développés.

309. L'influence de l'Accord sur les ADPIC dans la primauté de la valeur d'échange des savoirs. L'OMC insiste bien sur la prise en compte de la valeur commerciale des biens immatériels, et donc des savoirs, en expliquant que : « Les films, les enregistrements musicaux, les livres, les logiciels informatiques et les services en ligne sont vendus et achetés pour l'information et la créativité qui y sont incorporées, et non, en général, pour les matières plastiques, les métaux, ou le papier utilisés dans leur production[935]. » L'Accord de l'OMC sur les ADPIC étend alors de manière très large le champ d'application des objets brevetables. Plus particulièrement, l'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC précise qu'un brevet peut être obtenu pour une invention sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention et au domaine technologique. L'article 27.1 a alors favorisé l'essor des industries biotechnologiques et pharmaceutiques protégeant leurs savoirs, fruits de recherches parfois prolongées et coûteuses, de tout accès aux tiers. Par conséquent, l'Accord sur les ADPIC a intégré les biens immatériels, en particulier les savoirs, dans le système commercial et les a considérés comme des marchandises se monnayant sur un marché[936].

310. La nécessité de prendre en compte la valeur d'usage des savoirs. Or, l'article 6 de la Déclaration universelle du bien commun de l'humanité[937] demande de donner la priorité à la valeur d'usage en exposant que : « L'accès aux valeurs d'usage est un droit fondamental qu'exigent la production et la reproduction de la vie. La valeur d'échange, produit de la commercialisation, doit être soumise à la valeur d'usage et ne peut servir à l'accumulation du capital et à la formation de bulles financières fruits de la spéculation et sources de profondes inégalités sociales. » Cette même Déclaration va même jusqu'à interdire toute action

[935] Organisation Mondiale du Commerce, « Propriété intellectuelle : protection et respect des droits », [En ligne], *in Comprendre l'OMC : les accords*, [Consulté le 20 janvier 2020]. Disponible à l'adresse : https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm7_f.htm

[936] B. Remiche souligne en effet que : « Depuis la fin du siècle dernier, nous constatons une évolution dangereuse de l'utilisation de la propriété intellectuelle (…). Tout devient marchandise : la santé, la culture, le monde environnemental… et la propriété intellectuelle est utilisée pour donner une valeur financière à tout cela. » Voir Remiche, B., « La propriété intellectuelle : outil de développement ou arme de domination ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 922.

[937] La Déclaration universelle du bien commun de l'humanité a été présentée par le Forum mondial des alternatives (FMA) aux mouvements sociaux et aux organisations présentes au Sommet des peuples de Rio de Janeiro en juin 2012.

individuelle ou corporative de circulation économique qui mercantilise les valeurs d'usage comme de simples valeurs d'échange[938]. Dans le même sens, D. Bourg et N. Buclet présentent une « économie de fonctionnalité » reposant sur la valeur d'usage de l'objet, c'est-à-dire ce à quoi il peut servir, plutôt que sur la valeur d'échange, c'est-à-dire la vente du bien lui-même[939]. Ainsi, en favorisant la valeur d'échange sur la valeur d'usage, cette conception a créé des répercussions sur le régime des droits de propriété intellectuelle et parallèlement sur les savoirs eux-mêmes.

311. L'inégale reconnaissance des savoirs entre les Etats, conséquence de la primauté de la valeur d'échange. Le régime des droits de propriété intellectuelle a d'abord produit un système mondial inégal des savoirs. K. Aoki décrit le système des droits de propriété intellectuelle par la phrase suivante : « Si un peu de protection est bon alors beaucoup de protection sera meilleur[940]. » Les pays du Nord auraient effectivement une politique de protection primant sur toute volonté de partage. Cette protection accrue s'expliquerait par la dépendance des droits de propriété intellectuelle à la logique économique et aux décideurs politiques. Selon, G. Krikorian[941], ce renforcement de la protection *via* des droits exclusifs favoriserait alors le maintien et la consolidation du pouvoir d'une classe dominante en lui assurant un contrôle de la production et de la gestion des biens immatériels, et notamment des savoirs. De même, M. Vivant parle de l'existence d'un trinôme savoir, avoir, pouvoir[942] en expliquant que le savoir lui-même devient l'enjeu primordial du pouvoir. Le résultat est l'existence d'une « mondialisation uniforme des brevets[943] » au sein de laquelle les industries des pays développés détiennent des monopoles sur les savoirs. Les autres pays, et surtout les pays en développement et émergents, se retrouvent alors fragilisés par cette concentration des monopoles soutenue par une vive politique d'armement juridique qui entrave leur développement.

---

[938] Art. 6 de la Déclaration universelle du bien commun de l'humanité.

[939] Bourg, D., Buclet, N., « L'économie de fonctionnalité. Changer la consommation dans le sens du développement durable », *Futuribles*, No. 313, 2005, pp. 27-37.

[940] [Notre traduction] « If a little bit of protection is good then a lot will be better. » Voir Aoki, K., « Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-so-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection », *Indiana Journal of Global Legal Studies,* Vol. 6, No. 1, Article 2, 1998, p. 27.

[941] Krikorian, G., « Accès à la santé ou renforcement des droits de propriété intellectuelle : enjeux des normes internationales », *in* Vecam (dir.)., *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIè siècle,* C&F, 2011, pp. 105-115.

[942] Vivant, M., « Savoir et avoir », *APD,* T. 47, *La mondialisation : entre illusion et utopie,* Dalloz, 2003, p. 1.

[943] Aigrain, P., *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété,* Librairie Arthème Fayard, 2005, p. 27.

312. Les comportements de « biopiraterie », conséquence de la primauté de la valeur d'échange. Les pays du Sud sont, de plus, freinés par les pays du Nord car, avec la vision anti compétitive et monopolistique de ces derniers, les ressources issues des pays du Sud sont transformées en ressources protégées par des brevets. Or, les pays développés utilisent de manière non autorisée les ressources biologiques et monopolisent les savoirs en brevetant l'invention issue de ces derniers. Le régime des droits de propriété intellectuelle, avec la volonté d'assurer une économie de marché, a alors favorisé les comportements de « biopiraterie[944] ». En conséquence, les pays du Sud n'ont même plus les moyens financiers pour utiliser légalement leurs ressources, issues de leurs savoirs, car elles sont désormais protégées par le droit des brevets. Les savoirs étaient pourtant détenus initialement par les fournisseurs des pays du Sud. Pour ne donner que quelques exemples, des médicaments, pesticides ou insecticides sont protégés par le droit des brevets dont les savoirs relatifs au principe actif ont été trouvés dans un pays en développement ou émergent. Ainsi, la « biopiraterie » est en relation très étroite avec les savoirs, et plus particulièrement les savoirs dits « traditionnels » des communautés autochtones et locales.

313. Le risque d'une disparition des savoirs dits « traditionnels », conséquence de la primauté de la valeur d'échange. Cette conception est, du reste, aux antipodes de la vision des communautés autochtones et locales car elle impose une économie de marché à ces dernières plutôt qu'une économie de réciprocité[945]. L'objectif principal est la recherche du profit et la conséquence directe est la nécessaire redéfinition des rapports sociaux ainsi que des rapports de production et de distribution. Le risque est alors d'influencer le système de valeurs et de croyances des communautés autochtones et locales, et donc de détériorer leur système culturel et idéologique, voire de perdre définitivement les savoirs dits « traditionnels ».

314. Transition. Outre le droit des brevets, c'est aussi le droit d'auteur qui entraîne une certaine monopolisation des savoirs.

---

[944] La « biopiraterie », selon le dictionnaire Larousse, est définie comme une « appropriation (dépôt de brevets) et exploitation par des sociétés commerciales, dans des conditions jugées illégales ou inéquitables, de ressources biologiques ou génétiques propres à certaines régions. »

[945] A. Chaigneau utilise le terme « économie collaborative » se concrétisant par l'institutionnalisation de formes sociales alternatives aux sociétés commerciales. Par exemple, la « *società benefit* » en Italie, la société à objet social étendu (SOSE) ou l'entreprise de l'économie sociale et solidaire (ESS) en France exigent la « formulation d'un objet social plus précis et plus consistant que le seul partage des bénéfices et des pertes pour articuler rentabilité économique et contribution au commun. » Voir Chaigneau, A., « L'entreprise collaborative à la recherche d'une raison sociale », *in* Parachkénova, I., Teller, M., (dir.), *Quelles régulations pour l'économie collaborative ?*, Dalloz, 2018, pp. 89-102, spé. p. 98-99.

B) Les ambiguïtés du droit d'auteur propices à l'enclosure des savoirs

315. Plan. En principe, le droit d'auteur ne protège que la forme, c'est-à-dire l'expression matérialisée, et non le fond de l'œuvre de l'esprit[946]. Cependant, la clarté des dispositions du droit d'auteur est remise en cause par ses diverses ambiguïtés. La distinction entre le fond et la forme de l'œuvre est en effet difficile voire impossible à déterminer (1). Aussi, des technologies assimilées au droit d'auteur produisent des effets sur le fond de l'œuvre en freinant la dissémination des savoirs (2).

1) La difficile voire impossible divisibilité du fond et de la forme

316. Le principe relatif à la distinction entre le fond et la forme. Le principe du droit d'auteur est qu'il protège uniquement l'expression singulière, personnelle des idées, c'est-à-dire la forme à l'exclusion du fond. En effet, « les idées sont de libre parcours[947] » et ne sont donc aucunement susceptibles d'appropriation. Cette règle de la distinction entre le fond et la forme est mentionnée en droit d'auteur international[948] ainsi qu'au sein du CPI[949]. Une création doit alors être nécessairement matérialisée dans une forme concrète et originale pour être protégeable. L'objectif du droit d'auteur étant la diffusion du savoir, son régime a été créé afin que l'accès au savoir soit toujours assuré malgré le droit exclusif conféré sur le support matériel.

317. La difficulté pratique de respecter le principe de divisibilité du fond et de la forme. Il apparaît cependant que le droit d'auteur protège indirectement et de façon exclusive les savoirs car le principe de divisibilité du fond et de la forme demeure controversé. Effectivement, le fond et la forme ne sont pas si aisément dissociables l'un de l'autre. Comme B. Edelman[950] le souligne, « la main et l'esprit » ne sont pas si facilement séparables et P. Le Tourneau ajoute que : « La distinction de la forme et de l'idée, sur laquelle repose le rejet de la

[946] Sur les évolutions dans l'interprétation de la propriété littéraire et artistique entre un simple privilège et un droit, voir Laboulaye, E., Guiffrey, G., *La Propriété littéraire au XVIII*ème *siècle*, Hachette, Paris, 1859.

[947] Desbois, H., *Le droit d'auteur en France,* Dalloz, 3ème éd., 1978, p. 22.

[948] Art. 9.2 de l'Accord sur les ADPIC, art. 2 du traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996.

[949] L'art. L. 111-1 du CPI dispose que l'auteur jouit d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous sur l'œuvre de l'esprit.

[950] Edelman, B., « La main et l'esprit », *Dalloz*, 1980, p. 43.

protection par le droit d'auteur, est plus intellectuelle et byzantine que fondée sur une réalité[951] ».

318. Une indivisibilité du fond et de la forme. Il y aurait même une indivisibilité du fond et de la forme. Le fond est d'abord toujours inséparable de la forme. C. Geiger[952] explique en effet que la distinction entre le fond et la forme est artificielle car tout contenu a nécessairement besoin d'une forme pour être communiqué[953]. Par conséquent, si le droit d'auteur protège uniquement la forme alors il saisit tout de même indirectement le contenu. Un individu qui souhaite reproduire le contenu sera, en effet, souvent contraint de reproduire la forme. Il ne pourra donc pas librement utiliser le fond. A. Strowel souligne cette protection indirecte du fond en expliquant que : « La connaissance et l'information nécessitent, pour être accessibles, des médiations, par exemples des livres, journaux, liseuses électroniques ou des serveurs, et ces objets dans lesquels s'inscrivent de manière structurée des connaissances et informations sont le lieu de multiples formes d'appropriation (y compris par les droits intellectuels)[954]. » Or, C. Caron expose que : « Il est dangereux que la protection de la forme soit ainsi rendue coupable d'une rétention du fond[955]. » La forme est également toujours dépendante du fond. Elle ne serait jamais vraiment neutre du point de vue informationnel car elle est toujours porteuse d'un message, d'une information ou même d'un savoir. Il devient alors impossible d'accéder au contenu sans avoir accès à l'œuvre, à la forme. Pour donner un exemple, en matière de logiciel, la forme est toujours dépendante de l'idée technique. Pour apprécier si l'œuvre est originale, ce sera le contenu du programme qui sera pris en compte et non la forme uniquement. Dès lors, le problème souligné par C. Caron est que le droit d'auteur tend à protéger des « créations de forme informationnelles qui sont des informations avant d'être des œuvres[956]. » Certains auteurs, tels que P. Le Tourneau, vont même jusqu'à exposer que l'idée (le fond) devrait être

---

[951] Le Tourneau, P., « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui generis spécifique à créer », *Communication Commerce électronique*, No. 10, 2017.

[952] Geiger, C., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *Revue internationale de droit économique,* Vol. XX, No. 4, 2006, pp. 389-432, spé. p. 395.

[953] Comme le souligne P. Le Tourneau : « L'idée a besoin du langage, donc d'une forme, du moins pour s'exprimer et arriver à la plénitude de sa vie (…), qui passe par l'échange et la communication. » Voir Le Tourneau, P., *ibid*. Dans le même sens, C. Caron souligne que : « Seules les idées non exprimées, qui restent dans le cerveau de leur auteur, n'ont pas de forme perceptible par les sens d'autrui. » et « en revanche, dès lors qu'une idée est exprimée, même modestement, elle est communiquée à autrui. Et elle ne peut l'être que par le biais d'une forme. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 71.

[954] Strowel, A., « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 427.

[955] Caron, C., *op. cit*., p. 74.

[956] Caron, C., *op. cit*., p. 73.

protégeable en l'absence même de toute forme matérielle puisque la forme n'est qu'une simple extériorisation de l'idée : « Dès que l'idée ne réside plus seulement dans le cerveau de son auteur, elle mérite protection[957]. »

319. Une appropriation du fond par le droit *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données. Il apparaît, en outre, difficile, si ce n'est impossible, de distinguer nettement le fonds commun du savoir et l'expression de celui-ci, c'est-à-dire la forme, depuis l'extension du champ d'application du droit d'auteur. En effet, le droit *sui generis* des bases de données, instauré par la directive de 1996[958], démontre une appropriation du fond allant à l'encontre des principes initialement établis. Bien que l'article 3.2 de la directive de 1996 exclut toute protection du contenu en précisant que : « La protection des bases de données par le droit d'auteur prévue par la présente directive ne couvre par leur contenu et elle est sans préjudice des droits subsistant sur ledit contenu », le droit *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données saisit tout de même indirectement ce contenu de la base en créant un droit d'interdire toute extraction ou toute réutilisation du contenu[959]. C'est ce que précise expressément l'article 7.1 de la directive[960] : « Les Etats membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci. ». Ainsi, les utilisateurs ne peuvent pas librement utiliser une partie dite substantielle du contenu de la base de données. Le fabricant de la base peut jouir de la libre disposition des savoirs inclus dans la base, mais seulement pour les investissements substantiels qu'il a réalisés. En principe, tout investissement ne fait donc pas naître un droit à privatiser les savoirs. Néanmoins, la liberté d'utilisation des utilisateurs est encore freinée par l'article 7.5 de la directive[961] qui prévoit l'interdiction des extractions et/ou réutilisations répétées et systématiques de parties non substantielles du contenu de la base de données si ces dernières constituent des actes « contraires à une exploitation normale de cette base, ou qui causeraient un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du fabricant de la base ». Les conditions de cette limitation - actes contraires à une

[957] Le Tourneau, P., *ibid*.

[958] Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données. Les dispositions de la directive ont été transposées aux art. L. 342-1 et s. du CPI.

[959] L'extraction est définie par la CJUE comme le transfert permanent ou temporaire du contenu d'une base de données sur un autre support. Quant à la réutilisation, elle est interprétée comme la mise à disposition au public du contenu de la base par distribution de copies, par location, par transmission en ligne ou sous d'autres formes (Arrêt CJUE, *British Horseracing*, 9 nov. 2004, C-203/02).

[960] Transposé à l'art. L. 342-1 du CPI.

[961] Transposé à l'art. L. 342-2 du CPI.

exploitation normale ou actes portant préjudice aux intérêts du fabricant - sont larges et sont soumises à une interprétation subjective des juges[962]. Par conséquent, même si des exceptions sont prévues[963], ces conditions risquent d'empêcher les utilisateurs d'utiliser le contenu lequel est en principe non protégé et librement partageable.

320. Une monopolisation du contenu de la base de données critiquée par la doctrine. La doctrine reproche au droit *sui generis* reconnu au producteur de bases de données de ne pas respecter la distinction initiale entre le fond et la forme. Selon N. Mallet-Poujol[964], le droit *sui generis* reconnu au producteur de bases de données entraîne une monopolisation du contenu qui se trouve même être plus efficace que celle admise par le droit d'auteur[965]. Une monopolisation des savoirs en faveur du « maître » de la base se fait jour puisqu'il est considéré comme le seul détenteur légitime du contenu de sa base. Dans le même sens, A. Lucas et *al*. soulignent que : « l'on est alors plus proche d'un droit privatif sur des éléments que d'un droit de lutter contre certains usages relatifs au contenu général[966]. » Mais encore, M. Vivant[967] explique que le droit *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données est responsable de la privatisation et de l'immobilisation de l'information qui devient pour la première fois l'objet direct d'un droit privatif[968]. Ainsi, l'utilisateur qui souhaite utiliser le contenu de la base de données est considéré comme portant atteinte de manière substantielle à l'investissement.

---

[962] Lorsque la base de données n'est pas protégée par le droit d'auteur ou par le droit *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données, la liberté d'utilisation des utilisateurs est encore plus restreinte. La Cour de justice a en effet eu l'occasion de déclarer que la directive n° 96/9/CE « n'est pas applicable à une base de données qui n'est protégée ni par le droit d'auteur ni par le droit *sui generis* (…), si bien que les articles 6, paragraphe 1, 8 et 15 de ladite directive ne font pas obstacle à ce que le créateur d'une telle base de données établisse des limitations contractuelles à l'utilisation de celle-ci par des tiers. » (CJUE, 15 janvier 2015, *Ryanair c. P.R. Aviation*, No. C-30/14). A. Strowel en conclut que : « Il n'existe pas de régime de protection de l'accès des utilisateurs légitimes aux données en dehors du régime propriétaire. » et « la liberté contractuelle (…) permet de contrôler ou d'interdire ce que la propriété ne permet pas de réserver. » Voir Strowel, A., « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 445.

[963] En effet, des exceptions sont prévues à l'art. 9 de la directive n° 96/9/CE et à l'art. L. 342-3 du CPI. Aussi, la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 a contribué à garantir l'*open access* en matière de bases de données en établissant notamment une exception de fouille de textes et de données incluses ou associées aux écrits scientifiques dans un cadre de recherche (art. L. 122-5, 10° du CPI et art. L. 342-3, 5° du CPI) et une exception de réutilisation des données et informations publiques issues d'une base de données publiques (art. L. 321-3 du CRPA). Toutefois, échappent à l'exception les bases de données produites ou reçues par les administrations dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence et sous réserve des droits de propriété intellectuelle des tiers (art. L. 321-3 du CRPA).

[964] Mallet-Poujol, N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D*., 1997, p. 330.

[965] « Ainsi, l'information, même non appropriée, mais dont la collecte et le traitement ont un coût, ne peut pas être impunément réexportée par les tiers non autorisés. Et la protection s'avère plus efficace que celle du 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. » Voir Mallet-Poujol, N., *ibid*., p. 332.

[966] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 1093.

[967] Vivant, M., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique,* T. XX, No. 4, 2006, spé. p. 380.

[968] Vivant, M., « An 2000 : l'information appropriée ? », *in* Mélanges J.J Burst, Litec, 1997, p. 657 ; Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 260.

Les investissements visent essentiellement le contenu de la base de données puisqu'il est question de rechercher et de rassembler des données[969]. En passant d'une logique de protection du détenteur vers une logique de protection de l'investissement, le droit d'auteur s'assure alors de répondre aux intérêts privés en protégeant le simple investissement financier, matériel ou humain réalisé[970], même en l'absence d'une véritable création. Cette stricte limitation dans la marge de manœuvre des tiers pour utiliser le contenu s'explique par l'objet des intérêts privés. Dans le contexte actuel de valorisation de l'immatériel, les fabricants de la base ont pour objectif principal de se réserver le contenu (la matière grise) davantage que la forme (la matière première). A. Lucas et *al.,* déclarent d'ailleurs que : « Il ne fait pas de doute que c'est le contenu de la base qui est ainsi protégé[971] » et que la finalité de ce droit *sui generis* est « la protection de la valeur économique de l'information[972]. »

321. Transition. La difficulté de distinguer le fond et la forme d'une œuvre de l'esprit a donc pour conséquence de monopoliser les savoirs. Mais encore, ce sont les technologies assimilées au droit d'auteur qui renforcent cette monopolisation en freinant la dissémination des savoirs.

2) Les technologies assimilées au droit d'auteur comme frein à la dissémination des savoirs

322. Présentation des mesures techniques de protection. Dans le contexte actuel d'appropriation de tout bien immatériel présentant une valeur commerciale, des technologies ont été installées pour établir un contrôle *a priori* des droits d'usage des savoirs (techniques d'identification et de coercition, techniques de protection et de gestion, techniques de contrôle de l'accès et de la copie concrétisées par des machines ou des logiciels[973]). Ces mesures

[969] Selon M. Vivant et J.M. Bruguière, il faut un « travail spécifique d'arrangement des informations, de mise en corrélation de celles-ci qui dépasse la simple juxtaposition des données et justifie la protection accordée (…) » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 256.

[970] D'ailleurs, la CJUE a affirmé que : « La notion de partie substantielle, évaluée de façon qualitative, du contenu d'une 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 qualitativement substantielle du contenu général de la base de données protégée. » (Arrêt CJUE, *British Horseracing*, 9 nov. 2004, C-203/02). Par conséquent, la cour d'appel de Paris a déjà déclaré que : « Ce droit sui generis n'est donc pas destiné à stimuler la création de données mais à rentabiliser l'investissement affecté à la constitution d'un ensemble informationnel. » (CA Paris, 2è ch., 23 mars 2012, *D*. 2012. 1060. obs. Manara).

[971] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 1095. D'ailleurs, la protection du contenu de la base apparaît expressément comme l'objectif du 38ème considérant de la directive n° 96/9/CE.

[972] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 1095.

[973] L'art. L. 331-5 du CPI dispose que : « Ces mesures techniques sont réputées efficaces lorsqu'une utilisation (…) est contrôlée par les titulaires de droits grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de

techniques de protection sont définies comme « tout dispositif technique qui protège les œuvres contre des actes d'utilisation non souhaités par les titulaires de droit d'auteur ou les exploitants des œuvres[974]. L'architecture du droit d'auteur paraît alors actuellement construite pour favoriser uniquement les intérêts individuels à l'exclusion de l'intérêt général. Ces mesures techniques de protection ont en effet été créées dans le seul but d'installer des obstacles à l'accès et à l'utilisation des tiers au contenu informationnel. Ces technologies considèrent comme criminel tout comportement de partage, même sans but lucratif, avec une présomption de culpabilité.

323. Un dépassement des droits initialement reconnus à l'auteur. Or, initialement, le droit d'auteur (ou le *copyright* pour les pays anglo-saxons) avait pour objectif et pour justification de récompenser l'auteur par un droit exclusif temporaire en reconnaissant parallèlement la transmission de sa création au public. Le droit exclusif de l'auteur était justifié par le droit d'accès du public à l'œuvre diffusée. Dès lors, ce nouveau droit d'interdire de l'auteur pour contrôler l'accès et l'utilisation n'est pas justifié car le droit d'auteur n'a jamais eu pour objectif de réguler l'accès ou l'utilisation du contenu de la création, mais simplement de contrôler l'exploitation de la création dans sa forme matérielle. La législation relative aux mesures techniques offre pourtant à l'auteur une large protection qui dépasse ses droits prévus par le droit d'auteur. La directive européenne de 2001[975] protège en effet « toute technologie, dispositif ou composant (…) destiné à empêcher ou à limiter (…) les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur[976] (…) ». Dans le même sens, la législation américaine, à travers le *Digital Millenium Copyright Act*[977], protège les mesures techniques en s'assurant aussi bien du respect des droits inclus dans le droit d'auteur (droit de reproduction, droit de communication, droit de distribution) que du respect des mesures de

protection. » Par exemple, les mécanismes anti-copie des DVD, des livres numériques ou des jeux-vidéos, la cryptographie, les techniques de tatouage ou d'association permanente, les systèmes d'identification et les métadonnées, les langages de description des droits d'utilisation. Pour un examen détaillé de toutes ces techniques de protection, voir Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 44-54 ; Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000, spé. p. 20 et s.

[974] Dusollier, S., « Mesures techniques de protection (Droit d'auteur) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 803.

[975] La directive n° 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

[976] Art. 6, al. 3 de la directive n° 2001/29/CE du 22 mai 2001.

[977] Le *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), signé le 20 octobre 1998, met en œuvre sur le territoire des Etats-Unis les Traités de l'OMPI (Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur de 1996 et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996).

contrôle de l'accès à l'œuvre, alors que celles-ci ne sont pas incluses dans les droits de l'auteur. Par conséquent, M. Vivant[978] considère que ces nouvelles mesures techniques de protection dévoilent un oubli radical des mécanismes légaux.

324. Une protection juridique des mesures techniques de protection. Ce qui est encore plus contestable est que la mise en place de mesures de contrôle de l'accès aux œuvres et surtout de l'accès au contenu de l'œuvre est reconnu comme un véritable droit justifiant une protection juridique. Ces mesures sont en effet protégées par des législations internationales[979], européennes[980] et nationales[981] sanctionnant aussi bien les contournements que l'altération ou la destruction des dispositifs ou encore la fabrication et la commercialisation des dispositifs permettant ou facilitant le contournement[982]. Tout contournement des tiers peut alors être prohibé, même pour des motifs légitimes tels que bénéficier des exceptions prévues par le droit d'auteur (copie privée, parodie, critique, utilisation à des fins de recherches). Dès lors, les utilisations traditionnellement à l'extérieur du droit exclusif de l'auteur seraient désormais prises en compte et contrôlées par l'auteur *via* les mesures techniques de protection. Les œuvres non-protégées ou plus protégées (œuvres faisant partie du domaine public) et les exceptions au droit d'auteur en seraient les premières victimes. En ayant recours aux mesures techniques de protection, l'auteur peut bloquer l'accès aux œuvres du domaine public et donc s'approprier toute ressource intellectuelle, peu importe si elle fait partie du domaine public[983]. Quant aux exceptions au droit d'auteur, elles seraient subordonnées aux mesures techniques de protection, comme le démontre l'article 6, paragraphe 4 de la directive européenne de 2001[984]. Cette

---

[978] Vivant, M., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique,* T. XX, No. 4, 2006, spé. p. 384.

[979] Le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur a été adopté le 20 décembre 1996 à Genève, son art. 11 dispose que : « Les parties contractantes doivent prévoir 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 (…) ». Aussi, le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes a été adopté le 20 décembre 1996 à Genève. Son art. 18 prévoit les mêmes obligations que l'art. 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur relatif aux mesures techniques.

[980] Art. 6 de la Directive n° 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.

[981] Art. L. 335-3-1 et s. du CPI issu de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information du 1er août 2006 ou encore les dispositions anti-contournement du *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 (17 U.S.C §1201).

[982] L'art. L. 335-3-1 du CPI sanctionne d'une amende de 3750 euros le fait de porter atteinte sciemment à une mesure technique et d'une amende de 30 000 euros avec six mois d'emprisonnement le fait de procurer ou proposer sciemment à autrui des moyens conçus ou spécialement adaptés pour porter attente à une mesure technique.

[983] Comme le soulignent A. Lucas et *al*. : « Il faut aujourd'hui reconnaître que ces mesures techniques n'ont pas produit les conséquences positives escomptées. Pire, on a très vite perçu les effets pervers y attachés, en redoutant par exemple qu'un monopole de fait prenne le relais du droit exclusif au moment où l'œuvre doit tomber dans le domaine public pour être à la disposition de tous. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 895.

[984] Directive n° 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.

dernière prévoit que les mesures techniques de protection priment sur l'exercice du « *fair use* » ou des exceptions au droit d'auteur puisque les Etats membres ont l'obligation de trouver des solutions pour que l'utilisateur légitime d'une création puisse bénéficier des exceptions au droit d'auteur à la condition que l'utilisateur ait eu un « accès licite » à l'œuvre protégée. Ainsi, autant dire que s'il existe des mesures techniques de protection, l'utilisateur sera considéré comme ayant eu un accès illicite à l'œuvre protégée. Les Etats membres n'ont alors pas l'obligation de faire bénéficier des exceptions légales aux utilisateurs dans toutes les situations légitimes. Par exemple, l'article L. 331-7 du CPI prévoit que les titulaires de droits peuvent assigner aux mesures techniques de protection l'objectif de limiter le nombre de copies[985].

325. La nécessité d'assurer l'exercice des exceptions au droit d'auteur. Même si l'existence de ces mesures techniques de protection est déjà sujette à critique, la moindre des choses serait d'imposer que ces mesures assurent l'exercice normal des exceptions légales[986]. Ces droits d'usage sont considérés comme des « exceptions » au droit d'auteur alors que ce sont des droits légitimes et fondamentaux. Ces dernières font primer les valeurs et les intérêts collectifs sur les intérêts individuels et sont le meilleur moyen de maintenir un partage des savoirs. Ces exceptions seraient néanmoins en danger pour plusieurs raisons soulignées par M. Buydens et S. Dusollier[987]. D'abord, la soumission des exceptions au triple test, créé par le traité de l'OMPI de 1996[988], limite ces dernières à des cas spéciaux et leur impose de ne pas porter atteinte à « l'exploitation normale de l'œuvre ». Or, aucune définition de « l'exploitation normale » est apportée par l'OMPI. La question est de savoir si l'exploitation normale peut être l'instauration de mesures techniques de protection par l'auteur ou bien la conclusion de contrats excluant ces exceptions. Dans cette hypothèse, dès lors que les exceptions contournent ces mesures techniques ou contrats, elles seraient considérées comme portant atteinte à cette

[985] A. Lucas et *al*., vont même jusqu'à souligner que : « La licéité des mesures techniques interdisant purement et simplement toute copie, pourrait parfaitement être admise. » Ils se fondent sur la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 déclarant que : « les auteurs et titulaires de droits voisins peuvent recourir à des mesures techniques de protection limitant le bénéfice de l'exception à une copie unique, voire faisant obstacle à toute copie, dans les cas particuliers où une telle solution serait commandée par la nécessité d'assurer l'exploitation normale de l'œuvre ou par celle de prévenir un préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes. » (CC, décision No. 2006-540, 27 juillet 2006). Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 922.

[986] M. Buydens et S. Dusollier expliquent, à travers une métaphore, la nécessité de recadrer le droit d'auteur : « Si le droit d'auteur est assurément le fleuve qui irrigue la culture dans son sens le plus large, encore faut-il veiller à ce qu'il n'inonde ni ne noie ce qu'il a pour mission de nourrir. Le moment est venu de rétablir et de renforcer les digues, et donc de préserver le système des exceptions garant de l'équilibre global du droit d'auteur. » Voir Buydens, M., Dusollier, S., « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *Communication Commerce électronique,* Chron. 22, No. 9, 2001, pp. 10-16 ; Dusollier, S., « Technology as an imperative for regulating copyright: From the public exploitation to the private use of the work », *European Intellectual Property Review*, Vol. 27, No. 6, 2005, pp. 201-204.

[987] Buydens, M., Dusollier, S., *ibid*.

[988] Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adopté le 20 décembre 1996 à Genève. Le triple test a été inscrit à l'art. 5.5 de la directive n° 2001/29/CE et codifié à l'art. L. 331-7, al. 2 du CPI.

exploitation. Cette condition du triple test influencerait les auteurs à privatiser toujours plus le fond intellectuel et ne favoriserait donc aucunement une vision du partage des savoirs. Les exceptions seraient par ailleurs en danger en raison de leur contractualisation car les parties peuvent déroger aux exceptions par contrat. Enfin, la troisième raison de la mise en danger des exceptions est due aux mesures techniques de protection telles qu'expliquées précédemment..

326. Transition. Outre le droit des brevets et le droit d'auteur, c'est aussi le régime de protection du secret qui favorise une monopolisation des savoirs.

C) La protection des savoirs par le secret : le choix d'une protection exclusive et directe des savoirs

327. Plan. La protection du secret est prévue aussi bien aux Etats-Unis (1) qu'en France et au sein de l'Union européenne (2). Cette protection par le secret présente l'intérêt d'offrir une protection directe des savoirs mais elle poursuit le seul but de l'exclusion freinant ainsi le progrès[989]. Néanmoins, l'idée d'un partage commence progressivement à s'imposer dans certaines circonstances.

1) La protection du secret commercial aux Etats-Unis : une protection pondérée par l'empreinte d'un nécessaire partage

328. Les conditions relatives au secret commercial. Aux Etats-Unis, le secret impose sa place comme mode de protection à l'égard des savoirs de nature commerciale, depuis l'entrée en vigueur de la loi *Defend Trade Secrets Act* (DTSA) de 2016[990]. L'objectif de cette loi est de créer de nouveaux droits et obligations visant à mettre le secret commercial au même niveau de protection que les autres branches des droits de propriété intellectuelle, voire de placer la protection du secret commercial en tant que quatrième pilier des droits de propriété intellectuelle[991]. Pour que la loi DTSA s'applique au détenteur légitime, celui-ci doit prouver

[989] Comme le souligne A. Lucas : « Sur le plan économique, le recours au secret est une mauvaise solution (…) les recherches sont menées dans une clandestinité préjudiciable au progrès technique. Le recours au secret, s'il se généralise, aboutit à un gaspillage fâcheux, chaque concurrent consacrant du temps et de l'argent à résoudre les mêmes difficultés sans bénéficier de l'acquis technologique. » Voir Lucas, A., *La protection juridique des créations industrielles abstraites,* Thèse de doctorat en droit, 1975, p. 242.

[990] La loi *Defend Trade Secrets Act* (DTSA) a été signée le 11 mai 2016 et est entrée immédiatement en vigueur aux Etats-Unis.

[991] En effet, M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent que : « Les secrets d'affaires sont d'ailleurs de longue date considérés comme relevant de celle-ci [de la propriété intellectuelle] en droit américain » et « l'accord ADPIC a fait sienne cette conception en intégrant la "protection des renseignements non divulgués" dans les droits de propriété intellectuelle. » (art. 1.2 et art. 39.1 de l'Accord sur les ADPIC) Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 44.

que son secret constitue un secret commercial (*trade secret*) et qu'il a fait l'objet d'une violation (*misappropriation*). Le *trade secret* est défini largement comme toute information de nature financière, commerciale, scientifique, technique, économique, d'ingénierie, voire même une information purement technique ou purement industrielle. Cette définition pourrait alors inclure les savoirs de diverse nature. De plus, pour que le savoir soit protégé par le secret commercial, la loi présente deux conditions. D'abord, le propriétaire a dû prendre des mesures raisonnables pour préserver le caractère secret de l'information [ou du savoir]. Cette condition est également pertinente pour les savoirs des communautés autochtones et locales qui ont fait des efforts pour garder leur savoir secret. Ensuite, le savoir doit présenter une valeur. Selon P. Girard-Foley, le *trade secret* tire sa définition non pas de sa valeur intrinsèque mais de sa valeur distincte qui dérive du profit retiré de l'usage ou de la divulgation[992]. Tout savoir devrait alors être *a priori* qualifié de *trade secret* dès lors qu'un profit peut être retiré de son usage ou de sa divulgation. De surcroît, cette loi implique des mesures préalables pour que le savoir soit protégé par le secret commercial. Selon P. Girard-Foley, ces mesures doivent être engagées par les entreprises[993] mais elles sont aussi pertinentes à l'égard des communautés autochtones et locales. Pour répondre à l'ensemble des conditions, les détenteurs pourraient avoir intérêt à identifier leurs secrets commerciaux et les valoriser (évaluation du coût de la perte ou de la captation totale ou partielle par un tiers du secret). Ils devraient également lister et apprécier l'efficacité des moyens de protection existants ainsi qu'organiser d'autres moyens de détection et de protection en cas d'insuffisance des moyens de protection existants (moyens physiques et/ou contractuels, définition précise et rigoureuse du secret commercial).

329. Les actes constitutifs d'une violation du secret commercial. La loi prévoit de sanctionner les tiers dans plusieurs situations :

- Lorsque le secret a été obtenu par une personne sachant ou ayant toute raison de savoir que ledit secret est obtenu par des moyens illicites (vol, corruption, tromperie, violation ou encouragement à la violation d'une obligation de préservation du secret, espionnage utilisant des moyens électroniques ou autres).

- Lorsqu'il y a divulgation ou usage, sans l'autorisation du propriétaire, par un tiers qui a utilisé des moyens illicites pour se procurer ledit secret.

[992] Girard-Foley, P., « La protection du secret commercial aux Etats-Unis - La révolution du DTSA », *Revue Francophone de la Propriété intellectuelle,* No. 3, Décembre 2016, pp. 37-46, spé. p. 39.

[993] Girard-Foley, P., *ibid*., p. 43-44.

- Lorsque le tiers savait ou avait des raisons de savoir que la connaissance du secret a été obtenue par des moyens illicites ou sous condition d'en respecter le secret ou l'usage limité.

- Lorsque le tiers était soumis à une obligation de respecter la confidentialité.

- Lorsque le tiers savait ou avait des raisons de savoir que l'information constituait un secret commercial et savait que l'obtention était le résultat d'un accident ou d'une erreur.

Il y a donc violation du secret commercial pour toute forme de captation par un tiers non autorisé dès lors qu'il a effectué cet acte sciemment et au mépris des droits du détenteur légitime.

330. Des sanctions dissuasives. En cas de violation du secret commercial, la loi prévoit de fortes mesures conservatoires, telles que la saisie, renforçant la protection du secret commercial. Elle renforce par là même les sanctions et les indemnisations sur le plan civil (injonctions, dommages et intérêts prenant en compte les pertes subies et les profits injustement réalisés, redevances, remboursement des frais d'avocats, dommages et intérêts punitifs). Mais encore, la loi aggrave les sanctions pénales en cas de vol de secrets commerciaux[994].

331. La portée limitée du secret commercial. La loi DTSA s'étend, par ailleurs, à l'échelle internationale puisqu'elle vise à protéger les secrets commerciaux des détournements même basés à l'étranger. Cette loi présente alors des incidences à l'international, y compris en France, dans la mesure où elle a des effets sur les pratiques commerciales des sociétés étrangères en relation d'affaires avec les Etats-Unis. Cependant, la loi ne s'appliquera que si une entreprise américaine ou un citoyen américain est concerné par le secret commercial en tant que victime ou responsable.

332. Les prémices d'un équilibre entre protection et partage des savoirs. L'avantage de la loi DTSA est, du reste, sa volonté d'équilibrer la protection et le partage des savoirs dans

[994] La loi dispose que le fait de voler, de s'approprier, de dissimuler, de copier, de recevoir, d'acheter ou de posséder en connaissance de cause un secret commercial en vue d'en tirer profit ou de causer un préjudice au détenteur entraîne l'application d'une sanction fixée pour les personnes morales, à 5 millions de dollars ou au triple de la valeur du secret commercial dérobé y compris pour les frais de recherche, de mise en forme, et autres frais de reproduction. Quant aux personnes physiques, elles sont condamnées à une peine maximale d'emprisonnement de dix ans en plus d'une amende (section 1832 U.S Code). Concernant les cas d'espionnage économique, les peines sont fixées, pour les personnes physiques, à 5 millions de dollars et/ou à une peine maximale d'emprisonnement de 15 ans. Quant aux personnes morales, l'amende est fixée à dix millions de dollars ou au triple de la valeur du secret commercial dérobé (section 1831 U.S Code).

certaines circonstances. Elle prévoit notamment la protection des lanceurs d'alerte. Un individu disposera d'une immunité contre toute action pénale ou civile fondée sur la loi de protection du secret commercial lorsqu'il divulgue un secret commercial sous forme confidentielle à un agent public ou à un avocat dans le seul but de rapporter ou d'enquêter sur la violation présumée d'une loi, ou bien lorsqu'il divulgue sous le sceau du Palais en qualité d'une pièce produite dans le cadre d'une procédure judiciaire ou assimilée, ou encore lorsqu'une personne intente une action judiciaire contre une sanction de son employeur et divulgue un secret commercial à son propre avocat ou dans le déroulement du procès sous forme confidentielle ou sous ordre du tribunal. Néanmoins, il semble que la loi vise uniquement les relations employeurs-employés voire consultants et fournisseurs mais pas tous les individus en général, ce qui est regrettable.

333. Une protection du secret limitée aux relations d'affaires. La loi DTSA permet donc à tout individu en possession d'un savoir tenu secret et de nature financière, commerciale, scientifique, technique, économique, d'ingénierie, de se protéger contre les appropriations et les utilisations illicites sans autorisation. Même si le savoir a été illicitement approprié ou utilisé à l'étranger, la loi DTSA protège les détenteurs du secret. Elle semble cependant avoir été créée pour les relations d'affaires dans une vision très occidentalisée pour assurer la confidentialité et la compétitivité des entreprises.

334. Transition. La loi américaine sur la protection du secret des affaires semblerait pouvoir inclure les savoirs dans son régime de protection tout en garantissant un partage de ces derniers dans certaines circonstances bien précises. Il convient désormais de vérifier s'il en est de même au sein de l'Union européenne et en France.

2) Le secret en France et au sein de l'Union européenne : un compromis satisfaisant entre protection directe et partage des savoirs ?

335. Plan. Le secret est protégé de diverses manières selon la définition donnée de celui-ci[995]. Depuis la Directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention l'utilisation et la divulgation illicites, il est évident que les savoirs peuvent bénéficier de la protection du secret des affaires. Cette forme de protection vient directement protéger les savoirs et, en

[995] Nous étudierons dans la seconde partie de la thèse, les différentes protections existantes relatives au secret.

principe, exclure tout tiers d'un accès et d'une utilisation. Néanmoins, la directive européenne semble avoir instauré un compromis pour concilier protection juridique et partage des savoirs au sein de l'Union européenne (a). Ce compromis semble cependant en péril à la lecture de la loi de transposition française du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires (b).

a) La protection du secret des affaires selon la directive européenne

336. L'objectif de promouvoir l'innovation ouverte. La directive européenne de 2016[996] sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués vise à harmoniser la protection du secret des affaires au niveau de sa définition et des réparations afin que la protection soit égale dans toute l'Union européenne[997]. Les objectifs de la directive européenne sont intéressants dans la mesure où ils ne visent pas simplement à protéger les intérêts pécuniaires des détenteurs de savoirs mais plutôt à favoriser l'innovation et en particulier l'innovation dite ouverte. La directive rappelle en effet le rôle important de l'innovation ouverte[998] car elle est un « catalyseur de nouvelles idées » et « constitue un levier important pour la création de nouvelles connaissances et est à la base de l'émergence de modèles d'entreprises nouveaux et innovants fondés sur l'utilisation de connaissances élaborées en commun ». L'innovation ouverte doit alors être garantie en ce qu'elle contribue à la création de nouvelles connaissances. Par conséquent, bien que le secret des affaires soit le point central de la directive, celle-ci souligne que cette protection ne doit pas empêcher la diffusion des connaissances. La recherche collaborative et la coopération transfrontalière entre entreprises et organismes de recherche doivent être favorisées dans un esprit de partage des savoirs. Effectivement, la directive souligne que : « Il convient de considérer la diffusion des connaissances et des informations comme un élément essentiel pour créer des opportunités de développement dynamiques, positives et équitables pour les entreprises, en particulier les PME[999]. » La directive vise donc à ce que le secret des affaires ne crée pas un droit privatif sur

[996] La Directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites devait être transposée d'ici le 9 juin 2018.

[997] Nous étudierons plus en détails dans la seconde partie de la thèse (chapitre II, titre I) le régime de protection du secret des affaires prévu par la directive européenne de 2016.

[998] Considérant 3 de la directive.

[999] Considérant 3 de la directive.

les savoirs[1000]. Elle considère notamment licite la découverte ou la création indépendante par un individu du même savoir ainsi que l'ingénierie inverse[1001].

337. Les dérogations au secret des affaires pour favoriser le partage des savoirs. L'équilibre institué par la directive européenne entre protection juridique et partage des savoirs semble assez prometteur. En raison de son objectif de partage des connaissances et de stimulation de l'innovation, la directive européenne contient des dérogations intéressantes au secret des affaires[1002]. D'abord, il est prévu que la protection par le secret des affaires ne doit pas porter atteinte à l'exercice du droit à la liberté d'expression et au droit à l'information. De même, les lanceurs d'alerte sont protégés lorsqu'ils révèlent une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale dans le but de protéger l'intérêt public. Aussi, le considérant 11 de la directive européenne souligne qu'il ne doit pas être porté atteinte à l'application des règles de l'Union ou des règles nationales qui imposent la divulgation d'informations au public ou aux autorités publiques. Il en est de même pour l'application des règles qui permettent aux autorités publiques de recueillir des informations dans l'exercice de leurs fonctions et aux règles qui imposent la divulgation ultérieure par les autorités publiques d'informations pertinentes pour le public. Dans le même sens, la directive européenne recherche un équilibre entre la protection par le secret des affaires et le partage des savoirs en se fondant sur le principe de proportionnalité[1003]. Le secret des affaires doit être proportionné à l'objectif de bon fonctionnement du marché intérieur de la recherche et de l'innovation. L'objectif de ce contrôle de proportionnalité est d'empêcher les détenteurs de savoirs de s'extraire du jeu normal de la concurrence[1004]. Pour mettre en œuvre ce principe de proportionnalité, il est imposé aux juges de prendre en compte, au stade de la prise de mesures de sauvegarde ou correctives, la valeur du secret, la gravité du comportement d'obtention, de divulgation ou d'utilisation illicite, les

[1000] Le considérant 16 de la directive européenne souligne expressément l'importance de ne pas reconnaître un droit privatif sur le savoir-faire : « Dans l'intérêt de l'innovation et en vue de favoriser la concurrence, les dispositions de la présente directive ne devraient créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires. »

[1001] Art. 3 de la Directive (UE) n° 2016/943. Le CPI autorise aussi l'ingénierie inverse aux art. L. 122-6-1, III (en matière de logiciels) et L. 613-5 (limitation du droit du breveté concernant les actes réalisés à titre expérimental). L'ingénierie inverse ou *reverse engineering* se définit comme « la compréhension d'un objet par son analyse soit pour le reproduire servilement soit pour créer un nouvel objet. En tous cas, il vise l'obtention d'un enseignement susceptible d'être réutilisé pour constituer une nouvelle chose intellectuelle appropriable. » Voir Warusfel, B., Dhenne, M., « La propriété intellectuelle face à l'ingénierie inverse », *Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle,* 2016, pp. 20-32, spé. p. 31.

[1002] Art. 1.2, 1.3 et 5 de la directive (UE) n° 2016/943.

[1003] Considérant 21de la directive (UE) n° 2016/943.

[1004] En effet, le dispositif de la directive doit être utilisé à des fins défensives et non stratégiques pour s'extraire du jeu normal de la concurrence. Voir Desaunettes, L., « La transposition de la directive "secret d'affaires" en droit français : une analyse de la Proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale », *Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI),* No. 2018-03, 2018.

conséquences du comportement ou encore les intérêts légitimes des parties et des tiers, l'intérêt public, ainsi que la sauvegarde des droits fondamentaux[1005]. Il aurait peut-être été intéressant d'ajouter les répercussions d'une protection par le secret pour la recherche et l'innovation. En tout état de cause, les mesures correctives doivent être « justes et équitables[1006] » et être « appliquées d'une manière qui : a) est proportionnée ; b) évite la création d'obstacles au commerce légitime dans le marché intérieur ; et c) prévoit des mesures de sauvegarde contre leur usage abusif[1007] ». L'intérêt des tiers ou l'intérêt général pourraient alors primer sur l'intérêt du détenteur d'un secret des affaires quant à la demande d'injonctions ou de mesures correctives. En conséquence, bien que la directive européenne offre une protection étendue du secret des affaires, le juge a pour mission d'équilibrer une telle protection en faveur de la recherche et de l'innovation.

338. Transition. Même si les objectifs de la directive européenne sont de concilier protection juridique et partage des savoirs, la protection offerte par le secret offre toutefois des moyens offensifs importants[1008], tout comme le démontre la loi de transposition française de 2018.

b) La protection du secret des affaires selon la loi de transposition française

339. La reprise par la loi de transposition des exceptions au secret des affaires prévues par la directive. La France a transposé cette directive relative à la protection du secret des affaires par une loi du 30 juillet 2018[1009]. Celle-ci, tout comme la directive européenne et la loi DTSA américaine, prévoit des exceptions à la protection du secret des affaires. Ces exceptions sont les bienvenues pour ne pas créer une protection exorbitante du secret des affaires et pour garantir les droits des tiers. Les articles L. 151-7 et L. 151-8 du Code de commerce prévoient désormais qu'il y a inopposabilité du secret dans différentes situations :

[1005] Art. 11.2 et 13.1 de la directive.

[1006] Art. 6.2 de la directive.

[1007] Art. 7.1 de la directive.

[1008] Selon L. Desaunettes : « Même si la directive ne créée pas de "droit exclusif sur les savoir-faire", il n'en reste pas moins qu'elle offre au détenteur d'un secret d'affaires un arsenal juridique, bien supérieur à celui existant classiquement en matière de concurrence déloyale. » Voir Desaunettes, L., *ibid*.

[1009] Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 du 31 juillet 2018. Cette loi insère un titre V intitulé « De la protection du secret des affaires » au sein du Code de commerce.

- Lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation sont autorisées par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux ou le droit national.

- Lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation entraînent l'application des droits et libertés fondamentales.

- Lorsque des lanceurs d'alerte informent ou signalent aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible ou lorsque le but est de protéger l'intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

340. La regrettable réduction du contrôle de proportionnalité. La loi de 2018 apparaît cependant décevante en ce qu'elle garantit une forte protection du détenteur du secret des affaires et ne respecte pas l'équilibre institué par la directive européenne, en particulier au regard du contrôle de proportionnalité. En effet, la loi réduit un tel contrôle, à l'article L. 152-3 du Code de commerce, puisqu'est supprimée la description de l'étendue du contrôle par le juge et notamment la prise en considération des circonstances particulières de l'espèce. Aussi, les mesures ordonnées par le juge doivent obligatoirement être de nature à empêcher ou faire cesser l'atteinte. Or, il n'est aucunement envisagé la possibilité d'un refus d'octroi d'une mesure à la suite d'un contrôle de proportionnalité ayant mis à jour que les intérêts des tiers ou l'intérêt général devaient prévaloir sur celui du détenteur du secret. Il doit également être souligné que le choix de réduire le contrôle de proportionnalité semblerait incompatible avec la directive qui prévoit, à l'article 1.1, que les Etats membres peuvent prévoir une protection plus étendue, à la condition du respect « des articles (…) 6, de l'article 7, paragraphe 1, (…), des articles 11 et 13 (…) ». Ces dispositions prévoient que le législateur a pour obligation de respecter le contrôle de proportionnalité prévu par la directive pour les mesures, procédures et réparations[1010].

341. Le secret, un mode de protection à modérer. Le secret présente l'avantage de protéger directement les savoirs. Mais, en tant que protection exclusive et non inclusive, le secret doit être équilibré par des principes, tels que celui de proportionnalité. Il devrait aussi rester provisoire dans la mesure où les connaissances acquises sont dynamiques et méritent

[1010] Souligné par Desaunettes, L., « La transposition de la directive "secret d'affaires" en droit français : une analyse de la Proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale », *Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI),* No. 2018-03, 2018.

d'être transférées dans l'état de la technique dans le but d'être dépassées par de nouvelles connaissances innovantes.

CONCLUSION DE LA SECTION I

342. La primauté d'une protection individuelle et exclusive des savoirs. La protection exclusive des savoirs demeure la conception et la finalité prédominante au détriment d'une logique de partage. La préférence pour une telle protection se fonde sur la conception occidentale classique du droit de propriété présente dans diverses disciplines. D'abord, les philosophes associent la propriété à la liberté et au travail. Le droit de propriété doit alors être un droit individuel pour garantir l'indépendance de l'homme. Quant aux économistes, ils considèrent qu'un droit de propriété individuel et exclusif est le plus efficient en raison de l'internalisation des externalités favorisant l'allocation optimale des ressources. Mais encore, juridiquement, le droit de propriété est conçu comme un droit réel absolu et exclusif attribuant toutes les prérogatives sur un bien ainsi qu'une opposabilité *erga omnes*. Selon les textes relatifs aux droits de l'homme, un tel droit est naturel et doit être détenu par tout homme individuellement. Une telle conception de la propriété se retrouve d'ailleurs au sein de nombreux Etats, aussi bien en Europe qu'à l'étranger.

343. La nécessité de dépasser la conception occidentale classique du droit de propriété. D'autres conceptions devraient pourtant être soulignées, telles que celle adoptée par les communautés autochtones et locales. L'appropriation est envisageable mais elle est conçue en termes de responsabilité et de gardiennage. Toutefois, des évolutions relatives à la conception occidentale de la propriété s'imposent progressivement. Les institutionnalistes, par exemple, considèrent que, selon le contexte (politique, économique, social, culturel), un type de propriété particulier serait plus adapté que les autres. Mais encore, une logique d'inclusion est de plus en plus soulignée parallèlement à la reconnaissance d'une fonction sociale de la propriété. Un droit à l'accès des tiers est alors discuté, particulièrement pour les biens d'accomplissement. Avec l'émergence de la propriété des choses incorporelles, la propriété se conçoit d'ailleurs davantage en tant que relation aux utilités d'un bien favorisant une décomposition des utilités du bien en plusieurs titularités. De telles évolutions s'avèrent, du reste, nécessaires au regard des effets et conséquences sur les régimes de protection juridique.

344. Les effets et conséquences négatifs de la conception occidentale classique sur le droit des brevets. En premier lieu, le droit des brevets entraîne une monopolisation des savoirs par le droit exclusif d'exploitation d'un détenteur légitimant toute exclusion des tiers des utilités du bien. Or, le droit des brevets vise en principe à garantir la réservation du seul bénéfice

économique et non l'accès intellectuel. L'Accord sur les ADPIC a, par ailleurs, renforcé l'appropriation des savoirs et la proposition de loi du 30 juin 1992 dite proposition de loi Godfrain aurait pu accélérer cette tendance. Le seul objectif est d'imposer une économie de marché au niveau mondial et d'interpréter les savoirs comme une marchandise monnayable par leur valeur d'échange. Une telle conception a alors pour conséquence de renforcer les inégalités entre les pays dans la production mondiale des savoirs ainsi que de développer les comportements de « biopiraterie ».

345. Les effets et conséquences négatifs de la conception occidentale classique sur le droit d'auteur. En second lieu, le droit d'auteur favorise l'enclosure des savoirs en raison de ses ambiguïtés. Il est, en particulier, impossible de distinguer le fond et la forme car la reproduction du contenu nécessite la reproduction de la forme. Le contenu est alors indirectement approprié et verrouillé, particulièrement par le droit *sui generis* reconnu au producteur de base de données et par les technologies assimilées au droit d'auteur protégées légalement contre les contournements. Or, le droit d'auteur vise en principe à récompenser l'auteur par un droit exclusif temporaire pour contrôler les seules exploitations de la création dans sa forme et non contrôler l'accès ou l'utilisation du contenu de la création.

346. Les effets et conséquences négatifs de la conception occidentale classique sur le régime juridique international de protection du secret. Quant à la protection juridique du secret, elle entraîne une protection exclusive et directe sur les savoirs. Aux Etats-Unis, les savoirs de nature commerciale sont protégés par la loi DTSA de 2016. Cette loi est intéressante dans la mesure où elle recherche un équilibre entre protection juridique et partage des savoirs dans certaines circonstances. Un tel équilibre est également recherché par la directive européenne de 2016. Cette dernière établit un contrôle de proportionnalité pour limiter la protection juridique du secret des affaires. Cependant, un tel équilibre a rapidement été abandonné par les lois de transposition, et notamment par la loi française du 30 juillet 2018.

347. Transition. Outre les effets et conséquences négatifs de la conception occidentale du droit de propriété sur les régimes de protection juridique, il semblerait que la conception exclusive des droits de propriété intellectuelle ne soit pas conforme aux textes relatifs aux droits de l'homme.

SECTION II

L'incertitude sur la conformité de la conception exclusive des droits de propriété intellectuelle au regard des droits de l'homme

348. Plan. Le régime des droits de propriété intellectuelle a aujourd'hui principalement pour conséquence de verrouiller et de privatiser indirectement les savoirs. Cette conception est aux antipodes de certains principes et droits fondamentaux. En effet, les droits de l'homme dévoilent un certain équilibre à concevoir tant au niveau du partage des savoirs qu'au niveau de leur protection. Le partage des savoirs est d'abord légitimé et garanti grâce aux droits de l'homme de troisième génération (paragraphe I). Ensuite, la protection juridique est assurée, au nom des droits de l'homme, par les droits de propriété intellectuelle (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LES DROITS DE L'HOMME DE TROISIEME GENERATION ET LE PARTAGE DES SAVOIRS

349. Plan. Les droits de l'homme de troisième génération insistent sur l'existence de droits culturels (A). Ces droits culturels souffrent cependant d'une difficile reconnaissance (B).

A) La reconnaissance des droits culturels

350. Définition des droits culturels. Les droits de l'homme, et plus particulièrement les droits de l'homme de troisième génération, présentent une influence certaine sur les savoirs. Ils reconnaissent l'existence de droits culturels à tout individu et ces droits sont le fondement même d'un partage des savoirs. D. Szymczak[1011] définit les droits culturels comme des libertés culturelles garantissant un libre accès au capital culturel, une liberté de création, un droit au maintien des pratiques traditionnelles ou aux systèmes de valeurs, et un droit à l'identité culturelle. Ces droits culturels engloberaient aussi des libertés participatives telles que la liberté d'expression, la liberté d'information et la liberté de réunion. Dès lors, ces droits peuvent être définis comme des droits fondamentaux garantissant à chacun, individuellement ou en commun, sa propre identité et son propre patrimoine culturel, un libre accès et une participation active à la vie culturelle, le bénéfice du progrès scientifique et de ses applications, un accès à l'éducation et à la formation par la culture, ainsi qu'un accès libre à l'information. C'est

[1011] Szymczak, D., « Droits culturels », *Jurisclasseur Libertés,* Fasc. 1220, 2007, spé. p. 4.

particulièrement le libre accès et la participation active à la vie culturelle, le bénéfice du progrès scientifique et ses applications qui sont les vecteurs essentiels du partage des savoirs. D. Szymczak explique, par ailleurs, que les droits culturels peuvent être représentés sous deux formes différentes (individuelle, collective ou mixte)[1012]. Les droits culturels collectifs ou mixtes correspondent au droit des minorités, au droit à l'autodétermination, au droit au libre développement culturel ainsi qu'au droit à l'identité culturelle. Ce sont ces droits culturels collectifs ou mixtes qui sont les plus controversés car ils peuvent porter atteinte aux ordres juridiques des Etats. Les communautés autochtones et locales revendiquent notamment ces droits culturels collectifs ou mixtes pour protéger leurs savoirs dits « traditionnels ». Quant aux droits culturels individuels, ils correspondent aux modalités d'exercice des droits de l'homme (liberté d'expression, liberté de pensée, liberté de conscience) et incluent la liberté de recherche scientifique, la liberté d'expression artistique ou encore la libre participation à la vie culturelle. Ce sont ces droits culturels individuels qui retiendront particulièrement notre attention car ce sont principalement ces derniers qui garantissent directement un partage des savoirs.

351. La reconnaissance des droits culturels au sein de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Ces droits culturels sont inclus dans différents instruments juridiques internationaux ayant notamment pour objectif et pour effet de légitimer le partage des savoirs. Différentes déclarations sont, tout d'abord, des sources d'inspiration telles que la Déclaration universelle des droits de l'homme[1013]. L'article 22 de cette déclaration reconnaît l'existence des droits culturels de l'homme en mentionnant la nécessaire « satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité ». Mais c'est surtout l'article 27.1 qui est important dans la mesure où il garantit l'exercice des droits culturels et par là même, le partage des savoirs. Cet article dispose que : « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. ». En garantissant un accès universel à la vie culturelle, une participation au progrès scientifique et à ses bienfaits, l'article 27.1 de la Déclaration assurerait à toute personne le droit d'accéder aux savoirs, de participer à leur production, notamment pour les savoirs scientifiques, et de bénéficier de ces nouveaux savoirs grâce au partage de ces derniers. P. Aigrain[1014] considère d'ailleurs que cet article a un

[1012] Szymczak, D., *ibid*., p. 5.
[1013] La Déclaration universelle des droits de l'homme a été adoptée le 10 décembre 1948 à Paris.
[1014] Aigrain, P., *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press, 2012.

certain retentissement avec l'ère d'Internet[1015]. L. Shaver explique que l'accès pour tous peut avoir différentes dimensions[1016]. Il peut être satisfait lorsque le bien est physiquement accessible à tous, abordable financièrement, culturellement approprié, adapté aux besoins particuliers d'une communauté ou d'un individu. Mais l'accès inclut aussi la capacité de participer activement, de créer et de partager avec les autres[1017]. Ainsi, l'article 27.1 présente l'avantage de restaurer un certain équilibre avec le régime des droits de propriété intellectuelle, lequel vise à traiter la science et la culture en tant que propriétés privées individuelles loin d'une conception collaborative, coopérative et accessible. Les droits de propriété intellectuelle devraient être contrôlés et leur mise en œuvre appréciée à la lumière des dispositions de l'article 27.1 en fonction de leur potentiel impact négatif à l'égard de l'accès et de l'utilisation des savoirs (limitation de la liberté d'expression, limitation de l'innovation, entrave à la compétitivité). L'objectif est d'assurer l'accès à la jouissance pour tous de la science et de la culture et cet objectif est garanti par la création d'un droit universel inclu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. D'ailleurs, puisque l'article 27.1 ne garantit qu'en second lieu la protection du droit d'auteur, il pourrait être interprété comme privilégiant d'abord les droits des tiers[1018].

352. La reconnaissance des droits culturels au sein des autres Déclarations. La Déclaration universelle sur la diversité culturelle[1019] et la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme[1020], jouent également un rôle majeur dans le partage des savoirs. Ces textes sont issus d'une organisation internationale spécifiquement créée pour s'assurer de la réalisation de l'objectif d'accès et de participation à la science et à la culture : l'UNESCO[1021]. Le partage des savoirs est réellement au centre de l'attention de cette

[1015] En effet, Internet a ouvert de nouvelles voies dans lesquelles tout individu, sans aucune considération de frontières ou de qualité particulière, est en capacité d'interagir, d'échanger, de coopérer et de créer des savoirs. La distinction entre producteur et consommateur ou encore entre détenteur et public est alors délaissée dans la mesure où toute personne, dès lors qu'elle en a la volonté et les moyens, est en mesure de participer à la création et au partage des savoirs. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 21-22.

[1016] Shaver, L., « The Right to Science and Culture », [En ligne], *Wisconsin Law Review,* No. 1, 2010, pp. 121-184, spé. p. 171. [Consulté le 31 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=1354788

[1017] Shaver, L., *ibid*.

[1018] Toutefois, cette interprétation est réfutée par A. Lucas et *al*. : « Certes, le texte ne garantit qu'en second lieu la protection du droit d'auteur, ce qui pourrait donner à penser que, dans l'esprit de ses rédacteurs, l'ordre des propositions établit une hiérarchie entre les droits du public et ceux du créateur. Mais il est évidemment impossible d'en inférer que le droit d'auteur doit s'effacer chaque fois qu'il est susceptible de freiner l'accès à la culture. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 366.

[1019] La Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle a été adoptée à l'unanimité le 2 novembre 2001.

[1020] La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme a été adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 19 octobre 2005.

[1021] L'Acte constitutif de l'UNESCO est signé le 16 novembre 1945 à Londres par les représentants de 37 pays. Il entrera en vigueur le 4 novembre 1946. Cette organisation internationale a pour mission de contribuer à la paix et à la sécurité en garantissant la collaboration entre les Etats à travers l'éducation, la science et la culture.

organisation internationale. En effet, « construire des sociétés du savoir » fait partie de ses objectifs principaux de sorte que l'accès, la préservation et le partage des savoirs sont des priorités dans une approche essentiellement participative et inclusive. La Déclaration universelle sur la diversité culturelle est l'aboutissement de cet objectif de partage des savoirs. Elle assure la dignité de l'homme qui exige alors la diffusion de la culture en vue de garantir la justice, la liberté et la paix[1022]. La Déclaration souligne aussi le lien étroit entre savoirs et culture puisqu'elle déclare que : « la culture se trouve au cœur des débats contemporains sur (…) le développement d'une économie fondée sur le savoir[1023] ». De plus, la Déclaration explique que pour que la diversité culturelle soit respectée, le partage des savoirs est nécessaire. L'article 6 précise qu'il est primordial d'assurer la « libre circulation des idées par le mot et par l'image (…) » et de garantir l'égalité d'accès au « savoir scientifique ». Quelques années plus tard, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme est venue garantir le partage des savoirs issus de la recherche scientifique. À son article 15, la Déclaration considère que tous les bienfaits résultant de la recherche scientifique et de ses applications devraient être partagés avec la société et la communauté internationale, et notamment l'accès aux connaissances scientifiques et technologiques[1024].

353. La reconnaissance des droits culturels au sein de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Quant à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles[1025], elle joue un rôle évident dans le partage des savoirs. Elle souligne d'abord la nécessité et les bienfaits d'un partage des savoirs en déclarant que : « La diversité culturelle est renforcée par la libre circulation des idées, et qu'elle se nourrit d'échanges constants et d'interactions entre les cultures[1026] ». Ensuite, les objectifs de la Convention sont notamment l'interaction et l'épanouissement des différentes cultures pour qu'elles s'enrichissent mutuellement[1027] ainsi que le dialogue entre les cultures pour favoriser les échanges culturels[1028]. La Convention considère que la liberté d'information et de communication doit être assurée pour que la

[1022] Premier considérant de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle.

[1023] Préambule de la Déclaration universelle sur la diversité culturelle (5ème considérant).

[1024] Art. 15.1, e) de la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme.

[1025] La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles a été adoptée en octobre 2005 lors de la 33ème session de la Conférence générale de l'UNESCO. Elle est entrée en vigueur en mars 2007.

[1026] Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (11ème considérant).

[1027] Art. 1er, b) de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

[1028] Art. 1er, c) de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

diversité culturelle puisse être promue[1029]. Il doit alors être reconnu aux individus et aux peuples un droit fondamental de participer et de jouir de la culture[1030]. Ce droit fondamental implique la mise en œuvre de mesures telles que des mesures encourageant les individus et les groupes sociaux à « créer, produire, diffuser leurs propres expressions culturelles et à y avoir accès (…)[1031] ». Par conséquent, les idées de coopération, d'échange, de partenariat et de partage sont bien prédominantes au sein de cette Convention.

354. La reconnaissance des droits culturels au sein du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Les deux pactes internationaux, et plus particulièrement le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)[1032], viennent, en outre, jouer un rôle primordial dans le partage des savoirs Ces pactes sont en effet d'une importance considérable dans la mesure où ils sont juridiquement contraignants. L'article 15.1 du PIDESC assure l'exercice des droits culturels en imposant aux Etats parties de reconnaître à toute personne le droit « de participer à la vie culturelle » et « de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ». L'article poursuit en obligeant les Etats parties à assurer l'exercice de ces droits par des mesures telles que maintenir, développer ou encore diffuser la science et la culture[1033]. Aussi, la liberté de la recherche scientifique et la liberté des activités créatrices[1034] doivent être entièrement respectées par les Etats parties. Ces derniers doivent adopter une approche participative et inclusive de la science et de la culture[1035]. L'article 15.1 du PIDESC contraint alors les Etats parties à assurer le partage des savoirs puisque tout individu doit pouvoir être libre de créer des savoirs, de participer à leur élaboration, mais aussi de simplement bénéficier des nouveaux savoirs issus du progrès scientifique. Selon, A.R. Chapman[1036], l'article 15.1 du PIDESC implique l'exercice de deux droits principaux : un droit d'accès et un droit de déterminer les priorités et de prendre des décisions sur les développements scientifiques et technologiques. Pour assurer la pleine réalisation de ces droits,

[1029] Art. 2 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

[1030] Art. 2.5 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

[1031] Art. 7 de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

[1032] Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels a été adopté le 16 décembre 1966 et il est entré en vigueur le 23 mars 1976.

[1033] Art. 15.2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

[1034] Art. 15.3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

[1035] Art. 15.4 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

[1036] Chapman, A.R., « A Human Rights Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress, and Access to the Benefits of Science », *in* OMPI, *Intellectual Property and Human Rights*, No. 762, Genève, 1999, spé. p. 9.

les Etats devraient avoir pour obligation de les faire respecter et de créer des mesures législatives, administratives ou encore budgétaires appropriées.

355. Transition. Bien que faisant partie intégrante des droits de l'homme, les droits culturels sont faiblement reconnus et peu visibles dans les différents textes.

B) La difficile reconnaissance des droits culturels

356. Les raisons justifiant le déficit d'identification et de protection des droits culturels. Les droits culturels souffrent d'un déficit d'identification et de protection. A.R. Chapman explique que les Etats cèdent plutôt aux pressions économiques au détriment de la dignité humaine et des valeurs morales[1037]. La difficile reconnaissance de ces droits s'expliquerait également par l'éclatement des sources et des mécanismes de protection. Selon D. Szymczak[1038], les droits culturels sont plus ou moins reconnus et protégés selon l'échelle. À l'échelle internationale[1039], les mécanismes de protection seraient insuffisants contre les effets de la mondialisation et de la libéralisation des échanges car les droits culturels ne seraient que des droits programmatiques, c'est-à-dire d'une justiciabilité équivoque. En d'autres termes, ces droits nécessitent une action positive aussi bien des individus que de l'Etat et des autres entités publiques ou privées. C'est principalement l'Etat qui doit agir pour prendre des mesures appropriées pour créer les conditions d'exercice ou de jouissance des droits culturels (actions positives). Mais, par là même, l'Etat se doit de ne pas intervenir dans l'exercice des droits pour imposer des limitations ou des restrictions (actions négatives). À l'échelle régionale[1040], la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, même si elle reste encore faible à l'égard des droits culturels, joue un rôle positif car elle appréhende ces derniers à travers les libertés individuelles[1041]. À l'échelon national français, les droits culturels restent absents au nom de l'unité et de l'indivisibilité de la République[1042]. Par conséquent, la reconnaissance des

[1037] A.R. Chapman expose que les droits de l'homme demeurent encore subordonnés à la volonté des Etats lesquels font avant tout primer les considérations économiques sur toutes autres considérations. La conséquence est que les objectifs ne sont pas les mêmes, notamment pour la science. La vision des droits de l'homme est de protéger et élever la dignité humaine ainsi que faire bénéficier tous les membres de la société, alors que la vision économique est généralement de privatiser et commercialiser la science pour engendrer du profit et de la compétitivité. Voir Chapman, A.R., *ibid*., p. 5 et 10.

[1038] Szymczak, D., « Droits culturels », *Jurisclasseur Libertés,* Fasc. 1220, 2007.

[1039] Szymczak, D., *ibid*., p. 6-9.

[1040] Szymczak, D., *ibid*., p. 9-14.

[1041] La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de souligner l'importance de la liberté académique et de la diffusion du savoir sur le fondement de l'article 10 de la Convention. Voir notamment CEDH, 23 juin 2009, *Sorguç c. Turquie*, No. 17089/02, §35.

[1042] Szymczak, D., *ibid*., p. 15.

droits culturels varie selon les ordres juridiques, ce qui les fragilise dans leur pleine reconnaissance et protection. E. Gaillard dévoile cependant une approche rassurante en expliquant que ces droits sont encore récents et que le temps a un rôle à jouer dans la formation des droits et dans la conviction de leur caractère obligatoire. De la proclamation à l'invocabilité, un laps de temps s'impose[1043].

357. L'apport de la Déclaration de Fribourg à l'égard des droits culturels et des savoirs. Constatant la faible reconnaissance des droits culturels et leur grande dispersion dans de nombreux instruments, le Groupe de Fribourg, coordonné par P. Meyer-Bisch, a décidé de rédiger une Déclaration en 2007[1044] dans le but de clarifier et de démontrer l'importance de ces droits culturels. Cette Déclaration souligne dès le départ l'indivisibilité, l'universalité et l'interdépendance des droits de l'homme[1045]. Ils devraient alors être tous respectés et être considérés comme d'égale importance. Aucun droit de l'homme ne peut en exclure un autre car ils s'additionnent et forment un tout sans aucune hiérarchisation envisageable. Les Etats se doivent donc de respecter tous les droits de l'homme et ne peuvent pas faire le choix de n'en respecter que certains. Ces droits universels sont, de plus, interdépendants de sorte que la privation des droits culturels aura un effet négatif sur les autres droits fondamentaux[1046]. Les droits culturels sont des droits fondamentaux d'une importance aussi grande que le droit à la vie, le droit de vote ou encore le droit au travail. En outre, la Déclaration souligne que les droits culturels sont des droits incluant expressément les savoirs dans leur définition. L'article 2 de la Déclaration donne une définition de la culture laquelle « recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs (…) ». En reconnaissant et en rendant effectifs les droits culturels, un meilleur partage et une meilleure protection des savoirs seront alors assurés. Aussi, les articles de la Déclaration devraient avoir un impact positif sur le partage des savoirs. L'article 5 assure le droit à toute personne d'accéder et de participer librement à la vie culturelle. Il poursuit en expliquant que ce droit comprend notamment « la liberté de développer et de

[1043] Gaillard, E., *Générations futures et droit privé - Vers un droit des générations futures,* (dir.) Ghestin, J., LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque de droit privé, T. 527, 2011, 645 p.

[1044] La Déclaration de Fribourg sur les droits culturels a été adoptée à Fribourg le 7 mai 2007. Elle a été créée à la suite de consultations et de travaux menés par les membres du « Groupe de Fribourg ». La Déclaration promeut la protection de la diversité et des droits culturels au sein du système des droits de l'homme. En particulier, elle rassemble les droits culturels qui sont dispersés dans de nombreux textes internationaux.

[1045] Au sein du deuxième considérant, il est exposé : « Réaffirmant que les droits de l'homme sont universels, indivisibles et interdépendants, et que les droits culturels sont à l'égal des autres droits de l'homme une expression et une exigence de la dignité humaine ».

[1046] D'ailleurs, D. Lochak explique que : « Les droits de solidarité seraient la condition d'existence des droits de la première et de la deuxième génération. » Voir Lochak, D., « IV. Enracinement et mutations des droits de l'homme », *in Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, « Repères », 2009.

partager des connaissances, des expressions culturelles, de conduire des recherches et de participer aux différentes formes de création ainsi qu'à leurs bienfaits ». Chaque individu a alors le droit de partager des connaissances. Les savoirs sont donc bien au cœur de la Déclaration et celle-ci déclare le partage des savoirs comme un droit reconnu à tout individu. Dans le même sens, l'article 7 protège le droit à l'information en disposant que : « (…) toute personne, seule ou en commun, a droit à une information libre et pluraliste qui contribue au plein développement de son identité culturelle ». L'article explique que ce droit comprend notamment la « liberté de rechercher, recevoir et transmettre les informations » mais aussi « le droit de participer à une information pluraliste (…) de contribuer à sa production ou à sa diffusion au travers de toutes les technologies de l'information et de la communication ». Ainsi, les informations étant les prémices de l'existence des savoirs, il semble également crucial d'assurer le droit à tout individu à leur libre production, transmission et diffusion.

358. Les mesures prises en faveur des droits culturels suite à la Déclaration de Fribourg. La Déclaration de Fribourg de 2007 a prouvé son efficacité et réalisé un de ses objectifs de clarification et de meilleure reconnaissance des droits culturels. Elle responsabilise aussi bien les acteurs publics que les organisations internationales afin de garantir le respect et l'exercice des droits culturels[1047]. Même si un long chemin reste à parcourir, de nouvelles mesures ont vu le jour assurant le plein effet des droits culturels. Notamment, le Conseil des droits de l'homme[1048] reconnaît l'importance des droits culturels dans la mesure où ces derniers contribuent « au développement des échanges de savoir (…) et font progresser l'application et l'exercice des droits de l'homme »[1049]. Le Conseil des droits de l'homme a décidé de créer une nouvelle procédure spéciale pour une période de trois ans intitulée « Expert Indépendant dans

[1047] En effet, son art. 11 donne pour mission aux Etats et aux divers acteurs publics d' « intégrer dans leurs législations et leurs pratiques nationales les droits reconnus dans la présente Déclaration » (art. 11, a), de « respecter, protéger et réaliser les droits énoncés dans la présente Déclaration dans les conditions d'égalité, et consacrer au maximum leurs ressources disponibles en vue d'en assurer le plein exercice » (art. 11, b), d' « assurer à toute personne, seule ou en commun, invoquant la violation de droits culturels l'accès à des recours effectifs, notamment juridictionnels » (art. 11, c), et de « renforcer les moyens de coopération internationale nécessaires à cette mise en œuvre » (art. 11, d). Quant aux organisations internationales, l'art. 12 leur demande d' « assurer dans l'ensemble de leurs activités la prise en compte systématique des droits culturels » (art. 12, a), de « veiller à leur insertion cohérente et progressive dans tous les instruments pertinents et leurs mécanismes de contrôle » (art. 12, b), et de « contribuer au développement de mécanisme communs d'évaluation et de contrôle transparents et effectifs » (art. 12, c).

[1048] Le Conseil des droits de l'homme est un organe intergouvernemental du système des Nations unies créé par l'Assemblée générale de l'ONU le 15 mars 2006.

[1049] Résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme, 10ème session, point 8.

le domaine des droits culturels »[1050]. Aussi, une résolution[1051] a été adoptée à l'unanimité demandant à tous les Etats de respecter, promouvoir et protéger le droit de chacun à participer à la vie culturelle, dont la possibilité d'avoir accès au patrimoine culturel et d'en jouir. La résolution invite les Etats à mettre en œuvre des mesures pertinentes pour atteindre cet objectif, notamment la mise en place de partenariats entre les autorités nationales compétentes et la société civile en vue de renforcer la protection des droits culturels et de promouvoir le droit de participer à la vie culturelle.

359. L'étroite relation entre la liberté d'expression et les savoirs. Indépendamment ou en s'associant aux droits culturels, le partage des savoirs pourrait par ailleurs être assuré par un droit de l'homme de la première génération, la liberté d'expression. C'est ce que N. Ram explique en soulignant que si la production des savoirs est freinée voire supprimée, le premier amendement de la Constitution des Etats-Unis relatif à la liberté d'expression pourrait être légitimement invoqué[1052]. La liberté d'expression servirait donc à faciliter la création et le partage des savoirs. En effet, en jouissant de cette liberté, les individus peuvent échanger, explorer, essayer, tester de nouvelles idées, puis partager différents savoirs existants, se les approprier et finalement créer de nouveaux savoirs. Selon N. Ram, l'accès et la production des savoirs sont deux éléments primordiaux car si l'Etat peut empêcher les individus de partager des idées, des informations ou encore des savoirs ainsi que de découvrir de nouveaux savoirs, alors la liberté d'expression n'est plus respectée[1053]. Toute restriction dans la production des savoirs devrait donc être condamnée. Tout du moins, le gouvernement devrait prouver que la réglementation sert un intérêt étatique légitime et se trouve être la mesure la moins restrictive pour poursuivre cet intérêt. Par conséquent, lorsque l'Etat autorise la délivrance de droits de propriété intellectuelle ayant pour effet de verrouiller l'accès et le partage des savoirs ainsi que la production même de nouveaux savoirs, alors les individus devraient pouvoir invoquer leur droit à la liberté d'expression.

[1050] Voir Résolution 10/23, point 9. L'expert aurait notamment pour mission d'identifier les meilleures pratiques de promotion et de protection des droits culturels à différentes échelles, d'identifier les obstacles à la promotion et protection des droits culturels en soumettant des propositions ou recommandations sur les actions à mener pour lutter contre ces derniers, de travailler en coopération avec les Etats pour faciliter l'adoption à différentes échelles de mesures de promotion et de protection des droits culturels. Le mandat a ensuite été prorogé plusieurs fois et a conféré au titulaire du mandat le statut de Rapporteur spécial dans le domaine des droits culturels (Résolution 19/6 du Conseil des droits de l'homme, point 8).

[1051] Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 30 septembre 2016, 33ème session, point 3 de l'ordre du jour, Assemblée générale des Nations unies, A/HRC/RES/33/20

[1052] Ram, N., « Science as Speech », *Iowa Law Review*, [En ligne], Vol. 102, 2017, pp. 1187-1237, spé. p. 1197 et s. [Consulté le 12 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=3012034

[1053] Ram, N., *ibid*.

360. La nécessité d'adapter le régime des droits de propriété intellectuelle aux droits culturels. Concernant les droits de propriété intellectuelle, nous avons vu que le risque est de verrouiller les savoirs en se fondant sur une approche exclusiviste opposée à la conception des droits de l'homme. A.R. Chapman[1054] souligne que le régime des droits de propriété intellectuelle se doit de respecter les droits de l'homme en poursuivant deux objectifs. Le premier objectif consiste à ce que le type et le niveau de protection créés par le régime des droits de propriété intellectuelle facilitent et promeuvent directement le progrès scientifique et ses applications. Le second objectif vise à ce que tous les membres de la société bénéficient de ce progrès scientifique au niveau individuel et collectif. Dès lors, cette vision présente des conséquences directes sur le régime des droits de propriété intellectuelle. D'abord, A.R. Chapman[1055] explique que les conditions de brevetabilité doivent être strictement interprétées et un brevet doit pouvoir être délivré selon le niveau de bénéfice qu'il assure aux membres de la société. Il doit aussi être garanti aux individus un accès libre et facile aux savoirs pour pouvoir bénéficier des progrès de la science et des technologies. Tout individu doit également avoir le droit de discuter, évaluer et avoir un rôle actif dans la détermination des développements scientifiques et technologiques au nom de leur droit de prendre part à la conduite des affaires publiques. En tout état de cause, et en se fondant principalement sur le caractère contraignant du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le respect des droits de l'homme, et particulièrement des droits culturels, devrait être imposé à l'Office Européen des Brevets (OEB) et aux législateurs de chaque Etat, par les institutions judiciaires et administratives ainsi que par d'autres agents institutionnels responsables de ces droits fondamentaux. Des lignes directrices relatives aux obligations des Etats devraient du reste être publiées pour que ces derniers prennent pleinement conscience de leur rôle primordial pour assurer l'accès universel à la science et à la culture.

361. Transition. Bien que l'idée d'un partage des savoirs soit beaucoup plus présente au sein des instruments relatifs aux droits de l'homme, l'objectif des droits de l'homme est de garantir aussi bien le partage des savoirs que leur protection juridique.

[1054] Chapman, A.R., « A Human Rights Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress, and Access to the Benefits of Science », *in* OMPI, *Intellectual Property and Human Rights*, No. 762, Genève, 1999, spé. p. 2. Dans le même sens, voir Dinesh, S., « Intellectual Property and Human Rights », *Indian Journal of Applied Research*, Vol. 5, 2015, p. 305.

[1055] Chapman, A.R., *ibid*.

PARAGRAPHE II. LES DROITS DE L'HOMME ET LA PROTECTION DES SAVOIRS PAR LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

362. Plan. Les instruments relatifs aux droits de l'homme garantissent la protection des intérêts matériels et moraux de tout détenteur (A). Cette protection doit toutefois toujours être conforme aux principes originels des droits de propriété intellectuelle (B).

A) La protection des intérêts matériels et moraux de chaque détenteur

363. La reconnaissance par divers instruments juridiques d'une protection des intérêts matériels et moraux des détenteurs. L'affirmation de droits universels pour tout détenteur plaide en faveur de la reconnaissance d'une protection des intérêts matériels et moraux de ces derniers. De nombreux textes soulignent la nécessaire protection de ces intérêts, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose que : « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur[1056] ». La Déclaration de Fribourg dispose aussi que le droit d'accès et de participation à la vie culturelle comprend notamment : « le droit à la protection des intérêts moraux et matériels liés aux œuvres qui sont le fruit de son activité culturelle[1057]. » De même, la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle exhorte les Etats membres à « assurer la protection des droits d'auteurs et des droits qui leur sont associés (…)[1058] ». Les détenteurs de savoirs sont alors en droit d'être protégés juridiquement. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels oblige d'ailleurs les Etats parties à reconnaître au détenteur le droit « de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur[1059] ». La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles[1060] reconnaît aussi l'importance des droits de propriété intellectuelle pour soutenir les personnes qui participent à la créativité culturelle[1061]. Les détenteurs ont donc un droit à la protection de leurs intérêts matériels et moraux, ce double objet de protection rappelant la dualité des droits subjectifs spéciaux reconnus aux auteurs d'une œuvre de l'esprit :

[1056] Art. 27.2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

[1057] Art. 5, b) de la Déclaration de Fribourg.

[1058] Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, lignes essentielles pour la mise en œuvre de la Déclaration, point 16.

[1059] Art. 15.1, c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

[1060] La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles a été adoptée en octobre 2005 lors de la 33ème session de la Conférence générale de l'UNESCO. Elle est entrée en vigueur en mars 2007.

[1061] 17ème considérant de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles.

les droits patrimoniaux et le droit moral. Selon ces différents textes internationaux, les intérêts moraux consistent à sauvegarder le lien personnel qui existe entre le détenteur pris individuellement et sa création ou bien entre les communautés autochtones et locales et leur héritage culturel. Quant aux intérêts matériels, ce sont ceux assurant aux détenteurs un niveau de vie adéquat. Ainsi, les droits de propriété intellectuelle semblent avoir un rôle à jouer pour protéger les savoirs puisqu'ils sont reconnus par les droits de l'homme pour venir protéger les détenteurs et leurs savoirs.

364. Les obligations des Etats relatives à la protection des intérêts matériels et moraux des détenteurs. La protection des intérêts matériels et moraux des détenteurs est alors la mission des Etats. L'article 2.1 du PIDESC rappelle aux Etats qu'ils s'engagent à assurer le plein exercice des droits reconnus dans le Pacte et notamment par l'adoption de mesures législatives. L.R. Helfer souligne que le comité des Nations unies sur les droits économiques, sociaux et culturels a développé une approche relative aux obligations des Etats issues du PIDESC. Le comité distingue entre le noyau dur des obligations (« *core obligations* » [1062]) qui est le niveau minimum de chaque droit mis en œuvre obligatoirement et immédiatement par les Etats, et les autres obligations qui peuvent être appliquées progressivement. Parmi les obligations essentielles, les Etats doivent protéger et prendre des mesures pour empêcher les tiers de violer les intérêts matériels et moraux des détenteurs, notamment en adoptant des mesures législatives, administratives, budgétaires et judiciaires dans le but de la pleine réalisation de l'article 15.1, c) du PIDESC[1063].

365. La nécessité de contrebalancer la protection des intérêts matériels et moraux des détenteurs avec les droits culturels. Les droits de l'homme n'ont cependant pas eu pour objectif de surprotéger les détenteurs et leurs savoirs. Le problème est que les Etats ont une marge de manœuvre dans le niveau de protection conféré *via* les droits de propriété intellectuelle. Certes, la protection des intérêts matériels et moraux des détenteurs doit être assurée mais les Etats ne doivent pas négliger la logique de partage qui a largement sa place au sein des droits de l'homme[1064]. Dès lors, l'aspect protecteur ne doit pas avoir pour effet de

[1062] Helfer, L.R., « Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property », *University of California, Davis,* Vol. 40, No. 971, 2007, pp. 973-1018, spé. p. 990.

[1063] Helfer, L.R., *ibid*.

[1064] Selon A.R. Chapman, l'approche des droits de propriété intellectuelle devrait être axée sur les droits de l'homme, et non l'inverse. Voir Chapman, A.R., « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'Homme (obligations découlant de l'article 15 [1] [c] du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », *Bull. Droit d'auteur,* Unesco, Vol. XXXV, No. 3, 2001.

verrouiller, de privatiser ou encore de surprotéger les savoirs. Le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, qui est de valeur contraignante à l'égard des Etats parties, impose d'ailleurs que les mesures prises pour assurer la mise en œuvre de l'article 15.1 doit « comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture ». Les Etats ont donc pour mission de respecter la liberté de la recherche et la liberté des activités créatrices[1065] tout en reconnaissant les avantages de l'encouragement au partage[1066].

366. La nécessaire protection des intérêts matériels et moraux des communautés détentrices de savoirs dits « traditionnels ». Les droits de l'homme vont, du reste, venir consacrer la protection d'une forme particulière de savoirs, les savoirs dits « traditionnels ». Avec l'ignorance des droits culturels des communautés autochtones et locales et avec l'avènement de l'Accord sur les ADPIC reliant droit de propriété intellectuelle et marché, certains auteurs considèrent que le régime des droits de propriété intellectuelle se doit de respecter les droits de l'homme[1067]. La vision à combattre est celle considérant les savoirs « traditionnels » comme appartenant au domaine public[1068]. Des instruments juridiques vont alors protéger ces savoirs vulnérables aux comportements de « biopiraterie ». La Déclaration sur la diversité culturelle souligne d'abord la nécessaire protection de ces savoirs puisqu'il est expressément demandé de « respecter et protéger les savoirs traditionnels, notamment ceux des peuples autochtones »[1069]. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles joue aussi un rôle de protection des savoirs dits « traditionnels » lorsqu'elle déclare « l'importance des savoirs traditionnels en tant que source de richesse immatérielle et matérielle, et en particulier des systèmes de connaissance des peuples autochtones »[1070]. La Déclaration universelle de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme[1071], en réglementant et humanisant l'utilisation de la science, vient également protéger les savoirs « traditionnels » contre la « biopiraterie ». Dès son préambule, la Déclaration

[1065] Art. 15.3 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels.

[1066] Art. 15.4 du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels.

[1067] L.R. Helfer parle de « human rights framework for intellectual property law ». Voir Helfer, L.R., « Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property », *University of California, Davis,* Vol. 40, No. 971, 2007, pp. 973-1018.

[1068] De par cette vision, le savoir est à la libre disposition de tout tiers pour être utilisé comme une donnée en amont, dans le but de créer des innovations futures en aval qui, par la suite, sont privatisées à travers les droits de propriété intellectuelle.

[1069] Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, lignes essentielles pour la mise en œuvre de la Déclaration, point 14.

[1070] Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, considérant 8.

[1071] La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme a été adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 19 octobre 2005.

reconnaît que la science et les technologies ont pu avoir des comportements contraires à l'éthique et des impacts négatifs à l'égard des communautés autochtones et locales[1072]. La Déclaration démontre la nécessité de renforcer la coopération internationale dans le domaine de la bioéthique tout en tenant compte des besoins spécifiques des pays en développement, des communautés autochtones et des populations vulnérables[1073]. La Déclaration poursuit en soulignant l'importance d'instaurer un équilibre entre la recherche scientifique et la dignité humaine, les droits de l'homme et les libertés fondamentales[1074]. Les intérêts et le bien-être de l'individu doivent alors primer sur le seul intérêt de la science ou de la société[1075]. Visant à lutter contre la « biopiraterie », la Déclaration considère, par ailleurs, que le consentement préalable, libre, exprès et éclairé doit être donné soit par un individu soit par les représentants légaux du groupe ou de la communauté pour toute recherche scientifique[1076]. La Déclaration vise donc à protéger les individus et groupes sociaux vulnérables[1077] et notamment la « confidentialité des informations les touchant personnellement »[1078], ce qui peut renvoyer à leurs savoirs. Ainsi, à travers les droits de l'homme, les communautés autochtones et locales s'assurent de la protection de leurs intérêts matériels et moraux, comme tout individu s'assurerait du respect de ses droits universels. H.M. Haugen[1079] s'est toutefois demandé si les droits de l'homme obligeaient les Etats à protéger les savoirs « traditionnels ». La protection de ces savoirs pourrait être, d'une part, positive en créant une nouvelle législation et des institutions qui reconnaissent ces savoirs, et/ou, d'autre part, défensive en empêchant les tiers de revendiquer des droits indument[1080]. L'article 15.1 du Pacte international impose la protection des intérêts moraux et matériels mais ces intérêts avaient été interprétés jusque-là en des termes individualistes uniquement. Selon H.M. Haugen, la protection des intérêts matériels et moraux ne doit pas seulement être interprétée comme visant uniquement les auteurs éligibles au droit d'auteur. Les communautés autochtones et locales ont également des intérêts qui méritent d'être protégés, et notamment mais pas uniquement par les droits de propriété intellectuelle[1081]. Les savoirs « traditionnels » sont effectivement visés lorsque les textes

[1072] 17ème considérant de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.
[1073] 21ème considérant de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.
[1074] Art. 2, c) et d) de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.
[1075] Art. 3.2 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.
[1076] Art. 6 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.
[1077] Art. 8 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.
[1078] Art. 9 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme.
[1079] Haugen, H.M., « Traditional Knowledge and Human Rights », *The Journal of World Intellectual Property,* Vol. 8, No. 5, 2005, pp. 663-677, spé. p. 665.
[1080] Haugen, H.M., *ibid*.
[1081] Haugen, H.M., *ibid*., p. 664 et 674.

imposent la protection des intérêts matériels et moraux des détenteurs[1082]. Les Etats devraient donc participer activement à la protection des savoirs des communautés autochtones et locales puisqu'il leur est demandé de mettre en œuvre des mesures pour que ces droits soient efficacement reconnus et protégés[1083].

367. Transition. Les droits de l'homme, tout en garantissant le partage des savoirs, s'assurent aussi de la protection des intérêts matériels et moraux des détenteurs. En protégeant ces intérêts, le maintien et la préservation des savoirs sont davantage garantis, y compris les savoirs des communautés autochtones et locales. Néanmoins, la protection des intérêts matériels et moraux ne doit pas méconnaître les principes originels des droits de propriété intellectuelle.

B) L'équilibre entre les intérêts du détenteur et l'intérêt du public : principe originel des droits de propriété intellectuelle

368. Présentation du principe originel des droits de propriété intellectuelle et de ses effets sur le régime juridique. Dès son origine, le régime des droits de propriété intellectuelle a été pensé comme une habile balance entre deux intérêts : les intérêts du détenteur (être récompensé de l'apport d'une création à la société) sont contrebalancés par les intérêts du public (avoir accès à la création et l'utiliser)[1084]. Aussi, les droits de propriété intellectuelle ont été conçus comme une sorte de contrat social ou de copropriété appartenant au détenteur, d'un côté, et au public, de l'autre[1085]. V. Hugo souligne même que si l'un des intérêts doit être sacrifié alors ce doit être celui du détenteur[1086]. Pour éviter que le droit exclusif du détenteur prime sur

[1082] D'ailleurs, la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU, le 13 septembre 2007, déclare que : « Les peuples autochtones ont le droit, à titre collectif ou individuel, de jouir pleinement de l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus par la Charte des Nations unies, la Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international relatif aux droits de l'homme » (art. 1er). Aussi, l'art. 31.1 de cette Déclaration reconnaît le droit des peuples autochtones de protéger leur savoir traditionnel ainsi que de développer la « propriété intellectuelle collective » de ce savoir traditionnel.

[1083] Art. 31.2 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones.

[1084] Comme le souligne M. Vivant : « Le droit est équilibre ou, à tout le moins, recherche d'équilibre et prétendre penser un pan du droit comme un absolu, sans considérer d'autres composantes du système juridique, sans considérer d'autres valeurs, c'est sans doute reproduire un discours académique convenu et ainsi trop souvent vénéré mais c'est aussi une pensée profondément a-juridique qui nie ce qui fait le droit. » Voir Vivant, M., « Copyright - Droit d'auteur : le défi est ailleurs », *in La réforme du droit d'auteur en Europe à l'aune du Copyright,* revue Entertainment, à paraitre, cité par Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 655. La CJUE a déjà eu l'occasion de le rappeler : « La protection du droit fondamental de propriété, dont font partie les droits liés à la propriété intellectuelle, doit être mise en balance avec celle d'autres droits fondamentaux. » (CJUE, 16 févr. 2012, aff. C-360/10).

[1085] Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 13.

[1086] « Le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient au genre humain. Toutes les intelligences y ont droit. Si l'un des deux droits, le droit de l'écrivain et le droit de l'esprit humain, devait être sacrifié, ce serait certes, le droit de l'écrivain, car l'intérêt public est notre préoccupation unique, et tous, je le déclare, doivent passer avant nous. » Voir Hugo, V., *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international*, 17 juin 1878, *in* Baetens, J., *Le Combat du droit d'auteur*,

les intérêts des tiers, le régime des droits de propriété intellectuelle a alors créé des exceptions et des limitations au nom de l'intérêt général. Ces exceptions ou limitations, en garantissant la dissémination des savoirs, évitent que les droits de propriété intellectuelle privatisent ces derniers. C'est également pour concilier ces intérêts que le droit a créé une propriété seulement temporaire et limitée dans le temps à l'égard du titulaire des droits. L'objectif de la création des droits de propriété intellectuelle a toujours été d'inciter les détenteurs à innover et à diffuser les savoirs dans le même temps[1087]. Création et diffusion sont d'ailleurs fortement liées car sans diffusion des savoirs il y aura peu de création et sans création il ne pourra émerger de nouveaux savoirs. La création est alors nécessairement un processus collectif rendant indispensable les échanges, la coopération ou le partage.

369. La violation illégitime du principe originel des droits de propriété intellectuelle. L'équilibre entre intérêts du détenteur et intérêts du public a cependant été progressivement rompu dans la mesure où la tendance générale est de privilégier les intérêts des titulaires des droits de propriété intellectuelle au détriment des intérêts du public. Toute création intellectuelle est convertie en titre de propriété échangeable telle une marchandise et monnayable sur un marché. M. Vivant[1088] revendique alors le nécessaire équilibre à créer entre la multiplication des « péages », c'est-à-dire la protection juridique, et la liberté absolue, c'est-à-dire le partage. Le contexte actuel de multiplication des « péages » et d'extension des droits de propriété intellectuelle, qui interprète les savoirs eux-mêmes comme objets d'appropriation, n'est certes pas interdit légalement mais il n'a pas non plus de réelle légitimité. Nous ne pouvons qu'accueillir le raisonnement de M. Vivant qui explique que l'imitation est inhérente à l'Homme et aux sociétés humaines de sorte que, même si nous faisons tout pour établir des « péages », l'imitation ne cessera jamais d'exister[1089]. M. Vivant poursuit en expliquant que la liberté absolue n'est pas non plus souhaitable car les intérêts des détenteurs seront totalement bafoués, notamment leur droit à rémunération[1090]. M. Buydens parle, quant à lui, de « contrat social[1091] » entre les intérêts de l'auteur et ceux de la société et appelle au respect de l'objectif

Les impressions nouvelles, Paris, 2001, p. 158. Sur l'évolution historique de l'équilibre entre le droit d'auteur et l'intérêt du public, voir Latournerie, A., « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Économie politique*, No. 22, 2004, pp. 21-33.

[1087] Comme le soulignent M. Vivant et J.M. Bruguière : « D'autant que le recours à la propriété intellectuelle n'a pas seulement la fonction de réservation que lui reconnaissent volontiers les juristes mais est aussi le moyen qui assure la faisabilité de l'échange. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 701.

[1088] Vivant, M., « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », *in Mélanges Christian Mouly,* Litec, 1998, p. 441.

[1089] Vivant, M., *ibid*.

[1090] Vivant, M., *ibid*.

[1091] Buydens, M., « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *Revue*

initial des droits de propriété intellectuelle qui était la diffusion des savoirs et non celui de l'investissement. Cet objectif n'a pas été respecté puisque les monopoles sont aujourd'hui essentiellement délivrés à l'égard des entreprises en mesure d'investir. M. Buydens expose qu'un privilège légal est alors octroyé en récompense d'un privilège économique de fait[1092].

370. Les raisons justifiant la nécessité de rétablir l'équilibre entre intérêts du détenteur et intérêts des tiers. Le rétablissement de l'équilibre entre intérêts du détenteur et intérêts des tiers semble être la solution la plus légitime et nécessaire en ce qui concerne les créations immatérielles dans la mesure où le droit exclusif des détenteurs est lui-même contesté. Le caractère soi-disant intrinsèque des droits des détenteurs est parfois remis en cause en alléguant plutôt l'existence de simples privilèges justifiés par leur utilité sociale[1093]. Ce serait parce que les créations immatérielles sont utiles à la société qu'il est reconnu à leur détenteur un privilège temporaire. Bien que ce soit la tendance actuelle, les détenteurs ne disposent pas de droits de propriété intellectuelle par la simple existence de leurs créations immatérielles mais parce que ces dernières apportent quelque chose, parce qu'elles sont profitables aux tiers. Ces derniers sont donc bien au centre de l'attention des créations immatérielles car ce sont ces tiers qui justifient l'attribution des droits de propriété intellectuelle. Dès lors, si les intérêts des tiers sont bafoués, les droits de propriété intellectuelle ne sont plus justifiés. Un réel équilibre serait donc à concevoir entre protection des intérêts des détenteurs et partage des savoirs. La protection des intérêts matériels et moraux des détenteurs ne devrait être justifiée que si elle est compatible avec un accès préalable de tous à la science et à la culture[1094].

371. L'influence des instruments juridiques dans le rétablissement de l'équilibre des intérêts. La prise de conscience d'un nécessaire équilibre intervient essentiellement après la Déclaration de Genève sur le futur de l'OMPI[1095] qui appelle à prendre conscience de

internationale de droit économique, Vol. XX, No. 4, 2006, p. 433-474, spé. p. 439.

[1092] Buydens, M., *ibid*., p. 445.

[1093] C'est notamment la position de R. Stallman. Voir Xifaras, M., « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, No. 41, 2010, pp. 50-64, spé. p. 53.

[1094] D'ailleurs, L. Shaver rappelle que la notion de protection des intérêts du détenteur a été introduite tardivement dans le projet de la Déclaration universelle des droits de l'homme et cette notion a même été rejetée car elle était considérée inappropriée dans un texte relatif aux droits de l'homme. L. Shaver souligne aussi que la tension entre protection et partage n'avait pas été perçue par les rédacteurs de la Déclaration car les droits de propriété intellectuelle n'avaient pas le poids qu'ils ont aujourd'hui. Voir Shaver, L., « The Right to Science and Culture », [En ligne], *Wisconsin Law Review,* No. 1, 2010, pp. 121-184, spé. p. 144-149, [Consulté le 31 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=1354788

[1095] Des scientifiques, académiques ou encore ONG ont signé la Déclaration de Genève sur le futur de l'OMPI. Cette Déclaration appelle l'OMPI à prendre conscience des coûts sociaux et économiques des droits de propriété intellectuelle, de réformer le régime des droits de propriété intellectuelle existant et de promouvoir les systèmes de créativité et d'innovation non-propriétaires.

l'expansion continue des droits de propriété intellectuelle et à freiner celle-ci. À la suite de cette Déclaration, un projet de traité intitulé A2K[1096] est proposé. Même si le projet de traité reconnaît que la protection des intérêts des détenteurs est importante[1097], il insiste sur le volet « partage » des savoirs. Il affirme, dans son préambule, que de larges opportunités doivent être créées pour que chaque personne puisse participer au développement des savoirs[1098]. Le préambule reconnaît aussi le besoin d'une meilleure divulgation des savoirs par les détenteurs ainsi que de nouvelles incitations pour créer et partager les savoirs sans aucune restriction d'accès[1099]. Au sein des articles mêmes du projet de traité, le partage des savoirs reste l'objectif principal. C'est ce que l'article 1er dispose : « Les objectifs du traité sont de protéger et d'améliorer l'accès au savoir (…)[1100] » Des licences obligatoires sont, de plus, proposées pour promouvoir l'accès des pays en développement aux œuvres protégées par le droit d'auteur[1101]. Il en est déjà de même au sein du droit des brevets. Le droit de la concurrence peut en effet imposer le partage par une licence obligatoire lorsque la concurrence est mise à mal par une entreprise dominante détenant un monopole et contrôlant le marché[1102]. La licence obligatoire est imposée par une décision des pouvoirs publics ou d'un tribunal afin d'autoriser un tiers, sans le consentement du détenteur, à exploiter une invention protégée par un brevet dans le cas d'urgence nationale, d'autres circonstances d'extrême urgence ou lorsque le brevet est destiné à un usage public non commercial[1103]. Dès lors, diffuser les savoirs par une licence obligatoire pourrait être envisageable dans divers domaines.

372. Les limitations aux droits de propriété intellectuelle dans le but de garantir le partage des savoirs. Dans le but d'étendre et de promouvoir le partage des savoirs, des

---

[1096] Le projet de traité *Access to Knowledge* est issu d'une demande du Brésil et de l'Argentine qui ont soumis à l'Assemblée générale de l'OMPI un plan d'action pour la mise en place d'un agenda pour le développement. En 2007, l'Assemblée générale de l'OMPI adopte 45 recommandations comprenant notamment une recommandation sur le mouvement A2K.

[1097] 4ème considérant du projet de traité A2K.

[1098] 5ème considérant du projet de traité A2K.

[1099] 11ème considérant du projet de traité A2K.

[1100] [Notre traduction] « The objectives of this treaty are to protect and enhance access to knowledge (…) ».

[1101] Art. 3.12, b) du projet de traité A2K.

[1102] Par exemple, l'art. 31 bis de l'Accord sur les ADPIC et l'Accord du Conseil général de l'OMC du 30 août 2003 relatif à la mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique prévoient l'octroi d'une licence obligatoire concernant les produits pharmaceutiques (médicaments génériques). La licence obligatoire est également prévue au sein de l'art. 5.2 de la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle. Pour davantage de précisions, voir les développements de la seconde partie de la présente thèse (chapitre II, titre I).

[1103] Les art. L. 613-12 et s. du CPI sont relatifs aux licences obligatoires. Par exemple, les art. L. 613-16 et L. 613-17-1 du CPI en matière de médicaments, dispositifs médicaux, produits thérapeutiques, l'art. L. 613-19 du CPI pour les besoins de la défense nationale, l'art. L. 613-19-1 du CPI dans le domaine de la technologie des semi-conducteurs lorsque les utilisations sont à des fins publiques non commerciales ou pour remédier à une pratique anticoncurrentielle à la suite d'une procédure juridictionnelle ou administrative, l'art. L. 623-22-3 du CPI pour exploiter une variété lorsque la licence est d'intérêt public en raison notamment de l'insuffisance notoire de l'approvisionnement du marché agricole.

limitations aux droits de propriété intellectuelle sont prévues. L.R. Helfer[1104] souligne que le projet de traité A2K prévoit de nouvelles limitations aux droits de propriété intellectuelle, et plus particulièrement au droit d'auteur[1105]. Par exemple, une proposition relative au triple test prévoit que si la limitation ou l'exception aux droits exclusifs de l'auteur est en conflit avec l'exploitation normale ou crée un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, il devrait également être pris en compte l'étendue du bénéfice apporté à la société[1106]. La question est de savoir à quel niveau peut-on considérer que la société retire un bénéfice légitimant la subordination des intérêts de l'auteur. Il est aussi proposé de créer une exception plus générale au droit d'auteur lorsqu'une utilisation crée des bénéfices sociaux, culturels, éducatifs ou autres qui surpassent les coûts imposés au droit d'auteur[1107]. Une « rémunération équitable[1108] » peut alors être payée pour compenser les effets négatifs de l'exception générale à l'égard du détenteur. Les contournements des mesures techniques de protection devraient, de plus, être autorisés pour certains travaux, tels que ceux en matière médicale ou scientifique ou encore ceux substantiellement financés par le gouvernement ou des organisations internationales[1109]. Le régime des brevets est également visé par le projet de traité A2K. Il est notamment déclaré que les privilèges de l'inventeur ne doivent pas être interprétés comme incluant la possibilité d'interdire toute innovation dans le même domaine que le brevet[1110]. Le projet de traité prévoit également de contrôler les pratiques anticoncurrentielles et promouvoir l'accès aux savoirs par un comité[1111]. Les Etats sont invités à considérer que ces pratiques peuvent constituer des abus des droits de propriété intellectuelle[1112].

[1104] Helfer, L.R., « Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property », *University of California, Davis,* Vol. 40, No. 971, 2007, pp. 973-1018, spé. p. 1012.

[1105] Art. 3.1 du projet de traité A2K.

[1106] Art. 3.1, c) du projet de traité A2K.

[1107] Art. 3.1, d) du projet de traité A2K.

[1108] L. Shaver propose que l'aspect protecteur des intérêts devrait uniquement être interprété comme le droit du détenteur d'obtenir une rémunération adéquate et le droit de préserver le droit moral de paternité et d'intégrité de l'œuvre. Voir Shaver, L., « The Right to Science and Culture », [En ligne], *Wisconsin Law Review,* No. 1, 2010, pp. 121-184, spé. p. 150. [Consulté le 31 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=1354788

[1109] Art. 3.6, b), v. du projet de traité A2K.

[1110] Art. 4.1, b), ii. du projet de traité A2K.

[1111] Art. 7.2 du projet de traité A2K.

[1112] Art. 7.1 du projet de traité A2K.

CONCLUSION DE LA SECTION II

373. Une conception occidentale classique du droit de propriété non conforme aux droits de l'homme. La conception actuelle de la propriété comme un droit absolu et exclusif ne semblerait pas conforme aux textes relatifs aux droits de l'homme, en particulier aux droits de l'homme de troisième génération. Ces derniers visent en effet à garantir un équilibre entre une protection juridique et un partage des savoirs.

374. Les droits culturels en tant que fondement juridique du partage des savoirs. Le partage des savoirs devrait d'abord être assuré par la reconnaissance des droits culturels. Ces droits culturels sont des droits fondamentaux garantissant notamment un libre accès et une participation active à la vie culturelle, une liberté de la recherche scientifique et des activités créatrices, le bénéfice du progrès scientifique et de ses applications ou encore un accès à l'éducation et à la formation par la culture. Les droits culturels garantissent également les libertés fondamentales (liberté d'expression, liberté d'information). Diverses Déclarations, Conventions et Pactes internationaux visent à protéger les droits culturels et à créer des « sociétés du savoir » dans une logique participative et inclusive[1113]. Les droits de propriété intellectuelle, dans leur conception privative et exclusive, devraient alors être contrôlés et limités lorsqu'ils portent atteinte aux droits culturels en empêchant l'accès et l'utilisation des savoirs. Le respect des droits culturels devrait donc particulièrement s'imposer aux Offices de brevets ainsi qu'aux Etats.

375. La lente reconnaissance des droits culturels. Les droits culturels sont cependant faiblement reconnus pour plusieurs raisons (pressions économiques, droits programmatiques, éclatement des sources). Or, les droits de l'homme sont universels, inaliénables et indivisibles de sorte que la privation des droits culturels aura nécessairement des effets négatifs sur les autres droits fondamentaux. La Déclaration de Fribourg vise toutefois à regrouper les droits culturels pour plus de clarté et pour démontrer leur importance et leur nécessaire reconnaissance. Le Conseil des droits de l'homme, par des mesures spécifiques, assure aussi le respect des droits culturels. Le partage des savoirs pourrait par ailleurs être garanti par un droit de l'homme de première génération, la liberté d'expression.

[1113] Notamment, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Déclaration universelle sur la diversité culturelle, la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

376. Une potentielle protection juridique des savoirs par les droits de propriété intellectuelle. La protection juridique des savoirs semblerait, quant à elle, pouvoir être garantie par les droits de propriété intellectuelle. L'ensemble des textes relatifs aux droits de l'homme garantissent la protection des intérêts matériels et moraux de chacun. Ces intérêts rappellent le droit moral (intérêts moraux) et les droits patrimoniaux (intérêts matériels) du droit d'auteur. Les intérêts des détenteurs de savoirs, y compris les communautés autochtones et locales détentrices de savoirs dits « traditionnels », devraient être protégés juridiquement. Ce sont les Etats qui ont pour mission d'assurer le plein exercice des droits par l'adoption de mesures législatives. Néanmoins, si la protection juridique des savoirs se fonde sur les droits de propriété intellectuelle alors les principes originels de ce régime juridique doivent être respectés, c'est-à-dire l'établissement d'un équilibre entre les intérêts du détenteur et les intérêts du public. La protection des intérêts matériels et moraux du détenteur n'est donc justifiée que si elle est compatible avec un libre accès à la science et à la culture, et conséquemment un libre accès aux savoirs tel qu'il est proclamé dans le projet de traité A2K. Ce projet de traité appelle en effet à limiter les droits de propriété intellectuelle, en particulier le droit d'auteur et le droit des brevets, en proposant différentes mesures.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

377. La nécessité de dépasser la conception exclusive du droit de propriété. Puisqu'une articulation et une conciliation entre régime de protection juridique et régime de partage des savoirs est envisageable, il convient préalablement d'écarter le raisonnement établissant un choix irréductible entre protection juridique et partage. La finalité actuelle et prédominante est en effet d'établir une protection exclusive des savoirs. Une telle conception de la protection juridique est due à la vision occidentale classique du droit de propriété défini comme un droit individuel absolu et exclusif. Or, cette conception se distingue nettement de celle adoptée par les communautés autochtones et locales interprétant la propriété en termes de responsabilité et de gardiennage.

378. La prise de conscience de la pertinence d'une conception plus inclusive du droit de propriété. La conception occidentale du droit de propriété tend, toutefois, à progressivement évoluer pour accueillir une logique d'inclusion par des droits d'accès délivrés aux tiers. Cette évolution est même nécessaire en raison des effets et conséquences négatifs sur les régimes de protection juridique. En effet, le droit des brevets entraîne une monopolisation ascendante des savoirs par les pays développés (prédominance du droit exclusif d'exploitation, primauté de la valeur d'échange sur la valeur d'usage des savoirs, imposition uniforme d'une économie de marché). Quant au droit d'auteur, il favorise l'enclosure des savoirs par ses ambiguïtés, par le droit *sui generis* reconnu aux producteurs d'une base de données et par la mise en place de mesures techniques de protection. Mais encore, le régime juridique international de protection du secret ne vise qu'à renforcer la conception d'un droit de propriété individuel et exclusif en protégeant directement les savoirs.

379. Une conception de la protection juridique à concilier avec les droits de l'homme. Or, la conception individuelle, exclusive et absolue du droit de propriété, et particulièrement des droits de propriété intellectuelle, semble violer les textes relatifs aux droits de l'homme. Les droits de l'homme de troisième génération appellent à la reconnaissance des droits culturels. Ces droits fondamentaux visent à assurer le partage des savoirs en donnant le droit à tout individu de bénéficier d'un accès libre et d'une participation à la vie culturelle ou encore de jouir du progrès scientifique et de ses applications. Les droits de l'homme de première génération (liberté d'expression, liberté d'information) devraient aussi garantir le partage des

savoirs. En outre, même si une protection juridique des intérêts matériels et moraux des détenteurs est également l'objectif des droits de l'homme, toute protection juridique doit respecter les principes originels du régime juridique des droits de propriété intellectuelle. Ce régime a, dès le départ, imposé le respect d'un équilibre entre les intérêts du détenteur et les intérêts du public. Ainsi, tout détenteur de savoirs, y compris les communautés autochtones et locales détentrices de savoirs dits « traditionnels », devrait bénéficier d'une protection de ses intérêts tout en se conciliant avec un libre accès voire une libre utilisation des savoirs par les tiers.

380. Transition. Une conciliation entre les régimes juridiques de protection et de partage des savoirs est alors envisageable, notamment par la mise en œuvre d'un régime juridique particulier : le régime des « communs » (chapitre II).

CHAPITRE II

LA CONCILIATION ENTRE LES REGIMES JURIDIQUES DE PROTECTION ET DE PARTAGE DES SAVOIRS

381. Une conciliation requise entre les régimes juridiques de protection et de partage. Puisque l'irréductibilité du choix entre les régimes juridiques de protection et de partage des savoirs a été écartée, il convient désormais de démontrer qu'une conciliation est envisageable et requise entre ces deux régimes juridiques. Cette conciliation est requise car les connaissances théoriques, de nature universelle, sont vouées à être partagées au bénéfice de tous. Ces dernières ont néanmoins besoin d'une protection juridique pour lutter contre leur exclosure, c'est-à-dire contre l'exclusion d'une certaine catégorie de personnes de l'accès et de l'utilisation des savoirs. Mais encore, bien que les connaissances pratiques soient de nature plus personnelle et donc davantage destinées à être protégées juridiquement, il est parfois primordial de lutter contre leur enclosure, c'est-à-dire l'appropriation individuelle et exclusive. Comme le soulignent S. Dusollier et J. Rochfeld, il est essentiel de partager certaines de ces connaissances en raison de leur nature vitale[1114]. Le détenteur des connaissances pratiques pourrait aussi souhaiter les partager de sa propre volonté, soit largement soit à certains tiers déterminés.

382. Une conciliation entre les régimes juridiques de protection et de partage envisageable. Pour que la conciliation entre les régimes juridiques de protection et de partage soit envisageable, il convient de dépasser la vision restrictive d'une protection exclusive. Une nouvelle conception, plus inclusive devrait être accueillie. Selon S. Dusollier et J. Rochfeld, la logique d'inclusion vise à assurer une cohésion sociale et l'égalité[1115]. Cette logique d'inclusion s'est alliée au droit de propriété pour s'opposer à la conception d'un droit de propriété exclusif. Ce dernier vise à écarter de la jouissance d'un droit ou d'un bien toute autre personne que le titulaire. *A contrario,* le droit de propriété inclusif se définit comme « le fait d'inclure d'autres personnes que le titulaire dans la jouissance du droit et, plus spécifiquement, au regard de la propriété, comme la capacité de la propriété à permettre d'intégrer autrui dans la jouissance du bien ou dans celle de certaines utilités du bien[1116]. » La logique d'inclusion se caractérise alors,

---

[1114] « De là une nécessité de consacrer la faculté de tous à être inclus dans le bénéfice de certaines ressources, quand bien même seraient-elles appropriées, notamment des ressources vitales (…) ». Voir Dusollier, S., Rochfeld, J., « Propriété inclusive ou inclusivité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 984.

[1115] « Le terme "inclusif" est devenu une épithète qualifiant les projets visant à la cohésion sociale ainsi que toute politique ayant une ambition égalitaire. » Voir Dusollier, S., Rochfeld, J., *op. cit*., p. 983.

[1116] Dusollier, S., Rochfeld, J., *op. cit*., p. 984.

d'un côté, par l'absence d'un pouvoir d'exclusion au profit d'un pouvoir d'inclusion des tiers, et d'un autre côté, par un usage forcément collectif de la ressource[1117], et conséquemment par l'interdiction de toute réappropriation exclusive. Ainsi, la propriété est susceptible de présenter d'autres qualités et d'autres objectifs que d'exclure autrui. La protection inclusive amène à accueillir une nouvelle conception du droit de propriété visant à la fois à préserver les savoirs et les transmettre aux générations présentes et futures. Toutefois, le partage devrait tout de même s'associer à une protection juridique pour ne pas revenir à une conception des ressources, matérielles ou immatérielles, totalement libres d'accès, sans droit(s) de propriété et donc susceptibles d'appropriation indue. Un régime juridique devrait alors être mis en œuvre afin de définir des règles et prérogatives pour maintenir un partage durable et efficace. Le régime des communs constitue le socle d'une approche inclusive de la protection : « *A minima,* la mise en valeur d'une notion d'inclusivité, venant cohabiter avec l'exclusivité, seul référent à l'heure actuelle en droit de la propriété, permettrait de nuancer le prisme de l'exclusivisme de la propriété et d'introduire la notion de commun, non pas comme étant externe à la propriété mais comme pouvant en être une modulation[1118]. »

383. L'opportunité d'une protection directe des savoirs. En plus d'une protection dite inclusive, l'idéal serait que les savoirs soient protégés directement. Jusque-là, nous avons vu que les savoirs étaient principalement protégés indirectement par le régime des droits de propriété intellectuelle. Nous rechercherons donc des mesures permettant d'assurer cet objectif.

384. Plan. La démonstration de la possibilité d'une conciliation entre les régimes de protection juridique et de partage des savoirs se présente comme le point clé pour la suite des développements de la thèse. Pour atteindre ce but, la protection juridique des savoirs devrait privilégier une protection inclusive et directe (section I). Concernant cette protection inclusive, il apparaît intéressant d'étudier le régime des « communs » (section II).

- Section I. L'apport d'une protection directe et inclusive des savoirs.
- Section II. La protection inclusive et la distinction entre différentes sortes de « communs ».

[1117] Dusollier, S., Rochfeld, J., *op. cit*., p. 986.
[1118] Dusollier, S., Rochfeld, J., *op. cit*., 987.

SECTION I
L'apport d'une protection directe et inclusive des savoirs

385. Plan. Une protection inclusive des savoirs suppose de s'intéresser au régime des « communs » (paragraphe I). En plus d'une protection inclusive, une protection directe des savoirs serait également opportune, contrairement à la protection indirecte actuellement délivrée par les droits de propriété intellectuelle (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LA PROTECTION INCLUSIVE : L'APPROCHE DES « COMMUNS » POUR PROTEGER LES SAVOIRS

386. Plan. Pour mieux comprendre les « communs », il sera exposé l'approche globale et en particulier la théorie institutionnaliste initiale d'E. Ostrom[1119] (A). Cette théorie sera ensuite appliquée à l'égard des savoirs pour déterminer si les « communs » leur sont ou non adaptés (B).

A) L'approche globale des « communs » : une théorie contre l'enclosure

387. Le retour des « communs », présentation et raisons. Après un rejet des « communs » par la majorité de la doctrine[1120], un retour des « communs »[1121] s'est progressivement imposé

[1119] Voir notamment, Orsi, F., « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique*,* T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 371-385. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-371.htm ; Chanteau, J.P., et Labrousse, A., « L'institutionnalisme méthodologique d'Elinor Ostrom : quelques enjeux et controverses », [En ligne], *Revue de la régulation*, No. 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10555 ; Orsi, F., « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », [En ligne], *Revue de la régulation*, No. 14, 2013. [Consulté le 16 février 2014]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10471 ; Van Laerhoven, F., Ostrom, E., « Traditions et évolutions dans l'étude des communs », [En ligne], *Revue de la régulation,* No. 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10423 ; Weinstein, O., « Comment comprendre les "communs" : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », [En ligne], *Revue de la régulation*, No. 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10452 ; Cole, D.H., Ostrom, E., « The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources », *in* (dir.) Cole, D.H., Ostrom, E., *Property in Land and Other Resources*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge (MA), 2012, 39p ; Peneranda, A., « Du public aux commons regards croisés sur Ostrom et Simon », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, No. 2, 2012, pp. 24-30 ; Ostrom, E., Hess, C., « Private and Common Property Rights », *in* (dir.) Bouckaert, B., *Property Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010 ; Ostrom, E., « The Challenge of Common-Pool Resources », *Environment*, Vol. 50, No. 4, 2008, pp. 8-21 ; Ostrom, E., Hess, C., « A Framework for Analyzing the Knowledge Commons : a chapter from Understanding Knowledge as a Commons : from Theory to Practice », *Libraries' and Librarians' Publications,* 2005 ; Ostrom, E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action,* Cambridge University Press, 1990.

[1120] Sur le rejet des « communs », voir les développements, consacrés dans l'introduction de la thèse, relatifs à la « tragédie des communs » de G. Hardin.

[1121] Coriat, B., « Le retour des communs. Sources et origines d'un programme de recherche », *Revue de la régulation*, No. 14, 2013.

dans la gestion des ressources naturelles[1122]. Les raisons de cette résurgence sont multiples : raréfaction des ressources qui amènent à la recherche d'une meilleure conservation ainsi que d'une gestion rationnelle et d'un partage équitable, multiplication des « droits de péages » par les droits de propriété intellectuelle, redéfinition des rapports entre l'homme et les choses, en particulier la nature, ainsi qu'entre l'homme et autrui, prise de conscience que l'appropriation privée n'est pas toujours le moyen le plus efficace pour conserver et protéger les ressources naturelles. C'est avant tout les théories économiques, et en particulier la théorie institutionnaliste d'E. Ostrom, qui ont joué un rôle décisif dans le retour des « communs ». Son analyse initiale sur les systèmes de ressources naturelles (lacs, rivières, pêcheries, forêts) a mis en lumière une nouvelle approche des « communs » qui s'est par la suite révélée pertinente et efficace pour la gouvernance d'autres ressources.

388. Etymologie du terme « communs ». Etymologiquement, les « communs » viennent du terme « *communis* »[1123] : « *com* » signifie la réunion, le rassemblement tandis que « *munis* » se définit comme ceux qui accomplissent une charge ou une mission. En adoptant un régime des « communs », l'objectif est ainsi de rassembler des individus pour mener à bien une mission spécifique. Aussi, en ancien français, le commun a plusieurs significations dont l'une est de correspondre au partage et à l'échange (d'où l'expression « d'un commun accord »). Le commun implique donc également de la « communication » et renvoie à l'idée d'une appartenance partagée.

389. Définition des « communs ». Il convient d'abord d'opérer une distinction entre les « communs » (les membres d'un groupe bien défini ont des droits d'exclure les tiers dans l'utilisation de la ressource) et le régime du libre accès (personne n'a de droit d'exclure les tiers dans l'utilisation de la ressource). Les « communs » associent donc une logique d'inclusion et d'exclusion dans le sens où l'accès et l'utilisation ne sont pas forcément universels[1124]. La

[1122] Les « communs » ont, par la suite, dépassés le cadre des ressources naturelles. Par exemple, en Italie, la Commission Rodotà a dû réformer un chapitre du Code civil italien relatif aux biens détenus par l'Etat et d'autres entités publiques pour insérer la catégorie des *beni comuni* dans le but de dépasser la seule distinction public-privé. Voir Marella, M.R., « The Commons Goods. A Quest For Another Relation Between Peoples And Things », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes,* Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, spé. p. 39.

[1123] Rey, A., « La guerre des communs », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 347.

[1124] « Le commun et l'universel sont, en quelque sorte, en opposition (…) ». Voir Paquerot, S., « Commun et bien commun : entre droit et politique, le regard socio-anthropologique au soutien de la comparaison », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes,* Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, spé. p. 20-21.

gratuité et la liberté d'usage ne signifient donc pas absence de propriété[1125]. Ce n'est pas parce que l'usage des « communs » est gratuit qu'ils sont sans propriété ou bien qu'ils sont la propriété de tous. E. Ostrom parle de « *common pool resources* » (CPR) pour définir un ensemble de ressources utilisées par un groupe ou une communauté d'usagers et gouvernées par un système fonctionnel naturel ou créé par l'homme. De même, G. Allaire souligne que les « communs » sont des ressources dont il est difficile d'interdire l'accès et dont les utilisateurs sont multiples et interdépendants[1126]. G. Allaire ajoute que les « communs » se rapprochent des biens publics de par leur dimension éthique[1127]. C'est un bien en soi qui renvoie à un idéal et non à de simples marchandises. Selon M.R. Marella, les « communs » se définissent légalement comme « des biens, publics ou privés, qui participent à l'accomplissement des droits fondamentaux [l'accès aux savoirs notamment] et à l'épanouissement de l'individu et ayant besoin d'être protégés par la loi au nom des générations futures[1128]. » Quant à C. Laval, il définit les « communs » comme un « ensemble de pratiques instituantes et d'institutions constituées répondant au principe selon lequel un groupe plus ou moins étendu s'engage dans une activité collective productrice de biens tangibles ou intangibles mis à disposition des *commoners* ou d'une collectivité plus large selon des règles démocratiques d'auto-organisation[1129]. » Ainsi, ces différentes définitions dévoilent toujours la même préoccupation d'ouverture, à l'usage de tous ou d'une communauté déterminée, des utilités de certains biens ou encore l'objectif de conservation de certaines ressources pour les transmettre aux générations futures. Les « communs » seraient devenus une forme alternative de gouvernance après les lois des gouvernements et du marché car ils créent leur propre mécanisme interne pour gérer leurs ressources tout en interagissant avec l'environnement local[1130]. G. Allaire souligne cependant que les « communs » ne doivent pas être interprétés comme une survivance du passé[1131]. Notamment, ils ne signifient pas un

[1125] Sultan, F., « Autour du Manifeste pour la récupération des biens communs », *in* Vecam (dir.), *op. cit.*

[1126] Allaire, G., « Les communs comme infrastructure institutionnelle de l'économie marchande », [En ligne], *Revue de la régulation*, 14, 2013, spé. p. 15. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10546

[1127] Allaire, G., *ibid*., p. 8.

[1128] [Notre traduction] « those goods, public- or private-owned, which are functional to the fulfillment of fundamental rights and to individual flourishing and need to be protected by the law also on behalf of future generations. » Voir Marella, M.R., *ibid*.

[1129] Laval, C., « 'Commun' et 'communauté' : un essai de clarification sociologique », [En ligne], *Sociologies*, Dossiers, Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ? [Consulté le 01 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://sociologies.revues.org/5677 ; B. Coriat donne une dimension similaire des « communs » comme « des ensembles de ressources collectivement gouvernées, au moyen d'une structure de gouvernance assurant une distribution des droits entre les partenaires participant au commun (*commoners*) et visant l'exploitation ordonnée de la ressource, permettant sa reproduction à long terme. » Voir Coriat, B., « Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ? », *in* Coriat, B., (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui Libèrent, 2015, p. 38-39.

[1130] Bollier, D., « Les communs, ADN d'un renouveau de la culture politique », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, 351 p.

[1131] Allaire, G., *ibid*., p. 79.

abandon du marché car marché et « communs » pourraient être interdépendants[1132]. En effet, aucune production et aucun marché n'existent sans un accès des participants à des ressources partagées et l'effectivité des droits sur les ressources communes dépend des activités de valorisation, notamment des activités marchandes[1133]. La notion de « bien » suppose alors une appropriation mais celle-ci est encadrée par une gestion commune[1134]. S. Dusollier parle d'une « propriété générative[1135] » de sorte que l'appropriation ne peut pas se présenter sous forme d'une réservation exclusive. La notion d' « anti-réservation » caractérise ainsi les « communs »[1136]. L'appropriation par des droits de propriété demeurerait néanmoins nécessaire car, à défaut de tels droits, un régime en libre accès serait instauré et aurait pour conséquence le déclin et la disparition des ressources en raison de leur surexploitation. Cependant, il convient de se demander si un régime de libre accès aurait également des conséquences négatives à l'égard des ressources immatérielles qui sont, par nature, inépuisables[1137].

390. La diversité des régimes de propriété et leur égale pertinente. Il n'existerait pas, par ailleurs, un seul régime de propriété qui prévaut sur les autres et qui doit être appliqué dans n'importe quelle situation. C. Hess et E. Ostrom[1138] restent pragmatiques et expliquent que les régimes de propriété ne seront adaptés qu'à certaines ressources et que dans certaines situations. Par exemple, le régime des « communs » conviendra davantage lorsque la ressource présente les caractères de non-rivalité et de non-exclusion car les coûts de l'enclosure seront plus élevés

[1132] E. Le Roy parle de l'existence de « *new commons* » produits par le jeu du marché et des alliances locales. Voir Le Roy, E., « Sous les pavés du monologisme juridique. Prolégomènes anthropologiques », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 81.

[1133] A. Strowel souligne en effet que : « Cet adossement au marché est critiquable dans certains cas, mais souvent indispensable si l'on veut installer des communs sur une base durable : car au-delà du travail gratuit, basé sur le dévouement et la motivation désintéressée des fondateurs du commun, comment assurer que le commun se perpétue et s'étende ? » Voir Strowel, A., « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 439.

[1134] Selon F. Zenati-Castaing, les « biens communs » se distinguent des « choses communes » par leur appropriation même si l'usage des biens demeure commun. Les biens communs seraient alors appropriés par une forme particulière de propriété individuelle et non de propriété collective. Voir Zenati-Castaing, F., « La propriété collective existe-t-elle ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux,* Dalloz, LGDJ Lextenso éditions, 2009, p. 589. M.R. Marella expose, quant à elle, que les biens communs peuvent, et sont souvent, détenus par des acteurs privés [Notre traduction]. « In fact, common goods can be – and often are – owned by private actors. » Voir Marella, M.R., « The Commons Goods. A Quest For Another Relation Between Peoples And Things », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes,* Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, spé. p. 40.

[1135] La « propriété générative » se définit comme une « propriété qui n'a pas pour objectif l'accumulation des ressources au seul bénéfice de son titulaire, mais une propriété qui peut faire émerger et engendrer des biens et bénéfices collectifs. » Voir Dusollier, S., « Du commun de l'intelligence artificielle », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 117.

[1136] « Il y aurait anti-réservation lorsque la ressource bénéficie collectivement à tous (ou à tout le moins à une communauté non exclusive d'autrui) et ne repose pas sur une réservation intellectuelle. » Voir Dusollier, S., « Du commun de l'intelligence artificielle », *op. cit*., p. 114 et 116.

[1137] Cette question sera étudiée dans le B) de ce paragraphe.

[1138] Ostrom, E., Hess, C., « Private and Common Property Rights », *in* (dir.) Bouckaert, B., *Property Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

que les bénéfices. D.H. Cole et E. Ostrom soulignent cinq autres critères pour déterminer la pertinence du régime des « communs » à la situation[1139]. Il n'y aurait donc pas de système unique qui s'imposerait sur chaque territoire mais un système de gouvernance adapté à chaque situation. L'imposition d'une règle externe uniforme créée sans aucune considération des spécificités locales n'est pas conseillée[1140]. E. Ostrom souligne d'ailleurs l'importance d'un système adapté à l'échelle locale[1141]. E. Ostrom insiste également sur la prise en compte d'institutions à des niveaux différents et de règles appropriées au niveau spatial et temporel. Un tel système nécessiterait plusieurs préalables. D'abord, les informations relatives aux ressources et à leurs utilisateurs devraient être prises en compte dès le départ (notamment sur l'existence de savoirs locaux). Ensuite, les utilisateurs locaux devraient être reconnus dans les relations avec les experts scientifiques en excluant toute vision hiérarchique. La participation des utilisateurs locaux dans l'élaboration et la mise en œuvre des droits est fondamentale car ces utilisateurs doivent comprendre ces règles et les considérer comme légitimes sinon, ils ne seront pas incités à les respecter[1142]. Enfin, l'adaptation et le changement devraient être encouragés. Bien qu'il n'existe pas une « solution à taille unique[1143] » dans la gouvernance des « communs », E. Ostrom a tout de même dégagé des « principes de *design* » à respecter afin de gouverner durablement les ressources[1144].

[1139] Ces critères sont que la production des ressources par unité de surface serait de faible valeur, la disponibilité des ressources serait soumise à une certaine variabilité, l'intensification de l'investissement fournirait un faible rendement et l'utilisation d'une large surface et la construction d'infrastructures créeraient des économies d'échelle. Voir Cole, D.H., Ostrom, E., « The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources », *in* (dir.), Cole, D.H., Ostrom, E., *Property in Land and Other Resources*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge (MA), 2012, spé. p. 54.

[1140] Selon J.P. Chanteau et A. Labrousse, il faudrait délaisser la vision monocentrique de l'Etat éloignée des communautés autochtones et locales. Les ressources, et en particulier les savoirs, ont un caractère souvent localisé de sorte que devrait être relativisée la supériorité d'une expertise technique extérieure. Les systèmes liés à des « superpositions locales » seraient plus performants car ils correspondent à une accumulation des connaissances et des expériences et à l'adoption d'un système finalement socialement et écologiquement adapté. Voir Chanteau, J.P., et Labrousse, A., « L'institutionnalisme méthodologique d'Elinor Ostrom : quelques enjeux et controverses », [En ligne], *Revue de la régulation*, 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10555

[1141] Ostrom, E., « The Challenge of Common-Pool Resources », *Environment*, Vol. 50, No. 4, 2008, pp. 8-21, spé. p. 13 et 16.

[1142] Cependant, A. Douai souligne que la théorie d'E. Ostrom ne prend pas en compte toutes les situations dans un régime des communs. En effet, E. Ostrom part de l'hypothèse où les systèmes de règles sont le produit de délibérations entre acteurs à égalité à l'intérieur d'une communauté. Cependant, A. Douai ajoute que la situation d'action est un espace social où les participants se dominent les uns les autres. Ainsi, le système de règles serait fondé sur le renforcement des relations de domination et de contrôle. Par conséquent, il doit être tenu compte de l'existence de situations asymétriques où les participants ont des pouvoirs inégaux. Voir Douai, A., « De la dimension politique de la propriété et des institutions : apports et limites de l'approche d'E. Ostrom », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique*,* T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 301-317. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-301.htm

[1143] E. Ostrom utilise la notion de « *no Cure-Alls* ». Voir notamment Ostrom, E., *ibid*., p. 16.

[1144] Ces principes supposent notamment de définir clairement les relations entre membres et non membres de la communauté, d'adapter la gouvernance des règles d'utilisation aux besoins et conditions locaux, d'assurer que ceux qui sont affectés par les règles soient en mesure de participer à leur modification c'est-à-dire de créer des arrangements par des choix collectifs, de garantir que les règles établies par la communauté soient respectées par les autorités extérieures, ainsi que de créer des sanctions graduées et des mécanismes de résolution des conflits accessibles et peu coûteux. Voir Ostrom, E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action,* Cambridge University Press, 1990.

391. La conception de la propriété comme un faisceau de droits. La vision des droits de propriété doit, en outre, dépasser l'opposition simplificatrice entre droit de propriété privée, droit de propriété publique et droits issus des communs car ces droits représentent davantage un droit particulier plutôt qu'un faisceau de droits. Selon E. Ostrom : « Le prochain siècle sera gouverné et géré par des systèmes mixtes de droits de propriété collectifs et individuels[1145] ». La propriété pourrait alors se concevoir comme un faisceau de droits[1146], comprenant cinq droits à redistribuer : un droit d'accès, un droit de prélèvement, un droit de gestion, un droit d'exclusion et un droit d'aliénation[1147]. Le régime des « communs » va donc bien au-delà d'un seul droit d'accès[1148]. L'ensemble de ces droits serait exercé selon un niveau opérationnel (droit d'accès, droit de prélèvement), un niveau de choix collectif dans lequel les règles appliquées au niveau opérationnel sont définies (droit de gestion, droit d'exclusion, droit d'aliénation) et un niveau de choix constitutionnels qui encadre les règles de choix collectifs en déterminant notamment qui peut y participer. Ces différents droits devraient être affectés à différentes catégories d'acteurs et notamment un propriétaire, un possesseur c'est-à-dire un propriétaire sans droit d'aliénation, un détenteur de droits d'usage et de gestion, ou encore un utilisateur autorisé c'est-à-dire disposant du droit d'accès et de prélèvement[1149]. Par conséquent, les biens communs sont polycentriques car ils ont une structure de gouvernance décentralisée et variée. Un membre de la communauté peut détenir à la fois un droit sur la chose et un droit à participer à l'organisation de la communauté[1150]. Une nouvelle vision de la propriété est donc mise en

[1145] [Notre traduction] « The next century will be governed and managed by mixed systems of communal and individual property rights ». Voir Ostrom, E., Hess, C., *ibid*., p. 72.

[1146] L'idée d'un faisceau de droits fait penser à la France avant 1789 au sein de laquelle la propriété relevait d'un régime de droit coutumier. La propriété n'était pas attachée à une chose mais elle portait sur les utilités de la chose. Par conséquent, des propriétés simultanées coexistaient sur une même chose. Aussi, A. Alchian et H. Demsetz avaient déjà réitéré la pertinence du faisceau de droits en expliquant que ce qui importe est l'existence d'un système de droits associés à un usage, une exploitation ou une aliénation. Ainsi, une même chose peut être associée à plusieurs détenteurs de droits. Mais, A. Alchian et H. Demsetz étaient restés sur une vision absolutiste du droit de propriété en vertu de laquelle le faisceau de droits appartenait à un seul propriétaire. Voir Orsi, F., « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », [En ligne], *Revue de la régulation*, 14, 2013. [Consulté le 16 février 2014]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10471

[1147] Ostrom, E., Hess, C., *ibid*., p. 59.

[1148] Comme le souligne S. Dusollier : « Plus qu'un droit d'accès individuel aux données, il s'agirait de favoriser une certaine collectivisation de leur usage en posant comme principe que les données sont un bien commun dont la gestion et le bénéfice doivent tendre à une collaboration et à la production de bénéfices collectifs. » Voir Dusollier S., « Du commun de l'intelligence artificielle », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 115.

[1149] S. Vanuxem rejoint cette idée lorsqu'elle propose de redéfinir la propriété dans la perspective des « choses-milieux », c'est-à-dire de ne plus concevoir la propriété comme un droit sur la chose elle-même mais plutôt comme une place dans la chose. Dès lors, les « choses-milieux » sont conçues comme des milieux habités par une communauté de personnes. Voir Vanuxem, S., « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieux », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 64, 2010, pp. 123-182.

[1150]

évidence dans une « conception solidariste et redistributive »[1151] dans laquelle les biens communs disposent de règles et de frontières clairement définies[1152].

392. La création de règles et de droits adaptés à l'environnement. Les membres des « communs » auraient une autonomie relative car s'ils ont, certes, la capacité de construire leurs propres règles pour gouverner et gérer les ressources communes, ils doivent aussi nécessairement interagir avec leur environnement[1153]. D.H. Cole et E. Ostrom[1154] expliquent que l'effectivité des « communs » dépendra alors des attributs des participants[1155]. Un tel régime aurait une plus grande effectivité si les membres disposent de toutes les informations pertinentes relatives aux conditions de la ressource, s'ils sont d'accord sur les bénéfices et les risques entraînés par la continuité du *statu quo* par rapport aux changements apportés aux normes et règles, s'il est établi des relations de confiance et de réciprocité entre les membres, s'il s'agit d'un groupe stable et homogène[1156] qui projette de travailler et de vivre dans le même domaine pour une longue durée, si des règles de choix collectifs sont créées et enfin s'il est développé des règles de sanction et de règlement des conflits à faible coût[1157].

[1151] Rochfeld, J., « 5. Entre propriété et accès : la résurgence du commun », *in* Bellivier, F., et *al.*, *La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 69-87, spé. p. 71.

[1152] Comme le souligne A. Chaigneau, il ne suffit pas de reconnaître aux membres de la communauté une dualité de droits (droit sur la chose et droit de participer à l'organisation de la communauté). Le commun se définit aussi par le partage des fruits de l'activité et par le respect, de façon continue, de l'objet social du commun. Voir Chaigneau, A., « L'entreprise collaborative à la recherche d'une raison sociale », *in* Parachkénova, I., Teller, M., (dir.), *Quelles régulations pour l'économie collaborative ?*, Dalloz, 2018, pp. 89-102, spé. p. 92.

[1153] O. Weinstein parle de « complémentarité institutionnelle » pour expliquer que le commun n'est pas un système isolé mais est toujours inséré dans un environnement qui conditionne ses règles et ses normes. Voir Weinstein, O., « Comment comprendre les « communs » : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », [En ligne], *Revue de la régulation*, 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10452

[1154] Cole, D.H., Ostrom, E., « The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources », *in* (dir.) Cole, D.H., Ostrom, E., *Property in Land and Other Resources*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge (MA), 2012, spé. p. 56.

[1155] L'idée que l'efficacité des communs dépend des attributs des participants est également soulignée par E. Burke : « Personne ne pouvait agir de façon efficace, s'il n'agissait de concert ; que personne ne pouvait agir de concert s'il n'agissait pas en confiance ; qu'aucun homme ne pouvait agir en confiance s'il n'était lié aux autres par opinions communes et intérêts communs ». Ainsi, l'efficacité provient d'un agir collectif. Mais des conditions doivent nécessairement être respectées pour que les communs soient efficaces. D'abord des relations de confiance doivent être installées. Aussi, les membres doivent partager des opinions communes et des intérêts communs. Voir Brédif, H., Christin, D., « La construction du commun dans la prise en charge des problèmes environnementaux : menace ou opportunité pour la démocratie ? », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, 351 p.

[1156] La taille des groupes est cruciale pour mettre en place une coordination efficace et éviter des comportements de passager clandestin. En effet, lorsque le groupe est de grande taille, un système d'incitation devrait être imposé pour une coordination efficace. Au contraire, les groupes de petite taille mettent en place spontanément des mécanismes de coordination prévenant les comportements de passager clandestin. Voir Weinstein, O., « Comment comprendre les « communs » : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », [En ligne], *Revue de la régulation*, 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10452

[1157] Pour Wikipédia, des administrateurs ont le pouvoir de supprimer des pages et de bloquer des utilisateurs tandis que des arbitres vont avoir la mission de résoudre les conflits. Voir Strowel, A., « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 441.

393. L'interdépendance des communs et d'une communauté. La communauté est, du reste, liée à ces biens et elle en est reconnue comme l'unique bénéficiaire. Des droits sont reconnus en faveur d'une communauté pour gérer les biens communs[1158]. La formation d'un « commun » suppose donc l'existence d'une communauté humaine qui devient un groupe d'usagers définissant des règles. La difficulté est d'identifier cette communauté et de déterminer comment cette dernière peut être représentée. En effet, les « communs » concernent-ils un groupe de personnes particulièrement intéressés ou bien l'humanité toute entière ? Selon M. Alliot, la communauté se définit par un « triple partage »[1159] : partage d'une même vie, partage de la totalité des spécificités et partage du champ décisionnel commun. Cette définition ne semble cependant pas convenir aux communautés d'aujourd'hui qui se distinguent des communautés traditionnelles. Des « néocommunautés » sont apparues dont le mode de vie est basé sur des partages partiels en lien avec une économie de marché. Auparavant, les communautés étaient closes et fondées sur l'identité des membres (partage des croyances et des mœurs, traditions communes, héritage, liens de parenté, place et fonction imposées) mais désormais, il s'agit plutôt de communautés qui mettent en commun des ressources grâce à leur capacité et leur volonté d'agir ensemble[1160]. L'existence des « communs » provient désormais de la simple volonté des membres qui participent selon leur libre arbitre pour un dessein partagé[1161]. Dès lors, ce n'est plus leur similitude mais plutôt la complémentarité de leurs différences qui importe pour faire partie de la communauté[1162]. Concernant sa représentativité, la communauté pourrait être représentée par une entité unique pour faciliter l'organisation et la gestion des ressources. Selon F.D. Vivien[1163], la communauté pourrait être assimilée à une collectivité administrative préexistante (district, canton, commune). Mais les unités administratives ne correspondent pas toujours aux réalités sociologiques et des rapports de force

[1158] Sur la connexion entre l'homme et les ressources, voir Mannino, V., « Le 'bien commun' : la fausse impasse du droit romain et du droit savant », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 35.

[1159] Le Roy, E., « Sous les pavés du monologisme juridique. Prolégomènes anthropologiques », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 81.

[1160] Laval, C., « Commun » et « communauté » : un essai de clarification sociologique », [En ligne], SociologieS, Dossiers, *Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ?* [Consulté le 01 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://sociologies.revues.org/5677.

[1161] A. Strowel explique que les membres de la communauté ont des motivations intrinsèques (passion, défi à relever) mais aussi sociales (reconnaissance, interaction) et morales (souhait de faire avancer le savoir, vulgarisation). Voir Strowel, A., « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 441.

[1162] Ces nouvelles communautés sont les bienvenues car, comme le souligne J. Baechler, il est bien plus enrichissant de garantir l'inclusion de n'importe quel membre pour stimuler le progrès des connaissances : « Les percées cognitives pourraient être indéfiniment réduites au silence et à l'impuissance, si les pairs composaient une communauté exclusive, avec le pouvoir d'interdire l'entrée aux intrus innovateurs. » Voir Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 103.

[1163] Vivien, F.D., « Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question », *Natures Sciences Sociétés & Elsevier*, Paris, Environnement, 2002.

pourraient s'établir suivant l'ordre hiérarchique. La communauté pourrait aussi s'incarner dans des structures de fait (village, chefferie ou structure *ad hoc* de type associatif). Cependant, les chefferies ou les villages apporteraient de nouvelles difficultés car les autorités légales dénonceraient l'archaïsme de ces derniers. La solution serait peut-être de créer une fondation souveraine et un plan de gestion participative. Une telle fondation affecterait les ressources à la réalisation d'une création d'intérêt général[1164].

394. Transition. Maintenant que les « communs » ont été appréhendés globalement, il convient de se demander si cette théorie serait adaptée aux savoirs.

B) L'opportunité d'appliquer la théorie des « communs » aux savoirs

395. Plan. Le régime des « communs » semblerait adapté pour mieux protéger les savoirs et lutter contre leur appropriation, soit par l'enclosure pour les savoirs en général (1) soit par l'exclosure concernant les savoirs dits « traditionnels » (2). Un tel régime présente cependant quelques limites qu'il conviendra de résorber (3).

1) L'adaptabilité des « communs » pour contrer l'enclosure des savoirs

396. La nature partageable des savoirs. De par leur nature, les savoirs ne seraient pas adaptés à un régime de propriété privée exclusive mais inciteraient plutôt à la reconnaissance d'un droit d'accès à tous. J. Boyle[1165] souligne que le monopole n'est, en effet, pas justifié car la nature a fait de l'idée une ressource expansible dans l'espace, dynamique et peu propice à être confinée[1166]. Selon l'analyse économique, les savoirs sont « non-rivaux », c'est-à-dire que l'utilisation du savoir par l'un n'empêche pas l'autre d'utiliser ce même savoir, et « non-

[1164] De telles fondations existent déjà telles que la *Free Software Fondation* (FSF), la fondation Apache ou la fondation Mozilla. A. Strowel explique que : « Cette composante institutionnelle est importante pour pérenniser les communs logiciels » et « Ces structures juridiques vont par exemple trouver des financements, des dons monétaires venant ainsi renforcer les dons de code des développeurs. » Voir Strowel, A., « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 438.

[1165] Boyle, J., « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, 2003, spé. p. 53.

[1166] J. Boyle s'inspire de T. Jefferson qui souligne : « If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power », c'est-à-dire : « Si la nature a rendu moins susceptible que toute autre chose l'appropriation exclusive, c'est bien l'action du pouvoir de la pensée » [Notre traduction]. T. Jefferson et J. Boyle parlent de l'idée mais leur argumentation peut aussi s'appliquer aux savoirs. Aussi, en s'inspirant de T. Jefferson, J. Boyle explique qu'une idée est possédée de façon exclusive uniquement lorsque son créateur la garde pour lui-même. En revanche, dès lors que l'idée est divulguée, elle devient à la possession de tout le monde et elle devrait être largement diffusée pour l'instruction de l'homme et l'amélioration de sa condition. Voir Jefferson, T., Letter to Isaac McPherson, *in The Writings of Thomas Jefferson,* Albert Ellery Bergh, 1907.

exclusifs » c'est-à-dire que les savoirs ne doivent pas exclure car c'est l'inclusion qui favorise leur enrichissement[1167]. En d'autres termes, la nature ubiquitaire des savoirs les rendrait propices au partage. J. Baechler en conclut que : « Le connaître est (…) une entreprise collective confiée à l'humanité entière[1168]. »

397. La nécessité de partager les savoirs. La protection et le partage des savoirs par le régime des « communs » semblent, de plus, être nécessaires car l'essence de l'homme est de copier, de reproduire ce qui a déjà été produit, et c'est ce mouvement perpétuel qui est la source du progrès et de l'invention. L'accès aux connaissances serait même une nécessité pour permettre aux civilisations de survivre. H. Essalmawi expose en effet que plus les savoirs sont diffusés, plus la place de la science est grande et plus les civilisations croissent et sont florissantes. Au contraire, plus les savoirs sont confinés, plus ils dépérissent à cause d'un accès limité et de l'impossibilité de partage.[1169] Dans le même sens, B. Parance souligne que les connaissances seraient des biens communs car ils feraient référence à un « souci commun de l'Humanité »[1170]. Le régime des « communs » semblerait alors être concordant avec cette nécessité de partage des savoirs.

398. L'émergence des « communs de la connaissance ». Les notions de « biens communs informationnels[1171], » de « *Knowledge Commons*[1172] » ou encore de « biens communs de la connaissance[1173] » sont ainsi apparues pour décrire l'émergence d'une gouvernance des savoirs favorable au partage. C. Hess explique d'ailleurs que : « Tous les communs sont des communs de connaissance » car « le partage de la connaissance et de l'information est essentiel à la

[1167] Cependant, G. Allaire est contre l'idée que les savoirs sont de nature non-rivale et non-exclusive car ils ne se diffuseraient pas parfaitement et l'utilisation d'un savoir entraînerait toujours une certaine transformation de ce dernier. Voir Allaire, G., « Les communs comme infrastructure institutionnelle de l'économie marchande », [En ligne], *Revue de la régulation,* 14, 2013, spé. p. 44. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10546

[1168] Baechler, J., *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019, p. 89.

[1169] L'auteur explique que l'Egypte ancienne a dépéri en raison d'un accès limité aux savoirs. Voir Essalmawi, H., « Partage de la création et de la culture : les licences Creative Commons dans le monde arabe », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 145.

[1170] Parance, B., De Saint Victor, J., « '*Commons*, biens communs, communs' : une révolution juridique nécessaire », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 9.

[1171] Aigrain, P., *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété*, Librairie Arthème Fayard, 2005, spé. p. 31.

[1172] Ostrom, E., Hess, C., « A Framework for Analyzing the Knowledge Commons : a Chapter from Understanding Knowledge as a Commons : from Theory to Practice », *Libraries' and Librarians' Publications,* 2005.

[1173] Amarile, S., Haller, C., Peneranda, A., « Communautés, auto-organisation et management des biens communs de la connaissance : principes de conception et gouvernance de l'action collective », *Consortium Communautés de pratiques,* Toulon, France, 2015.

réussite et à la pérennité de tous les types de communs[1174]. » Les « communs de la connaissance » se définissent largement comme tout savoir scientifique, académique et culturel[1175] ou encore comme des ressources immatérielles partagées et vulnérables aux dilemmes sociaux[1176]. A. Strowel donne l'exemple de Wikipédia en tant que commun de connaissances[1177]. Selon G. Allaire, les « communs immatériels » incluent les « communs intellectuels », c'est-à-dire les créations de l'esprit telles que les savoirs[1178]. Aussi, dans la mesure où les « communs » visent à produire de nouvelles connaissances et à les diffuser, ils ne sont pas de simples stocks d'informations statiques mais ils présentent une nature dynamique[1179]. Le terme de « biens communs » révèlerait, en outre, différents buts selon la ressource en question[1180]. Il s'agit en effet de gérer une rareté lorsqu'il est question des ressources naturelles mais aussi de garantir l'accès à des biens non sujets à la rareté, tels que les savoirs, qui ont besoin de bénéficier d'une diffusion et d'un accès spécifiques. L'idée est d'abandonner une « culture de l'autorisation » où chacun doit demander la permission pour accéder aux savoirs et les utiliser. Au contraire, toutes ces formes de savoirs doivent être rendues disponibles pour faciliter la production de nouvelles connaissances. C. Hess et E. Ostrom ont alors étudié la pertinence des « communs » à l'égard, non plus des ressources naturelles, mais des savoirs. Le système des « *Common Pool Resources* » et le cadre d'analyse et de développement institutionnel peuvent être utiles pour analyser les savoirs en tant que ressources partagées et garantir un « *Global Common* »[1181]. Les « communs » seraient pertinents car pour produire les savoirs, en particulier depuis l'apparition des nouvelles technologies de l'information et de la communication, les individus interagissent de façon répétée entre eux tout

---

[1174] Hess, C., « Communs de la connaissance, communs globaux et connaissance des communs », *in* Coriat, B., (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui Libèrent, 2015, spé. p. 259.

[1175] Hess, C., « Inscrire les communs de la connaissance dans les priorités de recherche », *in* Vecam, *op. cit.*

[1176] Cominelli, F., « Le patrimoine culturel immatériel est-il un bien commun ? Le cas de la pierre sèche en France », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, 2012, spé. p. 88.

[1177] « Les éléments constitutifs faisant de Wikipédia un commun tiennent à l'outil technologique utilisé, à l'organisation stricte de la communauté, à la gouvernance par une fondation et à l'usage d'une licence *creative commons* pour les contenus. » Voir Strowel, A., « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 439-440. A. Chaigneau explique que Wikipédia est un commun de la connaissance universel et ouvert qui est produit et partagé par tous ceux y ayant accès et dont la valeur résulte directement de l'absence de rivalité et de l'absence de droit exclusif. Voir Chaigneau, A., « L'entreprise collaborative à la recherche d'une raison sociale », *in* Parachkénova, I., Teller, M., (dir.), *Quelles régulations pour l'économie collaborative ?*, Dalloz, 2018, pp. 89-102, spé. p. 93-94.

[1178] Allaire, G., « Les communs comme infrastructure institutionnelle de l'économie marchande », [En ligne], *Revue de la régulation*, 14, 2013, spé. p. 23. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10546

[1179] De plus, selon B. Coriat, il existerait différents communs informationnels qui vont du bien public (gratuité), aux clubs et bien privé (échange marchand) Voir Coriat, B., « Des communs "fonciers" aux communs informationnels - Traits communs et différences », *Séminaire international, Propriété et communs - Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés,* 2013, spé. p. 22.

[1180] Parance, B., De Saint Victor, J., « '*Commons*, biens communs, communs' : une révolution juridique nécessaire », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 9.

[1181] Ostrom, E., Hess, C., *op. cit*.

en respectant des règles et normes qui guident leurs choix et leurs comportements. Ces individus sont capables de se rassembler, de créer une communauté, de prendre des décisions et de créer des règles pour assurer la conservation de la ressource ou atteindre un résultat particulier.

399. Les avantages du régime des « communs » à l'égard des savoirs. Pour affirmer que les « communs » sont pertinents pour une gestion collective et partagée des savoirs, C. Hess et E. Ostrom ont établi des critères d'évaluation[1182]. Il en ressort que les « communs » sont bien adaptés aux savoirs parce qu'ils favorisent l'émergence de nouveaux savoirs scientifiques de qualité, garantissent une gestion durable, préservent les savoirs pour les générations futures en créant des systèmes qui peuvent survivre dans le temps, garantissent la participation du public dans la fourniture et la mise à disposition des savoirs, ou encore assurent une efficience économique et une redistribution équitable. Selon S. Helfrich[1183], les biens communs incitent à la création de nouveaux savoirs par tous les participants, ce qui répond à la nature dynamique et évolutive des savoirs. En effet, les biens communs mettent en œuvre une production coopérative fondée sur la priorité de l'usage des savoirs, sur le partage et la coopération ainsi que sur l'établissement d'un équilibre entre aspirations personnelles et objectifs du groupe par le développement d'une compréhension réciproque et de représentations partagées. Les « communs » engendreraient, en outre, un nouveau principe « d'inventivité sociale ascendante[1184] » car ils créent une dynamique dans la production culturelle, notamment par leur capacité à provoquer des rencontres entre individus aux compétences différentes.

400. Transition. Le régime des « communs » apparaît donc pertinent pour éviter que les savoirs soient toujours plus enclos. Un tel régime semble également adapté pour protéger les savoirs dits « traditionnels » contre les exclosures.

2) L'adaptabilité des « communs » pour lutter contre l'exclosure des savoirs « traditionnels »

401. Un régime adapté aux objectifs des communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Le régime des « communs » apparaît particulièrement adapté à la protection

[1182] Ostrom, E., Hess, C., « A Framework for Analyzing the Knowledge Commons : a chapter from Understanding Knowledge as a Commons : from Theory to Practice », *Libraries' and Librarians' Publications,* 2005, spé. p. 31 et s.

[1183] Helfrich, S., « Les biens communs, nouvel espoir politique pour le XXIè siècle ? », *in* Vecam (dir.*), Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 335.

[1184] Bollier, D., « Les communs, ADN d'un renouveau de la culture politique », *in* Vecam, *op. cit*.

des savoirs « traditionnels » des communautés autochtones et locales[1185] pour lutter contre les exclosures[1186]. Il permet de reconnaître une communauté plus ou moins large qui dispose de droits d'accès et/ou d'utilisation sur un objet déterminé. Un tel régime présente, de plus, une combinaison de mesures associant inclusion et exclusion permettant plus sûrement d'atteindre les objectifs de la protection et du partage des savoirs. Il vise effectivement à prendre conscience que l'appropriation privée n'est pas toujours le moyen le plus efficace pour conserver et protéger les ressources. Au sens de l'analyse d'E. Ostrom[1187], les savoirs seraient des *common pool resources* (CPR) utilisés par un groupe et gouvernés par un système créé par l'homme. L'idée d'une appartenance partagée est accueillie sans pour autant faire « tomber » les savoirs dans le domaine public. Les « communs » se présentent donc comme une alternative au domaine public pour à la fois protéger et partager les savoirs. La communauté partage les savoirs à la condition qu'ils soient utilisés en accord avec des conditions définies et contrôlées par ces communautés ainsi qu'avec leur droit coutumier et leurs valeurs[1188]. Puisque les membres de la communauté ont toujours des droits d'exclure les tiers dans l'accès et/ou l'utilisation des savoirs, ce sont également ces membres qui choisissent d'inclure tout tiers au sein de la communauté selon des règles d'auto-organisation déterminées. Ce sont alors les membres eux-mêmes qui décident de l'étendue de la communauté des « communs ». Le régime des « communs » permet ainsi aux communautés autochtones et locales de bénéficier de l'enrichissement de leurs propres savoirs et de leur garantir l'apport d'autres savoirs détenus par les communautés de chercheurs. Par conséquent, les communautés autochtones et locales ainsi que les chercheurs formeraient une communauté de partage de savoirs. Tout enrichissement et création de nouveaux savoirs devraient alors retourner dans le « *pool* » commun.

[1185] D'où l'expression « *Traditional Knowledge Commons* ». Voir Bavikatte, K.S., Cocchiaro, G., Elan Abrell, J.D., Von Braun, J., « Imaging A Traditional Knowledge Commons : A Community Approach to Ensuring the Local Integrity of Environmental Law and Policy », *Thirteen Biennial Conference of the International Association for the Study of Commons (IASC),* Hyderabad, India, 2011.

[1186] Les savoirs gouvernés par les communs ne seront plus dans le domaine public car les membres auront des droits relatifs à leur utilisation.

[1187] Voir notamment Ostrom, E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action,* Cambridge University Press, 1990 ; Ostrom, E., Hess, C., « A Framework for Analyzing the Knowledge Commons : a chapter from Understanding Knowledge as a Commons : from Theory to Practice », *Libraries' and Librarians' Publications,* 2005 ; Ostrom, E., Hess, C., « Private and Common Property Rights », *in* B. Bouckaert (dir.), *Property Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010 ; Hess, C., « Inscrire les communs de la connaissance dans les priorités de recherche », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXème siècle,* C&F éd, 2011, p. 33 ; Hess, C., « The Unfolding of the Knowledge Commons », *St Antony's International Review*, T. 8, No. 1, 2012, pp. 13-24.

[1188] En d'autres termes, les communs pourraient être favorables aux savoirs dits « traditionnels » des communautés autochtones et locales à la condition qu'un régime *sui generis* soit préalablement établi.

402. La diversité des rapports à la propriété en adéquation avec la conception des communautés autochtones et locales. Cette capacité des membres de la communauté à décider de l'inclusion ou de l'exclusion est expliquée par E. Le Roy[1189]. Cet auteur souligne la pertinence de la théorie des maîtrises foncières et fruitières (TMFF) inspirée du droit traditionnel africain. Une telle théorie répond à l'objectif de protection (exclusion) et de partage (inclusion) des savoirs[1190]. L'objectif est de trouver des « solutions métisses[1191] » pour tenir compte des pratiques traditionnelles et du droit coutumier des communautés autochtones et locales. Cette analyse vise alors à abandonner la stricte opposition entre le droit de propriété publique et le droit de propriété privée pour adopter une nouvelle distinction plus enrichissante entre public (commun à tous), externe (commun à un groupe), interne-externe (commun à deux groupes), interne (commun à un groupe) et privé (commun ou propre à une personne juridique). Selon l'ampleur de l'inclusion choisie, l'étendue de la communauté d'utilisateurs ne sera pas la même et conséquemment les droits seront différents. En effet, les droits sur les savoirs des communautés autochtones et locales seront « privés » si une seule personne de la communauté les détient (un savoir secret uniquement connu et utilisé par le guérisseur). Ils pourront aussi être « internes » si une seule communauté les détient ou « internes-externes » si deux communautés les détiennent. Mais encore, ces droits pourront être « externes » lorsque plusieurs communautés les détiennent ou être « publics » lorsque la communauté choisit une inclusion totale pour que toute personne puisse accéder et utiliser ses savoirs.

403. La reconnaissance d'un faisceau de droits au bénéfice d'une communauté. L'inclusion se concrétise par la reconnaissance de droits collectifs dont la gouvernance est multi-niveaux et multi-acteurs. En se fondant sur l'existence d'un faisceau de droits, différents droits peuvent être détenus sur un même objet (notamment droit d'accès, droit de prélèvement, droit de gestion, droit d'exclusion, droit d'aliénation). Tous les membres de la communauté ne détiennent alors pas les mêmes droits. En s'appuyant sur l'analyse de E. Ostrom, il peut être déterminé plusieurs niveaux d'organisation et de reconnaissance des droits[1192]. Ces droits

[1189] Le Roy, E., « De la propriété aux maîtrises foncières », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Scientifiques et Médicales Elsevier, Paris, 2002, pp. 139-162.

[1190] En effet, E. Le Roy souligne qu'elle vise à « reconnaître un mode d'attribution de droits fonctionnels avec une complémentarité des rapports inclusifs et exclusifs ». Voir Le Roy, E., *ibid*.

[1191] Selon l'expression d'E. Le Roy. Voir Le Roy, E., *ibid*.

[1192] D'abord, un niveau opérationnel (autorisation du droit d'entrer et du droit d'extraire). Ensuite, un niveau collectif d'appropriation (autorisation du droit de gérer, de réguler, d'exclure, d'aliéner). Enfin, un niveau de choix constitutionnels pour déterminer qui peut participer aux règles de choix collectifs. Voir notamment Weinstein, O., « Comment comprendre les "communs" : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *Revue de la régulation*, [En ligne], No. 14, 2013, mis en ligne le 13 février 2014, [consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10452

définissent différents statuts (entrants, utilisateurs autorisés, décideurs, propriétaires) détenus par différents membres de la communauté.

404. L'échelle locale, un atout pour le régime des « communs ». E. Ostrom explique que les « communs » sont davantage pertinents lorsqu'ils sont appliqués à l'échelle locale. L'échelle de la communauté autochtone et locale semble alors être particulièrement appropriée car c'est à ce niveau que les relations de confiance et de réciprocité entre les membres sont plus facilement garanties et c'est aussi à cette échelle que la stabilité et l'homogénéité du groupe travaillant et vivant ensemble pour une longue durée sont assurées. Aucune règle externe uniforme n'est imposée et les utilisateurs locaux sont reconnus et participent dans l'élaboration et la mise en œuvre des droits. Le régime *sui generis* répond, en outre, aux « principes de *design* » élaborés par E. Ostrom pour assurer un régime robuste[1193]. Le régime des « communs » présente, du reste, l'avantage de reconnaître la communauté comme unique bénéficiaire, de garantir une protection et un partage des savoirs, de préserver ces derniers pour les générations futures ou encore d'assurer une redistribution équitable des bénéfices résultant de l'utilisation des savoirs. Une difficulté peut cependant apparaître quant à l'identification des membres de la communauté. Toutefois, cette difficulté existe pour toutes les formes de communautés et non pas seulement à l'égard des communautés autochtones et locales..

405. Transition. Il convient cependant de prendre conscience de certaines limites du régime des « communs » afin d'être plus à même de les tempérer.

3) Les limites du régime des « communs » à résorber

406. Une redéfinition de la communauté. La communauté, comme dans tout régime des « communs », présente une importance fondamentale dans la gouvernance des savoirs. B. Coriat souligne que les producteurs de savoirs ne correspondent plus à l'unique vision traditionnelle des chercheurs spécialisés en recherche et développement ainsi que des centres

[1193] Effectivement, un tel régime s'attache à définir les relations entre les membres de la communauté et les tiers en élaborant des règles visant à identifier les droits et les obligations de chacun, à adapter la gouvernance des règles d'utilisation aux besoins et conditions locaux, à garantir que les règles établies par la communauté soient respectées par les autorités extérieures, à créer des sanctions graduées et des mécanismes de résolution des conflits accessibles et peu coûteux ainsi qu'à assurer la participation des membres pour définir, adapter et faire évoluer le système de gouvernance. Les membres qui sont affectés par les règles sont alors en mesure de participer à leur modification et proposer des arrangements par des choix collectifs. Voir Ostrom, E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action,* Cambridge University Press, 1990.

de recherche publique et des entreprises privées[1194]. En effet, les membres de la communauté, y compris voire surtout au niveau local, doivent prendre conscience qu'ils ne sont pas seulement des consommateurs passifs mais qu'ils sont en droit de s'engager et de participer à la gouvernance et à la production de nouveaux savoirs. Selon F. Cominelli, les « communs » favorisent, par ailleurs, une vision holistique qui se fonde sur la participation des communautés et cette idée est soulignée dans différents instruments juridiques internationaux[1195]. Dans le même sens, J.C. Guédon parle de « République des sciences »[1196] pour assurer une recherche scientifique mondiale. L'idée est que les rapports de pouvoirs hiérarchisés et pyramidaux sont exclus pour laisser toute personne participer à la recherche scientifique. La recherche est alors au service de l'Humanité et non à une minorité d'êtres humains[1197]. Par conséquent, avec les « communs de la connaissance », la communauté ne devrait connaître aucune limite.

407. Les difficultés relatives à l'identification de la communauté. Les « communs immatériels » sont, cependant, menacés, non pas par la tragédie des communs, mais par la tragédie du passager clandestin[1198] en raison de la difficulté d'identifier clairement les membres de la communauté, de délimiter les frontières du système et de mesurer l'usage réel de la ressource par un acteur. L'accès et la diffusion des savoirs sont, de plus, difficiles à garantir en raison de l'existence de communautés séparées. Les droits de propriété sur le flux d'unité de ressource (les artéfacts) sont détenus par des acteurs différents de ceux qui disposent des droits sur le système de ressources. En d'autres termes, les producteurs des savoirs et les propriétaires des équipements ou des réseaux ne sont pas les mêmes personnes. Des compromis

[1194] Coriat, B., « Des communs « fonciers » aux communs informationnels - Traits communs et différences », *Séminaire international, Propriété et communs - Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés,* 2013, spé. p. 21.

[1195] L'importance de la communauté dans la protection et le partage des savoirs est soulignée dans le préambule de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003 : « Reconnaissant que les communautés, en particulier les communautés autochtones, les groupes et, le cas échéant, les individus, jouent un rôle important dans la production, la sauvegarde, l'entretien et la recréation du patrimoine culturel immatériel, contribuant ainsi à l'enrichissement de la diversité culturelle et de la créativité humaine ». Dans le même sens, l'art. 15 de la même Convention souligne que les Etats parties sont tenus « d'assurer la plus large participation possible des communautés, des groupes et, le cas échéant des individus qui créent, entretiennent et transmettent ce patrimoine, et de les impliquer activement dans sa gestion. » Voir Cominelli, F., « Le patrimoine culturel immatériel est-il un bien commun ? Le cas de la pierre sèche en France », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, 2012*,* spé. p. 91.

[1196] Guédon, J.C., « Connaissance, réseaux et citoyenneté : pourquoi le libre accès ? », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 67.

[1197] C'est ainsi que des actions ont été mises en œuvre, telles que « *Initiative on Commons* » (IC) co-fondée par la FES (*Foundation for Ecological Security*) et la IASC (*International Association for the Study of the Commons*) qui a pour objectif de rassembler aussi bien les praticiens que les législateurs et le monde universitaire autour des communs ainsi que d'influer sur l'opinion publique et l'environnement politique. Voir Hess, C., « The Unfolding of the Knowledge Commons », *St Antony's International Review*, T. 8, No. 1, 2012, p. 17.

[1198] La notion de « passager clandestin » ou de « *free-rider* » provient des sciences économiques et désigne le comportement d'un individu qui profite d'un système sans avoir investi des efforts (financiers ou temporels) ou sans avoir payé la quote-part attendue.

institutionnels seraient alors nécessaires tels qu'un accord sur l'objectif commun relatif au fonctionnement du système de ressources. Un tel régime repose, en outre, sur une diversité de structures de gouvernance et de régimes de propriété. La production et la diffusion des savoirs mobilisent à la fois des activités et des investissements publics, collectifs et privés qui n'ont pas les mêmes objectifs[1199]. G. Allaire parle alors de « formes fragmentées de diffusion des savoirs[1200] ».

408. Le nécessaire dépassement du régime des « communs » au seul régime du bien public. Certaines limites culturelles, institutionnelles[1201] et politiques tempèrent également l'attractivité du régime des « communs ». J. Rochfeld expose que les « communs » sont absorbés par le bien public[1202]. Le bien est alors détenu par une personne publique et affecté à un usage général (extra-commercialité, inaliénabilité, égalité, libre accès). Mais, une telle qualification est dépendante de la volonté politique qui favorise les intérêts économiques. L'usage commun, la conservation et la transmission aux générations futures ne sont alors pas suffisamment protégés par la qualification de « bien public », selon J. Rochfeld[1203].

409. Une gestion des savoirs complexe en raison de leur double nature. La gestion des « communs intellectuels » peut être, en outre, rendue difficile en raison de la nature des savoirs. Ils sont à la fois un bien économique (une marchandise) et une « force constitutive de la société »[1204]. Leur nature économique a été privilégiée ces dernières années de sorte qu'ils ont été progressivement enclos par des droits de propriété intellectuelle, en particulier dans le

---

[1199] A. Chaigneau dénonce notamment les entreprises numériques qui occupent une position quasi monopolistique en promouvant une circulation d'informations libres entre les membres de la communauté sur une ressource privée tout en verrouillant l'usage de leur logiciel et de leur algorithme et tout en reproduisant une polarisation de la valeur ajoutée entre la société et les usagers. Il ne s'agit alors pas d'une « économie collaborative » mais d'un « capitalisme informationnel ». Elle expose que : « La technologie numérique sert dès lors à capter des activités et des marchés de consommation et non pas à mutualiser une production. » Il en serait ainsi des entreprises numériques relatives au *coworking* ou au covoiturage. Voir Chaigneau, A., « L'entreprise collaborative à la recherche d'une raison sociale », *in* Parachkénova, I., Teller, M., (dir.), *Quelles régulations pour l'économie collaborative ?*, Dalloz, 2018, pp. 89-102, spé. p. 95.

[1200] Allaire, G., « Les communs comme infrastructure institutionnelle de l'économie marchande », *Revue de la régulation,* 2013, spé. p. 44.

[1201] Allaire, G., « Les communs comme infrastructure institutionnelle de l'économie marchande », [En ligne], *Revue de la régulation,* 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10546

[1202] Rochfeld, J., « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique*,* T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 351-369, spé. p. 361. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-351.htm

[1203] Dans le même sens, F. Constantin expose que « l'alternative banale » à l'appropriation privée est l'appropriation publique. Or, l'Etat n'est pas l'humanité et les pratiques étatiques sont souvent loin de satisfaire les implications de la notion de bien commun. Voir Constantin, F., « L'appropriation comme enjeu de pouvoir », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question,* Natures Sciences Sociétés & Elsevier, Paris, Environnement, 2002.

[1204] Hess, C., « The Unfolding of the Knowledge Commons », *St Antony's International Review*, T. 8, No. 1, 2012, spé. p. 15.

monde digital. Le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication a effectivement entraîné des conséquences paradoxales à l'égard des savoirs. D'un côté, elles ont permis de partager davantage les connaissances et de créer des formes de collaboration hors du marché. Mais d'un autre côté, elles ont favorisé la maximisation des profits tirés des savoirs en privilégiant les contrôles et les restrictions à l'accès[1205]. C. Hess explique qu'internet a bouleversé la nature des savoirs pour en faire un bien marchand appropriable sur le marché et donc rival[1206] de sorte qu'il est devenu nécessaire de les protéger pour reconnaître leur seconde nature jusque-là sacrifiée.

410. Les solutions pour contrer la difficile gestion des savoirs. Pour assurer une gouvernance robuste et adaptée, l'une des solutions est de suivre les « principes de *design* » établis par E. Ostrom. D'abord, les usagers devraient partager les savoirs suivant des règles identifiant les droits et obligations de chacun regroupés dans un « faisceau de droits »[1207]. Ces règles d'usage devraient être nécessairement définies par et pour la communauté afin qu'elle s'accorde sur ce qu'un participant a le droit et n'a pas le droit de faire dans chaque situation, ainsi que sur les sanctions en cas de non-respect des règles. Ensuite, tout comme pour les ressources naturelles, il faudrait pour les « communs intellectuels » mettre en place des règles en respectant l'environnement dans lequel les savoirs s'insèrent. Les acteurs sont alors dans un processus de co-construction par la mutualisation et la coopération car ils adoptent des modes de fonctionnement qui s'adaptent à leur environnement. Les modes de gouvernance doivent être, par ailleurs, adaptés aux objectifs des communautés pour gérer la ressource sur le long terme et être orientés vers l'enrichissement et la multiplication des ressources par un accès partagé aux savoirs. Par conséquent, la contribution des participants à la définition, à l'adaptation et à l'évolution du système de gouvernance des savoirs est fondamentale car c'est grâce à cela que les acteurs seront amenés à coopérer dans une gestion et une mutualisation des ressources. Et B. Coriat[1208] de souligner que la distribution de ces droits et l'installation d'une structure de gouvernance sont essentielles car ce sont les actes constitutifs des « communs de la connaissance »[1209].

[1205] Aigrain, P., « De l'accès libre à la science ouverte », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 77.

[1206] Hess, C., « Inscrire les communs de la connaissance dans les priorités de recherche », *in* Vecam, *op. cit.*

[1207] Les savoirs seraient gérés par sept droits principaux : un droit d'accès, un droit de contribution, un droit d'extraction, un droit de retrait, un droit de contrôle et de gestion, un droit d'exclusion et un droit d'aliénation.

[1208] Coriat, B., « Des communs « fonciers » aux communs informationnels - Traits communs et différences », *Séminaire international, Propriété et communs - Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés,* 2013, spé. p. 18.

[1209] En effet, les communs de la connaissance ne préexistent jamais aux droits et à la structure de gouvernance, contrairement

411. Transition. En plus d'une protection inclusive des savoirs, il serait judicieux de garantir une protection directe de ces derniers.

PARAGRAPHE II. L'OPPORTUNITE D'UNE PROTECTION DIRECTE DES SAVOIRS

412. Plan. Après avoir jaugé l'efficacité des bases de données comme mécanisme de protection directe des savoirs (A), il s'agira de s'interroger sur la pertinence de recourir à la notion de domaine public pour protéger directement les savoirs (B).

A) Une protection directe des savoirs par les bases de données

413. Plan. Les bases de données seraient un outil intéressant pour établir une protection directe des savoirs. L'établissement d'une telle base requiert préalablement de déterminer les objectifs (1) ainsi que la forme de protection souhaitée (2).

1) Les bases de données : des objectifs divers

414. Plan. Lorsqu'une base de données est créée[1210], elle peut viser à protéger et préserver les savoirs (a) mais aussi à partager ces derniers (b). En effet, la définition de l'OMPI[1211] souligne ces divers effets. Les objectifs doivent alors être prévus dès la création de la base de données. L'aspect protecteur des bases de données devrait, en outre, être pensé avant tout au bénéfice des savoirs dits « traditionnels » des communautés autochtones et locales, mais aussi des connaissances théoriques en général car ces derniers ont besoin d'une protection contre leur exclosure[1212]. Au contraire, pour les connaissances pratiques, en particulier au sein des pays occidentaux, les bases de données devraient servir à davantage partager les savoirs pour lutter

aux ressources naturelles.

[1210] La directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 intime à tous les Etats membres de créer une forme *sui generis* de protection des bases de données, en plus du régime du droit d'auteur, pour protéger la base des extractions non-autorisées ou des réutilisations de tout le contenu ou d'une partie substantielle de celui-ci mesurée qualitativement et quantitativement.

[1211] La « documentation » se définirait comme « le procédé dans lequel le savoir est identifié, collecté, organisé, enregistré comme moyen pour maintenir, gérer, utiliser, disséminer, et/ou protéger le savoir en accord avec des objectifs spécifiques. » Voir WIPO, « Documenting Traditional Knowledge – A Toolkit », *WIPO's Traditional Knowledge Divisi*on, 2017, p. 9.

[1212] L' « exclosure » signifie l'exclusion d'une certaine catégorie de personnes de l'accès et de l'utilisation d'une ressource, et notamment des savoirs, alors que d'autres catégories de personnes pourront librement accéder et utiliser les mêmes savoirs. Pour davantage de développements sur le terme « exclosure », voir l'introduction de la thèse.

contre leur enclosure[1213]. Comme ces objectifs ne sont pas complémentaires, il paraît cependant difficile de créer une base de données à l'échelle internationale conciliant ces différents objectifs (c).

a) L'objectif de protéger et préserver les savoirs

415. Les divers objectifs des bases de données. Concernant l'aspect protecteur, les bases de données peuvent remplir différents objectifs. Elles peuvent apporter la preuve de l'existence d'un savoir et du premier détenteur. Cet objectif est important pour les communautés autochtones et locales afin d'assurer leur identification et leur reconnaissance sociale. Les bases de données peuvent aussi garantir le contrôle de l'utilisation des savoirs et un partage équitable des avantages. Un consentement préalable peut alors être exigé pour tout accès aux savoirs, et notamment dans le but de restreindre l'accès aux savoirs secrets ou sacrés. Mais encore, les bases de données peuvent avoir pour objectif d'empêcher la perte des savoirs et donc de les maintenir dans le temps pour les générations futures.

416. La nécessité de déterminer préalablement les objectifs recherchés. Tous ces effets relatifs aux bases de données ne sont cependant pas toujours recherchés « en bloc » par les communautés autochtones et locales ou par les détenteurs de connaissances théoriques. Les objectifs d'une protection varient selon le contexte, les intérêts en jeu et les besoins ou attentes des détenteurs. Par exemple, au Pérou, l'article 16 de la loi[1214] précise expressément que les objectifs des registres sont de préserver et sauvegarder les savoirs collectifs des communautés autochtones et locales et leurs droits. Aussi, l'article 23 oblige l'INDECOPI (Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle) à envoyer les informations contenues dans le registre national public aux offices de brevets dans le monde dans le but de lutter contre l'appropriation illicite. Il devrait donc, au préalable, être déterminé quel(s) est/sont le(s) objectif(s) recherché(s) par la communauté détentrice avant d'établir une base de données. Ce préalable est indispensable car ces différents objectifs supposent ensuite différentes modalités de protection, notamment par rapport à l'accès (libre accès, accès exclusif, accès enregistré et restreint), à l'utilisation (consentement préalable, libre utilisation car dans le

[1213] L' « enclosure » se définie comme un mouvement de monopolisation et de privatisation exclusive des objets matériels et immatériels. Pour davantage de développements sur le terme « enclosure », voir l'introduction de la thèse.

[1214] Loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques.

domaine public, utilisation libre si but non-commercial, utilisation exclusive) ou encore au partage équitable (consentement, domaine public payant).

417. La nécessité de déterminer préalablement la nature des savoirs. Il est également important de déterminer la nature des savoirs car certains peuvent être confidentiels (savoir sacré et/ou secret), d'autres à la disposition de tous ou encore non-confidentiels mais restreints à une communauté spécifique. Ces différences de nature imposent aussi différents niveaux d'accès. Si le savoir est secret, il devrait être gardé dans une base de données confidentielle, l'accès ne devrait pouvoir être autorisé que sous réserve que le savoir soit protégé comme un secret commercial, notamment par le régime du secret des affaires[1215], et la mise en ligne du savoir devrait être accessible confidentiellement. Les informations relatives à un savoir secret ne devraient, par ailleurs, contenir qu'une simple description sommaire puis, si des informations plus précises sont demandées, alors un accord de confidentialité devrait être conclu. Par exemple, au Pérou, l'article 15 de la loi de 2002 prévoit trois formes différentes de registres : un registre national public, un registre national confidentiel et des registres locaux. Alors que le registre national public contient les savoirs collectifs qui sont dans le domaine public (art. 17), le registre national confidentiel contient des savoirs secrets de sorte qu'un tel registre ne doit pouvoir être consulté par les tiers (art. 18). De même, le Portugal[1216] ou le Costa Rica[1217] prévoient des mesures différentes selon que le savoir est secret ou non. Lorsque l'accès au savoir est possible, il convient aussi de déterminer si cet accès est gratuit ou bien soumis au paiement d'une redevance. De plus, les communautés autochtones et locales devraient déterminer elles-mêmes les termes et conditions selon lesquels leur savoir sera obtenu et utilisé. Par exemple, elles détermineront s'il doit y avoir des bénéfices monétaires ou non-monétaires, si le savoir doit être collecté dans une zone précise ou par certains individus spécifiques.

[1215] Directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ; Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 du 31 juillet 2018.

[1216] Les art. 3.2 et 3.3 du Décret-loi n° 118/2002 du 20 avril 2002 prévoient que lorsque le savoir n'est pas secret, il doit être identifié, décrit et enregistré dans le registre des ressources génétiques (RRGV – *Register of Plant Genetic Resources*) et la description doit être exprimée de manière à ce que les tiers puissent reproduire ou utiliser le savoir traditionnel et obtenir des résultats identiques à ceux obtenus par le détenteur du savoir. Au contraire, lorsque le savoir est secret, c'est-à-dire lorsqu'il n'a fait l'objet d'aucune utilisation commerciale ou est inconnu du public en dehors de la population ou de la communauté locale au sein de laquelle il a été élaboré, l'art. 3.3 précise que le savoir est publié dans le bulletin des enregistrements de l'art. 12 et la divulgation est limitée à l'existence du savoir et à l'identification des variétés auxquelles il est associé.

[1217] Selon l'art. 67 de la loi sur la biodiversité n° 7788, entrée en vigueur le 27 mai 1998, le bureau technique de la commission organise un service d'enregistrement des droits d'accès, y compris aux savoirs traditionnels. L'information enregistrée sera accessible au public, excepté pour les secrets d'affaires.

418. Transition. Les bases de données peuvent également être un outil efficace pour partager et disséminer les savoirs.

b) L'objectif de partager les savoirs

419. Les bases de données en tant qu'outil privilégié de partage des savoirs. Selon A.R. Chapman[1218], les bases de données encouragent le développement et la diffusion des savoirs, accélèrent les innovations, maintiennent les liens à l'intérieur d'une communauté scientifique globale ou encore garantissent l'accès aux résultats de recherches récentes et notamment aux nouveaux savoirs à l'égard des scientifiques issus de pays n'ayant pas d'infrastructures de recherche significatives. Aussi, les bases de données assurent, d'un côté, l'accès aux données publiques sans coût ou seulement au coût de la reproduction et de la diffusion et, d'un autre côté, garantissent l'accès aux données non-publiques à tous à condition de respecter des termes et des conditions spécifiques. De telles bases de données seront ainsi particulièrement pertinentes à l'égard des savoirs des pays occidentaux qui sont actuellement toujours plus « enclos ». Concernant les communautés autochtones et locales, les bases de données en libre accès sont à éviter sauf si ces dernières donnent leur consentement préalable en connaissance de cause et que des conditions d'utilisation/d'exploitation sont conclues d'un commun accord.

420. Un partage des savoirs et un potentiel partage des avantages. Le partage des savoirs peut se diviser en deux stades. L'autorisation de partager les innovations et de les combiner avec d'autres est d'abord donnée à une organisation spécifique[1219]. Le consentement pour partager les savoirs est alors donné pour tout accès et usage dans un but non-commercial. Puis, lorsqu'un usage dans un but commercial est envisagé alors un partage équitable des bénéfices est assuré. Le consentement des détenteurs originels devrait néanmoins être requis une seconde fois pour utiliser leurs savoirs commercialement.

421. Transition. Au regard des divers objectifs de protection ou de partage des savoirs, il apparaît alors délicat de mettre en place une base de données à l'échelle internationale.

[1218] Chapman, A.R., « A Human Rights Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress, and Access to the Benefits of Science », *in* OMPI, *Intellectual Property and Human Rights*, No. 762, Genève, 1999, p. 34.

[1219] Pour le *Honey Bee Network* l'autorisation est donnée à la NIF (*National Innovation Foundation*).

c) La question de la création d'une base de données à l'échelle internationale

422. La difficulté empêchant la création d'une base de données internationale. De prime abord, il paraîtrait opportun de créer une base de données à l'échelle internationale pour assurer une protection et un partage des savoirs de façon décentralisée. Cependant, une telle base de données devrait distinguer les savoirs selon leur nature et leur détenteur car ils ne sont pas confrontés aux mêmes problématiques. Alors que les savoirs dits « traditionnels » et les connaissances théoriques sont victimes d'appropriation indue, c'est-à-dire confrontés aux exclosures, les savoirs des pays développés, et particulièrement les connaissances pratiques, sont plutôt confrontés à la privatisation, c'est-à-dire aux enclosures.

423. Une base de données internationale spécifique pour les savoirs dits « traditionnels ». F.D. Vivien propose la création d'une « *Global Bio-collecting Society*[1220] » dédiée aux savoirs des communautés autochtones et locales. Une institution internationale de droit privé instituerait et génèrerait une base de données regroupant les savoirs. Les informations seraient accessibles aux offices de brevets, aux entreprises, et aux chercheurs à la condition de payer un droit d'accès à la base de données et de signer un contrat, voire un accord de confidentialité, avec les détenteurs à l'origine des savoirs. L'OMPI prévoit également de créer un site portail doté de deux fonctions : permettre à un examinateur d'accéder directement aux bases de données des États membres de l'OMPI participants et permettre à un examinateur d'extraire des données des bases auxquelles il a accédé. Ce portail ne serait accessible qu'aux adresses IP enregistrées détenues par les offices de propriété intellectuelle. Mais l'OMPI envisage la possibilité de prévoir un accès public limité à son site portail car les demandeurs de brevets seraient intéressés à vérifier l'état de la technique pour s'assurer que leur invention répond bien à la condition de nouveauté.

424. Une base de données internationale pour les savoirs en général. C. Hess et E. Ostrom[1221] se sont interrogées sur la pertinence d'une base numérique (*Digital Repository*) à l'égard des savoirs en général. Une telle base de données serait davantage pertinente à l'égard des connaissances pratiques des pays développés pour lutter contre leur enclosure car elle aurait

[1220] Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question,* Natures Sciences Sociétés & Elsevier, Paris, Environnement, 2002.

[1221] Ostrom, E., Hess, C., « A Framework for Analyzing the Knowledge Commons : a chapter from Understanding Knowledge as a Commons : from Theory to Practice », *Libraries' and Librarians' Publications,* 2005, p. 21 et s.

pour avantage de faciliter l'échange global des savoirs, de promouvoir la tradition de l'*open science* ou encore de garantir plus de financements de la recherche et de bénéfices pour les détenteurs. Toutefois, une telle base de données pourrait également être opportune pour les connaissances théoriques et, en général, pour les savoirs des pays en développement voire même les savoirs des communautés autochtones et locales lorsqu'ils ne sont pas sacrés ou secrets[1222]. En effet, la base de données permet aux pays en développement d'accéder en ligne à la littérature scientifique, elle garantit une plus grande visibilité des savoirs et de leurs détenteurs, et elle assure donc le respect de la paternité des savoirs. Dans le même sens, le traité *Access to Knowledge* (A2K) prévoit, à l'article 5.6, la création de bases de données sur les « communs intellectuels »[1223]. Pour qu'une telle base soit suffisamment dynamique et attractive, il faut cependant que les détenteurs des savoirs connaissent son existence et aient la volonté de compiler leurs savoirs dans cette base. La communauté participante doit alors être formée et encouragée à auto-archiver les articles et à les publier dans des journaux en libre accès. Mais encore, même si les savoirs ne sont pas secrets ou sacrés, une réglementation devrait être mise en œuvre pour empêcher toute réappropriation indue.

425. Transition. Outre les divers objectifs à définir avant la mise en place d'une base de données, il est également essentiel de déterminer quelle forme de protection adopter.

2) Les bases de données : des formes de protection diverses

426. Plan. Il semble important d'allier une protection défensive avec une protection positive des savoirs (a). Cette complémentarité entre les deux formes de protection est d'autant

[1222] Au niveau international, certaines bases de données prennent déjà en compte les savoirs « traditionnels » en matière de droit des brevets. Par exemple, récemment, l'OMPI a décidé d'inclure la « littérature non brevetée » dans la base de données PATENTSCOPE. Quant à la Classification internationale des brevets (CIB), elle inclut les savoirs « traditionnels », en particulier ceux relatifs à la médecine traditionnelle, pour vérifier la condition de nouveauté d'une demande de brevet. Voir OMPI, « Propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », Genève, 2020, spé. p. 39.

[1223] Le projet de traité A2K est issu d'une demande du Brésil et de l'Argentine qui ont soumis à l'Assemblée générale de l'OMPI un plan d'action pour la mise en place d'un agenda pour le développement. En 2007, l'Assemblée générale de l'OMPI adopte 45 recommandations comprenant notamment une recommandation sur le mouvement A2K. L'art. 5.6 du traité est relatif à l'établissement d'une base de données. Il dispose que : « Le comité des communs intellectuels doit adopter des procédures pour toutes personnes, organisations, communautés qui cherchent à établir des bases de données ouvertes. Ces bases de données sont mises en œuvre pour une période de temps limitée durant laquelle aucune demande de brevet ne peut être demandée pour une donnée issue de la base de données. Ces bases de données doivent répondre à un intérêt public et être disponibles librement pour tous » (a). Cependant, une exception est prévue : « une demande de brevet relative à une utilisation spécifique de la donnée obtenue grâce à la base de données est possible à la condition que cette demande ne restreigne pas ou donne lieu à une licence pour que les tiers puissent utiliser la donnée gratuitement » (b).

plus nécessaire à l'égard des communautés autochtones et locales dont la participation est primordiale (b).

a) Une protection défensive et/ou positive des savoirs

427. L'importance d'une protection défensive en droit des brevets. Pour établir une protection défensive des savoirs dans le but de lutter contre les utilisations non autorisées et les appropriations indues[1224], les bases de données doivent être accessibles à certaines autorités, et en particulier aux offices de brevets. L'OMPI souligne en effet la nécessité pour les États membres d'éviter que des brevets ne soient délivrés par erreur pour des inventions portant sur des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés non secrets[1225]. Il devrait également être prévu des mesures équivalentes adaptées aux savoirs secrets pour que leur accès soit permis par la procédure de recherche et d'examen en matière de brevets sans donner lieu à divulgation ou diffusion non souhaitée. En accédant à la base de données dans le but de rechercher si des savoirs existent déjà, les offices de brevet empêcheraient la brevetabilité d'une invention en raison de son absence de nouveauté ou d'activité inventive[1226]. Les bases de données paraissent donc nécessaires pour contrer la délivrance de brevets indus. Les savoirs « traditionnels », par nature oraux, sont vulnérables à de telles situations car ils ne sont pas considérés comme étant dans l'état de la technique et peuvent donc être facilement brevetés par un tiers[1227]. Il semble cependant indispensable de traduire les bases de données en différentes langues internationales pour assurer l'efficacité de la protection défensive et contrer la barrière de la langue. La durée de protection est, par ailleurs, de 15 ans mais tout investissement substantiel opéré au profit d'une base, et notamment des mises-à-jour, renouvelle la protection

[1224] D'ailleurs, l'OMPI définit la protection défensive comme des « mesures qui sont prises pour empêcher ou annuler la délivrance de brevets illégitimes portant sur des éléments de savoirs traditionnels. » Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 13.

[1225] L'OMPI souligne la pertinence d'une base de données pour protéger de manière défensive les savoirs « traditionnels » non secrets : « Un système de recherche dans des bases de données par un simple clic de souris aiderait les examinateurs à effectuer plus efficacement des recherches sur l'état de la technique ou la documentation de référence en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels non secrets qui y sont associés, tout en empêchant l'accès inopportun de tiers à son contenu. » Voir OMPI, « Recommandation commune concernant l'utilisation de bases de données pour la protection défensive des ressources et des savoirs traditionnels qui y sont associés », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, Annexe, WIPO/GRTKF/IC/38/11, p. 1.

[1226] Selon C. Correa, les bases de données permettent de lutter contre les actes de « biopiraterie » car elles permettent aux offices de brevets du monde entier de rechercher et d'examiner tout état de l'art antérieur. Voir Correa, C., « Traditional Knowledge and Intellectual Property : Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge », *Quaker United Nations Office*, Genève, 2001, p. 18.

[1227] En effet, le Règlement d'exécution du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) précise, à la règle 64, que : « Dans les cas où la mise à la disposition du public a eu lieu par le moyen d'une divulgation orale, d'une utilisation ou d'une exposition, ou par d'autres moyens non écrits (…) la divulgation non écrite n'est pas considérée comme faisant partie de l'état de la technique (…) ».

pour 15 ans. Par conséquent, une protection perpétuelle des savoirs « traditionnels » est potentiellement possible[1228].

428. Les exemples de bases de données protégeant défensivement les savoirs. De nombreuses bases de données ont déjà été créées à l'égard des savoirs[1229], mais l'une des bases de données les plus connues instituant une protection défensive est la TKDL (*Traditional Knowledge Digital Library*) créée en Inde. Cette base vise à protéger les savoirs relatifs à la médecine traditionnelle afin d'empêcher l'appropriation indue des savoirs indiens par des brevets. Ces savoirs étaient considérés comme étant à la disposition de tous et donc peu voire pas protégés. Avec la TKDL, les savoirs sont désormais fixés en format numérique et traduits en cinq langues internationales. La base n'est pas ouverte au public et le CSIR (*Council of Scientific & Industrial Research*) a signé des accords de non-divulgation et d'accès avec neuf offices de brevets. Les offices internationaux de brevets prennent ainsi conscience de l'existence de ces savoirs traditionnels médicinaux avant une demande de brevet et sont en capacité de ne pas faire l'erreur de délivrer des brevets indument. Les copies des données sont distribuées aux offices de brevets sous un accord de confidentialité (TKDL *Access Agreement*). Néanmoins, bien que cette base de données ait eu un retentissement international, elle ne semble guère adaptée pour protéger efficacement les communautés autochtones et locales. Le groupe de travail de la CDB[1230] expose que la TKDL ne privilégie pas suffisamment l'approche participative et de soutien des aspirations des communautés sur leurs savoirs. La condition du consentement préalable donné en connaissance de cause de ces communautés ne serait pas respectée car les savoirs sont considérés comme étant dans le domaine public. Le droit coutumier serait, de plus, ignoré par la législation nationale. Outre la TKDL, des mesures

[1228] Certains pourraient considérer que la condition d'un nouvel investissement substantiel pour relancer la durée de la protection peut poser problème pour les communautés autochtones et locales. Rappelons néanmoins que les savoirs dits « traditionnels » doivent être interprétés comme des savoirs évolutifs et dynamiques, et non comme des savoirs figés.

[1229] Voir notamment *People's Biodiversity Registers* (PBR) initié en 1995 en Inde et mandaté par le *Biological Diversity Act*. Le but est de créer un système décentralisé de gestion des ressources naturelles et de revitalisation des savoirs (documentation des savoirs relatifs aux plantes médicinales) ainsi que d'organiser le partage équitable des bénéfices. Aussi le *Korean Traditional Knowledge Portal* (KTKP), créé en 2004, apporte une protection défensive des savoirs relatifs à la médecine traditionnelle. De plus, au Costa Rica, la loi sur la biodiversité n° 7788, entrée en vigueur le 27 mai 1998, prévoit expressément une protection défensive, à l'art. 84, en précisant que l'enregistrement des savoirs traditionnels oblige le bureau technique de la Commission nationale de gestion de la biodiversité à répondre négativement à toute consultation concernant la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle ou industrielle sur le même élément ou le même savoir. Dans le même sens, en Inde, la NBA peut prendre toutes mesures nécessaires pour s'opposer dans tout pays autre que l'Inde à la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle sur toute ressource biologique obtenue en Inde ou tout savoir associé (art. 18.4 de la loi sur la diversité biologique de 2002 entrée en vigueur le 5 février 2003).

[1230] Convention on Biological Diversity, « Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge Innovations and Practices of Indigenous and Local Communities - The advantages and limitations of registers », *Ad hoc open-ended inter-sessional working group on article 8 j) and related provisions of the Convention on Biological Diversity*, 4th meeting, Granada (Spain), UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9, 23-27 January 2006, p. 17-18.

défensives ont également été prises en élargissant la documentation minimale du Traité de coopération en matière de brevet (PCT) pour inclure une série de publications sur les savoirs « traditionnels », telles que *l'Indian Journal of Traditional Knowledge* et le *Korean Journal of Traditional Knowledge*[1231]. Dans le même sens, la Classification internationale des brevets a été révisée en vue d'améliorer les recherches sur l'état de la technique et notamment prendre en compte la catégorie sur les savoirs « traditionnels » qui couvre les médicaments traditionnels à base de plantes[1232].

429. Une protection défensive à allier avec une protection positive des savoirs. Une simple documentation des savoirs n'est cependant pas suffisante[1233] car elle n'assure pas une protection légale. Etablir une base de données sans régime légal risque de créer l'effet inverse recherché en rendant les savoirs disponibles au profit de tous sans contrôle de leur utilisation, sans protection contre l'appropriation indue ou encore sans partage des bénéfices. D. Posey et G. Dutfield soulignent en effet le danger d'une telle stratégie[1234]. Par exemple, si les communautés autochtones et locales n'ont pas de droits sur leurs savoirs, elles ne peuvent pas s'opposer à ce qu'un tiers exploite l'invention dans un but commercial et sans partager les bénéfices avec elles. L'OMPI expose que la documentation des savoirs devrait alors prendre place dans le contexte des droits de propriété intellectuelle[1235]. Dès lors, une protection défensive[1236] doit être alliée à une protection positive[1237]. Les bases de données empêchent ainsi

[1231] En 2005, il a été convenu d'intégrer certains documents relatifs aux savoirs traditionnels dans la documentation minimale du PCT. En 2015, lors la Réunion des administrations internationales du PCT, l'Inde a demandé à ajouter la Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels de l'Inde à la documentation minimale du PCT (document PCT/MIA/22/8).

[1232] OMPI, « Propriété intellectuelle et savoirs médicaux traditionnels », *Dossier d'information,* No. 6, 2016. D'autres exemples de bases de données créées pour les savoirs dits « traditionnels » peuvent être présentés. Par exemple, le CIKARD (*Centre for the Promotion of Indigenous Knowledge in Agriculture and Rural Development*) a été créé en 1989 aux Etats-Unis pour collecter, analyser et disséminer les informations sur les savoirs traditionnels en agriculture, santé, traditions culinaires, environnement. Au Mexique, PROCOMITH (*Programa de Colaboración sobre Medicina Indigena Traditional y Herbaria*) conduit des recherches sur les savoirs des communautés maya et prévoit une base de données accessible à tous et traduite dans la langue locale.

[1233] L'OMPI souligne que des éléments clés doivent au minimum apparaître lorsque le savoir est inclus dans la base de données : la date, la localisation du savoir, les informations relatives à l'environnement, les communautés autochtones et locales impliquées, les conditions ou limitations relatives à l'utilisation du savoir, l'histoire de l'utilisation, les résultats espérés, ou encore les conditions de conservation des ressources. Voir WIPO, « Documenting Traditional Knowledge – A Toolkit », *WIPO's Traditional Knowledge Divisi*on, 2017, p. 32.

[1234] Posey, D., Dutfield, G. *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996.

[1235] WIPO, *ibid.*, p. 10-13. L'OMPI souligne que les objectifs de protection, de préservation et de sauvegarde peuvent rentrer en conflit. Par exemple, dans un but de préservation, la fixation des savoirs « traditionnels » par le biais de la numérisation risque de les rendre plus accessibles et plus vulnérables à des utilisations portant préjudice aux détenteurs initiaux voire à des appropriations indues. Voir OMPI, « Propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », Genève, 2020, spé. p. 21.

[1236] La protection défensive vise à se servir des bases de données pour empêcher l'appropriation indue des savoirs par des droits de propriété intellectuelle.

[1237] La protection positive des savoirs par la mise en œuvre d'un régime *sui generis* sera étudiée dans la seconde partie de la présente thèse.

l'appropriation indue des savoirs « traditionnels » et des connaissances théoriques mais elles assurent également l'existence et le respect des droits des détenteurs.

430. Transition. Les communautés autochtones et locales devraient, par ailleurs, pleinement participer à la création des bases de données lorsque ce sont leurs propres savoirs qui sont l'objet de la protection.

b) L'importance de la participation des communautés autochtones et locales

431. La nécessité de reconnaître les communautés autochtones et locales en tant que détentrices des savoirs « traditionnels ». Lorsque la base de données est créée, il est rare que ce soit seulement une communauté autochtone et locale qui ait pris l'initiative et les mesures nécessaires. Les Etats sont souvent responsables de la mise en œuvre de ces bases. Or, selon le droit *sui generis* des bases de données établit par la directive 96/9/CE[1238], c'est la personne ayant fait l'acte de fixation qui sera considérée comme le producteur de la base[1239]. Les Etats membres maîtrisent alors les conditions d'exploitation des savoirs. Par exemple, au Pérou, les registres sont sous la responsabilité de l'INDECOPI (Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle). Au Portugal, les articles 7.1 et 7.2 du décret-loi[1240] prévoient que les accès[1241] doivent être soumis à l'autorisation préalable du CoTeRGAPA et de l'autorité compétente du ministère de l'environnement et de la gestion des terres. Les Etats devraient toutefois respecter certaines conditions telles que prendre en considération le droit coutumier, identifier les parties intéressées avec leur volonté et capacité à fournir l'information, ou encore consulter des parties prenantes autochtones avant d'intégrer des savoirs « traditionnels » dans la base de données[1242]. Le groupe de travail de la CDB distingue d'ailleurs différents types de bases de données selon les types d'acteurs ayant créé la base[1243]. L'établissement d'une base de données devraient ainsi stimuler les interactions entre

[1238] La Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996 concerne la protection juridique des bases de données et vise à instaurer une protection de droit d'auteur harmonisée en créant un nouveau droit exclusif *sui generis* au profit des producteurs de bases de données.

[1239] WIPO « Documenting Traditional Knowledge – A Toolkit », *WIPO's Traditional Knowledge Divisi*on, 2017, p. 12.

[1240] Décret-loi n° 118/2002 du 20 avril 2002.

[1241] L'accès dans des visées d'études, de recherches, d'amélioration ou d'applications biotechnologiques ou encore l'accès pour des visées industrielles ou biotechnologiques.

[1242] OMPI, « Recommandation commune concernant l'utilisation de bases de données pour la protection défensive des ressources et des savoirs traditionnels qui y sont associés », 38ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/38/11, 10-14 décembre 2018, p. 2.

[1243] Le groupe de travail distingue trois types de bases de données. Les premières sont les « TKRs » (*Traditional Knowledge Registers*). Ce sont des bases de données dérivées d'une législation spécifique et donc créées par l'Etat. Ensuite, les « CTKBs »

les communautés autochtones et locales et les centres de recherches, les universités, les ONG, ou encore les institutions publiques.

432. La nécessaire participation des communautés autochtones et locales à toutes les étapes relatives à la base de données. Les communautés autochtones et locales sont les personnes les mieux placées pour déterminer les modalités de protection de leurs savoirs. Elles doivent donc participer à l'établissement et à la maintenance de la base[1244]. Pour plus de facilité, elles devraient être représentées par une organisation représentative. Par exemple, au Pérou, l'article 19 de la loi[1245] dispose que toute personne, à travers son organisation représentative, peut faire une demande à l'INDECOPI pour enregistrer le savoir collectif dans l'un des deux registres et l'article 20 présente les informations devant être mentionnées dans la demande[1246]. De même, au Portugal, l'article 3.5 du décret-loi[1247] prévoit que certaines entités ont le droit d'enregistrer le savoir traditionnel. Ces entités sont des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, individuelles ou d'entreprise qui remplissent des conditions spécifiques[1248]. En Inde, des enregistrements sont prévus sur différentes échelles. L'article 36.5 de la loi de 2002[1249] prévoit que l'enregistrement des savoirs se fait localement et nationalement. Si besoin, l'OMPI prévoit son assistance technique sous forme d'un programme commun permettant d'effectuer des recherches[1250]. Comme la protection de leurs propres

(*Community Traditional Knowledge Databases*) sont des compilations de savoirs dans des collections numériques gérées et compilées par les communautés autochtones et locales elles-mêmes ou une organisation les représentant choisie par elles. La fonction principale de cette base est de servir les intérêts de la communauté pour l'utilisation interne des savoirs.. Elle peut être ouverte à tous ou bien à multiniveaux pour davantage de sécurité (différents niveaux d'accès). Enfin, les « ETKBs » (*External Traditional Knowledge Databases*) sont des bases de données créées par des personnes privées (citoyens, universitaires, musées, entreprises, ONG, organisations intergouvernementales). Le problème inhérent est que la compilation des savoirs se fait souvent sans le consentement des communautés autochtones et locales et sans des conditions convenues d'un commun accord. Voir Convention on Biological Diversity, « Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge Innovations and Practices of Indigenous and Local Communities - The advantages and limitations of registers », *Ad hoc open-ended inter-sessional working group on article 8 j) and related provisions of the Convention on Biological Diversity*, 4th meeting, Granada (Spain), UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9, 23-27 January 2006, p. 4-5.

[1244] D'ailleurs, l'OMPI souligne que ces communautés doivent participer à toutes les phases de la création et de l'établissement de la base de données [Notre traduction] : « Indigenous peoples and local communities are entitled to say No ! They should freely decide whether or not to participate in or support such a project. » Voir WIPO, « Documenting Traditional Knowledge – A Toolkit », *WIPO's Traditional Knowledge Divisi*on, 2017, p. 15.

[1245] Loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques.

[1246] L'art. 20 précise que, pour enregistrer les savoirs, il doit être mentionné : l'identité des communautés autochtones demandant l'enregistrement, l'identité du représentant, la détermination des ressources biologiques pour lesquelles le savoir est associé, la mention des utilisations faites de la ressource concernée, la description du savoir collectif enregistré, l'instrument représentant l'accord des communautés autochtones à l'enregistrement du savoir.

[1247] Décret-loi n° 118/2002 du 20 avril 2002.

[1248] Les entités doivent représenter les intérêts de la zone géographique dans lequel le savoir est le plus présent (la chambre municipale compétente confirme la capacité de l'entité à protéger ces intérêts) et doivent respecter les dispositions de l'art. 10.3 prévoyant la responsabilité de la maintenance *in situ* et le maintien des savoirs selon leur description officielle.

[1249] Loi sur la diversité biologique de 2002 (*Biological Diversity Act*) entrée en vigueur le 5 février 2003 pour se conformer aux obligations de la CDB.

[1250] OMPI, « Recommandation commune concernant l'utilisation de bases de données pour la protection défensive des

savoirs est en jeu, il est indispensable que ces communautés donnent, par ailleurs, leur consentement[1251]. Par exemple, les savoirs secrets ou sacrés ne sont inclus dans les bases de données qu'avec le consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés autochtones et locales. Selon l'OMPI, ce consentement peut être donné par les communautés autochtones et locales à travers leur(s) représentant(s) légitime(s), de manière libre, au préalable c'est-à-dire avant l'acte de documentation, et informé des objectifs, procédures spécifiques, risques potentiels et tout autre problème pertinent[1252]. Le droit coutumier doit être pris en compte dans la protection des savoirs car il vient souvent déterminer si et comment les savoirs sont obtenus et partagés ou encore dans quelle forme les présenter et par qui. Par exemple, le Pérou a pris en compte le droit coutumier puisque l'article 24 de la loi de 2002[1253] laisse libres les communautés autochtones gérer des registres locaux de savoirs collectifs en accord avec leurs pratiques et coutumes. L'INDECOPI peut apporter une assistance technique à la demande des communautés. Ainsi, la protection des savoirs par les bases de données pourrait être un moyen efficace pour protéger directement les savoirs grâce à une protection défensive et positive. Des conditions, synthétisées dans le tableau ci-dessous, doivent cependant être respectées aussi bien antérieurement que postérieurement à la création de la base pour que celle-ci soit acceptée et considérée comme légitime par les communautés autochtones et locales :

Protection des savoirs	Conditions
Protection directe par les bases de données	Législations par les droits de propriété intellectuelle et/ou droit *sui generis* (protection positive)
	Adaptation aux circonstances particulières (quelle protection est recherchée ?)
	Respect et reconnaissance du droit coutumier
	Consentement préalable donné en connaissance de cause
	Conditions convenues d'un commun accord (utilisation, accès, partage des avantages)
	Approche participative privilégiée
	Détermination de la nature des savoirs à protéger

ressources et des savoirs traditionnels qui y sont associés », 38ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/38/11, 10-14 décembre 2018, p. 2.

[1251] Le consentement préalable donné en connaissance de cause est prévu par la CDB (art. 15, al. 5) et le Protocole de Nagoya (art. 6, al. 2 et art. 7). Le consentement peut être oral, par un acte traditionnel (coutumes, rituels), par un accord écrit ou encore par un protocole d'accord. La forme écrite est recommandée pour plus de sécurité juridique.

[1252] WIPO, *ibid*., p. 15-17.

[1253] Loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques.

433. Transition. Les bases de données apparaissent donc comme un outil intéressant pour protéger, préserver et partager les savoirs. Il convient également de se demander si le domaine public pourrait être un régime de protection pertinent.

B) Le recours à la notion de domaine public : une protection directe efficace des savoirs ?

434. Plan. Le domaine public, dans sa conception traditionnelle classique, n'apparaît pas comme un espace suffisamment solide pour garantir un partage des savoirs (1). C'est pourquoi il semble nécessaire de modifier la conception traditionnelle du domaine public. Cette modification devrait passer par la création d'un nouveau régime privilégiant une protection positive par la délivrance de droits et par la création d'obligations (2).

1) Le domaine public classique, espace insuffisamment solide pour assurer un partage des savoirs sécurisé

435. Le domaine public, un espace évident de partage des savoirs. Le domaine public, dans sa conception traditionnelle, a toujours eu pour principe de promouvoir un partage total de ses éléments. Il est considéré comme la matière première à partir de laquelle de nouveaux savoirs sont créés et seront créés. Comme la création de savoirs est un processus essentiellement cumulatif, les savoirs nouveaux s'appuient nécessairement sur les savoirs déjà existants. Le domaine public est donc important pour l'innovation de « second niveau »[1254] car il met à la disposition de tous les savoirs déjà existants. Sans domaine public, il y aurait moins d'innovations et moins de créations. Il sert aussi à garantir l'accès à tous à l'information et à l'héritage culturel, à promouvoir l'éducation, la santé publique, la sécurité, la démocratie et assurer le développement des Etats[1255].

436. La pertinence du domaine public contre l'enclosure et l'exclosure. Le domaine public serait pertinent pour lutter contre la progressive enclosure des savoirs des pays

[1254] Li, X., « Propriété intellectuelle, normes, domaine public et responsabilités des pouvoirs publics », *in* Vecam (dir.). *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 250.

[1255] Dusollier, S., « Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain », *Committee on Development and Intellectual Property, World Intellectual Property Organization,* 2010, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, p. 15.

développés[1256]. En partageant totalement les savoirs, il empêcherait leur privatisation en garantissant leur libre accès et leur libre utilisation. Concernant les connaissances théoriques en général et les savoirs des communautés autochtones et locales en particulier, ils sont plutôt victimes d'une exclosure dans le sens où ils sont souvent non-protégés juridiquement et à la disposition de tous. Le domaine public ne semble donc pas opportun pour ces formes de savoirs et devrait même être évité pour se protéger des appropriations indues, notamment de la « biopiraterie ». Toutefois, le domaine public pourrait leur servir afin de s'opposer à une demande de brevet (absence de respect de la condition de nouveauté ou d'activité inventive). Les pays en développement jouiraient ainsi d'un meilleur accès aux savoirs existants des pays développés ainsi que d'une meilleure visibilité de leurs propres savoirs pour une légitime reconnaissance et notoriété dans le monde. Comme le souligne J. Boyle[1257], le domaine public apporterait une protection directe contre la délivrance de droits de propriété intellectuelle sur des éléments du domaine public et une protection indirecte en protégeant contre les mesures qui restreignent le libre accès aux matériels normalement libres.

437. Les limites du domaine public. Le domaine public est généralement considéré comme un espace dénué de droits[1258], de toute réservation et surtout de toute régulation. Il s'opposerait alors aux droits de propriété intellectuelle, mais aussi aux « communs ». En effet, même si le régime des « communs » et le domaine public ont le même objectif d'un partage total des savoirs, les premiers s'en distinguent en promouvant le libre accès et la libre utilisation au sein d'une communauté avec des règles et des droits spécifiques clairement définis. Au contraire, le domaine public est considéré comme un régime en manque d'une protection légale et cette approche renforce l'idée d'appropriabilité de ses éléments. Il est conçu comme le « champ d'exclusivités futures »[1259] car il n'est pas immunisé et suffisamment robuste pour empêcher la réappropriation et la privatisation de ses éléments. Par exemple, en matière de droit

[1256] Boyle, J., « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, 2003, pp. 33-74.

[1257] Boyle, J., *ibid*., p. 59.

[1258] Néanmoins, en matière de droits de la propriété littéraire et artistique, l'auteur ou l'artiste interprète peuvent exciper de leur droit moral pour s'opposer à certaines modalités d'exploitation choisies par ceux qui les exploitent même lorsque l'œuvre ou l'interprétation sont dans le domaine public. Cependant, dans un tel contexte, le droit moral semblerait amoindrit, notamment pour s'opposer à l'adaptation d'une œuvre. Par exemple, dans l'affaire des *Misérables* de V. Hugo (Cass. civ. 1ère, 30 janvier 2007, No. 04-15.543), l'auteur ayant rédigé la suite de l'œuvre a pu bénéficier d'une protection légale au nom de la liberté de création. Aussi, dans certains pays, le droit moral n'est pas reconnu ou bien ne jouit que d'une durée limitée (notamment l'Australie, le Canada, le Danemark ou encore le Royaume-Uni).

[1259] Dusollier, S., « Le domaine public, garant de l'intérêt général en propriété intellectuelle ? », *in* (dir.) Dusollier, S., Buydens, M., *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle,* Bruylant, 2008, pp. 117-147, spé. p. 125.

des brevets[1260], la privatisation des éléments du domaine public se renforce par l'abaissement des critères de technicité pour déterminer l'invention et par l'ouverture de la notion d'invention à ce qui ressemble étroitement à de la pure découverte ou à de simples concepts et idées[1261]. Il est aussi possible de se réserver une œuvre de deux manières. D'abord, le droit *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données[1262] apparaît comme le principal outil pour privatiser des éléments du domaine public[1263]. S. Dusollier explique que la base de données peut se révéler être un véritable obstacle à la libre utilisation du domaine public lorsqu'elle est la seule source de certaines informations ou données non protégées[1264]. Un élément du domaine public peut alors devenir un élément constitutif de la base de données et être protégé en tant que tel contre l'extraction et la réutilisation, si son rassemblement, sa vérification ou sa présentation a exigé un investissement financier, matériel ou humain important. Le droit *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données est, par ailleurs, renforcé par la protection accordée aux mesures techniques de protection contre les actes de contournement et de neutralisation[1265]. S. Dusollier souligne que l'utilisation généralisée de dispositifs techniques de protection peut aboutir à la création de fait de nouveaux monopoles en matière d'information et que cela poserait des problèmes particuliers pour des œuvres relevant du domaine public[1266]. Le danger est que l'œuvre soit seulement disponible sous une forme techniquement protégée empêchant sa reproduction ou sa communication. Une réservation de l'œuvre dans une forme dérivée est également envisageable en se prévalant de nouveaux droits de propriété intellectuelle. En premier lieu, le droit d'auteur peut à nouveau être invoqué lorsqu'est créée une nouvelle œuvre originale accompagnant une œuvre tombée dans le domaine public. Une

[1260] Pour plus de développements relatifs à la privatisation des savoirs par le droit des brevets, voir le chapitre précédent (paragraphe II).

[1261] Par exemple, les méthodes commerciales sont brevetables (Chambre de recours de l'Office européen des brevets, 21 avril 2004, *Auction Method/Hitachi*, No. T-258/03).

[1262] Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données. Les dispositions de la directive ont été transposées aux art. L. 342-1 et s. du CPI.

[1263] Pour davantage de développements relatifs à la monopolisation du contenu par le droit *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données, voir le chapitre précédent (paragraphe II).

[1264] S. Dusollier explique que ce qui est très préoccupant est la possibilité que chaque donnée prenne de la valeur seulement lorsqu'elle est utilisée dans un ensemble et en corrélation les unes avec les autres. Il faudrait alors procéder à l'extraction d'une série de données, ce qui pourrait porter atteinte au droit *sui generis* des bases de données. S. Dusollier donne l'exemple d'une base de données contenant les textes législatifs d'un pays car l'extraction d'un corps entier de lois dans un domaine spécifique est pertinente concernant l'accès du public aux textes officiels mais risque de porter atteinte au droit *sui generis*. Voir Dusollier S., « Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public », *OMPI*, *Comité du développement et de la propriété intellectuelle,* septième session, Genève, 2-6 mai 2011, CDIP/7/INF/2, spé. p. 51-52.

[1265] Voir notamment l'art. 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adopté le 20 décembre 1996 ; l'art. 18 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes adopté le 20 décembre 1996 ; l'art. 6 de la Directive n° 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 ; les art. L. 335-3-1 et s. du CPI issus de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information du 1er août 2006. Sur ce point, voir les développements du chapitre précédent (paragraphe II).

[1266] Dusollier, S., *ibid*., p. 48.

mesure technique de protection peut d'ailleurs être mise en œuvre à l'égard de l'œuvre de ce domaine public par le seul fait qu'elle soit accompagnée d'une création récente protégée par le droit d'auteur. S. Dusollier donne l'exemple d'une petite introduction ajoutée au livre électronique d'une pièce de Shakespeare ou d'un livre électronique proposé dans une nouvelle traduction espagnole[1267]. La simple présence d'un élément protégé par le droit d'auteur dans le support physique faisant l'objet de la mesure de protection technique suffirait à rendre illicite toute neutralisation de la mesure. En second lieu, le régime des marques peut être utilisé, même après l'expiration du droit d'auteur sur une œuvre. Le propriétaire de la marque pourrait alors interdire la libre utilisation d'un nom, d'une image ou d'une forme. S. Dusollier souligne que le danger est plus particulièrement l'enregistrement de la marque dans une classe de produits en étroite relation avec le travail lui-même et sa valeur créative car toute reproduction dans divers domaines serait interdite même lorsque le droit d'auteur a expiré[1268]. Dans le même sens, la directive du 17 avril 2019 dénonce l'appropriation des éléments du domaine public en matière d'arts visuels[1269].

438. Une appropriation des éléments du domaine public au profit des pays développés. Cette privatisation des éléments du domaine public s'exerce à une échelle internationale révélant l'existence d'une inégalité entre les pays développés et les pays en développement. En raison de la conception actuelle du domaine public, les pays développés, qui sont déjà privilégiés par leurs connaissances antérieures, leur richesse et leur pouvoir, sont encore plus confortés dans la revendication de droits de propriété sur les biens du domaine public. Une telle réappropriation serait, de plus, soutenue par le régime des droits de propriété intellectuelle[1270]. X. Li souligne en effet que les droits de propriété intellectuelle ont été créés sous la règle « deux poids, deux mesures » par les pays développés. Ces derniers visent en effet à réduire le domaine public des pays en développement tout en gardant un équilibre dans leur propre Etat au niveau national[1271].

[1267] Dusollier S., « Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public », *OMPI*, *Comité du développement et de la propriété intellectuelle,* septième session, Genève, 2-6 mai 2011, CDIP/7/INF/2, spé. p. 50.

[1268] S. Dusollier donne l'exemple de l'enregistrement du nom « Mickey » en tant que marque communautaire pour des produits et des services de la classe 41 et particulièrement ceux concernant "éducation ; formation ; divertissement ; activités sportives et culturelles" Voir Dusollier S., *ibid*., p. 54.

[1269] Considérant 53 et art. 14 de la directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

[1270] L'Accord sur les ADPIC entraînerait un « transfert constant de la propriété des productions intellectuelles des pays en développement vers le monde développé » et le régime international des droits de propriété intellectuelle serait une « mécanique d'exploitation intensive des savoirs et savoir-faire de toutes les régions du monde ». Voir Chander, A., Sunder, M., « La vision romantique du domaine public », *in* Vecam (dir.). *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 235.

[1271] Au niveau national, une stratégie équilibrée est mise en place pour empêcher les abus des droits de propriété intellectuelle

439. Une définition négative du domaine public peu satisfaisante. La conception actuelle du domaine public devrait alors être révisée car il s'avère être un concept « glissant »[1272] et peu adapté aux attentes des détenteurs dans leur ensemble. Selon S. Dusollier, la définition actuelle du domaine public n'est pas satisfaisante et son régime est inexistant[1273]. Il est pratiquement ignoré par le législateur car il n'est pas expressément inscrit au sein du droit d'auteur et le terme apparaît rarement dans la loi[1274]. La restructuration du domaine public devrait notamment passer par l'adoption d'une nouvelle définition du terme « domaine public », des titulaires de droits et de la nature des droits sur le domaine public. En effet, le domaine public est défini négativement et de façon « monolithique »[1275] comme un espace dans lequel est inclue une masse d'éléments non-protégés par les droits de propriété intellectuelle (délai de protection dépassé, absence d'originalité, absence des conditions de brevetabilité). Le domaine public est donc un domaine dans lequel se trouvent les œuvres et autres éléments non voulus par leur détenteur, présentant peu de valeur ou ne délivrant plus de droits à ses détenteurs. Or, le domaine public ne se réduit pas à cette définition négative car il regroupe d'autres ressources disponibles pour toute production intellectuelle. Sa définition devrait souligner son rôle essentiel pour la science, la culture, l'innovation, et le transfert des savoirs :

> « Le domaine public n'est pas un résidu qui se déposerait lorsque tout ce qui a de la valeur aurait été saisi par les lois sur la propriété intellectuelle. Le domaine public est la

(le droit intervient contre les pratiques anticoncurrentielles par exemple). Mais au niveau international, une pression vient des pays développés pour établir des « Accords ADPIC-Plus » et pour renforcer les moyens de contrôle par les détenteurs de droits. Voir Li, X., « Propriété intellectuelle, normes, domaine public et responsabilités des pouvoirs publics », *in* Vecam, *op. cit*., p. 250. L'approche des « ADPIC-Plus » se caractérise par la conclusion d'accords régionaux et bilatéraux, particulièrement en termes de libre-échange (exonération de taxes douanières par exemple), incluant des dispositions en matière de droits de propriété intellectuelle allant au-delà des obligations résultant de l'Accord sur les ADPIC (extension de la durée de protection des droits et du champ des objets protégés, réduction des exceptions légales, obligation de ratifier la Convention de l'UPOV limitant les droits des agriculteurs). Pour des exemples de tels accords, voir notamment Arhel, P., « Propriété intellectuelle. Approche ADPIC-Plus : l'exemple de l'Accord de libre-échange entre les Etats-Unis et le Maroc », *Propriété industrielle,* LexisNexis, No. 1, 2008.

[1272] J. Boyle expose que : « The public domain turns out to be a concept that is considerably more slippery than many of us realize. », c'est-à-dire que le domaine public est, plus que nous pourrions l'imaginer un concept considérablement incertain et instable [Notre traduction]. Voir Boyle, J., « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, 2003, pp. 33-74, spé. p. 52 ; Dans le même sens, X. Li parle d'une « érosion substantielle » du domaine public. Voir Li, X., *ibid.*

[1273] « Si le domaine public laisse place à une privatisation croissante, c'est aussi parce qu'il contient en germes les éléments de sa propre érosion. » Voir Dusollier, S., « Le domaine public, garant de l'intérêt général en propriété intellectuelle ? », *in* (dir.) Dusollier, S., Buydens, M., *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle,* Bruylant, 2008, pp. 117-147, spé. p. 120.

[1274] Le terme n'apparaît que sporadiquement à l'art. 18 de la Convention de Berne et aux art. L.721-8 II, L. 123-8 et L. 123-9 du CPI. Voir Dusollier, S., Benabou, V.L., « Draw me a public domain », *in Copyright Law : A Handbook of Contemporary Research,* Edgar Elgar, Torremans P. (ed.), 2007, pp. 161-184, spé. p. 164 ; Dans le même sens, J. Boyle expose qu'il existe de nombreuses critiques des droits de propriété intellectuelle mais aucune discussion sur le monde à l'extérieur des droits de propriété intellectuelle. Boyle, J., *ibid*., p. 57.

[1275] Dusollier, S., « The public domain in intellectual property : Beyond the metaphor of a domain », *in Intellectual Property and Public Domain,* PL Jayanthi Reddy (ed.), Icfai University Press, 2009, pp. 31-69, spé. p. 34.

> carrière dont nous extrayons les pierres avec lesquelles nous bâtissons notre culture. En fait, il constitue la majorité de notre culture[1276]. »

440. Transition. Une modification de la conception traditionnelle du domaine public s'avère donc nécessaire pour apparaître à la fois plus attractive, empêcher l'appropriation de ses éléments et garantir le libre accès et la libre utilisation de ces derniers.

2) La nécessaire modification de la conception traditionnelle du domaine public

441. L'opportunité d'appliquer le régime des « communs » au domaine public. Le domaine public ne doit plus être conçu comme un espace dénué de droits et de régulation comprenant uniquement des éléments non-protégés par des droits de propriété intellectuelle. Au contraire, le domaine public serait bien plus attractif s'il se concevait comme un « commun » et reliait une communauté d'utilisateurs partageant différents droits et obligations. F. Latrive explique que les caractéristiques du domaine public sont le libre accès et la libre utilisation et non l'absence de règles, le déni de toute rémunération et l'absence de reconnaissance[1277]. Selon A. Chander et M. Sunder, le domaine public devrait être défini par un « faisceau de droits » dirigé en faveur du droit d'accès et d'utilisation[1278]. Ainsi, il ne s'agit plus d'opposer droits de propriété et liberté mais plutôt de distinguer l'existence d'un monopole et d'un pouvoir de contrôle au profit d'un seul individu par rapport à l'existence de « communs » garantissant une création et une gestion redistribuées promouvant le libre accès et la libre utilisation à une communauté d'utilisateurs. Définir le domaine public comme un « commun » ne revient toutefois pas à le concevoir comme une « chose commune » au sens de l'article 714 du Code civil. S. Dusollier[1279] explique que le domaine public a parfois été qualifié de « chose commune » dont l'usage est commun à tous et dont les éléments n'appartiennent à personne. L'idée que les éléments du domaine public ouvrent le bénéfice d'un droit collectif d'accès et d'utilisation peut être accueillie. Concevoir cependant que les éléments n'appartiennent à

[1276] Boyle, J., *The Public Domain : Enclosing the Commons of the Mind,* Yale University Press, 2008, p. 40.

[1277] Seul l'*abusus* s'efface mais l'*usus* et le *fructus* sont toujours valables. En effet, le détenteur des droits peut toujours jouir de sa création et bénéficier de ses fruits (rétribution aussi bien pécuniaire que symbolique ou sociale). Voir Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte*, U.C.H Pour la Liberté, 2004, p. 45-46.

[1278] « Just as property consists in a varying bundle of rights revolving around a central right to exclude, the public domain consists in a varying bundle of rights revolving around the right to access and use », c'est-à-dire que le domaine public consiste en un faisceau de droits construit autour du droit d'accès et d'utilisation, tandis que le régime du droit de propriété consiste en un faisceau de droits construit autour du droit d'exclure [Notre traduction]. Voir Chander, A., Sunder, M., « La vision romantique du domaine public », *in* Vecam (dir.). *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 235.

[1279] Dusollier, S., « Le domaine public, garant de l'intérêt général en propriété intellectuelle ? », *in* (dir.) Dusollier, S., Buydens, M., *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle,* Bruylant, 2008, pp. 117-147, spé. p. 140.

personne demeure confus. Certes, il pourrait signifier qu'aucun monopole ne peut être constitué mais le terme n'est pas suffisamment clair en ce qui concerne les droits et obligations des individus. La « chose commune » est en effet à la libre disposition de tous sans assurer que chaque individu exerce bien son droit d'accès et d'utilisation. La qualification de « communs » apparaît donc plus à même d'établir une véritable réglementation du domaine public car l'accès et l'utilisation des éléments du domaine public sont garantis par des droits redistribués aux utilisateurs[1280].

442. La préférence pour une définition positive du domaine public. La définition traditionnelle du domaine public est également à modifier. Cette modification passe d'abord par un changement dans la conception du domaine public. Celui-ci devrait être considéré comme le principe et la protection par les droits de propriété intellectuelle comme l'exception. Les éléments constitutifs du domaine public devraient ensuite se diviser en deux catégories[1281]. En premier lieu, le « domaine public structurel » comprend les ressources non protégées par des droits de propriété intellectuelle quel qu'en soit les circonstances de leur utilisation (libre utilisation en raison de leur nature). Il inclut le « domaine public ontologique » (éléments non susceptibles d'être protégés par les droits de propriété intellectuelle par nature ou pour non-respect des conditions), le « domaine public réglementaire » (objets exclus de la protection par la loi), le « domaine public temporel » (objets dont les droits patrimoniaux des détenteurs ont expiré) et le « domaine public consenti » (objets pour lesquels l'auteur ou l'inventeur renonce à ses droits). En second lieu, le « domaine public fonctionnel » garantit une libre utilisation dans certaines circonstances seulement. Il inclut le « domaine public cognitif » (par exemple, les brevets avec l'obligation de divulgation, le droit d'auteur et les droits voisins pour les actes de lecture ou d'écoute), les exceptions au droit d'auteur, aux droits voisins et au brevet et le *copyleft*[1282]. Par conséquent, le domaine public devrait être dédoublé entre un domaine dont les éléments ne sont pas protégés par des droits de propriété intellectuelle et dont l'accès et l'utilisation sont toujours libres, et un autre domaine dans lequel les éléments peuvent être protégés par des droits de propriété intellectuelle mais dont l'accès et l'utilisation sont rendus libres par la volonté de la loi ou par la volonté de leur propre détenteur. Le projet de loi pour

[1280] Dusollier, S., « Domaine public (propriété intellectuelle) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 379.

[1281] Dusollier, S., *ibid*., p. 136-137 ; Dusollier, S., « The public domain in intellectual property : Beyond the metaphor of a domain », *in Intellectual Property and Public Domain,* PL Jayanthi Reddy (ed.), Icfai University Press, 2009, pp. 31-69.

[1282] Le *copyleft* signifie que le détenteur des droits décide de verser l'objet de la protection des droits de propriété intellectuelle dans les « communs ». Il sera étudié dans le chapitre suivant.

une République numérique de 2016[1283], finalement abandonné, avait d'ailleurs admis une définition positive du domaine public en reconnaissant un « domaine commun informationnel »[1284]. V.L. Benabou[1285] souligne la bonne recevabilité de ce « domaine commun informationnel » par le Rapport Martin[1286], lequel insiste sur le fait qu'il faudrait favoriser la méthode « qui, plutôt que d'interdire les réappropriations, viserait à garantir l'accès aux œuvres sources et leur utilisation par tous ceux qui souhaitent en jouir[1287] » S. Dusollier explique que ce « domaine commun informationnel » visait à interdire que les éléments fassent l'objet d'exclusivité ou d'une restriction de l'usage commun à tous[1288]. L'insertion des éléments susceptibles de faire partie du « domaine commun informationnel » était cependant limitée puisqu'ils devaient faire l'objet d'une divulgation[1289] licite[1290] et ne pas être protégés par un droit spécifique (droit de propriété, obligations contractuelles et extra-contractuelles)[1291]. Par exemple, de simples stipulations dans un contrat suffisaient pour faire échapper des choses communes du « domaine commun informationnel ».

443. La nécessité d'identifier les éléments du domaine public. Les éléments du domaine public devraient, par ailleurs, être clairement identifiés, notamment par l'intermédiaire des bases de données. Il paraît difficile de savoir quels éléments sont dans le domaine public et certains éléments, bien que disponibles dans le domaine public, demeurent totalement inconnus. Leur accès et leur utilisation ne peuvent alors pas être garantis. L'objectif est de maintenir la

[1283] Avant-projet de loi, soumis à consultation publique en octobre 2015. Puis, la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a été promulguée et publiée au JORF n° 0235 du 8 octobre 2016.

[1284] L'art. 8, paragraphe 3 expose le contenu du « domaine commun informationnel » : « Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil. Elles ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous, autre que l'exercice du droit moral. »

[1285] Benabou, V.L., « La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT,* 2016, p. 531.

[1286] Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique dont le président est J. Martin, Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, Ministère de la culture et de la communication, 30 octobre 2015.

[1287] Rapport Martin, *ibid*., p. 10.

[1288] Dusollier, S., « domaine public (propriété intellectuelle) » *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 380. Relevaient de ce domaine les œuvres, dessins et modèles, inventions, bases de données, dont la durée de protection légale a expiré, les informations issues des documents administratifs diffusés publiquement et les informations, faits, idées, principes, méthodes et découvertes.

[1289] Comme le souligne T. Jefferson : dès le moment où l'action de la pensée (l'idée) est divulguée, elle devient à la possession de tous et le destinataire ne peut plus s'en déposséder [Notre traduction] : « but the moment it [the action of the thinking power called an idea] is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. » Voir Jefferson, T., *Lettre du 13 août 1813 à Isaac McPherson.*

[1290] La licéité de la divulgation dépend notamment du respect du secret industriel et commercial et du droit à la protection de la vie privée ainsi que de l'absence de protection par un droit spécifique, tel qu'un droit de propriété ou une obligation contractuelle ou extracontractuelle.

[1291] Art. 8, paragraphe 1 de de l'avant-projet de loi de 2015.

mémoire du domaine public et d'avoir la certitude du caractère public de ses éléments[1292]. Ainsi, les institutions patrimoniales pourraient avoir un rôle spécifique à jouer dans l'identification et la préservation des éléments du domaine public. La directive du 17 avril 2019 souligne d'ailleurs le rôle de ces institutions (bibliothèques accessibles au public, musées, archives) qui œuvrent à la conservation des collections pour les générations futures, y compris par le biais des technologies numériques[1293].

444. Une nécessaire protection des éléments du domaine public contre leur réappropriation. Une protection devrait, en outre, être mise en place pour empêcher la réappropriation des éléments du domaine public. S. Dusollier explique que toute exclusivité devrait être rejetée concernant le « domaine public structurel » et toute possibilité d'exclure les tiers des utilisations devrait être empêchée pour le « domaine public fonctionnel »[1294]. Ainsi, ce qui est dans le domaine public doit rester dans le domaine public. Le législateur devrait expressément prévoir que toute tentative infondée ou trompeuse de s'approprier les éléments du domaine public devrait être punie légalement. C'est pourquoi, aucun droit de propriété intellectuelle ne doit être utilisé pour reconstituer une exclusivité sur les éléments du domaine public. Par exemple, S. Dusollier souligne les limites actuelles du « domaine public ontologique » qui protège ses éléments grâce à leur nature et non par le régime du domaine public lui-même. Or, la nature de ces éléments peut changer par une intervention minime de l'homme et finalement faire l'objet d'une appropriation individuelle bien qu'étant initialement dans le domaine public[1295]. Aussi, puisque le droit *sui generis* reconnu au producteur d'une

[1292] Des bases de données ont déjà été créées à ces fins telles que le Projet Gutenberg ou encore la *Public Domain Works Database* lancé en 2006 par l'*Open Knowledge Foundation* au Royaume-Uni.

[1293] Considérant 25 et art. 2.3 de la directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. Aussi, le considérant 27 et l'art. 6 de la directive demandent aux Etats membres de prévoir une exception au bénéfice des institutions du patrimoine culturel relative aux actes de reproduction à des fins de conservation. Les institutions du patrimoine culturel devraient avoir le droit de reproduire des œuvres et autres objets protégés qui se trouvent à titre permanent dans leurs collections à des fins de conservation, notamment pour remédier à l'obsolescence technologique ou à la dégradation des supports originaux.

[1294] Dusollier, S., Benabou, V.L., « Draw me a public domain », *in Copyright Law : A Handbook of Contemporary Research,* Edgar Elgar, Torremans P. (ed.), 2007, pp. 161-184, spé. p. 175.

[1295] Par exemple, les idées, les concepts et les méthodes sont protégés contre l'appropriation par leur seule nature (manque d'expression, de mise en forme, de caractère technique). Une distinction est souvent faite entre droits de propriété intellectuelle/domaine public ou culture/nature. Les droits de propriété intellectuelle protégeraient la culture tandis que la nature appartiendrait au domaine public. Cependant, la nature est appropriable par quiconque dès lors qu'il y a une intervention de l'homme. Par exemple, le critère de l'isolation consiste à extraire l'élément de son milieu naturel ou à le produire par un procédé technique. Une intervention humaine sur les choses de la nature suffit pour les placer dans le domaine de la culture et en permettre l'appropriation grâce aux droits de propriété intellectuelle. M.A. Hermitte donne l'exemple des inventions biotechnologiques portant sur de la matière vivante (micro-organisme, cellules, gênes, famille de molécules, variétés végétales). Voir Dusollier, S., « The public domain in intellectual property : Beyond the metaphor of a domain », *in Intellectual Property and Public Domain,* PL Jayanthi Reddy (ed.), Icfai University Press, 2009, pp. 31-69, spé. p. 12 ; Hermitte, M.A., *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, Sciences en questions, Quae, 2016, 150 p. spé. pp. 11-120.

base de données[1296] et le droit relatif aux mesures techniques de protection[1297] peuvent aller à l'encontre des objectifs du domaine public, il devrait être expressément prévu qu'aucun producteur de bases de données ne puisse s'approprier le contenu de la base ni empêcher l'accès et l'utilisation du contenu, y compris lorsque ce sont des extractions substantielles car les données appartiennent au domaine public[1298]. L'objectif est de rétablir un équilibre effectif entre droit d'auteur/droits voisins et intérêt du public. Mais encore, le « domaine public temporel » devrait être protégé contre l'extension de la durée du droit d'auteur et des droits voisins tendant à baser la détermination de sa durée de protection sur le critère d'utilité économique de l'œuvre. S. Dusollier souligne que la valeur de l'œuvre sur le marché définirait l'étendue de sa protection sans prendre en compte son utilité sociale[1299]. Elle propose notamment d'ajouter des outils au domaine public, tels que des licences libres pour garantir l'accès et l'utilisation[1300]. Des contrôles devraient, de plus, être prévus sur l'exercice des droits de propriété intellectuelle pour vérifier qu'ils n'empêchent pas l'accès et l'utilisation des éléments du domaine public. Ces contrôles pourraient être assurés par les Etats. Et S. Dusollier de souligner que l'article 6, 4) de la Directive de 2001[1301] intime aux Etats membres de prendre des mesures appropriées pour assurer l'exercice des exceptions ou limitations à l'égard des bénéficiaires. Les Etats membres pourraient notamment fournir un recours aux utilisateurs empêchés d'exercer les exceptions à cause des mesures techniques de protection[1302]. S. Dusollier ajoute qu'un recours similaire devrait être créé lorsque les utilisateurs sont empêchés d'utiliser librement les éléments du domaine public[1303]. La mise en œuvre d'un domaine public payant serait, du reste, à explorer[1304].

445. La limite territoriale du domaine public. Le domaine public est, par ailleurs, limité

[1296] Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996 concerne la protection juridique des bases de données.

[1297] Art. 6 de la Directive n° 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.

[1298] S. Dusollier donne l'exemple d'une base de données regroupant des textes de lois, exclus de la protection du droit d'auteur et appartenant au domaine public, qui est susceptible d'être protégée par le droit *sui generis* sur les bases de données. Voir Dusollier, S., « Domaine public (propriété intellectuelle) » *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 376.

[1299] Dusollier, S., « The public domain in intellectual property : Beyond the metaphor of a domain », *in Intellectual Property and Public Domain,* PL Jayanthi Reddy (ed.), Icfai University Press, 2009, pp. 31-69, spé. p. 19.

[1300] Dusollier, S., « Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain », *Committee on Development and Intellectual Property, World Intellectual Property Organization,* 2010, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, p. 51.

[1301] Directive n° 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.

[1302] Dusollier, S., *ibid*., p. 46.

[1303] Dusollier, S., *ibid*., p. 46.

[1304] Le domaine public payant sera étudié dans la seconde partie de la présente thèse (chapitre II).

dans sa portée car il est contraint par le critère de territorialité[1305]. Il reconnaît uniquement l'existence des éléments du domaine public au sein d'un Etat particulier. Le statut des savoirs peut alors varier d'un Etat à l'autre. Or, le domaine public devrait jouir d'une reconnaissance internationale et s'appuyer sur des bases de données à l'échelle internationale[1306]. En effet, quand des savoirs accèdent au domaine public dans leur pays d'origine, ils devraient être considérés comme appartenant au domaine public dans tous les autres pays du monde.

[1305] Dusollier, S., « Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain », *Committee on Development and Intellectual Property, World Intellectual Property Organization,* 2010, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, p. 24.

[1306] Par exemple, la *World Digital Library* ou bibliothèque numérique mondiale, créée en 2007 par l'UNESCO, met à disposition sur Internet gratuitement et en plusieurs langues une documentation internationale. Aussi, le projet d'une *European Digital Library*, ou plus tard intitulé « *Europeana* », a été lancé en 2005. C'est une plateforme numérique européenne créée à l'initiative de la Commission européenne donnant accès à des ressources numériques des institutions culturelles de l'Union européenne. Elle offre un portail en ligne dans le but d'accéder aux collections de 48 bibliothèques nationales en Europe.

CONCLUSION DE LA SECTION I

446. Une nouvelle conception de la protection. Dans le but de concilier protection juridique et partage des savoirs, il devrait être privilégiée une protection directe et inclusive.

447. Protection inclusive et régime des « communs ». En premier lieu, la protection inclusive des savoirs amène à étudier le régime des « communs ». Ce dernier s'avère particulièrement intéressant pour à la fois protéger et partager les savoirs. Le régime des « communs » vise en effet à ouvrir l'usage d'une ressource à une communauté d'utilisateurs en détention de droits différents tout en garantissant sa conservation par des règles d'auto-organisation. Les membres de la communauté sont ceux qui mettent en commun des ressources grâce à leur capacité et à leur volonté d'agir ensemble. Aussi, la propriété n'est pas exclue mais les régimes de propriété (publique, privée, communs) varient selon la nature de la ressource et les situations. La théorie des « communs » s'est ainsi étendue aux savoirs pour les protéger contre les appropriations par des droits de propriété individuelle et exclusive. En effet, les connaissances pratiques sont confrontées à une enclosure tandis que les connaissances théoriques et les savoirs dits « traditionnels » des communautés autochtones et locales sont victimes d'une exclosure. La nature des savoirs les rend particulièrement adaptés au régime des « communs » (non-rivalité, non-exclusion, nature ubiquitaire) et leur partage s'avère nécessaire pour garantir le progrès et l'innovation. L'avantage est que le régime des « communs » garantit un partage sécurisé. Il favorise la création de nouveaux savoirs par une participation coopérative des tiers tout en les préservant pour les générations futures et tout en prévoyant une redistribution équitable. Malgré l'existence de certaines limites (absorption par la qualification de « bien public », présence de « passagers clandestins », producteurs des savoirs opposés aux propriétaires des équipements), les « principes de *design* » établis par E. Ostrom devraient assurer une gouvernance sécurisée et adaptée aux savoirs.

448. L'opportunité d'une protection directe des savoirs par les bases de données. En second lieu, une protection directe des savoirs pourrait être garantie par la mise en place de bases de données car elles poursuivent les objectifs de protection, de préservation et de partage. Les objectifs doivent alors être déterminés avant l'établissement de la base de données car ils supposent des modalités de protection différentes. La protection des savoirs par les bases de données sera l'objectif des détenteurs de connaissances théoriques ou bien des communautés autochtones et locales pour lutter contre les exclosures. Au contraire, pour les détenteurs de

connaissances pratiques issus des pays développés, les bases de données devraient servir à partager les savoirs pour lutter contre les enclosures. Aussi, la nature des savoirs, selon qu'ils sont confidentiels ou plutôt largement diffusés, déterminera les modalités de la base. La création d'une base de données unique à l'échelle internationale regroupant toutes les formes de savoirs semble néanmoins difficilement réalisable au regard de la diversité des objectifs. En revanche, deux bases de données à l'échelle internationale pour les savoirs secrets, d'un côté, et pour les savoirs moyennement ou largement diffusés, d'un autre côté, pourraient être opportunes. En outre, les bases de données sont intéressantes car elles assurent une protection aussi bien défensive que positive. La protection défensive permet de lutter contre les appropriations non-autorisées des savoirs car les offices de brevets vont préalablement avoir accès à la base pour éviter la délivrance de brevets indus. Quant à la protection positive, elle délivre des droits pour notamment contrôler les utilisations et protéger la paternité des savoirs. Enfin, comme ce sont généralement les Etats qui sont responsables de la mise en œuvre des bases de données, ils devraient alors être tenus à certaines obligations pour respecter la volonté des détenteurs originels des savoirs.

449. La protection directe des savoirs par le domaine public conditionnée à la modification de la conception traditionnelle. La protection directe des savoirs pourrait également être assurée par le régime juridique du domaine public. Celui-ci promeut un partage total de ses éléments à tous et offre une protection défensive. Un tel régime pourrait alors être opportun à l'égard des savoirs des pays développés pour lutter contre leur enclosure mais aussi pour les savoirs dits « traditionnels » largement diffusés. La conception traditionnelle du domaine public apparaît cependant insuffisamment solide pour garantir un partage sécurisé des savoirs. En effet, comme le domaine public est conçu comme un espace dénué de tous droits, il n'apporte aucune protection contre les réappropriations et privatisations de ses éléments. La définition négative du domaine public devrait donc être abandonnée et une protection positive pourrait rendre ce régime plus propice à une protection et à un partage des savoirs.

450. Transition. Les éléments d'une protection aussi bien directe qu'inclusive ayant été présentés, il convient maintenant d'éclaircir ce qui peut être défini comme des « communs ».

SECTION II
La protection inclusive et la distinction entre différentes sortes de « communs »

451. Présentation des deux conceptions des « communs » et plan. Même si les « communs » conserveront toujours un objectif identique, le partage des savoirs[1307], ils peuvent se diviser en plusieurs régimes n'ayant pas les mêmes effets, en particulier à l'égard du détenteur. Selon J. Rochfeld[1308], les « communs » sont appréhendés selon deux conceptions différentes[1309] : « par rejet de l'appropriation » et « par appropriation collective ». Les premiers amènent à considérer que les savoirs sont dans le domaine public ou dans le « domaine public consenti ». Concernant les seconds, deux visions coexistent et se complètent[1310]. La première présente un droit de propriété fragmenté par des droits délivrés aux tiers pour accéder à la ressource. La seconde consiste à affecter au bien un intérêt collectif. En conséquence, différents « communs » seront distingués. Les savoirs peuvent d'abord faire partie des « communs » par la seule volonté du détenteur (paragraphe I). Ensuite, le régime des « communs » peut être établi par l'emploi de qualifications juridiques particulières. Ces dernières peuvent être choisies par le détenteur ou imposées à celui-ci (paragraphe II).

[1307] Cette idée de partage au sein de la propriété n'est pas nouvelle. Elle apparaissait déjà à l'époque de Saint Thomas d'Aquin (Somme théologique, question 66 « Le vol et la rapine ») qui, reprenant les thèses d'Ambroise et de Basile, souligne qu'il existe des biens destinés à tous dont il est illicite de se les approprier en propre. Cependant, Saint Thomas d'Aquin ajoute que la propriété peut être légitime et juste si « le riche en fait part aux autres » et ne leur interdit pas d'en user. Ainsi, l'idée est qu'il existe une communauté naturelle engendrant un « droit naturel » de « commun usage » (art. 2). Aussi, le partage peut être naturellement imposé en cas d'extrême nécessité (art. 7) : « Il n'y a donc pas péché si quelqu'un prend le bien d'autrui, puisque la nécessité en a fait pour lui un bien commun ». Par conséquent, il y aurait au nom du droit naturel de communauté universelle et du droit à la vie, un droit de propriété du pauvre sur les biens nécessaires à sa survie. Cette conception du partage en cas d'extrême nécessité rappelle le partage des savoirs dans le milieu pharmaceutique. Voir De Saint Victor, J., « Généalogie historique d'une 'propriété oubliée' », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 51.

[1308] Rochfeld, J., « 5. Entre propriété et accès : la résurgence du commun », *in* Bellivier, F., et *al., La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 69-87 ; Rochfeld, J., « Quel modèle pour construire des 'communs' ? », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs*, CNRS, Paris, 2014, p. 103 ; Rochfeld, J., « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique*,* T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 351-369. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-351.htm

[1309] Dans le même sens, selon, M. Cassier, il existe trois sortes de communs : les communs ouverts à tous utilisateurs potentiels, les communs fermés dont l'usage est réservé à un collectif ou un réseau et les communs gouvernés par des normes de réciprocité ou d'outils juridiques destinés à garantir leur non-appropriation. Voir Cassier, M., « 3. Petite histoire du domaine public dans la recherche en sciences de la vie », *in* Bellivier, F., et *al., La bioéquité,* Autrement « Frontières », 2009, spé. p. 44.

[1310] Chaigneau, A., « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique*,* T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 335-350. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-335.htm

PARAGRAPHE I. LES « COMMUNS » EXISTANT PAR LA SIMPLE VOLONTE DU DETENTEUR DES SAVOIRS

452. Plan. La première conception des « communs » par « appropriation collective » amène à la reconnaissance d'un droit d'accès et/ou d'utilisation par les tiers. Il s'agit d'articuler le droit du propriétaire avec le droit des tiers en abandonnant l'idée que le droit de propriété privée est conçu comme un droit d'exclure. Il pourrait, au contraire, être conçu comme un droit d'inclure, c'est-à-dire que les tiers détiennent un droit de ne pas être exclus de l'usage ou de la jouissance[1311] du bien, et les détenteurs ont le droit de choisir de ne pas exclure les tiers de leur bien. Le droit de propriété du détenteur est alors limité dans le but de revaloriser certaines qualités des savoirs[1312]. Deux régimes vont particulièrement poursuivre cet objectif. Le premier protège directement les savoirs par l'utilisation d'outils contractuels spécifiques[1313] (A), tandis que le second ne protège qu'indirectement les savoirs en passant par le régime des indications géographiques et des marques collectives (B).

A) Une protection directe des savoirs par l'utilisation des outils contractuels

453. Plan. Les licences libres sont apparues pour promouvoir un accès et un usage potentiellement universels et protégés (1). Ces licences ont d'abord été appliquées en droit d'auteur (2) avant de se répandre en droit des brevets (3).

1) L'assurance d'un partage sécurisé par les licences libres

454. Plan. Après avoir présenté les effets et conséquences des licences libres (a), il sera exposé leur pertinence pour protéger les savoirs de manière inclusive (b).

[1311] J. Rifkin parle de « droit à l'accès ». Voir Rifkin, J., *L'âge de l'accès,* La Découverte, Essais, 2005 ; C.B. Macpherson parle de « droit de ne pas être exclu ». Voir Macpherson, C.B., *La Théorie de l'individualisme possessif. De Hobbes à Locke,* Gallimard, Paris, 2004 ; F. Ost parle de « transpropriation », c'est-à-dire de la coexistence entre propriété privée et accès aux utilités. Voir Ost, F., *La nature hors la loi,* La Découverte, Sciences humaines et sociales, No. 138, 2003. En France, cette conception est déjà appliquée pour les monuments historiques à l'art. L. 622-1 du Code du patrimoine.

[1312] Comme le souligne A. Chaigneau : « Ainsi se tissent un ensemble de justifications à la limitation du droit de propriété qui ne porteraient pas atteinte à l'exercice de son droit par le propriétaire (…) et permettrait de revaloriser certaines qualités ou propriétés de la chose au bénéfice des tiers. » Voir Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes*, Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, spé. p. 10.

[1313] A. Chaigneau expose que le contrat peut être un outil intéressant de coopération pour gouverner les communs par des « droits négociés ». Voir Chaigneau, A., « Une propriété affectée au commun », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes*, Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, spé. p. 63.

a) Les licences libres et les apports du copyleft

455. Les effets des licences. Les outils contractuels pourraient être la solution pour organiser le partage des utilités d'un bien immatériel. C'est ainsi que la licence est devenue l'outil privilégié pour concilier le droit exclusif du titulaire de droits de propriété intellectuelle avec la satisfaction de l'intérêt des tiers[1314]. Signifiant « autorisation[1315] », la licence permet de superposer les droits. M. Vivant et J.M. Bruguière définissent la licence comme un « contrat de concession de droits de propriété intellectuelle[1316] » ou comme de « simples contrats organisant l'utilisation[1317] » d'un bien approprié. Il devient alors possible de distinguer la chose elle-même et les droits sur la chose. Les tiers pourraient détenir un droit de profiter des utilités de la chose sans nécessairement entrer en possession de celle-ci. La licence garantit en effet la mobilité du monopole d'exploitation attaché à tout droit de propriété intellectuelle en concédant aux tiers la jouissance de ce droit, sans que le titulaire en soit définitivement dépossédé[1318]. Selon N. Binctin, cette concession présente l'avantage d'accorder une « jouissance concomitante d'un même bien à une infinité de personnes sans que la jouissance par chacune d'elles perturbe la jouissance d'une autre[1319] ». A. Abello[1320] souligne que la licence devient alors le vecteur naturel de disponibilité des savoirs lorsqu'elle est volontaire, mais aussi le moteur de la disponibilité des savoirs lorsqu'elle est imposée[1321]. Les licences peuvent en effet être imposées au titulaire de droits, notamment lorsqu'elles ont pour objet la connaissance[1322]. Il est, en outre, possible de conclure des licences croisées, c'est-à-dire qu'un titulaire de droits va accorder une

[1314] Le succès de la licence est indéniable, comme le souligne N. Binctin : « Le contrat de concession, ou contrat de licence, constitue la convention phare de la propriété intellectuelle. Ce contrat essentiel, représente la masse la plus importance de conventions (…) ». Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 711.

[1315] Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 859.

[1316] Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit.*

[1317] Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 860.

[1318] En retour de la licence et sur le fondement de la loyauté et de la bonne foi, le licencié peut être tenu de communiquer au breveté les perfectionnements établis postérieurement à celle-ci. Nous retrouvons ici les prémices des principes du *copyleft*. Aussi, le licencié ne doit jamais être obligé d'accorder une licence exclusive au breveté sur les améliorations ni de lui céder l'intégralité ou une partie des droits sur ses améliorations. Voir l'art. 5.1 du Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords de transfert de technologie.

[1319] Binctin, N., *op. cit*., p. 711.

[1320] Abello, A., *op. cit.*

[1321] Dans le même sens, N. Binctin expose que la licence « est à l'origine de la diffusion et de l'exploitation massive des biens intellectuels dans notre société contemporaine. » Voir Binctin, N., *op. cit*., p. 714.

[1322] En matière de brevet, les licences de dépendance sont des licences obligatoires inscrites à l'art. L. 613-15 du CPI. Elles sont délivrées à l'égard d'un titulaire de brevet postérieur qui ne peut exploiter son invention sans porter atteinte à un brevet antérieur détenu par un autre titulaire. Pour que ce type de licence s'applique, il faut que l'exploitation d'une information suppose la reproduction d'une partie d'un brevet préexistant. Aussi, il faut que l'invention constitue un progrès technique important et un intérêt économique considérable. Ainsi C. Geiger propose que soit instaurée une licence de dépendance de « création ». Voir Geiger, C., « Les limites au droit d'auteur en faveur de la création dérivée », *in Droit d'auteur et liberté d'expression*, ALAI, 2008.

licence à un autre titulaire de droits qui lui-même va accorder une licence au premier titulaire. De telles licences se rencontrent fréquemment pour l'exploitation de procédés. Le libre accès n'est cependant pas forcément gratuit car une rémunération peut être prévue[1323].

456. Les limites des licences classiques. Ces simples licences ne sont néanmoins pas apparues suffisamment libres ou protectrices. La portée de la licence est en effet limitée puisqu'elle est seulement concédée pour l'ensemble du territoire sur lequel le droit de propriété intellectuelle est protégé. Ce type de licence n'accorde pas, en outre, un accès et une utilisation de la chose à tous mais uniquement à certains tiers préalablement choisis par le titulaire du droit de propriété intellectuelle. Mais encore, l'opération ne confère pas au licencié certaines prérogatives telles que le droit de modification.

457. L'apparition des licences libres. Les licences libres sont alors apparues. Elles se définissent comme des : « licences par lesquelles l'auteur autorise la copie, la modification et la diffusion de l'œuvre modifiée ou non, de façon concurrente, sans transférer ses droits d'auteur [ou autres] qui y sont attachés et sans que l'utilisation ne puisse réduire ces libertés tant à l'égard de l'œuvre originelle que de ses dérivés[1324]. » En droit des obligations, les licences libres pourraient être définies comme des variantes des contrats d'adhésion[1325] car seul le détenteur initial standardise les conditions générales à l'avance sans négociations[1326]. Ces licences libres garantissent toutes un accès et un usage potentiellement universels car ce sont des licences internationales. Elles sont offertes à un public sans limite géographique. Elles sont, en outre, étroitement liées à la question de l'accès et non à celui de la gratuité. Un paiement pourra être imposé à la condition qu'il soit toujours neutre quant à l'utilisation qui en sera faite par les utilisateurs[1327]. Ces licences doivent, de plus, exister par la volonté du détenteur et ne jamais être imposées[1328]. Ce dernier, selon F. Latrive[1329], sera incité à inclure ses travaux dans

[1323] « Elle peut être fixe, forfaitaire, unique, multiple, variable, indexée sur le chiffre d'affaires du licencié ou tout autre agrégat arrêté par les parties au contrat. » Voir Binctin, N., *op. cit*., p. 715. Néanmoins, l'assiette de la redevance doit être en lien avec le bien intellectuel concédé.

[1324] Définition de M. Clément-Fontaine. Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre*, Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, p. 141.

[1325] Art. 1110, al. 2 du Code civil.

[1326] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 736 ; Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 790.

[1327] Cependant, liberté et gratuité semblent être en relation d'interdépendance car l'exigence d'un prix peut constituer un obstacle au libre accès pour certains tiers.

[1328] En effet, C. Caron expose que : « Quoi qu'il en soit, ces licences peuvent avoir une utilité dès lors qu'elles sont librement choisies par les auteurs. Mais elles ne devraient jamais être imposées (…) ». Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 439.

[1329] Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte*, U.C.H Pour la Liberté, 2004, p. 37-38.

les « communs » pour des raisons morales et politiques. Il peut vouloir notamment garantir la science ouverte et la collaboration sociale. Il pourra aussi choisir les licences libres pour des raisons plus personnelles[1330].

458. Les effets du *copyleft*. Lorsque des licences libres sont conclues, le *copyleft* doit être respecté[1331]. Ce concept a pour effet de garantir à la fois le partage et la non-appropriation. Il assure la libre utilisation, modification et diffusion à la condition que la même licence soit maintenue sur toutes les autres créations dérivées[1332]. Dès lors, le *copyleft* garantit la réalisation d'un travail incrémental basé sur la coopération. Les utilisateurs vont apporter leurs corrections[1333] et donc leurs connaissances, aussi bien théoriques que pratiques, ce qui aura pour conséquence d'améliorer et d'enrichir la création originelle. Ainsi, ce mouvement démontre la réalisation d'une création ascendante car les ressources peuvent évoluer à l'infini et gagnent en valeur par la participation des membres[1334]. Les licences libres permettent donc de ne plus attacher une rareté artificielle aux biens intellectuels et culturels restreignant le partage. En effet, selon, M. Vivant et J.M. Bruguière : « Constitue une licence libre au sens large celle qui permet à son bénéficiaire une intervention minimale sur l'œuvre protégée et surtout interdit à celui-ci de laisser les licenciés subséquents organiser une réservation de type propriétaire[1335]. » Il n'y a toutefois pas abandon de toute prérogative de propriétaire. M. Xifaras explique notamment que le *copyleft* ne peut pas exister sans le *copyright* : C'est justement parce que l'individu est propriétaire de ses créations qu'il a la liberté d'user librement de son bien jusqu'à décider de ses conditions de distribution[1336]. Il peut ainsi faire le choix d'abandonner ses droits patrimoniaux au public (il ne peut disposer de son droit moral qui est personnel et indisponible), de se réserver privativement les utilités de sa création *via* le droit d'auteur, ou

[1330] Notamment pour que ses travaux soient évalués par les pairs, ce qui semble être nécessaire pour maintenir sa place et son rang. Cette décision lui assurera aussi un « capital de réputation » et il en découlera l'obtention de meilleurs postes et financements. Le détenteur bénéficiera, en outre, lui-même des améliorations des contributeurs à sa création originelle.

[1331] Le *copyleft* s'oppose au *copyright*. Ce concept général, largement porté par R. Stallman à partir de 1984, bouleverse les règles classiques de la propriété intellectuelle dans le but d'imposer une nouvelle conception de l'exclusivité. Le *copyleft* entraîne la création de la licence publique générale pour mettre en œuvre les conditions de distribution spécifiques. Voir notamment Dusollier, S., « Open source and copyleft : authorship reconsidered ? », *Columbia Journal of Law and the Arts,* Vol. 26, 2003, pp. 281-296.

[1332] Le régime de la sous-licence est appliqué imposant de respecter, pour les sous-licenciés, les limites du contrat de sous-licence et de ne pas accorder plus de droits que n'en a reçu le premier licencié.

[1333] Le Crosnier, H., « Leçons d'émancipation : l'exemple du mouvement des logiciels libres », *in* Vecam (dir.). *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 175.

[1334] Bollier, D., « Les communs, ADN d'un renouveau de la culture politique », *in* Vecam, *op. cit*., p. 305.

[1335] Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 868.

[1336] Xifaras, M., « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, No. 41, 2010, pp. 50-64, spé. p. 58.

d'adjoindre au droit d'auteur une licence libre[1337]. Néanmoins, en raison de l'importance du *copyleft,* ce dernier ne devrait pas être établi uniquement au sein du droit d'auteur. D'autres régimes juridiques[1338] devraient également bénéficier des effets du *copyleft* dès lors que le détenteur détourne son droit exclusif pour privilégier une logique d'inclusion.

459. Une protection par l'action en contrefaçon ou par l'action en agissements parasitaires. En cas de non-respect par les utilisateurs de la licence libre, alors une action en contrefaçon peut être intentée pour s'opposer à toute atteinte au libre usage ou à toute utilisation non-autorisée. L'action peut être exercée par les détenteurs ou bien ces derniers pourraient confier à un organisme la protection du caractère libre[1339]. Néanmoins, lorsque les licences libres sont utilisées, les détenteurs ont en quelque sorte renoncé à intenter toute action en contrefaçon. Ils ne cherchent pas à prohiber tout usage mais plutôt interdire tout acte tendant à la réservation de l'usage. Il convient alors de se demander si l'action en agissements parasitaires[1340] serait plus légitime lorsqu'un utilisateur ne respecte pas les termes de la licence libre (appropriation indue, utilisations non autorisées)[1341]. Pour bénéficier d'une protection par l'action en agissements parasitaires, les savoirs doivent cependant constituer une « valeur économique », « individualisée » et « procurant un avantage concurrentiel »[1342]. Or, concernant les savoirs « traditionnels », ils sont difficilement individualisables puisqu'une communauté en est détentrice. Ils peuvent, en revanche, facilement constituer une valeur économique procurant un avantage concurrentiel puisque c'est principalement pour cette raison qu'ils sont victimes d'appropriation indue. P. Le Tourneau ajoute que les idées [mais aussi les savoirs] ne doivent pas être dans le domaine public, elles ne doivent pas être immédiatement accessibles, le

[1337] Selon N. Binctin : « Loin d'être un aveu de faiblesse de la propriété intellectuelle, ces licences sont la marque d'un droit de propriété fort soutenant la liberté contractuelle. Sans une propriété puissante, ces contrats libres ne seraient pas respectés, les concédants ne se soumettent pas au régime du domaine public mais, au contraire, imposent par la force contractuelle des comportements très contraignants aux utilisateurs des biens intellectuels diffusés par ces voies. » Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 729.

[1338] Voir notamment, en droit des brevets, la *Defensive Patent Licence* (DPL).

[1339] L'organisme pourrait prendre la forme d'une société de gestion collective ou d'une association telle une fondation d'utilité publique ayant pour objet la gestion des droits des œuvres libres des membres adhérents. M. Clément-Fontaine expose que les détenteurs pourraient aussi agir en justice sur le fondement des art. L. 331-1, al. 2 du CPI (compétence des organismes de défense professionnelle à ester en justice) et L. 121-3 du CPI (compétence au tribunal judiciaire de prendre toute mesure appropriée en cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation). Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre*, Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, p. 239.

[1340] Il n'est pas nécessaire de développer sur l'action en enrichissement injustifié puisqu'il est exposé, dans la seconde partie de la thèse, l'inadaptation d'une telle action pour protéger les savoirs (section II, chapitre II, titre I).

[1341] B. Remiche souligne cependant que le droit de la concurrence n'est qu'un droit national ou régional, ce qui « limite considérablement l'efficacité vis-à-vis des entreprises agissant sur des marchés dépassant largement le territoire des Etats. » Voir Remiche, B., « La propriété intellectuelle : outil de développement ou arme de domination ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 914.

[1342] La Cour de cassation a présenté à plusieurs reprises les caractéristiques des savoirs protégeables par l'action en agissements parasitaires. Voir Cass. com., 19 janvier 2010, No. 08-15338 ; 08-16459 ; 08-16469.

détenteur doit démontrer des efforts de réservation et elles ne doivent pas être la mise en lumière d'une donnée objective préexistante[1343]. Avec les licences libres, les savoirs sont cependant immédiatement accessibles et le détenteur a plutôt démontré des efforts d'ouverture et de partage. La condition relative à l'absence de mise en lumière d'une donnée objective préexistante doit également être critiquée car les connaissances pratiques sont quasiment toujours la mise en lumière concrète de connaissances théoriques préexistantes[1344]. Le critère de l'originalité des savoirs semble alors plus pertinent. Il serait ainsi judicieux d'adapter les qualités des savoirs pour qu'une action en agissements parasitaires soit intentée dans le cadre des « communs » (licences libres, domaine public consenti). Il importe peu que les savoirs soient collectifs[1345] et immédiatement accessibles au public dès lors qu'ils constituent une valeur économique originale procurant un avantage concurrentiel et que le détenteur démontre des efforts d'ouverture, de coopération et de partage.

460. Un choix d'inclure irréversible. Les licences libres pourraient perdre toute pertinence si le détenteur peut demander la nullité de la licence à tout moment et donc repasser au modèle propriétaire dès qu'il le souhaite[1346]. M. Xifaras répond à cette supposée faiblesse de la licence libre en affirmant que : « Choisir l'inclusion vaut renonciation définitive *de fait* au droit d'exclure[1347] ». Dès le moment où le détenteur a fait le choix de ne pas exclure en partageant la ressource alors ce choix devrait être irréversible. Cette affirmation s'explique par la nature même de la ressource immatérielle. Une fois dévoilée, toute ressource immatérielle se dissémine et il n'est plus possible de contrôler ou d'interdire ses usages postérieurs. Le détenteur demeure propriétaire mais ne dispose plus du droit d'exclure devenu inutilisable. Concernant les détenteurs subséquents qui ont participé aux modifications, ils sont propriétaires

[1343] Le Tourneau, P., *Le parasitisme,* Litec, Paris, 1998, p. 127.

[1344] Cette condition ne doit cependant pas être assimilée à la condition de nouveauté en droit des brevets. En effet, les connaissances pratiques sont en majorité une combinaison d'éléments connus se trouvant dans le domaine public. Il suffit toutefois que l'assemblage des composants présente une originalité propre inconnue des non-initiés pour que les connaissances ne soient pas considérées dans le domaine public. Il n'est alors pas nécessaire que les connaissances soient nouvelles ou qu'elles n'aient jamais été divulguées pour être protégées car leur création a nécessité du temps, de l'argent et du travail. Ces connaissances permettent l'optimisation des procédés et confèrent donc un caractère plus compétitif à l'entreprise en réduisant les coûts de production ou en améliorant la qualité des produits.

[1345] Le caractère individualisé de l'effort intellectuel est d'ailleurs de plus en plus remis en cause au sein même des pays développés. Il a été exposé dans les développements précédents que l'aspect individuel de l'invention est critiqué par des sociétés de recherche qui soulignent que l'invention est davantage un processus collectif de l'effort d'entreprise. La notion d'inventeur collectif est alors de plus en plus sollicitée par les grandes entreprises.

[1346] Selon G. Azzaria, les auteurs pourraient se fonder sur l'art. L. 131-3 du CPI pour demander la nullité de la licence libre qui, par définition, ne délimite pas le domaine d'exploitation des droits cédés. Voir. Azzaria, G., « Les logiciels libres à l'assaut du droit d'auteur », *Les Cahiers de propriété intellectuelle,* Vol. 16, No. 2, 2003, spé. p. 423. Cependant, il ne semble pas pertinent que le détenteur se fonde sur cet article relatif à la cession des droits car la licence libre n'entraîne qu'une concession des droits.

[1347] Xifaras, M., *ibid*., p. 63.

de leur création mais ils n'auront jamais le choix entre l'inclusion ou l'exclusion car ils ont renoncé implicitement au droit d'exclure. M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent que si le donneur de licence se ravise pour favoriser une logique d'exclusion, le licencié peut toujours faire valoir l'existence d'un contrat les liant. Mais cette protection du licencié par le contrat ne semble pas suffisante pour empêcher le donneur de licence de se rétracter[1348]. Le choix du détenteur de privilégier le droit d'inclure doit donc être irréversible. Cette idée d'irréversibilité du choix d'inclure rappelle la règle de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle[1349].

461. Transition. Les licences libres apparaissent donc comme une forme de protection adéquate pour partager de manière sécurisée les savoirs.

b) La pertinence d'une protection inclusive des savoirs par les licences libres

462. La protection des savoirs par les licences libres. Ces licences se sont ainsi révélées pertinentes pour garantir le libre accès et la libre utilisation des savoirs. Les savoirs apparaissent comme l'objet idéal de la licence en raison de leur nature ubiquitaire et cumulative. Selon G. Loiseau[1350], il existe certains biens incorporels qui, bien que présentant [1351] un *intuitu personae*, peuvent s'affranchir de la personne. Les savoirs semblent faire partie de ces types de biens qui peuvent se libérer de leur détenteur en raison de leur nature non-rivale. Les savoirs doivent aussi s'émanciper de leur détenteur car ils font partie d'une chaîne de création se concrétisant

[1348] En effet, l'art. 1116 du Code civil prévoit que si la rétractation n'a pas lieu avant l'expiration d'un délai fixé ou à l'issue d'un délai raisonnable lorsque l'offre est parvenue à son destinataire, alors la rétractation empêche la conclusion du contrat et engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur. Par conséquent, la rétractation irrégulière empêche la formation du contrat. Or, ce qui est recherché pour la rétractation irrégulière du donneur de licence, c'est l'exécution forcée de la licence conclue.

[1349] La règle de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, inscrite à l'art. L. 613-6 du CPI en matière de brevets, et à l'art. L. 122-3-1 du CPI en matière de droit d'auteur, se définit comme le choix du titulaire des droits d'épuiser son droit exclusif au moment de la première mise en circulation de son invention ou de son œuvre au sein de l'Union européenne. Le titulaire ne peut alors plus s'opposer à la libre circulation de son produit une fois qu'il a été mis en circulation. Dans le même sens, A. Lucas et *al.,* exposent que le droit de divulgation est épuisé lorsque l'auteur divulgue son œuvre au public : « Le passage de la sphère privée à la sphère publique opéré par la divulgation de l'œuvre n'est pas susceptible de degrés (…) le droit de divulgation est *consommé* par le premier usage qu'en fait l'auteur. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 494. La cour d'appel de Paris a déjà eu l'occasion de déclarer que : « En se prévalant du caractère inaliénable du droit moral qu'il a sur son œuvre, l'auteur ne saurait s'attribuer le pouvoir de revenir sur des accords compatibles avec ce droit du moment où ils furent librement discutés et conclus ; en décider autrement rendrait impossible l'élaboration de toute œuvre dérivée. » (CA Paris, 1ère ch. 23 nov. 1970, *RIDA* 3/1971, p. 74). Cependant, il ne semble pas être possible de reconnaître un épuisement international des droits de propriété intellectuelle, comme le dispose l'art. 6 de l'Accord sur les ADIPC. N. Binctin souligne toutefois que la CJUE a une interprétation extensive, notamment au niveau de l'échelle géographique, de l'épuisement du droit à l'égard des logiciels (CJUE, 3 juill. 2012, *UsedSoft vs. Oracle,* No. C-128/11). Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 846.

[1350] Loiseau, G., « L'immatériel et le contrat », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux,* Dalloz, LGDJ Lextenso éditions, 2009, p. 353.

[1351] Selon N. Binctin : « Tous les biens intellectuels, sans exception, quel que soit leur régime d'appropriation, peuvent faire l'objet d'une concession. » Voir Binctin, N., *op. cit*., p. 712.

par l'accumulation des savoirs et par l'idée qu'un tiers peut être un futur producteur de savoirs potentiels. Si l'accès aux savoirs est empêché, alors la chaîne de création est rompue[1352]. L'analyse de L. Lessig pourrait en effet s'appliquer aux savoirs. Il explique que ce n'est pas simplement le caractère non-rival de la ressource qui déterminera sa légitime inclusion dans les « communs ». Il devrait aussi être tenu compte du fait que la ressource gagne de la valeur à être libre plutôt que contrôlée, mais aussi que la ressource est propice à rassembler une communauté[1353]. L. Lessig ajoute que si nous avons peu connaissance de l'utilisation future de la ressource alors nous avons plus de raisons de garder cette ressource dans les « communs » pour que tout le monde puisse l'expérimenter avec différentes utilisations[1354].

463. La protection des savoirs « traditionnels » par les licences libres. Les licences libres pourraient, en outre, s'avérer pertinentes pour protéger et partager les savoirs dits « traditionnels » car elles se présentent comme une alternative intéressante aux droits de propriété intellectuelle[1355]. Les communautés autochtones et locales peuvent en effet chercher à lutter contre l'appropriation indue de leurs savoirs sans forcément vouloir les verrouiller dans un régime de droit de propriété excluant les tiers. Les licences libres semblent alors appropriées pour privilégier une communauté d'utilisateurs à l'échelle mondiale[1356]. Elles apportent d'abord plus de clarté et de rapidité pour les utilisateurs tout en assurant une sécurité et un contrôle de la part des communautés détentrices. Elles assurent en effet que le consentement libre et préalable donné en connaissance de cause des communautés détentrices a bien été donné

[1352] Selon A. Abello : « C'est parce que les choses se dématérialisent qu'elles ont la faculté de circuler et c'est parce que les choses ont besoin de circuler qu'elles se dématérialisent. » Ainsi, les biens les plus valorisés dorénavant sont ceux qui circulent. C'est pourquoi, les savoirs ont besoin des outils contractuels pour inciter les détenteurs au partage de ces derniers. Voir Abello, A., *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, Lextenso éditions, (dir.) Frison-Roche, MA., Coll. Droit & Economie, 2008.

[1353] L. Lessig s'appuie sur l'énonciation de C. Rose : « Where the resource has a value because of its openess, where its values increases just because more use it, 'the more the merrier' then it makes sense to attribute much of the value of this resource to the publicness of the resource. », c'est-à-dire que lorsque la ressource présente une valeur en raison de son ouverture et lorsque sa valeur augmente parce que plus d'individus l'utilise, alors il apparaît judicieux d'attribuer une grande partie de la valeur de cette ressource à son caractère ouvert et public [Notre traduction]. Voir Lessig, L., *The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World,* Random House, New York, 2001, p. 87.

[1354] Au contraire, une ressource avec laquelle une vision claire de son utilisation est possible justifie davantage l'installation d'un système de contrôle. Voit Lessig, L., *op. cit*., p. 89.

[1355] Selon S. Pessina, même si les droits de propriété intellectuelle présentent une puissante force d'attraction, des solutions d'aménagement sont possibles avec les « communs » pour privilégier une logique de propriété inclusive. Voir Pessina, S., « Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive », (dir.) De Raulin, A., Pastorel, J.P., *Culture et biodiversité,* L'Harmattan, 2017.

[1356] Une telle communauté mondiale rend possible une dualité et une compatibilité entre le système moderne et les systèmes traditionnels et garantit l'existence de « *Traditional Knowledge Commons* » avec des membres d'une communauté non traditionnelle. Voir Bavikatte, K.S., Cocchiaro, G., Elan Abrell, J.D., Von Braun, J., « Imaging A Traditional Knowledge Commons : A Community Approach to Ensuring the Local Integrity of Environmental Law and Policy », *Thirteen Biennial Conference of the International Association for the Study of Commons (IASC),* Hyderabad, India, 2011.

sans avoir à demander ce consentement aux cas-par-cas et négocier l'accès aux savoirs[1357]. Les licences libres garantissent aussi le respect de la paternité car l'origine des savoirs doit être reconnue dans tous les produits issus de ces derniers et les communautés détentrices ne font que concéder la jouissance de leurs droits sans y renoncer[1358]. Les chercheurs ont, de plus, déjà les termes et conditions édictés dans la licence pour chaque utilisation et sont donc en mesure de connaître quels actes ils ont le droit ou non de faire. De telles licences assurent également la reconnaissance du droit coutumier puisque les termes et conditions de la licence peuvent inclure des obligations issues du droit coutumier. Néanmoins, la seule limite à souligner est que les licences libres nécessitent une capacité à identifier les savoirs pouvant faire l'objet des licences libres. Les communautés détentrices pourraient être aidées par une assistance légale telle que cela est prévu, par exemple, en Australie[1359]. Elles n'ont, en revanche, plus besoin de négocier avec l'autre partie contractante puisque les termes et conditions de la licence sont décidés dès le départ et c'est aux utilisateurs de s'y conformer. Mais encore, les licences libres sont d'autant plus adaptées aux communautés autochtones et locales en ce qu'elles offrent une portée internationale en partageant les savoirs sans limite géographique et en empêchant les appropriations indues de n'importe quel utilisateur dans le monde. G.S. Nijar ajoute que les mesures contractuelles sont plus facilement exécutoires à l'extérieur du pays d'origine contrairement aux seules législations nationales[1360]. Pour ces diverses raisons, des législations nationales, telles que le Pérou[1361] et l'Inde[1362], ont alors déjà prévu un régime de licences pour

[1357] Bavikatte, K.S., Cocchiaro, G., Elan Abrell, J.D., Von Braun, J., *ibid*.

[1358] S. Pessina explique que les détenteurs ne se séparent jamais des savoirs « traditionnels », ils peuvent en accepter la circulation mais uniquement au travers de concessions. Voir Pessina, S., *ibid.* Il convient donc de distinguer les savoirs et les droits sur les savoirs. Il s'agit d'une concession de la jouissance du droit.

[1359] Le *Indigenous Legal Assistance Program* finance des organisations pour délivrer une assistance légale culturellement appropriée pour que les communautés autochtones et locales australiennes reçoivent une aide pour tous problèmes légaux et exercent leurs droits. Par exemple, le *Aboriginal and Torres Strait Islander Legal Services Qld Limited* poursuit cette mission. Voir Australian Government, « Indigenous legal Assistance Program ».

[1360] Ainsi, il est intéressant d'allier législation nationale et internationale, droit coutumier et mesures contractuelles. G.S. Nijar propose la création d'un système de licence des collecteurs de la diversité biologique. Voir Nijar, G.S., « In Defence of Local Community Knowledge and Biodiversity : A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime », Penang (Malaisie), *Third World Network Paper 1*, 1996.

[1361] La loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques prévoit qu'une organisation représentative des communautés autochtones et locales peut délivrer une licence non-exclusive à un tiers pour utiliser le savoir « traditionnel ». L'art. 27 de la loi péruvienne exige des conditions de forme que le licencié doit respecter, notamment la description du savoir concerné et les informations sur le but, les risques et les conséquences de l'activité et de l'utilisation du savoir.

[1362] En Inde, tous les savoirs « traditionnels » doivent appartenir au domaine des communs de sorte que tout détenteur doit détenir des droits sous une « *commons licence* ». Cette licence autorise les tiers à utiliser les savoirs pour des buts non-commerciaux. Pour les utilisations dans un but commercial, un accord doit être conclu avec les détenteurs. Tout nouveau savoir dérivé des savoirs « traditionnels » initiaux doit appartenir au « *knowledge commons* » et en aucun cas être réservé, et notamment breveté, à l'intérieur du pays d'origine mais aussi à l'étranger. Voir Bavikatte, K.S., Cocchiaro, G., Elan Abrell, J.D., Von Braun, J., « Imaging A Traditional Knowledge Commons : A Community Approach to Ensuring the Local Integrity of Environmental Law and Policy », *Thirteen Biennial Conference of the International Association for the Study of Commons (IASC),* Hyderabad, India, 2011.

partager les savoirs « traditionnels ».

464. La pertinence de l'action en agissements parasitaires pour l'ensemble des savoirs. L'objectif de condamner les actes abusifs des tiers semble, par ailleurs, opportun aussi bien à l'égard des détenteurs de savoirs des pays développés qu'à l'égard des communautés autochtones et locales. L'action en agissements parasitaires permet d'abord de lutter contre les exclosures des savoirs des communautés autochtones et locales. Comme leurs savoirs font l'objet d'appropriations indues, la paternité, la notoriété et la valeur économique sont détournées, en particulier au profit des pays développés. Les communautés autochtones et locales devraient alors davantage se tourner vers une telle action pour empêcher ces actes abusifs. À propos des autres détenteurs, provenant particulièrement des pays développés, leurs savoirs font plutôt l'objet d'enclosure. Ils devraient donc être incités à partager leurs savoirs et à autoriser l'accès et l'utilisation. Les utilisateurs potentiels jouiraient alors d'une liberté pour créer de nouveaux savoirs en s'appuyant sur ceux des détenteurs précédents. Néanmoins, si les utilisateurs ne respectent pas le droit de paternité du détenteur initial et l'intégrité des savoirs (caractère libre) alors ils risquent d'être sanctionnés par l'action en agissements parasitaires. La théorie des agissements parasitaires pourrait, par conséquent, offrir une protection efficace et proportionnée à l'égard des savoirs[1363].

465. Transition. Les licences libres sont d'abord apparues dans le monde informatique avec le mouvement des logiciels libres[1364]. Elles se sont ensuite propagées dans d'autres domaines pour asseoir le principe du libre partage des savoirs.

2) Des logiciels libres aux licences libres en droit d'auteur

466. L'influence des valeurs d'Internet dans la création des licences libres. Les licences libres sont apparues grâce à l'émergence d'Internet. P. Aigrain[1365] rappelle qu'Internet[1366] a

[1363] Selon Y. Dargier de Saint Vaulry : « On aura dès maintenant conscience de l'importance que va présenter l'action en concurrence déloyale pour la protection du *Know-How* puisque cette protection, pour être efficace, exige des interventions très rapides (avant qu'un préjudice irréparable ne soit accompli), et des sanctions appropriées, différentes de celles ordinairement employées en droit civil. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 132.

[1364] Les logiciels libres doivent leur existence à R. Stallman et à la *Free Software Foundation* créée en 1985.

[1365] Aigrain, P., *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété,* Librairie Arthème Fayard, 2005, spé. p. 107 et s.

[1366] V. Peugeot souligne l'importance du Web pour le partage des savoirs en le définissant comme un « réservoir de données numériques où s'accumulent et se croisent les savoirs de l'humanité ». Voir Peugeot, V., « Le web des données laisse-t-il une

engendré une révolution informationnelle avec la création d'une communauté de développeurs et d'utilisateurs qui produisent en commun, sans aucun contrôle, sur le mode de conception *peer to peer*[1367]. Internet a, selon L. Lessig[1368], des valeurs implicites à reconnaître et respecter : l'évolution vers l'ouverture (*open evolution*)[1369] et une position universelle (*universal standing*)[1370]. La première consiste à reconnaître que chacun doit être libre de produire volontairement à la condition que son apport soit aussi ouvert aux autres. La gouvernance est alors neutre par rapport à l'utilisation qui sera faite (*end-to-end principle*). La seconde valeur revient à rejeter l'idée que quelqu'un puisse imposer son pouvoir et ses décisions. La seule forme d'autorité acceptée est celle qui a débouché sur un consensus. La théorie des « communs » est alors appliquée pour que les ressources intellectuelles soient administrées et exploitées suivant des règles partagées par les *commoners*.

467. Le mouvement des logiciels libres. Les valeurs d'Internet ont alors encouragé la création d'un mouvement qui se fonde sur le nécessaire partage des ressources intellectuelles comme condition pour le progrès des sociétés. Les logiciels libres ont en effet été créés en réaction à l'appropriation privative du code informatique par les multinationales qui limitait la diffusion des connaissances. L'idée est alors de reconnaître aux logiciels le statut de « commun »[1371]. En restant fidèle à la théorie des « communs » d'E. Ostrom et à la conception du « faisceau de droits », le mouvement des logiciels libres organise une distribution des droits, en particulier des droits d'accès et d'utilisation, à une multitude d'utilisateurs constituant une communauté. C'est la licence publique générale (GNU GPL)[1372] qui va la première mettre en œuvre le concept de *copyleft* en insistant sur le droit d'inclure[1373] comme assise du faisceau de

---

place au bien commun ? », *in* Vecam (dir.). *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 192.

[1367] Selon le dictionnaire Larousse, *peer-to-peer* se définit comme une « technologie permettant l'échange direct de données entre ordinateurs reliés à Internet, sans passer par un serveur central. ». Plus largement, *peer-to-peer* désigne un mode de production dans lequel sont créés des contenus dont l'accès et l'usage sont ouverts à tous. Le bien commun, librement utilisable et modifiable, doit être reversé au pot commun sous une forme améliorée. Voir Bauwens, M., « Du design ouvert aux fabrications coopératives », *in* Vecam, *op. cit*., p. 211.

[1368] Lessig, L., « Open Code and Open Society : Values of Internet Governance », *Chicago Kent Law Review*, Vol. 74, 1999, pp. 101-116.

[1369] Lessig, L., *ibid*., p. 110.

[1370] Lessig, L., *ibid*., p. 113.

[1371] Mais les communs d'E. Ostrom (communauté précise et réduite, accès et usage restreint aux seuls membres) sont à distinguer des logiciels libres (communauté à l'échelle de l'Humanité, accès et usage universels). Voir Broca, S., Coriat, B., « Le logiciel libre et les communs. Deux formes de résistance et d'alternative à l'exclusivisme propriétaire », *Revue internationale de droit économique,* T. XXIX, No. 3, 2015, pp. 265-284.

[1372] La licence publique générale GNU a été créée par R. Stallman. Sa première version date de 1989. D'autres licences en faveur des logiciels libres vont suivre, telles que la licence CeCill créée par des organismes de recherche français.

[1373] A. Abello rappelle que les droits de propriété intellectuelle ne délivrent pas un simple droit d'exclure mais entretiennent des relations étroites avec les tiers, notamment garantir l'usage des savoirs pour le bien-être social. Ce sont alors les seules utilités économiques qui sont réservées exclusivement mais aucunement le contenu intellectuel qui doit être accessible aux

droits. Cette licence vient préciser les droits et obligations des utilisateurs en insistant avant tout sur ce que les utilisateurs ont le droit de faire plutôt que sur ce qu'il leur est interdit. Les utilisateurs jouissent de quatre droits (usage, copie, modification, diffusion) et respectent une obligation (maintenir la licence sur tous les autres logiciels dérivés de sorte que la licence est dite « virale »)[1374]. Cette obligation est essentielle car, comme le souligne M. Xifaras : « Il ne suffit pas d'autoriser la liberté, il faut encore la protéger contre ses ennemis[1375] ». Ainsi, en modifiant ou distribuant le programme ou le travail basé sur celui-ci, les utilisateurs acceptent implicitement tous les termes et conditions de la licence. Du côté du détenteur, celui-ci doit respecter deux obligations : celle de délivrer l'objet de la licence (obligation de délivrance) et celle de garantir qu'il est bien le titulaire des droits cédés (obligation de garantie). Postérieurement aux logiciels libres, les licences libres se sont également étendues aux œuvres de l'esprit.

468. Licences libres et droit d'auteur. M. Clément-Fontaine parle d' « œuvre libre »[1376], c'est-à-dire d'un ensemble de créations protégées par le droit d'auteur et qui deviennent libres par la volonté de l'auteur[1377]. Une telle œuvre devient alors collaborative car plusieurs auteurs participent à sa création, et évolutive car elle est modifiée au fur et à mesure de l'intervention des contributeurs. La notion d'auteur n'est cependant pas complétement abandonnée car tout participant à l'œuvre est potentiellement un auteur du moment où sa contribution porte l'empreinte de sa personnalité. L'auteur va concéder l'exercice de ses droits patrimoniaux ainsi que l'exercice des prérogatives de son droit moral[1378]. En principe, il peut céder à titre gratuit ou à titre onéreux ses droits de représentation et de reproduction[1379]. Toute cession globale des œuvres futures est toutefois prohibée[1380] et le domaine d'exploitation des droits cédés doit être

---

tiers. Voir Abello, A., *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle,* LGDJ, Lextenso éditions, (dir.) Frison-Roche, MA., Coll. Droit & Economie, 2008.

[1374] La philosophie des logiciels libres pourrait se rapprocher de celle de M. Mauss sur le don et le contre-don. En effet, N. Oliveri parle de culture du « don technologique ». Selon M. Mauss, donner quelque chose induit la réception de cette chose et ensuite la remise d'autre chose. Il en est de même en matière de logiciels libres puisqu'en permettant l'accès au code, les tiers peuvent améliorer un logiciel et par la suite le redistribuer. Voir Oliveri, N., « Logiciel libre et open source : une culture du don technologique », *Quaderni*, No. 76, 2011, pp. 111-119 ; Mauss, M., *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés primitives,* Année Sociologique, 1923-1924.

[1375] Xifaras, M., « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, No. 41, 2010, spé. p. 57. D'ailleurs, M. Xifaras ajoute que l'idée d'exclure n'est pas totalement absente car l'unique interdiction créée par le *copyleft* peut être présentée comme l'exclusion de toute exclusion. Voir Xifaras, M., *ibid*., p. 58.

[1376] Clément-Fontaine, M., *L'oeuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014.

[1377] Par exemple, la licence Art Libre dans le domaine de la création artistique.

[1378] La concession de l'exercice des prérogatives du droit moral sera étudiée dans la seconde partie de la thèse (chapitre I, titre II). Voir Michaélidès-Nouaros, G., *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935.

[1379] Art. L. 122-7 du CPI.

[1380] Art. L. 131-1 du CPI.

délimité dans son étendue, destination, lieu et durée[1381]. Néanmoins, ces articles ne devraient pas s'appliquer puisque le titulaire de droits ne fait que concéder ses droits et non céder la substance de ses droits[1382]. M. Vivant et J.M. Bruguière réfutent d'ailleurs l'application de l'article L. 131-3 du CPI car : « Il n'y a pas, dans une licence, de transmission *stricto sensu*[1383]. » Aussi, ce n'est pas l'ensemble des créations qui est concédé pour l'avenir ni des créations inexistantes mais une création déterminée. Or, comme le soulignent A. Lucas et *al.* : « L'interdiction formulée par l'article L. 131-1 n'est en cause que lorsque le contrat opère transmission de la totalité des prérogatives patrimoniales de l'auteur[1384]. » Mais encore, déterminer l'étendue de la cession apparaît difficile en matière de licence libre puisque l'exercice des droits peut être concédé dans son intégralité, pour une durée illimitée[1385] et à l'échelle internationale. Cette exigence, inscrite à l'article L. 131-3 du CPI, pour protéger l'auteur contre les éditeurs ne devrait donc pas s'appliquer aux licences libres car l'auteur ne cède pas ses droits à un individu en particulier mais concède l'exercice de ses droits à l'ensemble d'une communauté d'utilisateurs dans une logique d'inclusion. La seule condition que l'auteur devrait respecter est de donner préalablement son consentement personnel, informé[1386] et en connaissance de cause[1387].

[1381] Art. L. 131-3 du CPI.

[1382] En effet, le terme de « cession » signifie que la propriété d'un droit passe du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire de plein droit. Or, en matière de licences libres, comme le souligne N. Binctin, il n'y a pas transfert de propriété mais une mise à disposition d'autrui de la jouissance du bien. Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 728.

[1383] Cependant, M. Vivant et J.M. Bruguière hésitent à l'application de l'art. L. 131-3 du CPI pour les licences en soulignant que : « Le vocabulaire du législateur est remarquablement imprécis. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 862. M. Clément-Fontaine considère toutefois « douteux » d'interpréter une licence libre, en particulier la licence GPL, comme une cession des droits de propriété intellectuelle par l'auteur. Elle explique que la cession ne se présume pas et que, au regard des règles de la licence libre, un contrôle du licencié par l'auteur est toujours opéré : « L'auteur doit pouvoir contrôler l'utilisation du logiciel afin d'empêcher quiconque d'entraver sa libre évolution (…) Dès lors, contrairement à une idée reçue, les droits ne sont pas cédés, qu'ils soient patrimoniaux ou moraux. » Voir Clément-Fontaine, M., « Sur la valeur juridique de la licence publique générale de GNU », *Multitudes*, No. 5, Vol. 2, 2001, pp. 78-81, spé. p. 80.

[1384] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 636.

[1385] En effet, M. Vivant et J.M. Bruguière expliquent que : « La logique de ces contrats veut que l'autorisation soit donnée sans limitation de temps, c'est-à-dire, en réalité, pour la durée des droits. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 877.

[1386] M. Vivant et J.M. Bruguière proposent de s'inspirer du mécanisme d'information prévu en Allemagne. Le droit d'utilisation peut être concédé pour des modes d'exploitation inconnus. L'exploitant doit seulement informer l'auteur du début de l'exploitation. Ce dernier dispose de trois mois pour s'y opposer ou bien il peut renoncer à son droit de révocation contre une rémunération supplémentaire. Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 761.

[1387] D'ailleurs, A. Lucas et *al.,* soulignent que la jurisprudence est laxiste en ce qui concerne la détermination des droits cédés. Par exemple, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer qu'un annonceur peut, en l'absence de conventions particulières, se prévaloir d'un contrat type stipulant que l'exploitation par l'agent pour le compte de l'annonceur de tous ses travaux de création publicitaire implique la cession automatique de tous les droits de reproduction résultant notamment de la propriété littéraire et artistique (Cass. civ. 1ère, 4 fév. 1986, No. 83-13.114). Dans le même sens, des cessions tacites ont même été admises. La cour d'appel de Toulouse a déclaré que constitue une cession le seul fait pour l'auteur de laisser divulguer l'œuvre sous le nom du cessionnaire ou bien en raison des circonstances de la cause (CA Paris, 4ème ch. 12 janv. 2007, *Propr. intell*. 2007, p. 327, obs. A. Lucas). Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 625.

469. L'exemple des licences *Creative Commons.* Pour garantir l'existence des « œuvres libres », les licences *Creative Commons*[1388] ont été créées[1389]. Elles permettent aux auteurs de choisir les droits qu'ils accordent au public tout en leur permettant d'accéder et d'utiliser leurs œuvres[1390]. La licence décrit alors expressément comment les savoirs doivent être utilisés par les tiers. Si les utilisateurs ne se conforment pas aux actes décrits alors ils ne devraient plus avoir le droit d'accéder aux savoirs et de les utiliser[1391]. Cette liberté de choix dans les conditions de distribution est particulièrement intéressante pour les communautés autochtones et locales afin d'adapter la liberté d'accès et d'utilisation des savoirs à chaque contexte local. Les auteurs rendent alors possible un espace de liberté d'accès et d'utilisation pour les tiers sans « abandonner » leurs œuvres dans le domaine public[1392]. Les licences *Creative Commons* garantissent donc l'insertion des œuvres dans le régime des « communs »[1393]. En créant ces licences, L. Lessig partage en effet le même objectif qu'E. Ostrom, c'est-à-dire dépasser la conception monolithique du droit de propriété et échapper à la dichotomie traditionnelle entre propriété privée exclusive et propriété commune (*res nullius*)[1394]. L. Lessig expose qu'il n'est pas nécessaire de toujours relier l'incitation à l'innovation à la détention d'un monopole[1395]. Il faudrait alors toujours se demander si le contrôle est justifié pour chaque ressource. Si le

[1388] Les licences *Creative Commons* ont été créées par L. Lessig en 2001 et publiées pour la première fois le 16 décembre 2002. Ces licences sont pensées comme une réaction aux excès du *copyright*.

[1389] Les licences 2PCL sont aussi des licences libres. Sous l'égide du ministère de l'Education nationale et de la Délégation aux usages d'Internet, le Portail de partage des contenus en ligne (2PCL) vise à respecter le formalisme du droit d'auteur français tout en partageant des contenus sur Internet aux utilisateurs. La maîtrise de l'accès au contenu passe par une contractualisation de l'échange (acceptation de la charte d'utilisation du portail, remplir un formulaire d'identification et un formulaire de formation de l'offre d'autorisation, conclure un contrat d'autorisation accepté par l'utilisateur). Ainsi, une relation directe entre l'auteur et l'utilisateur est assurée par un contrat dans le but de favoriser l'émergence d'une communauté. Voir Amblard, P., « Le droit d'auteur au service d'un partage maîtrisé des contenus en ligne », [En ligne], BFF*, Economie et droit de l'information*, No. 5, 2006 [Consulté le 15 octobre. 2019]. Disponible à l'adresse : http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-2006-05-0044-008

[1390] Les auteurs ont le choix entre plusieurs types de licences : « CC-by » offrant un usage libre à la condition de respecter la paternité, « CC-nc » proposant un usage libre mais interdisant les utilisations commerciales, « CC-nd » offrant un usage libre mais prohibant toute modification et enfin « CC-sa » pour que les œuvres dérivées soient proposées au public avec les mêmes libertés que l'œuvre originale. L'auteur peut choisir plusieurs de ces licences à la fois afin qu'elles se cumulent.

[1391] Comme le souligne S. Pessina, les savoirs sont librement accessibles mais pas à la libre disposition de tous, c'est-à-dire qu'ils sont potentiellement exploitables en fonction des choix formulés par les détenteurs. Voir Pessina, S., « Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive », (dir.) De Raulin, A., Pastorel, J.P., *Culture et biodiversité,* L'Harmattan, 2017.

[1392] M. Vivant et J.M. Bruguière comparent le fonctionnement des licences libres au propriétaire d'un jardin : « Comme le propriétaire d'un jardin peut décider légitimement d'en conserver l'usage pour lui mais également tout aussi légitimement de laisser les tiers y accéder quitte à fixer certaines règles, le titulaire d'un *copyright* - et d'un droit d'auteur aussi - peut choisir de se réserver le bénéfice de son œuvre ou de l'ouvrir à d'autres, quitte ici encore à poser pour cela certaines règles. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 864.

[1393] D'ailleurs, P. Aigrain propose de placer les biens communs comme régime par défaut et les modes d'appropriation comme exceptions mesurées et négociées pour le bien social. Voir Aigrain, P., *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété*, Librairie Arthème Fayard, 2005, spé. p. 149.

[1394] Broca, S., Coriat, B., « Le logiciel libre et les communs. Deux formes de résistance et d'alternative à l'exclusivisme propriétaire », *Revue internationale de droit économique,* T. XXIX, No. 3, 2015, pp. 265-284, spé. p. 279.

[1395] L. Lessig parle de « *control of the dinosaurs* » à l'égard des ceux qui relient nécessairement innovation, monopole et compensation. Voir Lessig, L., *op. cit*., p. 160.

contrôle ne favorise pas le progrès et ne bénéficie qu'à une seule personne au détriment des autres, alors il faudrait s'interroger sur la légitimité d'un tel monopole[1396].

470. Transition. Le mouvement du libre a permis de garantir des « savoirs libres[1397] » au sein du droit d'auteur[1398]. L'opportunité des licences libres se confirme aussi progressivement en droit des brevets pour promouvoir l'accès du public à la connaissance et garantir la liberté de partager et d'améliorer les inventions brevetées.

3) L'opportunité des licences libres en droit des brevets

471. Licences libres et droit des brevets. Le mouvement « *open patent* » ou « brevet ouvert » vise à promouvoir la liberté d'accès et d'utilisation des inventions[1399]. J. Schultz et J. Urban[1400] donnent plusieurs exemples de stratégies déjà existantes. D'abord, des brevets défensifs sont délivrés pour bloquer les menaces de futurs demandeurs de brevets en publiant préalablement les informations pour créer un état de l'art antérieur. Aussi, les « *patent pledges* » sont des brevets pour lesquels les titulaires promettent volontairement de ne pas intenter une action en contrefaçon sous certaines conditions et notamment à l'égard des utilisateurs du mouvement du libre[1401]. Ces *patent pledges* ont un caractère public dans le sens où ils

---

[1396] Le droit de la concurrence, par exemple, protège les exclusivités nécessaires et utiles. Mais, lorsque l'exclusivité entraîne des effets inacceptables (pratiques de prix inéquitables, extension de l'objet de l'exclusivité au-delà du marché primaire) alors le droit est déchu. Voir Lemarchand, S., Fréget, O., Sardain, F., « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés Intellectuelles,* No. 6, 2003, spé. p. 12.

[1397] Comme le soulignent A. Lucas et *al.* : « Les chercheurs ont toujours été attirés par la libre disponibilité en ligne de ressources (*open access*), soit à travers la publication dans des revues à accès libre, soit à travers des pratiques d'auto-archivage. Les licences libres prolongent une telle approche et trouvent là un terrain fertile. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 788.

[1398] Les licences libres ont eu un écho favorable dans de nombreux domaines liés à la production des savoirs. Pour ne donner que quelques exemples, dans le domaine scientifique, les chercheurs ont plaidé pour le libre accès à leur savoir scientifique avec la *Public Library of Science* (*PLOS*). Dans le domaine de l'enseignement, le mouvement REL (Ressources éducatives libres) vise à proposer des outils d'enseignement, d'apprentissage et de recherche appartenant soit au domaine public soit publiés avec une licence permettant leur utilisation, adaptation et distribution gratuitement. Plus largement, un mouvement mondial pour le libre accès à la connaissance a vu le jour à partir de 2004, le mouvement A2K (*Access to Knowledge*).

[1399] Les brevets ouverts ont émergé en raison du développement de l'*open innovation* et de la co-création entraînant la participation de nouveaux acteurs (universités, consommateurs) et impliquant « différentes formes (juridiques) de collaboration et d'échange (…) qui permettent l'émergence d'un marché de brevets actif. » Voir Frison, C., Van Zimmeren, E., « Brevet ouvert (open patent) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 154.Par exemple, Tesla a décidé d'ouvrir ses brevets avec la promesse de ne pas intenter d'action en contrefaçon contre les utilisateurs de bonne foi de l'invention. Il en est de même pour IBM et Google. Voir Frison, C., Van Zimmeren, E., *op. cit*., p. 154.

[1400] Schultz, J., Urban, J., « Protecting Open Innovation : The Defensive Patent License as a New Approach to Patent Threats, Transaction Costs, and Tactical Disarmament », *Harvard Journal of Law & Technology,* Vol. 26, No. 1, 2012, spé. p. 26.

[1401] « Ils [les *patent pledges*] englobent un large éventail de technologies et d'entreprises, qui inclut, par exemple, des promesses faites par certaines sociétés multinationales de ne pas faire valoir leurs brevets contre les utilisateurs de logiciels *open source*, l'engagement pris par les titulaires de brevet des technologies standardisées de suivre des normes pour l'octroi de licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (FRAND) (…) ». Voir Frison, C., Van Zimmeren, E., *op. cit*., p. 153.

s'adressent au grand public et non uniquement aux parties contractantes. Les « *pool* » de brevets sont, quant à eux, caractéristiques de la volonté des titulaires de partager leurs inventions et de profiter de l'accès et de l'utilisation des inventions des autres membres du *pool*[1402]. Selon J. Schultz et J. Urban, il existe toutefois des difficultés rendant difficile l'existence des licences libres en matière de brevets[1403]. Les brevets représentent un coût pour les acquérir et les faire respecter (ressources financières et humaines nécessaires) et ils sont généralement considérés comme antinomiques au mouvement du libre. Le mouvement du libre a cependant pour avantage de partager les coûts et les bénéfices au sein de la communauté (les bénéfices collectifs surpassent généralement les coûts collectifs). Il est, par ailleurs, capable de créer des règles pour que les membres utilisent les brevets uniquement dans un but défensif. Ces règles vont garantir le partage de valeurs identiques par les membres de la communauté et ces derniers s'engageront à la reconnaissance et au respect des libertés, ce qui semble facilement réalisable puisque le titulaire est déjà tenu, en droit des brevets, à une obligation de divulgation[1404].

472. L'exemple des licences DPL. Des projets de licences libres applicables au droit des brevets ont déjà été mis en œuvre, tels que la licence FRAND[1405] et la *Defensive Patent Licence* (DPL)[1406]. Ces licences ont pour but de promouvoir l'accès du public à la connaissance et de garantir la liberté de partager et d'améliorer les inventions brevetées. La licence DPL est présentée comme une licence libre et de « *copyleft-style* »[1407]. C'est une licence internationale,

[1402] Par exemple, la tentative PIPRA (*Public Intellectual Property Resource for Agriculture*) est une forme de consensus entre brevets et communs. Le but est de former un centre d'échange en propriété intellectuelle (*clearinghouse*) et des communautés de brevets (*patent pools*). Pour devenir membre de la communauté, un protocole d'accord doit être signé avec l'acceptation de coopérer avec d'autres membres. Une plateforme technologique offre des « bouquets de droits intellectuels » sous forme de licence conclue à des conditions différentes selon l'utilisation des technologies. La tentative PIPRA a cependant été abandonnée pour différentes raisons. Voir Vanuxem, S., « La tentative PIPRA (Public Intellectual Property Resource for Agriculture). Un "commun" en propriété intellectuelle sur les biotechnologies agricoles ? », *Revue internationale de droit économique,* 2014, No.2, T. XXVIII, pp. 235-259.

[1403] Schultz, J., Urban, J., *ibid*.

[1404] L'obligation de divulgation de l'invention est inscrite à l'art. L. 612-5 du CPI.

[1405] La licence *Fair, Reasonable And Non Discriminatory* (FRAND) garantit aux utilisateurs l'accès à la licence de manière raisonnable (le prix de la licence ne doit pas être prohibitif), non-discriminatoire (obligation d'accorder la licence à tous tiers, même concurrent direct) et juste (la licence ne doit pas comporter des termes limitant indument la concurrence). Le titulaire de droits s'engage à concéder un droit d'utilisation à tout opérateur intéressé. Cette licence s'applique pour les brevets essentiels à une norme (*standard-essential patents*) pour que toute technologie incluse dans la norme soit accessible. Par exemple, la technologie Wi-Fi fait l'objet d'une protection par des brevets essentiels à une norme. Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 716. Pour une définition des brevets essentiels à des normes et les recommandations pour améliorer le régime, voir Commission européenne, « Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au comité économique et social,* 29 novembre 2017.

[1406] La licence DPL est une licence de brevet qui a été créée par des chercheurs de l'Université de Berkeley aux Etats-Unis, en particulier par J. Schultz et J. Urban. Elle se veut être l'équivalent en matière de brevet de la licence GPL pour le droit d'auteur. La licence DPL 1.1 est celle aujourd'hui utilisable (publiée en novembre 2013) et a déjà été adoptée notamment par *Internet Archive* et *Blockstream*. Aussi, une nouvelle version est en cours de création, plus proche des licences *Creative Commons*, pour laisser le choix dans les conditions de distribution à l'inventeur.

[1407] Voir le site internet dédié à la licence DPL à l'adresse suivante : https://defensivepatentlicense.org/license

gratuite et non-exclusive. Une communauté d'utilisateurs (ou d'inventeurs potentiels) est alors reconnue. Cette communauté partage les mêmes intérêts, et en particulier la liberté d'accès et d'utilisation de l'invention. Dans l'esprit du *copyleft*, chaque membre de la communauté s'engage à ne pas bloquer l'accès à ses propres inventions et à ne pas s'engager dans des actions offensives contre les membres de la communauté. La licence DPL repose donc sur le droit d'inclure. Elle offre à tout utilisateur le droit d'utiliser, de vendre, d'importer ou de distribuer les produits ou services sous licence DPL. Cette licence sert aussi de preuve à l'antériorité d'une invention afin d'empêcher que celle-ci soit brevetée par d'autres sous une forme privative. Elle maintient, en revanche, un droit d'exclure contre les tiers non-membres de la communauté. L'objectif est de protéger les ressources partagées contre les « *patent trolls* »[1408]. Pour devenir membre de la communauté, il suffit de déclarer sa volonté sur un site public (*Offering Annoucement*). Ainsi, la licence DPL semble pertinente pour les savoirs, et en particulier les savoirs des communautés autochtones et locales qui souhaitent jouir d'une protection pour réduire le nombre de brevets indument délivrés par les offices de brevet, sans nécessairement exclure tout tiers de l'accès et de l'utilisation.

473. Un effet viral des licences DPL contraignant. Les licences DPL présentent néanmoins quelques limites contraires à l'esprit des licences libres. D'abord, elles imposent aux inventeurs de laisser tous leurs brevets ouverts à l'accès et à l'utilisation, y compris les brevets futurs[1409]. Les inventeurs n'ont donc pas la liberté de choisir quelle invention ils souhaiteront rendre libre. C'est « tout ou rien ». L'effet viral du *copyleft* se situe alors aussi bien au niveau de l'ensemble des brevets du titulaire qu'au niveau des inventions dérivées. Si le titulaire refuse, il ne pourra pas être membre de la communauté et ne pourra pas accéder et utiliser les autres brevets ouverts de la communauté. Cette obligation très stricte s'expliquerait par le fait que les brevets menacent beaucoup plus l'accès aux savoirs que le droit d'auteur[1410].

[1408] Les « *patent trolls* » ou « chasseur de brevets » sont des personnes physiques ou morales qui ne produisent aucun bien ni service et qui utilisent la concession de licence et le litige de brevets comme principale activité économique. En effet, ces « *patent trolls* » n'exploitent pas leur invention protégée et ne produisent aucune innovation suite à leur brevet. L'unique objectif est de trouver des entreprises potentiellement contrefactrices et de les menacer d'une action en contrefaçon si elles ne concluent pas une licence de brevet (à un prix souvent excessif). Ainsi, l'utilisation du brevet est totalement détournée de ses finalités.

[1409] L'art. L. 131-1 du CPI prohibe la cession globale des œuvres futures en matière de droit d'auteur mais il ne semble pas que cette interdiction s'étende en matière de brevets.

[1410] [Notre traduction] Cette idée est avancée par le site internet de la licence DPL : « This is due to differences between patents and copyrights and the ways in which patents can threaten access to knowledge and freedom in ways that copyright cannot. ». Cependant, cette idée n'est pas davantage développée. Il semble que ce soit parce que le droit d'auteur protège expressément la forme et non le fond, alors que le brevet protège une invention répondant aux critères de brevetabilité et rien n'exclut de s'approprier le fond. Nous avons toutefois souligné précédemment que le droit d'auteur, avec ses ambiguïtés, entraîne, tout autant que le droit des brevets, une enclosure des savoirs.

Une telle obligation permettrait aussi de lutter contre les stratagèmes qui ne sélectionneraient, en tant qu'objets des licences libres, que les brevets présentant peu de valeur. Cependant, il semble qu'imposer le libre pour tous les brevets de chaque membre de la communauté est une solution trop brutale, freinant la liberté contractuelle, décourageant les inventeurs et contraire à l'esprit du mouvement. Les licences DPL limiteraient davantage l'accès libre et gratuit par rapport aux autres licences libres[1411]. Or, conclure des licences libres pour ses inventions devrait rester un choix de l'inventeur comme il reste un choix de l'auteur. Plus les licences DPL vont prouver leur efficacité, plus elles seront attractives pour les inventions ayant de la valeur. C'est simplement une question de temps. L'effet viral de la licence devrait alors être maintenu uniquement au niveau des inventions dérivées. Par cet effet viral sur les inventions dérivées, l'objectif des licences libres peut être atteint, c'est-à-dire empêcher les acteurs de breveter les technologies ouvertes et de les mettre hors de l'utilisation du public. En plus, J. Schultz et J. Urban soulignent que des engagements partiels de la part des inventeurs seraient réalisables[1412].

474. Un mécanisme dissuasif pour se rétracter des licences DPL. La possibilité pour tout membre de changer d'avis et de se retirer de la communauté avec un préavis de 180 jours remet aussi en cause l'esprit des licences libres[1413]. Toutefois, les licences existantes restent valides et c'est seulement l'obligation de délivrer des licences libres qui s'éteint. De même, les licences libres conclues entre les membres et l'ancien membre avant sa décision et pour son propre usage sont maintenues, sauf si les membres décident la révocation. À défaut de révocation, les utilisateurs membres de la communauté sont en droit de convertir la licence pour imposer une redevance juste et non-discriminatoire. Le régime des licences DPL présente alors l'avantage de dissuader les membres de quitter la communauté. L'ancien membre perdrait les avantages de la licence DPL alors que les autres membres continueraient d'en jouir, y compris pour les licences conclues antérieurement avec le membre qui décide de quitter la communauté.

[1411] Certes, toute licence libre restreint l'accès et l'utilisation des ressources par des droits d'usage et de propriété délivrés seulement aux membres de la communauté. Cependant, pour le droit d'auteur, devenir membre de la communauté se fait facilement et simplement par l'accès et l'utilisation d'une œuvre libre (acceptation implicite des termes et conditions de la licence). Au contraire, en droit des brevets, il faudrait aussi que les inventeurs s'engagent à rendre libres tous leurs brevets. Par conséquent, moins d'inventeurs seront incités à conclure une licence DPL et donc cette dernière, en imposant cette obligation, restreint davantage l'accès et l'utilisation des inventions.

[1412] Par exemple, le membre de la communauté DPL pourrait s'engager pour les brevets définis sous des critères techniques spécifiques, pour les brevets inventés par des inventeurs spécifiques, ou encore pour les brevets qui couvrent une technologie spécifique. Mais, l'inventeur doit être conscient que s'il ne s'engage que partiellement alors il ne pourra accéder et utiliser qu'aux inventions des autres membres répondant aux mêmes critères. Voir Schultz, J., Urban, J., « Protecting Open Innovation : The Defensive Patent License as a New Approach to Patent Threats, Transaction Costs, and Tactical Disarmament », *Harvard Journal of Law & Technology,* Vol. 26, No. 1, 2012*,* spé. p. 49.

[1413] Effectivement, le droit de retrait est facilement réalisable puisqu'il suffit de poster son retrait sur un site public et de mentionner la date finale de l'offre des brevets sous licence DPL pour être délié de son engagement.

475. Transition. L'utilisation des licences libres garantit donc un partage sécurisé directement sur les savoirs. Il convient également de s'intéresser aux indications géographiques et aux marques collectives, bien qu'elles ne protègent les savoirs qu'indirectement.

B) Une protection indirecte des savoirs par les indications géographiques et les marques collectives : des régimes articulant savoirs et aire géographique

476. Plan. Les indications géographiques, et potentiellement les marques collectives, sont des formes de protection inclusive (1) et semblent particulièrement adaptées pour protéger les savoirs dits « traditionnels » (2). Les indications géographiques présentent cependant certaines limites ayant des conséquences sur le choix de ce régime par les communautés détentrices (3).

1) La mise en œuvre d'une logique d'inclusion par les indications géographiques et les marques collectives

477. Une protection des indications géographiques contre les usurpations et les imitations. Les indications géographiques[1414], que ce soient les AOP et IGP[1415] ou les AOC et IGPIA[1416], offrent une protection contre les imitations et usurpations[1417]. Les AOP ou AOC désignent des produits dont les caractères sont essentiellement dus à l'aire géographique et au savoir-faire des producteurs dans la zone de production. Toutes les étapes de la production ont lieu dans l'aire géographique concernée[1418]. Quant aux IGP et IGPIA, elles correspondent à une réputation ou à des caractéristiques déterminées qui associent un produit, non forcément

[1414] Les indications géographiques sont inscrites au sein du Code de la propriété intellectuelle dans le livre VII consacré aux marques de fabrique, de commerce ou de service et autres signes distinctifs. Elles sont aussi protégées en vertu de traités internationaux tels que les traités administrés par l'OMPI (Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, art. 1.2 ; Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international conclu le 31 octobre 1958 ; Acte de Genève de l'Arrangement de Lisbonne adopté le 20 mai 2015) ou encore dans le cadre de l'OMC, l'Accord sur les ADPIC (art. 22 et 24). Les indications géographiques sont aussi inscrites au niveau communautaire depuis 1992 (Règlement n° 2081/92 du Conseil du 14 juillet 1992 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires). Elles sont actuellement régies par le règlement (UE) n° 1151/2012 du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires.

[1415] La législation de l'Union européenne distingue les appellations d'origine protégée dites « AOP » (art. 2 de l'Arrangement de Lisbonne, art. 5.1 du règlement européen n° 1151/2012) et les indications géographiques protégées dites « IGP » (art. 5.2 du règlement européen n° 1151/2012).

[1416] Le Code de la propriété intellectuelle distingue les appellations d'origine contrôlée dites « AOC » (art. L. 721-1 du CPI) et les indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux dites « IGPIA » (art. L. 721-2 à L. 721-10 du CPI). La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite « loi Hamon », (JORF n° 0065 du 18 mars 2014) a étendu les produits concernés par les indications géographiques (art. 73) aux produits manufacturés (par exemple, Dentelle du Puy, Mouchoirs de Cholet) dès lors que les conditions sont remplies et non plus uniquement les produits alimentaires.

[1417] Art. L. 721-8 du CPI, art. 3 de l'Arrangement de Lisbonne, art. 13 du règlement européen n° 1151/2012.

[1418] Art. 2.1 de l'Arrangement de Lisbonne, art. 5.1 du règlement européen n° 1151/2012.

agricole ou alimentaire, à une aire géographique donnée. Au moins une étape de la production doit être réalisée dans l'aire géographique donnée. L'exigence de rattachement au terroir est alors moins rigoureuse. Pour l'ensemble de ces dénominations, toute atteinte constitue une contrefaçon engageant la responsabilité de son auteur (art. L. 722-1 du CPI)[1419]. Aussi, le dépôt à titre de marque individuelle d'une indication géographique encourt, en principe, la nullité si aucun élément distinctif n'est dissocié et que la marque couvre des produits ne respectant pas la provenance géographique[1420]. Même si les produits sont conformes à l'origine géographique, la marque risque d'être déclarée descriptive[1421] et donc nulle[1422]. Les indications géographiques constituent en effet une « richesse commune de tous ceux qui sont installés en ce lieu et le terme ne saurait sans autre élément distinctif, être monopolisé au profit d'un seul[1423]. ». Les indications géographiques sont, de plus, protégées par diverses dispositions et par l'action en agissements parasitaires. L'utilisation d'une appellation d'origine, même pour des produits différents, est notamment interdite lorsque l'utilisation est susceptible de détourner ou d'affaiblir la notoriété de l'appellation d'origine[1424], sous peine des sanctions pénales prévues par les articles L. 453-1 et s. du Code de la consommation[1425]. Lorsque la preuve de cette possibilité de détournement ou d'affaiblissement de la notoriété n'est pas rapportée, il demeure toujours possible de condamner une telle utilisation en y voyant un procédé constitutif d'agissements parasitaires, détournant au profit du déposant la notoriété d'une appellation constituant une « richesse collective dont seuls peuvent se prévaloir les producteurs qui y ont droit[1426]. » Enfin, des actions en opposition peuvent être intentées contre l'enregistrement d'une

[1419] J. Azéma et J.C. Galloux soulignent que : « Cette qualification permet au demandeur de bénéficier du même régime qu'en cas de contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle, ce qui lui ouvre notamment le bénéfice du régime de retenue en douane, du droit d'information, de la saisie-contrefaçon et du référé-interdiction. » Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 1186. En effet, les sanctions encourues vont de l'interdiction judiciaire pour l'utilisation non autorisée à la condamnation à des dommages et intérêts (art. L. 722-6 du CPI) ou encore des mesures d'instruction (art. L. 722-4-1 du CPI) ou des mesures provisoires et conservatoires (saisie, constitution de garanties, destruction ou confiscation des produits contrefacteurs).

[1420] Par exemple, les marques *Brasil* et *Brazil* pour du café ont été annulées sur ce fondement. (CA Paris, 4ème ch. 16 juin 1988, *SA Maison du café c/ SA Capro Brasil*, Jurisdata n° 1988-027966). Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 1017.

[1421] Le droit communautaire fait, en outre, preuve de sévérité par rapport au risque d'une marque descriptive puisqu'il rejette pour l'enregistrement à titre de marques les noms géographiques déjà réputés ou connus en tant que tels mais aussi ceux qui sont susceptibles d'être utilisés par d'autres entreprises et devant demeurer disponibles (Art. 7, paragraphe 1, c) du règlement (UE) n° 2017/1001 du Parlement européen et du conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne). En revanche, si le nom géographique ne constitue que le lieu d'établissement de l'entreprise, sans aucune connotation de qualité, alors il peut être librement déposé comme marque. Par exemple, « Salaisons d'Houdemont » a pu être déposé comme marque (CA Paris, 6 juin 1980).

[1422] Art. L. 711-2, 9°, L. 711-3, 5° et L. 711-4, d) du CPI ; Art. 7.1, c) et j) et art. 8.6 du règlement n° 2017/1001 ; Art. 14 du règlement européen n° 1151/2012.

[1423] Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 1017.

[1424] Art. L. 643-1, al. 2 et L. 643-2 du Code rural.

[1425] Les art. L. 453-1 et s. du Code de la consommation punissent de 300 000€ d'amende et de 2 ans d'emprisonnement notamment le fait d'utiliser frauduleusement les dénominations géographiques, en application aussi bien du droit national que du droit communautaire.

[1426] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 1179.

indication géographique à titre de marque[1427]. Les indications géographiques semblent donc être un régime intéressant pour garantir un partage sécurisé.

478. L'articulation entre les indications géographiques et les marques collectives. Un groupement qui bénéficie de la protection des indications géographiques peut, par ailleurs, demander la protection du régime des marques collectives[1428] pour l'appellation ou la représentation graphique du produit associé à ces dénominations[1429]. Les Etats membres peuvent prévoir que les signes ou indications susceptibles de servir, dans le commerce, à désigner la provenance géographique des produits ou des services peuvent constituer des marques collectives[1430]. La fonction essentielle d'une marque collective est cependant de distinguer les produits et services des membres d'une association qui en est titulaire de ceux d'autres entreprises sans assurance d'une qualité particulière des produits. Ainsi, les marques collectives se distinguent des indications géographiques puisque ces dernières servent à identifier un produit originaire d'un lieu précis dont la qualité, la réputation ou d'autres caractéristiques sont originaires du lieu géographique. La CJUE a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler les objectifs distincts des indications géographiques et des marques collectives en déclarant que : « Considérer que la fonction essentielle d'une marque collective de l'Union européenne (…) est de servir d'indication de l'origine géographique des produits ou des services proposés sous une telle marque, et non d'indication de leur origine commerciale, méconnaîtrait cette fonction essentielle.[1431] » Les marques collectives, même si elles visent une indication géographique, sont des signes qui relèvent de régimes juridiques distincts et poursuivent des objectifs différents de sorte que la provenance géographique des produits ou

[1427] Art. L. 712-4, 5° du CPI.

[1428] Les marques collectives se découpent entre marque collective simple et marque collective de certification. Peuvent déposer une marque collective simple tout groupement ou toute association dotés de la capacité juridique de même que les personnes morales relevant du droit public (art. L. 715-6 du CPI et art. 74 du règlement n° 2017/1001). Quant aux marques collectives de certification (ou de garantie), la titularité du droit est plus large puisque toute personne, physique ou morale, peut déposer une telle marque à la condition que cette personne n'exerce pas une activité ayant trait à la fourniture de produits ou de services du type certifié (art. L. 715-2 du CPI et art. 83.2 du règlement n° 2017/1001). Elles garantissent au consommateur que le produit ou le service marqué présente les propriétés, qualités et caractères précisés dans le règlement d'usage. Ce sont généralement des organismes publics ou des associations de producteurs représentant les producteurs de l'aire géographique visée qui sont titulaires de ces marques.

[1429] « Il s'agit de permettre aux tiers (et aux institutions d'enregistrement chargées d'apprécier la validité du signe) d'identifier clairement et immédiatement quel est le signe choisi par tel opérateur pour identifier l'origine de ses productions et de ses services. » Voir Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *Droit de la propriété industrielle,* LexisNexis, 2016, spé. p. 181. C'est notamment la position défendue par les Etats-Unis.

[1430] Art. 74, paragraphe 2 du règlement (UE) n° 2017/1001 du Parlement européen et du conseil du 14 juin 2017 (RMUE).

[1431] La CJUE ajoute que : « Tandis que la marque de l'Union européenne est (...) un signe propre à distinguer l'origine commerciale de produits ou de services, une indication géographique est (...) une dénomination qui identifie un produit comme étant originaire d'une aire géographique déterminée, dont une qualité, la réputation ou une autre propriété peut être attribuée essentiellement à son origine géographique et dont au moins une des étapes de production a lieu dans l'aire géographique délimitée. » Voir CJUE, 20 septembre 2017, *Darjeeling,* aff. C-673/15P à C-676/15P.

services ne peut être prise en compte dans le cadre de l'appréciation globale du risque de confusion.

479. Une protection indirecte et spécifique des savoirs. Les indications géographiques ou les marques collectives ne protègent cependant qu'indirectement les savoirs. Elles visent en effet à protéger directement le produit issu des savoirs et non les savoirs eux-mêmes[1432]. La plupart des produits sont le résultat de savoirs, et notamment de savoirs créés dans une aire géographique donnée. En protégeant un produit originaire d'un territoire donné, les savoirs ayant amené à la création du produit sont alors indirectement préservés[1433]. Cela peut passer notamment par la description des normes de fabrication d'un produit protégé, qui peut comprendre une description précise du procédé traditionnel ou du savoir traditionnel. Néanmoins, l'objectif n'est pas atteint car il est recherché une protection directe des savoirs. L'avantage des indications géographiques ou des marques collectives est, en revanche, qu'elles constituent une protection spécifique à la fois exclusive et inclusive. Tout tiers remplissant les conditions est en droit d'être inclus dans la communauté protégée par les indications géographiques[1434] ou par les marques collectives[1435]. Elles excluent seulement les tiers qui ne répondent pas ou plus aux conditions prévues dans un cahier des charges et qui se rendent coupables d'actes illicites[1436]. La protection par les indications géographiques ou par les marques collectives apparaît alors adaptée aux savoirs car elle ne créée pas un droit de propriété individuelle exclusif dans le sens de droits absolus[1437]. Comme le soulignent J. Azéma et J.C. Galloux : « L'appellation d'origine est une richesse collective dont disposent tous les

[1432] Comme le souligne l'OMPI, la protection des signes distinctifs ne peut pas protéger les savoirs proprement dits : « Elle peut cependant assurer indirectement une protection en fournissant un moyen de protéger des signes distinctifs, symboles, motifs et indications géographiques, ainsi qu'en certifiant l'approbation ou l'authenticité communautaire lorsqu'ils sont appliqués à des produits et services qui reposent sur des savoirs traditionnels ou qui en utilisent ». Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 18.

[1433] Il semble important de souligner que la protection par les indications géographiques ne se limite pas aux seuls produits agricoles. En effet, l'OMPI explique que : « Une telle protection peut mettre en valeur les qualités particulières d'un produit dues à des facteurs humains présents dans le lieu d'origine du produit, telles que certaines techniques de fabrication et des traditions. » L'OMPI donne l'exemple de la poterie de *Chulucanas* au Pérou. Voir OMPI, « Indications géographiques », *Publication OMPI*, No. 952F, 2017, spé. p. 10-12.

[1434] Art. L. 721-5 du CPI.

[1435] Pour les marques collectives simples associées à une indication géographique, l'art. 75.2 du règlement européen n° 2017/1001 autorise toute personne à devenir membre de l'association dès lors que ses produits ou services proviennent de la zone géographique concernée. S'agissant des marques collectives de certification, l'art. 84.2 du règlement européen n° 2017/1001 permet à toute personne d'utiliser la marque dès lors qu'elle répond aux conditions du règlement d'usage.

[1436] En France, les conditions de production ou de transformation du produit doivent respecter un cahier des charges spécifique (art. L. 721-7 du CPI) et l'organisme de défense et de gestion peut exclure, après mise en demeure, tout opérateur qui ne respecte pas le cahier des charges (art. L. 721-6, 6° du CPI).

[1437] G. Allaire expose que : « AOP et IGP ne peuvent pas être la propriété d'opérateurs économiques à titre privatif. La demande d'enregistrement est portée par un groupement reconnu en tant qu'Organisme de défense et de gestion (ODG), qui réunit l'ensemble des opérateurs de la filière concernée (…) ». Voir Allaire, G., « Indication géographique (approche économique) », *in* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., *Dictionnaire des biens communs,* Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 656.

producteurs du lieu qui y ont droit. Il n'est donc pas possible qu'un seul d'entre eux s'approprie cette richesse en déposant l'appellation comme marque[1438]. » La protection d'un produit par une indication géographique ou une marque collective n'est donc pas un droit individuel d'un individu isolé mais bien un droit détenu collectivement. A. Lucas-Schloetter parle de « droit collectif » car tous les producteurs disposeraient d'une sorte d'exclusivité collective[1439]. Dans le même sens, J. Raynard, E., Py et P. Tréfigny exposent que : « Il s'agit d'un droit collectif puisque plusieurs personnes ont vocation à en user (…) ce droit n'appartient à personne, pas même à l'Etat. Il s'agit d'un droit exclusif reconnu à l'ensemble des producteurs situés sur l'aire géographique délimitée par ladite appellation[1440]. » Mais encore, le Centre de commerce international souligne que les indications géographiques sont une « forme de propriété intellectuelle et culturelle collective unique[1441]. »

480. Une gouvernance s'apparentant aux règles du régime des « communs ». Le régime des indications géographiques ou des marques collectives se rattache alors au régime des « communs » dans la mesure où cinq droits (accès, prélèvement, gestion, exclusion, inaliénabilité) peuvent être identifiés et détenus par les acteurs régionaux répondant aux conditions du cahier des charges ou du règlement d'usage[1442]. Il est, de plus, recommandé que la gestion des différents acteurs soit participative. Toutes les parties prenantes sont, en principe, associées sur un pied d'égalité pour préparer un plan stratégique, obtenir une indication géographique et gérer la mise en œuvre de ce plan au fil des ans. Le Centre de commerce international constate d'ailleurs que le succès de nombreuses indications géographiques s'explique par la gouvernance participative locale[1443]. La participation est alors déclarée « équitable » lorsque les parties prenantes ne partagent pas uniquement les frais et les profits, mais qu'elles sont aussi associées aux décisions prises telles que la titularité du nom, les règles, et la commercialisation de l'indication géographique[1444]. Cette gouvernance participative implique aussi que les participants choisissent les normes qui les gouvernent de manière à trouver un juste équilibre entre la préservation de l'authenticité du produit et l'ouverture au plus

[1438] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 1015.

[1439] Lucas-Schloetter, A., « Protection juridique du folklore », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique,* Fasc. 1962, 2009, spé. p. 31.

[1440] Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *Droit de la propriété industrielle,* LexisNexis, 2016, spé. p. 188.

[1441] Centre du commerce international, (dir.) Giovannuncci, D., Josling, T., Kerr, W., O'Connor, B., Yeung, M.T., *Guide des indications géographiques - Faire le lien entre les produits et leurs origines,* Genève, 2009, spé. p. 6.

[1442] Allaire, G., *op. cit*., p. 659.

[1443] Centre du commerce international, *op. cit*., p. 105.

[1444] Centre du commerce international, *op. cit*., p. 102.

grand nombre de participants locaux. Pour plus de facilité, une institution locale responsable des indications géographiques peut contribuer à l'élaboration du cadre de politique générale et réglementaire[1445].

481. Transition. Les régimes des marques collectives et des indications géographiques semblent ainsi propices à protéger les savoirs dits « traditionnels » des communautés autochtones et locales.

2) La pertinence des indications géographiques et des marques collectives pour garantir une protection inclusive des savoirs « traditionnels »

482. Plan. Les indications géographiques et les marques collectives présentent diverses conséquences positives sur les savoirs « traditionnels » (a). Cependant, les marques collectives ne répondent pas toujours aux besoins des communautés autochtones et locales (b).

a) Les raisons justifiant la protection des savoirs « traditionnels » par les indications géographiques et les marques collectives

483. La pertinence du régime des marques collectives et des indications géographiques à l'égard des savoirs « traditionnels ». Les indications géographiques et les marques collectives apparaissent pertinentes pour protéger les savoirs des communautés autochtones et locales. Ces protections permettent en effet de délivrer des droits à tous les intéressés (la communauté) selon les règles du régime des « communs ». L'étendue de la communauté est moyenne puisque seuls ceux répondant aux conditions du cahier des charges bénéficieront de droits. G. Allaire explique que cinq droits constituant le faisceau de droits pourraient être identifiés et distribués aux différents membres de la communauté : un droit d'accès (contrôlé par la certification), un droit de prélèvement (pour les utilisateurs autorisés), un droit de gestion (dévolu au collectif), un droit d'exclusion et un droit d'aliénation[1446]. Les règles opérationnelles sont définies collectivement par des organisations professionnelles ou interprofessionnelles dans le cadre d'un système légal. Les indications géographiques entretiennent, de plus, un lien

[1445] Selon le Centre du commerce international : « L'expérience des producteurs de fromage Cajamarca du Pérou montre que s'organiser en veillant à n'exclure personne est le meilleur moyen de gérer les ressources locales et de réduire autant que possible les exclusions. Leur succès était dû en partie à la création de plateformes institutionnelles (APDL et CODELAC) pour la coordination et le partenariat. » Voir Centre du commerce international, *op. cit*., p. 57.

[1446] Allaire, G., « Indication géographique (approche économique) », *in* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., *Dictionnaire des biens communs,* Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 659.

très étroit avec les savoirs « traditionnels » des communautés autochtones et locales[1447] et paraissent être un moyen opportun de les protéger. En effet, les produits identifiés par une indication géographique sont souvent le résultat de procédés traditionnels et de savoirs transmis de génération en génération par une communauté d'une région spécifique. L'article L. 721-7, 4° du CPI souligne d'ailleurs le lien entre le produit et les savoirs en précisant que le produit peut notamment être issu d'un savoir-faire dit « traditionnel ». J. Raynard, E. Py et P. Tréfigny précisent alors que les indications géographiques s'appuient sur des connaissances pratiques locales : « Pour les producteurs, il s'agit de valoriser leurs productions en s'appuyant sur une réputation installée et un savoir-faire reconnu (…). Et pour les collectivités territoriales, il s'agit de protéger leur patrimoine culturel[1448]. » L'objectif est, en outre, de « donner au consommateur les moyens d'identifier les produits qui ont des qualités particulières et se distinguent des produits standardisés notamment par (…) le savoir-faire liés à leur mode d'élaboration[1449]. » S. Laird et D. Downes concluent à la pertinence de la protection par les indications géographiques pour différentes ressources reflétant des pratiques et savoirs traditionnels[1450]. Le produit ne peut en effet être décrit et désigné comme une indication géographique que si des éléments particuliers (souvent liés à une culture, tradition locale et savoirs particuliers) d'une région géographique sont à l'origine de son caractère unique. Il convient d'ailleurs de souligner que le règlement n° 1151/2012 laisse la possibilité d'ajouter une mention « spécialités traditionnelles garanties » (STG). Cette mention concerne des denrées dont la qualité procède de recettes traditionnelles[1451].

[1447] Le Centre du commerce international souligne en effet que : « Ces dernières années, la question de savoir si les IG [indications géographiques] peuvent être enregistrées afin de préserver un savoir traditionnel ou culturel a suscité un intérêt croissant. Les techniques agricoles propres à une région, les procédés de conservation des aliments, les procédés de transformation, les additifs, le conditionnement, entre autres, sont autant de facteurs de différenciation auxquels les consommateurs attachent de la valeur. » Voir Centre du commerce international, (dir.) Giovannuncci, D., Josling, T., Kerr, W., O'Connor, B., Yeung, M.T., *Guide des indications géographiques - Faire le lien entre les produits et leurs origines,* Genève, 2009, spé. p. 19.

[1448] Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *Droit de la propriété industrielle,* LexisNexis, 2016, spé. p. 186.

[1449] Nairaud, D., « ALIMENTATION (Economie et politique alimentaires) – Enjeux de politiques publiques », [En ligne], *Encyclopaedia Universalis*, [consulté le 18 janvier 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/alimentation-economie-et-politique-alimentaires-enjeux-de-politiques-publiques/

[1450] En effet, les indications géographiques seraient pertinentes pour protéger le kava (plante originaire du Pacifique occidental), le riz basmati (Inde), et le quinoa (Les Andes) car ces ressources reflètent des pratiques de production traditionnelles anciennes dans une région géographique spécifique. Voir Downes, D., Laird, S., « Innovation Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge - Case Studies on Geographical Indications and Trademarks », *UNCTAD Biotrade Initiative,* 1999.

[1451] Art. 17 du règlement (UE) n° 1151/2012 du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 relatif aux systèmes de qualité applicables aux produits agricoles et aux denrées alimentaires. L'art. 3 précise aussi que le qualificatif « traditionnel » implique une utilisation sur le marché intérieur pendant une au moins une génération ou 25 ans. Elles peuvent avoir un lien avec une région géographique mais la production peut être réalisée n'importe où dans le monde, sous réserve des contrôles appropriés. Ce ne sont donc pas des indications géographiques en tant que tels. Par exemple, Le Haggis, la Mozzarella et le Lambic sont des STG. Il en est de même des indications de provenance qui fournissent, en principe, une simple indication sur le lieu de production d'un produit sans constituer une garantie de qualité. C'est une notion reconnue par la jurisprudence pour

Concernant les marques collectives, elles semblent intéressantes pour protéger l'appellation ou la représentation graphique du produit issu de méthodes traditionnelles. Les communautés autochtones et locales pourraient être représentées par une personne morale titulaire des droits et une délimitation des utilisateurs ayant le droit d'utiliser la marque pourrait être établie dans un règlement d'usage. Le droit d'utiliser la marque pourrait alors être restreint aux seuls membres de la communauté. La provenance géographique ne doit cependant pas être mise de côté car le respect de l'origine des savoirs est primordial pour garantir une protection effective et adaptée. Dès lors, si le régime des marques collectives est utilisé, la provenance géographique devrait toujours être mentionnée et respectée. Cette exigence nécessite d'inclure une dénomination géographique sur la marque collective, tel qu'il est possible de le faire pour les marques collectives simples[1452].

484. Les conséquences du régime des indications géographiques ou des marques collectives sur les savoirs « traditionnels ». La protection par les indications géographiques et par les marques collectives a, par ailleurs, pour effet de revitaliser et de réactiver les savoirs dits « traditionnels ». Les communautés sont ainsi assurées de la préservation, de l'utilisation et de la transmission de leurs savoirs de manière durable et pérenne. G. Allaire souligne en effet que : « L'utilisation de cet outil commercial [les indications géographiques] est sortie de son cadre premier et a rencontré l'intérêt des pays émergents (…) y trouvant notamment un support pour la préservation de savoirs et de cultures[1453]. » Cette protection garantit aussi que leur culture, et notamment leur système de savoirs, ne soit pas indument appropriés par des tiers en vue de leur commercialisation[1454]. Par exemple, une indication géographique ne doit pas être enregistrée en tant que marque individuelle risquant d'entraîner l'interdiction, y compris pour les communautés autochtones et locales, de l'utiliser. Plusieurs dispositifs ont été prévus,

prononcer la nullité d'une marque qui s'avère trompeuse au regard des qualités attendues de certains produits en raison de leur origine géographique sans qu'il existe nécessairement une appellation d'origine.

[1452] L'art. 74, paragraphe 2 du règlement européen n° 2017/1001 prévoit que « les signes ou indications susceptibles de servir, dans le commerce, à désigner la provenance géographique des produits ou des services peuvent constituer des marques collectives, sans autoriser pour autant leur titulaire à interdire aux tiers d'user de tels signes ou indications dans la vie des affaires, dès lors que l'usage est conforme aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale. » Ainsi, toute personne dont les produits ou services proviennent de la zone géographique concernée peut devenir membre de l'association qui est titulaire de la marque.

[1453] Allaire, G., « Indication géographique (approche économique) », *in* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., *Dictionnaire des biens communs,* Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 657.

[1454] Comme le soulignent J. Raynard, E. Py, et P. Tréfigny : « La reconnaissance d'une tradition ou un savoir-faire artisanal particulier ferme toute prétention à un droit exclusif sur l'usage du nom de ce lieu pour les produits concernés, parce que les autres opérateurs bénéficiant de ces connaissances ont besoin d'y faire référence également. » Voir Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P., *Droit de la propriété industrielle,* LexisNexis, 2016, spé. p. 189. Pour étudier l'ensemble des mesures de protection des indications géographiques, voir les développements de la première partie de la présente thèse (titre II, chapitre II, section II).

notamment au bénéfice des collectivités territoriales[1455]. Il serait intéressant de s'en inspirer pour que les communautés autochtones et locales puissent s'opposer ou être alertées d'une demande d'enregistrement de marque risquant de porter atteinte à leurs intérêts. En définitive, selon C. Correa, la protection par le système des indications géographiques aurait pour effet de protéger les intérêts des détenteurs originels[1456]. Une telle protection serait ainsi légitime sur le fondement de considérations d'équité (récompenser les communautés qui ont contribué à la production en amont), de conservation (les méthodes de production des communautés sont généralement respectueuses de l'environnement), de préservation des modes de vie traditionnels, de lutte contre la « biopiraterie » et de promotion de l'accès et de l'utilisation des savoirs (si les savoirs sont protégés alors les communautés seront plus enclines à les partager).

485. La pleine reconnaissance des communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Ce type de protection serait, de surcroît, adapté aux savoirs dits « traditionnels » dans la mesure où il respecte et reconnaît les communautés autochtones ou locales qui produisent ces savoirs. Les indications géographiques et les marques collectives affirment en effet le lien d'interdépendance entre produit, savoirs et territoire et les communautés autochtones et locales ont besoin d'une telle reconnaissance pour protéger et maintenir leur système de savoirs[1457]. La loi « Hamon » du 17 mars 2015[1458] mentionne d'ailleurs expressément les savoirs « traditionnels » dans le chapitre consacré aux indications géographiques. Avec cette protection, les communautés autochtones et locales jouissent d'une certaine reconnaissance, bénéficient de contreparties et d'une autonomie puisque la production doit être réalisée par les communautés elles-mêmes. Une telle protection récompense en effet les détenteurs pour avoir maintenu la réputation et la production d'un produit créé depuis des années voire depuis des siècles, sans récompenser le seul investissement[1459]. En récompensant

[1455] La loi n° 2014-334 du 17 mars 2014 relative à la consommation renforce les prérogatives des collectivités territoriales. Elle a modifié l'art. L. 712-4, 6° du CPI pour ouvrir aux collectivités la voie préventive de l'opposition, notamment lorsque l'enregistrement porterait atteinte au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale. Aussi, la loi a ajouté l'art. L. 712-2-1 du CPI permettant à la collectivité de demander à l'INPI d'être alertée en cas de dépôt d'une demande d'enregistrement de marque contenant sa dénomination voire le nom d'un pays situé sur son territoire géographique. Le même droit est ouvert au profit d'un organisme de défense et de gestion pour les indications géographiques des produits industriels et artisanaux (art. L. 721-4 du CPI). S'agissant des autres dispositifs protégeant les indications géographiques, voir les développements de la première partie de la présente thèse (section II, chapitre II, titre II).

[1456] Correa, C., « Traditional Knowledge and Intellectual Property : Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge », Genève, *Quaker United Nations Office*, 2001, spé. p. 11.

[1457] L'OMPI explique qu'il est possible d'inclure dans un projet d'indication géographique, et plus particulièrement, dans les normes de fabrication, une description du procédé traditionnel ou du savoir traditionnel. Voir OMPI, « Indications géographiques », *Publication OMPI*, No. 952F, 2017, spé. p. 19.

[1458] Voir l'art. 73 de la loi « Hamon ». Aussi, l'art. L. 722-1 du CPI précise que toute atteinte à une indication géographique est constitutive d'une contrefaçon engageant la responsabilité de l'auteur.

[1459] Comme le souligne le Centre du commercial international : « Les communautés peuvent tirer avantage des IG [indications géographiques] car elles peuvent récompenser les détenteurs de savoirs autochtones ou traditionnels et ceux qui possèdent un

les détenteurs, ces derniers sont, de plus, dissuadés de remplacer les procédés traditionnels par des procédés moins coûteux[1460]. Cette forme de protection présente, du reste, l'avantage de laisser ouverte la voie à une évolution car la production des savoirs n'est pas figée. Une telle protection répondrait donc aux demandes de la Convention sur la diversité biologique. Elle respecterait, en particulier, l'article 8 -j) de la Convention invitant les Etats à prendre des mesures pour respecter, préserver et maintenir les savoirs des communautés autochtones et locales. Serait également appliqué l'article 11 de la Convention qui demande aux Etats d'adopter des mesures économiques et sociales pour inviter à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique.

486. Transition. Le régime des marques collectives apparaît néanmoins peu propice à assurer une protection efficace des savoirs dits « traditionnels » en raison de ses objectifs et de ses effets.

b) La nécessité de privilégier les indications géographiques plutôt que les marques collectives

487. La protection des savoirs par les marques collectives, un choix judicieux ? De prime abord, pour certaines communautés autochtones et locales, le régime des marques collectives peut apparaître davantage opportun par rapport aux indications géographiques. Le Centre du commerce international explique que les systèmes axés sur la protection privée, comme les régimes de marques, peuvent présenter des avantages, notamment lorsque « la taille et la lourdeur bureaucratique des gouvernements font qu'ils ne peuvent réagir rapidement en cas de falsification ou d'utilisation frauduleuse d'une IG [indication géographique]. Le titulaire d'une marque peut pour sa part immédiatement intenter des poursuites, pour autant qu'il ait les moyens de le faire[1461]. » Certains gouvernements peuvent, de plus, ne pas être sensibles à la nécessité de protéger les indications géographiques et peuvent même représenter un danger s'ils utilisent leurs pouvoirs à des fins politiques ou économiques. Les marques collectives présentent toutefois des limites et peuvent constituer un danger pour les communautés

savoir-faire artisanal considérés comme des formes très prisées d'expression culturelle. » Voir Centre du commerce international, (dir.) Giovannuncci, D., Josling, T., Kerr, W., O'Connor, B., Yeung, M.T., *Guide des indications géographiques - Faire le lien entre les produits et leurs origines,* Genève, 2009, spé. p. 128.

[1460] L'OMPI donne l'exemple des saris indiens traditionnellement fabriqués sur des métiers manuels et non sur des métiers mécaniques. Voir OMPI, *ibid*., p. 19.

[1461] Centre du commerce international, (dir.) Giovannuncci, D., Josling, T., Kerr, W., O'Connor, B., Yeung, M.T., *Guide des indications géographiques - Faire le lien entre les produits et leurs origines,* Genève, 2009, spé. p. 57.

autochtones et locales. Le titulaire d'une marque est d'abord restreint puisqu'il ne peut concerner qu'une personne physique privée ou, au mieux, un groupement ou une association. La titularité de l'indication géographique bénéficiera, au contraire, à l'ensemble des producteurs de l'aire géographique. La protection de la marque collective est, de plus, à la charge unique du titulaire. Il devra intenter, par sa seule volonté voire pour ses propres intérêts, une action judiciaire. La protection des indications géographiques est, au contraire, notamment en France, de la responsabilité d'un organisme privé[1462] qui doit contribuer à une mission d'intérêt général de préservation et de mise en valeur des territoires, des traditions locales et des savoir-faire[1463]. Cet organisme doit ensuite en faire part à l'INPI[1464] ou à la Commission européenne[1465].

Il peut déjà être souligné à ce stade que les objectifs sont différents. En effet, les marques collectives sont des instruments de droits de propriété intellectuelle utilisés pour favoriser la compétitivité des particuliers, des entreprises ou groupements privés, et informer les consommateurs sur le titulaire. Les indications géographiques représentent, au contraire, une protection publique qui permet de déterminer la provenance précise et les caractères distinctifs dus au territoire en question. Il doit exister un lien direct entre les caractéristiques distinctives, les aspects culturels ou la qualité d'un produit avec son lieu d'origine ou la région géographique. Même si la marque de certification peut attester de la qualité d'un produit, elle diffère nettement des indications géographiques car elle ne peut pas se limiter à une aire géographique donnée[1466]. Seules pourront alors être certifiées les méthodes traditionnelles utilisées pour fabriquer le produit[1467]. Surtout, le titulaire fixe lui-même les modalités de la participation, lesquelles peuvent imposer des normes de qualité plus ou moins strictes. Les utilisateurs jouissent, en outre, de plus de droits avec les indications géographiques puisque l'usage est ouvert à tous les producteurs de la région qui respectent les règles[1468]. Au contraire, les marques collectives

[1462] Art. L. 721-4 du CPI.

[1463] Art. L. 721-6 du CPI.

[1464] Art. L. 721-6, 3° du CPI.

[1465] Art. 51 du règlement européen n° 1151/2012.

[1466] En effet, l'art. 83, paragraphe 1er du règlement européen n° 2017/1001 exclut la possibilité pour une marque de certification de certifier la provenance géographique d'un produit.

[1467] Par exemple, en 1995, le *Cowichan Band Council* de Colombie britannique a déposé, auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada, une demande d'enregistrement de la marque « COWICHAN » en tant que marque de certification. Elle atteste que les articles ont été tricotés à la main en une seule pièce conformément aux méthodes tribales traditionnelles par des membres de la *Nation Coast Salish*. Voir OMPI, « Protect and Promote Your Culture - A Practical Guide to Intellectuel Property for Indigenous Peuples and Local Communities », *WIPO's Traditional Knowledge Division,* Geneva, 2017, spé. p. 41.

[1468] L'art. 12 du règlement européen n° 1151/2012 dispose notamment que : « Les appellations d'origine protégées et les indications géographiques protégées peuvent être utilisées par tout opérateur commercialisant un produit conforme au cahier des charges correspondant. »

simples restreignent l'usage par l'octroi de licences au gré du titulaire[1469], sauf lorsque la marque est assimilée à une indication géographique[1470]. Le règlement d'usage doit alors explicitement autoriser toute personne dont les produits et services proviennent de la zone géographique concernée à devenir membre de l'association qui est titulaire de la marque[1471]. Mais surtout, les marques collectives sont cessibles[1472] dans le monde entier car elles sont liées à une entreprise particulière et non à un lieu particulier alors que les indications géographiques sont incessibles et inaliénables. La protection des marques collectives se présente, du reste, comme un dispositif contraignant puisqu'elle peut expirer ou être invalidée notamment en l'absence d'usage[1473], en l'absence de mesures raisonnables pour prévenir un usage non-conforme au règlement d'usage[1474] ou encore en l'absence de demande de renouvellement[1475]. Au contraire, les indications géographiques jouissent d'une durée indéfinie et le renouvellement de la protection n'est pas nécessaire pour autant que les prescriptions imposées sont toujours respectées[1476].

488. Transition. Même si les marques collectives peuvent constituer une protection additionnelle et indirecte intéressante des savoirs[1477], il apparaît beaucoup plus opportun de privilégier le recours aux indications géographiques pour protéger les savoirs « traditionnels » et assurer un partage équitable. Les indications géographiques souffrent néanmoins également de certaines limites à relever.

[1469] Seules les personnes habilitées dans le règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement sont en droit d'utiliser la marque collective.

[1470] L'art. 74, paragraphe 2 du règlement européen n° 2017/1001 dispose que : « Les signes ou indications susceptibles de servir, dans le commerce, à désigner la provenance géographique des produits ou des services peuvent constituer des marques collectives, sans autoriser pour autant leur titulaire à interdire aux tiers d'user de tels signes ou indications dans la vie des affaires, dès lors que l'usage est conforme aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale. »

[1471] Art. 74, paragraphe 2 et art. 75, paragraphe 2, du règlement européen n° 2017/1001.

[1472] Ainsi, une marque peut être vendue ou délocalisée et donc devenir inaccessible à une partie des producteurs de la région d'origine spécifiée. Les producteurs d'autres pays pourraient aussi se voir octroyer une licence leur permettant d'utiliser la marque et de la commercialiser.

[1473] Art. L. 714-5 du CPI et art. 58 du règlement n° 2017/1001.

[1474] Art. L. 715-5, 2° du CPI, art. L. 715-10, 1° du CPI, art. 81 et 91 du règlement n° 2017/1001.

[1475] En vertu des art. 52 et 53 du règlement n° 2017/1001 et de l'art. L. 712-9 du CPI, l'enregistrement est valable 10 ans à compter de la date d'enregistrement et peut être renouvelé pour des périodes de 10 ans moyennant le versement de taxes de renouvellement, notamment pour ce qui est de l'enregistrement international au Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

[1476] Art. 7 de l'Arrangement de Lisbonne.

[1477] Par exemple, dans le comté de Taita Taveta au Kenya, les paniers de *sisal* sont fabriqués par les femmes selon des techniques artisanales traditionnelles transmises de génération en génération. Cette communauté a créé la *Taita Baskets Association*, propriétaire d'une marque collective dénommée « *Taita basket* ». Elle a enregistré la marque en vue de créer une désignation commerciale régionale forte, reconnaissable et rentable. Voir OMPI, « Protect and Promote Your Culture - A Practical Guide to Intellectuel Property for Indigenous Peuples and Local Communities », *WIPO's Traditional Knowledge Division,* Geneva, 2017, spé. p. 43.

3) Les limites des indications géographiques en tant que régime de protection des savoirs dits « traditionnels »

489. Un régime de protection initialement dédié au marché. Le régime des indications géographiques a d'abord été conçu pour le marché et non prioritairement pour la conservation de la biodiversité et la défense des valeurs culturelles[1478]. Une telle protection apparaîtrait alors plus appropriée aux productions de masse sur le marché international[1479]. La pertinence du régime des indications géographiques dépend, de surcroît, de l'existence de réels bénéfices à l'égard des communautés autochtones et locales. Or, ce régime se focalise sur les bénéfices économiques ayant souvent peu de signification pour les communautés autochtones et locales. Pour que ces dernières en retirent un bénéfice, le produit doit aussi répondre à la demande des consommateurs. Par conséquent, le risque de ce système est que les savoirs les moins aptes à une valorisation économique disparaissent. Le marché ne paraît donc pas toujours être la solution idéale, ou tout du moins l'unique solution, pour les communautés autochtones et locales. Le risque d'une telle protection est, en outre, d'accroître la demande du produit. Une pression économique risquerait de s'installer ayant pour effet de dissoudre les systèmes de production traditionnels, et notamment de surexploiter les écosystèmes et la biodiversité. Cependant, pour compenser ce risque, S. Laird et D. Downes insistent sur la nécessité de créer des obligations, dans des lignes directrices, qui imposent le respect de l'environnement dans la production des ressources[1480] et, pourrions-nous ajouter, le respect des modes de production des communautés autochtones et locales[1481]. Ces dernières peuvent, du reste, considérer leurs savoirs comme inappropriés pour intervenir dans les relations commerciales, notamment pour les savoirs tenus secrets. Pour être protégés par un tel système, il est nécessaire de divulguer les savoirs dans le cahier des charges qui est d'accès public. Cette divulgation présente d'ailleurs des dangers car elle pourrait laisser libres d'autres producteurs dans l'utilisation non-autorisée des savoirs des communautés autochtones et locales tant qu'ils ne commercialisent pas leurs

[1478] Comme le souligne l'OMPI lorsqu'elle définit l'indication géographique comme « un signe distinctif servant à différencier des produits concurrents (…) ». Voir OMPI, « Indications géographiques », *Publication OMPI*, No. 952F, 2017, spé. p. 7.

[1479] Downes, D., Laird, S., « Innovation Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge - Case Studies on Geographical Indications and Trademarks », *UNCTAD Biotrade Initiative,* 1999, spé. p. 10.

[1480] Downes, D., Laird, S., *ibid*., p. 8.

[1481] Par exemple, le cahier des charges relatif au Comté limite l'utilisation d'engrais pour préserver la biodiversité naturelle des sols et de la flore. Voir OMPI, *ibid*., p. 18.

produits sous le signe des indications géographiques[1482] ou des marques collectives[1483]. Dès lors, de tels régimes apparaissent davantage adaptés aux savoirs « traditionnels » déjà diffusés et non aux savoirs secrets. Mais encore, rien n'indique que ces formes de protection imposent le respect du droit coutumier, ce qui est pourtant revendiqué par les communautés autochtones et locales dans l'établissement d'un régime de protection de leurs savoirs.

490. Un contrôle des pratiques non autorisées à renforcer. Il est aussi reproché aux contrôles d'être peu efficaces, en particulier les contrôles relatifs aux pratiques non autorisées. Pour que la protection soit effective et dissuasive, S. Laird et D. Downes[1484] considèrent qu'une organisation ou une institution devrait être chargée de maintenir et d'élaborer des critères, de contrôler le respect des critères, de vérifier si le produit a assez de potentiel sur le marché, d'empêcher l'utilisation non autorisée d'une indication ainsi que de conseiller et de sensibiliser les communautés autochtones et locales. Or, la Cour des comptes européenne a souligné dans un rapport spécial[1485] que les dispositions réglementaires et la surveillance des contrôles par les Etats membres sont insuffisantes[1486]. Toutefois, en France, depuis la loi du 6 août 2015[1487], les deux formes de contrôle conseillées par la Cour des comptes européenne ont bien été mises en place. La loi exige en effet que des opérateurs d'évaluation et de la conformité contrôlent le respect du cahier des charges et décident de l'octroi, du maintien ou de l'extension de la certification[1488]. L'organisme de défense et de gestion a, de plus, pour mission de s'assurer que les opérations de contrôle des opérateurs sont effectuées conformément aux conditions fixées dans le cahier des charges[1489]. Un contrôle visant à détecter et empêcher l'utilisation non autorisée, l'imitation ou l'évocation d'une dénomination protégée est, par ailleurs, mis en place. L'organisme de défense et de gestion doit en effet exclure tout opérateur qui ne respecte pas le

[1482] Cependant, des actions civiles contre les atteintes portées à une indication géographique sont prévues aux art. L. 722-2 et s. du CPI. Une action civile pour contrefaçon peut être initiée par toute personne autorisée à utiliser l'indication géographique ou par tout organisme ayant pour mission la défense des indications géographiques.

[1483] Des actions civiles (contrefaçon, responsabilité civile) contre les atteintes portées aux marques collectives sont cependant prévues aux art. L. 716-1 et s. du CPI.

[1484] Downes, D., Laird, S., *ibid*., p. 22.

[1485] Cour des comptes européenne, « La conception et la gestion du système des indications géographiques garantissent-elles son efficacité ? », Rapport spécial n° 11/2011, 2011.

[1486] Les Etats attendent des plaintes pour agir et des contrôles réguliers pour lutter contre les pratiques non autorisées ne sont pas mis en place. La Cour recommande donc d'agir sur deux types de contrôle : le contrôle du respect du cahier des charges avant la mise sur le marché des produits (art. 11 du règlement du 20 mars 2006) et le contrôle visant à détecter et à empêcher l'utilisation non autorisée, l'imitation ou l'évocation d'une dénomination protégée (art. 13 du même règlement).

[1487] Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

[1488] Art. L. 721-9 du CPI.

[1489] Art. L. 721-6. 3° du CPI.

cahier des charges ou dont la certification n'a pas été octroyée ou a été suspendue ou retirée[1490]. Cet organisme a le pouvoir de décider des mesures pour sanctionner les manquements. J. Azéma et J.C. Galloux soulignent que l'INAO (Institut National de l'Origine et de la Qualité) et la DGCCRF (Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes) assurent ce contrôle du respect des exigences, sanctionnent leur méconnaissance et poursuivent les tiers utilisant sans droit l'appellation ou une dénomination susceptible de créer une confusion[1491]. L'INPI vérifie également que les opérations de contrôle ont bien été effectuées et que les mesures correctives, de mises en demeure et exclusion, sont bien mises en œuvre[1492].

491. Une portée géographique à améliorer. Il ne semblerait, de plus, pas suffisant de procéder à l'enregistrement de l'indication géographique dans le seul pays d'origine. Le droit reconnu dans le pays d'origine ne produirait ses effets que dans les limites du territoire dudit pays. Cependant, il apparaît difficile de prétendre à une protection au niveau international car les systèmes de protection sont fragmentés[1493]. Malgré la création d'une organisation à l'échelle internationale[1494], la protection juridique est du ressort de chaque pays et est régie par la législation nationale en l'absence d'une réglementation internationale commune et cohérente[1495]. Les différentes marques, appellations, ou désignations doivent alors être enregistrées dans tous les pays visés pour protéger l'indication géographique qu'elles représentent. L'OMPI présente plusieurs mesures pouvant être mises en œuvre pour protéger

---

[1490] Art. L. 721-6. 6° du CPI.

[1491] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 1178.

[1492] Art. L. 721-9 du CPI.

[1493] Le Centre du commerce international expose que : « Sur les 167 pays qui protègent les IG [indications géographiques] en tant que propriété intellectuelle, 111 (y compris les 27 de l'UE) se sont dotés de législations spécifiques ou *sui generis*. 56 pays utilisent un système de marques de commerce ou de fabrique à la place de lois protégeant spécialement les IG ou en complément de celles-ci. Ces pays protègent leurs IG à l'aide de marques de certification, de marques collectives ou de marques de commerce ou de fabrique. » Voir Centre du commerce international, (dir.) Giovannuncci, D., Josling, T., Kerr, W., O'Connor, B., Yeung, M.T., *Guide des indications géographiques - Faire le lien entre les produits et leurs origines,* Genève, 2009, spé. p. 15.

[1494] L'Organisation pour un réseau international d'indications géographiques (OriGIn) est une ONG basée à Genève et créée en 2003. Elle rassemblait, en 2015, environ 400 associations de producteurs et autres institutions liées aux indications géographiques de 40 pays.

[1495] Le Centre du commerce international souligne les conséquences et les difficultés d'une protection internationale : « Des produits aussi populaires que le riz Basmati, le fromage Feta et le vin de Porto (…) sont protégés dans leur pays d'origine mais pas nécessairement à l'étranger. Dans ce cas-là, certains pays peuvent faire valoir que ces produits sont devenus des produits génériques sur le marché et qu'ils n'appartiennent donc pas exclusivement à une région géographique ou à un groupement de producteurs. Il en découle notamment que le nom "Feta", bien que protégé sur le territoire dont il est originaire (l'UE) en tant que fromage grec particulier, peut être librement vendu sur le marché américain en provenance de régions autres que la Grèce (...). Les premiers producteurs du produit peuvent donc perdre le droit de défendre leur nom, leur produit ou son procédé de fabrication dans d'autres pays dans lesquels il n'est ni enregistré ni défendu. En fait, le débat mondial sur ce problème se trouve aujourd'hui dans l'impasse, ce qui empêche pour l'heure la conclusion d'un accord international strict ou l'établissement d'un registre commun pour les indications géographiques. » Voir Centre du commerce international, (dir.) Giovannuncci, D., Josling, T., Kerr, W., O'Connor, B., Yeung, M.T., *op. cit*., p. 16.

les indications géographiques à l'étranger[1496]. Les plus pertinentes seraient l'obtention d'une protection directement dans chaque pays concerné, la conclusion d'accords bilatéraux avec les Etats et surtout l'application de l'Arrangement de Lisbonne établissant une protection des appellations d'origine au niveau international[1497] et de l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques[1498]. Même à l'échelle locale, des difficultés peuvent toutefois apparaître au niveau de la délimitation géographique des indications géographiques. Comme le souligne le Centre du commerce international : « Définir les limites exactes d'une IG [indication géographique] peut s'avérer un exercice politiquement et socialement controversé. Certains producteurs ou transformateurs peuvent se retrouver exclus. Des "parasites" peuvent exiger d'être inclus (…). En fait, quelqu'un va inévitablement se trouver exclu, ce qui peut causer des difficultés auxquelles il faudra pallier[1499]. »

492. Un coût humain et financier non négligeable. Les indications géographiques nécessitent, du reste, un coût financier important propre à dissuader certaines communautés autochtones et locales. Des dépenses sont en effet nécessaires pour adapter les installations, les méthodes de production, les matières premières et l'organisation d'une manière générale pour respecter les conditions du cahier des charges. Des frais de justice et de protection risquent sûrement d'intervenir pour empêcher l'utilisation abusive du nom de l'indication géographique ou la fraude[1500]. Des solutions sont cependant envisageables, comme il est prévu à l'article 44 du règlement européen n° 1151/2012 avec le Fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER)[1501]. Des difficultés peuvent également apparaître pour organiser une gouvernance participative équitable avec notamment la création de règles collectives. Toutefois, comme dans tout « commun », il convient de suivre les « principes de *design* » établis

[1496] OMPI, « Indications géographiques », *Publication OMPI*, No. 952F, 2017, spé. p. 35.

[1497] L'Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international du 31 octobre 1958 permet de garantir une protection des appellations d'origine provenant d'un Etat membre sur le territoire de tous les autres Etats membres au moyen d'un « enregistrement international » déposé auprès de l'OMPI par l'administration compétente du pays d'origine.

[1498] Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques du 14 avril 1891.

[1499] Par exemple, la Colombie a consacré près de deux années à travailler avec les communautés pour délimiter la zone exacte de production d'une variété de café distinctive et a beaucoup investi au plan scientifique pour définir avec précision la zone sur laquelle étaient réunis tous les paramètres de qualité attendus avant de proposer officiellement une indication géographique. Voir Centre du commerce international, *op. cit*., p. 23.

[1500] Selon le Centre du commerce international : « Le coût de ce type de protection va de quelques milliers de dollars à des centaines de milliers de dollars par an, surtout lorsqu'à ces dépenses s'ajoutent les frais administratifs et de justice liés aux poursuites à engager contre les auteurs de violations dans d'autres pays. » Voir Centre du commerce international, (dir.) Giovannuncci, D., Josling, T., Kerr, W., O'Connor, B., Yeung, M.T., *op. cit*., p. 26.

[1501] L'art. 44 du règlement européen n° 1151/2012 dispose que : « Le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) peut (…) financer, de manière centralisée, les actions de soutien administratif (…) afin de protéger l'utilisation des mentions, abréviations et symboles faisant référence à des systèmes de qualité contre toute usurpation, imitation ou évocation ou contre toute autre pratique susceptible d'induire le consommateur en erreur, dans l'Union et dans les pays tiers. »

par E. Ostrom[1502].

493. Transition. Les détenteurs de savoirs peuvent ainsi librement choisir le régime juridique des « communs », soit par l'utilisation des licences libres soit par le régime des indications géographiques ou des marques collectives. Mais encore, le régime juridique des « communs » peut exister par l'utilisation de qualifications juridiques assurant le partage des savoirs.

PARAGRAPHE II. LES « COMMUNS » EXISTANT PAR L'EMPLOI DE QUALIFICATIONS JURIDIQUES GARANTISSANT LE PARTAGE

494. Plan. Après s'être interrogé sur la pertinence d'un « domaine public consenti ou volontaire » en tant que seconde option dans le choix des « communs » pour le détenteur (A), il sera étudié l'opportunité du « patrimoine commun » ou « patrimoine culturel immatériel » en tant que « commun » imposé au détenteur au nom d'une valeur universelle (B).

A) Le domaine public consenti ou volontaire : un domaine de partage et de protection des savoirs par la subsistance du droit moral

495. Présentation du domaine public consenti. Le domaine public devrait pouvoir contenir les savoirs que les détenteurs ont décidé de mettre dans ce domaine en renonçant volontairement à leurs droits. Selon M. Clément Fontaine, le domaine public consenti se définit comme un « ensemble d'œuvres sur lesquelles les auteurs ont renoncé à leurs droits patrimoniaux afin qu'elles deviennent des œuvres évolutives à pluralité d'auteurs, car il est possible de les copier, modifier et diffuser sans autres restrictions que celles nécessaires au respect de ces libertés. L'usage des œuvres du domaine public consenti est donc strictement libre »[1503]. Une telle qualification semble se rapprocher des *res derelictae* définies comme des choses qui ont eu un maître mais celui-ci les a abandonnées volontairement de sorte qu'elles

[1502] Selon les « principes de *design* », il est primordial de définir clairement les relations entre membres et non membres de la communauté, d'adapter la gouvernance des règles d'utilisation aux besoins et conditions locaux, d'assurer que ceux qui sont affectés par les règles soient en mesure de participer à leur modification, c'est-à-dire de créer des arrangements par des choix collectifs, de garantir que les règles établies par la communauté soient respectées par les autorités extérieures ainsi que de créer des sanctions graduées et des mécanismes de résolution des conflits accessibles et peu coûteux. Voir Ostrom, E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action,* Cambridge University Press, 1990.

[1503] M. Clément Fontaine se focalise sur le droit d'auteur lorsque les œuvres sont volontairement placées dans le domaine public par leur auteur. Toutefois, le domaine public consenti serait également pertinent pour d'autres droits de propriété intellectuelle, et notamment en matière de droit des brevets. Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre*, Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, p. 339.

n'appartiennent à personne et peuvent être appropriées par quiconque s'en empare[1504]. Le domaine public consenti se distingue toutefois des *res derelictae* car le détenteur n'a renoncé qu'à ses droits patrimoniaux et non à la chose elle-même. Ainsi, le domaine public consenti apparaît comme un commun par rejet de l'appropriation[1505]. Il s'agit donc de reconnaître la qualité de « bien commun » aux savoirs lorsqu'ils entrent dans un tel domaine.

496. Un renoncement volontaire comme exercice légitime des droits exclusifs. Ce renoncement volontaire au droit à une contrepartie et le partage volontaire de l'objet protégé constituent des exercices légitimes des droits exclusifs du détenteur. C'est parce que l'individu est propriétaire de ses créations qu'il a la liberté d'user librement de son bien jusqu'à décider de ses conditions de distribution. Il peut alors faire le choix d'abandonner ses droits au public. Le détenteur va manifester unilatéralement sa volonté de renoncer à certaines prérogatives offertes par la loi. Cette renonciation aux droits a déjà été expressément autorisée au Chili, en Colombie, en Inde et au Kenya[1506]. En France, il semblerait possible de renoncer à ses droits en matière de droit des brevets, comme le prévoit l'article L. 613-24 du CPI[1507]. En revanche, au sein du droit d'auteur, il semble nécessaire de distinguer le régime moniste et le régime dualiste. Dans le premier, le droit moral et les droits patrimoniaux sont considérés comme faisant partie intégrale et indivisible du droit d'auteur. Le droit d'auteur peut uniquement être concédé sous licence, et notamment sous licences libres, mais la renonciation est impossible. Dans le second, le droit moral et les droits patrimoniaux sont traités séparément. La renonciation aux droits patrimoniaux semblerait réalisable et le « domaine public consenti » applicable.

497. Un renoncement nécessairement conditionné. M. Clément-Fontaine souligne cependant les conditions nécessaires pour valablement renoncer à ses droits[1508]. La volonté

[1504] Berlioz, P., *Droit des biens,* Ellipses, 2014, p. 100 ; Libchaber, R., « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016, No. 39.

[1505] Rochfeld, J., « 5. Entre propriété et accès : la résurgence du commun », *in* Bellivier, F., et *al., La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 69-87 ; Rochfeld, J., « Quel modèle pour construire des 'communs' ? », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs*, CNRS, Paris, 2014, p. 103 ; Rochfeld, J., « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique*,* T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 351-369. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-351.htm

[1506] Ces pays prévoient la renonciation au droit d'auteur dans leur définition du domaine public. Voir OMPI, « Résumé de l'analyse comparative des approches nationales en matière de renonciation volontaire au droit d'auteur », *Comité du développement et de la propriété intellectuelle*, 13ème session, Genève, CDIP/13/INF/6, 23 mai 2014.

[1507] L'art. L. 613-24 du CPI dispose que : « Le propriétaire du brevet peut à tout moment soit renoncer à la totalité du brevet ou à une ou plusieurs revendications, soit limiter la portée du brevet en modifiant une ou plusieurs revendications. La requête en renonciation ou en limitation est présentée auprès de l'Institut national de la propriété industrielle dans des conditions fixées par voie réglementaire (…). Les effets de la renonciation ou de la limitation rétroagissent à la date du dépôt de la demande de brevet. »

[1508] Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, p. 258.

d'abdiquer un droit doit d'abord être non-équivoque et irrévocable. L'acte doit aussi être unilatéral dans le sens où c'est la volonté unique du détenteur qui est révélée. Le consentement du titulaire des droits doit, de plus, être libre et éclairé. Il doit notamment être en connaissance de tous les effets et conséquences de cette renonciation. Si ces conditions sont bien remplies alors la renonciation des droits aurait pour conséquence l'entrée des savoirs dans le « domaine public consenti ». Les savoirs doivent alors pouvoir être librement copiés, diffusés, modifiés et potentiellement faire l'objet d'actes de commercialisation. De plus, L. Lessig[1509] propose un autre moyen de faire entrer les savoirs dans le « domaine public consenti ». Il propose que les créations soient protégées pour cinq ans une fois enregistrée. Cette protection serait payante et renouvelable 15 fois. Si le détenteur décide de ne pas renouveler la protection, alors la création tombe dans le domaine public. Le détenteur renoncera à la protection lorsque le coût de la protection juridique est trop élevé par rapport aux bénéfices escomptés.

498. Une renonciation aux prérogatives de la loi. La renonciation ne signifie toutefois pas que le détenteur renonce à l'ensemble de ses droits. M. Clément-Fontaine insiste sur la distinction entre renonciation aux règles de droit et renonciation aux prérogatives de la loi[1510]. C'est seulement au regard des prérogatives que lui offre la loi que le détenteur renonce à ses droits. Le détenteur renonce en effet à exercer ses droits patrimoniaux. C'est la capacité d'exercice qui est ici en jeu et non sa capacité de jouissance. Toute personne doit alors pouvoir accéder aux productions intellectuelles du détenteur sans payer de redevances. Mais, selon M. Clément-Fontaine, comme ce renoncement risque d'être contraire au principe d'interprétation stricte des cessions inscrit à l'article L. 131-3 du CPI[1511], cette renonciation doit porter sur des savoirs précisément identifiés et doit être justifiée par une situation exceptionnelle (volonté de rendre les savoirs libres) en bénéficiant d'un avantage[1512]. Il n'est cependant pas certain que ce principe d'interprétation stricte des cessions ait à s'appliquer car le détenteur ne cède pas tout ou partie de ses droits patrimoniaux à un tiers mais il renonce à ses droits.

499. Le maintien du droit moral. Concernant le droit moral, étant donné que ce droit est inaliénable et imprescriptible, il est nécessairement maintenu. Le droit moral n'est pas un

[1509] Lessig, L., *The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World,* Random House, New York, 2001, p. 251.

[1510] Clément-Fontaine, M., *op. cit*., p. 274-291.

[1511] L'art. L. 131-3, al. 1 du CPI dispose que : « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à la destination, quant au lieu et quant à la durée. »

[1512] Par exemple, la liberté de modifier doit assurer des apports créatifs subséquents dont il pourra bénéficier.

obstacle car il n'a pas pour finalité d'empêcher l'usage de l'œuvre aux tiers. Un contrôle est exercé par le détenteur mais l'utilisation libre peut toujours être autorisée. La seule condition est de respecter la paternité et l'intégrité de l'œuvre. Le droit moral n'est, par ailleurs, pas exercé de la même façon dans le domaine public classique et dans le « domaine public consenti ». Dans le premier, le droit moral ne garantit pas une pleine liberté et une gratuité aux utilisateurs car il est transmis aux héritiers. Ces derniers peuvent restreindre la libre utilisation, diffusion ou modification des éléments du domaine public par différents moyens sans forcément bien connaître la volonté du détenteur initial[1513]. Au contraire, pour le « domaine public consenti », le détenteur initial est toujours en vie et sa volonté n'est pas entre les mains de ses héritiers. Selon M. Clément-Fontaine, il est alors confronté à deux types de choix : soit il considère que les éléments tombés dans le « domaine public consenti » sont des éléments sur lesquels il a renoncé à ses droits patrimoniaux tout en conservant son droit moral[1514], soit il décide que les éléments du « domaine public consenti » sont « libres »[1515]. Ces deux cas se distinguent alors par une plus ou moins grande liberté des utilisateurs dans les actes de modification dépendant de la nécessité ou non de demander expressément le consentement du détenteur. Le second cas semble être le plus judicieux car il semble difficile, en pratique, que le détenteur de savoirs donne son consentement exprès pour chaque acte de modification au cas-par-cas.

500. Les actions pour lutter contre la privatisation des éléments du domaine public consenti. La renonciation aux droits ne protège cependant pas contre la réappropriation et la

[1513] M. Clément-Fontaine souligne que des difficultés peuvent survenir lorsqu'un procès relatif à la protection de l'intégrité de l'œuvre est introduit par les héritiers. En effet, les juges doivent examiner la volonté de l'auteur au regard de l'exercice du droit moral mais cette preuve de la volonté de l'auteur est difficile à apporter, surtout quand le lien entre les héritiers et l'auteur est éloigné. En cas de doute sur la volonté de l'auteur, la violation du droit moral est généralement retenue par la jurisprudence, ce qui restreint la libre utilisation, modification ou diffusion de l'œuvre. M. Clément-Fontaine explique que des incertitudes sur la volonté de l'auteur conduisent aussi à l'instauration d'un contrôle *a posteriori* en imposant l'obtention d'une autorisation préalable pour toute adaptation et modification de l'œuvre. Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, p. 305.

[1514] Dans ce premier cas, les éléments de ce domaine public peuvent être copiées et diffusées librement dès lors qu'elles ont été divulguées par le détenteur et que les actes des utilisateurs ne portent pas atteinte à la paternité et à l'intégrité. Toute modification impose toutefois encore le consentement particulier du détenteur. Voir Clément-Fontaine, M., *op. cit*., p. 315.

[1515] Dans ce second cas, les créations peuvent également être copiées et diffusées mais aussi être modifiées et faire, par exemple, l'objet d'actes de commerce sans restrictions autres que celles nécessaires au maintien de ces libertés. Le droit moral est alors exercé de manière raisonnable et mesurée, c'est-à-dire que certaines prérogatives du droit moral sont atténuées (Sur ce point, voir les développements de la seconde partie de la présente thèse - chapitre I, titre II) ou bien le droit au respect de l'intégrité est interprété comme l'obligation de respecter le caractère libre des savoirs. En principe, le détenteur ne peut s'engager à l'avance à accepter toutes modifications car cet engagement serait contraire au droit moral, par nature inaliénable. M. Clément Fontaine propose toutefois d'assouplir le principe d'inaliénabilité du droit moral en considérant que le détenteur initial peut contractuellement autoriser autrui à modifier librement la création en affirmant que l'esprit de celle-ci est d'être librement modifiable. Voir Clément-Fontaine, M., *op. cit*., p. 315. A. Lucas et *al.,* parlent d'une atteinte à l'esprit de l'œuvre, c'est-à-dire une atteinte « contextuelle » permettant « à l'auteur d'interdire des pratiques (…) qui en tout cas, en affectent la perception que l'auteur entend donner d'elle au public. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 523. M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent aussi que : « Respecter le droit moral c'est respecter le choix fait par eux, non de l'intangibilité, mais de la libre évolutivité de leurs œuvres. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 875.

privatisation par les tiers des éléments du domaine public consenti dans la mesure où aucun *copyleft* n'est imposé. Des améliorations seront considérées de manière autonome et pourront prétendre à une protection exclusive. Lorsque les savoirs sont largement diffusés, il n'est toutefois pas nécessaire de les protéger par un régime juridique excluant tous les tiers d'y accéder et de les utiliser. Mais, le domaine public consenti ne signifie pas non plus l'absence de protection et l'absence de droits et d'obligations. Les tiers disposent d'un droit d'accès et d'utilisation mais doivent répondre à certaines obligations telles que respecter le droit moral des détenteurs, et particulièrement respecter le droit de paternité et le droit au respect de l'intégrité. Une protection positive du domaine public devrait alors être mise en œuvre, notamment par l'action en agissements parasitaires[1516]. Les actes abusifs seraient alors interdits et punis. Il pourrait néanmoins paraître illégitime que les détenteurs intentent une telle action alors qu'ils n'ont plus de droits privatifs puisqu'ils y ont renoncés[1517]. Cependant, en utilisant cette action, cela ne signifie pas que les détenteurs se réapproprient privativement les éléments du domaine public consenti. L'action en agissements parasitaires garantirait une protection des savoirs sans forcément jouir d'un monopole d'exploitation et sans constituer une sorte de méta-propriété[1518]. Cette conception de la protection est notamment accueillie par une partie de la doctrine soutenant que le droit commun de la responsabilité s'applique dans un cadre juridique différent de celui prévu pour les atteintes à la propriété intellectuelle[1519]. J.M. Mousseron[1520]

[1516] En principe, pour intenter une telle action, l'objet à protéger doit répondre à certaines conditions et notamment ne pas être dans le domaine public et ne pas être immédiatement accessible. Nous avons précédemment exposé que ces conditions sont critiquables. Le détenteur pourrait aussi démontrer des efforts d'ouverture, de coopération et de partage pour intenter une action en parasitisme (voir la sous-partie précédente).

[1517] J.P. Stouls souligne que : « Reconnaître une faute de concurrence déloyale dans de tels actes d'exploitation reviendrait à édifier une "protection de seconde zone" ou de "repli", et constituer ou reconstituer par une autre voie un monopole qui a disparu. » Voir Stouls, J.P., « La question au regard des droits de propriété industrielle et de la concurrence déloyale », *in* Bruguière, J.M., *L'articulation des droits de propriété industrielle*, Dalloz, 2011, spé. p. 130. M. Vivant et J.M. Bruguière expliquent aussi que : « Une utilisation excessive de l'action en concurrence déloyale ou aujourd'hui de l'action en parasitisme peut aboutir à la constitution *de fait* de monopoles que le législateur n'avait pas souhaité établir. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 46.

[1518] L'action en agissements parasitaires vise ainsi à protéger une personne qui ne peut justifier d'un droit privatif ou qui peut justifier d'une faute distincte de l'atteinte portée à un tel droit privatif. Comme l'énonce la cour d'appel de Paris : « L'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale ne constituent pas, sous des formes différentes, l'exercice du même droit et ne tendent pas aux mêmes fins. La première a pour fondement l'atteinte à un droit privatif tandis que la seconde sanctionne une faute commise à l'encontre d'une personne qui ne peut justifier d'un droit privatif ou en tout cas qui peut justifier d'une faute distincte de l'atteinte portée à un tel droit. » Voir CA Paris, 14 mai 2003, *JCP*, 2003, 1627, obs. Caron. Dans le même sens, la Cour de cassation a déclaré que l'action en concurrence déloyale a « pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif. » La Cour pose le principe que la responsabilité civile peut prendre le relais du droit exclusif. (Cass. com., 12 juin 2007, *JCP,* 2007, 10181, obs. Malaurie-Vignal).

[1519] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 634. M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent aussi que : « Le fait que ne soient pas invoqués de tels droits ne saurait faire obstacle à ce que celui qui s'estime victime d'un acte critiquable puisse en rechercher l'auteur sur le terrain de la responsabilité civile (…) s'il s'avère que, loin de se borner à faire usage de la liberté du commerce et de l'industrie, celui-ci a commis des fautes constitutives de concurrence déloyale. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 41.

[1520] Mousseron, J.M., « Valeurs, biens, droits », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida,* Dalloz, 1991, p. 277.

explique aussi que les mécanismes de responsabilité civile ou la voie contractuelle sont les premiers modes de protection à considérer. Une telle action présente une autre vision de la protection car elle protège les savoirs par autre chose que la propriété. L'objectif est de mettre en œuvre un contrôle opposable *erga omnes* de l'exploitation abusive des savoirs par les tiers[1521]. Les détenteurs ont effectivement renoncé à leurs droits privatifs pour favoriser le régime des « communs » et souhaitent uniquement faire respecter leur droit moral en se protégeant contre les dommages subis en raison d'une faute d'un tiers[1522]. Dès lors, le simple emprunt par un tiers ou le seul fait de profiter des investissements réalisés par le détenteur initial ne suffiront pas à constituer une faute[1523]. M. Clément Fontaine propose, en outre, un moyen intéressant de lutter contre la réappropriation par l'exercice du droit à l'intégrité de l'œuvre[1524]. Ce droit garantit une protection de l'esprit de la création tel que le détenteur a voulu qu'elle soit. Il pourrait être imposé, grâce à ce droit au respect de l'intégrité, comment la création doit être utilisée pour respecter le sens que le détenteur a voulu lui donner et ainsi s'opposer aux atteintes portées au caractère libre. Une réappropriation de la création serait donc une violation du droit au respect de l'intégrité.

501. La distinction entre domaine public consenti et licences libres. Il peut néanmoins être difficile de distinguer l'intérêt du « domaine public consenti » lorsque les licences libres existent déjà. L'OMPI souligne en effet que les solutions fondées sur les licences libres contribuent à réduire l'importance de la question de la renonciation des détenteurs à leurs

[1521] Comme le souligne C. Caron : « Certes, il faut éviter la reconstitution indue de monopole. Mais, à l'inverse, il importe de lutter contre des comportements malhonnêtes. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 471.

[1522] L'utilisation des savoirs sera fautive en cas de violation du droit à la paternité et du droit au respect de l'intégrité. Par exemple, concernant les licences libres, le tiers sera fautif s'il n'a pas respecté les conditions relatives à l'utilisation imposées par le détenteur initial, telles que l'interdiction des utilisations dans un but lucratif. Dans le cadre du domaine public consenti, le tiers commettra une faute essentiellement lorsqu'il s'approprie privativement les savoirs et en empêche tout accès et toute utilisation.

[1523] « L'action en concurrence déloyale (…) ne peut permettre de reconstituer un droit privatif sur une idée non protégée, ou, ce qui revient au même, sur une création tombée dans le domaine public, et ne peut prospérer en pareille hypothèse qu'à la condition pour le demandeur d'établir un fait distinct de l'emprunt lui-même, par exemple, une manœuvre de confusion ou la violation d'une obligation de discrétion. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 22. La Cour de cassation a rendu un arrêt appuyant cette opinion : « Le simple fait de copier un produit concurrent qui n'est pas protégé par des droits de propriété intellectuelle ne constitue pas en soi un acte de concurrence déloyale et la recherche d'une économie au détriment d'un concurrent n'est pas en tant que telle fautive mais procède de la liberté du commerce et de la libre concurrence, sous réserve de respecter les usages loyaux du commerce. » Voir Cass. com., 9 mars 2010, *Propr. intell*. 2010, p. 777, obs. Passa. Certains auteurs s'opposent néanmoins à cette interprétation. Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 25.

[1524] Clément-Fontaine, M., *op. cit.*, p. 334. Dans le même sens, M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent que la méconnaissance du droit au respect de l'intégrité peut résulter du changement de la destination par les tiers. Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 511.

droits[1525]. Il est cependant essentiel de bien les distinguer car ils ne sont pas exercés de la même façon par les titulaires de droits et ils ne garantissent pas la même protection. D'abord, pour que des éléments entrent dans le « domaine public consenti, » le détenteur doit avoir renoncé à ses droits patrimoniaux. Au contraire, en concluant des licences libres, le détenteur conserve tous ses droits, y compris ses droits à une contrepartie[1526]. Le détenteur fait donc un usage détourné de son droit exclusif en autorisant explicitement le libre usage de ses créations (copie, distribution, adaptation, modification). Il a cependant encore le contrôle de l'utilisation de sa création et peut notamment interdire les utilisations commerciales. Certains actes pourront alors être interdits même s'ils ne constituent pas des actes d'utilisation abusifs. Les licences libres apportent, de plus, davantage de sécurité juridique que le domaine public. Elles sont protégées contre les réappropriations par le *copyleft* alors que le domaine public n'a, pour l'instant, aucune protection positive. D'ailleurs, lorsque licences libres et domaine public sont combinés pour créer des licences types domaine public[1527], cette fusion n'est pas toujours bien accueillie car il est reproché à ces licences de ne pas protéger contre les réappropriations et privatisations par les tiers[1528]. Les modifications des tiers ne sont versées au fonds commun que si elles ne sont pas constitutives d'une œuvre originale. S. Dusollier[1529] souligne l'absence de protection contre les tentatives d'appropriation des éléments du domaine public de sorte que toute personne peut les exploiter en pratiquant des adaptations originales et obtenir l'exclusivité. Ainsi, rien n'empêche leur réservation ou privatisation juridique, contractuelle et/ou technique car le domaine public ne suit pas une règle absolue de non-exclusivité. Choisir entre « domaine public consenti » et licences libres n'entraîne donc pas le même niveau de protection et les mêmes conséquences à l'égard des détenteurs de droits. Cependant, S. Dusollier ne recommande pas

[1525] OMPI, « Résumé de l'analyse comparative des approches nationales en matière de renonciation volontaire au droit d'auteur », *Comité du développement et de la propriété intellectuelle*, treizième session, Genève, CDIP/13/INF/6, 23 mai 2014.

[1526] Comme le soulignent A. Lucas et *al.* : « Après tout, les promoteurs des licences libres n'ont jamais prétendu que le mouvement devrait rester complètement à l'écart de l'économie, et certaines d'entre elles, par exemple celles qui s'inscrivent dans le mouvement *open source,* visent même à concilier la logique du partage avec la prise en compte des "intérêts économiques et industriels" » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 792.

[1527] Par exemple, la licence CC0 (*Creative Commons Zero*) permet au titulaire de droits d'auteur de placer son œuvre au plus près du domaine public. Il est alors possible pour les tiers de copier, modifier, distribuer et représenter l'œuvre, même à des fins commerciales, sans avoir besoin de demander l'autorisation du titulaire initial.

[1528] Sur les dangers relatifs à la réappropriation et privatisation des éléments du domaine public, voir les développements de la section I précédente soulignant que le domaine public classique est un espace insuffisamment solide pour assurer un partage sécurisé des savoirs (paragraphe II, B).

[1529] Voir notamment Dusollier, S., « Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public », *OMPI*, *Comité du développement et de la propriété intellectuelle,* septième session, Genève, CDIP/7/INF/2, 2-6 mai 2011 ; Dusollier, S., « The public domain in intellectual property : Beyond the metaphor of a domain », *in Intellectual Property and Public Domain,* PL Jayanthi Reddy (ed.), Icfai University Press, 2009, pp. 31-69 ; Dusollier, S., « Le domaine public, garant de l'intérêt général en propriété intellectuelle ? », *in* (dir.) Dusollier, S., Buydens, M., *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle,* Bruylant, 2008, pp. 117-147 ; Dusollier, S., Benabou, V.L., « Draw me a public domain », *in Copyright Law : A Handbook of Contemporary Research,* Edgar Elgar, Torremans P. (ed.), 2007, pp. 161-184.

l'utilisation des licences libres dans n'importe quel contexte. L'ambiguïté de ces licences risque de créer des effets pervers car elles s'appuient sur les outils contractuels qui sont eux-mêmes les outils ayant servi à la privatisation. Les outils contractuels ne devraient donc pas se substituer à l'établissement d'une législation[1530]. L'idée d'un « domaine public consenti », s'il était mieux encadré par la loi, pourrait donc présenter davantage de légitimité et ne devrait pas être abandonnée.

502. Transition. La dernière forme de « commun » se distingue des outils contractuels et du « domaine public consenti » dans la mesure où elle n'est pas créée par la simple volonté du détenteur mais elle est, au contraire, imposée à celui-ci.

B) Les « communs » imposés au détenteur au nom d'une valeur universelle : le « patrimoine commun » ou « patrimoine culturel immatériel »

503. Présentation du « patrimoine commun ». La seconde conception des communs « par appropriation collective » est relative au « patrimoine commun[1531] » et s'applique lorsque le bien présente un intérêt collectif. Le bien est alors affecté à une utilité publique ou à un projet commun. Les savoirs composant des conditions d'une vie digne, aussi bien sur le plan physique qu'intellectuel, devraient alors être rendus accessibles par des droits d'accès. J. Rochfeld parle de « biens destinés »[1532] dont le propriétaire ne peut user et disposer librement car ces biens sont « transcendés par leur destination ». Parmi ces « biens destinés », J. Rochfeld retient les biens d'intérêt général et les biens de dignité. Ces derniers conditionnent la dignité de la personne et son insertion sociale minimale dans la société. La gouvernance est guidée par des droits (accès, prélèvement, régulation) avec la prise en compte aussi bien des considérations éthiques que des considérations économiques, politiques et juridiques.

[1530] Selon S. Dusollier : « While other regulation methods such as contracts or technology might help restore this balance, they should never be a substitute for the law. », c'est-à-dire que même si certaines mesures contractuelles ou technologiques peuvent restaurer un équilibre, elles ne devraient jamais se substituer à une législation [Notre traduction]. Voir Dusollier, S., *ibid*., p. 293.

[1531] La notion de patrimoine commun est apparue en droit international puis s'est par la suite imposée en droit interne français. Par exemple, la Charte de l'environnement reconnaît l'environnement comme le « patrimoine commun des êtres humains » dans son troisième Considérant. Aussi, le Code du patrimoine, aux art. L.111-1 et s. mentionne l'existence d'un patrimoine culturel incluant les « trésors nationaux » et autres biens présentant un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie. M. Cornu souligne, en outre, que la Convention-cadre de Faro, du 13 octobre 2005 du Conseil de l'Europe, allie patrimoine commun et savoirs. Celle-ci déclare que : le « patrimoine commun constitue un ensemble de ressources héritées du passé que des personnes considèrent comme un reflet et l'expression de leurs valeurs, croyances, savoirs et traditions en continuelle évolution. » Voir Cornu, M., « Propriété et patrimoine, entre le commun et le propre », *in Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Martin*, G-J., Paris, Frison-Roche, 2013, pp. 146-161.

[1532] Rochfeld, J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013.

504. La double qualification du « patrimoine commun ». Le fondement affectant un bien à un intérêt collectif et à une finalité collective peut reposer sur deux qualifications différentes[1533]. D'abord, sur le fondement du patrimoine commun de la Nation, certains biens dévoilant une finalité collective doivent, même s'ils sont déjà appropriés, être sauvegardés et transmis aux générations futures. M. Deffairi définit un tel patrimoine comme « *une universalité ou un ensemble de biens et de choses,* matérielles ou immatérielles, qui présentent *un intérêt collectif* et qu'il importe de *protéger et préserver* pour en *garantir la transmission*[1534]. » Si le propriétaire n'a pas choisi par lui-même d'exercer son droit d'inclure, il devrait tout de même supporter des charges, telles que l'accès des tiers aux utilités de son bien lorsque ce dernier concerne, par exemple, le domaine de la dignité. En adoptant une telle qualification, le régime des « communs » est alors imposé au détenteur au nom d'une valeur universelle tout en laissant possible une coexistence entre droit de propriété privée individuelle et droits issus des « communs »[1535]. L'appropriation par un propriétaire est tolérée mais subordonnée au droit d'accès à tous et à une utilisation pacifique[1536]. C. Groulier souligne que l'effet juridique du patrimoine commun de la Nation est l'affaiblissement de l'exclusivisme juridique car le droit de propriété privée est affecté et ses attributs affaiblis. Bien que le *fructus* soit conservé, l'*usus* est contrôlé et l'*abusus* est pratiquement éteint puisque le propriétaire n'a plus le droit de vendre librement ou de détruire le bien[1537]. Le propriétaire apparaît alors davantage comme un gardien ayant un devoir de protection et de gestion de l'élément appartenant au patrimoine commun[1538]. Il apparaît alors comme un détenteur pour le compte de la communauté nationale[1539]. Ensuite,

---

[1533] Ainsi, nous verrons dans la seconde partie de la thèse que les connaissances théoriques font partie du patrimoine commun de l'Humanité (chapitre I, titre I). Quant aux connaissances pratiques, il est possible qu'elles soient inclues dans le patrimoine commun de la Nation en tant qu'exception à une protection exclusive lorsqu'elles présentent certaines caractéristiques (chapitre II, titre I).

[1534] Deffairi, M., « Patrimoine commun de la nation », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 893.

[1535] Selon I. Savarit, le patrimoine commun de la Nation confère une autonomie à des biens définis, non plus par rapport à un propriétaire, mais relativement à leur destination. Voir Savarit, I., « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA,* 1998, pp. 305-314.

[1536] F.G. Trébulle parle de « co-maîtrise » entre le propriétaire et la collectivité. Il n'y a donc aucun transfert de propriété et aucune expropriation mais le patrimoine commun impose au propriétaire une sujétion portant directement sur la chose objet de propriété. Voir Trébulle, F.G., « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », *in Études offertes au professeur Malinvaud*, Paris, LexisNexis Litec, 2007, pp. 659-687.

[1537] Groulier, C., « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA,* 2005, pp. 1034-1040.

[1538] M. Deffairi souligne cette responsabilité du propriétaire en déclarant que : « Nous exerçons sur elles [les composantes du patrimoine commun de la Nation] une certaine maîtrise, un *pouvoir,* mais nous ne pouvons pour autant pas en disposer librement dans la mesure où un *devoir* de protection et de gestion durable de ces biens nous incombe, une responsabilité. » Voir Deffairi, M., « Patrimoine commun de la nation », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 893 et s., spé. p. 896.

[1539] C'est notamment le cas pour les propriétaires d'immeubles classés comme monuments historiques. La nation, selon I. Savarit, dépasse l'Etat par son caractère plus symbolique et son aspect communautaire. Elle est usufruitière des éléments du

le patrimoine commun de l'Humanité se situe à l'échelle internationale et suit le principe de non-appropriation aussi bien privée qu'étatique. Selon M. Clément-Fontaine : « Les principes du patrimoine de l'humanité conduisent à la [l'œuvre] faire entrer dans un fonds commun duquel personne ne peut la retirer mais dont tout le monde peut jouir[1540]. » Une telle qualification interdit l'appropriation monopolistique ou souveraine et organise un partage effectif ainsi qu'une gestion particulière de ses éléments par des droits d'accès et d'utilisation. En conséquence, il convient de distinguer le patrimoine commun de l'Humanité et le patrimoine commun de la Nation, même si ces deux formes de patrimoine commun poursuivent le même but.

505. Le rejet des qualifications de *res nullius* et de *res communis*. La qualification de *res nullius* devrait, en revanche, être abandonnée puisque la ressource appartenant au patrimoine commun n'est pas une chose sans maître[1541]. L'humanité ou la nation est gestionnaire et titulaire de ce patrimoine dans une vision transpatiale et transtemporelle. Le patrimoine commun de la Nation reconnaît d'ailleurs une dualité de titulaires : le titulaire patrimonial (la Nation) et le titulaire juridique (propriétaire/détenteur particulier)[1542]. C'est ici que les deux conceptions de l'appropriation collective se rejoignent. Le droit de propriété est fragmenté par des droits délivrés aux tiers pour accéder et utiliser la ressource[1543]. Mais cette fois-ci, ce n'est pas toujours par la simple volonté du propriétaire ou du détenteur que les ressources intellectuelles entrent dans le régime des « communs »[1544]. Le propriétaire ou le détenteur ont le devoir de consacrer leur bien à une finalité collective. La conception du « patrimoine commun », comme tout régime des « communs », dépasse alors l'opposition entre appropriation privée, absence d'appropriation et appropriation collective[1545]. Quant à la qualification de *res communis*, elle

patrimoine commun de la Nation car elle peut en user et en jouir comme un propriétaire tout en ayant l'obligation de conserver la chose. Voir Savarit, I., *ibid*.

[1540] Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 390.

[1541] Cependant, une difficulté apparaît pour définir clairement ce qu'est l'humanité au regard de la notion de personne juridique. Voir les développements de la seconde partie de la présente thèse relatifs aux limites de cette notion et aux solutions proposées (paragraphe II, chapitre I, titre I).

[1542] Plus le bien présente un intérêt important, plus la taille du titulaire patrimonial s'étend. Voir Groulier, C., « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA,* 2005, pp. 1034-1040.

[1543] Selon F.G. Trébulle, grâce à la consécration du patrimoine commun, le droit de propriété n'est plus un droit sur une chose mais un droit à l'usage de la chose. La confusion du Code civil entre le droit et l'objet du droit est entérinée puisque des *dominia* concurrentes sont reconnus correspondant à la diversité des fonctions des droits réels. Voir Trébulle, F.G., « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », *in Études offertes au professeur Malinvaud*, Paris, LexisNexis Litec, 2007, pp. 659-687.

[1544] Le « domaine public consenti » serait la même chose que le patrimoine de l'Humanité. Ils se distingueraient seulement par une différence d'échelle, nationale pour l'un et internationale pour l'autre. Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre*, Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 258 et s. et p. 383 et s.

[1545] Rochfeld, J., *ibid*., p. 78.

n'est pas non plus pertinente puisque le bien entre dans un fonds commun dans lequel personne ne peut le retirer et toute génération présente et future doit pouvoir en jouir. Le patrimoine commun révèle, au contraire, l'existence d'un bien pour lequel des droits divers sont exercés par une pluralité de titulaires, et en particulier par une communauté d'utilisateurs. La communauté semble d'ailleurs omniprésente au sein du patrimoine commun. F. Cominelli rappelle que la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003[1546] déclare que : « Les communautés jouent un rôle important dans la production, sauvegarde, entretien et recréation du patrimoine culturel immatériel, contribuant ainsi à l'enrichissement de la diversité culturelle et de la créativité humaine. » et l'article 15 de la Convention rappelle la responsabilité des Etats parties sur ce point[1547]. L'objectif doit ainsi être de protéger ces communautés, de leur assurer une reconnaissance officielle et de leur délivrer des droits effectifs pour qu'elles continuent à produire des savoirs ainsi qu'à les transmettre aussi bien aux générations présentes qu'aux générations futures.

506. Les objectifs du « patrimoine commun » dépassant la conception exclusive d'une protection. L'idée d'un « patrimoine commun » dévoile, en outre, une portée idéologique (solidarité, égalité) avec un objectif de redistribution (partage équitable et durable) et d'appropriation finalisée et transgénérationnelle (solidarité temporelle liée à un objectif de transmission pour les générations futures)[1548]. Une autre façon de posséder émerge se détachant de la vision de l'individualisme propriétaire pour dévoiler l'existence d'une dette intergénérationnelle. Une solidarité apparaît à la fois entre les vivants par un droit d'accès, entre les vivants et les morts par le maintien des savoirs ancestraux, mais aussi entre les vivants et les générations futures[1549] par la transmission. Dès lors, l'accès à tous à la ressource et une utilisation pacifique doivent être assurés dans le but de sauvegarder et utiliser durablement les éléments du patrimoine commun. L'insertion des savoirs dans le « patrimoine culturel immatériel » a d'ailleurs démontré son efficacité puisqu'elle a garanti leur sauvegarde pour ceux qui étaient en voie de disparition[1550].

[1546] Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée le 17 octobre 2003 par la Conférence générale de l'UNESCO.

[1547] L'art. 15 précise que : « Chaque Etat partie s'efforce d'assurer la plus large participation possible des communautés (…) qui créent, entretiennent et transmettent ce patrimoine, et de les impliquer activement dans sa gestion. » Voir Cominelli, F., « Le patrimoine culturel immatériel est-il un bien commun ? Le cas de la pierre sèche en France », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, 2012, pp. 83-92, spé. p. 90-91.

[1548] Rochfeld, J., « 5. Entre propriété et accès : la résurgence du commun », *in* Bellivier, F., et *al.*, *La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 69-87, spé. p. 77.

[1549] Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, 314 p.

[1550] F. De Jong explique que l'inscription d'un savoir dans le patrimoine culturel immatériel permet de maintenir son existence et sa transmission dans un monde mondialisé et urbanisé. Il donne l'exemple d'une tradition culturelle sénégalaise, le

507. La reconnaissance de divers patrimoines. La notion de « patrimoine commun » revient, par ailleurs, à concevoir d'autres types de patrimoines par rapport à celui traditionnellement privilégié[1551]. L'ensemble des biens est affecté à une finalité particulière et peut exister en dehors de la personne. La conception d'un « patrimoine-personne » en tant que conception subjective et individualiste[1552] n'est donc pas pertinente. C'est plutôt le « patrimoine d'affectation » et le « patrimoine-communauté » qui seront davantage adaptés. Le premier renvoie à une conception objective d'une masse de biens affectée à un but et ne s'attachant plus au titulaire[1553]. Ce type de patrimoine semble intéressant pour les savoirs lorsqu'ils renvoient, en particulier, au but de protéger la dignité de toute personne. J. Rochfeld parle de « patrimoine de dignité » comme une masse de biens décrétée insaisissable car affectée au but de protéger la dignité de la personne[1554]. Ce patrimoine peut être conçu pour une personne individuelle mais aussi pour le collectif tel que le groupe familial. Mais rien n'empêche que ce patrimoine vise également un groupe à l'échelle mondiale. Ensuite, le « patrimoine-communauté » renvoie à un patrimoine qui regroupe des éléments ayant une valeur économique mais dont la réunion est organisée pour les soustraire de cette nature patrimoniale. La valeur patrimoniale est alors minimisée et la valeur marchande abandonnée. Il comprend un ensemble de ressources d'intérêt commun dont l'utilisation et les profits (intérêts économiques et vitaux) sont au bénéfice de tous. Même si les ressources sont entre les mains d'un propriétaire, ce dernier doit respecter la finalité du patrimoine et les obligations en découlant (usage et gestion conformément à l'affectation commune). Le « patrimoine-communauté » est donc en lien avec le « patrimoine-affectation » car ils affectent tous deux un but identique à une masse de bien, celui de leur conservation et de leur transmission au bénéfice de tous. En conséquence, le « patrimoine

« *kankurang* » (cérémonie de masques pratiquée pendant les rites de circoncision et d'initiation) qui risquait de se perdre. Le rôle de l'inscription dans le patrimoine a alors été de restaurer la pratique, et donc le savoir, en la rendant plus visible par la modernisation. F. De Jong parle de « paradigme du sauvetage de l'UNESCO » qui allie l'ouverture et l'enracinement de la ressource immatérielle. Voir De Jong, F., « Le secret exposé. Révélation et reconnaissance d'un patrimoine immatériel au Sénégal », [En ligne], *Gradhiva*, 18, 2013. [Consulté le 09 décembre 2013]. Disponible à l'adresse : http://gradhiva.revues.org/2722

[1551] Bary, M., Lobato, A., *Diversités du patrimoine,* Presses universitaires de Rennes, L'Univers des normes, 2014.

[1552] C. Aubry et C. Rau définissent le patrimoine comme l'ensemble des droits et obligations d'une personne organisé en une universalité incessible et indivisible. Voir Aubry, C., Rau, C., *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, Paris, 1869.

[1553] Le patrimoine d'affectation est reconnu en droit positif allemand et luxembourgeois. Au Québec, le constituant d'une fiducie transfère des biens de son patrimoine à un autre patrimoine et les affecte à une fin particulière. Ce patrimoine est par la suite administré par un fiduciaire qui n'a pas de droits réels sur les biens affectés (art. 1261 du Code civil québécois). Voir Normand, S., « Patrimoine d'affectation », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 910.

[1554] Voir Rochfeld, J., *Les grandes notions du droit privé,* PUF, 2013.

commun » s'ajoute à la conception du patrimoine civil puisque toute personne est bénéficiaire d'un patrimoine commun partagé avec d'autres en plus de son patrimoine civil propre.

CONCLUSION DE LA SECTION II

508. Les « communs », un régime de protection inclusive des savoirs. Puisque le régime des « communs » semble être opportun pour garantir une protection inclusive des savoirs, il apparaît nécessaire d'opérer une distinction entre différentes sortes de « communs ».

509. Les licences libres en tant que « communs » existant par la simple volonté du détenteur. En premier lieu, les licences libres assurent un partage à l'échelle internationale en adoptant l'idée que le droit exclusif du détenteur pourrait être conçu comme un droit d'inclure. Elles se présentent ainsi comme une alternative aux droits de propriété intellectuelle en organisant un partage des utilités d'un bien immatériel. Les droits sont superposés et concédés au bénéfice d'une multitude d'utilisateurs constituant une communauté. Bien qu'ayant consenti des concessions, le détenteur n'est pas dépossédé de son droit d'exploitation et il est libre de choisir quelle utilisation les tiers sont libres ou non de faire. Les savoirs largement diffusés, y compris les savoirs « traditionnels », sont particulièrement adaptés aux licences libres en raison de leur nature ubiquitaire et cumulative. Néanmoins, la liberté dans l'accès et l'utilisation ne signifie pas gratuité de sorte qu'un paiement peut être imposé à la condition qu'il soit toujours neutre quant à la nature de l'utilisation. Le partage des savoirs est, de plus, sécurisé car le *copyleft* garantit le partage et la non-appropriation. D'autres régimes juridiques devraient également bénéficier de ses effets dès lors que le détenteur détourne son droit exclusif pour privilégier une logique d'inclusion. En cas de non-respect par les utilisateurs des termes de la licence alors une action en contrefaçon peut être intentée par les détenteurs. Il serait cependant davantage légitime d'intenter une action en agissements parasitaires pour sanctionner les fautes d'un tiers utilisateur[1555]. Les qualités des savoirs imposées pour intenter une telle action devraient toutefois être adaptées au régime des « communs ». Le choix par le détenteur des licences libres devrait, du reste, être irrévocable en raison de la nature de la ressource immatérielle et en s'inspirant de la règle de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle.

510. Les indications géographiques ou marques collectives en tant que « communs » existant par la simple volonté du détenteur. En second lieu, les indications géographiques ou les marques collectives pourraient être opportunes en tant que « communs » au bénéfice des

[1555] Par exemple, dans le cas où le détenteur originel a choisi une licence *Creative Commons* de type CC-nc autorisant un usage libre mais interdisant les utilisations commerciales, les bénéfices économiques réalisés par les tiers constitueront un « détournement de la valeur économique » sanctionné par l'action en agissements parasitaires.

communautés détentrices de savoirs dits « traditionnels ». Dans ce cas, les savoirs ne sont pas secrets mais peu diffusés car ils doivent notamment être utilisés dans un contexte traditionnel spécifique et dans une région spécifique. Une telle protection garantit une revitalisation des savoirs, leur préservation, leur utilisation, leur transmission et leur protection contre les appropriations et utilisations non autorisées. Les marques collectives ne peuvent cependant constituer qu'une protection additionnelle et indirecte des savoirs car elles ne répondent pas aux objectifs et aux besoins des communautés autochtones et locales. Quant aux indications géographiques, elles présentent l'avantage de créer un lien étroit entre les savoirs et l'aire géographique en autorisant toute personne à les utiliser dès lors qu'elles répondent aux conditions prévues dans un cahier des charges ou un règlement d'usage. Un faisceau de droits est alors établi avec des règles collectives à respecter et une gouvernance idéalement participative d'une durée potentiellement illimitée. Néanmoins, leur principale faiblesse est qu'il ne s'agit que d'une protection indirecte des savoirs. Seul le produit issu des savoirs est directement protégé. Les indications géographiques ne devront donc pas être considérées comme l'unique forme de protection des savoirs « traditionnels » mais plutôt être utilisées de manière additionnelle à une forme de protection directe et inclusive.

511. Les « communs » existant par l'emploi de la qualification juridique de « domaine public consenti ». Le « domaine public consenti », quant à lui, garantit le partage des savoirs par la subsistance du droit moral des détenteurs et par le rejet de toute appropriation. Il apparaît pertinent lorsque les savoirs sont largement diffusés. Même si un contrôle du détenteur est toujours exercé pour faire respecter la paternité et l'intégrité de la création, l'accès et l'utilisation des éléments du « domaine public consenti » doivent demeurer strictement libres. Contrairement aux licences libres, le détenteur ne peut pas choisir quelles utilisations sont autorisées ou interdites. Il peut cependant consentir aux modifications de sa création par les tiers. Le choix du domaine public consenti doit être irrévocable et décidé par la seule volonté libre et éclairée du détenteur car celui-ci renonce aux prérogatives des droits patrimoniaux et accepte potentiellement une atténuation des prérogatives de son droit moral. Pour lutter contre les réappropriations, l'action en agissements parasitaires devrait être exercée pour sanctionner les comportements abusifs des tiers utilisateurs. Le droit au respect de l'intégrité pourrait également être interprété comme le devoir pour les tiers de respecter le caractère libre de la création. Le choix par le détenteur du « domaine public consenti » devrait, par ailleurs, s'imposer à l'échelle internationale.

512. Les « communs » existant par l'emploi de la qualification juridique de « patrimoine commun ». Enfin, le « patrimoine commun » ou « patrimoine culturel immatériel » est un commun imposé au détenteur au nom d'une valeur universelle et d'un intérêt collectif. Les savoirs devraient bénéficier d'une telle qualification car ils présentent indéniablement une valeur universelle et un intérêt collectif, que ce soit pour le progrès des sciences ou pour vivre dignement. Le « patrimoine commun » peut être qualifié, soit de « patrimoine commun de la Nation » (échelle nationale, appropriabilité des éléments, prérogatives du droit de propriété amoindries), soit de « patrimoine commun de l'Humanité » (échelle internationale, absence de toute appropriation). Ainsi, nous verrons dans la seconde partie de la thèse que les connaissances théoriques font partie du patrimoine commun de l'Humanité tandis que certaines connaissances pratiques pourraient être inclues dans le patrimoine commun de la Nation lorsqu'elles présentent certaines caractéristiques. Ces patrimoines communs se rattachent tous au « patrimoine d'affectation » et au « patrimoine-communauté » car le partage est imposé de manière durable et équitable dans un objectif transgénérationnel.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

513. L'opportunité d'une protection directe et inclusive des savoirs. Ce chapitre avait pour objectif de rechercher un régime juridique conciliant à la fois une protection juridique et un partage des savoirs. Pour atteindre ce but, il est apparu opportun de privilégier une protection directe et inclusive des savoirs. La protection inclusive est garantie par la théorie des « communs ». Ces derniers visent à lutter contre l'enclosure et l'exclosure des ressources matérielles et immatérielles en concédant des droits divers à une communauté d'utilisateurs. Un tel régime s'avère particulièrement intéressant pour assurer à la fois une protection et un partage des savoirs, y compris des savoirs dits « traditionnels », car il dépasse la conception monolithique du droit de propriété tout en établissant des règles pour organiser la gestion des droits. Ensuite, la protection directe des savoirs pourrait être garantie par la mise en place de bases de données et/ou par le régime du domaine public. D'un côté, les bases de données s'avèrent être des outils efficaces pour protéger et partager les savoirs de manière défensive et positive. Elles intéresseront aussi bien les détenteurs de pays développés que les communautés autochtones et locales détentrices de savoirs « traditionnels » dès lors que ces bases respectent la nature des savoirs. Une base de données à l'échelle internationale pourrait même être envisagée à la condition qu'elle prévoit des modalités de protection différentes selon la nature des savoirs inclus dans la base. D'un autre côté, le domaine public, dans sa conception traditionnelle, semble insuffisamment protecteur pour assurer un partage des savoirs car il ne prévoit aucune protection pour lutter contre les réappropriations de ses éléments. L'établissement d'une protection positive du domaine public s'avère alors nécessaire.

514. La distinction entre divers « communs » présentant des effets différents à l'égard du détenteur. La protection inclusive par le régime des « communs » nécessite, en outre, de clarifier ce qui est entendu par le terme de « communs ». Les « communs » peuvent se diviser en plusieurs régimes n'ayant pas les mêmes effets à l'égard du détenteur. Il existe d'abord des « communs » créés par la simple volonté du détenteur, soit en utilisant des outils contractuels soit en appliquant le régime des indications géographiques et/ou des marques collectives. D'un côté, les licences libres, avec l'appui du *copyleft,* assurent un partage sécurisé et international directement sur les savoirs en concédant des droits choisis par le détenteur à une communauté d'utilisateurs. Le détenteur dispose toujours d'un droit à des contreparties ainsi que d'un droit de contrôler les actes d'utilisation autorisés ou non. Cette forme de protection inclusive apparaît

pertinente pour l'ensemble des savoirs, y compris les savoirs « traditionnels ». En cas de non-respect par les utilisateurs des termes de la licence, l'action en agissements parasitaires pourrait être intentée à la condition d'adapter les qualités exigées à l'égard des savoirs pour exercer une telle action. D'un autre côté, les indications géographiques et/ou marques collectives peuvent constituer un « commun » au bénéfice des savoirs dits « traditionnels » peu diffusés dans la mesure où les règles, la gouvernance et la titularité des droits sont collectives. Un faisceau de droits est établi, notamment des droits d'accès et d'utilisation, au bénéfice de toute personne répondant à des conditions prévues dans un cahier des charges ou un règlement d'usage. Une telle protection permet aussi de lutter contre les appropriations et utilisations abusives en excluant uniquement les tiers ne répondant pas ou plus aux conditions. Ces indications géographiques ou marques collectives ne devraient toutefois pas être privilégiées car les savoirs ne sont qu'indirectement protégés et les objectifs des communautés autochtones et locales ne sont pas toujours remplis. Ils ne pourront donc intervenir qu'en tant que forme additionnelle d'une protection inclusive. Ensuite, la seconde forme de « communs » existe par l'emploi de qualifications juridiques garantissant le partage. D'un côté, l'inclusion des savoirs dans le « domaine public consenti » relève du seul choix du détenteur. Celui-ci renonce à son droit à une contrepartie mais dispose toujours du droit moral. Les tiers sont libres d'accéder et d'utiliser voire de modifier les éléments du « domaine public consenti ». La seule obligation est alors le respect du droit à la paternité et du droit au respect de l'intégrité interprété comme participant au respect du caractère libre des savoirs. En cas d'abus dans les droits d'accès et d'utilisation, l'action en agissements parasitaires devrait être intentée pour sanctionner les fautes d'un utilisateur abusif. D'un autre côté, le « patrimoine commun » ne relève pas d'un choix du détenteur car cette qualification lui est imposée en raison de la valeur universelle et de l'intérêt collectif attachés à ses savoirs. Même si un détenteur détient un droit de propriété sur un élément du « patrimoine commun », ses prérogatives sont fortement atténuées car il ne peut pas opposer aux tiers son exclusivité et doit respecter des obligations, telles que laisser un libre accès à l'égard des tiers aux utilités de son bien. Ces tiers doivent, par ailleurs, utiliser le bien en respectant les objectifs de préservation et de conservation de sorte que le partage est nécessairement durable et transgénérationnel.

CONCLUSION DU TITRE II

515. Le rejet de l'impossible conciliation entre les régimes de protection juridique et de partage. Le titre II vise à démontrer qu'une conciliation est envisageable entre protection juridique et partage des savoirs. Il est d'abord apparu judicieux d'écarter le raisonnement le plus couramment établit consistant à ériger la protection juridique et le partage comme un choix irréductible et inconciliable. Une telle interprétation se fonde sur la conception occidentale classique du droit de propriété comme un droit absolu et exclusif d'un individu sur une chose. Or, d'autres visions de la propriété existent, notamment celle des communautés autochtones et locales, privilégiant une logique d'inclusion. Une évolution de la conception s'avère, de plus, essentielle au regard de ses effets et de ses conséquences sur les régimes actuels de protection juridique. Le droit des brevets, le droit d'auteur ou encore la protection par le secret ont pour effet, directement ou indirectement, de verrouiller les savoirs au bénéfice d'un seul individu détenant un droit exclusif d'exploitation. La nature des savoirs (ubiquité, non-rivalité, non-exclusion) n'est, en outre, pas respectée puisqu'ils subissent une rareté artificielle pour imposer uniformément une économie de marché. Or, une telle conception exclusive du droit de propriété, et particulièrement des droits de propriété intellectuelle, semblerait contraire aux droits de l'homme de troisième génération, incluant les droits culturels. Ces droits rappellent d'ailleurs l'équilibre à établir entre intérêts du détenteur et intérêts du public pour respecter les principes originels des droits de propriété intellectuelle. Les droits culturels et la balance des intérêts sont cependant ignorés et empêchés par l'exercice des droits de propriété intellectuelle dans leur conception absolue et exclusive.

516. L'accueil d'une protection juridique directe et inclusive. Puisque la conception traditionnelle du droit de propriété doit être modifiée, il convient alors de privilégier une protection juridique directe et inclusive des savoirs. En premier lieu, la protection inclusive sera assurée par le régime des « communs ». La théorie des « communs » vise à concéder différents droits à diverses personnes constituant une communauté sur une même ressource. Des règles sont préalablement établies pour que les utilités de la ressource soient partagées durablement et que la gestion des droits soit efficacement organisée. En second lieu, une protection directe des savoirs pourrait être garantie par l'établissement de bases de données. Celles-ci ont pour effets de protéger les savoirs défensivement et positivement, mais aussi de partager les savoirs potentiellement à l'échelle internationale. En revanche, une protection directe des savoirs par

le domaine public ne serait pas opportune car un tel régime est insuffisamment solide pour assurer un partage sécurisé. Puisqu'aucune protection contre les réappropriations des éléments du domaine public n'est prévue, il s'avère alors nécessaire de modifier la conception traditionnelle pour établir une protection positive du domaine public.

517. Proposition d'une définition des différents « communs ». Enfin, puisque la protection inclusive des savoirs devrait être garantie par le régime des « communs », il s'avère nécessaire de définir et déterminer ce que sont les « communs ». Ces derniers se présenteraient sous deux formes distinctes n'ayant pas les mêmes effets à l'égard des détenteurs. La première forme de « communs » existe par la simple volonté du détenteur en utilisant soit les outils contractuels, les licences libres, assurant une protection et un partage directs des savoirs, soit les indications géographiques et/ou marques collectives protégeant et partageant indirectement les savoirs. La seconde forme de « communs » existe par l'emploi de qualifications juridiques garantissant le partage (le « domaine public consenti » et le « patrimoine commun » ou « patrimoine culturel immatériel »). Alors que l'inclusion des savoirs dans le « domaine public consenti » doit relever d'un choix libre et éclairé du détenteur, qualifier les savoirs comme des éléments du « patrimoine commun » est, au contraire, imposé au détenteur au nom d'une valeur universelle et d'un intérêt collectif.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

518. Objectif. La première partie de la thèse avait pour objectif de démontrer qu'une logique de l'opposition entre protection juridique et partage devait être abandonnée pour privilégier une logique d'articulation et de conciliation.

519. Les diverses définitions des savoirs et l'impossible détermination du créateur. Il est d'abord apparu essentiel de préalablement déterminer ce que sont les savoirs. La première difficulté est de trouver une définition unique et homogène car les savoirs se présentent comme une notion plurielle et sont définis différemment selon les disciplines et selon l'échelle géographique. Les diverses disciplines définissant les savoirs se rejoignent cependant sur un point : les savoirs se divisent en des sous-catégories de connaissances dont certaines dévoilent un aspect théorique tandis que d'autres un aspect plus pratique. La définition des savoirs selon l'échelle géographique révèle aussi une distinction entre le savoir mondial et le savoir local faussement différenciés par le caractère de scientificité. Une définition juridique des savoirs a ensuite été proposée en soulignant ses composants (idées, informations) et en s'interrogeant sur la pertinence du terme « créateur ». Il est alors apparu que la conception individuelle et romantique du créateur doit être abandonnée pour laisser place à la notion de « détenteur » plus neutre et judicieuse au regard de la création collaborative et collective.

520. La possibilité de s'approprier les savoirs et la question de la légitimité d'une telle appropriation. La définition juridique amène, en outre, à se demander si les savoirs sont des biens. Puisque le droit a déjà accueilli l'appropriabilité des choses incorporelles, et dans la mesure où les savoirs répondent aux critères de qualification de « bien », ils sont susceptibles d'être appropriés par leur détenteur. Une telle qualification n'apparaît cependant pas toujours légitime et justifiée en raison de la nature ubiquitaire des savoirs. Leur définition juridique amène, par ailleurs, à les diviser entre les connaissances pratiques et les connaissances théoriques. Ces deux formes de connaissances partagent des caractères communs en raison de leur immatérialité mais elles se distinguent nettement en raison de leur nature et conséquemment dans les rapports à l'appropriation. En effet, les connaissances théoriques présentent une nature universelle et se rapprochent des notions de découvertes et d'idées car elles sont impersonnelles et préexistantes. Toute appropriation individuelle devrait alors être

exclue. *A contrario,* les connaissances pratiques sont plus personnelles, elles relèvent davantage de l'*intuitu personae*. Une appropriation individuelle semblerait plus légitime et justifiée.

521. L'opportunité d'une protection juridique alliée à un partage des savoirs. L'objectif est ensuite d'expliquer qu'une conciliation et une articulation entre protection juridique et partage des savoirs est réalisable. Même si les connaissances théoriques doivent être exclues de toute appropriation exclusive et être partagées, elles ont en effet besoin d'une protection contre les appropriations indues. Dans le même sens, la nature appropriable des connaissances pratiques ne doit pas empêcher leur partage.

522. L'abandon d'une logique d'exclusion au bénéfice d'une logique d'inclusion. Est d'abord écarté le raisonnement le plus courant affirmant que le choix entre protection juridique et partage est irréductible et inconciliable. La finalité actuelle est de privilégier une protection exclusive empêchant le partage. Or, cette conception est due à la vision occidentale du droit de propriété interprété comme un droit individuel, absolu et exclusif. D'autres conceptions du droit de propriété devraient être soulignées, notamment celles présentant une logique d'inclusion par des droits d'accès des tiers aux utilités d'un bien. Une évolution de la conception du droit de propriété s'avère, de plus, nécessaire au regard des effets et conséquences négatifs qu'elle créée sur les régimes juridiques de protection, et particulièrement sur le droit d'auteur, le droit des brevets ou encore la protection par le secret. Effectivement, ces régimes juridiques ne respectent plus leurs principes originels, la nature des savoirs et portent atteinte aux droits de l'homme.

523. La pertinence d'une protection inclusive et directe des savoirs. Dans l'objectif de proposer un régime juridique conciliant protection juridique et partage, une protection directe et inclusive est privilégiée. En premier lieu, la protection inclusive est garantie par le régime des « communs ». Ce régime favorise le partage en délivrant une pluralité de droits constituant un faisceau de droits à différents tiers utilisateurs sur une même chose. La protection est assurée par l'existence de règles préalablement définies par la communauté et jugées obligatoires. En second lieu, la protection directe des savoirs est garantie par l'établissement de bases de données. Ces dernières apportent une protection défensive et/ou positive directement sur les savoirs. Mais encore, le domaine public pourrait protéger directement les savoirs. La conception traditionnelle du domaine public n'apparaît cependant pas suffisamment protectrice contre les actes de réappropriation de ses éléments. Une protection positive devrait alors être prévue. Enfin, une définition des « communs » a été proposée pour apporter plus de clarification.

Certains « communs » existent en raison de la seule volonté de leur détenteur ayant utilisé des outils contractuels (les licences libres) ou appliquant le régime des indications géographiques et/ou des marques collectives. D'autres « communs » existent également par l'emploi de qualifications juridiques choisies par le détenteur (le « domaine public consenti ») ou imposées à celui-ci au nom d'une valeur universelle et d'un intérêt collectif (le « patrimoine commun » ou « patrimoine culturel immatériel »).

524. Transition. Il convient désormais d'articuler la nature des connaissances théoriques et des connaissances pratiques avec une conception inclusive et directe de la protection. Ce sera alors l'objet de la seconde partie de la thèse de proposer un régime *sui generis* conciliant protection et partage des savoirs.

SECONDE PARTIE

PROPOSITION D'UN REGIME *SUI GENERIS* CONCILIANT PROTECTION JURIDIQUE ET PARTAGE DES SAVOIRS

525. Un régime *sui generis* constitué de principes et d'exceptions. Puisqu'il convient d'accueillir une conception inclusive et directe de la protection, nous avons vu que le régime des « communs » apparaît être le plus pertinent. Il s'avère toutefois nécessaire de déterminer quel type de commun est le plus adapté pour telle connaissance. Ce sera l'objectif du régime *sui generis* qui présente l'avantage de qualifier une situation juridique dont la nature singulière empêche de la classer dans une catégorie déjà connue. Ce régime *sui generis* va permettre de s'adapter à tous les contours et natures des savoirs. Pour se faire, il sera primordial de distinguer les deux formes de connaissances car elles ne répondent pas aux mêmes principes concernant le rapport à l'appropriation. Les connaissances théoriques devraient être largement partagées car elles sont de nature universelle et impersonnelle. *A contrario,* les connaissances pratiques sont plus à même de faire l'objet d'une appropriation privative puisqu'elles sont colorées d'*intuitu personae* et peuvent alors plus facilement être détenues exclusivement par un détenteur. Ces rapports différents à l'appropriation permettront de concevoir les principes du régime *sui generis*. Cependant, puisque l'objectif de cette thèse est de concilier protection et partage, il s'avère également important de prévoir une protection juridique à l'égard des connaissances théoriques et des règles de partage, imposé ou volontaire, pour les connaissances pratiques. Bien que la nature singulière des savoirs empêche de les classer « en un bloc » dans une catégorie déjà connue, nous verrons, par ailleurs, que certains régimes juridiques existants (régime du secret notamment) pourront être adaptés à certaines connaissances.

526. Des principes et exceptions à articuler avec des droits au bénéfice des détenteurs. Une fois les principes et exceptions du régime *sui generis* présentés, il devra être déterminé quels droits les détenteurs peuvent prétendre sur leurs savoirs. Un régime juridique ne serait pas complet sans l'exercice de droits et d'obligations. Il sera alors question de protéger *a minima* le droit de paternité et potentiellement le droit à une contrepartie pour avoir créé des savoirs. Ces deux droits se rapprochent étroitement du régime juridique du droit d'auteur qui offre aux auteurs d'une œuvre littéraire, artistique ou scientifique un droit moral et des droits patrimoniaux. Ces droits, tels qu'ils sont conçus par le régime du droit d'auteur, sont toutefois

exercés dans une logique d'exclusion. Le régime *sui generis* devra s'inspirer du régime du droit d'auteur tout en s'en distinguant pour convenir à la nature dynamique et ubiquitaire des savoirs et conséquemment pour satisfaire la logique d'inclusion de la protection. Le droit moral reconnu aux détenteurs de savoirs devra ainsi présenter une nature particulière lorsqu'une protection inclusive est privilégiée. Quant au droit à une contrepartie équitable, bien que les droits patrimoniaux du droit d'auteur pourront être une inspiration pour étudier les mécanismes de rémunération, une rémunération trop contraignante risquerait d'aller à l'encontre de l'objectif de partage des savoirs. L'enjeu sera, encore une fois, de concilier les intérêts des détenteurs et les intérêts des tiers utilisateurs. Il conviendra, en outre, de prévoir une distinction selon les détenteurs. Les communautés autochtones et locales auront en effet davantage besoin d'une compensation équitable plutôt que d'une rémunération et des mécanismes *ad hoc* s'avèrent nécessaires pour satisfaire leurs besoins et protéger leur vulnérabilité.

527. Plan. Après avoir étudié les principes et leurs implications au sujet des connaissances théoriques et des connaissances pratiques (titre I), une réflexion sera engagée dans le but d'articuler ces principes avec la reconnaissance de droits aux détenteurs de ces connaissances (titre II).

- Titre I. Le partage impératif et sécurisé des connaissances théoriques opposé à un partage éventuel des connaissances pratiques.
- Titre II. L'articulation entre les principes et la reconnaissance de droits aux détenteurs.

TITRE I

LE PARTAGE IMPERATIF ET SECURISE DES CONNAISSANCES THEORIQUES OPPOSE A UN PARTAGE EVENTUEL DES CONNAISSANCES PRATIQUES

528. Deux principes distincts pour deux formes de connaissances distinctes. Les principes du régime *sui generis* doivent répondre à la nature des savoirs. Dans la mesure où les savoirs se dédoublent en deux formes de connaissances, les connaissances théoriques et les connaissances pratiques, deux principes seront présentés établissant deux régimes juridiques distincts relatifs aux rapports entre protection et partage. Premièrement, les connaissances théoriques, de nature universelle et impersonnelle, devraient faire l'objet d'une inclusion forcée. Le régime juridique relatif aux connaissances théoriques devrait alors tendre vers un principe de primauté du partage sur toute protection juridique. Ce partage impératif des connaissances théoriques doit cependant être sécurisé, ce qui implique la mise en place d'une protection contre les appropriations individuelles et exclusives, en particulier par les droits de propriété intellectuelle (droit d'auteur et droit des brevets). Deuxièmement, les connaissances pratiques sont plus personnelles et colorées d'*intuitu personae*, elles pourraient alors faire l'objet d'une inclusion volontaire qui peut laisser place à une forme de réservation privative. Le détenteur pourrait avoir le choix entre une protection exclusive ou inclusive de ses connaissances. Le partage des connaissances pratiques dépendra alors de la volonté du détenteur. Il semble toutefois nécessaire de prévoir un partage imposé au détenteur qui lui interdirait de choisir une protection exclusive pour certaines connaissances pratiques spécifiques.

529. Plan. Tandis qu'un accès et une utilisation libres des connaissances théoriques doivent être rendus obligatoires (chapitre I), le détenteur de connaissances pratiques dispose d'un choix entre une protection juridique forte (réservation exclusive) ou une protection privilégiant la voie du partage de ses connaissances (réservation inclusive) (chapitre II).

- Chapitre I. L'inclusion forcée des connaissances théoriques : le principe de primauté du partage.
- Chapitre II. L'inclusion volontaire des connaissances pratiques : le principe du libre arbitre du détenteur dans le choix d'une protection inclusive ou exclusive.

CHAPITRE I

L'INCLUSION FORCEE DES CONNAISSANCES THEORIQUES : LE PRINCIPE DE PRIMAUTE DU PARTAGE

530. Un partage total et sécurisé des connaissances théoriques. Les connaissances théoriques se présentent comme des savoirs impersonnels et universels. Ces qualités rendent illégitime toute tentative d'appropriation individuelle et exclusive car chaque individu doit pouvoir accéder et utiliser cette forme de connaissance. Les connaissances théoriques devraient alors être soumises à une inclusion forcée et respecter le principe de primauté d'un partage total sur toute protection juridique. Les régimes juridiques de prédilection des créations intellectuelles, les droits de propriété intellectuelle ou le secret, devraient donc être exclus. Pour légitimer ce principe, il s'avère nécessaire de déterminer le fondement juridique justifiant un partage obligatoire. Ce fondement participera à la qualification juridique des connaissances théoriques. Selon A. Chaigneau, la qualification juridique est primordiale pour garantir l'inappropriabilité de certaines choses[1555]. Il apparaît, de plus, primordial de prévoir une protection de ces connaissances contre les risques d'exclosure, c'est-à-dire le fait d'exclure une certaine catégorie de personnes de l'accès et de l'utilisation des savoirs alors que d'autres catégories de personnes pourront librement y accéder et les utiliser. Puisque la protection exclusive demeure la forme de protection privilégiée et apparaissant, aux yeux de la majorité, la plus efficace, il est effectivement fort probable que le principe de primauté du partage des connaissances théoriques ne soit pas respecté.

531. Plan. Une qualification juridique précise des connaissances théoriques apparaît opportune pour servir de fondement à une inclusion forcée (section I). Leur protection devrait, de plus, prendre la forme d'actions déployées par les tiers afin de faire respecter leurs droits (section II).

- Section I. Le fondement du principe de primauté du partage des connaissances théoriques.
- Section II. Les propositions relatives aux actions des tiers pour garantir l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques.

[1555] « Ce processus de qualification est à même de constituer un outil pertinent pour tracer la limite des entités susceptibles d'être soustraites à l'appropriation. » Voir Chaigneau, A., « Inappropriabilité (approche philosophique) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 655.

SECTION I
Le fondement du principe de primauté du partage des connaissances théoriques

532. Plan. Différents fondements peuvent être étudiés pour garantir le principe de primauté du partage des connaissances théoriques[1556]. Après s'être interrogés sur la pertinence des qualifications de « chose commune » et de « bien public mondial » (paragraphe I), nous verrons que c'est finalement la qualification de « communs », et plus particulièrement de « patrimoine commun », qui semble davantage adaptée (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LA QUALIFICATION DE « CHOSE COMMUNE » OU DE « BIEN PUBLIC MONDIAL » : DES CONCEPTS SUFFISAMMENT ADAPTES A LA PROTECTION ET AU PARTAGE DES CONNAISSANCES THEORIQUES ?

533. Plan. Après s'être penchés sur le concept de « choses communes » (A), nous nous demanderons si celui de « bien public mondial » est plus opportun (B).

A) Les connaissances théoriques comme « choses communes »

534. Plan. Bien que la qualification des connaissances théoriques en tant que « choses communes » pourrait s'avérer adaptée dans la mesure où elle garantit l'absence d'appropriation et un usage commun à tous (1), elle présente finalement différentes limites remettant en cause sa pertinence à l'égard des connaissances théoriques (2).

1) Les arguments en faveur de la qualification des connaissances théoriques en choses communes

535. Le principe d'inappropriabilité des choses communes. Les connaissances théoriques pourraient être qualifiées de « choses communes » au sens de l'article 714 du Code

[1556] La vision holistique des communautés autochtones et locales rendra cependant difficile toute distinction entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques de sorte que le choix du régime de protection juridique par les communautés détentrices s'appliquera aux deux formes de connaissances concomitamment. Les connaissances théoriques pourront alors être exceptionnellement incluses dans une forme de protection exclusive.

civil[1557]. Cette qualification présente l'avantage de rendre toute utilisation et tout accès aux connaissances théoriques légitimes. Les choses communes s'opposent en effet à la catégorie juridique des biens et, en conséquence, à toute forme d'exclusivité, aussi bien individuelle (bien privé) que collective (bien public). J. Rochfeld parle de « communautés négatives »[1558] par refus de la propriété privée. La « chose commune » se caractérise par la non-appropriation et l'usage ouvert à tous[1559] en libre accès sans distinction d'une communauté strictement délimitée[1560]. Cette inappropriabilité est justifiée par les intérêts communs à tous les membres du corps social. Cette soustraction serait alors voulue et décidée par la société[1561]. En raison de leur inappropriabilité, les « choses communes » sont, en principe, hors du commerce juridique et hors marché.

536. Une conception naturaliste des choses communes à relativiser. La qualification de « chose commune » s'adapte aux connaissances théoriques, que ce soit à la lumière de la conception « naturaliste » et « normativiste ». Les choses communes visaient originairement les choses qui ne peuvent s'approprier en raison de leur nature et de leur abondance (air, océan). Selon cette conception « naturaliste », c'était soit la nature de la chose (insaisissabilité issue de l'impossibilité matérielle d'appréhender et de maîtriser les choses communes physiquement[1562]) soit l'absence d'intérêt (abondance, caractère inépuisable) qui faisaient d'une chose une « chose commune »[1563]. Les connaissances théoriques étant tout aussi bien insaisissables matériellement et inépuisables dans le sens de non-rivales, elles répondent bien aux critères de cette première conception pour être qualifiées de choses communes. Cette conception naturaliste mérite toutefois d'être critiquée car ce n'est pas parce qu'une chose est

[1557] L'art. 714 du Code civil dispose que : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. »

[1558] Rochfeld, J., « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », *Revue internationale de droit économique,* T. XXVIII, 2014, pp. 351-369, spé. p. 357.

[1559] M.A. Chardeaux parle d'un usage individuel concurrent en ce sens qu'il est libre, égal et gratuit, que c'est une jouissance simultanée de tous, que l'usage ne dépend d'aucune autorisation et d'aucune formalité, et que tout le monde dispose de pouvoirs égaux et identiques sur ces choses communes. Voir Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 315 et 320.

[1560] Rochfeld, J., *ibid*., p. 357.

[1561] Selon E. Durkheim, c'est la société qui définit ce qui est appropriable ou non en fonction des valeurs défendues. Il souligne que : « C'est l'opinion de chaque société qui fait que tels objets sont considérés comme susceptibles d'appropriation, tels autres non. Ce ne sont pas leurs caractères objectifs, tels que les sciences naturelles peuvent les déterminer, c'est la façon dont ils sont représentés dans l'esprit du public. Telle chose qui, hier, ne pouvait être appropriée l'est aujourd'hui et inversement ». Voir Durkheim, E., *Leçons de sociologie : physique des mœurs et du droit,* 1950.

[1562] M.A. Chardeaux donne l'exemple des idées et des informations. Il serait de leur essence même de ne pouvoir être matériellement enserrées au profit de quelqu'un en raison de leur ubiquité. Voir Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 113.

[1563] M.A. Chardeaux explique, tout en la critiquant, cette conception naturaliste des choses communes : « Seules les choses utiles et rares et, partant, investies d'une valeur, constitueraient des biens. À l'opposé, les choses communes, utiles et abondantes, et, par là même, sans valeur, ne pourraient pas être des biens. » Voir Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 111.

abondante, inépuisable ou encore insaisissable matériellement qu'elle est par là-même dénuée de valeur et que personne ne recherche à se l'approprier. Même si les savoirs sont, par nature, abondants et immatériels, les hommes ont en effet recherché à se les approprier par des droits de propriété intellectuelle créant artificiellement une rareté. M.A. Chardeaux souligne alors que : « Si des choses qu'il n'est pas utile de s'approprier en raison de leur abondance deviennent rares, l'analyse change nécessairement[1564]. ». Or, le problème est que rien dans la nature des choses communes ne l'interdit[1565]. La seule nature des choses ne peut donc pas justifier le caractère inappropriable car ces choses peuvent être appropriées privativement. La détermination de la nature d'une chose est, de plus, soumise à la subjectivité, c'est-à-dire qu'elle dépend de l'espace, de l'époque et du progrès des sciences et des techniques[1566]. Ces différents facteurs expliquent pourquoi les savoirs ont pris de l'importance ces dernières années et non auparavant.

537. La préférence pour une conception normative des choses communes. Pour ces différentes raisons, M.A. Chardeaux préfère une vision plus normative des choses communes. L'inappropriabilité serait alors organisée par le droit lui-même, et particulièrement par l'article 714 du Code civil, indépendamment de la nature de la chose : « Leur caractère inévaluable est donc davantage affaire de prohibition juridique que d'impossibilité radicale[1567]. » P. Berlioz est du même avis puisqu'il souligne que le caractère inappropriable des choses communes résulte de la loi, et non de leur nature[1568]. L'objectif est alors de soustraire une chose de toute propriété exclusive, peu importe si cette chose est abondante ou immatérielle. Ainsi, les idées[1569], les informations[1570] ou encore les savoirs[1571] ont été qualifiés de « choses communes » par la

[1564] Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 118.

[1565] Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 118.

[1566] Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 128.

[1567] Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 129.

[1568] Berlioz, P., *Droit des biens,* Ellipses, 2014, p. 102.

[1569] Boistel, V.A., *Cours de philosophie du droit*, A. Fontemoing Editeur, Paris, 1899, p. 157, cité par Mallet-Poujol, N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330 ; Nous pouvons également souligner l'art. L. 122-1 du CPI qui exprime indirectement l'inappropriabilité des idées, ou encore la jurisprudence excluant l'idée du champ du droit d'auteur. Par exemple, l'affaire Christo a permis à la cour d'appel de rappeler l'adage formulé par H. Desbois selon lequel les idées sont de libres parcours et que le droit d'auteur « ne protège pas un genre ou une famille de formes qui ne présentent entre elles des caractères communs que parce qu'elles correspondent toutes à un style découlant d'une idée, comme celle d'envelopper des objets. » (CA Paris, 13 mars 1986, Gaz. Pal. JP p. 239).

[1570] L'art. L. 611-10, d) du CPI et l'art. 52, d) de la Convention sur le brevet européen excluent de la brevetabilité les présentations d'informations. Selon I. Moine : « les informations d'ordre général sont des choses communes hors commerce, si elles ne représentent pas quelque chose d'original ou si leur connaissance est nécessaire à la vie culturelle de chacun ». Voir Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, p. 352.

[1571] L'art. L. 611-10, a) du CPI et l'art. 52, a) de la Convention sur le brevet européen excluent de la brevetabilité les théoriques scientifiques et méthodes mathématiques. Il en est de même à l'art. L. 611-19, 3° et 4°, à l'art. 53, b) de la Convention sur le brevet européen et à l'art. 27.3, b) de l'Accord sur les ADPIC pour les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention

doctrine[1572], par la jurisprudence et par le législateur. Pourtant, concernant les informations ou les savoirs, le droit semble plutôt permettre, ou du moins tolérer, leur appropriation indirecte par des droits exclusifs, et notamment les droits de propriété intellectuelle.

538. La recevabilité des connaissances théoriques en tant que « choses communes ». Les connaissances théoriques auraient pourtant bien leur place en tant que « choses communes ». M.A. Chardeaux semble le reconnaître implicitement lorsqu'elle distingue deux types de choses communes incorporelles : les choses communes appartenant au domaine commun littéraire et artistique[1573] (connaissances théoriques littéraires) et les choses communes relevant du domaine commun de la science[1574] (connaissances théoriques scientifiques). Les connaissances théoriques répondent, par ailleurs, à la définition des choses communes présentée par A. Sériaux car elles sont nécessaires à chacun[1575]. Le droit fait alors obstacle à l'appropriation des choses communes pour garantir l'usage commun et les « intérêts individuels communs[1576] » (libertés fondamentales, besoins fondamentaux de la personne) qui s'incarnent dans certaines choses[1577]. Cette qualification des connaissances théoriques en choses communes ne devrait, en outre, pas être remise en cause par le caractère de reproduction et d'accumulation de ces dernières. Au contraire, M.A. Chardeaux explique que les choses communes sont « frugifères » car génératrices de richesses en engendrant des biens nouveaux[1578]. Les connaissances théoriques répondent bien à cette définition car rappelons qu'elles sont elles-mêmes créées par accumulation et qu'elles peuvent aussi être à l'origine de

---

des végétaux et des animaux ; Sur la qualification juridique de chose commune aux savoirs, voir notamment Rochfeld, J., « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », *Revue internationale de droit économique,* T. XXVIII, 2014, pp. 351-369, spé. p. 358.

[1572] Selon M.A. Chardeaux, les idées, informations et découvertes scientifiques sont des « choses communes incorporelles incontestées. » Voir Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé p. 174.

[1573] M.A. Chardeaux, en soulignant que : « Le domaine commun littéraire et artistique apparaît, sous cet angle, comme un matériau de base que tout un chacun peut façonner. », semble expliquer que les connaissances théoriques littéraires doivent être librement accessibles et utilisables. Voir Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 285.

[1574] Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 299.

[1575] Les choses communes sont celles qui ont « pour première caractéristique principale, d'être absolument nécessaires à la vie, à la vie humaine notamment », d'être « des choses primordiales » dont « l'usage est commun en ce sens que nul ne peut s'en passer » qui doivent rester en dehors de l'appropriation privative « en raison de leurs fonctions humaines et de leur importance. » Voir Sériaux, A., « Modes d'acquisition de la propriété. Choses communes », *Jurisclasseur civil*, 2011.

[1576] Expression de M.A. Chardeaux. Voir Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 169.

[1577] Par exemple, la science pure incarne un intérêt commun individuel qui est le progrès scientifique. C'est pourquoi F. Pollaud-Dullian souligne que : « la science doit nourrir la science. L'intérêt social qui s'attache au progrès justifie (…) que la science pure reste en dehors de toute appropriation. » Voir Pollaud-Dullian, F., *Droit de la propriété industrielle,* Montchrestien, Domat droit privé, No. 146, 1999, p. 81.

[1578] Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 275. Mais encore, M.A. Chardeaux expose que : « Les choses communes – spécialement, les choses communes incorporelles – apparaissent comme une matière brute qu'il suffit de travailler pour donner naissance à des biens nouveaux. » Voir Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 276.

nouvelles connaissances théoriques ou pratiques[1579]. Les connaissances théoriques sont en effet le support à partir duquel une connaissance théorique nouvelle ou une connaissance pratique nouvelle va être élaborée. C'est seulement le caractère technique de l'intervention humaine qui justifiera l'appropriabilité, d'où l'importance de distinguer les connaissances théoriques des connaissances pratiques. Ainsi, malgré la possibilité d'une appropriation privative des connaissances pratiques, les connaissances théoriques doivent rester inappropriables. M.A. Chardeaux expose que la *res communis* qui sert de support demeure de libre parcours car c'est uniquement la « valeur ajoutée » par le travail à la chose commune qui est appropriable[1580]. En revanche, les connaissances pratiques ne pourraient pas être qualifiées de « choses communes » car le droit n'organise pas leur inappropriabilité. Le droit met, au contraire, en œuvre leur appropriabilité[1581].

539. L'apport avorté de l'avant-projet de loi pour une République numérique de 2016. Les connaissances théoriques auraient pu être qualifiées de « choses communes » avec l'avant-projet de loi pour une République numérique de 2016[1582]. Cet avant-projet reconnaît l'existence de choses appartenant à l'humanité dont la protection est nécessaire pour lutter contre les pratiques d'appropriation qui conduisent à en interdire l'accès et l'usage[1583]. L'avant-projet de loi vise expressément les « choses communes » lorsqu'il définit le « domaine commun informationnel »[1584]. Il précise ce qu'il conçoit comme « chose commune » en exposant que relèvent du domaine commun informationnel : « Les informations, faits, idées, principes,

[1579] Par exemple, lorsqu'un inventeur trouve une application grâce aux connaissances comprises dans l'état de la technique. M.A. Chardeaux donne l'exemple d'une application brevetable (remplissage des cloisons étanches des navires) trouvée grâce à une connaissance comprise dans l'état de la technique (la connaissance de la substance naturelle de la cellulose). Mais encore, la connaissance acquise sur une matière biologique (un gène notamment) ne sera brevetable, selon la directive n° 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, que s'il est prouvé une intervention humaine se concrétisant par l'isolement de la matière biologique de son état naturel ou pas sa production à l'aide d'un procédé technique. Voir Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 301 et 303.

[1580] Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 298.

[1581] Selon M.A. Chardeaux, le savoir-faire serait un bien privé car, même si ce peut être une valeur non appropriée, le droit peut en organiser la réservation et la commercialisation par le droit commun des contrats, le droit pénal ou les actions en responsabilité civile. M.A. Chardeaux souligne que : « ce n'est pas parce qu'un savoir-faire n'est pas breveté qu'il est, de ce seul fait, chose commune. Sans doute n'appartient-il à personne si l'on s'en tient à une définition restrictive de l'appropriabilité. Pourtant, il se peut, malgré tout, que tout un chacun ne puisse pas, librement, l'utiliser ou le reproduire. » Voir Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 69.

[1582] Avant-projet de loi, soumis à consultation publique en octobre 2015. Puis, la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a été promulguée et publiée au JORF n° 0235 du 8 octobre 2016.

[1583] D'ailleurs, l'avant-projet prévoyait, à l'art. 8.I.3, al. 3, un droit d'agir à des associations agréées pour protéger le domaine commun informationnel. Un agrément est attribué dans des conditions définies par un décret en Conseil d'Etat et est valable pour une durée limitée. Il peut être abrogé lorsque l'association ne satisfait plus aux conditions qui ont conduit à le délivrer.

[1584] L'art. 8, paragraphe 3 expose le contenu du « domaine commun informationnel » : « Les choses qui composent le domaine commun informationnel sont des choses communes au sens de l'article 714 du Code civil. Elles ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet d'une exclusivité, ni d'une restriction de l'usage commun à tous, autre que l'exercice du droit moral. »

méthodes, découvertes, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une divulgation publique licite[1585], notamment dans le respect du secret industriel et commercial et du droit à la protection de la vie privée, et qu'ils ne sont pas protégés par un droit spécifique, tel qu'un droit de propriété ou une obligation contractuelle ou extracontractuelle[1586]. » Au regard des éléments entendus comme « choses communes », l'insertion des connaissances théoriques aurait alors été envisageable. Toutefois, les dispositions relatives au « domaine commun informationnel » ont été abrogées car la crainte était de mettre toutes les informations [et tous les savoirs ?] dans ce domaine commun ouvert à l'utilisation de tous sans aucune possibilité d'exclusivité. L'avant-projet de loi était aussi fragilisé par la confusion entre la notion de chose commune et celle de communs[1587] entretenant une certaine ambiguïté sur les droits et obligations des utilisateurs ainsi que sur la gestion de ces derniers. Il aurait cependant été intéressant de mettre, non pas tous les savoirs, mais précisément les connaissances théoriques dans ce « domaine commun informationnel ». L'insertion des éléments susceptibles de faire partie de ce domaine était néanmoins limitée puisqu'ils devaient faire l'objet d'une divulgation licite et ne pas être protégés par un droit spécifique (droit de propriété, obligations contractuelles et extra-contractuelles)[1588]. Par exemple, de simples stipulations dans un contrat auraient suffi pour faire échapper des choses communes du « domaine commun informationnel ». Ces conditions ne sont pas recevables concernant les connaissances théoriques car le libre accès et la libre utilisation ne doivent en aucun cas être limités par des droits ou stipulations contractuelles. L'avant-projet de loi était donc trop protecteur des intérêts des détenteurs et ne se présentait pas comme un support suffisant pour garantir la protection et le partage des connaissances théoriques.

[1585] Comme le souligne T. Jefferson : « If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself ; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. », c'est-à-dire que la chose créée par la nature la moins susceptible d'être sujette à une propriété exclusive par rapport à toutes autres est l'action de la pensée appelée l'idée. L'individu peut la posséder exclusivement tant qu'il la garde pour lui-même. Mais dès le moment où il la divulgue, elle s'impose à la possession de tous et le destinataire ne peut plus s'en déposséder [Notre traduction]. Voir Jefferson, T., *Lettre du 13 août 1813 à Isaac McPherson.*

[1586] Art. 8, paragraphe 1 de l'avant-projet de loi de 2015.

[1587] J. Rochfeld explique la différence à prendre en compte entre chose commune et communs. Alors que les choses communes ne présentent aucune forme d'organisation de la ressource et offre un caractère ouvert d'une communauté, les communs sont, au contraire, définis comme des biens dont la gestion est organisée par des droits au sein d'une communauté spécifique. Voir Rochfeld, J., « Chose commune », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 184.

[1588] Art. 8, paragraphe 1 de de l'avant-projet de loi de 2015.

540. Transition. Même si la qualification de « chose commune » paraît adaptée aux connaissances théoriques en raison de l'absence d'appropriation et d'un usage commun à tous, cette qualification souffre cependant de plusieurs limites.

2) Les limites à la qualification des connaissances théoriques en choses communes

541. Le manque de protection contre l'appropriation privative et exclusive des choses communes. La qualification ne protège d'abord pas d'une possible réappropriation en pratique. Les choses communes entretiennent en effet des liens étroits avec les choses sans maître, dites *res nullius*[1589]. N. Belaïdi et A. Euzen soulignent que l'eau, par exemple, « semble, par nature, n'appartenir à personne et être offerte à l'usage commun. Pour autant, elle fait aussi l'objet d'une appropriation partielle. C'est le cas, par exemple, de l'eau embouteillée[1590] ». Dans le même sens, M.A. Chardeaux explique que certaines choses communes peuvent être appropriées « par fragments » et ces derniers deviennent alors un bien et non plus une chose commune. Mais encore, P. Berlioz expose que les choses communes désignent « un ensemble inappropriable de choses pouvant, individuellement, faire l'objet d'une appropriation[1591]. » Bien qu'il soit possible de s'approprier un « fragment » de la chose, il demeure toutefois impossible, selon M.A. Chardeaux, de s'approprier la chose commune dans sa globalité[1592]. Toujours selon cette auteure, cette possibilité de réservation fragmentaire se justifierait par le caractère infime du prélèvement (faiblesse quantitative) qui s'apparente à une forme d'usage[1593]. Concernant les connaissances théoriques, il semblerait néanmoins que ce ne soit pas simplement un « fragment » qui soit approprié mais la connaissance en intégralité, soit par le détenteur lui-même (par l'utilisation des droits de propriété intellectuelle qui créent une protection indirecte sur les savoirs) soit par les tiers (lorsque les savoirs des communautés autochtones et locales sont appropriés indument). Or, l'utilisation des connaissances théoriques devrait toujours être libre et ne pas être empêchée par des droits exclusifs. Comme le souligne J. Rochfeld : « Les

[1589] Voir Rochfeld, J., « Chose commune », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 177.

[1590] Belaïdi, N., Euzen, A., « De la chose commune au patrimoine commun : Regards croisés sur les valeurs sociales de l'accès à l'eau », *in Mondes en développement*, Vol. 145, No. 1, 2009, pp. 55-72, spé. p. 62.

[1591] Berlioz, P., *Droit des biens,* Ellipses, 2014, p. 102.

[1592] Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 91.

[1593] M.A. Chardeaux donne l'exemple du sceau d'eau : « Celui qui a puisé un sceau d'eau à un ruisseau ne s'approprie pas le ruisseau dans son ensemble. » Voir Chardeaux, M.A., *op. cit*., p.98. P. Berlioz est du même avis lorsqu'il énonce que : « Il est en effet possible de retirer une chose de l'ensemble sans affecter ce dernier dans sa généralité ni dans sa destination (…) le prélèvement ne doit aboutir ni à une disparition ni à une altération de la ressource, faute de quoi il serait contraire à la destination commune de l'universalité. » Voir Berlioz, P., *op. cit*., p. 103.

prélèvements ne devraient être autorisés que s'ils n'obèrent pas l'usage de tous, c'est-à-dire s'ils ne font pas barrage à cet usage[1594] ». A. Chaigneau en conclut que l'inappropriabilité ne devrait pas automatiquement glisser vers les choses communes car cette conception « tend à dissoudre l'inappropriable dans la propriété, c'est-à-dire dans ce dont relativement à quoi un rapport propriétaire, un rapport d'appartenance est possible[1595]. »

542. Le recours aux lois de police pour contrer les risques d'appropriation des choses communes. Rappelons cependant que l'article 714, al. 2 du Code civil dispose que : « des lois de police règlent la manière d'en jouir. ». Des lois de police sont en majorité imposées pour garantir une jouissance raisonnable dans l'utilisation des choses communes et notamment pour éviter leur surutilisation. Rien n'empêche, par ailleurs, que ces lois de police servent aussi à interdire toute appropriation individuelle des choses communes voire à garantir les droits des tiers. Par exemple, S. Dusollier propose que l'usage soit réglé par des lois de police pour organiser l'accès et l'utilisation des choses communes afin de rendre effectif le droit collectif d'accès et d'utilisation[1596]. Le droit se doit en effet d'intervenir pour assurer l'inappropriabilité des connaissances théoriques et garantir leur usage commun. Le projet de loi pour une République numérique avait, de plus, prévu de protéger le « domaine commun informationnel » contre les tentatives d'appropriation des choses communes. Il était prévu un droit d'agir au profit des associations agréées ayant pour objet la diffusion des savoirs ou la défense des choses aux fins de faire cesser toute atteinte au « domaine commun informationnel »[1597]. Il aurait aussi pu être pertinent de reconnaître un droit d'agir aux personnes privées apportant la preuve d'un intérêt à agir.

543. La portée géographique limitée des choses communes. La notion de « chose commune » est, en outre, limitée par sa portée qui semble être réduite à l'échelle nationale. Or, les connaissances théoriques nécessitent une portée internationale. N. Belaïdi et A. Euzen se

---

[1594] J. Rochfeld explique que la limitation dans les actes de prélèvements se concrétise, pour les ressources immatérielles, par une entrave à la reprivatisation, notamment quand une chose commune est numérisée puis privatisée. Voir Rochfeld, J., *op. cit*., p. 181.

[1595] Selon A. Chaigneau, la sphère de l'inappropriable devrait être pensée par elle-même sans la réduire aux choses communes. Cela suppose de déterminer pour elles-mêmes les entités auxquelles le statut d'inapropriabilité serait attribué. Ces choses n'appartiendraient à personne et ne pourraient pas être appropriées en se fondant sur des intérêts humains présents et futurs, sur la destination des choses ou de l'accomplissement de besoins humains fondamentaux. Voir Chaigneau, A., « Inappropriabilité (approche philosophique) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 651-655.

[1596] Dusollier, S., « Le domaine public, garant de l'intérêt général en propriété intellectuelle ? », *in* (dir.) Dusollier, S., Buydens, M., *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle,* Bruylant, 2008, pp. 117-147, spé. p. 145.

[1597] Art. 8, paragraphe 3, alinéa 3 de l'avant-projet de loi pour une République numérique de 2015.

sont penchées sur cette limite par rapport à l'eau[1598]. Elles soulignent que l'eau [tout comme les connaissances théoriques] serait une chose commune qui présente une importance aussi bien internationale, que nationale et locale. En conséquence, il « découle que ce "patrimoine écologique" ne peut être découpé en morceaux au gré de la propriété ou des frontières qui séparent les États[1599] ». Selon N. Belaïdi et A. Euzen, la qualification de « patrimoine commun » serait davantage pertinente[1600].

544. La distinction entre chose commune et patrimoine commun. Selon M.A. Chardeaux, les notions de « choses communes » et de « patrimoine commun » sont toutefois synonymes : « Le patrimoine commun de l'Humanité est une *res communis*[1601]. » L'intérêt de l'humanité justifierait que le droit intervienne pour interdire l'appropriation, aussi bien souveraine (Etat) que privative (droit de propriété individuelle) de certains biens. Bien que les deux notions partagent des principes communs, il semblerait cependant que la notion de patrimoine insiste davantage sur le caractère international, sur la nécessité d'une préservation pour les générations futures et sur une répartition équitable des avantages. M.A. Chardeaux souligne elle-même que le régime des « choses communes » devrait être affiné pour reconnaître un devoir de conservation de la substance de la chose commune[1602], ce qui implique aussi une gestion des droits. Effectivement, la qualification ne semble actuellement pas satisfaisante pour répondre aux impératifs de conservation, de préservation et d'équité de l'usage aussi bien pour les générations présentes que futures. Il n'apparaît pas suffisant de simplement interdire l'appropriation car il doit aussi être organisé un partage effectif et donc une gestion particulière des connaissances théoriques. Or, la qualification de « chose commune » n'est pas suffisamment claire sur les droits et obligations des individus car la libre disposition de la chose est prévue pour tous sans assurer que chaque individu puisse bien exercer son droit d'accès et d'utilisation.

[1598] Belaïdi, N., Euzen, A., « De la chose commune au patrimoine commun : Regards croisés sur les valeurs sociales de l'accès à l'eau », *in* Mondes en développement, Vol. 145, No. 1, 2009, pp. 55-72.

[1599] Belaïdi, N., Euzen, A., *ibid*., p. 66.

[1600] « Le *patrimoine commun* nous apparaît alors comme un *concept* permettant d'attribuer une valeur "communautaire" aux *biens* qu'il vise, allant même jusqu'à matérialiser l'*intérêt général de l'humanité* dans ces *biens* (comme c'est le cas du patrimoine commun de l'Humanité). Cette potentialité permet d'envisager ce qui est mis en patrimoine et ce qui fait *objectivement patrimoine* : ce qui est nécessaire à l'*humanité* elle-même. » Voir Belaïdi, N., Euzen, A., *ibid*., p. 57.

[1601] Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 227.

[1602] Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 343.

545. Transition. Afin de présenter une dimension internationale mais aussi pour mettre en place des règles de gestion, il semblerait plus opportun de se pencher sur les qualifications de « bien public mondial » ou de « patrimoine commun ».

B) Les connaissances théoriques comme « biens publics mondiaux »

546. Plan. Après avoir constaté que les connaissances théoriques répondent bien aux critères constitutifs du concept de « bien public mondial » (1), une réflexion sera engagée sur la pertinence de ce concept, particulièrement sur le plan juridique (2).

1) La concordance entre le concept de connaissances théoriques et celui de biens publics mondiaux

547. Présentation des critères des « biens publics mondiaux ». La nature partageable des connaissances théoriques s'accorde bien avec le concept économique de « bien public mondial »[1603] (BPM). Dans le contexte de mondialisation, il est apparu opportun que certains biens, et notamment les biens culturels, éducatifs ou environnementaux, dépassent l'échelle nationale. Les biens publics sont alors devenus des « biens publics mondiaux ». Ce concept a été créé pour mettre en place, à l'échelle internationale, des politiques susceptibles de pallier aux défaillances ou aux dysfonctionnements du marché[1604] et de garantir l'accès aux biens publics aussi bien aux pays du Nord qu'aux pays du Sud[1605]. Pour qu'un bien soit considéré comme un BPM, il doit remplir deux critères[1606] : présenter un net caractère public (non-rivalité et non-exclusion) et les avantages doivent être pratiquement universels pour ce qui est du nombre de pays, du nombre de personnes, et du nombre de générations (présentes et futures). M.C. Smouts résume le second critère en définissant les BPM comme des « biens, services et ressources dont l'existence est bénéfique pour tous, pour le présent et pour les générations

[1603] Le terme de « bien public mondial » est emprunté au vocabulaire économique néoclassique. Il proviendrait d'une demande par les économistes mais aussi des hauts fonctionnaires des organisations internationales (PNUD, Banque Mondiale) d'une théorie sur la gestion publique des relations internationales en raison de l'accroissement des interdépendances hors marché, transnationales et internationales ainsi que de la montée des problèmes communs aux nations. Voir Coussy, J., « Théorie scientifique, réalité émergente et instrument rhétorique », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 67.

[1604] En ce qui nous concerne, la défaillance du marché est relative à la sous-utilisation des savoirs.

[1605] L'UNESCO souligne que la qualification de BPM tendrait à la réduction des inégalités. En effet, le rapport sur le développement dans le monde expose que la fourniture de biens publics à caractère international peut contribuer à la réduction des inégalités face aux savoirs. Par exemple, le parrainage de la recherche agronomique dans le monde par le Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale a financé la révolution verte à partir de fonds publics. Voir UNESCO, « Vers les sociétés du savoir », *rapport mondial de l'Unesco*, 2005.

[1606] Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A, « La définition des biens publics mondiaux », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*^{ème} *siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 27.

futures » et elle précise que : « sans la production de ces biens mondiaux par l'action collective, on ne pourra pas avancer en matière de sécurité et de développement humain[1607] ». B. Boidin ajoute un autre critère : la gouvernance doit être assurée selon des règles prenant en compte le caractère transnational des domaines concernés[1608].

548. La compatibilité des connaissances théoriques aux critères des « biens public mondiaux ». Les connaissances théoriques semblent bien répondre aux critères susvisés. Outre le fait qu'elles répondent bien aux critères d'un « bien public » en ce qu'elles sont potentiellement non-rivales (l'utilisation de la connaissance par un individu ou un Etat n'empêche pas, en principe, une même utilisation par un autre individu ou par un autre Etat) et non-exclusives (rien ne justifie, de par leur nature non-rivale, qu'une personne ou un Etat soit privé d'utiliser une connaissance), ces connaissances peuvent avoir une portée mondiale. La population mondiale dans son ensemble mais aussi les générations futures ont effectivement toutes un intérêt au partage et à la diffusion des connaissances théoriques. Selon J.E. Stiglitz : « Le plus gros de la connaissance est un bien public mondial : une théorie mathématique est vraie en Russie comme elle l'est aux Etats-Unis, en Afrique comme en Australie » et « les vérités scientifiques, depuis les théorèmes mathématiques jusqu'aux lois de la physique et de la chimie, ont un caractère universel[1609]. » En conséquence, les connaissances théoriques devraient être gouvernées selon une approche transnationale.

549. L'accueil des connaissances théoriques en tant que « biens publics mondiaux » par une certaine partie de la doctrine. Selon le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD)[1610], les connaissances scientifiques sont des « biens publics mondiaux d'origine humaine ». Dans le même sens, L. Shaver considère que le savoir est un « bien public mondial »[1611] en raison de l'article 27.1 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme[1612]. J.E. Stiglitz identifie également le savoir comme un des cinq « biens publics

[1607] Voir Smouts, M.C., « Du patrimoine commun de l'humanité aux biens publics globaux », [En ligne], *in Patrimoines naturels au Sud : Territoires, identités et stratégies locales* [En ligne]. Montpellier, IRD Éditions, 2005. [Consulté le 15 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://books.openedition.org/irdeditions/4056

[1608] Boidin, B., « Bien public mondial », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 96.

[1609] Stiglitz, J.E., *ibid*., p. 160.

[1610] Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*^{ème} *siècle*, Broché, Economica, 2002.

[1611] Shaver, L., « The Right to Science and Culture », [En ligne], *Wisconsin Law Review,* No. 1, 2010, pp. 121-184, spé. p. 156 et s. [Consulté le 15 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=1354788

[1612] Cet article dispose que : « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent ».

mondiaux »[1613]. Il semble d'ailleurs se concentrer sur les connaissances théoriques car il donne l'exemple de la connaissance d'un théorème mathématique présentant bien les critères de non-rivalité et de non-exclusion : « Si je vous enseigne le théorème, je continue de jouir de la connaissance du théorème en même temps que vous. De même, une fois que je publie le théorème, tout le monde peut en profiter. Nul ne peut être exclu[1614]. ». Le savoir serait même un « bien public premier » car il conditionne la découverte d'autres BPM « seconds » tels que la protection de l'environnement ou de la couche d'ozone[1615].

550. Transition. Les différentes limites dans la gestion des « biens publics mondiaux » amènent cependant à s'interroger sur la pertinence d'une telle qualification.

2) Les biens publics mondiaux, une qualification pertinente ?

551. Le risque de « passagers clandestins ». Étant donné que les accords internationaux ne prévoient pas de mécanismes de sanction ou de contrôle, les économistes ont conscience que les BPM sont d'abord confrontés au phénomène du « passager clandestin ». Ce phénomène signifie que certains Etats peuvent avoir un comportement opportuniste en profitant de l'action internationale sans participer au financement, à la création et surtout sans respecter la qualification de BPM. Ces Etats profitent d'une telle qualification adoptée par les autres Etats pour utiliser librement les connaissances théoriques. Le problème est qu'ils peuvent aussi ne pas participer à la création de nouvelles connaissances et surtout s'approprier et verrouiller les connaissances sur leur territoire. Le risque du « passager clandestin » est d'ailleurs d'autant plus probable par le fait que les connaissances théoriques seraient un BPM imparfait plutôt qu'un BPM pur[1616]. Même si ces connaissances doivent être, en principe, à la libre disposition de toute l'humanité, le critère de non-exclusion n'est en effet pas entièrement respecté car

[1613] Les BPM seraient composés des savoirs mais aussi de la stabilité économique internationale, de la sécurité, de la stabilité politique, de l'environnement international, de l'assistance humanitaire internationale. Voir Stiglitz, J.E., « La connaissance comme bien public mondial », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*ème *siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 157.

[1614] Stiglitz, J.E., *ibid*., p. 158.

[1615] Selon Y. Schemeil : « Le savoir et le partage du savoir semblent donc indispensables à la production, à la protection, et à la distribution non seulement économiquement efficace mais encore socialement équitable de biens publics mondiaux. » Voir Schemeil, Y., « Les biens publics premiers : Babel, côté tour et côté jardin », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 119 et 124.

[1616] Alors qu'un « bien public mondial pur se caractérise par son universalité - il profite à tous les pays, tous les peuples et toutes les générations », « un bien public mondial imparfait *tendra* à l'universalité, en ceci qu'il tendra à profiter à plusieurs groupes de pays, à ne pas discriminer entre les différents segments de la population et entre les générations. » Voir Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A, « La définition des biens publics mondiaux », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*ème *siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 38.

seulement une certaine partie des pays et/ou des groupes socio-économiques jouissent de l'accès et de l'utilisation de ces connaissances. Ces derniers font appel aux droits de propriété intellectuelle ou au régime du secret afin de rendre directement ou indirectement les connaissances théoriques exclusives.

552. La question du rôle des Etats dans la gestion des biens publics mondiaux. La pertinence de la prise en charge de la production du BPM, et plus particulièrement des connaissances théoriques, par l'Etat est, en outre, à interroger[1617]. Alors que l'Etat est considéré, notamment par P. Samuelson, comme le fournisseur idéal des biens publics au niveau national, il n'en est pas de même au niveau international. Les BPM supposent une gouvernance internationale ainsi qu'une action collective à l'échelle internationale entre des acteurs aussi bien publics que privés, c'est-à-dire les gouvernements mais aussi la société civile (ONG principalement) et les entreprises privées[1618]. Or, aujourd'hui, cette gouvernance internationale reste le fait des Etats uniquement. La coopération internationale risque alors d'être freinée par l'existence de rapports de force à l'échelle internationale et les acteurs n'ont pas toujours un comportement propice au partage et à la coopération. La coordination internationale risque souvent de ne pas aboutir en raison de l'existence de bénéficiaires différents et d'intérêts divergents[1619]. Les Etats peuvent en effet préférer favoriser leur souveraineté nationale au détriment d'une gestion efficace des BPM, ce qui les amène à refuser de modifier leurs réglementations et leurs pratiques nationales à la suite de négociations internationales. Certains Etats ont d'ailleurs démontré des comportements néfastes à l'égard des savoirs, et notamment des connaissances des communautés autochtones et locales. Une solution alternative est alors proposée en soulignant que « les questions globales doivent être traitées globalement[1620] », et

[1617] « Le bien à caractère collectif (…) n'est pas, par définition, un bien qui relève de la compétence de l'Etat. » Voir Aknin, A., Gabas, J.J., Géronimi, V., « Les biens publics internationaux », *in DGCID, Développement : 12 thèmes en débat,* Ministère des affaires étrangères, Paris, Rapport 3, 2000, pp. 27-32, cité par Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 25 ; De même, selon F. Constantin : « les procédures traditionnelles à caractère intergouvernemental ne sont plus les seules voies à emprunter pour la production et la gestion des biens publics mondiaux. » Voir Constantin, F., *op. cit*., p. 26.

[1618] Selon I. Kaul, I. Grunberg et M.A. Stern, les BPM nécessitent une dynamique participative faisant intervenir tous les acteurs (gouvernements, sociétés civiles, entreprises), groupes de population et groupes de pays. Voir Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A., « Biens publics mondiaux : Concepts, politiques et stratégies », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*^{ème} *siècle*, Broché, Economica, 2002, spé p. 195.

[1619] Comme le soulignent I. Kaul, I. Grunberg et M.A. Stern : « Les bénéficiaires des biens publics mondiaux sont extrêmement divers : pays en développement et pays industriels, pauvres et riches, peuples ayant des cultures différentes, vivant dans des écosystèmes divers ou ayant une origine historique différente. Ainsi, on doit s'attendre à ce que les intérêts et les préoccupations varient considérablement et que la coopération ne soit pas facile, en raison des différences dans les choix politiques et d'autres préférences – disparités (…) ». Voir Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A, « La définition des biens publics mondiaux », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *op. cit*., p. 42.

[1620] Rapport de la Direction générale de la Coopération internationale et du Développement et de la Direction du Trésor, « Les biens publics mondiaux », *Série Partenariats*, 2002, p. 7.

en particulier par une ou des instance(s) mondiale(s) légitime(s), aujourd'hui inexistante(s) ou inefficace(s). Les organisations internationales pourraient en effet remplir la mission d'une gouvernance mondiale mais M.A. Hermitte constate qu'elles « sont aujourd'hui loin de ça[1621]. »

553. Les ambiguïtés des biens publics mondiaux. Il devrait aussi être rappelé que les BPM sont un concept créé par la théorie économique dont l'objectif est notamment d'accorder une place importante aux acteurs privés par rapport aux Etats. Or, comme le souligne F. Constantin, puisque la valeur du bien est fonction de sa rareté, le producteur n'a pas intérêt à accroître la production des connaissances mais plutôt à entretenir un « état de pénurie contrôlée[1622] » de sorte que le BPM restera généralement inaccessible. Ce n'est cependant pas le but des BPM qui est, au contraire, de garantir la mondialité des connaissances théoriques en favorisant une action collective internationale. M.C. Smouts en conclut que les BPM sont un « objet scientifique douteux[1623] », une « notion molle[1624] » et se demande même à quoi sert ce concept : « À force d'être sollicitée, la notion de BPM perd toute cohérence. On ne sait plus de quoi on parle. Parle-t-on d'un bien commun ultime qui serait un objectif universel de valeur absolue dont la mise en lumière conditionnerait les autres biens publics ? Ou bien parle-t-on des conditions nécessaires pour atteindre cet objectif, des « droits à » (…)[1625] ».

554. L'incertitude sur la pertinence de la qualification de « biens publics mondiaux » en droit. Le terme même de « bien public mondial » est, du reste, remis en cause, particulièrement dans le domaine du droit. M.A. Hermitte parle de « malaise juridique[1626] » et expose que ce terme « paraît pour le juriste difficile à accepter et/ou utiliser[1627]. » Bien que ce concept présente de grandes qualités, en particulier « mobiliser les énergies autour de projets communs[1628] », il n'apporte pas d'effets certains en droit car il inclut des concepts qui répondent à des catégories juridiques totalement séparées. Or, le droit divise classiquement les biens en meubles et immeubles avec chacun un régime juridique unitaire. M.A. Hermitte parle alors

[1621] Hermitte, M.A., « Intérêt général et droits de propriété intellectuelle en matière pharmaceutique, l'inutilité de la notion de bien public mondial », [En ligne], *Colloque 14 décembre 2007*, [Consulté le 27 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/symposium-2007-12-14-11h30.htm

[1622] Constantin, F., « Les biens publics mondiaux, un imaginaire pour quelle mondialisation ? », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 34.

[1623] Smouts, M.C., « Une notion molle pour des causes incertaines », *in* Constantin, F., *op. cit*., p. 371.

[1624] Smouts, M.C., *ibid*., p. 375.

[1625] Smouts, M.C., *ibid*., p. 374.

[1626] Hermitte, M.A., *ibid*.

[1627] Hermitte, M.A., *ibid*.

[1628] Hermitte, M.A., *ibid*.

« d'auberge espagnole[1629] » car les BPM incluent aussi bien la science que la concurrence, les services publics, la santé, la couche d'ozone ou encore la paix. Dans le même sens, l'Unesco expose que certains experts s'opposent à concevoir les savoirs eux-mêmes comme des « biens publics mondiaux » car les savoirs regrouperaient trop de réalités différentes[1630]. Un tel concept amène aussi à qualifier les objets comme des « biens publics » et donc comme des « biens », corporels ou incorporels, appropriables. Or, la paix et la santé, par exemple, ne jouissent pas de telles qualifications en droit car elles ne sont pas appropriables[1631]. Un tel statut n'exclut toutefois pas, selon E. Ostrom et C. Hess, l'établissement d'un autre régime, et notamment celui des communs[1632]. Désigner les connaissances théoriques comme un « bien public »[1633] renvoie au statut de ces connaissances, c'est-à-dire qu'elles sont non-rivales et non-exclusives. Il n'y aurait donc pas forcément de correspondance entre les catégories de biens et les régimes de propriété de sorte que l'existence d'un bien public passe par la mise en place d'un régime de propriété aussi bien publique que commune ou privée. M.A. Hermitte pense cependant qu'en présentant le concept de BPM, ce qui est souligné est davantage la recherche du bien contre le mal plutôt que le statut juridique du bien. En raison de ces différentes limites, il devrait être trouvé d'autres qualifications plus en adéquation avec le droit et participant à la conception des connaissances théoriques comme préoccupation commune de l'humanité au-delà de l'Etat. O. Weinstein souligne en effet que : « Au-delà des biens publics purs fournis par l'Etat – qui eux-mêmes sont très divers – peuvent exister différents types de biens ou de services présentant une dimension collective et pouvant être soumis à des formes d'organisations diverses, privée, publique ou mixte[1634]. »

555. Transition. Le patrimoine commun sera alors davantage étudié en tant que régime de protection et de partage des connaissances théoriques[1635]. Certains auteurs entretiennent

[1629] Hermitte, M.A., *ibid*. De même F. Constantin expose que les BPM ne doivent pas être « une auberge espagnole où chacun vient légitimer des revendications particularistes ou corporatives certes parfois respectables, mais contribuant à une banalisation du concept. » Voir Constantin, F., *op. cit*., p. 34.

[1630] Notamment les inventions soumises aux droits de propriété intellectuelle, les systèmes éducatifs, la recherche scientifique, les pratiques ou savoir-faire. Voir UNESCO, « Vers les sociétés du savoir », *rapport mondial de l'Unesco*, 2005. Toutefois, rappelons que l'idée est ici de concevoir seulement les connaissances théoriques comme bien public mondial et non tous les savoirs. Or, les connaissances théoriques répondent bien aux critères économiques qui définissent un « bien public global ».

[1631] De plus, la paix et la santé ne peuvent être des biens publics car aucune autorité publique souveraine n'est, en l'état actuel, libre d'affecter la paix ou la santé à l'usage du public selon certaines règles d'usage.

[1632] Voir notamment Ostrom, E., Hess, C., « Private and Common Property Rights », *in* (dir.) B. Bouckaert, *Property Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

[1633] Selon E. Ostrom, les savoirs sont des « biens publics purs ».

[1634] Weinstein, O., « Bien public », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 93.

[1635] M.A. Hermitte considère que le concept de « patrimoine commun » serait plus adapté par rapport au concept dit « flou » de « bien public mondial » alors même que les deux concepts partagent des ferments mobilisateurs communs. Voir Hermitte,

d'ailleurs l'ambiguïté entre les « BPM » et le « patrimoine commun ». D. Compagnon parle de « biens communs mondiaux » pour désigner des biens « qui ne peuvent être appropriés exclusivement ni par des groupes privés ni par des Etats, sans nuire de ce fait aux autres individus, groupes et Etats de la société internationale[1636]. » Aussi, J.E. Stiglitz, alors qu'il présente les connaissances comme un BPM, semble implicitement accueillir le régime du « patrimoine commun » lorsqu'il expose que : « Toute innovation utilise la connaissance précédemment accumulée - elle exploite le patrimoine mondial de connaissance préexistante[1637]. » Dans le même sens, I. Kaul, I. Grunberg et M.A. Stern présentent une typologie des « BPM » et intègrent dans la classe II le « patrimoine commun fabriqué par l'homme », c'est-à-dire les connaissances scientifiques et pratiques[1638]. Dès lors, si les connaissances sont déjà qualifiées de « patrimoine commun », quel est l'intérêt de les qualifier aussi de BPM ?[1639]

PARAGRAPHE II. LA QUALIFICATION DE « COMMUNS » DAVANTAGE ADAPTEE A L'OBLIGATION DE PARTAGE : LE « PATRIMOINE COMMUN »

556. Plan. Le concept de « patrimoine commun » semblerait être le plus adapté pour garantir le principe de primauté du partage des connaissances théoriques sur toute protection juridique. Nous étudierons donc la recevabilité de ce concept et ses conséquences (A). Puis, nous verrons que le « patrimoine commun » souffre de certaines limites, évoquées par la doctrine, mais pouvant être potentiellement résolues (B).

M.A., « Intérêt général et droits de propriété intellectuelle en matière pharmaceutique, l'inutilité de la notion de bien public mondial », [En ligne], Colloque 14 décembre 2007, [Consulté le 27 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/symposium-2007-12-14-11h30.htm. Dans le même sens, D. Dumoulin donne une préférence au « patrimoine commun » lorsqu'il expose que : « Parmi cette multitude de référents flous à un bien commun, on a vu que celui de "patrimoine" est celui qui correspond finalement le mieux à la rareté radicale, à la conservation d'une diversité d'objets bien localisés, et celui qui intègre le mieux l'idée de générations futures. » Voir Dumoulin, D., « Les aires naturelles protégées : de l'humanité aux populations locales, un bien composite à la recherche de son public », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 301.

[1636] Compagnon, D., « La conservation de la biodiversité, improbable bien public mondial », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 163.

[1637] Stiglitz, J.E., « La connaissance comme bien public mondial », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*^{ème} *siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 167.

[1638] Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A., « Biens publics mondiaux : Concepts, politiques et stratégies », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *op. cit*., p. 195.

[1639] Aussi, la définition des BPM reflète celle du patrimoine commun : « des biens sur lesquels aucun particulier ni aucun Etat ne détiendrait de pouvoir souverain, des biens définis, alloués, protégés, par des conventions ou des organisations intergouvernementales. » Voir Schemeil, Y., « Les biens publics premiers : Babel, côté tour et côté jardin », *in* Constantin, F., (dir), *op. cit*., p. 109.

A) La qualification des connaissances théoriques comme « patrimoine commun de l'Humanité »

557. La préférence pour le « patrimoine commun » dans l'ensemble des « communs » existants. Il convient tout d'abord de se demander quelle sorte de communs paraît la plus adaptée pour qualifier juridiquement les connaissances théoriques. Les communs existant par la simple volonté du détenteur (licences libres, domaine public consenti) ne semblent pas être pertinents puisque, dans l'hypothèse où un détenteur peut être déterminé, le partage des connaissances théoriques ne devrait pas être subordonné à la décision d'un seul individu. Le détenteur devrait, au contraire, être contraint de partager ses connaissances théoriques à l'échelle mondiale. Par conséquent, la qualification de « patrimoine commun », et particulièrement de « patrimoine commun de l'Humanité » et de « patrimoine culturel immatériel », apparaît plus opportune. Le domaine public aurait aussi pu être un régime pertinent à l'égard des connaissances théoriques qui sont censées être à la disposition de tous. Mais, le régime du patrimoine commun de l'Humanité paraît plus adéquat car il présente une portée internationale et s'avère être protecteur à la fois de la conservation, de la sauvegarde[1640] et de la transmission des connaissances théoriques. D'ailleurs, selon M. Clément-Fontaine, le domaine public et le « patrimoine commun » sont deux notions identiques et la différence est seulement relative à une question d'échelle[1641]. Le « domaine public » est un concept français alors que le « patrimoine commun » a été conçu par des accords internationaux. Or, la dimension internationale du « patrimoine commun de l'Humanité » est davantage adaptée aux connaissances théoriques qui sont le résultat de contributions venant du monde entier[1642].

558. La condition relative à l'intérêt pour l'humanité. Pour qu'un élément fasse partie du patrimoine commun, il doit présenter un intérêt pour l'humanité, c'est-à-dire qu'un intérêt supérieur doit exister justifiant que les Etats garantissent un partage durable et équitable. Selon la doctrine, les savoirs, et plus particulièrement les connaissances théoriques, présentent

[1640] D'ailleurs, le terme « sauvegarde » apparaît plus large que celui de « protection » car il inclut l'identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission et la revitalisation des éléments du patrimoine commun. Voir Blake, J., « Patrimoine culturel immatériel », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 905 et s., spé. p. 906.

[1641] Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 415.

[1642] Concernant les connaissances théoriques, la notion de « patrimoine commun de l'Humanité » sera privilégiée plutôt que celle de « patrimoine commun de la Nation » car cette dernière se situe à l'échelle nationale. En effet, les titulaires du patrimoine commun de la Nation sont l'ensemble de la communauté nationale et les éléments de ce patrimoine peuvent être appropriés, notamment par les personnes privées et les Etats. Dans ce cas, le détenteur ne peut pas opposer aux tiers son exclusivité de sorte que les prérogatives de son droit de propriété sont fortement amoindries. Au contraire, le patrimoine commun de l'Humanité désigne des biens qui n'appartiennent à personne, y compris les Etats, et impose une gestion rationnelle des richesses collectives à l'échelle internationale.

indéniablement un intérêt collectif[1643]. B. Parance souligne que les connaissances seraient un « bien commun » car elles feraient référence à un « souci commun de l'humanité » et elles ne peuvent être protégées qu'au niveau international[1644]. Ces connaissances seraient des « biens communs » et non des « biens publics purs » car elles dépassent la personne publique en épousant une perspective mondiale. M. Cornu définit, par ailleurs, la notion d'accès au patrimoine culturel par « l'idée de jouissance qui sous-tend (…) celle d'accès à la connaissance (…)[1645] ». Tout individu a en effet intérêt à jouir d'un accès et d'une utilisation de ces connaissances, aussi bien pour faire évoluer les sciences et contribuer à l'innovation que pour vivre décemment et sainement. Mais encore, selon A. Sola, le « patrimoine culturel immatériel », incluant les savoirs[1646], peut être considéré comme un « patrimoine commun de l'Humanité » car la Convention elle-même[1647] mentionne que la « sauvegarde du patrimoine culturel immatériel est dans l'intérêt général de l'humanité » ou encore qu'il faut prendre conscience « de la volonté universelle et de la préoccupation partagée de sauvegarder le patrimoine culturel de l'humanité »[1648]. La possibilité d'une insertion des connaissances théoriques dans le patrimoine commun présente donc peu de doutes. Concernant les connaissances pratiques, des auteurs considèrent qu'elles pourraient également être un bien culturel commun lorsqu'elles remplissent certaines conditions[1649]. Dans ce cas, la communauté

[1643] Les connaissances théoriques peuvent notamment concerner les connaissances issues de l'enseignement. D'ailleurs, la création d'un « commun mondial de l'enseignement » est progressivement mise en œuvre (*Open Educational Resources).* L'objectif des OER est de créer des supports numérisés gratuits et libres qui peuvent être utilisés et réutilisés par les professeurs, étudiants et apprenants hors parcours scolaire. Par exemple, le *MIT OpenCourseWare* (OCW) met en ligne des cours librement accessibles. Aussi, la Déclaration du Cap de 2007 vise à constituer un fonds commun de ressources éducatives libres et accessibles à tous les utilisateurs pour « accéder à la somme du savoir humain et contribuer à l'enrichir ». L'accès gratuit à de telles connaissances se fonderait sur une tendance ancienne issue des bibliothèques de prêt ou d'un devoir moral des sociétés d'offrir un niveau d'instruction à ses membres pour des raisons pratiques et économiques. Voir Bissel, A., Boyle, J., « Vers la création d'un bien commun au service de l'enseignement », *in* Vecam (dir.). *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 156. Mais encore, la loi pour une République numérique de 2016 favorise la mise à disposition gratuitement sous forme numérique par l'auteur de ses travaux de recherche scientifique financés par des fonds publics ainsi que la libre réutilisation des données issues d'une activité de recherche financée par des fonds publics (art. 30 de la loi pour une République numérique complétant l'art. L. 533-4 du Code de la recherche).

[1644] Parance, B., De Saint Victor, J., « '*Commons*, biens communs, communs' : une révolution juridique nécessaire », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 9.

[1645] Cornu, M., *Le droit culturel des biens : L'intérêt culturel juridiquement protégé,* Bruxelles, Bruylant, 1996.

[1646] B. Srinivas souligne que le patrimoine culturel immatériel se manifesterait notamment à travers les traditions et expressions orales, les pratiques sociales ou encore dans les savoirs et pratiques concernant la nature et l'univers. Voir Srinivas, B., « The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage », *in* Nafziger, J. A. R., et T, Scovazzi., (eds.). *Le patrimoine culturel de l'humanité – Cultural Heritage of Mankind*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 529-557.

[1647] Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée le 17 octobre 2003 par la Conférence générale de l'UNESCO.

[1648] Voir Sola, A., « Quelques réflexions à propos de la convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. », *in The Cultural Heritage of Mankind*, The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye, Brill Online, 2008, pp. 487-528.

[1649] Pour être des biens culturels communs, le savoir-faire doit être localisé dans le temps et l'espace, ancré dans un territoire précis, appartenir à une communauté et ne pas être immuable mais continuer à innover tout en se transmettant. Voir Cominelli, F., « Le patrimoine culturel immatériel est-il un bien commun ? Le cas de la pierre sèche en France », *Revue de l'organisation*

n'est cependant pas à l'échelle mondiale mais plutôt à l'échelle nationale. Il ne s'agit alors plus d'un « patrimoine commun de l'Humanité » mais plutôt d'un « patrimoine commun de la nation »[1650].

559. La reconnaissance des savoirs comme « patrimoine commun de l'Humanité » dans les instruments juridiques. Au sein des Déclarations et Conventions, les savoirs font expressément partie du patrimoine commun de l'Humanité. La Déclaration universelle des droits des peuples de 1976 inclut la science, la technique et les savoirs dans le patrimoine commun de l'Humanité[1651]. Aussi, l'article 17 de la Déclaration universelle du bien commun de l'humanité[1652] précise que sont contraires au « Bien commun de l'humanité » et donc interdits le contrôle exclusif et non participatif des Etats sur le contenu de l'information ou encore les brevets sur les savoirs scientifiques « empêchant la circulation des connaissances pour le Bien vivre des peuples ». De même, l'Accord OAPI (Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle) de 1977[1653] vise à protéger le patrimoine culturel défini comme « l'ensemble des productions humaines matérielles ou immatérielles caractéristiques d'un peuple dans le temps et l'espace » (art. 67.1). Ce patrimoine immatériel comprend notamment, selon cet accord, le folklore incluant les connaissances[1654]. Surtout, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée le 17 octobre 2003 par la Conférence générale de l'UNESCO[1655] a été créée spécialement pour protéger et partager les ressources

responsable, Vol. 7, 2012, pp. 83-92.

[1650] Sur ce point, voir les développements de cette seconde partie de la thèse relatifs aux exceptions à la protection exclusive des connaissances pratiques, notamment lorsque ces connaissances dévoilent une importance vitale (chapitre II, titre I).

[1651] Art. 9 de la Déclaration universelle des droits des peuples du 4 juillet 1976. Cependant, C. Le Bris souligne que les savoirs technologiques, scientifiques et médicaux n'ont pu être qualifiés de patrimoine commun de l'Humanité en raison des enjeux économiques. Nous verrons dans la thèse qu'une telle qualification est envisageable lorsque les connaissances théoriques sont distinguées des connaissances pratiques. Voir Le Bris, C., « Patrimoine commun de l'humanité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 889 et s., spé. p. 891.

[1652] La Déclaration universelle du bien commun de l'humanité a été présentée par le Forum mondial des alternatives (FMA) aux mouvements sociaux et aux organisations présentes au Sommet des peuples de Rio de Janeiro en juin 2012.

[1653] Accord portant révision de l'accord de Bangui du le 2 mars 1977 instituant une organisation africaine de la propriété intellectuelle

[1654] L'art. 68.2 précise que le folklore inclut e) les connaissances et œuvres scientifiques (pratiques et produit de la médecine et de la pharmacopée, acquisitions théoriques et pratiques dans les domaines des sciences naturelles, physiques, mathématiques, astronomiques) et f) les connaissances et les productions de la technologie (industries métallurgiques et textiles, techniques agricoles, techniques de la chasse et de la pêche).

[1655] La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée le 17 octobre 2003 par la Conférence générale de l'UNESCO, est le premier instrument contraignant pour la sauvegarde des ressources immatérielles. Elle a été adoptée suite à la création de nombreux instruments juridiques précurseurs. D'abord, son existence est due à une proposition du Gouvernement de Bolivie en 1973, d'ajouter un protocole relatif à la protection du folklore au sein de la Convention universelle sur le droit d'auteur. Puis, l'UNESCO et l'OMPI sont à l'origine des « Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables » adoptées en 1982. En 1989, l'UNESCO adopte une recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire. Enfin, l'UNESCO instaure en 1993 le programme des « Trésors humains vivants » ainsi que la Proclamation des chefs d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité en 1997. Le Programme des « Trésors humains vivants » protège particulièrement les connaissances et savoir-faire présentant une grande valeur historique, artistique ou culturelle. Quant au Programme de

immatérielles. Cette Convention a été adoptée dans le but de garantir une protection internationale des ressources immatérielles car leur impact se situe au-delà des Etats et des droits de propriété intellectuelle et leur valeur culturelle doit être prise en compte. Elle définit le patrimoine culturel immatériel comme « les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire (…) que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. » L'article 2.2 de la Convention de 2003 précise aussi que le patrimoine culturel immatériel se manifeste dans les connaissances concernant la nature et l'univers ainsi que dans les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel. L'un des objectifs primordiaux de la Convention de 2003 est d'ailleurs de reconnaître les cultures à dominante orale et plus particulièrement les savoirs dits « traditionnels ». Dès le sixième considérant et dès l'article 1er, b), il est en effet souligné le devoir de reconnaître les communautés autochtones et locales et leur rôle dans la production, la sauvegarde, l'entretien et la récréation du patrimoine culturel immatériel. Mais encore, la définition du « patrimoine culturel immatériel », à l'article 2.1, reflète étroitement le patrimoine des communautés autochtones et locales[1656]. La place de l'immatériel n'est, par ailleurs, pas uniquement cantonnée à la Convention de 2003. La Convention sur le patrimoine mondial de l'UNESCO[1657], malgré son objectif primaire d'identifier et de protéger les lieux physiques[1658], a progressivement laissé place à des aspects immatériels[1659]. Pour figurer sur la liste du patrimoine mondial, les sites doivent satisfaire à plusieurs critères. Auparavant, le critère de la valeur universelle exceptionnelle (VUE) visait uniquement ce qui était visible et tangible. Puis, le critère (vi)[1660] a été créé imposant que les sites doivent être directement ou matériellement

« Proclamation des chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité », il vise à mettre en valeur la diversité du patrimoine immatériel. Par exemple, ont été proclamés chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel de l'humanité le savoir-faire du travail du bois des Zafimaniry à Madagascar ou encore la cosmovision andine des Kallawaya en Bolivie.

[1656] L'art. 2.1 de la Convention de 2003 précise que le patrimoine culturel immatériel est transmis de génération en génération, recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu ainsi que de leur interaction avec la nature et leur histoire. Mais encore, un tel patrimoine leur procure un sentiment d'identité et de continuité.

[1657] Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel adoptée par la Conférence générale le 16 novembre 1972.

[1658] Les art. 1 et 2 de la Convention de 1972 définissent le patrimoine culturel (monuments, ensembles, sites) et le patrimoine naturel (monuments naturels, formations géologiques et physiographiques, sites naturels) en tant que patrimoine matériel en ignorant le patrimoine immatériel.

[1659] Par exemple, C. Brumann souligne que les sites sont de plus en plus associés aux idées, aux événements et aux personnages célèbres. Voir Brumann, C., « Comment le patrimoine mondial de l'Unesco devient immatériel », [En ligne], *Gradhiva*, 18, 2013, spé. p. 25. [Consulté le 09 décembre 2013]. Disponible à l'adresse : http://gradhiva.revues.org/2698

[1660] « Le critère (vi) est un mécanisme important afin de reconnaître le patrimoine immatériel et les valeurs associatives relatives au site. » La première évolution a été d'adopter en 1992 les catégories de paysages culturels et les associer avec les phénomènes religieux, artistiques ou culturels plutôt que par les seules traces culturelles tangibles. Ainsi, le critère (vi) a permis de reconnaître la signification des sites autochtones et sacrés ainsi que le lien entre traditions vivantes des communautés autochtones et locales et environnement naturel. Voir Cameron, C., Herrmann, J., « Lignes directrices et renforcement des capacités pour la reconnaissance des valeurs associatives utilisant le critère (vi) du patrimoine mondial », Rapport final, *Centre du patrimoine mondial*, Janvier 2018, p. 19-20.

associés à des événements (en particulier, des événements historiques[1661]), des traditions vivantes (notamment celles des communautés autochtones et locales[1662]), des idées ou savoirs au sens large (notamment les principes universels[1663] et les savoirs dans divers domaines[1664]), des croyances (par exemple, les croyances religieuses et spirituelles, les cultes, les mythes[1665]) ou encore des œuvres artistiques et littéraires[1666] ayant une signification universelle exceptionnelle. Les savoirs sont également expressément mentionnés dans le quatrième considérant de la Convention de 1972[1667]. Les ressources immatérielles sont alors reconnues et associées aux ressources matérielles, aussi bien avec la Convention de 2003[1668] que dans la Convention du patrimoine mondial de l'humanité de 1972.

560. Transition. Les connaissances théoriques pourraient être considérées comme un « patrimoine commun de l'Humanité ». Cette qualification est cependant souvent critiquée par la doctrine, ce qui nécessite une réflexion sur des solutions à proposer.

[1661] Par exemple, en Turquie, Pergame et son paysage culturel à multiples strates (2014), Ephèse (2015) ou encore Aphrodisias (2017) ont été inscrits sur la liste du patrimoine mondial en utilisant le critère (vi) et notamment en associant les sites à des événements historiques (legs attalide en 133 av. J.-C, création d'un empire romain oriental, lieu d'activité philosophique sous le Haut Empire et dans l'Antiquité tardive). Voir Cameron, C., Herrmann, J., *ibid*., p. 41.

[1662] Par exemple, en Australie, le parc national Kakadu (1992) ou au Japon, les sites sacrés et chemins de pèlerinage dans les monts Kii (2004) ont été inscrits sur la liste du patrimoine mondial en utilisant le critère (vi) et notamment en associant les sites aux traditions vivantes (activités sociales et rituelles associées à la tradition de cueilleurs-chasseurs, tradition continue liée aux montagnes sacrées). Voir Cameron, C., Herrmann, J., *ibid*., p. 42.

[1663] Par exemple, en 1979, aux Etats-Unis, l'*Independence Hall* a été inscrit sur la liste du patrimoine mondial en utilisant le critère (vi) et en particulier par l'association de ce monument aux principes universels du droit de se révolter et de gouverner en toute autonomie. Voir Cameron, C., Herrmann, J., *ibid*., p. 45.

[1664] Par exemple, au Royaume-Uni, le Maritime Greenwich a été inscrit sur la liste du patrimoine mondial en 1997, en utilisant le critère (vi) et notamment par l'association du site aux savoirs (projets scientifiques, développement de la navigation et de l'astronomie ayant abouti à la définition du méridien de Greenwich). Voir Cameron, C., Herrmann, J., *ibid*., p. 48.

[1665] Par exemple, au Népal, la vallée de Kathmandu a été inscrite en 1979 sur la liste du patrimoine mondial en utilisant le critère (vi) et notamment par l'association avec les croyances (coexistence et fusion de l'Hindouisme et du Bouddhisme avec les rituels animistes et le Tantrisme). Dans le même sens, au Japon, les sites Gusuku et les biens associés du royaume des Ryukyu ont été inscrits sur la liste du patrimoine mondial en 2000 et sont associés aux croyances (forme indigène de culte de la nature et des ancêtres). Voir Cameron, C., Herrmann, J., *ibid*., p. 53 et 55.

[1666] Par exemple, la cité du Vatican (1984) a été inscrite sur la liste du patrimoine mondial en utilisant le critère (vi) et notamment par l'association aux les œuvres littéraires (manuscrits et livres de la bibliothèque au bénéfice de la mémoire collective). Voir Cameron, C., Herrmann, J., *ibid*., p. 69.

[1667] Le quatrième considérant rappelle que : « l'Acte constitutif de l'Organisation prévoit qu'elle aidera au maintien, à l'avancement et à la diffusion du savoir en veillant à la conservation et protection du patrimoine universel et en recommandant aux peuples intéressés des conventions internationales à cet effet. »

[1668] En effet, le patrimoine culturel immatériel comprend, dans sa définition, des formes intangibles constitutives d'un héritage (pratiques, expressions, savoirs, compétences) associées à des éléments tangibles (instruments, objets, artefacts) et à des espaces culturels (dans lesquels des formes particulières d'expressions intangibles sont créées). D'ailleurs, le premier considérant de la Convention de 2003 souligne « la profonde interdépendance entre le patrimoine culturel immatériel et le patrimoine matériel culturel et naturel. »

B) Les limites du « patrimoine commun de l'Humanité » et les solutions proposées

561. Plan. Bien que le patrimoine commun de l'Humanité semblerait être le meilleur fondement pour assurer une inclusion forcée des connaissances théoriques, la doctrine critique fréquemment cette qualification (1). Des réponses doivent alors être apportées à ces critiques et des solutions seront proposées (2).

1) Le patrimoine commun de l'Humanité, une qualification imparfaite et critiquée

562. Les difficultés relatives à l'identification, à la gestion et à la représentation de l'humanité. Le patrimoine commun est d'abord fragilisé par des difficultés dans sa mise en œuvre, en particulier dans l'identification de l'humanité[1669]. C. Le Bris souligne que : « L'humanité n'en reste pas moins insaisissable. Cette humanité (…) ne cesse de se dérober à mesure que l'on cherche à l'identifier[1670]. » La notion d' « humanité » est polysémique de sorte qu'elle peut désigner aussi bien la nature humaine (en particulier en matière des droits de l'homme), la compassion (les conventions applicables en cas de conflits armés ont pour objectif que l'homme soit « traité avec humanité ») ou encore la collectivité humaine[1671] qui est elle-même diverse (communauté nationale, communauté mondiale, communauté autochtone et locale, générations futures[1672]). Selon C. Le Bris, l'humanité doit inclure aussi bien les groupes humains que les institutions (individus, Etats, organisations internationales ou non gouvernementales). L'humanité ne doit alors pas se réduire à l'ensemble des peuples[1673]. En conséquence, cette humanité a besoin d'une entité impartiale pour la défendre car elle ne jouit

[1669] C. Le Bris explique que la notion d'« humanité » est apparue dès 1868 avec la Déclaration de Saint-Pétersbourg du 11 décembre 1868 relative à l'interdiction de certains projectiles en temps de guerre. La Déclaration se réfère aux « exigences de l'humanité » et aux « lois de l'humanité ». Il en est de même au sein des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 concernant les lois et les coutumes de guerre sur terre. Puis, elle réapparaît après la Seconde Guerre Mondiale pour interdire le crime contre l'humanité (Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et Statut du Tribunal international militaire de Nuremberg). Mais encore, la Déclaration de Rio du 13 juin 1992 souligne la nécessaire solidarité internationale en déclarant que : « la Terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance. » Dans le même sens, en 1992, la Convention des Nations unies sur les changements climatiques et la Convention sur la diversité biologique parlent de « préoccupation pour l'humanité » ou de « préoccupation commune à l'humanité ». Voir Le Bris, C., « Humanité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 632 et s., spé. p. 633.

[1670] Le Bris, C., *ibid*., p. 633.

[1671] Le Bris, C., *ibid*., p. 633.

[1672] Le rapport final du 25 septembre 2015 relatif à la Déclaration universelle des droits de l'humanité explique que l'humanité doit être interprétée de façon transtemporelle : « l'humanité, qui inclut tous les individus et organisations humaines, comprend à la fois les générations passées, présentes et futures, et que la continuité de l'humanité repose sur ce lien intergénérationnel. » (considérant 6).

[1673] Le Bris, C., *ibid*., p. 634.

pas de la personnalité juridique[1674]. Il est cependant difficile d'identifier l'autorité compétente pour assurer la gestion et la représentation d'une collectivité qui peut être à l'échelle mondiale. La question est de savoir si l'Etat, *via* le *trust* ou le mandat[1675], est le mieux placé pour une telle mission. M. Clément Fontaine[1676] souligne que le risque est l'existence d'un conflit d'intérêts entre l'intérêt de l'humanité et l'intérêt particulier des Etats[1677]. C. Le Bris et V. Negri exposent aussi que les Etats ne sont que gardiens/dépositaires du patrimoine commun et non titulaires d'un tel patrimoine[1678] de sorte qu'ils en restent comptables vis-à-vis de la collectivité. C'est alors l'humanité qui est titulaire du patrimoine commun car elle a pour fonction de communautariser les intérêts malgré les découpages juridiques[1679]. C. Le Bris explique, en outre, que la création d'une institution centralisée chargée de représenter les intérêts et administrer les biens est jusque-là apparue décevante car elle finit toujours par ménager les intérêts nationaux. Il donne notamment l'exemple de l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM)[1680].

563. La subordination du patrimoine commun de l'Humanité aux volontés politiques des Etats. Le patrimoine commun nécessite, de plus, une volonté politique de dimension internationale pour être pleinement effectif[1681]. Selon M. Cornu[1682], l'Etat a tout de même un

[1674] Effectivement, C. Le Bris expose que : « L'humanité a un patrimoine, des biens, mais elle n'a pas la capacité d'agir ; elle ne peut être considérée comme une personne juridique. » Voir Le Bris, C., *ibid.*, p. 637.

[1675] Proposition de Trébulle, F.G., « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », *in Études offertes au professeur Malinvaud*, Paris, LexisNexis Litec, 2007, pp. 659-687. Par exemple, en France, le « bien commun » renvoie au bien public détenu par l'Etat et affecté à l'usage du public. Aussi, une telle conception se rapproche du *trust* anglo-saxon où l'Etat détient un titre pour le compte de la communauté tout en ayant le devoir de protéger l'héritage commun. La conception du *trust* renvoie à l'idée que le public a toujours eu un droit d'accès et que le droit de propriété privée est subordonné aux droits des tiers. Ce droit d'accès des tiers est notamment fondé sur une longue période d'usage de la chose par le public. Par conséquent, propriété privée et propriété publique coexistent. Mais la question est de savoir quelle entité est légitime pour détenir le *trust*. Voir Aoki, K., « Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-so-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 6, No. 1, 1998, pp. 11-58.

[1676] Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 383 et s.

[1677] M. Desantes souligne également que les Etats ne devraient pas exercer de droits de propriété sur les éléments du patrimoine culturel immatériel qui ont été créés, développés et transmis essentiellement par les traditions orales à l'intérieur des communautés. Voir Desantes, M., « Protecting Intangible Cultural Heritage Through Intellectual Property : A Challenge For IP Classic Tools ? », », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 569.

[1678] Le Bris, C., « Patrimoine commun de l'humanité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 889 et s., spé. p. 892 : Negri, V., « Patrimoine culturel », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 897.

[1679] Le Bris, C., « Humanité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 632 et s., spé. p. 636.

[1680] Le Bris, C., *ibid*., p. 636.

[1681] Comme le souligne A. Roth : « Voir dans l'humanité un titulaire unique des droits sur un patrimoine qui reléguerait l'Etat, au mieux, au rang d'actionnaire ou d'instrument, serait une conception révolutionnaire dans la société internationale actuelle. » Voir Roth, A., « La notion de patrimoine commun de l'humanité en droit international », *in La prohibition de l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-terrestres,* Graduate Institute Publications, 1992, p. 109-126. Dans le même sens, voir Del Rey, M.J., « La notion controversée de patrimoine commun », *Dalloz,* 2006, pp. 388-389.

[1682] Cornu, M., « Propriété et patrimoine, entre le commun et le propre », *in Pour un droit économique de l'environnement.*

rôle prééminent dans la protection du patrimoine culturel immatériel[1683]. C'est lui seul qui identifie les biens culturels ou naturels entrant dans le patrimoine commun de la nation, ou bien il intervient avec la décision d'autres Etats pour le patrimoine commun de l'Humanité. Ce rôle de l'Etat s'explique par la difficulté de définir le titulaire patrimonial et de le doter de prérogatives mais aussi par le fait que le bien est socialement construit. Ce rôle accru de l'Etat est cependant sujet à critique car le régime du patrimoine commun de l'Humanité dépendrait aujourd'hui uniquement du bon vouloir de ces derniers. M.C. Smouts souligne alors l'ambiguïté et la fragilité de la notion de « patrimoine commun » dont l'objectif serait de garantir la souveraineté et la responsabilité des Etats plutôt que d'ériger un véritable commun de l'humanité[1684]. L'identification des biens entrant dans le patrimoine commun ainsi que le choix de leur gestion ne doit, en outre, pas être une décision prise uniquement par les Etats les plus puissants, notamment en termes de pouvoir de négociation. Il ne doit effectivement pas être imposé au niveau mondial des modes d'action collectifs et de gestion du patrimoine commun selon la seule vision occidentale des pays du Nord[1685]. Chaque Etat est confronté à des problèmes différents, par exemple vis-à-vis des connaissances théoriques[1686]. Les Etats, aussi bien du Nord que du Sud, doivent alors être entendus afin de déterminer les moyens les plus appropriés et socialement acceptables pour assurer la création, la diffusion et la conservation des connaissances théoriques[1687]. Mais encore, l'identification et la gestion des éléments du

Mélanges en l'honneur de Martin, G-J., Paris, Frison-Roche, 2013, pp. 146-161.

[1683] Au niveau national, les Etats sont responsables de la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (art. 11 à 15 de la Convention de 2003). Ils doivent créer des inventaires nationaux pour identifier le patrimoine culturel immatériel et ses détenteurs ainsi que les mettre à jour régulièrement, établir une liste de mesures à mettre en œuvre pour sauvegarder ce patrimoine (mesures juridiques, techniques, administratives et financières), mais ils doivent aussi garantir la participation des communautés, groupes et individus dans les activités de sauvegarde ainsi que désigner ou établir des organismes compétents.

[1684] Smouts, M.C., « Du patrimoine commun de l'humanité aux biens publics globaux », [En ligne], *in Patrimoines naturels au Sud : Territoires, identités et stratégies locales*, Montpellier, IRD Éditions, 2005. [Consulté le 15 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://books.openedition.org/irdeditions/4056

[1685] Selon D. Compagnon, avant d'utiliser des concepts tels que « biens communs » ou « biens publics mondiaux », il est d'abord préalablement nécessaire de remettre en cause le « régime de développement et d'accumulation occidental » dont « on sait bien qu'il n'est pas généralisable à l'ensemble de la planète » ainsi que garantir le partage équitable de la richesse à l'échelle mondiale. Voir Compagnon, D., « La conservation de la biodiversité, improbable bien public mondial », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 185. Or, certains auteurs soulignent que les négociations internationales ne sont pas satisfaisantes car « l'identification et la description des questions relevant de l'intérêt général de l'humanité n'émanent pas d'une improbable "communauté internationale" mais des acteurs stratégiques de la scène internationale, ceux qui sont au sommet de la hiérarchie de puissance dans les secteurs intellectuels, financiers, politiques et militaires. » Voir Smouts, M.C., « Une notion molle pour des causes incertaines », *in* Constantin, F., *op. cit*., p. 376.

[1686] En effet, rappelons que les Etats du Nord recherchent à freiner la privatisation des connaissances (enclosure), alors que les Etats du Sud cherchent plutôt à lutter contre l'appropriation indue de leurs connaissances (exlosure).

[1687] Selon C. Bortolotto, la catégorie du patrimoine culturel immatériel ne doit pas être abstraitement qualifiée de « globale » sans prendre en compte les tensions entre l'échelle internationale et l'échelle nationale. Le global du patrimoine culturel immatériel fait l'objet de traductions différentes par les régimes et politiques culturelles nationaux. Mais aussi, les spécificités nationales influencent les définitions des catégories globales et déterminent leur mise en œuvre concrète dans les instruments normatifs internationaux. Voir Bortolotto, C., « L'Unesco comme arène de traduction. La fabrique globale du patrimoine immatériel », [En ligne], *Gradhiva,* 18, 2013. [Consulté le 09 décembre 2013]. Disponible à l'adresse : http://gradhiva.revues.org/2708

patrimoine commun ne doivent pas être cantonnées à la décision des seuls Etats car à l'intérieur même des Etats, différents acteurs locaux sont concernés[1688]. Comme le souligne D. Dumoulin : la production des aires naturelles protégées [mais aussi des savoirs] « concerne des acteurs très variés dont les préférences doivent être conçues de manière dynamique. Il s'agit donc de systèmes d'acteurs très complexes, dont l'articulation dépasse la définition d'éventuels régimes interétatiques[1689]. » Un régime international issu de la qualification de patrimoine commun des connaissances théoriques passe alors aussi par des législations nationales adaptées aux revendications locales. Il apparaît donc nécessaire de ne pas imposer le principe d'un libre accès et d'une libre utilisation des connaissances théoriques, principe essentiellement créé pour lutter contre l'enclosure des savoirs, dans toutes les circonstances[1690].

564. Un régime réduit à une obligation de conservation des éléments du patrimoine commun de l'Humanité. Les obligations restent, par ailleurs, floues car l'unique obligation clairement établie serait celle d'utiliser la ressource dans un but exclusivement pacifique. Les Etats auraient alors converti le régime du patrimoine de l'Humanité en un simple mécanisme de conservation et non de jouissance et d'accès à ce patrimoine. C'est pourquoi de nombreux auteurs critiquent aujourd'hui ce concept[1691]. Selon M.A. Frison-Roche, le patrimoine commun ne serait efficace que pour conserver les biens et non pour les partager et les faire circuler[1692]. Or, le patrimoine commun doit également garantir l'accès à tous voire l'utilisation

[1688] M. Desantes distingue le patrimoine culturel immatériel « eurocentrique » du patrimoine culturel immatériel « indigène ». Tandis que le premier ne suppose que de minimes adaptations, le second nécessite de renouveler complétement le système des droits de propriété intellectuelle pour qu'il soit capable de promouvoir les droits culturels des communautés et la diversité culturelle. Voir Desantes, M., « Protecting Intangible Cultural Heritage Through Intellectual Property : A Challenge For IP Classic Tools ? », », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 571.

[1689] Dumoulin, D., « Les aires naturelles protégées : de l'humanité aux populations locales, un bien composite à la recherche de son public », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 300 ; Dans le même sens, D. Dumoulin souligne que la question n'est pas seulement de savoir de quel « bien » mais aussi de quel « public » on parle. Voir Dumoulin, D., *ibid*., p. 271.

[1690] Effectivement, le principe de primauté de partage des connaissances théoriques est justifié par leur nature non-rivale de sorte qu'il n'y a aucune corrélation entre l'augmentation du nombre d'individus ayant accès et utilisant ces connaissances et l'appauvrissement d'autres individus dans l'accès et l'utilisation de ces mêmes connaissances. Néanmoins, ce raisonnement n'est pas toujours valable dans certaines parties du monde. L'accès et l'utilisation des connaissances théoriques peuvent parfois être rivales pour les communautés autochtones et locales. C'est ce que nous étudierons dans le chapitre I du prochain titre.

[1691] Voir notamment Groulier, C., « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA,* 2005, pp. 1034-1040 ; Rochfeld, J., « 5. Entre propriété et accès : la résurgence du commun », *in* Bellivier, F., et *al.*, *La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 69-87 ; Bortolotto, C., « L'Unesco comme arène de traduction. La fabrique globale du patrimoine immatériel », [En ligne], *Gradhiva,* 18, 2013. [Consulté le 09 décembre 2013]. Disponible à l'adresse : http://gradhiva.revues.org/2708

[1692] M.A. Frison Roche souligne que : « Il y a l'idée de trésor dans la notion de patrimoine commun de l'Humanité, le trésor étant par nature mis en danger par sa circulation, par nature détruit par sa dispersion. ». Mais les ressources immatérielles ne semblent pas être mises en danger par leur circulation si elles sont efficacement et préalablement protégées. Voir Frison Roche, M.A., « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », *in Propriété intellectuelle et mondialisation,* Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, pp. 165-175, spé. p. 173.

par tous pour créer de nouvelles connaissances. Dans le même sens, A. Lucas-Schloetter souligne qu'un tel patrimoine ne semble être qu'un mode de protection complémentaire[1693]. Il ne garantirait que l'identification, la documentation, la préservation, la promotion et la mise en valeur des ressources, sans incitation à la création de nouvelles connaissances théoriques et sans aucune réelle mesure de protection juridique, notamment par rapport aux actes d'usage autorisés ou non.

565. Une nette distinction entre les biens matériels et immatériels critiquée. La Convention de 2003 serait, de surcroît, discréditée par son artificialité car elle sépare nettement les biens matériels des biens immatériels alors que ces derniers seraient interdépendants[1694]. Il n'y a pas en effet de culture matérielle qui s'oppose à la culture immatérielle car l'immatériel se retrouve dans tout objet matériel[1695]. Les savoirs sont omniprésents aussi bien dans les ressources immatérielles[1696] que dans les ressources matérielles[1697]. Cette distinction entre immatériel et matériel semblait cependant nécessaire. En effet, l'objectif de la Convention de 2003 est d'insister sur la protection des ressources immatérielles qui étaient laissées de côté par la vision dite « eurocentrée » du patrimoine commun[1698]. Lorsque la prise de conscience de

---

[1693] Lucas-Schloetter, A., « Protection juridique du folklore », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1962, 2009, spé. p. 36.

[1694] C. Bromberger considère que la notion de « patrimoine immatériel » serait appropriée si et seulement si elle incluait uniquement des pratiques ne recourant à aucun artefact (tradition orale, mythes, chansons). Voir Bromberger, C., « "Le patrimoine immatériel" entre ambiguïtés et overdose », *L'Homme*, No. 209, 2014, pp. 143-151, spé. p. 143. De plus, L. Lankarani expose que l'art. 3, a) de la Convention de 2003 tient compte du chevauchement possible des deux conventions (Convention de 2003 et Convention de 1972), notamment pour les espaces et lieux de rituels. Le conflit d'inscription serait alors tranché au profit de la Convention de 1972. Voir Lankarani, K., « La notion de dispersion en droit international des patrimoines culturels (immatériel, naturel et mondial) », *Journal du droit international* (Clunet), LexisNexis, No. 2, 2011, pp. 1-23, spé. p. 9.

[1695] Voir notamment Leblic, I., « Introduction : La part 'd'immatériel' dans les objets de culture dite 'matérielle' », *Le Journal de la Société des Océanistes,* No. 136-137, 2013*,* pp. 5-15 ; Lemonnier, P., « De l'immatériel dans le matériel… et réciproquement ! Techniques et communication non verbale », *ibid*., pp. 15-26 ; Maranda, P., Revolon, S., « La cosmologie dans l'objet. L'immatériel exprimé dans les pirogues cérémonielles lau et owa (est des îles Salomon) », *ibid*., pp. 27-42 ; Tcherkézoff, S., « La valeur immatérielle des nattes fines de Samoa : une monnaie au sens maussien », *ibid*., pp. 43-62.

[1696] Sont, par exemple, inscrits sur la liste du patrimoine culturel immatériel les pratiques et savoirs liés à la musique de l'*imzad* des communautés touarègues de l'Algérie, du Mali et du Niger, la culture et la tradition du café turc ou encore les danses traditionnelles bretonnes (*fest-noz*).

[1697] La liste du patrimoine culturel immatériel démontre l'interdépendance entre savoirs et biens matériels. Par exemple, sont inscrits sur la liste le savoir-faire du meunier lié à l'exploitation des moulins à vent et à eau (Pays-Bas), ou encore les connaissances et savoir-faire traditionnels liés à la fabrication des yourtes kirghized et kazakhes (Kazakhstan et Kighizistan).

[1698] L'origine du patrimoine culturel immatériel vient d'une réaction à l'approche eurocentrée du patrimoine mondial. C. Khaznadar, président de l'association « la Maison des cultures du monde », déclare que : « Cette Convention a été faite pour rééquilibrer les choses au niveau international car il y avait une convention qui classait les monuments de marbre et de pierre (…) situés essentiellement dans le monde occidental. (…) En Afrique, il n'y en a pratiquement pas, en Asie non plus (…) mais il y a dans tous ces pays quelque chose d'autre et de tout aussi important : leurs musiques, leurs spectacles et leurs rituels. » Par exemple, au Japon, la loi japonaise protégeant les biens culturels vise aussi bien les monuments et sites que les biens culturels immatériels ayant une valeur historique ou artistique. Les porteurs de biens culturels immatériels bénéficient même d'une distinction spéciale pour mettre en place des mesures de sauvegarde pour faciliter la transmission des savoirs. Voir Bortolotto, C., « L'Unesco comme arène de traduction. La fabrique globale du patrimoine immatériel », [En ligne], *Gradhiva,* 18, 2013. [Consulté le 09 décembre 2013]. Disponible à l'adresse : http://gradhiva.revues.org/2708 ; Dans le même sens, J. Blake expose que : « Les dimensions immatérielles de ces patrimoines culturels (bien qu'implicites dans tous ces traités) avaient

l'importance des ressources immatérielles sera achevée, il sera ainsi possible de suivre la voie prise par la Convention OAPI qui ne fait pas de distinction entre patrimoine matériel et immatériel[1699].

566. La nature patrimoniale des savoirs, un obstacle à leur insertion dans le patrimoine commun de l'Humanité ? Le patrimoine commun ne s'appliquerait, de plus, que pour des ressources extrapatrimoniales excluant les savoirs qui sont commercialisables. J. Rochfeld[1700] explique cependant que la distinction entre biens patrimoniaux et extrapatrimoniaux est à relativiser car ce sont des notions sociales et culturelles qui dépendent de ce que la société considère comme monnayable à un moment donné. Il n'y aurait pas de ressource patrimoniale ou extrapatrimoniale en soi. Si une distinction doit tout de même être réalisée, la solution pourrait être de distinguer les connaissances théoriques, hors-commerce, et les connaissances pratiques, commercialisables. Effectivement, les connaissances théoriques ne devraient pas faire l'objet de conventions ni être vendues (art. 1598 du Code civil) et prêtées (art. 1878 du Code civil). I. Moine l'explique à propos des « données communes[1701] » ou des « informations d'ordre général » pouvant s'assimiler aux connaissances théoriques. Elle explique que ces informations d'ordre général sont « hors commerce, si elles ne représentent pas quelque chose d' "original" ou si leur connaissance est nécessaire à la vie culturelle de chacun (idées générales, littéraires, scientifiques)[1702] ». Ces connaissances théoriques sont de nature extra-commerciale non pas parce qu'elles sont un élément essentiel de la personne[1703], mais parce qu'elles sont caractérisées par leur « grande généralité[1704] » et que « chacun a un rapport spécifique à elles[1705]. ». Chaque individu a en effet intérêt à jouir d'un accès et d'une

largement été ignorées. De la sorte, il s'est avéré être plus facile d'aborder ces aspects dans un nouveau traité plutôt que de les insérer dans les traités préexistants en tant qu'*addendum*. » Voir Blake, J., « Patrimoine culturel immatériel », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 905 et s., spé. p. 906.

[1699] La Convention OAPI parle de patrimoine culturel de la Nation comme l'ensemble des productions humaines matérielles ou immatérielles caractéristiques d'un peuple dans le temps et l'espace. Cette Convention a été créée le 2 mars 1977 suite à une révision de l'Accord portant création de l'Office Africain et Malgache de la Propriété Industrielle (OAMPI) du 13 septembre 1962.

[1700] J. Rochfeld propose une nouvelle distinction entre les biens destinés à rester durablement dans le patrimoine (biens patrimoniaux) et les biens qui ne font que transiter dans le patrimoine. Voir Rochfeld, J., *Les grandes notions du droit privé,* PUF, 2013.

[1701] I. Moine expose que les données communes se rapportent aux mots des langues, aux idées générales, voire aux connaissances de nature scientifique. Voir Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 363.

[1702] Moine, I., *op. cit*., p. 352.

[1703] Dans la majorité de ses développements, I. Moine explique que les choses hors commerce sont des choses indéfectiblement liées à une personne. Mais elle explique que, pour les « informations d'ordre général », il doit être trouvé un autre fondement à cette nature extra-commerciale. Voir Moine, I., *op. cit*.

[1704] Moine, I., *op. cit*., p. 353.

[1705] Moine, I., *op. cit*., p. 364.

utilisation des connaissances théoriques car cette jouissance est l'exercice même des libertés fondamentales[1706].

567. Les risques d'une sélection trop restrictive des savoirs entrant dans le patrimoine commun de l'Humanité. Le patrimoine immatériel entraînerait, du reste, une aseptisation des faits culturels car il viderait les phénomènes d'une partie de leur sens[1707]. La question est alors de se demander si tous les savoirs méritent d'être protégés par le concept de « patrimoine commun ». Selon M. Clément-Fontaine, le champ d'application devrait être limité pour ne sélectionner que les œuvres ayant un intérêt commun de l'humanité[1708]. B. Srinivas[1709] met toutefois en garde contre le risque de discrimination de certaines communautés lorsqu'est reconnue et protégée une forme particulière de patrimoine culturel immatériel. Le risque est, en effet, de sélectionner les éléments du patrimoine selon des critères trop précis et selon une vision « eurocentrée ». Par conséquent, la protection du patrimoine culturel immatériel se doit notamment de prendre en compte toutes les communautés autochtones et locales qui détiennent un patrimoine culturel immatériel à protéger et à partager[1710].

568. Transition. Malgré ces différentes limites relatives à la qualification de « patrimoine commun de l'Humanité », des solutions sont tout de même envisageables. La priorité devrait être, tout comme pour le domaine public classique français, de garantir l'existence d'un régime apte à protéger positivement ses éléments.

[1706] Notamment la liberté d'expression, de création et d'information, le libre accès et la participation active à la vie culturelle ou encore le bénéfice du progrès scientifique et de ses applications.

[1707] C. Bromberger explique que les traditions et les faits culturels sont des enjeux de pouvoir et de lutte symbolique passés sous silence. Voir Bromberger, C., « "Le patrimoine immatériel" entre ambiguïtés et overdose », *L'Homme*, No. 209, 2014, pp. 143-151, spé. p. 146-149. Peut notamment être repris l'exemple du « *kankurang* », pratique violente, inscrite sur la liste du patrimoine culturel immatériel de l'UNESCO. Voir De Jong, F., « Le secret exposé. Révélation et reconnaissance d'un patrimoine immatériel au Sénégal », [En ligne], *Gradhiva,* 18, 2013. [Consulté le 09 décembre 2013]. Disponible à l'adresse : http://gradhiva.revues.org/2722

[1708] Cet intérêt se définit comme un intérêt supérieur à tout intérêt étatique ou privé à ce que le partage équitable et durable soit garanti sans contrepartie. Par conséquent, la simple volonté du créateur de rendre son œuvre libre ne suffit pas à faire entrer son bien dans le patrimoine de l'Humanité. Cet intérêt commun de l'humanité se déterminerait par des critères d'ordre culturel et éducatif. Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 383 et s.

[1709] Srinivas, B., « The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage », *in* Nafziger, J. A. R., et T, Scovazzi., (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité – Cultural Heritage of Mankind*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 529-557, spé. p. 548.

[1710] B. Srinivas souligne que l'Unesco doit notamment prendre connaissance des hiérarchies sociales existantes dans certaines sociétés qui ont pour conséquence de marginaliser certaines ressources immatérielles. Voir Srinivas, B., *ibid*., p. 548.

2) Les solutions proposées dans le but de rendre plus attractive la qualification de « patrimoine commun de l'Humanité »

569. La représentation de l'humanité par des organisations internationales indépendantes. Les organisations internationales indépendantes sembleraient d'abord légitimes pour représenter l'humanité. Ces organisations pourraient être soumises à des règles indépendantes des intérêts étatiques pour gérer le patrimoine conformément à sa destination[1711]. L'objectif est notamment de dépasser les seules logiques gouvernementales qui entretiennent leurs propres intérêts et les déséquilibres Nord-Sud. Selon I. Kaul, I. Grunberg et M.A. Stern, les acteurs non étatiques poursuivent souvent une perspective transnationale dans l'élaboration des politiques internationales et les Etats sont comptables de leurs actions devant des interlocuteurs intérieurs et internationaux[1712] (organisations intergouvernementales telles que le FMI, mais aussi des ONG[1713]). Par exemple, il a été proposé qu'une organisation internationale déjà existante, le conseil de tutelle mondiale des Nations unies, soit dotée de ce rôle[1714]. De même, F. Constantin parle de la création d'un « *United Nations Global Trusteeship Council*[1715] *».* C. Le Bris en conclut que l'humanité peut donc être représentée par diverses incarnations organiques[1716].

570. Une mission du patrimoine commun de l'Humanité allant au-delà de la conservation. Le patrimoine commun ne doit pas, en outre, être réduit à un simple rôle de conservation des connaissances théoriques. Il doit être trouvé des stratégies pour inciter à la création de nouvelles connaissances pour ne pas que ces dernières souffrent d'une sous-

---

[1711] Par exemple, J. Rochfeld explique que le droit positif, par la création du « patrimoine commun de la Nation », a mis en place des instances de représentation suffisamment aptes à défendre les intérêts de la Nation, telles que la Commission nationale du débat public. Voir Rochfeld, J., *Les grandes notions du droit privé,* PUF, 2013.

[1712] Voir Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A., « Biens publics mondiaux : Concepts, politiques et stratégies », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXième siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 210.

[1713] Par exemple, la Déclaration universelle du bien commun de l'humanité de 2012 a été présentée par le Forum mondial des alternatives (FMA). Aussi, la société civile internationale a créé la Déclaration de Cochabamba le 22 avril 2010 et la Déclaration de Buenos Aires sur les droits d'humanité en 1989.

[1714] Les auteurs proposent cette organisation intergouvernementale pour les BPM mais cette solution est également pertinente pour le patrimoine commun. Voir Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A., *op. cit*., p. 195. Cependant, C. Le Bris expose que l'ONU apparaît comme une gardienne impuissante de l'humanité et de ses biens car elle est fondée sur des accords entre Etats et demeure un « lieu d'affrontement des souverainetés ». Toutefois, sur le fondement du « dédoublement fonctionnel », les Etats, en agissant pour leur propre compte, agissent finalement pour le compte de la communauté humaine en même temps (théorie de G. Scelle). Voir Le Bris, C., « Humanité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 632 et s., spé. p. 637. De même, V. Negri expose que le Conseil de sécurité des Nations unies est la preuve qu'il est possible de mettre de côté les intérêts nationaux des Etats. Voir Negri, V., « Patrimoine culturel », *in Dictionnaire des biens communs, op. cit*., p. 900.

[1715] Constantin, F., « Les biens publics mondiaux, un imaginaire pour quelle mondialisation ? », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 28.

[1716] Le Bris, C., *ibid*., p. 637.

utilisation. Or, les Etats n'ont, semble-t-il, pas d'intérêt à produire des connaissances n'ayant pas de valeur commerciale. I. Kaul, I. Grunberg et M.A. Stern soulignent que : « Rares sont les pays qui, de leur propre chef ou par intérêt national, recueilleraient ou élaboreraient des connaissances n'ayant pas de valeur commerciale[1717]. » Pour inciter à la création de nouvelles connaissances, il serait important que les Etats, du Nord comme du Sud, aient conscience que la création présente un intérêt aussi bien au niveau international qu'aux niveaux national et local dans le sens d'une meilleure autonomie et du progrès de la recherche. Des récompenses immatérielles devraient, par ailleurs, être prévues[1718]. Par exemple, les efforts de recherche financés par des ressources publiques nationales pour la création de nouvelles connaissances théoriques devraient être assimilés à une aide indirecte au développement des autres pays, contribuant à une bonne image de l'Etat comme le « meilleur contributeur »[1719].

571. La nécessité d'établir des contrôles pour empêcher et punir les actes d'appropriation illégitimes. Des contrôles devraient, de surcroît, être exercés régulièrement, en particulier pour vérifier que les droits de propriété intellectuelle ne verrouillent pas l'accès et l'utilisation des éléments du patrimoine commun[1720]. Des contrôles permettraient de détecter les appropriations indues des connaissances théoriques et toute tentative de monopole sur des éléments du patrimoine commun devrait être légalement punie. Par exemple, lorsque les entreprises privées dotent les connaissances d'une rareté artificielle. Les contrôles devraient également prendre en compte les différents intérêts en jeu à l'échelle nationale et locale et ne devraient pas condamner tout verrouillage des connaissances théoriques. Certains verrous sont en effet parfois nécessaires, en particulier pour les communautés autochtones et locales, et justifiés par des raisons légitimes[1721]. Par conséquent, les contrôles doivent déterminer les moyens les plus appropriés et socialement acceptables pour assurer la création, la diffusion et la conservation des connaissances théoriques. Ces contrôles devraient être exercés par une organisation internationale indépendante, en lien étroit avec les offices de brevet.

[1717] Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A., *op. cit*., p. 224.

[1718] Notamment une récompense par la reconnaissance en tant que chef de file mondiaux ou comme membre de la communauté internationale soucieux de placer l'altruisme ou le souci de l'équité mondiale au cœur de son identité. Voir Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A., *op. cit*., p. 238.

[1719] Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A., *op. cit*.

[1720] Comme le souligne P. Aigrain : « Le fondamentalisme de la propriété étrangle chaque jour un peu plus le droit de tout un chacun d'accéder aux connaissances, de créer en utilisant ce qui existe, de partager avec d'autres ce qu'il aime. » Voir Aigrain, P., *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété,* Librairie Arthème Fayard, 2005, spé. p. 141.

[1721] Il sera étudié dans le prochain titre la nécessité de prévoir un régime *sui generis* au profit des communautés autochtones et locales détentrices de savoirs « traditionnels » (section II, chapitre I, titre II).

CONCLUSION DE LA SECTION I

572. La pertinence de la qualification juridique de « patrimoine commun de l'Humanité » à l'égard des connaissances théoriques. Les connaissances théoriques doivent être librement accessibles et utilisables en raison de leur nature universelle. La qualification juridique de « patrimoine commun de l'Humanité » apparaît alors particulièrement adaptée de par sa portée internationale, par la garantie d'un partage durable et équitable dépassant l'Etat et par la gestion rationnelle des droits d'accès et d'utilisation pour assurer la conservation, la sauvegarde et la transmission des connaissances aux générations présentes et futures. Quelques améliorations ont été proposées pour contrer les limites d'une telle qualification, notamment au niveau de l'autorité compétente pour représenter l'humanité, des objectifs à promouvoir et des contrôles à effectuer.

573. Le rejet des qualifications de « chose commune » ou de « bien public mondial ». La qualification juridique de « chose commune » ou le concept économique de « bien public mondial » ne sont, en revanche, pas suffisamment adaptés à la protection et au partage des connaissances théoriques. Bien que ces deux qualifications apparaissent attractives par leurs principes (absence d'appropriation, usage commun à tous), ces dernières sont limitées par le manque de protection contre les réappropriations privatives exclusives, par la portée géographique restreinte, par l'absence de gestion des droits des tiers, par le manque de mesures relatives à la conservation, préservation et équité du partage au bénéfice des générations présentes et futures voire par la question de la légitimité de la qualification elle-même en termes juridiques.

574. Transition. Lorsque le principe de primauté du partage des connaissances théoriques est bafoué et donc la qualification de « patrimoine commun de l'Humanité » non-respectée, une protection positive devrait être prévue. Une telle protection permettrait aux tiers d'intenter des actions pour invoquer leur droit d'accès et d'utilisation aux connaissances théoriques, aussi bien au sein du droit d'auteur qu'en droit des brevets. Il convient de rappeler que les connaissances théoriques pourront exceptionnellement ne pas suivre le principe d'inclusion forcée lorsqu'elles constituent un savoir dit « traditionnel ». En raison de la vision holistique des communautés autochtones et locales, le choix d'une forme de protection exclusive pourra s'appliquer aux connaissances théoriques et aux connaissances pratiques concomitamment.

SECTION II

Les propositions relatives aux actions des tiers pour garantir l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques

575. Présentation et plan. Outre la qualification de « patrimoine commun de l'Humanité » des connaissances théoriques, il devrait également être garantis des droits au profit des tiers pour qu'ils puissent accéder et utiliser ces connaissances. Comme le souligne A. Chaigneau : « L'objectif est ici de reconnaître des droits à des communautés pour protéger une dimension de ces biens non réductibles à celle intéressant le propriétaire lui-même[1722]. » En tant que « commun », le patrimoine culturel immatériel entretient un lien intime avec la communauté culturelle[1723]. Une communauté d'utilisateurs doit alors être reconnue partageant des droits et des obligations. Or, les régimes relatifs au patrimoine commun se réduisent généralement à un objectif de conservation et non de partage collectif, notamment en termes d'utilisation. Le libre accès et la libre utilisation ne signifient cependant pas l'absence de règles de sorte qu'une reconnaissance d'un faisceau de droits (et surtout des droits d'accès et d'utilisation) serait opportune, aussi bien au bénéfice de l'humanité que pour protéger les connaissances théoriques elles-mêmes. M. Cornu insiste en effet sur l'interdépendance entre communautés et patrimoine, accentuée par l'existence de la notion de « communauté patrimoniale »[1724]. La communauté est importante car elle sert à définir le patrimoine mais aussi à le protéger concrètement[1725]. M. Cornu souligne qu'il devrait être reconnu à toute communauté des « droits à » et notamment le droit à s'impliquer dans le patrimoine commun de son choix comme un aspect de prendre librement part à la vie culturelle[1726]. L'objectif est de protéger la communauté dans leurs accès et utilisations des connaissances théoriques mais aussi de leur assurer une reconnaissance officielle pour qu'elle continue à produire des savoirs ainsi qu'à les transmettre aux générations les plus jeunes[1727]. C. Le Bris partage cette opinion en soulignant que l'avenir du patrimoine commun de l'Humanité tient à une réflexion sur le terme « commun » axé sur la solidarité[1728].

[1722] Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes*, Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, spé. p. 10.

[1723] Blake, J., « Patrimoine culturel immatériel », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 905 et s., spé. p. 908.

[1724] Voir Cornu, M., « Propriété et patrimoine, entre le commun et le propre », *in Pour un droit économique de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Martin, G.J.*, Paris, Frison-Roche, 2013, pp. 146-161.

[1725] Ce sera l'objet de la section II de réfléchir à l'exercice des droits des tiers pour protéger les connaissances théoriques, et en particulier lutter contre leur appropriation individuelle et exclusive.

[1726] Cornu, M., *ibid*.

[1727] Cornu, M., *ibid*.

[1728] « Si un avenir est possible pour cette notion du passé, il tient à une réflexion sur le terme "commun", terme qui a été éclipsé alors qu'il était le plus opérationnel. C'est ce "commun", axé sur la solidarité, qui porte en germe un renouveau du patrimoine

P. Aigrain propose des « droits intellectuels positifs » garantissant différentes utilisations[1729] et dont nul ne peut être privé[1730]. Les tiers devraient ainsi pouvoir agir lorsque le principe de primauté du partage des connaissances théoriques sur toute protection juridique n'est pas respecté, c'est-à-dire lorsque le libre accès et la libre utilisation des connaissances théoriques sont empêchés aussi bien en droit d'auteur (paragraphe I), qu'en droit des brevets (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LES ACTIONS DES TIERS EN DROIT D'AUTEUR

576. Plan. En droit d'auteur, il serait judicieux de délivrer des droits à l'égard des tiers car il arrive que le libre accès et la libre utilisation des connaissances théoriques soient empêchés par différentes mesures et législations. Des solutions devraient être recherchées pour protéger les tiers contre ces mesures et législations accordant indirectement une monopolisation des connaissances théoriques. Les actions des tiers devraient alors se concrétiser par la détention de droits d'accès et d'utilisation. Ces droits seraient reconnus aux utilisateurs dans le but de rendre effectif le principe de primauté du partage des connaissances théoriques sur toute protection juridique (A). Les droits d'accès et d'utilisation délivrés aux utilisateurs devraient, de plus, être garantis par la possibilité de se prévaloir de façon effective de l'exercice des exceptions au droit d'auteur (B).

A) La délivrance de droits d'accès et d'utilisation

577. Plan. Des droits d'accès et d'utilisation des connaissances théoriques devraient être délivrés aux tiers pour se protéger contre deux mesures principales restreignant l'accès et l'utilisation de cette forme de connaissance : le droit *sui generis* des bases de données (1) et les mesures techniques de protection (2). Ces droits seraient tout à fait légitimes dans la mesure où les connaissances théoriques s'inscrivent dans le régime des communs (le patrimoine commun).

---

de l'humanité. » Voir Le Bris, C., « Patrimoine commun de l'humanité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 889 et s., spé. p. 893.

[1729] Parmi ces droits intellectuels positifs, P. Aigrain expose le droit de créer de nouvelles entités intellectuelles, y compris en utilisant des entités préexistantes, le droit d'accéder à toute entité intellectuelle qui a été rendue publique, le droit de citer des extraits d'une entité intellectuelle pour les besoins de l'information, de l'analyse, de la critique, de l'enseignement, de la recherche ou de la création d'autres entités intellectuelles, le droit de redresser toute erreur, affirmation diffamatoire, information fausse ou attribution erronée ou encore le droit de référencer, de créer un lien vers des entités intellectuelles produites par d'autres ou d'inventorier ces dernières, du moment qu'elles ont été rendues publiques. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p.146-148.

[1730] Ces droits intellectuels sont dits « positifs » car ils garantissent la capacité d'agir ou d'obtenir un résultat et ils s'opposent aux droits restrictifs ou exclusifs. Voir Aigrain, P., *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété,* Librairie Arthème Fayard, 2005, p. 145.

Un tel régime est structuré par un faisceau de droits incluant des droits d'accès et d'utilisation au bénéfice d'une communauté d'utilisateurs. De tels droits s'expliquent en raison du fondement des technologies de l'information et de la communication. Ces dernières se sont développées grâce à un accès et une utilisation libres des savoirs. Il devrait alors être souligné que « l'ère numérique ne peut renier ses racines et doit continuer à bénéficier à l'éducation, à la recherche et à la transmission du savoir[1731]. »

1) La délivrance de droits aux utilisateurs au sein du régime de protection juridique des bases de données

578. L'enclosure des connaissances théoriques par le droit d'auteur. Le problème inhérent au droit d'auteur relatif à l'indivisibilité du fond et de la forme[1732] est accentué par le droit *sui generis* reconnu aux producteurs de bases de données[1733] qui favorise une monopolisation de fait sur le contenu. Le droit *sui generis* des producteurs de bases de données, et particulièrement l'article 7, alinéas 1 et 5, saisit en effet indirectement le contenu de la base en créant un droit d'interdire toute extraction ou toute réutilisation du contenu[1734]. La personne qui supporte l'investissement et l'effort pour collecter, vérifier et classer les données se voit reconnaître un droit de propriété sur la base créée lui donnant la possibilité d'empêcher l'accès à la base et indirectement l'accès à son contenu.

579. Un droit de réutilisation du contenu de la base de données aux bénéfice des tiers. Des droits devraient alors être délivrés aux tiers pour qu'ils puissent utiliser le contenu de la base sans restriction illégitime. Comme le souligne N. Binctin : « Les données forment des communs par nature[1735]. » et la base de données « met en valeur les communs et aide tout un

---

[1731] Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000, spé. p. 6.

[1732] Nous avons développé dans la première partie de la thèse (paragraphe II, section I, chapitre I, titre II) que l'indivisibilité du fond et de la forme en droit d'auteur entraîne une privatisation des connaissances théoriques en raison de la monopolisation par l'auteur du fond, en plus de la forme.

[1733] Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

[1734] L'art. 7, al. 1 dispose que : « Les États membres prévoient pour le fabricant d'une base de données le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci, lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation de ce contenu attestent un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif. » L'alinéa 5 du même article précise que : « L'extraction et/ou la réutilisation répétées et systématiques de parties non substantielles du contenu de la base de données qui supposeraient des actes contraires à une exploitation normale de cette base, ou qui causeraient un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du fabricant de la base, ne sont pas autorisées. »

[1735] Binctin, N., « Base de données (Approche juridique) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 78.

chacun à y accéder[1736]. » Ces droits d'utilisation pourraient être garantis, en France, par la loi pour une République numérique de 2016[1737] et plus largement, au sein de l'Union européenne, par la directive européenne du 17 avril 2019[1738]. Ces législations insistent sur la nature de l'opérateur (administration, chercheurs) pour légitimer un accès et une utilisation libres de toutes les données. Même si ces dispositions ne concernent que les données publiques et non les connaissances théoriques, il est intéressant de s'en inspirer. Concernant la loi pour une République numérique, la section 1 de la loi de 2016 est intitulée « Ouverture de l'accès aux données publiques » dans le but de soutenir le mouvement « *open data*[1739] ». De nombreuses dispositions de la loi vont prévoir l'ouverture des données des administrations publiques[1740]. Par exemple, l'article 1er prévoit l'obligation de communication des documents administratifs entre les administrations et la libre utilisation gratuite de ces documents par toute administration. Il en est de même pour le concessionnaire en cas de délégation d'un service public[1741] Aussi, les articles 3 et 9 de la loi de 2016 prévoient la réutilisation et l'exploitation des données et informations publiques dans un standard ouvert[1742]. L'article 16 de la loi encourage d'ailleurs l'utilisation des logiciels libres[1743]. L'article 6 de la loi de 2016 oblige, de plus, les administrations à publier en ligne des documents administratifs spécifiques, et notamment les bases de données et les données dont la publication présente un intérêt

[1736] Binctin, N., *ibid*.

[1737] Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

[1738] Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

[1739] Le mouvement *open data* (ou données ouvertes) est une démarche de publication de données numériques en ligne garantissant leur libre accès et réutilisation.

[1740] Deux décrets ont été pris précisant le seuil à compter duquel une administration publique doit mettre en œuvre ce dispositif et fixant la liste des licences de mise à disposition des données publiques. Voir Décret n° 2016-1922 du 28/12/2016 et Décret n° 2017-638 du 27/04/2017.

[1741] L'art. 17.1° de la loi pour une République numérique dispose que : « en cas de délégation d'un service public, le concessionnaire doit fournir dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public. » et « l'autorité concédante ou un tiers désigné par celle-ci peuvent extraire et exploiter librement tout ou partie de ces données et bases de données, notamment en vue de leur mise à disposition à titre gratuit à des fins de réutilisation à titre gratuit ou onéreux. »

[1742] L'art. 3.1° de la loi pour une République numérique insère l'art. L. 300-4 dans le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) et dispose que : « Toute mise à disposition effectuée sous forme électronique en application du présent livre se fait dans un standard ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé. » et l'art. 9.1°, a) de la même loi modifie l'art. L. 321-1 CRPA. Cet article précise que : « Les informations publiques figurant dans des documents communiqués ou publiés par les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 peuvent être utilisées (…) ».

[1743] L'art. 16 de la loi pour une République numérique garantit que : « Les administrations mentionnées au premier alinéa de l'article L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration veillent à préserver la maîtrise, la pérennité et l'indépendance de leurs systèmes d'information. Elles encouragent l'utilisation des logiciels libres et des formats ouverts lors du développement, de l'achat ou de l'utilisation, de tout ou partie, de ces systèmes d'information. »

économique, social, sanitaire ou environnemental. Les articles 11[1744], 36[1745] et 38[1746] de la loi de 2016 présentent également une certaine importance. L'article 11 oblige les administrations à autoriser la réutilisation du contenu des bases de données[1747]. L'article 36 autorise à effectuer des traitements dans la base de données à des fins de recherche ou d'étude présentant un caractère d'intérêt public, même en cas de secret du contenu de la base, à la condition de demander l'avis du comité du secret statistique. Quant à l''article 38, il autorise les copies ou reproductions numériques de la base en vue de fouilles de textes et de données incluses ou associées à des écrits scientifiques dans un cadre de recherche[1748]. Dans le même sens, la directive du 17 avril 2019 vient renforcer l'exception de fouille de textes et de données. Les articles 3 et 4 de la directive disposent que les Etats membres doivent prévoir une exception en vue de fouille de textes et de données. Cette exception est interprétée généralement pour toute personne mais l'article 3 prévoit, de manière plus précise, à des fins de recherche scientifique (droit de reproduction et d'extraction par des organismes de recherche et des institutions du patrimoine culturel). La directive souligne que cette exception devrait bénéficier d'un statut obligatoire à l'égard des universités, organismes de recherche et institutions du patrimoine culturel pour contrer le droit de reproduction exclusif et le droit d'empêcher l'extraction, y compris lorsque ces organismes de recherche mènent leurs activités de recherche dans le cadre de partenariats public-privé[1749]. L'exception est, en revanche, fortement restreinte lorsqu'elle

[1744] L'art. 11.1° de la loi pour une République numérique complète CRPA par l'art. L. 321-3 qui dispose que : « Sous réserve de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers, les droits des administrations (…) ne peuvent faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que ces administrations publient en application du 3° de l'article L. 312-1-1 du présent code. »

[1745] L'art. 36 de la loi pour une République numérique complète l'art. L. 311-8 du CRPA.

[1746] L'art. 38 de la loi pour une République numérique ajoute un 5° à l'art. L. 342-3 du CPI pour créer une exception de fouille et d'exploration électronique (pratiques de « *text and data mining* »). La fouille de textes et de données permet de traiter de grandes quantités d'informations pour acquérir de nouvelles connaissances. L'objectif de cette exception est de répondre à la difficulté des chercheurs de procéder aux fouilles de données dans des textes protégés ou dans des bases de données dans la mesure où des autorisations devaient être à chaque fois demandées.

[1747] Toutefois, l'art. 11 de la loi pour une République numérique ajoute au second alinéa que la libre réutilisation ne s'applique pas lorsque l'administration intervient dans l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel ou commercial soumise à la concurrence, et sous réserve des droits de propriété intellectuelle des tiers. Par conséquent V.L. Benabou souligne qu'il est toujours possible de « s'abriter derrière les restrictions du texte pour justifier le refus d'autorisation et utiliser le droit *sui generis* comme frein à la libre réutilisation » car il « suffit d'introduire dans la base des éléments protégés par le droit d'auteur pour en contrôler l'usage. » Voir Benabou, V.L., « La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT,* 2016, p. 531. Aussi, selon T. Azzi, l'inopposabilité des droits de l'administration ne vaut que pour le droit d'auteur et non pour les droits de propriété industrielle (brevet, marque, dessins et modèles). Mais encore, même si les administrations ne peuvent s'opposer à la réutilisation des données, rien ne les empêche de restreindre l'accès sur le fondement de l'art. L. 311-4 du CPI. Voir Azzi, T., « *Open data* et propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz,* 2017, p. 583.

[1748] Cependant, la personne doit avoir eu licitement accès à la base de données, ce qui paraît difficile lorsque des mesures techniques de protection ont été mises en œuvre, et ne doit poursuivre aucune finalité commerciale. Selon V.L. Benabou, la condition de l'accès licite est assez vague et laisse supposer que le titulaire de droits a eu l'opportunité de faire jouer son droit exclusif quant à l'obtention ou l'accès au support. Voir Benabou, V.L., *op. cit*.

[1749] Considérant 11 de la directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. Aussi, le considérant 17 de la directive précise que l'exception de fouille de textes et de données n'est limitée qu'aux entités qui font de la recherche scientifique. Par conséquent, aucune compensation pour les titulaires de droits ne devrait être prévue car le préjudice potentiel serait minime. Cependant, les articles 3.1 et 4.1 de

est prévue pour toute personne, puisque l'article 4.3 précise que l'exception s'applique à condition que l'utilisation de l'objet protégé ne soit pas réservée par les titulaires de droits *via* des mesures techniques de protection.

580. Un droit de réutilisation garanti par le mécanisme de la licence. Les droits d'utilisation peuvent être assurés par l'existence d'une licence obligatoire gratuite, comme il est déjà prévu pour les informations publiques[1750]. Pour lutter contre l'appropriation du contenu des bases de données par les producteurs, le mouvement *open data* s'est en effet donné pour mission de garantir la réutilisation des informations publiques par tout tiers. Les informations publiques mises en ligne sur un portail public et collectées par des personnes publiques ou encore les informations publiques communiquées ou publiées par des personnes privées chargées d'une mission de service public doivent pouvoir être réutilisées grâce à une licence[1751]. La réutilisation s'impose au producteur de la base de données et l'utilisateur jouit d'un droit personnel, non exclusif et gratuit de réutilisation dans le monde entier pour une durée illimitée. La seule condition est de mentionner la paternité, c'est-à-dire la source de l'information, et la date de la dernière mise à jour. Par conséquent, les droits des utilisateurs pourraient être protégés par cette licence imposée au producteur de la base lorsque celui-ci verrouille l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques. Au-delà du régime *sui generis* des bases de données, les droits d'utilisation pourraient aussi être garantis par des licences collectives étendues lorsque l'autorisation du titulaire de droits est difficile à obtenir pour diverses raisons, notamment en raison de l'ancienneté de l'objet protégé ou parce que l'objet protégé n'a jamais été destiné à une utilisation commerciale. La directive du 17 avril 2019 prévoit de telles licences pour les œuvres indisponibles[1752] et pourrait s'appliquer aux connaissances théoriques pour lesquelles le détenteur est difficilement identifiable. En effet, lorsque l'autorisation préalable

la directive limitent cette exception à un accès licite aux textes et aux données, ce qui pose problème en cas de mesures techniques de protection.

[1750] Le régime juridique de la réutilisation des informations publiques, originellement issu de la directive européenne du 26 juin 2013 relative à la réutilisation des informations du secteur public, a été modifié par la loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public et par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016. Notamment, l'art. 11 de la loi pour une République numérique précise que la réutilisation du contenu des bases de données peut donner lieu à l'établissement d'une licence choisie parmi celles figurant sur une liste fixée par décret ou bien être préalablement homologuée par l'Etat dans des conditions fixées par décret.

[1751] Le décret du 27 avril 2017 distingue deux types licences : la licence ouverte et la licence ODbL (*Open Database License*). Voir Décret n° 2017-638 du 27 avril 2017 relatif aux licences de réutilisation à titre gratuit des informations publiques et aux modalités de leur homologation.

[1752] Considérants 28 à 47 et art. 8.1 de la directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique. Les œuvres indisponibles dans le commerce partagent des points communs avec les connaissances théoriques car elles se définissent comme une œuvre ou autre objet protégé indisponible pour le public par le biais des circuits commerciaux habituels (art. 8.5 de la directive).

des titulaires de droits individuels est difficile à obtenir[1753] alors les licences collectives étendues facilitent les actes d'utilisation dans un but non-lucratif des tiers en autorisant des organismes de gestion collective à conclure des licences à des fins non-commerciales, dans tous les Etats membres et sans autorisation des titulaires de droits[1754], avec une institution du patrimoine culturel[1755]. Cette institution pourra alors reproduire, distribuer, communiquer au public ou mettre à disposition du public les objets protégés. En cas d'absence d'organisme de gestion collective alors les Etats membres devraient prévoir une exception ou limitation aux droits des titulaires pour permettre la mise à disposition des objets protégés par les institutions du patrimoine culturel à la condition d'indiquer le nom du titulaire de droits si cela s'avère possible et de mettre à disposition les objets protégés sur des sites non-commerciaux[1756]. La directive du 17 avril 2019 propose ainsi une solution contre les coûts de transaction liés à l'acquisition de droits individuels auprès de chaque titulaire de droits et garantit l'accès et l'utilisation par les tiers des objets protégés.

581. Une volonté d'abandon du régime *sui generis* des bases de données. En tout état de cause, le droit *sui generis* des bases de données nécessite des modifications pour être proportionné au regard des intérêts du titulaire des droits et ceux des utilisateurs. Le Parlement européen a même été jusqu'à envisager de supprimer la directive instituant ce régime *sui generis*. Dans une résolution du Parlement européen, il est en effet souligné que :

> « D'après l'évaluation de la directive sur les bases de données effectuée par la Commission, cette directive constitue un obstacle au développement d'une économie fondée sur les données ; invite la Commission à assurer un suivi des possibilités politiques d'annuler la directive 96/9/EC.[1757] »

Le Parlement en conclut que ce dispositif nuit au développement d'une économie fondée sur le partage des données et il appelle la Commission à en tirer les conséquences qui s'imposent

[1753] Le considérant 57 et l'art. 12.2 de la directive (UE) n° 2019/790 du 17 avril 2019 soulignent que : « Les mécanismes d'octroi de licences collectives étendues doivent être appliqués dans des domaines d'utilisation clairement définis dans lesquels l'obtention d'une autorisation de la part des titulaires de droits est habituellement onéreuse et peu pratique, à un point tel qu'il est peu probable que la transaction nécessaire à l'octroi de licences (…) ait lieu en raison de la nature de l'utilisation ou des types d'œuvres ou autres objets protégés concernés. » Les mécanismes doivent aussi reposer des critères objectifs, transparents et non discriminatoires quant au traitement des titulaires de droits.

[1754] Art. 12.1 de la directive du 17 avril 2019.

[1755] En revanche, le considérant 35, l'art. 8.4 et l'art. 12.2, c) de la directive du 17 avril 2019 ne devraient pas s'appliquer à l'égard des connaissances théoriques. En effet, ils prévoient que les titulaires de droits peuvent exclure l'application des mécanismes d'octroi de licences à n'importe quel moment.

[1756] Art. 8.2, a) et b) de la directive du 17 avril 2019.

[1757] 108ème point de la Résolution du Parlement européen du 19 janvier 2016 « Vers un acte sur le marché unique numérique », 2015/2147(INI).

en supprimant la directive. Une telle annulation de la directive 96/9/EC serait, de plus, justifiée car le droit commun offrait déjà des recours aux producteurs d'une base de données. Un producteur pouvait former un recours contre un acte déloyal d'un concurrent constituant un avantage concurrentiel illicite. Le concurrent se rend coupable d'un comportement déloyal lorsqu'il fait l'économie de l'effort financier en copiant le travail d'autrui. Un tel comportement ne pourrait pas être établi lorsqu'il concerne les connaissances théoriques puisque ces dernières sont librement accessibles et utilisables. Mais, lorsque le contenu de la base de données concerne des connaissances pratiques ou d'autres éléments plus personnels, le droit de la concurrence déloyale serait alors à privilégier car il aurait pour conséquence d'empêcher de créer un monopole déloyal sur le contenu de la base de données. Le droit de la concurrence aurait, en effet, pour avantage de « limiter les possibilités d'action aux cas de copie servile et systématique des efforts d'un producteur de bases de données, (…) Ce système évite le risque d'un monopole sur l'information[1758]. »

582. Transition. C'est aussi dans le domaine des mesures techniques de protection que les tiers devraient détenir des droits pour garantir l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques.

2) La délivrance de droits aux utilisateurs pour contrer les mesures techniques de protection

583. Le contrôle de l'accès au contenu intellectuel par les mesures techniques de protection. Les mesures techniques de protection[1759] ont été créées dans le seul but d'installer des obstacles à l'accès et à l'utilisation du contenu informationnel[1760]. Tous ces dispositifs techniques protégés par diverses dispositions anti-contournement renforcent alors, selon S. Dusollier, « la perception d'une enclosure[1761] » ou encore sont considérés comme « l'un des principaux coupables d'un mouvement d' "enclosure" des œuvres et d'érosion des communs et

[1758] Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000, spé. p. 9.

[1759] Les mesures techniques de protection en droit d'auteur comme frein à la dissémination des savoirs ont été étudiées dans la première partie de la thèse (paragraphe II, section I, chapitre I, titre II).

[1760] Rappelons l'art. 6, al. 3 de la directive n° 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) ou encore l'art. 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et l'art. 18 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

[1761] Dusollier, S., « Mesures techniques de protection (Droit d'auteur) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 803.

du domaine public[1762] ». Il devrait pourtant être rappelé que la finalité du droit d'auteur est uniquement la maîtrise de l'exploitation de l'œuvre, et c'est pour cette raison que l'auteur dispose de droits exclusifs tels que le droit de reproduction et le droit de communication au public. Mais, depuis la naissance de l'ère numérique, les auteurs souhaitent contrôler toutes les utilisations de l'œuvre, y compris et surtout dans la sphère privée. Les titulaires de droits jouissent d'une pleine maîtrise de l'exploitation de leurs créations par le contrôle de tout accès et de toute utilisation. Par ce « droit sur l'accès[1763] » exercé par l'auteur, ce dernier jouit aussi bien d'un contrôle de l'accès au support de l'œuvre (accès matériel) que d'un contrôle de l'accès à l'œuvre même, c'est-à-dire à son contenu (accès intellectuel)[1764]. Effectivement, dès lors que l'auteur contrôle l'accès matériel à son œuvre, il contrôle indirectement l'accès au contenu intellectuel[1765]. C'est d'ailleurs ce qu'expose S. Dusollier : « L'accès intellectuel, la jouissance de l'œuvre, son utilisation, sa réception par les sens, ne sont affectés par l'emprise technique que dans la mesure où ils dépendent de l'accès matériel à l'œuvre[1766]. » Un contrôle de l'accès et de l'utilisation peut néanmoins être justifié, mais seulement lorsque ce contrôle a pour objectif la maîtrise de l'exploitation de l'œuvre. Le but du dispositif technique ne doit alors être que de contrôler ou d'empêcher un acte de communication au public ou un acte de reproduction. En revanche, la mesure technique de protection ne doit plus être protégée comme une fin en soi car elle rend possible une maîtrise absolue de l'œuvre[1767].

584. La nécessité d'établir un équilibre entre protection juridique des mesures techniques et intérêts des tiers. Nous accueillons la thèse de S. Dusollier, dont l'objectif n'est pas de supprimer les mesures techniques mais plutôt de leur conférer une place « plus modeste[1768] ». Les mesures techniques de protection devraient notamment respecter l'équilibre

---

[1762] Dusollier, S., *ibid*., p. 804.

[1763] Pour une distinction entre droit *à* l'accès et droit *sur* l'accès, voir Strowel, A., « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », *in Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès aux œuvres ? »,* Cahiers du CRID, No. 18, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 5-24, spé. p. 23-24.

[1764] Selon M. Cornu, l'accès matériel renvoie à « la faculté d'accéder physiquement au bien culturel, ce qui n'exclut d'aucune façon l'accès au contenu intellectuel » et l'accès intellectuel renvoie à l'accès à la connaissance et à l'utilisation du contenu intellectuel du patrimoine culturel. Voir Cornu, M., *Le droit culturel des biens : L'intérêt culturel juridiquement protégé,* Bruxelles, Bruylant, 1996, spé. p. 527 et 538.

[1765] Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 386.

[1766] Dusollier, S., *op. cit*., p. 150. Cependant, ce pouvoir de l'auteur sur le support et sur le contenu n'est absolu que dans la mesure où le support constitue l'unique exemplaire de l'œuvre et qu'il n'existe aucune reproduction ailleurs. Voir Dusollier, S., *op. cit*., spé. p. 24 et 28.

[1767] S. Dusollier distingue donc la fonction technique du dispositif et la finalité fonctionnelle du dispositif. Seulement cette dernière doit être retenue. Voir Dusollier, S., *op. cit*., p. 530.

[1768] Selon S. Dusollier, le recours aux mesures techniques de protection et leur protection par le droit ne doivent pas être totalement réfutés et dissous car les auteurs, depuis le développement du numérique, souffriraient d'un déficit de protection. Voir Dusollier, S., *op. cit.*

entre intérêts de l'auteur et intérêts du public. Le régime de protection juridique des mesures techniques devrait également s'effectuer « dans le respect de l'accès à l'information et au domaine public, et permettre un exercice légitime des exceptions au droit d'auteur[1769]. » C'est ce que dispose la Directive du 17 avril 2019 en soulignant que la protection des mesures techniques doit veiller à ce que leur utilisation n'empêche pas les bénéficiaires de jouir des exceptions et limitations légales[1770]. Or, cette protection n'est aujourd'hui pas appropriée car seule la volonté du titulaire de droits, et non la loi, détermine l'étendue de la réservation de l'œuvre[1771]. C'est le législateur qui devrait tenir le rôle de rétablir et maintenir la balance des intérêts des auteurs et des tiers, si fondamentale en droit d'auteur. S. Dusollier expose en effet que devraient être définies objectivement, et donc par le législateur, les mesures techniques soumises à la protection des dispositions anti-contournement.

585. La reconnaissance d'un droit de contourner les mesures techniques de protection dans certaines circonstances légitimes. Des droits devraient, en outre, être délivrés aux tiers pour contourner les dispositifs techniques lorsque ces derniers ne sont pas protégés par les dispositions anti-contournement prévues légitimement par le législateur. Ces droits des tiers seraient justifiés car plusieurs articles du Code de la propriété intellectuelle limitent les mesures techniques de protection lorsque des droits existent. L'article L. 331-5 du CPI dispose en effet que : « Les mesures techniques ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent code, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits. L'article L. 331-7 du CPI précise aussi que les mesures techniques de protection doivent préserver le bénéfice de certaines exceptions, et notamment la publication du code source. Ainsi, selon C. Geiger, des droits d'accès aux tiers devraient être délivrés prenant la forme d'un droit de contourner les mesures techniques de protection[1772]. Ces contournements seraient légitimes lorsque ces mesures techniques de protection ont pour effet d'empêcher l'accès, et par la même l'utilisation, des connaissances théoriques. Le droit de contourner les mesures techniques de protection reste toutefois limité car il ne confère pas les

[1769] Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000, spé. p. 30.

[1770] 7ème considérant de la Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

[1771] En effet, le titulaire de droits peut s'assurer de l'étendue de la réservation de son œuvre de différentes manières. D'abord, il peut s'assurer une réservation de fait de l'œuvre par l'apposition de mesures techniques entraînant l'interdiction ou le contrôle de l'accès et de l'utilisation sur le contenu même de l'œuvre. Aussi, il est en droit d'interdire le contournement des mesures techniques lorsque les actes des tiers ne sont pas autorisés par celui-ci. Enfin, la sauvegarde des exceptions au droit d'auteur est entre ses mains sur le fondement de l'art. 6.4 de la directive européenne du 22 mai 2001.

[1772] Geiger, C., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *Revue internationale de droit économique,* Vol. XX, No. 4, 2006, pp. 389-432, spé. p. 424.

moyens pour le faire. Comme le souligne S. Dusollier, bien que les Etats-Unis et l'Australie aient décidé d'immuniser l'utilisateur contournant une mesure technique lorsqu'il cherche à exercer légitimement les exceptions au droit d'auteur, « encore faut-il que le bénéficiaire d'une exception dispose des compétences et des outils techniques pour surmonter l'obstacle[1773] ». Il serait alors intéressant de s'inspirer de la licence obligatoire établie pour les informations publiques lorsqu'elles sont insérées dans des bases de données[1774]. Cette même licence pourrait être imposée aux mesures techniques de protection lorsque celles-ci empêchent l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques. Il convient, par ailleurs, de se questionner sur la pertinence d'une subversion des mesures techniques de protection, c'est-à-dire que ces mesures ne serviraient plus à verrouiller l'accès mais, au contraire, elles serviraient à empêcher la privatisation et la monopolisation des connaissances théoriques.

586. Transition. En plus de la délivrance de droits aux utilisateurs pour contrer à la fois les mesures techniques de protection et le régime *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données, il serait judicieux de se concentrer sur les exceptions au droit d'auteur, lesquelles fournissent déjà des droits d'accès et d'utilisation au bénéfice des tiers.

B) L'importance des exceptions au droit d'auteur comme garantie de l'exercice des droits d'accès et d'utilisation des tiers

587. Présentation et plan. Les droits d'accès et d'utilisation délivrés aux utilisateurs devraient avant tout être garantis par le jeu des exceptions au droit d'auteur. Tant les mesures techniques de protection que le droit *sui generis* du producteur de bases de données créent un risque d'empêcher le libre exercice des exceptions au droit d'auteur. S. Dusollier souligne que ces empêchements ne sont pas forcément volontaires mais s'expliquent, concernant les mesures techniques, par le manque de « finesse » de la technique qui « fonctionne en aveugle » et qui « ne peut effectuer le travail d'équilibriste, généralement pris en charge par le juge ou le législateur (…) entre droits de l'auteur et intérêts de l'utilisateur consacrés dans les exceptions[1775]. » L'idéal serait de créer des règles protégeant le bénéfice des exceptions *ex ante*

[1773] Dusollier, S., « Les mesures techniques dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information : un délicat compromis », *LEGICOM*, vol. 25, No. 2, 2001, pp. 75-86.

[1774] Le régime juridique de la réutilisation des informations publiques, originellement issu de la directive européenne du 26 juin 2013 relative à la réutilisation des informations du secteur public, a été modifié par la loi du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public et par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016, notamment à l'art. 11.

[1775] Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 153.

et sans qu'il soit nécessaire d'intenter une action en justice. Il sera alors exposé l'opportunité d'un statut impératif à ces exceptions (1). La reconnaissance d'un tel statut est cependant bafouée par des mesures et des dispositions inscrites dans des instruments juridiques (2). Une réflexion sera poursuivie sur des solutions pour garantir la balance des intérêts et potentiellement assurer la reconnaissance d'un statut impératif aux exceptions (3).

1) La nature et la reconnaissance du statut impératif des exceptions au droit d'auteur

588. L'opportunité d'une interprétation ouverte des exceptions. Les ordres juridiques ne prévoient pas les mêmes systèmes d'exceptions au droit d'auteur. Celui des Etats-Unis apparaît intéressant dans la mesure où il est de type « ouvert »[1776]. S. Dusollier, Y. Pouillet et M. Buydens donnent l'exemple du *fair use* américain qui prévoit une dérogation générale autorisant une souplesse dans l'interprétation des exceptions puisque cette dérogation est susceptible de s'appliquer à de nombreuses situations. Certains usages peuvent être considérés comme relevant de l'exception générale « eu égard au but et au caractère de l'usage (notamment si l'usage est de nature non commerciale ou à des fins d'enseignement), à la nature de l'œuvre protégée, à la quantité et au caractère substantiel de la portion de l'œuvre utilisée ainsi qu'à l'effet de l'usage sur le marché potentiel ou à l'effet de cet usage sur la valeur de l'œuvre protégée[1777]. » Cet élargissement dans l'interprétation des actes susceptibles de constituer des exceptions au droit d'auteur pourrait se fonder sur le nécessaire rééquilibrage de la balance face à l'extension des droits exclusifs de l'auteur[1778]. Le juge devrait alors être compétent pour élargir la liste des exceptions légales lorsque la balance des intérêts entre l'auteur et les utilisateurs est déséquilibrée[1779]. L'accès et l'utilisation des connaissances théoriques pourraient servir de fondement pour l'élargissement des exceptions. Comme l'exposent S. Dusollier, Y. Pouillet et M. Buydens : « L'accès à l'information, la recherche et la transmission du savoir et de la culture peuvent fonder l'adoption de nouvelles exceptions et limitations au

[1776] Au contraire, les systèmes du droit d'auteur européens sont de type « fermés », c'est-à-dire qu'ils prévoient une liste exhaustive d'actes constituant des exceptions au droit d'auteur (art. L. 122-5 du CPI). Ce système a pour avantage de garantir une certaine prévisibilité mais n'autorise aucune souplesse dans l'interprétation des actes susceptibles de constituer une exception.

[1777] Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000, spé. p. 10.

[1778] Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., *ibid*., p. 14.

[1779] Cette compétence du juge dans l'interprétation des exceptions s'explique par la conception anglo-saxonne admettant que le juge puisse être une source officielle du droit à côté du Parlement (*common law, equity* et actes du parlement se complètent ainsi). Or, la conception française ne donne pas une telle compétence au juge qui, selon l'art. 12 du Code de procédure civile, doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Cependant, le législateur pourrait laisser au juge la liberté de déclarer que certains usages relèvent des exceptions lorsque l'équité le commande.

droit d'auteur ainsi que l'extension d'exceptions existantes[1780]. » Une ouverture jurisprudentielle est d'ailleurs à souligner même s'il ne s'agit que d'un jugement rendu en première instance[1781]. La jurisprudence européenne[1782] peine toutefois à reconnaître une exception non prévue par la loi, alors que la Cour pourrait prendre comme fondement l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme[1783], afin de garantir la mise en balance des intérêts entre le droit d'auteur et les libertés fondamentales. L'article 10 de la Convention est d'autant plus pertinent qu'il prévoit, à l'alinéa 2, que l'exercice des libertés fondamentales peut être soumis à des restrictions mais seulement lorsque ces restrictions constituent des « mesures nécessaires, dans une société démocratique ». Ces mesures doivent donc être nécessaires mais aussi proportionnées au but légitime poursuivi. Or, il ne semble pas que les mesures techniques de protection ou les restrictions réalisées par la directive sur les bases de données répondent à ces conditions.

589. Les difficultés techniques d'identification des exceptions et des libertés fondamentales. Le problème inhérent aux mesures techniques est qu'elles ne sont pas aptes à traduire les nuances des exceptions dont l'appréciation, réalisée par le juge, est subjective. Il est donc difficile de concevoir que la technique elle-même pourrait fournir les conditions du bénéfice des exceptions. S. Dusollier considère cependant que ce n'est pas un problème car la mesure technique doit prendre en considération la liberté protégée par l'exception, et notamment la liberté d'expression et le droit à l'information[1784]. Il suffirait donc que les

[1780] Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., *ibid*., p. 16.

[1781] Dans une décision du 23 février 1999, le tribunal de grande instance de Paris a reconnu une exception non prévue par la loi sur le droit d'auteur sur le fondement du droit du public à l'information (art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme). Le tribunal a déclaré que : « un reportage représentant une œuvre d'un artiste uniquement diffusé dans un journal télévisé de courte durée ne portera pas atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'autrui puisqu'il sera justifié par le droit du téléspectateur à être informé rapidement et de manière appropriée d'un évènement culturel constituant une actualité immédiate en relation avec l'œuvre ou son auteur ; qu'il ne concurrencera pas l'exploitation normale de l'œuvre. », cité par Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., *ibid*., p. 15. Aussi, aux Pays-Bas, la Cour Suprême a déclaré qu'il était possible de limiter l'exercice du droit d'auteur, en dehors de la liste des exceptions prévues par la loi et ce, dans le but de rééquilibrer les intérêts entre l'auteur et les tiers. Voir Dutch Supreme Court (Hoge Raad), 20 October 1995, *Dior v. Evora*, Nederlandse Jurisprudentie 682.

[1782] Sur des exemples de jurisprudences de la Commission européenne, voir Hugenholtz, P.B., « Copyright and freedom of expression in Europe », *in* (dir.) Dreyfus, R.C., First, H., et Zimmerman, D.L., *Innovation policy in an information age,* Oxford, Oxford University Press, 2000.

[1783] L'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. ». Cette disposition, bien que ne mentionnant que les « informations » et les « idées » a également été interprétée comme incluant, au moins, la communication de faits, de nouvelles, de savoirs et d'information scientifique [Notre traduction]. En effet, B. Hugenholtz souligne que : « The term 'information' includes, at the very least, the communication of facts, news, knowledge and scientific information ». Voir Hugenholtz, P.B., *ibid*.

[1784] Voir Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 540.

dispositifs techniques et leur protection juridique soient tenus de respecter ces intérêts et libertés fondamentales traduits par des règles de libre utilisation. Le législateur européen l'a d'ailleurs imposé dans la directive DADVSI du 22 mai 2001[1785] eu égard au droit au respect de la vie privée[1786]. S. Dusollier se demande alors : « Pourquoi ne le ferait-il pas s'agissant des intérêts protégés par les exceptions au droit d'auteur ?[1787] » Néanmoins, il semble également difficile techniquement de déterminer si les actes des utilisateurs poursuivent l'accomplissement de ces libertés fondamentales. En tout état de cause, concernant les connaissances théoriques, lorsque les utilisations visent cette forme de connaissance alors les dispositifs techniques et leur protection juridique devraient respecter le principe de primauté du partage. Identifier techniquement l'utilisation d'une connaissance théorique semblerait moins difficilement réalisable.

590. La pertinence d'un statut impératif ou d'ordre public des exceptions. En tout état de cause, les exceptions devraient être rendues plus effectives en devenant de réels moyens offensifs à invoquer par les tiers. Elles ont en effet pour vocation de permettre l'exercice des libertés fondamentales, et notamment le droit aux savoirs et à l'éducation. Des solutions devraient alors être recherchées au niveau du statut des exceptions au droit d'auteur. Des réflexions sont poursuivies pour leur reconnaître un statut impératif voire d'ordre public[1788]. Ces statuts seraient les bienvenus dans la mesure où les exceptions sont progressivement amoindries et laissées de côté par les détenteurs de droits de propriété intellectuelle. La reconnaissance d'un tel statut permettrait d'empêcher les auteurs de les contourner, en particulier par le biais des contrats. Les exceptions pourraient alors bénéficier de deux statuts distincts : un statut d'ordre public ou un statut impératif[1789]. Une exception d'ordre public représente la protection de l'intérêt général et touche particulièrement aux libertés fondamentales de sorte que la volonté des parties dans un contrat ne peut écarter cette exception

[1785] Directive n° 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.

[1786] Le considérant 57 de la directive précise que : « Ces moyens techniques doivent, dans leurs fonctions techniques, incorporer les principes de protection de la vie privée, conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. »

[1787] Dusollier, S., *op. cit*., p. 541.

[1788] Le statut impératif des exceptions a été reconnu pour la première fois en droit communautaire par la directive sur la protection juridique des programmes d'ordinateur de 1991 pour certaines exceptions (copie de sauvegarde, étude et test du fonctionnement d'un programme et décompilation). De même, la directive sur la protection juridique des bases de données de 1996, et particulièrement l'art. 15, reconnaît un caractère impératif pour l'accès et l'utilisation normale de la base et pour le droit d'extraction pour des parties non substantielles de la base. Voir Dusollier, S., *op. cit*., p. 496 et s.

[1789] Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000, spé. p. 18.

et toute clause y dérogeant serait déclarée nulle. Au contraire, une exception impérative protège des intérêts privés et un contrat ne peut pas y déroger. La différence primordiale est que la personne dont l'intérêt est protégé serait libre d'y renoncer. Dès lors, comme l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques ne peuvent être que l'exercice d'une liberté fondamentale, les exceptions protégeant cette liberté devraient également être qualifiées d'ordre public. Le statut impératif des exceptions a cependant été privilégié par le législateur belge. S. Dusollier explique que c'est pour éviter de vider de son sens le caractère impératif déjà reconnu aux exceptions relatives aux droits sur les bases de données à l'article L. 342-3 du CPI. En tout état de cause, certaines exceptions méritent davantage de protection que d'autres. Selon M. Buydens et S. Dusollier, les exceptions au droit d'auteur auraient des priorités différentes selon leur objet[1790]. Les exceptions de parodie, de citation, de prêt public, de compte rendu d'information et surtout les exceptions à l'égard de l'enseignement, des bibliothèques et des archives[1791] méritent d'être protégées en toutes circonstances car elles traduisent la garantie des libertés fondamentales et non la simple protection d'un intérêt privé. Ces dernières devraient jouir d'un caractère d'ordre public insusceptible de renonciation. La directive de 2019 va d'ailleurs dans ce sens en disposant que : « Il y a lieu d'instaurer des exceptions ou limitations obligatoires pour l'utilisation de technologies de fouille de textes et de données, l'illustration dans le cadre de l'enseignement dans l'environnement numérique et pour la conservation du patrimoine culturel[1792]. » Au contraire, d'autres exceptions ne sont que la traduction d'intérêts privés et devraient être qualifiées d'impératives et donc susceptibles de renonciation en connaissance de cause par les utilisateurs[1793].

591. L'exemple du statut impératif des exceptions en droit belge. Depuis la loi du 22 décembre 2016[1794], les articles XI.193, XI. 219 et XI.301 du Code de droit économique belge

[1790] Buydens, M., Dusollier, S., « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *Communication Commerce électronique,* Chron. 22, No. 9, 2001, pp. 10-16.

[1791] Concernant les exceptions pour l'éducation, les bibliothèques, les archives, les musées et les besoins de la justice et de l'Etat, elles doivent être sauvegardées en priorité dans l'environnement numérique pour répondre aux besoins d'intérêts publics et être accompagnées d'un système d'indemnisation pour les auteurs. Voir Buydens, M. Dusollier, S., *ibid*.

[1792] 5ème considérant de la Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

[1793] Par exemple, l'exception de reproduction d'une œuvre dans un catalogue de vente ou l'exception reconnue dans certains pays et dans la directive au bénéfice des cérémonies religieuses ou officielles. Voir Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 509. Mais encore, les exceptions dites de *market failure* correspondent à des exceptions fondées sur l'impossibilité de faire respecter les droits de l'auteur en pratique. M. Buydens et S. Dussolier considèrent que ces exceptions sont moins importantes dans la mesure où les Etats seraient libres de considérer ces exceptions comme supplétives. Voir Buydens, M., Dusollier, S., *ibid*.

[1794] Loi du 22 décembre 2016 modifiant certaines dispositions du livre XI du Code de droit économique.

disposent que plusieurs exceptions sont impératives aussi bien en droit d'auteur qu'en droits voisins[1795]. Ce statut impératif des exceptions se présente comme une réelle protection contre les contournements contractuels. Il assure aussi à tous les tiers un accès et une utilisation des œuvres de l'esprit et donc indirectement l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques issues de ces œuvres de l'esprit.

592. Transition. La reconnaissance d'un statut impératif ou d'ordre public des exceptions semble être cependant remise en cause par des instruments juridiques, particulièrement la directive DADVSI du 22 mai 2001 et par des mesures inscrites dans cette directive.

2) Les instruments juridiques et mesures limitant la reconnaissance d'un statut impératif des exceptions au droit d'auteur

593. Une difficile reconnaissance du statut impératif des exceptions en droit européen. La directive DADVSI du 22 mai 2001 a abandonné la reconnaissance d'un statut protecteur des exceptions puisqu'elle ne fait aucune mention de ce statut impératif ou d'ordre public. Selon S. Dusollier, bien que la directive ne reconnaisse pas expressément le caractère impératif des exceptions, elle semblerait laisser les Etats apprécier librement si les exceptions ou certaines d'entre elles devraient être impératives[1796]. La directive du 17 avril 2019 souligne par ailleurs, dans le cinquième considérant, que le caractère facultatif des exceptions et limitations prévues par les directives n° 96/9/CE, 2001/29/CE et 2009/24/CE pourrait avoir des conséquences néfastes sur le fonctionnement du marché intérieur de sorte qu'il convient de réévaluer, notamment au regard des utilisations transfrontières, les exceptions et limitations qui sont pertinentes pour la recherche scientifique, l'innovation l'enseignement et la conservation du patrimoine culturel[1797].

[1795] Notamment les citations, la caricature, parodie ou pastiche, la reproduction et la communication à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, le prêt d'œuvres dans un but éducatif et culturel, la reproduction et la communication de bases de données à des fins d'illustration de l'enseignent ou de recherche scientifique, l'exécution gratuite et privée effectuée dans le cercle familial, le prêt de phonogrammes ou de premières fixations de films dans un but éducatif et culturel, la copie de sauvegarde d'un programme d'ordinateur si elle est nécessaire à l'utilisation du programme.

[1796] Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 503.

[1797] La Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique ajoute que devraient être obligatoires les exceptions ou limitations pour l'utilisation de technologies de fouille de textes et de données, pour l'illustration dans le cadre de l'enseignement dans l'environnement numérique et pour la conservation du patrimoine culturel.

594. La primauté des mesures contractuelles au détriment des exceptions. La directive du 22 mai 2001 renforce toutefois les contrats en prévoyant la protection des mesures techniques de protection et en limitant les exceptions lorsqu'un contrat régit la mise à disposition des œuvres. La loi belge du 22 mai 2005[1798], transposant l'article 6.4 al. 4 de la directive européenne de 2001[1799], a inséré, à l'article XI.291 du Code de droit économique, un paragraphe disposant qu'il peut toutefois être contractuellement dérogé aux dispositions visées au paragraphe 2 lorsqu'il s'agit d' « œuvres et de prestations qui sont mises à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement[1800]. » Le titulaire des droits pourrait alors prévoir dans un contrat que l'accès est conditionné à la renonciation par l'utilisateur de l'usage de certaines exceptions. Le risque est que « l'accès à des contenus culturels et informationnels se réalisera par le biais d'un simple clic qui marquera simultanément le consentement à un contrat de licence[1801] » (contrat *click-wrap*). Cette exclusion dans la sauvegarde des exceptions risque, en plus, de s'appliquer à tous les actes de mise à la disposition des œuvres sur Internet et donc à un domaine très large.

595. Une interprétation des conditions du triple test à strictement délimiter. Le triple test issu de l'article 9.2 de la Convention de Berne[1802] aurait, en outre, pour effet de restreindre la mise en œuvre des exceptions et de s'éloigner de l'idée d'un statut impératif de ces dernières. En imposant en effet que les exceptions soient limitées à des cas spéciaux, qu'elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qu'elles ne portent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, les exceptions sont interprétées strictement pour ne pas gêner le titulaire des droits[1803]. C'est surtout la seconde condition qui pose problème car « l'exploitation normale de l'œuvre » n'a pas été définie. Selon M. Buydens et S. Dusollier,

---

[1798] Loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la Directive européenne n° 2001/29/CE du 22 mai 2001.

[1799] L'avant dernier alinéa de l'art. 6.4 prévoit que : « Les dispositions des premier et deuxième alinéas ne s'appliquent pas aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement. »

[1800] L'art. 6.4, alinéa 4 de la directive a également été transposé en France à l'art. L. 331-8 du CPI.

[1801] Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000, spé. p. 17.

[1802] La directive européenne DADVSI du 22 mai 2001 reprend les dispositions de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, et notamment le triple test.

[1803] S. Dusollier évoque sa crainte du test des trois étapes en exposant « le risque de voir cet instrument international fixant le cadre dans lequel les législateurs peuvent prévoir des limitations aux droits des auteurs se transformer en un corset de conditions supplémentaires par lesquelles les juges pourraient remettre en cause la légitimité d'une exception pourtant prévue par la loi. » Voir Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 583.

cette condition a pu être interprétée comme une obligation pour les tiers de ne pas empêcher le titulaire des droits à exercer des formes d'exploitation générant du revenu[1804]. Dès lors, si les tiers, en faisant usage des exceptions, font obstacle à l'exploitation du titulaire des droits et freinent l'arrivée d'un revenu potentiel, il sera considéré que ces tiers portent atteinte à « l'exploitation normale » de l'œuvre. La mise en place de mesures techniques de protection ou de mesures contractuelles pourrait aussi être considérée comme une « exploitation normale de l'œuvre » et pourrait donc faire échec à l'instauration des exceptions. De telles interprétations de « l'exploitation normale » risquent ainsi de réprimer toute utilisation des tiers, de paralyser la création de nouvelles exceptions et d'étendre les droits du titulaire au-delà des droits exclusifs, notamment dans le pouvoir de mettre en place les dispositifs techniques de protection[1805]. P. Aigrain est toutefois plus mesuré et appelle à une interprétation équilibrée du triple test[1806]. Il explique que les exceptions ne porteraient pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre si elles sont au service de considérations aussi importantes (« *competing considerations*[1807] ») ou bien si elles ont pour effet de contrer des restrictions non-justifiées sur la concurrence.

596. Le rôle décevant des Etats et des titulaires de droits pour respecter la balance des intérêts. L'article 6.4 de la directive offrirait néanmoins un « régime de faveur » aux utilisateurs en confiant aux titulaires de droits la mission de concilier les mesures techniques avec certaines exceptions au droit d'auteur. Il en est de même au sein de la directive du 17 avril 2019[1808]. La loi de transposition française de 2006[1809] reprend les dispositions de la directive du 22 mai 2001 en prévoyant des mesures volontaires prises par les titulaires de droits et une intervention de l'Etat pour garantir le bénéfice de certaines exceptions[1810]. Cette « mission » des titulaires de

[1804] Buydens, M., Dusollier, S., « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *Communication Commerce électronique,* Chron. 22, No. 9, 2001.

[1805] S. Dusollier souligne que : « La définition très large que la Cour de cassation a donnée de l'exploitation normale dans l'arrêt cité [du 28 février 2006], elle-même confortée par la décision du Conseil constitutionnel [Cons. Const. Déc. N° 2006-540 DC du 27 juillet 2006], pourrait faire d'un tel test inversé une arme disproportionnée et un blanc-seing pour les dispositifs techniques de protection des œuvres. » Voir Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 584.

[1806] Aigrain, P., *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press, 2012, spé. p. 117.

[1807] Aigrain, P., *op. cit*.

[1808] 7ème considérant de la Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

[1809] L'art. L. 331-7 du CPI prévoit que les titulaires de droits : « prennent cependant les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées au 2° de l'art. L. 331-31 de leur exercice effectif. Ils s'efforcent de définir ces mesures en concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées. »

[1810] Seules sont prises en compte les exceptions relatives à l'illustration à des fins d'enseignement, à la reproduction, ou représentation d'une œuvre au bénéfice des personnes affectées d'un handicap, à la conservation de l'œuvre par les

droits n'est cependant en rien obligatoire, comme le souligne S. Dusollier : « Aucune obligation de favoriser l'exercice des exceptions n'existe dans le chef des auteurs[1811]. » Mais, si le titulaire de droits ne remplit pas cette mission alors ce même article prévoit l'intervention de l'Etat[1812]. Les Etats membres auraient un rôle à jouer, celui d'assurer le respect des exceptions au droit d'auteur[1813]. Ce « régime de faveur » s'avère cependant décevant[1814] car c'est plutôt la liberté contractuelle qui est garantie et non la protection des exceptions au droit d'auteur[1815]. Ce « régime de faveur » ne s'applique, par ailleurs, qu'à l'égard de certaines exceptions et non à toutes les exceptions au droit d'auteur[1816]. Enfin, l'article 6.4 ne permet qu'aux tiers ayant un accès licite à l'œuvre le libre exercice des exceptions. Or, les Etats membres devraient protéger les utilisateurs empêchés d'accéder et d'utiliser le contenu à cause des mesures techniques de protection. Tous les utilisateurs et même ceux qui n'ont pas un accès licite à l'œuvre (car ils ont contourné les mesures techniques) devraient bénéficier des exceptions et limitations au droit d'auteur.

597. Transition. Malgré les dispositions de la directive DADVSI du 22 mai 2001, des solutions efficaces devraient être proposées pour garantir la balance des intérêts entre l'auteur et les tiers ainsi que pour reconnaître le statut impératif des exceptions au droit d'auteur.

---

bibliothèques, musées ou services d'archives, aux actes nécessaires à l'accomplissement d'une procédure ou à la sécurité publique, et la copie à des fins d'usage privé.

[1811] Dusollier, S., *op. cit*., p. 168.

[1812] Notons que l'Etat est tenu d'intervenir pour prendre des mesures de sauvegarde de certaines exceptions sauf pour la copie privée (simple faculté).

[1813] L'art. 6.4 de la directive de 2001 dispose que : « Les Etats membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national (…) puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question ».

[1814] C'est peut-être pour cette raison que ce régime de préservation des exceptions est finalement abrogé en France par une loi du 1er août 2009.

[1815] S. Dusollier souligne qu'on « n'est pas très loin de la solution préconisée par certains auteurs américains qui invitaient à considérer le *fair use* [utilisation légitime] comme un *fared use* [utilisation tarifée] et de transformer chaque exception en un acte payant et sujet à négociation avec le titulaire de droits. » Voir Dusollier, S., « Les mesures techniques dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information : un délicat compromis », *LEGICOM*, vol. 25, No. 2, 2001, pp. 75-86. Aussi, S. Dusollier dénonce que c'est un critère subjectif (lié à la volonté de l'auteur) qui gouverne la protection et non un critère objectif (lié à la définition des droits et de leurs limitations). Voir Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 163.

[1816] En effet, l'art. 6.4 ne bénéficie qu'aux exceptions suivantes : reprographie, actes de reproduction effectués par les bibliothèques et archives, enregistrements éphémères réalisés par les organismes de radiodiffusion, reproductions par des institutions sociales sans but lucratif, utilisations à des fins d'illustration de l'enseignement, utilisations au bénéfice de personnes handicapées, utilisations à des fins de sécurité publique. Or, aucun critère ne permet de comprendre pourquoi ce sont ces exceptions qui ont été choisies et non celles de la parodie, de la citation ou du compte rendu d'évènements actualité. Sur ce point, voir Dusollier, S., *op. cit*., p. 166-167.

3) Les solutions propres à garantir la balance des intérêts et potentiellement le statut impératif des exceptions au droit d'auteur

598. L'imposition du respect des exceptions pour tout mode d'exploitation. Le pouvoir donné aux titulaires de droits de contourner le respect des exceptions lorsque l'œuvre est diffusée à la demande sur la base de dispositions contractuelles « n'est pas admissible[1817]. » Les exceptions doivent, en effet, être protégées quel que soit le mode de diffusion des œuvres et sans se limiter à un mode d'exploitation particulier[1818]. Ces exceptions assurent la protection d'intérêts publics importants tels que la sauvegarde des droits fondamentaux (notamment la liberté d'expression, la liberté de la presse et la liberté d'information)[1819]. La directive du 17 avril 2019[1820] apporte d'ailleurs plus de sécurité contre le contournement des exceptions dans un tel contexte. Le 7ème considérant et l'article 13 de la directive soulignent que les Etats membres doivent prendre des mesures appropriées, conformément à l'article 6.4 de la directive n° 2001/29/CE, y compris lorsque des œuvres et autres objets protégés sont mis à la disposition du public *via* des services à la demande. La qualification même « d'exceptions » est, par ailleurs, sujette à de nombreuses critiques car les intérêts des tiers devraient être le principe et non des « exceptions » au droit d'auteur. Comme expliqué précédemment, c'est parce que les créations immatérielles sont utiles à la société qu'il est reconnu aux détenteurs des droits temporaires exclusifs. Ces droits, justifiés par leur utilité sociale, devraient alors être considérés comme l'exception aux droits des tiers et non l'inverse.

599. Une interprétation des conditions du triple test conforme à l'exercice légitime des exceptions. Le triple test devrait, ensuite, être réinterprété car il « ne peut avoir pour effet que les exceptions soient du ressort de l'auteur ou du marché d'exploitation de l'œuvre.[1821] ». Les exceptions doivent retrouver leur fondement qui est de limiter l'exploitation de l'œuvre par le

---

[1817] Dusollier, S., *op. cit*., p. 521.

[1818] Dusollier, S., « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », *Propriétés Intellectuelles,* No. 25, 2007, pp. 443-452.

[1819] Dusollier, S., *ibid*., p. 452. Cependant, même si les exceptions au droit d'auteur doivent être renforcées par la reconnaissance d'un statut impératif, il faut tout de même reconnaître que certaines exceptions s'exercent différemment lorsqu'elles sont dans l'environnement numérique. En effet, ces exceptions risquent de porter une plus grande atteinte à l'exploitation de l'œuvre. Les bibliothèques ou les enseignants peuvent jouer un rôle nouveau dans l'environnement numérique nécessitant une réflexion et une redéfinition de leur rôle et de leurs fonctions sur Internet. Par exemple, « une bibliothèque virtuelle, accessible 24 heures sur 24 à un public potentiellement mondial, diffère essentiellement d'une institution physique dont le public et les heures d'ouverture sont limités. » Voir Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000, spé. p. 14.

[1820] Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

[1821] Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 522.

titulaire de droits. Il devrait alors recevoir une interprétation normative, c'est-à-dire que « seul le législateur est habilité, sur ce fondement, à considérer que l'exception ne doit plus avoir cours[1822]. » L'exception doit, en outre, s'exercer pour la protection des intérêts sociaux et culturels des tiers et les dispositions anti-contournement ne devraient pas être justifiées lorsque le contournement vise à l'exercice d'une exception. La sanction du contournement n'est, en effet, pas justifiée puisqu'elle n'est fondée sur aucune contrefaçon et elle punit la réalisation d'un acte autorisé par la loi. Les dispositions anti-contournement ne devraient être admises que lorsqu'elles visent à sanctionner un contournement ayant pour effet de violer le droit d'auteur ou les droits voisins. Les bibliothèques et les institutions d'enseignement pourraient, par ailleurs, jouer un rôle primordial dans l'accès et la diffusion des connaissances théoriques. Il pourrait être imposé aux auteurs de faire bénéficier à ces institutions des copies de l'œuvre dépourvues de toute protection technique[1823]. Concernant l'obligation de la licéité de l'accès inscrite à l'article 6.4 de la directive européenne[1824], la solution serait à rechercher dans la définition de ce qu'est un « accès licite ». La définition donnée par la directive du 17 avril 2019 apporte peu d'éclaircissements pour aider les utilisateurs à contourner les mesures techniques de protection afin d'exercer les exceptions légales[1825]. Selon S. Dusollier, l'obligation d'un accès licite à l'œuvre n'est admissible qu'à la condition que la détermination de la légitimité de l'accès ne soit pas la traduction de la volonté de l'auteur mais dépende uniquement de la loi. Dès lors, l'auteure considère que l'accès serait licite lorsque l'œuvre a été divulguée et lorsque l'accès à l'œuvre est autorisé par l'auteur OU n'est pas limité par la loi[1826]. C'est ce dernier point qui est important en ce sens qu'il devrait être interprété comme l'impossibilité pour l'auteur d'interdire un accès lorsque celui-ci n'est pas limité par la loi.

600. Le refus de reconnaître les exceptions comme des droits subjectifs. Concevoir les exceptions comme des droits subjectifs ne fait toutefois pas l'unanimité, que ce soit en

[1822] Dusollier, S., *op. cit*., p. 522.

[1823] Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M., « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000, spé. p. 24.

[1824] L'art. 6.4 de la directive de 2001 dispose que : « Les Etats membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national (…) puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question. »

[1825] Le considérant 14 de la directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique précise que l'accès licite devrait s'entendre comme couvrant l'accès à des contenus fondé sur une politique de libre accès ou en vertu d'arrangements contractuels entre, d'une part, les titulaires de droits et, d'autre part, les organismes de recherche ou les institutions du patrimoine culturel, comme des abonnements, ou en vertu d'autres voies légales.

[1826] Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 538.

doctrine[1827] et en jurisprudence[1828], notamment en raison de la définition même des droits subjectifs[1829] et de la conception de la balance des intérêts[1830]. Les exceptions ne devraient cependant pas être conçues comme de simples tolérances de l'auteur, c'est-à-dire que l'auteur se résigne à autoriser ou interdire certaines utilisations face à l'impossibilité effective de contrôler certaines utilisations. Cette nature des exceptions est insatisfaisante car, avec l'évolution des techniques, l'auteur est de plus en plus à même de contrôler les utilisations et donc d'empêcher l'exercice des exceptions. Si une telle évolution se poursuit, les exceptions risquent d'exister par la seule volonté de l'auteur et non sur le fondement de la loi. Il est donc regrettable que la loi ne puisse pas garantir que l'exception puisse s'exercer dans les meilleures conditions simplement parce que l'utilisateur n'a pas de « droit » aux exceptions, d'autant plus lorsque l'empêchement dans l'exercice des exceptions intervient *ex ante*[1831]. Même si les exceptions ne sont pas qualifiées de droits subjectifs, il semblerait tout de même envisageable d'octroyer aux utilisateurs un droit de recours par une action en justice[1832].

601. L'opportunité d'un droit de recours au bénéfice des tiers. Une solution rétablissant

---

[1827] C'est notamment l'avis de S. Dusollier qui préfère concevoir les exceptions comme une règle de droit objectif traduction d'un intérêt légitime juridiquement protégé ou d'une liberté civile. Voir Dusollier, S., *op. cit*., p. 477 et s.

[1828] Une association de consommateurs Test-Achats a demandé la reconnaissance de la suprématie de l'exception de copie privée contre les dispositifs anti-copie. Mais le tribunal civil de Bruxelles a rejeté la demande en déclarant que : « La copie privée n'est pas un droit mais une exception » et qu'elle « est une simple cause d'immunité garantie par la loi ». La cour d'appel de Bruxelles a par la suite confirmé le jugement. Voir CA. Bruxelles, 25 mai 2004, *Test-Achats,* RG n°2004/46/A ; Bruxelles, 9 septembre 2005. En France, la jurisprudence adopte la même position en déclarant que : « La copie privée est une exception légale aux droits de l'auteur, et non pas un droit qui serait reconnu de manière absolue à l'usager. » Voir notamment CA Paris, 4ème ch. 22 avril 2005, *UFC Que Choisir c. Universal Pictures Video France.*

[1829] Le droit subjectif est attribué de manière inégalitaire et conditionnée. Par conséquent, les exceptions au droit d'auteur sembleraient difficilement répondre à cette définition, en particulier parce qu'elles sont reconnues à toute personne égalitairement. Voir Léonard, T., *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile,* Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur, 18 mars 2004, cité par Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 481-482. Cependant, il pourrait être souligné que la liberté d'expression, bien que reconnue à toute personne, est conçue comme un droit subjectif extrapatrimonial.

[1830] A. Lucas et *al.,* exposent que : « L'approche française, centrée sur l'auteur, exclut que ces exceptions fassent naître des droits au profit du bénéficiaire. On en déduira notamment que l'utilisateur ne saurait sur cette base contester la mise en œuvre de dispositifs de protection technique. En revanche, dans les systèmes où les limitations sont mises sur le même plan que le principe d'exclusivité [au Canada notamment], dans une optique de balance d'intérêts, il n'y a pas d'abus à parler des droits des utilisateurs. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 356.

[1831] M. Vivant et J.M. Bruguière critiquent le refus de reconnaître un droit subjectif pour les exceptions : « Quand on dit au bénéficiaire d'une exception qu'un droit ne peut lui être reconnu au motif qu'il ne dispose pas d'action… (…) mais qu'on lui refuse le bénéfice d'une action au motif qu'il ne dispose pas de droit, qu'a-t-on démontré sinon une étonnante aptitude à mener un raisonnement circulaire ? », Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 614.

[1832] Selon M.A. Chardeaux, à propos des choses communes, l'action en justice est possible peu importe la qualification en un droit ou en une liberté dès lors qu'un intérêt légitime est justifié : « Que la possibilité d'user des choses communes soit un droit ou une liberté, force est d'admettre que toute personne qui se voit empêchée de jouir d'une *res communis* par un tiers peut très probablement agir en justice contre ce dernier. » M.A. Chardeaux s'appuie sur l'action d'*injures* du droit romain exercée par celui qui est empêché d'accéder librement à une chose commune. Voir Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 331.

l'équilibre entre intérêts du titulaire de droits et bénéficiaires des exceptions au droit d'auteur serait alors à rechercher par la voie judiciaire. Selon H. Motulsky, l'action en justice est un droit subjectif processuel autonome du droit subjectif substantiel dont une personne est titulaire[1833]. M.A. Chardeaux expose aussi qu'il devrait être prévu un droit d'agir en justice en cas de violation du devoir de conservation des choses communes[1834]. Nous pourrions alors ajouter qu'un tel droit d'agir en justice devrait être reconnu en cas de violation du droit d'accès et d'utilisation des connaissances théoriques. Reconnaître un droit de recours aux utilisateurs serait utile pour faire respecter l'exercice des exceptions. Ainsi, il serait intéressant de s'inspirer des législations allemande et belge[1835] qui fournissent des droits aux utilisateurs. C. Geiger[1836] explique que la législation allemande[1837] accorde à l'utilisateur un droit d'agir contre le titulaire de droits. Tout bénéficiaire des exceptions au droit d'auteur pourrait imposer au titulaire de droits de lui fournir les moyens d'effectuer les utilisations permises par la loi. Si des mesures techniques de protection empêchent l'utilisateur de bénéficier des exceptions au droit d'auteur alors celui-ci serait justifié à former un recours et à demander au juge de mettre en œuvre son exception. Les tiers pourraient aussi se fonder sur l'abus de droit lorsque l'apposition de verrous techniques empêche totalement l'accès et la transmission des connaissances théoriques. A. Lucas et *al.,* exposent que les clauses contractuelles restrictives d'usage devraient être sanctionnées sur le terrain des clauses abusives[1838]. Cependant, M.A. Chardeaux souligne que la difficulté vient de l'existence d'un dommage collectif[1839] alors que les mécanismes de la responsabilité civile supposent un dommage personnel (préjudice personnel et direct). Par exemple, une action contre les mesures techniques de protection pourrait être intentée dès qu'une personne est empêchée d'accéder ou d'utiliser les connaissances théoriques, mais il est vrai que le dommage existe pour une multitude de personnes de sorte que la réparation ne serait pas satisfaisante. M.A. Chardeaux expose que : « cette action ne conduirait qu'à réparer le

[1833] Motulsky, H., « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, pp. 215-230, *in Écrits,* T. 1, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 85-100.

[1834] Voir Chardeaux, M.A., *op. cit.*

[1835] La loi du 22 mai 2005 introduit l'art. 87 bis LDA ouvrant un droit de recours aux utilisateurs devant le président du tribunal de première instance ou du tribunal de commerce dans le but de garantir l'exercice effectif des exceptions au droit d'auteur. Le président du tribunal enjoint aux titulaires de droits de prendre des mesures nécessaires pour garantir le bénéfice des exceptions. Pour une analyse de ce recours judiciaire offert aux bénéficiaires des exceptions, voir Dusollier, S., *op. cit*., p. 565.

[1836] Geiger, C., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *Revue internationale de droit économique,* Vol. XX, No. 4, 2006, pp. 389-432, spé. p. 425.

[1837] Art. 95.b, al. 2 de la loi allemande sur le droit d'auteur.

[1838] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 928.

[1839] Selon M. Capelleti : « L'ancien idéal de l'initiative processuelle centralisée à la façon d'un monopole entre les mains du seul sujet auquel *appartient* le droit subjectif se révèle impuissant devant des droits qui appartiennent en même temps à tous et à personne. » Voir Capelleti, M., « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile), *RIDC,* 1975, p. 575, cité par Chardeaux, *op. cit*., p. 352.

dommage subi par telle personne en particulier, et non celui éprouvé par la communauté dans son ensemble[1840]. » Par conséquent, il serait peut-être temps que le droit fasse une place à la réparation des atteintes portées à des intérêts collectifs indépendamment de toute atteinte à des intérêts individuels. Une évolution est déjà à relever quant à la réparation du préjudice écologique qui est éminemment un préjudice collectif. La loi du 8 août 2016[1841] précise en effet que : « L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations, agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance, qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement. » Il est ainsi reconnu un droit d'agir en justice à l'égard de personnes morales spécialisées pour la réparation de préjudices collectifs. Concernant les modalités de la réparation, une réparation en nature est à privilégier[1842]. Une autre solution pour garantir un droit de recours serait, en outre, à rechercher sur le fondement des libertés fondamentales et de l'abus de droit. S. Dusollier accueille la conception des exceptions traduisant la prise en compte d'un intérêt ou d'une liberté[1843]. Les exceptions au droit d'auteur résultent en effet de la prise en compte d'intérêts légitimes reconnus et protégés par le droit objectif. Parmi ces intérêts légitimes, peuvent être relevés les libertés civiles telles que la liberté d'expression, la liberté de la presse et de l'information. Ces intérêts légitimes sont ainsi protégés par la reconnaissance d'exceptions au droit d'auteur et « créent de la sorte une prérogative juridique spécifique, règle de droit objectif qui substitue à l'usage exclusif d'une œuvre, le bénéfice collectif de celle-ci pour des utilisations proprement délimitées[1844]. » Sur le fondement de ces libertés civiles, et particulièrement du droit du public à l'information, les utilisateurs devraient alors détenir un droit d'action en justice lorsque le verrouillage aboutit à tenir en échec l'exercice d'une liberté fondamentale.

[1840] Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 352.

[1841] Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, art 4.

M.A. Chardeaux donne d'autres exemples d'instruments juridiques étrangers reconnaissant la réparation d'un préjudice collectif (droit fédéral américain, droit québécois, textes internationaux tels que la Convention de Lugano ou la Directive 2004-35 du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale). Voir Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 353.

[1842] En effet, il est préférable que les juges ordonnent une réparation en nature. Par exemple, imposer l'accès et l'utilisation effectifs des connaissances théoriques et supprimer les verrous. Une réparation pécuniaire peut venir s'ajouter mais, les fonds devraient être dédiés pour garantir le libre accès et la libre utilisation des connaissances théoriques.

[1843] Voir Dusollier, S., *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007, spé. p. 487.

[1844] Dusollier, S., *op. cit*., p. 489.

602. Une autorité indépendante représentant les tiers en justice. En plus d'un droit de recours au profit des bénéficiaires des exceptions, une autorité devrait être créée pour imposer et contrôler le respect de toutes les exceptions au droit d'auteur et dans le but final de garantir le principe de libre accès et de libre utilisation des connaissances théoriques. La loi de transposition française du 1er août 2006 proposait un mécanisme de médiation ou d'arbitrage qui s'avérait finalement limité[1845]. Aujourd'hui, cette mission pourrait être réalisée par la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet[1846]. L'article L. 331-31 du CPI dispose que cette Haute Autorité doit veiller à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires de certaines exceptions[1847]. Cette Haute Autorité serait alors tenue de contrôler le respect des exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique ainsi que de traiter les demandes individuelles des bénéficiaires des exceptions. À défaut de droit d'agir des utilisateurs, cette Haute Autorité devrait être compétente pour intenter une action en justice au nom des utilisateurs. L'article L. 331-3 du CPI prévoit d'ailleurs que la Haute Autorité peut être saisie par toute personne bénéficiaire des exceptions ou toute personne morale agréée qui la représente (associations de consommateurs). Néanmoins, A. Lucas et *al.,* concluent à un bilan décevant : « Saisie pour la première fois en 2016 d'une demande de règlement de différend concernant la mise en œuvre de l'exception en faveur des personnes handicapées (…) l'HADOPI a certes permis l'adoption d'une solution amiable mais il s'agit là de sa seule intervention dans ce cadre[1848]. »

603. Transition. Outre le droit d'auteur, c'est aussi dans le domaine du droit des brevets que les tiers devraient bénéficier d'actions garantissant l'exercice de leurs droits d'accès et d'utilisation des connaissances théoriques.

[1845] L'art. L. 331-7 du CPI (avant sa modification par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 - art. 2 et par la loi n°2009-1311 du 28 octobre 2009 - art. 12) prévoyait que : « Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à l'Autorité de régulation des mesures techniques de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité. » Aussi, l'art. L. 331-8 du CPI (avant les mêmes modifications) confiait à l'autorité le rôle de « veiller à ce que la mise en œuvre des mesures techniques de protection n'ait pas pour effet de priver les bénéficiaires de [certaines] exceptions. » Concernant particulièrement l'exception de copie privée, l'art. L. 331-9 du CPI prévoit la garantie de cette exception en matière de télévision numérique par le biais du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

[1846] La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet présente l'avantage d'être une autorité publique indépendante (art. L. 331-12 du CPI) et doit notamment assurer une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection (art. L. 331-13, 3° du CPI). La Haute Autorité serait alors compétente pour surveiller les dispositifs techniques lorsqu'ils sont incompatibles avec le bénéfice des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins et, si nécessaire, enjoindre une injonction de garantir le bénéfice des exceptions.

[1847] Une première critique peut être faite dans le sens où seulement certaines exceptions sont protégées contre les mesures techniques de protection, excluant notamment la citation, l'analyse, la revue de presse, la caricature, la parodie et le pastiche. Les exploitants sont alors libres d'aménager contractuellement ces exceptions et tout contournement est sanctionné.

[1848] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 926.

PARAGRAPHE II. LES ACTIONS DES TIERS EN DROIT DES BREVETS

604. Plan. Il sera d'abord étudié le droit de possession personnelle antérieure tel qu'il est classiquement présenté en droit de la propriété industrielle (A). Nous proposerons ensuite une conception renouvelée de ce droit de possession personnelle antérieure afin de garantir le principe de primauté du partage des connaissances théoriques sur toute protection juridique et donc pour défendre le libre accès et la libre utilisation de cette forme de connaissance (B).

A) Le droit de possession personnelle antérieure dans sa conception classique

605. Définition et conditions du droit de possession personnelle antérieure. Le droit de possession personnelle antérieure donne, en principe, le droit à une personne physique ou morale de poursuivre l'exploitation de l'invention en dépit d'une demande de brevet tierce. Cette limitation des droits de propriété industrielle, et plus particulièrement du droit exclusif d'exploitation, vise à autoriser des actes qui étaient réalisés légalement avant le dépôt ou la date de priorité du brevet. C'est l'article L. 613-7 du CPI[1849] qui prévoit ce droit en disposant que : « Toute personne qui, de bonne foi, à la date de dépôt ou de priorité d'un brevet, était, sur le territoire où le présent livre est applicable en possession de l'invention objet du brevet, a le droit, à titre personnel, d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet. ». À la lecture de cet article, plusieurs conditions doivent être respectées pour que le droit puisse s'exercer. En effet, la personne doit être de bonne foi, elle doit être physiquement sur le territoire où le livre du code s'applique, et elle doit être en possession de l'invention. D'abord, la condition relative à la possession de l'invention est interprétée largement puisqu'une possession simplement intellectuelle de l'invention suffit pour invoquer ce droit. Une réalisation matérielle de l'invention n'est alors pas forcément requise[1850]. Y. Dargier de Saint Vaulry ajoute que, même si le possesseur doit détenir tous les éléments de l'invention, il n'est pas nécessaire que le procédé ait donné lieu à une exploitation avant la date de la demande de brevet ni que l'invention possédée soit totalement identique à celle brevetée[1851]. Ensuite, concernant la

[1849] Loi n° 68-1 du 2 janvier 1968, art. 31 et loi n°96-1106 du 18 décembre 1996, art. 4.

[1850] Foyer, J., Vivant, M., *Le droit des brevets,* Thémis, 1991, p. 319 ; Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle,* 7ème éd., Dalloz, 2012, n° 509.

[1851] Il suffirait de se poser la question suivante pour reconnaître ou non le droit de possession personnelle antérieure : « si l'invention possédée avait été divulguée avant la prise de brevet, cette divulgation aurait-elle eu pour effet de rendre le brevet nul pour défaut de nouveauté ? Si la réponse est affirmative, c'est que la possession doit bien constituer l'exception. ». Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 85 et 87.

condition relative à la bonne foi, une personne est considérée de bonne foi lorsque la possession tient à ses propres connaissances acquises par ses propres recherches ou par des informations venant de tiers n'ayant pas usurpé lesdites connaissances. La bonne foi ne sera alors pas retenue si l'invention a fait l'objet d'une appropriation illicite ou que les connaissances ont été obtenues de manière déloyale[1852]. Enfin, par rapport à la condition territoriale, la personne souhaitant se prévaloir du droit de possession personnelle antérieure doit s'être trouvée en possession de l'invention sur le territoire français. Si la personne était en possession de l'invention hors du territoire où la demande de brevet a été faite alors aucun droit de possession personnelle antérieure ne pourra être invoqué[1853]. Cette condition se justifierait par l'absence de reconnaissance par la loi française des droits résultants d'un brevet étranger. La loi française ne devrait donc pas non plus reconnaître des droits nés à l'étranger sur la base d'une possession personnelle[1854]. Dans un rapport spécial de l'OMPI[1855], l'organisation a déclaré que cette condition territoriale existait dans de nombreux pays (France, Etats-Unis, Albanie, Allemagne, Australie, Croatie, Espagne, Japon, Pays-Bas) mais était toutefois inexistante dans d'autres (Canada, Chine, Italie, République dominicaine).

606. Une condition de territorialité peu pertinente à l'égard des savoirs. La condition relative à la territorialité semble cependant peu adaptée aux savoirs, et particulièrement aux connaissances théoriques qui ont vocation à ne pas connaître de frontières. Cette limitation territoriale pose la question de l'importance de la localisation géographique des savoirs. Selon J. Passa[1856], le lieu d'acquisition de la connaissance de l'invention importe peu. Ce qui est important est que la personne ait exercé ses activités ou une partie de ses activités en rapport avec l'invention brevetée sur le territoire national. Peu importe si le savoir a été acquis hors de France dès lors que le possesseur prouve qu'il a exercé une part de ses activités sur le territoire français[1857]. Cette conception n'est toutefois pas satisfaisante à propos des connaissances théoriques car, par exemple, si l'invention est brevetée en France, seulement les individus ayant exercé une part de leur activité en France pourraient bénéficier du droit de possession

[1852] TGI, Paris, 31 mai 2000, *Eidmann c. Strulik* ; CA Paris, 4ème ch. 11 janvier 2006, *Octapharma c. AETS, PIBD,* 2006 ; CA, Paris, 13 août 1931, *Etablissements Muller c. Masut*.

[1853] CA Paris, 4ème ch. 19 février 1986, *Polypak c. Parrochio, Annales,* 1987, p. 113.

[1854] Roubier, P., *Le droit de la Propriété Industrielle*, T. 2, Paris, 1954, p. 178, cité par Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 91.

[1855] OMPI, « Exceptions et limitations relatives aux droits de brevets : utilisation antérieure », Comité permanent du droit des brevets, 20ème session, Genève, SCP/20/6, 27 et 31 janvier 2014.

[1856] Passa, J., *Droit de la propriété industrielle,* T. 2, LGDJ, 2013, No. 512.

[1857] La jurisprudence considère notamment que la fabrication, la vente ou encore la concession de licence de savoir-faire entre un donneur de licence et un licencié avant la date de dépôt et de priorité du brevet sont des activités recevables.

personnelle antérieure. Or, le principe de libre accès et de libre utilisation des connaissances théoriques ainsi que leur qualification de « patrimoine commun de l'Humanité » ne sont pas respectés puisque seulement une faible partie des individus, et non l'humanité, pourront bénéficier de ce droit. Le problème concerne également les cas de « biopiraterie » à l'égard des communautés autochtones et locales. En effet, si un brevet est demandé par une entreprise française sur le territoire français par rapport à une invention issue d'un savoir créé par ces communautés hors de France et indument approprié, ces dernières ne pourraient pas invoquer le droit de possession personnelle antérieure car la condition territoriale fait défaut. Elles sont en possession intellectuelle de l'invention hors du territoire français et n'ont pas exercé d'activités sur le territoire français. Dans le même sens, Y. Dargier de Saint Vaulry souligne le manque de pertinence de cette condition car « un fait qui se produit à l'étranger peut parfaitement entraîner des conséquences juridiques en France [exception de possession personnelle], alors même que le titre délivré par l'Etat étranger afin de consacrer la situation créée par ce fait n'aurait aucun effet en France [pas de monopole opposable][1858]. » Cette condition territoriale par rapport au territoire national est donc sujette à de nombreuses critiques. Les fondements du droit de possession personnelle antérieure sont de protéger l'investissement industriel mais aussi de garantir la protection du droit moral de paternité. Or, dans le cas des communautés autochtones et locales en possession intellectuelle de l'invention avant la demande de brevet, leur droit de paternité est totalement ignoré. Aussi, F. Pollaud-Dulian[1859] s'interroge sur la conformité de la limitation territoriale elle-même car elle serait contraire à l'article 18 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne qui dispose que : « dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ». Ce traité prohibe les discriminations fondées sur la nationalité et prévoit que le Parlement européen et le Conseil peuvent « prendre toute réglementation en vue de l'interdiction de ces discriminations. »

607. L'opportunité d'un élargissement de la condition territoriale. Un élargissement géographique de la condition territoriale et une harmonisation de celle-ci seraient, par conséquent, les bienvenus car la condition dépend de chaque disposition nationale des Etats et la portée territoriale est fortement réduite. Avec l'accord relatif à une juridiction unifiée du

[1858] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 91.
[1859] Pollaud-Dulian, F., *La propriété industrielle,* Economica, 2011, No. 343.

brevet 19 février 2013[1860], un espoir d'harmonisation était envisagé au niveau européen, mais l'accord a finalement repris l'interprétation restrictive de la portée territoriale à son article 28 :

> « Quiconque, dans le cas où un brevet national a été délivré pour une invention, aurait acquis, dans un Etat membre contractant, un droit fondé sur une utilisation antérieure de cette invention ou un droit de possession personnelle sur cette invention jouit, dans cet Etat membre contractant, des mêmes droits à l'égard du brevet ayant cette invention pour objet. »

Or, le droit de possession personnelle antérieure devrait avoir une portée territoriale plus étendue que la portée nationale actuelle. Selon l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle[1861] (AIPPI), ce droit pourrait avoir une portée territoriale analogue à celle du brevet, au moins au niveau de l'Union européenne, au nom des principes de libre circulation des biens et de l'interdiction de tout type de discrimination. Un usage antérieur acquis sur un pays membre de l'Union européenne pourrait ainsi produire ses effets sur le territoire de tous les Etats membres. Une portée territoriale au niveau international semblerait, par ailleurs, bénéfique concernant les inventions incorporant des connaissances théoriques. Le droit de possession personnelle antérieure s'exercerait dans tous les Etats où le brevet produit ses effets. Cette portée territoriale plus large est tout à fait réalisable puisqu'aux Philippines, l'utilisateur antérieur a le droit de poursuivre son utilisation « sur le territoire sur lequel le brevet produit ses effets[1862] ». Une telle conception de la portée internationale du droit de possession personnelle ne serait toutefois pas encore satisfaisante pour une invention incorporant des connaissances théoriques. L'effet du droit de possession personnelle antérieure sera simplement de laisser libres certaines personnes spécifiques d'exploiter l'invention et les connaissances incluses. Ainsi, ce ne serait pas l'humanité mais seulement un nombre restreint de personnes, voire au mieux les citoyens d'un Etat où le brevet a été demandé, qui pourront revendiquer les droits d'accès et d'utilisation aux connaissances théoriques. Or, il n'est pas admissible que le principe de partage des connaissances théoriques soit dépendant du lieu d'une demande de brevet.

[1860] Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, 19 février 2013, Bruxelles, 2013/C175/01. Cet accord institue une juridiction commune pour le règlement des litiges liés aux brevets européens et aux brevets européens à effet unitaire (brevets européens délivrés sur la base d'une seule demande et qui protègent une invention dans l'ensemble des pays où s'applique l'accord).

[1861] AIPPI, « Droits des utilisateurs antérieurs », *Comité Spécial Q228 Brevets,* 23 avril 2014.

[1862] OMPI, « Exceptions et limitations relatives aux droits de brevets : utilisation antérieure », Comité permanent du droit des brevets, 20ème session, Genève, SCP/20/6, 27 et 31 janvier 2014, spé. p. 12.

608. Un droit de possession personnelle antérieure inefficace pour lutter contre l'appropriation indue. Outre la portée insatisfaisante du droit de possession personnelle antérieure, ce sont également ses effets qui semblent être limités. Ce droit n'aura pas pour effet d'annuler le brevet issu d'une appropriation illicite des savoirs, notamment dans les cas de « biopiraterie »[1863]. Il aura simplement pour effet de contourner le droit exclusif de l'inventeur. F. Magnin[1864] souligne, de plus, que la protection par le droit de possession personnelle antérieure ne vise que le cas précis où des tiers opposent un brevet et non tous les cas d'usurpation des savoirs. Le droit de possession personnelle antérieure aurait alors peu d'intérêt pour lutter contre l'appropriation indue.

609. Transition. La conception classique du droit de possession personnelle antérieure étant limitée dans sa portée et ses effets, il convient de réfléchir à une conception renouvelée de ce droit pour garantir le libre accès et la libre utilisation à tous des connaissances théoriques ainsi que pour lutter contre leur appropriation indue.

B) La conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure

610. Un droit antérieur pour garantir l'accès et le partage des connaissances théoriques. La reconnaissance de droits antérieurs[1865], tels que le droit de possession personnelle antérieure, pourrait être utile pour protéger et partager les connaissances théoriques elles-mêmes. Il conviendrait alors de reconnaître à tout individu dans le monde entier un droit de possession personnelle antérieure à l'égard des connaissances théoriques. Le droit aurait pour effet de permettre à toute personne de poursuivre l'exploitation des connaissances théoriques en dépit d'une demande de brevet, et d'empêcher le titulaire du brevet d'invoquer son droit d'interdiction. Même si le brevet n'est pas en soi révoqué, il perd indéniablement de son intérêt car tous les individus seraient présumés être en possession des connaissances théoriques. Comme le souligne Y. Dargier de Saint Vaulry : « Si donc, avant la prise de brevet, vingt personnes sont en possession sans fraude de l'invention, le breveté ultérieur pourra se voir

[1863] Nous verrons dans le prochain titre que les communautés autochtones et locales devraient bénéficier, dans certaines circonstances, d'un régime spécifique pour protéger leurs connaissances aussi bien théoriques que pratiques. Or, une telle conception du droit de possession personnelle antérieure serait en contradiction avec ce régime puisqu'elle empêche de lutter contre l'appropriation illicite.

[1864] Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 194.

[1865] La question de la reconnaissance de droits antérieurs acquis par des tiers fait partie des questions non résolues ou en suspens de l'OMPI. Voir « Liste indicative des questions non résolues ou en suspens à traiter ou à régler », 34ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/34/7, 12-16 juin 2017.

vingt fois objecter valablement l'exception de possession personnelle[1866]. » Nous pouvons alors étendre ce constat, non pas pour vingt personnes, mais pour l'humanité. Dans le même sens, C. Le Stanc souligne la large portée relative aux personnes concernées lorsque l'article L. 613-7 du CPI dispose que « toute personne » peut bénéficier de ce droit et non seulement le premier inventeur devancé dans le dépôt par un demandeur plus diligent[1867]. Ce droit de possession personnelle antérieure renouvelé rendrait alors inopérant tout droit exclusif de l'inventeur sur les connaissances théoriques. Un tel droit semblerait, par ailleurs, pouvoir être utilisé à l'égard des connaissances pratiques. C'est notamment l'opinion de F. Magnin[1868]. La limite soulignée par l'auteur est que le savoir-faire doit toutefois lui-même être brevetable, ce qui n'est pas toujours le cas. Néanmoins, même si le savoir n'est pas brevetable, ce qui est d'ailleurs plus probable pour les connaissances théoriques que pour les connaissances pratiques, il doit être souligné que l'invention est toujours issue d'un savoir préalable. Le brevet protège alors indirectement les savoirs de toute utilisation par les tiers. Il est donc légitime que ces derniers puissent avoir un droit pour leur garantir la continuité de l'utilisation des savoirs, et particulièrement des connaissances théoriques. Il pourrait néanmoins être opposé à cette conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure que, pour qu'un tel droit soit attribué, le tiers doit avoir gardé secrète l'invention, ce qui n'est pas le cas ici car les individus ont simplement utilisé les connaissances théoriques qui étaient librement disponibles sans avoir pour volonté de les rendre secrètes. La notion de secret ne semble cependant pas être une condition obligatoire pour exercer le droit de possession personnelle antérieure. Le simple fait que les tiers n'aient pas demandé de brevet et utilisent le savoir antérieurement à la demande de brevet suffirait pour invoquer ce droit. Aussi, les autres conditions relatives au droit de possession personnelle antérieure sont bien respectées. La condition relative à la possession accueille aussi bien la possession intellectuelle que matérielle de l'invention. Quant à la condition relative à la bonne foi, elle est bien remplie puisque les tiers n'ont pas usurpé les connaissances théoriques dans la mesure où elles font partie du patrimoine commun de l'Humanité. En conséquence, la conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure s'avère prometteuse pour garantir à tous le libre accès et la libre utilisation des connaissances théoriques.

[1866] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 90.

[1867] Le Stanc, C., « La réservation du Know How par le droit de possession personnelle antérieure », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, spé. p. 113.

[1868] Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 192.

611. Une conception renouvelée garantissant les fondements du droit de possession personnelle antérieure. La conception renouvelée répondrait, en outre, aux fondements du droit de possession personnelle antérieure. Un tel droit est d'abord justifié pour stimuler la créativité. Le rapport spécial de l'OMPI[1869] explique qu'en France, mais aussi dans de nombreux autres Etats, le maintien et la promotion de la créativité est un objectif commun[1870]. En permettant à tous les individus de disposer du droit de possession personnelle antérieure pour utiliser les connaissances théoriques issues de l'invention protégée par le brevet, la conception renouvelée du droit répond alors à cet objectif commun puisqu'elle garantit le progrès des sciences, le développement de l'innovation, ou encore la création de nouveaux savoirs. Ensuite, le second fondement du droit de possession personnelle antérieure souligné par l'OMPI est un objectif de politique publique. Le but est de définir un équilibre entre les droits des titulaires de brevets et les utilisateurs antérieurs. La conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure assurerait aux tiers l'utilisation continue des connaissances théoriques, ce qui répondrait, par conséquent, aux « intérêts légitimes des tiers »[1871].

612. Une reconnaissance du droit de possession personnelle antérieure potentiellement internationale. La conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure protégerait ainsi toute personne contre le verrouillage des connaissances théoriques par les brevets dès lors qu'une utilisation antérieure est prouvée. La plupart des pays reconnaissent la limitation du droit exclusif d'exploitation du titulaire du brevet en cas d'utilisation antérieure des tiers. Nous pouvons retenir les législations de l'Albanie[1872], de l'Autriche[1873], de la République-tchèque[1874] qui disposent qu' « un brevet n'a aucun effet sur les personnes » qui

[1869] OMPI, « Exceptions et limitations relatives aux droits de brevets : utilisation antérieure », Comité permanent du droit des brevets, 20ème session, Genève, SCP/20/6, 27 et 31 janvier 2014.

[1870] Par exemple, au Pakistan, l'exception au titre de l'utilisation antérieure a été prévue pour « stimuler la créativité, la recherche et le développement technologique ». Dans le même sens, la Fédération de Russie déclare que : « l'utilisation antérieure vise généralement à stimuler la créativité des personnes qui, pour une raison ou une autre, n'ont pas été en mesure de breveter les résultats de leurs travaux techniques au moment opportun ». Voir OMPI, *ibid*., p. 4. De même, le Sri Lanka déclare que ce droit consiste à « promouvoir la créativité nationale, attirer les investissements, promouvoir le commerce, protéger les intérêts des consommateurs et intégrer l'économie nationale dans l'environnement économique mondial fondé sur le savoir. » Voir OMPI, *ibid*., p. 5.

[1871] L'Etat chinois explique que le droit de possession personnelle antérieure permet de garantir aux individus l'exploitation de leurs propres réalisations intellectuelles même si elles n'ont pas déposé de demande de brevet au préalable. De même, l'Australie considère que : « la délivrance d'un brevet ne doit pas empêcher une partie de continuer à faire ce qu'elle faisait avant que le brevet soit délivré. » Voir OMPI, *ibid*., p. 2.

[1872] Art. 43 de la loi n° 9947 du 7 juillet 2008 de l'Albanie.

[1873] Art. 23 de la loi de l'Autriche sur les brevets.

[1874] Art. 27 de la loi de la République tchèque sur les brevets.

ont utilisé l'invention avant la date de dépôt. Le Portugal[1875] considère aussi que le brevet n'est pas « opposable » et la Chine[1876] déclare que l'utilisation par les tiers n'est pas « constitutive d'une atteinte au droit de brevet ». Grâce à la conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure, toute personne serait présumée avoir utilisé antérieurement les connaissances théoriques. Toute personne détiendrait donc un droit de possession antérieure sur ces connaissances et pourrait les utiliser librement. L'article L. 613-7 du CPI semble même autoriser l'utilisation de l'invention à des fins lucratives car il dispose que les tiers ont « le droit, à titre personnel, d'exploiter l'invention malgré l'existence du brevet ». Le bénéficiaire peut réaliser tous les actes d'exploitation (notamment l'utilisation, la fabrication et la mise dans le commerce) en principe soumis à autorisation par l'article L. 613-3 du CPI. Cependant, ce droit d'exploitation à des fins lucratives de l'invention par les tiers ne devrait pas s'étendre aux connaissances théoriques ayant permis d'aboutir à l'invention car ce serait contredire leur qualification de « patrimoine commun de l'Humanité ».

613. La lutte contre l'appropriation indue des savoirs par le renforcement de la condition de bonne foi. La conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure devrait, ensuite, avoir pour but de protéger les savoirs contre l'appropriation indue, et particulièrement ceux des communautés autochtones et locales. Dès lors, la possession des savoirs ne devrait pas être prise en compte selon le lieu d'exercice des activités en rapport avec l'invention brevetée car cela a pour effet d'encourager, ou du moins de négliger, l'appropriation indue des savoirs. Pour que leur soit reconnu un droit de possession personnelle, il suffirait que les individus usurpent un savoir à l'étranger et retournent exercer leurs activités sur leur territoire national où le brevet produit ses effets. Or, une telle approche de la condition de territorialité est en contradiction avec la condition de bonne foi. Rappelons qu'un individu est dit de bonne foi lorsque la possession tient à ses propres connaissances acquises par ses propres recherches ou par des informations venant de tiers n'ayant pas usurpé lesdites connaissances. Ainsi, comment la condition territoriale peut admettre l'appropriation indue des savoirs, d'un côté, et la condition de bonne foi interdire l'appropriation indue, d'un autre côté ? Une conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure ne devrait donc pas imposer de condition territoriale et devrait renforcer la condition de bonne foi en vérifiant, lorsque des connaissances des communautés autochtones et locales sont concernées, si les

[1875] Art. 104 du Code de propriété industrielle du Portugal.

[1876] Art. 69 de la loi de la Chine sur les brevets.

individus jouissant d'un droit de possession personnelle antérieure ne se sont pas appropriés indument les savoirs. Toutefois, même une conception renouvelée ne sera pas pleinement satisfaisante pour lutter contre l'appropriation indue car ce sera seulement au niveau des tiers possesseurs que le droit de possession personnelle antérieure viendra condamner l'appropriation indue et non au niveau de celui qui a fait la demande de brevet. Pour ce dernier, le droit de possession personnelle antérieure aura seulement pour effet de contourner son droit exclusif. D'autres voies seraient cependant à explorer, en particulier la révocation du brevet. Par exemple, la législation néo-zélandaise[1877] considère qu'une utilisation secrète d'une invention avant la délivrance du brevet peut constituer un motif de révocation du brevet. Si les communautés autochtones et locales détenaient, par exemple, un savoir secret qui a été révélé illicitement et approprié indument, alors la révocation du brevet issu de ce savoir pourrait être réalisable. En conséquence, la conception du droit de possession personnelle antérieure, même renouvelée, n'est pas suffisamment protectrice à elle seule pour lutter contre l'appropriation indue des savoirs, et particulièrement contre les cas de « biopiraterie ». C'est pourquoi il s'avère nécessaire de reconnaître un régime spécifique protégeant les savoirs des communautés autochtones et locales contre leur exclosure[1878].

[1877] Art. 41.1 de la loi de 1953 de la Nouvelle-Zélande sur les brevets.

[1878] C'est ce que nous étudierons dans le prochain titre au sein de la section II du chapitre I.

CONCLUSION DE LA SECTION II

614. La reconnaissance d'une protection positive du libre accès et de la libre utilisation des connaissances théoriques. En cas de non-respect du principe de primauté du partage des connaissances théoriques sur toute protection juridique, les tiers devraient bénéficier d'actions, aussi bien en matière de droit d'auteur qu'en matière de droit des brevets, pour assurer l'exercice de leurs droits d'accès et d'utilisation.

615. Les actions des tiers en droit d'auteur. En droit d'auteur, les actions consistent à créer des droits d'accès et d'utilisation au sein du régime *sui generis* du producteur de bases de données ainsi que dans le domaine des mesures techniques de protection. Ces derniers ont pour effet de créer indirectement un monopole sur l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques. Or, le droit d'auteur a initialement été conçu pour que le titulaire de droits maîtrise uniquement l'exploitation de l'œuvre dans sa forme matérielle et non l'accès au contenu intellectuel. Par conséquent, comme les connaissances théoriques font partie du « patrimoine commun de l'Humanité » et donc du régime des « communs », il est légitime qu'un faisceau de droits soit reconnu, et notamment des droits d'accès et d'utilisation, au bénéfice des utilisateurs. Ces droits ne sont pas forcément à créer *ab initio*. En effet, les exceptions au droit d'auteur se concrétisent par des droits d'accès et d'utilisation délivrés aux tiers pour librement accéder et utiliser un élément en principe protégé par le droit d'auteur. En l'état actuel du droit, les exceptions au droit d'auteur ne jouissent cependant d'aucune protection et sont contournées par le biais des contrats et du triple test. En s'inspirant du droit belge antérieur à 2001, la reconnaissance d'un statut impératif ou d'ordre public des exceptions permettrait de protéger les droits d'accès et d'utilisation des connaissances théoriques quel que soit le mode de diffusion des œuvres ainsi que d'empêcher aux dispositions anti-contournement de sanctionner un acte autorisé par la loi. Bien que la directive DADVSI du 22 mai 2001 ne reconnaisse pas un statut impératif ou d'ordre public à ces exceptions, elle laisse une marge d'appréciation aux Etats et impose d'établir un équilibre entre mesures techniques et exceptions au droit d'auteur (art. 6.4). Il serait, en outre, intéressant de s'inspirer du système « ouvert » relatif au *fair use* américain. Celui-ci offre une souplesse dans l'interprétation des exceptions selon les situations et non en se référant uniquement aux exceptions inscrites dans la loi. Il pourrait notamment être prévu que les utilisations relèvent des exceptions au droit d'auteur lorsqu'elles concernent des connaissances théoriques. Enfin, en s'inspirant des législations allemande et belge, les utilisateurs devraient détenir un droit de recours lorsque l'exercice des exceptions au droit

d'auteur est empêché et conséquemment en cas de violation du principe de primauté du partage des connaissances théoriques.

616. Les actions des tiers en droit des brevets. En droit des brevets, le droit de possession personnelle antérieure pourrait être invoqué dans la mesure où il assure l'accès et l'utilisation des tiers à une invention en dépit d'une demande de brevet tierce. Un élargissement et une harmonisation de la condition territoriale semblent cependant nécessaires en raison de la nature universelle des connaissances théoriques. Un tel droit devrait, en effet, s'exercer dans tous les Etats où le brevet produit ses effets et non seulement dans l'Etat où la demande de brevet a été faite et où les activités en rapport avec l'invention brevetée ont été réalisées. Mais encore, une conception renouvelée d'un tel droit serait opportune pour garantir le principe de primauté du partage des connaissances théoriques. En premier lieu, tous les individus devraient être présumés de bonne foi et en possession intellectuelle des connaissances théoriques avant la demande de brevet. En second lieu, la conception renouvelée doit protéger les savoirs contre l'appropriation indue, en particulier à l'égard des communautés autochtones et locales. Pour que seuls les membres de la communauté concernée soit en droit d'accéder et d'utiliser librement le savoir indirectement breveté, il semblerait alors légitime d'identifier ceux possédant antérieurement le savoir, non pas par rapport à la condition territoriale, mais uniquement par rapport à la condition de bonne foi. Concernant le demandeur du brevet, il devrait être sanctionné par la révocation du brevet lorsqu'il a révélé illicitement et s'est approprié indument un savoir.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

617. Le rejet des qualifications de « chose commune » ou de « bien public mondial » des connaissances théoriques. Les connaissances théoriques, en ce qu'elles présentent une nature universelle et impersonnelle, doivent être d'un accès et d'une utilisation libres et donc suivre le principe de primauté du partage sur toute protection juridique exclusive. Cette inclusion forcée doit se fonder sur une qualification juridique. Bien que celle de « chose commune » garantit l'absence d'appropriation et l'usage commun à tous, elle est limitée par le manque de protection contre les réappropriations privatives et exclusives, par sa portée géographique restreinte ainsi que par l'absence de gestion des droits des tiers. Le concept économique de « bien public mondial » n'apporte, quant à lui, aucune protection contre les « passagers clandestins » et la coordination internationale, principalement la mission des Etats, est sujette aux rapports de force et aux intérêts divergents. Le concept économique lui-même de « bien public mondial » est, par ailleurs, remis en cause par les juristes.

618. La pertinence de la qualification de « patrimoine commun ». Les connaissances théoriques devraient, en revanche, être qualifiées de « patrimoine commun de l'Humanité » et donc entrer dans la catégorie des « communs ». Puisque cette qualification a été conçue par des accords internationaux, elle offre une portée internationale recherchée pour ces connaissances par nature universelles. Ces connaissances répondent, de plus, à la condition du « patrimoine commun » en ce qu'elles présentent indéniablement un intérêt pour l'humanité. Cette qualification justifie alors un partage durable et équitable dépassant la personne publique. Elle confère aussi une gestion rationnelle des droits d'accès et d'utilisation des tiers pour garantir un partage collectif, durable et équitable des connaissances théoriques et donc leur conservation, sauvegarde et transmission aux générations futures.

619. Les solutions annihilant les limites du « patrimoine commun ». Au regard des différentes limites du « patrimoine commun », une protection positive semble opportune. Des organisations internationales indépendantes, telles que le conseil de tutelle mondiale des Nations unies, devraient agir au nom et pour le compte de l'humanité et indépendamment des Etats. La conservation ne doit, par ailleurs, pas être le seul objectif mais aussi la création et la transmission aux générations futures d'un tel patrimoine. Des contrôles effectués par une organisation internationale indépendante, en lien étroit avec les offices de brevets, doivent, en

outre, être prévus régulièrement pour sanctionner les comportements illicites. Lorsque l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques sont empêchés, il apparaît nécessaire de prévoir des actions à l'égard des tiers, sauf lorsque ces connaissances sont détenues par des communautés autochtones et locales ayant légitimement choisi une forme de protection exclusive pour lutter contre l'exclosure de leurs savoirs « traditionnels ».

620. La reconnaissance de droits au bénéfice des tiers en droit d'auteur. Au sein du droit d'auteur, ce sont particulièrement le droit *sui generis* du producteur de bases de données et les mesures techniques de protection qui portent atteinte au principe des connaissances théoriques. Les tiers devraient alors bénéficier de droits pour utiliser le contenu d'une base de données ou encore pour contourner une mesure technique de protection. Les tiers pourraient utiliser les exceptions déjà prévues en droit d'auteur. Ces exceptions manquent toutefois actuellement d'une protection juridique de sorte qu'un statut impératif ou d'ordre public apparaît opportun pour garantir leur exercice. Un droit d'agir en justice devrait, de surcroît, être reconnu au bénéfice des utilisateurs lorsque l'exercice des exceptions est empêché et des contrôles devraient être régulièrement établis par une autorité spécifique indépendante pour vérifier que l'exercice des exceptions est respecté.

621. La reconnaissance de droits au bénéfice des tiers en droit des brevets. En droit des brevets, une conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure semble intéressante pour garantir l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques à toute personne en dépit d'un dépôt de brevet. La conception serait renouvelée car un élargissement et une harmonisation de la condition territoriale seraient établis pour que toute personne soit présumée de bonne foi en possession antérieure des connaissances. La conception renouvelée semble néanmoins insuffisante pour lutter contre l'appropriation indue des savoirs dont sont particulièrement victimes les communautés autochtones et locales. La sanction par la révocation du brevet devrait donc être imposée dès lors que l'invention est issue d'un savoir révélé et approprié indument. Les personnes possédant antérieurement la connaissance devraient, en outre, être restreintes par la condition de bonne foi et donc empêchées d'exercer le droit de possession personnelle antérieure lorsqu'elles ont usurpé les savoirs.

622. Transition. Puisque le partage impératif et sécurisé des connaissances théoriques a été étudié, il convient désormais de se pencher sur le partage éventuel des connaissances pratiques (chapitre II).

CHAPITRE II

L'INCLUSION VOLONTAIRE DES CONNAISSANCES PRATIQUES : LE PRINCIPE DU LIBRE ARBITRE DU DETENTEUR DANS LE CHOIX D'UNE PROTECTION INCLUSIVE OU EXCLUSIVE

623. Définition des connaissances pratiques et légitimité d'une protection juridique. Lorsque nous étudierons les connaissances pratiques tout au long de ce chapitre, il sera également fait mention des « savoir-faire », considérés comme synonymes. Le terme français de « savoir-faire » correspond aussi à l'expression anglaise de « *know-how* »[1879]. L'ensemble de ces notions visent le même objectif, optimiser des résultats par différentes manières : formule d'un mélange, procédé de fabrication, choix des matières premières, des températures optimales, des meilleures conditions de fabrication[1880]. Le détenteur de telles connaissances devrait bénéficier du choix entre une protection inclusive ou exclusive[1881]. Ce choix est tout à fait envisageable, comme le prévoit déjà la loi de 2016[1882] à l'égard des chercheurs. Il est alors prévu une exception au droit exclusif de l'éditeur[1883]. V.L. Benabou expose que c'est un mécanisme d'option laissé à la discrétion de l'auteur et non un mécanisme d'*open access* obligatoire[1884]. La disposition présente un caractère d'ordre public[1885] sécurisant l'auteur contre toute pression de l'éditeur voulant le dissuader de choisir une publication en *open access,* notamment par des clauses dans le contrat. Selon C. Caron, cette exception vient concurrencer directement l'exploitation en accomplissant un acte normalement réservé exclusivement au

---

[1879] L'origine du *know how est* anglo-saxonne et vient de l'abréviation de l'expression « *know how to do it* ». Par la suite, le terme sera utilisé en France, à partir des années 1960, surtout dans le domaine de la propriété industrielle. Voir Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how »* en droit américain, Université de Lausanne, 1974, spé. p. 10.

[1880] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, p. 711.

[1881] La protection inclusive des savoirs a été développée dans la première partie de la thèse (titre II, chapitre II). Le présent chapitre sera consacré au choix d'une protection exclusive des connaissances pratiques.

[1882] Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235 du 8 octobre 2016. Les chercheurs, financés partiellement ou entièrement par des fonds publics, bénéficient désormais d'un droit de diffuser et de laisser les tiers accéder gratuitement à leurs articles après une courte période d'embargo de 6 à 12 mois quel que soit le contrat conclu entre le chercheur et l'éditeur.

[1883] Effectivement, au sein du chapitre II intitulé « Economie du savoir », l'art. 30 (désormais codifié à l'art. L. 533-4, I du Code de la recherche) prévoit de garantir un libre accès aux publications scientifiques de la recherche publique en reconnaissant un droit de mettre à disposition gratuitement dans un format ouvert, par voie numérique, la version finale d'un manuscrit acceptée pour publication, dès lors que l'éditeur met lui-même celle-ci gratuitement à disposition par voie numérique ou, à défaut, à l'expiration d'un délai courant à compter de la date de la première publication. Aussi, le second alinéa de l'article prévoit la libre réutilisation des données issue d'une activité de recherche.

[1884] Benabou, V.L., « La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT,* 2016, p. 531.

[1885] Selon l'art. 30. IV : « Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite. »

titulaire des droits patrimoniaux[1886]. Des plateformes de design *open* source se sont également développées dans le but de partager un savoir-faire[1887]. Néanmoins, le détenteur de connaissances pratiques peut aussi souhaiter établir une protection exclusive. Comme le souligne Y. Dargier de Saint Vaulry, le droit a pour mission d'assurer la protection de tout élément à valeur patrimoniale pourvu qu'il n'ait pas de caractère illicite[1888]. Les connaissances pratiques sont indéniablement dotées d'une valeur économique et patrimoniale et ne sont pas en soi illicites. Les connaissances pratiques sont en effet recherchées par les tiers pour leur capacité à faire gagner du temps et de l'argent : « Le savoir-faire consiste finalement en un ensemble d'informations pour la connaissance desquelles une personne, désireuse de faire des économies d'argent et de temps, est prête à payer une certaine somme.[1889] » Une protection juridique exclusive apparaît donc légitime dans la mesure où la nature de cette forme de connaissance est bien plus personnelle, colorée *d'intuitu personae*, par rapport aux connaissances théoriques.

624. La diversité des régimes juridiques de protection exclusive des connaissances pratiques. Comme cette forme de connaissance est relativement récente[1890] et issue de la pratique, des difficultés apparaissent pour trouver ou construire un régime de protection juridique précis. F. Dessemontet expose que : « Il faut admettre que le savoir-faire est une réalité hybride et mouvante, parce qu'il est enfant de la pratique, et que les hommes d'affaires ne s'embarrassent pas de catégories juridiques. Cela retarde sans doute sa protection légale, ou plutôt la rend plus confuse. Mais il vaut mieux reconnaître l'obstacle que le nier[1891]. » J. Azéma et J.C. Galloux exposent d'ailleurs que : « Le droit positif actuel permet de considérer que l'atteinte portée au savoir-faire doit être sanctionnée de manière similaire à l'atteinte portée à un droit intellectuel[1892]. » Puisque la protection exclusive des connaissances pratiques a été

[1886] C. Caron ajoute que l'éditeur a toujours la possibilité d'exploiter l'œuvre après que l'auteur ait décidé de la mettre gratuitement à la disposition de tous en version numérique. Mais, cette mise à disposition gratuite risque de perturber l'exploitation de l'œuvre par l'éditeur. Voir Caron, C., « République numérique rime avec exceptions et limitations au droit d'auteur », *Communication Commerce électronique, LexisNexis,* No. 11, 2016, p. 28.

[1887] A. Chaigneau donne l'exemple du réseau *Open Source Ecology* rassemblant des ingénieurs et des agriculteurs pour mutualiser la fabrication et l'usage des machines industrielles (les éoliennes, par exemple). Voir Chaigneau, A., « L'entreprise collaborative à la recherche d'une raison sociale », *in* Parachkénova, I., Teller, M., (dir.), *Quelles régulations pour l'économie collaborative ?*, Dalloz, 2018, pp. 89-102, spé. p. 94.

[1888] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 7.

[1889] Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 711.

[1890] Le savoir-faire est une « notion juridique relativement récente bien que sa réalité soit aussi ancienne que le monde. » Voir Le Tourneau, P., « Les contrats de franchisage », *Litec*, No. 547, 2003, cité par Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 708.

[1891] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 50.

[1892] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, p. 709.

majoritairement construite par la pratique[1893], la difficulté est qu'il n'existe pas un seul régime de protection mais une diversité des régimes juridiques[1894]. Certains régimes, les droits de propriété intellectuelle en particulier, permettent au détenteur de détenir un droit privatif tandis que d'autres, tels que le régime du secret, n'offrent qu'une simple réservation en dehors de toute appropriation. Il apparaît alors nécessaire d'analyser l'ensemble des régimes juridiques existants pour déterminer lequel semble plus propice à garantir une protection exclusive efficace et adaptée aux connaissances pratiques. Par ailleurs, en raison de l'enjeu que peut représenter cette forme de connaissance, notamment en matière pharmaceutique, mais aussi pour d'autres raisons et circonstances légitimes, il est nécessaire de prévoir des moyens propres à garantir un partage imposé aux détenteurs pour certaines connaissances pratiques.

625. Plan. Avant de se pencher sur les différents choix à la disposition du détenteur pour protéger ses connaissances pratiques de façon exclusive : le secret (section II) ou les droits de propriété intellectuelle (section III), nous définirons les connaissances pratiques protégeables et celles qui doivent être exclues de toute protection exclusive (section I).

- Section I. Délimitation des connaissances pratiques protégeables par une logique d'exclusion.
- Section II. Le choix du secret.
- Section III. Le choix des droits de propriété intellectuelle.

[1893] Déjà à l'époque de Beaumarchais, le savoir-faire semble se distinguer du simple savoir en termes économiques : « Je commençais à comprendre que, pour gagner du bien, le savoir-faire vaut mieux que le savoir. » Voir Beaumarchais, *Le mariage de Figaro*, Acte V, scène III, No. 75, 1784.

[1894] F. Dessemontet critique cette large protection car cela amènerait à protéger « tout et n'importe quoi car les industriels ont coutume de prendre des mesures de sécurité pour toutes leurs techniques et évaluent très inexactement la vraie originalité de leur savoir. » Voir Dessemontet, F., *op. cit*., p 103. N. Bouche expose aussi que l'arsenal juridique pour la protection du savoir-faire est trop éclaté et apparaît non exempt de lacunes. Voir Bouche, N., « La protection du savoir-faire », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution,* 2015, p. 346.

SECTION I

Délimitation des connaissances pratiques protégeables par une logique d'exclusion

626. Plan. Qu'il s'agisse de connaissances pratiques, de savoir-faire ou de *know-how,* une délimitation de ces derniers est nécessaire pour envisager une protection exclusive. Les connaissances pratiques doivent répondre à différents critères pour pouvoir être protégées exclusivement (paragraphe I). Des exceptions devraient cependant être prévues lorsque les connaissances pratiques présentent une certaine qualité ou suscitent des utilisations particulières (paragraphe II). Toutes les connaissances pratiques ne peuvent alors pas faire l'objet d'une protection exclusive par la décision de leur détenteur, soit parce qu'elles ne répondent pas aux critères soit parce qu'elles sont soumises à des exceptions.

PARAGRAPHE I. LES CRITERES DE DEFINITION DES CONNAISSANCES PRATIQUES

627. Plan. Exiger l'établissement de caractéristiques à l'égard des connaissances pratiques apparaît justifié pour délimiter celles protégeables et réservables par une forme de protection exclusive. À défaut, toutes les connaissances pratiques seraient protégeables exclusivement, ce qui irait à l'encontre du progrès et de la recherche. Comme le souligne F. Dessemontet : « La société n'a pas à instituer cette sorte de monopole pour n'importe quelles techniques et informations (…). Il est donc essentiel de limiter le savoir-faire protégé à certaines informations[1895]. » Les connaissances pratiques devraient alors être secrètes et dotées d'une valeur (A) mais elles doivent aussi être substantielles, identifiables et transmissibles (B).

A) <u>Des connaissances pratiques secrètes et dotées d'une valeur</u>

628. Plan. Il convient de vérifier si le caractère secret (1) et la valeur (2) des connaissances pratiques relèvent de leur nature-même ou bien si ces critères sont uniquement nécessaires pour pouvoir jouir d'une protection juridique.

[1895] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 42.

1) Le secret comme essence des connaissances pratiques ?

629. La reconnaissance constante du critère du secret à l'égard des connaissances pratiques. Parmi les diverses définitions des connaissances pratiques, la doctrine et la jurisprudence convergent par rapport au critère du secret. Les connaissances pratiques tireraient en effet leur valeur d'un certain degré de secret. Un tel critère n'est pas une nouveauté, comme le souligne F. Savignon, ancien directeur de l'INPI : « Je crois que la réalité de la transmission de la connaissance secrète ayant une valeur économique remonte probablement à la préhistoire. (…) et ce que nous appelons le savoir-faire est la forme moderne d'un concept extrêmement ancien, mais qui a pris une dimension tout à fait nouvelle dans cette société contemporaine[1896]. » Que ce soit le savoir-faire ou son caractère secret, ils sont donc déjà reconnus depuis très longtemps dans la pratique. Le droit les reconnaît juridiquement, notamment dans de nombreux règlements et directives communautaires qui définissent le savoir-faire comme « un ensemble d'informations pratiques, résultant de l'expérience et testées, qui est secret (…) substantiel (…) et identifié (…)[1897] ». Aussi, la Chambre de commerce internationale rapproche le *know-how* du secret en soulignant : « Une innovation pour laquelle l'inventeur préfère le secret est connue sous le nom de *know-how* ou de secret des affaires[1898] ».

630. Le secret comme essence des connaissances pratiques ? Ce critère du secret apparaît alors comme l'essence des connaissances pratiques. Selon J.J. Burst et R. Kovar : « Le caractère secret de la connaissance constitue la caractéristique essentielle du savoir-faire[1899]. » N. Binctin souligne aussi que : « Le savoir-faire est susceptible d'appropriation, mais l'appropriation est conditionnée à la conservation du secret[1900]. » La doctrine a longtemps assimilé le savoir-faire au secret de fabrique. Une telle interprétation reviendrait cependant à considérer qu'une connaissance pratique non secrète ne devrait pas être définie comme un savoir-faire, ce qui est

[1896] Bonassies, P., « La commercialisation du Know How dans le Marché Commun », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 199, spé. p. 223.

[1897] Voir notamment la Directive n° 4087/88 du 30 novembre 1988, Règlement européen n° 772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie ; Directive (UE) n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

[1898] [Notre traduction] « An innovation that the inventor prefers to keep secret is known as know-how or a trade secret. » Voir ICC, « The ICC Intellectual Property Roadmap : current and emerging issues for business and policymakers », 13ème éd., 2017, spé. p. 3.

[1899] Burst, J.J., Kovar, R., « Brevets, savoir-faire et interdiction des ententes en droit communautaire », *in Brevets, Savoir-faire et Droit communautaire,* Extrait du JurisClasseur Commercial - Brevets d'invention, Paris, Litec, 1986, spé. p. 24.

[1900] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 412.

inexact. Le savoir-faire ne se réduit pas au secret car celui-ci représente un secret quasiment absolu, nouveau et cristallisé alors que le savoir-faire peut désigner des éléments en perpétuelle évolution dont l'assemblage est inconnu dans une industrie déterminée et/ou connue que de certaines entreprises.

631. Le secret comme condition pour jouir d'une protection juridique exclusive. Ce critère du secret du savoir-faire est avant tout la condition essentielle pour que le détenteur puisse jouir d'une protection juridique exclusive. C'est l'opinion de F. Dessemontet : « Le caractère secret du savoir-faire constitue la condition essentielle de sa protection[1901]. » De même, J.J. Burst et R. Kovar expliquent que le secret est une condition pour protéger le savoir-faire et permettre sa commercialisation en toute sécurité[1902]. Lorsque le détenteur a fait le choix du secret, il doit en effet démontrer une certaine volonté de maintenir sa connaissance pratique confidentielle et à l'abri de toute divulgation en ayant pris ou envisagé toutes les précautions et mesures à cette fin. En d'autres termes, le détenteur doit avoir mis en œuvre des mesures de sécurité pour empêcher toute divulgation de la connaissance pratique. F. Dessemontet parle des « aspects subjectifs du secret[1903] ». Par contre, il n'est pas nécessaire que le détenteur démontre sa conviction de détenir une connaissance pratique secrète. Peu importe que le détenteur sache que sa connaissance pratique est partagée par divers concurrents voire publiée dans une revue technique ou dans un brevet. Selon F. Dessemontet, la conviction du détenteur ne fait pas partie des conditions pour jouir d'une protection[1904]. La seule condition relative à la mise en œuvre de mesures pour empêcher toute divulgation revient alors à facilement protéger toute forme de connaissances pratiques.

632. La relativité du secret. Même si le secret est exigé pour jouir d'une protection, ce caractère secret des connaissances pratiques est toutefois relatif. La relativité du secret signifie, comme le prévoit le droit de l'Union[1905], qu'une connaissance pratique non généralement

[1901] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 92.

[1902] J.J. Burst et R. Kovar reprennent le développement d'une jurisprudence (CCE, 22 décembre 1971, *Burroughs-Delplanque,* No. 72/25/CEE, JOCE 17 janvier 1972) : « Le secret est une condition nécessaire pour que le propriétaire du savoir-faire technique le concède à d'autres entreprises pour son exploitation complète et qu'il est donc une condition préalable à toute commercialisation du savoir-faire technique, aussi longtemps que ce dernier n'est pas tombé dans le domaine public. » Voir Burst. J.J., Kovar, R., *op. cit*., p. 24.

[1903] Dessemontet, F., *op. cit*., p. 115.

[1904] « Les détenteurs de savoir-faire peuvent manifester une volonté générale de secret, indépendante d'une conviction honnête dans la rareté des informations dissimulées, sans cesser de recevoir la protection légale. » Voir Dessemontet, F., *op. cit*., p. 101.

[1905] Lignes directrices du règlement n° 772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie.

connue ou non facilement accessible suffit pour être considérée comme une connaissance pratique secrète[1906]. Par exemple, le caractère secret d'une connaissance pratique ne se perdra pas lorsque le détenteur la communique à ses employés, à ses licenciés ou à ses fournisseurs ou encore lorsque des tiers vont mettre au point la même connaissance pratique. F. Dessemontet expose également que le caractère secret ne disparaîtra pas toujours en cas d'une demande de brevet[1907]. Il n'est ainsi pas nécessaire que chaque composant de la connaissance pratique soit inconnu des tiers. Elle peut être une combinaison d'éléments connus se trouvant dans le domaine public. Il suffit que l'assemblage de ces composants présente une originalité propre inconnue des non-initiés et sorte du domaine public[1908]. Finalement, le caractère secret des connaissances pratiques se déterminera par rapport à la personne du cocontractant[1909]. F. Chartier parle d'une « appréciation *in concreto* du savoir-faire[1910] » car ce dernier ne sera secret que si les connaissances transmises ne sont pas connues du cocontractant. Dans le même sens, J.J. Burst et R. Kovar considèrent que le caractère secret du savoir-faire s'apprécie selon la personne du receveur uniquement : « Doit être considéré comme étant accessible le savoir-faire que détenait déjà le receveur[1911] » de sorte que « dès que l'intéressé l'ignore la condition de non-accessibilité est satisfaite en ce qui le concerne[1912]. » Cette interprétation du caractère secret facilite la protection des connaissances pratiques qui sont souvent constituées de connaissances publiques regroupées en une technique particulière. L'OMPI expose, de plus, que les savoirs uniquement diffusés dans une communauté particulière pourraient être considérés comme non divulgués et, partant, sujets à une protection[1913]. La doctrine parle de « secret imparfait » mais F. Dessemontet propose de remplacer le critère du secret par celui de rareté qui paraîtrait plus

[1906] La chambre commerciale de la Cour de cassation a déclaré qu'il faut rechercher si le savoir-faire transmis à la date du contrat ne comportait pas un ensemble de techniques, informations et services qui permettaient au bénéficiaire de la convention, dépourvue de toute formation ou expérience dans le domaine en cause, de prendre en main son exploitation en mettant en œuvre des procédés qu'il n'aurait pu découvrir qu'à la suite de recherches personnelles longues et coûteuses. Voir Cass. com., 2 mai 2012, No. 11-14.289.

[1907] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé., p. 160.

[1908] J. Azéma et J.C. Galloux expliquent que : « Est nul le contrat de communication de savoir-faire dès lors que le procédé qui en est l'objet a fait l'objet de publications et est donc connu, celui qui n'a trait qu'à des données dans le domaine public ou qui résulte des connaissances habituelles de l'homme du professionnel concerné. » Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 713.

[1909] La Cour de cassation a déclaré qu'un contrat de communication portant sur un savoir-faire connu de plusieurs industriels avait un objet valable dans la mesure où son enseignement avait été utile à son bénéficiaire. Voir Cass. com., 13 juillet 1966, *JCP* 1967, II, 15131, note Durand, P.

[1910] Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 78.

[1911] Burst, J.J., Kovar, R., « Brevets, savoir-faire et interdiction des ententes en droit communautaire », *in Brevets, Savoir-faire et Droit communautaire,* Extrait du JurisClasseur Commercial - Brevets d'invention, Paris, Litec, 1986, spé. p. 25.

[1912] Burst, J.J., Kovar, R., *op. cit*., p. 25.

[1913] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 16.

adapté[1914]. Un secret absolu ne serait du reste pas adapté au contexte actuel de management dans les entreprises. La gestion des connaissances est en effet axée sur la transmission du savoir-faire des salariés au sein des grandes entreprises par l'instauration d'une culture du partage des connaissances en vue de meilleures performances.

633. Transition. Le savoir-faire n'est donc pas, dans son essence même, invariablement secret. Il doit être secret uniquement pour bénéficier d'une protection juridique exclusive. F. Dessemontet en conclut donc qu': « il y a du savoir-faire aussi bien pour les connaissances secrètes que pour celles qui sont publiques[1915]. » Le savoir-faire se compose alors de méthodes et de connaissances secrètes et non secrètes. Il convient désormais de se demander s'il en est de même pour le critère de la valeur.

2) La valeur des connaissances pratiques

634. La distinction entre le critère de valeur et de nouveauté. Les connaissances pratiques doivent présenter une valeur. Il convient alors de se demander si la valeur commerciale doit être interprétée comme exigeant un critère de nouveauté. Selon les différents textes juridiques, les connaissances pratiques présentent une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes[1916]. Cela reviendrait-il à dire que les connaissances pratiques présentent une valeur commerciale parce qu'elles sont nouvelles ? La réponse semble être négative car ce critère de nouveauté est uniquement exigé pour breveter une invention qui ne doit pas se trouver dans l'état de la technique. F. Dessemontet relève pourtant des confusions entre secret et nouveauté car dès lors que les connaissances pratiques seraient connues et donc non nouvelles, elles ne seraient plus secrètes : « La question d'une nouveauté effective ne se distingue pas de celle du secret[1917]. » Or, secret et nouveauté sont bien à distinguer car il suffit que les connaissances pratiques ne soient pas généralement connues pour jouir de la protection légale. J. Azéma et J.C. Galloux exposent d'ailleurs qu'en matière de connaissances pratiques secrètes, il n'y a pas

[1914] Dessemontet, F., *op. cit*., p. 123.

[1915] Dessemontet, F., *op. cit*., p. 33.

[1916] Voir notamment l'art. 2, 1), b) de la directive UE n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, l'art. L. 151-1, 2) du Code de commerce issu de l'art. 1er de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 du 31 juillet 2018. Le Code américain définit aussi le secret des affaires comme toute forme et type d'informations pour lesquelles le détenteur a pris des mesures raisonnables pour les garder secrètes et qui présentent une valeur économique indépendante, actuelle ou potentielle, par le fait de ne pas être généralement connues et de ne pas pouvoir être rapidement déterminées par un tiers par ses propres moyens. Voir USC, §1839, 3).

[1917] Dessemontet, F., *op. cit*., p. 165.

lieu de vérifier le critère de nouveauté : « En aucun cas, les tribunaux ne se livrent à une analyse par rapport à l'état de l'art antérieur comme en matière de brevet[1918]. » F. Chartier expose que les juges préfèrent utiliser un autre critère, celui d'originalité[1919].

635. Le critère de la valeur assimilé à l'utilité des connaissances pratiques. La valeur des connaissances pratiques devrait plutôt être évaluée par rapport à l'utilité qu'elles présentent. Selon J.M. Mousseron, pour que le savoir-faire constitue une valeur au sens économique du terme, il doit être utile et rare, c'est-à-dire non aisément accessibles[1920]. F. Dessemontet expose que la valeur des connaissances pratiques devrait être évaluée en termes uniquement économiques[1921]. L'utilité doit alors être interprétée par rapport à ce que les connaissances pratiques vont pouvoir apporter en termes économiques. Par exemple, dans le domaine de la franchise, l'expérimentation du savoir-faire doit aboutir à une réussite commerciale, c'est-à-dire que « le franchisé doit jouir d'une réussite qu'il n'aurait pu acquérir qu'au terme de longs tâtonnements et donc de nombreuses années[1922]. » Pour F. Panel, les connaissances pratiques présentent une valeur lorsqu'elles permettent d'obtenir un produit compétitif[1923] aussi bien pour les pays en développement[1924] que pour les pays développés[1925]. Il ne suffit pas qu'une

---

[1918] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 713.

[1919] « Fréquemment, les juges semblent préférer aux termes de secret ou d'accessibilité, celui de l'originalité du savoir-faire (…) ». Voir Chartier, F., *op. cit*., p. 97.

Par exemple, le TGI de Créteil a exclu le savoir-faire de la protection par les droits de propriété intellectuelle car « le fondeur, fut-il fondeur d'objets d'art, ne fait appel qu'à des techniques très élaborées et à des secrets de fabrication perfectionnés par des générations de spécialistes, mais ne fait pas acte de créateur. » Voir TGI Créteil, 1ère ch. 22 nov. 1989, *D*., 1991, comm. p. 90, obs. Colombet.

A contrario, sont des savoir-faire protégeables, selon la jurisprudence française, la création d'images d'un jeu vidéo car « la tâche ne s'est pas limitée à la mise en œuvre d'une simple technique, mais lui a laissé suffisamment d'initiatives à prendre, d'options à choisir, d'instructions à donner, mettant en jeu son imagination, sa sensibilité, son sens artistique, sa vision des choses. » (CA Versailles, 13ème ch. 18 novembre 1999, *Comm. com. éléctr*., 2000. comm. 16, note Caron). Dans le même sens, voir TGI Paris, 3ème ch. 12 février 2003, *Légipresse*, 2003, I, p. 44.

[1920] Mousseron, J.M., « Valeurs, biens, droits », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida,* Dalloz, 1991, p. 277.

[1921] « Il est évident qu'il s'agit d'une valeur économique, et non morale. » Voir Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 191.

[1922] F. Chartier expose que : « Dans le cadre de l'appréciation du savoir-faire, les tribunaux procèdent parfois à l'analyse parallèle du réseau, tant au niveau de son ancienneté et de sa notoriété, qu'en ce qui concerne sa réussite ou au contraire son absence de réussite. » Aussi, dans l'arrêt *Pronuptia* du 28 janvier 1986, la CJCE souligne l'interprétation donnée à l'utilité du savoir-faire en déclarant que la franchise « ouvre à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherches. » Voir Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 78 et 163.

[1923] F. Panel souligne que : « Pour moi, le *know how* a une importance économique certaine et considérable. C'est une valeur qui me semble en pleine croissance et j'ajouterai une valeur qui me paraît essentielle parmi tous les éléments corporels et incorporels qui peuvent constituer le patrimoine d'une entreprise, une valeur décisive pour l'avenir de cette entreprise. » Voir Panel, F., « Importance économique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, spé. p. 42.

[1924] F. Panel expose que : « Je pense que pour leurs besoins propres comme pour les réexportations, les pays en voie d'industrialisation sont essentiellement intéressés par nos techniques de pointe et pas par nos techniques d'hier ou d'avant-hier. » Voir Panel, F., *ibid*., p. 43.

[1925] En effet, F. Panel souligne que : « À tout moment, une entreprise, si riche, si puissante soit-elle (…) a besoin de compléter

connaissance pratique apporte un résultat performant mais elle doit également garantir une meilleure place dans la concurrence[1926]. Pour remplir le critère de la valeur, les connaissances pratiques doivent alors apporter une économie, une sécurité accrue ou une qualité particulière tout en étant appréciées par rapport à un marché considéré et par rapport au cocontractant[1927]. Selon F. Chartier, une telle interprétation de la valeur devrait constituer le critère principal de l'appréciation des connaissances pratiques en raison de la facilité à la mesurer et à la déterminer[1928]. L'utilité des connaissances pratiques s'évalue également par rapport au gain de temps qu'elles apportent. Un avocat souligne qu' « il est évident qu'un *know-how* présente un caractère extraordinairement intéressant dans le cas (…) de l'industriel qui, pour des impératifs de production, doit mettre en œuvre sa production dans un délai déterminé. Il n'a pas le temps de tâtonner ; il lui faut la technique toute « chaude » et toute prête[1929]. » L'utilité n'a cependant pas à être immédiate. La connaissance pratique doit en effet être concrète, c'est-à-dire réalisable, sans être forcément une exécution pratique réussie. Comme le dispose la loi de 2018[1930] ou l'article L. 151-1 du Code de commerce : « Elle [l'information] revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret. » F. Dessemontet expose en effet que les recherches en cours et les savoir-faire purement expérimentaux méritent d'être protégés même s'ils ne sont pas d'une utilité immédiate car « il(s) représente(nt) pourtant un trésor technique latent, que les entreprises considèrent comme leur propriété[1931]. » Une telle interprétation plus large des connaissances pratiques susceptibles de protection garantirait le progrès et la recherche[1932]. L'utilité d'une connaissance pratique comprend aussi les erreurs à

---

ses connaissances. » Aussi, une entreprise peut vouloir se diversifier et l'acquisition d'un savoir-faire déjà existant lui permettra de garantir cette diversification avec sécurité : « La plupart se gardent-ils de se lancer dans la diversification par leurs propres moyens. C'est par l'acquisition d'un *know how* qu'ils limitent les risques, font leur apprentissage avant de rechercher leur émancipation. ». Enfin, il est également possible qu'une entreprise soit obligée de rattraper le retard dans son propre domaine. Voir Panel, F., *ibid*., p. 44-45.

[1926] « Il ne recherche pas simplement un produit ou un procédé qui procure un résultat technique performant ; il veut encore un produit compétitif, dont notamment les conditions de fabrication ont été optimalisées, de telle façon que son prix de revient soit le plus bas possible. » Voir Panel, F., *ibid*., p. 48.

[1927] Par exemple, un savoir-faire développé pour le marché américain doit être adapté au marché français. Aussi, le savoir-faire s'apprécie par rapport à la personne du franchisé (ou de tout autre acquéreur) car il variera selon leurs compétences et leur expérience propres. Voir Chartier, F., *op. cit*., p. 86.

[1928] En effet, selon F. Chartier : « Ces résultats étant, par ailleurs, facilement déterminables et incontestables, leur objectivité, à l'opposé des critères habituellement proposés pour apprécier le savoir-faire, nous entraîne à penser qu'ils devraient même constituer l'élément principal de détermination de la présence et de l'absence d'un savoir-faire. » Voir Chartier, F., *op. cit*., p. 165.

[1929] Intervention de Maître J. Lassier - Avocat à la Cour d'Appel de Paris, *in* Centre du droit de l'entreprise, *Nouvelles techniques contractuelles : know-how - franchising - engineering - leasing,* Association française des juristes d'entreprise, Actualités de droit de l'entreprise, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1971, spé. p. 32.

[1930] Section 1 de la loi française de transposition n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n°0174 du 31 juillet 2018.

[1931] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 181.

[1932] À défaut, la recherche et le progrès seraient découragés car « on encouragerait les producteurs à se contenter de moins de recherches, et à mettre sur le marché un produit médiocre. On pénaliserait l'entreprise qui n'est pas vite satisfaite d'un résultat

éviter qui présentent une grande importance pour rendre une connaissance pratique optimale[1933]. F. Dessemontet souligne en effet que : « Le répertoire des voies absolument sans issue, et aussi des erreurs et des maladresses à éviter (…) représente à sa façon un trésor d'expérience qui facilite grandement des recherches et l'orientation des efforts[1934]. »

636. Transition. En plus du caractère secret et de la valeur des connaissances pratiques, celles-ci devraient également remplir d'autres critères.

B) Des connaissances pratiques substantielles, identifiables et transmissibles

637. La reconnaissance des critères par les instruments juridiques. D'autres critères peuvent être ajoutés tels que la substantialité, le caractère identifiable et la transmissibilité des connaissances pratiques[1935]. Ces critères constitutifs des connaissances pratiques sont nécessaires pour délimiter les connaissances pratiques protégeables et réservables. Une incertitude existe toutefois sur le caractère cumulatif ou non de ces critères. La doctrine majoritaire considère que les critères ont bien un caractère cumulatif mais la jurisprudence ne semble pas, en pratique, respecter cette interprétation.

638. La similarité entre le caractère substantiel et le critère de la valeur. Les connaissances pratiques sont substantielles lorsqu'elles sont utiles et lorsqu'elles représentent un avantage concurrentiel. J. Azéma et J.C. Galloux expliquent que le terme « substantiel » exige que les connaissances pratiques soient utiles à la mise en œuvre du procédé ou à la fabrication du produit protégé. Ces connaissances doivent aussi être de nature à améliorer la compétitivité du détenteur, en particulier l'aider à pénétrer un nouveau marché ou lui donner un avantage dans la concurrence avec d'autres fabricants ou fournisseurs de services qui n'ont pas accès au savoir-faire secret ou à un autre savoir-faire secret comparable[1936]. Or, cette interprétation du caractère substantiel des connaissances pratiques présente peu d'intérêt car il

---

moyen, mais pousse toujours les recherches jusqu'au bout. » Voir Dessemontet, F., *op. cit*., p. 183.

[1933] J. Azéma et J.C. Galloux parlent d'un « savoir-faire négatif » constitué par la connaissance des erreurs à ne pas commettre. Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 711.

[1934] Dessemontet, F., *op. cit*., p. 185.

[1935] Voir notamment le Code de déontologie européen de la franchise ; le règlement européen n° 772/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie ; le règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'art. 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie.

[1936] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 714.

revient finalement à parler du critère de la valeur précédemment présenté. Il convient alors de se demander si le terme de « valeur substantielle » serait davantage pertinent.

639. Le caractère identifiable des connaissances pratiques. Le caractère identifiable signifie que les connaissances pratiques doivent être écrites d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'elles remplissent les conditions de secret et de substantialité. Selon F. Chartier, l'identification passe aussi bien par la description, pour que le cocontractant s'engage en connaissance de cause, que par des études de marché[1937]. J. Azéma et J.C. Galloux expliquent que le caractère identifiable est généralement rempli lorsque les connaissances pratiques sont décrites dans des manuels ou tout autre document écrit[1938]. Lorsque la transcription est impossible, le détenteur doit transmettre ses connaissances pratiques par le biais notamment d'une formation, dans le but de rendre possible une description générale[1939].

640. Le caractère transmissible des connaissances pratiques. Concernant le critère de transmissibilité[1940], celui-ci signifie que les connaissances pratiques doivent pouvoir être communiquées à autrui. Elles doivent alors être détachables des qualités personnelles de l'exécutant (habileté personnelle, expérience, tours de main) pour pouvoir être transmises contractuellement.

641. La légitimité des critères selon la forme de protection recherchée. Les critères constitutifs des connaissances pratiques protégeables dépendent cependant du type de protection recherché. Si les connaissances pratiques sont protégées par le secret, le détenteur doit avoir mis en œuvre des mesures raisonnables pour les garder confidentielles et qu'elles ne soient pas aisément accessibles. Au contraire, si une autre forme de protection est recherchée pour protéger les connaissances pratiques, les droits de propriété intellectuelle par exemple, ces deux critères ne devraient pas nécessairement être remplis. Par contre, les connaissances pratiques devraient remplir le critère de nouveauté propre aux droits des brevets. En tout état de cause, les critères relatifs à la valeur, à l'identification et à la transmissibilité devraient

[1937] D'après le décret du 4 avril 1991 (art. 1, 4°, al. 2), les informations transmises « doivent être complétées par une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché. » L'objectif est de pouvoir déterminer la richesse produite par le savoir-faire sur une zone géographique donnée. Voir Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 50.

[1938] Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 714.

[1939] Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 714.

[1940] Rappelons que, selon J.M. Mousseron, le *know-how* est constitué de connaissances secrètes, transmissibles, non brevetées et non accessibles. Voir Mousseron, J.M., « Problèmes juridiques du Know-how », *cahiers du droit de l'entreprise*, 1972, p. 1.

toujours être remplis, pour n'importe quelle forme de protection. Il est logique d'exiger que les connaissances pratiques présentent une valeur, c'est-à-dire qu'elles soient utiles, pour jouir d'une protection car, sans valeur, personne ne chercherait à les protéger et aucun tiers n'y serait intéressé. Il est également pertinent d'imposer que les connaissances pratiques soient toujours identifiables car pour prétendre à une protection légale, il faut d'abord identifier ce que l'on recherche à protéger. Quant au critère de transmission, il s'applique aussi bien lorsque le but d'une protection est de réaliser des profits, que lorsque l'objectif est de lutter contre l'appropriation indue. Seules des connaissances pratiques transférables d'une personne à une autre peuvent en effet faire l'objet de contrats et risquent d'être appropriées indument. Au contraire, les connaissances indissociables de la personne de l'exécutant n'ont pas besoin d'une telle protection.

642. Transition. À force de s'interroger sur la possibilité d'une protection légale des connaissances pratiques, il convient d'exclure certaines connaissances pratiques de toute protection juridique exclusive.

PARAGRAPHE II. LES EXCEPTIONS A LA PROTECTION EXCLUSIVE DES CONNAISSANCES PRATIQUES

643. Plan. Il est des connaissances pratiques qui ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'une protection exclusive mais qui mériteraient d'être néanmoins protégées dans l'intérêt de tous car, de par leur importance vitale, il est important de continuer à les rendre accessibles à tous (A). Toute appropriation privative et exclusive devrait également être exclue lorsque les connaissances pratiques font l'objet d'une utilisation à des fins non commerciales (B).

A) Les connaissances pratiques dites « vitales »

644. Plan. Lorsque les connaissances pratiques présentent une importance vitale, il devrait être prévu des mécanismes pour empêcher le détenteur de choisir une protection juridique exclusive sur cette forme de connaissance (1). Ces connaissances pratiques « vitales » sont pourtant toujours majoritairement privatisées par un droit exclusif de sorte que la création d'un droit à l'accès au profit des tiers est de plus en plus invoquée (2).

1) L'importance vitale de certaines connaissances pratiques et leurs répercussions sur le choix d'une protection juridique exclusive

645. Détermination des connaissances pratiques vitales. À l'égard de certaines connaissances, l'intérêt de tous devrait prévaloir sur le droit individuel d'un seul détenteur. L'importance vitale des connaissances pratiques se mesure particulièrement en matière de santé puisque certaines connaissances pratiques vont permettre, par exemple, de savoir comment fabriquer un médicament pour soigner telle maladie[1941]. Dans le contexte de crise sanitaire actuel, les connaissances pratiques utilisées pour créer un vaccin contre la COVID-19 présentent d'ailleurs une importance considérable. Pour cette raison, et dans le but de découvrir le plus rapidement possible un vaccin efficace, une protection inclusive[1942] de ces connaissances s'est avérée nécessaire pour accélérer la recherche et le développement d'un tel remède. M. Cassier expose, en effet, qu'une telle protection s'avère judicieuse « face à l'émiettement et à la superposition des droits de propriété privée portant sur les savoirs et outils de recherche et susceptibles de freiner ou d'empêcher la mise au point des innovations, notamment médicales (…)[1943] » Une logique d'inclusion apparaît alors prometteuse car, comme le souligne M. Cassier : « Les communs sont censés conduire à des gains d'efficacité, à un apprentissage collectif, le cas échéant à des droits d'accès aux savoirs et aux technologiques médicales, notamment par les pays du Sud[1944]. »

646. Connaissances pratiques vitales et lutte contre la COVID-19. Différentes mesures ont progressivement été mises en œuvre en 2020 par les organisations internationales afin de partager les savoirs et surtout aboutir à un vaccin efficace. Par exemple, l'OMS (Organisation mondiale de la santé) a créé un partenariat d'acteurs privés, publics et humanitaires, dénommé ACTA (*Access to COVID-19 Tools Accelerator*) pour partager l'ensemble des données et savoirs relatifs au vaccin espéré. Il en est de même de l'OMPI qui a enrichie la base de données

[1941] L'appropriation privée ne prendrait pas en compte des impératifs qui relèveraient de l'intérêt général et qui s'y opposeraient parfois, tels la dignité humaine ou le droit à la vie, car leur respect dépend de ressources détenues privativement. Voir Rochfeld, J., « 5. Entre propriété et accès : la résurgence du commun », *in* Bellivier, F., et *al.*, *La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 69-87, spé. p. 72.

[1942] « Être le premier à développer et lancer le vaccin contre la COVID-19 peut sembler important, mais un élan commun en faveur d'un partage transparent et ouvert des données devrait être clairement poursuivi et l'objectif de chacun devrait se focaliser sur ce que l'on peut faire de mieux pour l'humanité tout entière. » [Notre traduction] « Being the first to develop and roll out COVID-19 vaccines may seem important, but instead, unity of purpose on open and transparent data sharing must be achieved, and everyone's focus should be on what's best for all of humanity. » Voir Petersen, E., Wejse, C., Alimuddin, Z., « Advancing COVID-19 vaccines – avoiding different regulatory standards for different vaccines and need for open and transparent data sharing », *International Journal of Infectious Diseases,* Elsevier, Vol. 98, sept. 2020, p. 501.

[1943] Cassier, M., « 3. Petite histoire du domaine public dans la recherche en sciences de la vie », *in* Bellivier, F., *et al., La bioéquité,* Autrement « Frontières », 2009, spé. pp. 42-53, spé. p. 43.

[1944] Cassier, M., *op. cit*., p. 54.

« WIPO Pearl » de données, accessibles gratuitement, relatives à la COVID-19 dans le but d'aider les innovateurs à développer des traitements contre le virus[1945]. L'OMS a également adopté un mécanisme assurant le partage des inventions brevetées, le *COVID-19 Technology Access Pool*, initialement proposé par le Costa Rica[1946]. Ainsi, dans ce contexte de crise sanitaire, la logique d'une protection exclusive semble délaissée[1947] par les organisations internationales pour privilégier la coopération et le partage des savoirs[1948]. Une fois le vaccin créé et commercialisé, une logique d'exclusion doit être évitée, ce qui implique de garantir un accès à tous à celui-ci[1949], notamment sans obstacle financier[1950] et sans repli nationaliste[1951]. Selon de nombreux Etats, notamment la France[1952] et la Chine[1953], ainsi que d'après l'ONU[1954],

[1945] OMPI, « WIPO Pearl intègre de nouveaux termes relatifs à la COVID-19 pour soutenir l'innovation dans la lutte contre la pandémie ; cette terminologie pourra être téléchargée et utilisée par des tiers gratuitement », Genève, PR/2020/864, septembre 2020.

[1946] Dans le but de lutter contre l'épidémie, le Costa Rica a proposé la création d'un mécanisme de *pool* facilitant l'accès et l'utilisation des connaissances pratiques secrètes ou protégées par des droits de propriété intellectuelle, notamment grâce à des licences. Voir Abbas, M.Z., « Treatment of the novel COVID-19 : why Costa Rica's proposal for the creation of a global pooling mechanism deserves serious consideration ? », *Journal of Law and the Biosciences,* Vol. 7, No. 1, January-June 2020.

[1947] La volonté de privilégier une logique d'inclusion dans le domaine de la santé n'est pas une nouveauté. Pour donner quelques exemples, Pasteur partageait déjà ses connaissances sur le virus rabique avec un réseau international de médecins et de biologistes. En 2002, le projet international HapMap de séquençage du génome institue les données en tant que bien commun de sorte que tout chercheur qui adhère au projet doit s'engager à les partager en consentant à un contrat de licence d'accès. Encore plus proche de la situation sanitaire actuelle, le GISAID (*Consortium Global Initiative on Sharing Avian Influenza Data*) est créé en 2008 dans le contexte de la grippe aviaire. L'objectif est d'instituer une coalition internationale collectant et partageant les données, *via* un *pool*, pour mettre au point le plus rapidement possible un vaccin efficace. Voir Cassier, M., « 3. Petite histoire du domaine public dans la recherche en sciences de la vie », *in* Bellivier, F., *et al., La bioéquité,* Autrement « Frontières », 2009, spé. pp. 42-53.

[1948] Ce niveau de coopération et de partage des savoirs peut notamment être illustré par la découverte faite par les scientifiques de l'Université de Pittsburgh qui présentait potentiellement une avancée dans les tests relatifs au vaccin. Or, les scientifiques n'ont pas choisi la voie traditionnelle de la publication dans un journal prestigieux mais ont partagé leur découverte aux autres scientifiques lors d'une conférence de l'OMS. Voir Stucke, M., Ezrachi, A., « COVID-19 and competition – aspiring for more than our old normality ? », *Journal of Antitrust Enforcement,* Vol. 8, No. 2, July 2020, pp. 313-315. C. Stothers et A. Morgan soulignent aussi que la réponse collaborative des entreprises pharmaceutiques à l'appel à un nouveau vaccin, à de nouveaux traitements et tests pour combattre l'épidémie de la COVID-19 a été sans précédent. Voir Stothers, C., Morgan, A., « IP and the supply of COVID-19 related drugs. », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 15, No. 8, August 2020, pp. 590-593. Mais encore, le séquençage du virus (SARs-CoV2) a été obtenu dans un temps record en partageant l'information et les données à la communauté scientifique internationale. Voir Wachowicz, M., « Open Access to Scientific Innovation as a Means to Combat COVID-19 », *GRUR International*, Vol. 69, No. 8, August, 2020, p. 783.

[1949] Sur la question d'un droit à l'accès au vaccin, voir Danaiya Usher, A., « COVID-19 vaccines for all ? », *The Lancet,* Vol. 395, No. 10240, juin 2020, p. 1822.

[1950] Voir Yamey, G., Schäferhoff, R., Hatchett, R., Pate, M., Zhao, F., McDade, K.K., « Ensuring global access to COVID-19 vaccines », *The Lancet,* Elsevier, Vol. 395, No. 10234, 2020, p. 1405. Q. Zhou souligne aussi que les gouvernements doivent garantir l'accès au vaccin et un prix abordable pour tous, en particulier à l'égard des populations pauvres. Voir Zhou, Q., « International collaboration for global accessibility of COVID-19 vaccines », *National Science Review,* Vol. 7, No. 8, August 2020, p. 1269.

[1951] Les barrières à l'accès équitable seraient en partie motivées par un repli nationaliste avec des gouvernements utilisant le droit pour s'assurer d'un accès prioritaire au futur vaccin, et notamment par des accords avec les fabricants (accords d'achat anticipé). Voir Lphelan, A., Eccleston-Turner, M., Rourke, M., Meleche, A., Wang, C., « Legal agreements : barriers and enablers to global equitable COVID-19 vaccine access », *The Lancet,* Elsevier, 2020.

[1952] Le 4 mai 2020, E. Macron est l'un des premiers chefs d'Etat à utiliser la formule de « bien public mondial » pour le futur vaccin contre la COVID-19. Voir Legros, C., « Vaccins et médicaments : la longue marche vers des "communs de la santé" », *Le Monde*, 29 juillet 2020.

[1953] Le président chinois a déclaré que tout vaccin chinois créé sera un « bien public mondial ». Voir Lphelan, A., *et al*., *ibid*.

[1954] Le secrétaire général de l'ONU, A. Guterres, a déclaré que : « Un vaccin contre la COVID-19 doit être vu comme un bien public mondial, un vaccin pour les peuples. » Voir Salles, A., Kaci, M., « Antonio Guterres : " Il faut absolument voir le vaccin contre la pandémie comme un bien public. " », *Le Monde*, 13 septembre 2020.

le vaccin serait un « bien public mondial ». Différentes mesures sont alors progressivement mises en place pour garantir l'accès universel au futur vaccin. Outre la conclusion d'accords légaux multilatéraux entre les Etats[1955], un mécanisme de financement dénommé « *COVAX Facility* » a été créé par l'OMS, le CEPI (*Coalition for Epidemic Preparedness Innovations*) et le GAVI (*Global Alliance for Vaccines and Immunization*) dans le but d'aider les pays en développement à accéder au futur vaccin à un prix abordable, notamment par le mécanisme de l'AMC (*Advanced Market Commitment*). Dans le même sens, le GAVI a affecté des fonds à des projets de vaccination par le biais d'un emprunt international *via* des donateurs à travers l'IFFIm (*Finance Facility for Immunization*). Ces mécanismes permettent d'accélérer la fabrication des vaccins sur une large échelle et de les distribuer selon les besoins et non selon la capacité à payer. Pareillement, la France, l'Italie, l'Allemagne et les Pays-Bas ont créé un partenariat (*Inclusive Vaccine Alliance*) à l'échelle européenne poursuivant un objectif similaire. De même, le CEPI et la Banque Mondiale soutiennent un groupe de travail (*COVID-19 Vaccine Development Taskforce*) ayant pour objectif de garantir l'accès universel au vaccin. Néanmoins, certains Etats, en particulier les Etats-Unis[1956], et le titulaire du futur brevet relatif au vaccin pourraient préférer une protection exclusive de l'invention et ainsi contrôler qui a le droit de l'exploiter et à quel prix[1957]. Une protection inclusive s'avère pourtant nécessaire pour garantir l'accès à tous, et notamment pour assurer une production suffisante du vaccin[1958]. L'une des solutions pourrait alors être d'imposer des licences obligatoires[1959] au titulaire du

[1955] Des accords multilatéraux pourraient constituer la voie pour un retour à une sécurité sanitaire globale et à une justice en rétablissant des normes de solidarité internationale, poursuivant des initiatives d'accès équitable et mondial au vaccin. [Notre traduction] « Multilateral legal agreements could be the path back to global health security and justice by re-establishing norms of international solidarity, committing to global equitable vaccine access initiatives (…) ». Voir Lphelan, A., *et al*., *ibid*.

[1956] S. Abdoolkarim explique que le gouvernement américain privilégie actuellement le profit en déclarant que la priorité est d'obtenir un vaccin et des traitements et que le contrôle des prix ne garantira pas cet objectif. Voir Abdoolkarim, S., « COVID-19 vaccine affordability and accessibility », *The Lancet,* Vol. 395, No. 10240, June 2020, p. 1822.

[1957] Voir Forman, R., Anderson, M., Jit, M., Mossialos, E., « Ensuring access and affordability through COVID-19 vaccine research and development investments : A proposal for the options market for vaccines », *Vaccine*, Elsevier, Vol. 38, No. 39, september 2020, pp. 6075-6077.

[1958] Cette nécessité d'accès universel au vaccin devrait notamment se fonder sur l'art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, lequel oblige les Etats à prendre des mesures pour garantir l'état de santé des personnes. L'art. 8 de l'Accord sur les ADPIC permet aussi aux Etats d'adopter des mesures pour protéger la santé publique dans les secteurs d'une importance vitale.

[1959] L'art. L. 613-16 du CPI autorise l'octroi de licences d'office pour notamment un médicament, un dispositif médical et leur procédé d'obtention dans l'intérêt de la santé publique lorsque les produits brevetés ou les produits issus des procédés brevetés sont mis à la disposition du public en quantité insuffisante ou à des prix anormalement élevés.
Une proposition de loi a, de plus, été soumise pour simplifier le mécanisme de la licence d'office (Proposition de loi visant à créer un pôle public du médicament, présentée par la députée C. Fiat, le 27 mai 2020, No. 2814 et No. 3014). Pour davantage de précisions sur les licences obligatoires, voir les développements de la sous-partie suivante.

brevet pour combattre l'épidémie efficacement[1960], comme l'ont déjà prévu le Chili[1961], l'Équateur[1962] et le Canada[1963].

647. L'actuel verrouillage des connaissances pratiques vitales par les droits de propriété intellectuelle. De nombreuses inventions issues de connaissances pratiques sont pourtant détenues de manière exclusive par des titulaires de brevets. Ces derniers peuvent interdire de mobiliser les connaissances pour développer les mêmes produits ou services que ceux résultant de la mise en œuvre de l'invention brevetée[1964]. La circulation est alors entravée et l'utilisation des connaissances ou des inventions issues des connaissances est empêchée. Ce n'est donc pas la mise sur le marché en soi qui prive les tiers de l'utilisation des connaissances mais plutôt les droits de propriété intellectuelle avec le monopole exclusif et les redevances imposées. Le droit des brevets a pour effet d'augmenter le prix de l'invention, et notamment des médicaments[1965]. En étant titulaire de droits de propriété intellectuelle, le détenteur va pouvoir disposer de l'invention et ne la rendre accessible qu'à celui qui peut en payer le prix[1966]. Selon A. Gollock, dans tous les pays, les médicaments brevetés sont en effet 2 à 5 fois plus chers que leurs équivalents génériques[1967]. L'accessibilité financière est empêchée par le brevet

[1960] Selon M. Wachowicz, penser à des licences ouvertes viserait à éliminer les difficultés relatives aux capacités de production des intrants nécessaires pour combattre l'épidémie. Voir Wachowicz, M., « Open Access to Scientific Innovation as a Means to Combat COVID-19 », *GRUR International*, Vol. 69, No. 8, August, 2020, p. 783.

[1961] Le 17 mars 2020, le parlement chilien a adopté à l'unanimité une résolution déclarant que l'épidémie mondiale de la COVID-19 justifie le recours à la licence obligatoire pour faciliter notamment l'accès aux vaccins et aux médicaments (*Resolution for the granting of non-voluntary licenses referred to in article 51, n° 2 of industrial property law n° 19.030 to facilitate access and availability of medicines and technologies for the prevention, treatment and cure of coronavirus covid-19*).

[1962] *Resolution to require the National Government to establish compulsory licenses and other measures to guarantee free and afforable access to pharmaceutical products and medical technologies in the Declaration of Sanitary Emergency due to the Coronavirus pandemic (COVID-19) and other variations, as well as biosafety protocols and instruments for health personnel, postgraduates and students of the Public Health System,* 20 mars 2020.

[1963] *COVID-19 Emergency Response Act (Bill C-13)*, 25 mars 2020.

[1964] M.A. Frison-Roche insiste sur les effets des droits de propriété intellectuelle sur l'accès et l'utilisation des connaissances elles-mêmes : « La propriété intellectuelle offre un monopole, contrariant le marché, et cela plus que dans le cadre de la propriété ordinaire, en raison de ce qui caractérise toute propriété intellectuelle : l'appropriation de la connaissance » et « les objets engendrés sont offerts au marché mais la connaissance qui fait la valeur des objets est toujours en lien avec le créateur, d'une façon exclusive, ou sélective en cas de licence (…) ». Voir Frison-Roche, M.A., « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », *in Propriété intellectuelle et mondialisation,* Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, pp. 165-175, spé. p. 169 et 170.

[1965] Comme le souligne M.Z. Abbas, les droits exclusifs accordés au titulaire du brevet impactent négativement la fourniture abordable et universelle des technologies sanitaires innovantes en permettant d'imposer des prix supra-compétitifs. Voir Abbas, M.Z., « Treatment of the novel COVID-19 : why Costa Rica's proposal for the creation of a global pooling mechanism deserves serious consideration ? », *Journal of Law and the Biosciences,* Vol. 7, No. 1, January-June 2020.

[1966] M.A. Frison-Roche explique que des protestations politiques font surface en raison des effets négatifs des droits de propriété intellectuelle alliés au marché. Voir Frison-Roche, M.A., *ibid*., p. 172.

[1967] Gollock. A., *Les implications de l'Accord de l'OMC sur les Aspects de Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC) sur l'accès aux médicaments en Afrique subsaharienne*. Thèse d'économies et de finances, Université Pierre Mendès-France - Grenoble II, 2007, spé. p. 353.

sur le médicament qui impose un prix départ usine trop élevé[1968]. La majorité de la population des pays pauvres est alors exclue de l'accès aux médicaments brevetés[1969]. Dès lors, un conflit apparaît entre titulaires de droits et tiers qui n'ont pas les moyens financiers suffisants[1970]. Or, M.A. Frison-Roche considère intolérable de mettre à l'écart les tiers qui n'ont pas les moyens d'être des « consommateurs[1971] ».

648. Le nécessaire contrôle de proportionnalité pour empêcher le verrouillage de certaines connaissances pratiques. Avant tout choix de protection exclusive par le détenteur, il devrait, par conséquent, être préalablement vérifié si la protection, directe ou indirecte, de la connaissance crée des répercussions négatives à l'égard de l'intérêt général. C'est ce que C. Geiger[1972] propose en suggérant une sorte de test en trois étapes. Par exemple, pour qu'un détenteur puisse voir son œuvre [ou son invention] protégée par le droit d'auteur [ou par le droit des brevets], celle-ci devrait répondre à des conditions strictes d'originalité, de création, et surtout de faible impact à l'égard des créations futures, à l'égard de la disponibilité de l'information [ou des savoirs] et à l'égard de l'intérêt général. Il reviendrait alors au législateur de définir précisément ce qu'est une œuvre de l'esprit [ou une invention] originale, ce qu'est une création et à partir de quel moment peut-on considérer que l'œuvre [ou l'invention] protégée aurait un impact négatif sur les créations futures et la diffusion des savoirs. Cette dernière condition semble très intéressante pour lutter contre le verrouillage, par les régimes juridiques de protection exclusive, de certaines connaissances importantes pour l'intérêt général. Dès qu'une protection exclusive empêcherait l'accès ou l'utilisation de certaines connaissances et par quelque moyen que ce soit (notamment mesure technique de protection, protection indirecte du fond) alors une telle protection devrait être refusée, jusqu'à la preuve par le détenteur de modifications (notamment suppression des mesures techniques de

[1968] Selon A. Gollock : « Les brevets demeurent la principale cause de la hausse des prix des médicaments et, par conséquent, de leur inaccessibilité financière. » Voir Gollock, A., *op. cit*., p. 399.

[1969] La hausse des prix va entraîner deux types d'exclusion du système de santé des plus démunis : une exclusion temporaire, due à un manque de ressources à un moment donné de l'année ; une exclusion permanente entraînant une déviation des trajectoires thérapeutiques, par le recours aux marchés parallèles de médicaments, risquant de créer des problèmes de santé publique. Voir Gollock, A., *op. cit*., p. 366.

[1970] C'est ce que souligne J. Rochfeld lorsqu'elle expose que : « S'élève ainsi un conflit potentiel entre personnes reconnues propriétaires et d'autres, intéressées à l'accès et à l'usage de ces ressources et de leurs retombées ». Or, un droit d'accès devrait être circonscrit aux ressources composant les conditions d'une vie digne (ressources vitales, biens de dignité). Voir Rochfeld, J., « 5. Entre propriété et accès : la résurgence du commun », *in* Bellivier, F., et *al.*, *La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 69-87, spé. p. 69.

[1971] Frison-Roche, M.A., « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », *in Propriété intellectuelle et mondialisation,* Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, pp. 165-175, spé. p. 172.

[1972] Geiger, C., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *Revue internationale de droit économique,* Vol. XX, No. 4, 2006, pp. 389-432, spé. p. 409.

protection, mention expresse du libre accès et de la libre utilisation du fond par les tiers). Il s'agit finalement de mettre en œuvre le principe de proportionnalité, tout comme le prévoit la protection par le secret des affaires présentée par la directive européenne[1973]. Toute protection exclusive devrait, en particulier, être proportionnée à l'objectif de respect de la dignité humaine et de la culture. En se fondant sur ce principe de proportionnalité et pour déterminer si la protection exclusive est nécessaire, les juges devraient préalablement vérifier la valeur de la connaissance pratique, la gravité du comportement d'obtention, de divulgation ou d'utilisation illicite, les conséquences du comportement ou encore les intérêts légitimes des tiers ainsi que la sauvegarde des droits fondamentaux. Une balance entre intérêt du détenteur et intérêt général serait alors mise en œuvre par les juges.

649. La qualification de « patrimoine commun de la Nation » des connaissances pratiques ayant une importance vitale. Cette exception à une protection exclusive des connaissances pratiques pourrait avoir pour fondement la qualification de ces connaissances en « patrimoine commun[1974] » et s'inspirer du régime du patrimoine commun de la Nation[1975]. Ce dernier se définit comme : « *une universalité ou un ensemble de biens et de choses,* matérielles ou immatérielles, qui présentent un *intérêt collectif* et qu'il importe de *protéger et préserver* pour en *garantir la transmission*[1976]. » Ces biens ou choses immatérielles présentant un intérêt collectif pourraient alors concerner certaines connaissances pratiques. Il est, en effet, admis que les composantes d'un tel patrimoine puissent être des biens culturels[1977]. F. Cominelli considère que les connaissances pratiques pourraient être un bien culturel commun lorsqu'elles remplissent certaines conditions : être localisées dans le temps et l'espace, être ancrées dans un territoire précis, appartenir à une communauté et ne pas être immuables mais continuer à faire

[1973] Directive UE n° 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites adoptée le 8 juin 2016.

[1974] J. Sulston et G. Ferry parlent, à propos des génomes, de « patrimoine inaliénable » et de « fil commun de l'humanité ». Certaines connaissances pratiques répondent aussi à ces dénominations. Voir Sulston, J., Ferry, G., *The Common Thread : Science, Politics, Ethics and the Human Genome*, Joseph Henry Press, 2002, cité par « Innovation partagée et biens communs en biologie », *in* Bellivier, F., et *al*., *La bioéquité,* Autrement « Frontières », 2009, pp. 55-67, spé. p. 60.

[1975] Sur la qualification de « patrimoine commun de la Nation » et ses conséquences, voir les développements de la première partie de la thèse relatifs aux différents types de communs, et en particulier le commun imposé au détenteur au nom d'une valeur universelle : le patrimoine commun (paragraphe II, section II, chapitre II, titre II).

[1976] Deffairi, M., « Patrimoine commun de la nation », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 893.

[1977] M. Deffairi explique que les composantes du patrimoine commun de la Nation sont généralement le territoire (art. L. 110 du Code de l'urbanisme), l'eau et l'ensemble des composantes de l'environnement (art. L. 110-1 du Code de l'environnement). Mais encore, les biens culturels font partie d'un tel patrimoine même s'ils ne sont pas expressément désignés dans le Code du patrimoine. Il est communément admis leur insertion en raison de leur intérêt historique, artistique, archéologiques esthétique, scientifique ou technique, y compris pour les biens culturels immatériels sur le fondement de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel du 17 octobre 2003 (art. L. 1 du Code du patrimoine). Voir Deffairi, M., *ibid*., p. 894-895.

l'objet d''innovations tout en se transmettant[1978]. Il semblerait judicieux d'ajouter que cette forme de connaissance doit présenter un intérêt collectif en ce qu'elle relève de l'intérêt général et de la dignité de l'être humain. La qualification de « patrimoine commun de l'Humanité » ne semble, en revanche, pas pertinente en ce qui concerne le titulaire juridique. Au regard de la définition des connaissances pratiques, la communauté détentrice de connaissances pratiques ne se mesure pas à l'échelle mondiale mais plutôt à l'échelle nationale voire locale. Néanmoins, en raison des enjeux vitaux de ces connaissances, la communauté bénéficiant d'un droit d'accès et d'utilisation devrait être mondiale et non seulement nationale (titulaire patrimonial). Il conviendrait donc d'allier les régimes des qualifications de « patrimoine commun de la Nation » (en termes de conséquences sur les détenteurs) et de « patrimoine commun de l'Humanité » (en termes de conséquences à l'égard des tiers) pour une gestion efficace de certaines connaissances pratiques. La qualification de « patrimoine commun de la Nation » présente, par ailleurs, des conséquences sur les prérogatives du détenteur car elle crée une maîtrise concurrente au droit de propriété. Les détenteurs sont restreints dans l'exercice de leurs prérogatives du droit de propriété (*usus, fructus, abusus*) dans la mesure où ils doivent accepter l'accès des tiers aux utilités du bien et se comporter comme un gardien pour le sauvegarder et le transmettre aux générations futures[1979]. Il devrait alors en être de même pour un détenteur disposant de droits de propriété intellectuelle. Comme le souligne J. Blake, de tels droits de propriété intellectuelle doivent être *sui generis* pour s'adapter à la qualification de « patrimoine commun » des biens concernés[1980].

650. Transition. Se pose alors la question de la légitimité d'une telle appropriation privée et exclusive lorsqu'elle concerne directement des ressources pouvant être considérées comme vitales. C'est dans ce contexte qu'un droit à l'accès des tiers est de plus en plus invoqué.

[1978] Cominelli, F., « Le patrimoine culturel immatériel est-il un bien commun ? Le cas de la pierre sèche en France », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, 2012, pp. 83-92.

[1979] Selon M. Deffairi, le détenteur du bien apparaît comme un gardien pour le compte de la communauté : « Nous exerçons sur elles [les composantes du patrimoine commun de la Nation] une certaine maîtrise, un *pouvoir*, mais nous ne pouvons pour autant pas en disposer librement dans la mesure où un *devoir* de protection et de gestion durable de ces biens nous incombe, une responsabilité ». Voir Deffairi, M., « Patrimoine commun de la nation », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 893 et s., spé. p. 896.

[1980] Blake, J., « Patrimoine culturel immatériel », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 905 et s., spé. p. 908.

2) La création d'un droit à l'accès des connaissances pratiques

651. Un droit spécifique des tiers à l'égard de connaissances pratiques spécifiques. Pour contrer les effets négatifs d'une protection exclusive des connaissances pratiques (ou des inventions issues de ces connaissances), de nouveaux droits devraient être créés pour assurer l'accès et le partage. M.A. Frison-Roche explique que de nouveaux biens existent qui sont sources de nouveaux droits et qui viennent remodeler l'idée du droit de propriété[1981]. Un droit à l'accès est alors de plus en plus discuté[1982] pour s'opposer au modèle de la propriété privée exclusive[1983]. Par cette logique de l'accès, les tiers bénéficieraient d'un droit de ne pas être exclus de l'usage ou de la jouissance des connaissances pratiques. J. Rochfeld explique cependant que ce droit à l'accès ne devrait concerner que des ressources particulières[1984]. Les biens vitaux[1985] s'imposeraient naturellement dans le domaine de la dignité car ils font référence au respect de l'intégrité physique et psychologique des individus[1986]. L'auteur parle de « biens destinés[1987] » dont le propriétaire ne peut user et disposer librement car ces biens sont « transcendés par leur destination ». M.A. Frison-Roche parle, quant à elle, de « biens d'humanité » dont l'accès est primordial car cela « revient pour le demandeur à accéder à ce qui fait à travers sa personne particulière son humanité (la vie décente, la connaissance, etc)[1988]. » Par exemple, il devrait être imposé un droit à l'accès à certains traitements et médicaments « essentiels »[1989]. »

[1981] Frison-Roche, M.A., « Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre de la propriété », *in Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle,* Litec, 2001, pp. 759-770.

[1982] Un tel droit a été systématisé par J. Rifkin lorsqu'il présente l'idée d'un « âge de l'accès ». Voir Rifkin, J., *L'âge de l'accès,* La Découverte, Essais, 2005.

[1983] Dans un monde d'interconnexions, la liberté ne signifierait plus autonomie mais accès : « Il ne s'agit plus tant d'être autonome – car désormais cela signifie être déconnecté et isolé – mais de jouir des diverses ressources au même titre que les autres. » Voir Rochfeld, J., « 5. Entre propriété et accès : la résurgence du commun », *in* Bellivier, F., et *al.*, *La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 69-87, spé. p. 81.

[1984] « Le droit à l'accès intéresserait en priorité un domaine circonscrit, on s'en doute, à certains types de ressources particulièrement essentielles. » Voir Rochfeld, J., *ibid*., p. 81.

[1985] La socialisation du droit de propriété s'effectuerait donc dans une articulation avec la « notion de vie », au sens où la propriété ou son exclusivité pourraient être écartées quand elles menacent la vie d'autrui. Voir Rochfeld, J., *ibid*., p. 86.

[1986] Rochfeld, J., *ibid*., p. 85.

[1987] Rochfeld, J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013.

[1988] Frison-Roche, M.A., « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », *in Propriété intellectuelle et mondialisation,* Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, pp. 165-175, spé. p. 167.

[1989] En effet, J. Rochfeld expose que l'on pourrait placer sous cette bannière les revendications qui ont entouré l'accès aux « médicaments essentiels » que sont les antirétroviraux pour les malades du sida et qui, couverts par un brevet, étaient proposés à des prix inabordables pour certaines populations. Voir Rochfeld, J., *ibid*., p. 85. Selon l'OMS, les médicaments essentiels sont ceux qui « répondent aux besoins de santé prioritaires d'une population (…). Ils devraient être disponibles en permanence dans le cadre de systèmes de santé opérationnels, en quantité suffisante, sous la forme galénique qui convient, avec une qualité assurée et à un prix abordable au niveau individuel comme à celui de la communauté. » Voir https://www.who.int/topics/essential_medicines/fr/

652. La nécessité de trouver un équilibre entre propriété et accès. En contrant les droits de propriété intellectuelle par un droit à l'accès des tiers sur les ressources vitales et de dignité, il semblerait néanmoins que l'incitation à la recherche ne soit plus assez effective car les perspectives économiques ne sont plus aussi attractives. M.A. Frison-Roche souligne que : « La perspective de mise sur un marché est le plus souvent la cause de l'invention en raison des investissements requis dans la recherche[1990]. » Ce cas de figure concerne particulièrement les médicaments s'ils n'étaient plus brevetés ou si un droit à l'accès trop large était mis en œuvre. M.A. Frison-Roche expose que puisque ces ressources contiennent une « part d'humanité », un effort est requis pour « marier marché et régulation[1991] ». Un équilibre doit alors être trouvé entre accès et propriété car ces connaissances ou ressources spécifiques ont nécessité un coût pour leur création et leur production mais, dans le même temps, un nombre important de personnes veulent et ont besoin d'y accéder en raison de ce caractère vital ou de dignité. La légitimité du droit de propriété tiendrait, par ailleurs, dans l'exercice du droit à l'accès et non l'inverse. En d'autres termes, c'est parce que les tiers ont le droit d'accéder à certaines connaissances que les titulaires bénéficient d'un droit de propriété sur ces dernières. Le droit des tiers fonde le pouvoir du titulaire du droit de propriété[1992]. Même si la propriété demeure individuelle, une conception régulée du droit de propriété doit donc être mise en œuvre afin de ne pas empêcher l'accès des tiers, notamment par des obstacles pécuniaires.

653. Les mesures propres à établir un équilibre entre propriété et accès. Il convient de se demander si un équilibre entre propriété et accès pourrait être trouvé en garantissant une contrepartie financière au détenteur. M.A. Frison-Roche explique que le propriétaire ne peut pas s'opposer à ce droit d'accès des tiers mais il est en droit d'exiger une contrepartie financière à l'accès sous la forme d'un prix équitable[1993]. La question est de savoir si une telle rétribution est justifiée lorsque les savoirs conditionnent la vie des individus. Même si le prix est dit « équitable », certains individus seront tout de même exclus car ils n'auront pas la capacité de payer un tel prix pour accéder aux savoirs et les utiliser. Une solution pour garantir le droit d'accès des tiers serait déjà mise en place avec les licences obligatoires[1994]. Celles-ci sont issues

[1990] Frison-Roche, M.A., *ibid*., p. 166.

[1991] Frison-Roche, M.A., *ibid*., p. 167.

[1992] En étant le fondement de la propriété, M.A. Frison-Roche explique que : « L'accès des tiers permet alors d'admettre la valeur marchande de l'information, de concevoir la titularité de celle-ci, c'est-à-dire son appropriation, dès l'instant qu'on organise l'accès de tous à la connaissance. » Voir Frison-Roche, M.A., *ibid*., p. 175.

[1993] Frison-Roche, M.A., *ibid*., p. 175.

[1994] L'octroi de licences obligatoires est prévu dans de nombreux pays. Voir OMPI, « Exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : concession de licences obligatoires et utilisation par les pouvoirs publics », *Comité permanent du droit des*

des pouvoirs publics[1995] qui autorisent un tiers à fabriquer ou utiliser le produit breveté sans le consentement du titulaire du brevet, moyennant une rémunération adéquate[1996]. En matière de médicaments essentiels, l'OMC a, de plus, prévu de faciliter l'accès des pays pauvres aux médicaments[1997]. En effet, depuis l'entrée en vigueur de l'amendement du 23 janvier 2017, figurant désormais à l'art. 31 *bis* de l'Accord sur les ADPIC, les règles du système commercial mondial ont été adaptées aux besoins de santé publique des populations des pays pauvres[1998]. Cet amendement exige aux pays exportateurs d'octroyer des licences obligatoires à des fournisseurs de génériques uniquement aux fins de la fabrication et de l'exportation des médicaments nécessaires vers des pays dont la capacité de fabrication est insuffisante[1999]. Il en est de même en matière de CCP (certificat complémentaire de protection)[2000].

654. Les limites relatives aux licences obligatoires. Les licences obligatoires demeurent cependant peu utilisées. Les difficultés d'application seraient dues à la complexité, en apparence, du mécanisme et à la croyance erronée qu'il s'agirait d'une forme d'expropriation

brevets, 21ème session, SCP/21/4 REV, 3-7 novembre 2014, spé. p. 16 et s. L'OMPI incite, par ailleurs, les Etats à utiliser ces licences obligatoires dès lors que l'assouplissement vise un manque d'accès constaté et se trouve limité pendant la durée de la crise : « Le système de la propriété intellectuelle reconnaît aux niveaux national et international que les situations d'urgence et de catastrophe peuvent nécessiter la prise de mesures susceptibles de perturber le fonctionnement normal du cadre d'incitation sur lequel repose le système (…). Les mesures de politique générale prévues par le droit international et le droit national de la propriété intellectuelle pour gérer et tempérer les situations d'urgence et de catastrophe comprennent les licences obligatoires (…) ». Voir OMPI, « Propriété intellectuelle, innovation, accès et COVID-19 », *OMPI Magazine*, No. 2, Juin 2020.

[1995] Selon l'art. L. 613-17 du CPI, les licences d'office sont accordées par arrêté du ministre chargé de la propriété industrielle, sur demande du ministre chargé de la santé publique, selon des conditions déterminées notamment quant à leur durée et leur champ d'application.

[1996] Art. 31 de l'Accord sur les ADPIC, art. L. 613-16 et L. 613-17 du CPI.

[1997] C'est le premier cas d'amendement d'un accord de l'OMC depuis que l'Organisation a été instituée en 1995. Avant cet amendement, lorsque les médicaments étaient produits dans le cadre d'une licence obligatoire, dans un autre pays, l'Accord sur les ADPIC limitait la quantité exportable. Voir OMC, « Modification des règles de l'OMC en matière de propriété intellectuelle afin de faciliter l'accès des pays pauvres à des médicaments abordables », *Nouvelles*, 2017. Au sein de l'Union européenne s'applique le règlement communautaire n° 816-2006 du 17 mai 2006 concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique.

[1998] Selon le Directeur général de l'OMC, R. Azevêdo : « Cet amendement est d'une extrême importance. Il confère la certitude juridique que les médicaments génériques pourront être exportés à des prix raisonnables pour répondre aux besoins des pays dont la capacité de production dans le secteur pharmaceutique est inexistante ou limitée. »

[1999] Les 2/3 des membres de l'OMC, soit plus de 100 pays, ont formellement accepté l'amendement selon le Directeur général de l'OMC, R. Azevêdo. Pour accéder à la liste des Etats ayant accepté l'amendement, voir https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/amendment_f.htm

[2000] Art. 5, al. 2 du Règlement du Parlement européen et du Conseil n° 2019/933 du 20 mai 2019 modifiant le règlement (CE) n° 469/2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments.

du breveté[2001]. Il est alors appelé à plusieurs adaptations des textes actuels[2002]. Est notamment proposé que l'art. L. 613-16 du CPI soit interprété comme soumettant au régime de la licence d'office aussi bien les brevets délivrés que les demandes de brevet[2003]. L'introduction d'une exception est, en outre, demandée lorsque la licence d'office porterait sur la fabrication et la commercialisation d'un médicament. Cette exception permettrait de contrer la protection des données de l'AMM (autorisation de mise sur le marché) et l'exclusivité de marché[2004]. Il est également demandé l'obtention d'une ATU (autorisation temporaire d'utilisation) en cas de mises à disposition de produits en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés[2005]. Il devrait, de plus, être prévu la cession ou la mise à disposition, par le breveté au licencié, de tous les éléments nécessaires pour commercialiser l'invention brevetée, y compris le savoir-faire[2006]. Il n'est en effet pas suffisant de permettre aux pays dans le besoin d'accéder et d'utiliser le seul produit breveté (le médicament)[2007]. À défaut, la licence obligatoire ne fait que créer une dépendance des pays dans le besoin en faveur des pays exportateurs. Par contre, même si l'accès aux connaissances est ouvert, son efficacité pourrait être limitée si l'acquéreur ne dispose pas des connaissances et de l'expérience suffisantes pour comprendre comment manier la connaissance pratique correctement. Le prix ne serait alors pas le seul obstacle à l'accès mais il y aurait aussi des raisons d'ordre socio-économique et culturel[2008] à résoudre.

[2001] « Si la licence d'office constitue, certes, une forme de licence obligatoire tendant à limiter les prérogatives du breveté en lui imposant un partenaire contractuel pour un cas précis, elle n'implique pas pour autant de priver le breveté de son droit. Toutefois, il sera obligé d'accorder un droit d'utilisation de son invention dans un cadre précis (e.g., pour la pandémie COVID-19, pendant toute la durée de la crise). En d'autres termes, la licence ne vient empiéter que sur l'une des trois prérogatives généralement associées à la propriété : l'*usus.* En aucun cas elle n'empiète sur la capacité du breveté à recueillir les fruits issus du bien (*fructus*) pas plus que sur l'*abusus*. » Voir Berthet, E., Dhenne, M., Vial, L., « COVID-19 : Comment mettre en œuvre la licence d'office », *De Boufflers*, 2020, spé. p. 17.

[2002] Voir notamment la proposition de loi visant à créer un pôle public du médicament, présentée par la députée C. Fiat, le 27 mai 2020, No. 2814 et No. 3014.

[2003] La soumission des demandes de brevet au régime de la licence d'office permettrait d'anticiper les carences du futur breveté dans l'approvisionnement du territoire en médicaments. Voir Berthet, E., Dhenne, M., Vial, L., *ibid*., p. 19-20.

[2004] À défaut, si la protection des données de l'AMM et l'exclusivité du marché du médicament n'ont pas expiré, la demande du licencié pour développer et commercialiser un générique du médicament protégé sera refusée (art. R. 5121-28 et L. 5121-10-1 du CSP, art. 14, paragraphe 11 du règlement (CE) n° 726/2004). Voir Berthet, E., Dhenne, M., Vial, L., *ibid*., p. 25.

[2005] L'art. 5121-12 du CSP devrait ainsi être modifié. Voir Berthet, E., Dhenne, M., Vial, L., *ibid*., p. 26.

[2006] L'art. L. 613-17, al. 1 du CPI devrait être modifié pour ajouter cette précision. Voir Berthet, E., Dhenne, M., Vial, L., *ibid*., p. 27.

[2007] D'ailleurs, le paragraphe 7 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique, adoptée le 14 novembre 2001, incite les pays développés à offrir des incitations aux entreprises et institutions pour promouvoir et encourager le transfert de technologie vers les pays les moins avancés afin d'implanter des infrastructures industrielles et améliorer la capacité de recherche dans le domaine pharmaceutique. Aussi, l'art. 5 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que l'aide facilitant la production locale de médicaments peut prendre la forme d'une coopération technique dans le but de promouvoir des systèmes de brevets régionaux.

[2008] A. Gollock expose cinq autres formes d'accessibilité constituant des obstacles à l'accès aux médicaments : l'accessibilité géographique (distance devant être parcourue par les malades pour aller au point de dispensation des médicaments), l'accessibilité physique (disponibilité effective du médicament), l'accessibilité qualitative (fiabilité du médicament sur le plan de l'efficacité et de l'innocuité), l'accessibilité subjective (comportements des personnes elles-mêmes dans leur rapport avec la santé) et l'accessibilité sociale (perception différenciée selon le statut social de la personne). Voir Gollock, A., *op. cit*., p. 373-383.

Une licence obligatoire ne sera, de plus, pas suffisante au regard de la réalité des investissements en recherche et développement pour les maladies des pays pauvres. La faiblesse voire l'inexistence des investissements en recherche et développement pour traiter des maladies rares ou des maladies des pays pauvres (les deux étant souvent liées) peut en effet être une des causes principales du déficit d'accès aux médicaments. L'absence d'intérêt des industries pharmaceutiques pour traiter certaines maladies s'explique principalement par le manque de potentiel commercial[2009]. L'essentiel de la recherche pharmaceutique mondiale est alors orienté vers la satisfaction des besoins des pays riches et des populations solvables des pays pauvres. A. Gollock expose en détails les différentes failles relatives à l'efficacité de la recherche fondamentale sur les maladies des pays pauvres[2010]. Ces limites seraient dues aux divergences d'objectifs entre la sphère publique et la sphère privée[2011] et concerneraient aussi bien les pays développés que les pays les moins avancés ou émergents[2012]. Ces limites seraient également renforcées par le droit des brevets en raison du prix du médicament imposé aux utilisateurs-consommateurs[2013]. A. Gollock tempère cependant ces faiblesses en expliquant que la connaissance accumulée en recherche et développement pour la mise au point de médicaments à l'égard des populations solvables peut être par la suite exploitable pour d'autres maladies touchant les populations les plus pauvres[2014]. L'OMPI apporte, par ailleurs, un soutien à la recherche soignant les maladies négligées *via* la création de « WIPO Re:Search »[2015].

[2009] Selon A. Gollock, les multinationales pharmaceutiques déterminent leurs programmes et priorités de recherche en fonction du pouvoir d'achat des clients potentiels. Par conséquent, seule une faible portion des médicaments approuvés est destinée à faire face aux maladies qui touchent principalement les pays en développement, alors qu'elles représentent le plus lourd fardeau en terme de charge de morbidité et de mortalité. Voir Gollock. A., *Les implications de l'Accord de l'OMC sur les Aspects de Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC) sur l'accès aux médicaments en Afrique subsaharienne*. Thèse d'économies et de finances, Université Pierre Mendès-France - Grenoble II, 2007, spé. p. 311.

[2010] La première faille survient lorsque la recherche fondamentale est publiée mais que la recherche pré-clinique ne commence pas. En d'autres termes, la recherche fondamentale a dévoilé des connaissances théoriques efficaces pour le traitement des maladies mais les connaissances pratiques ne seront pas mises en œuvre par la suite en raison de leur manque de rentabilité. Une autre faille apparaît lorsque des médicaments déjà commercialisés sont abandonnés du fait de la faiblesse de leur rentabilité. Voir Gollock. A., *op. cit*., p. 316-318.

[2011] En effet, ce sont les universités et les instituts publics (recherche publique) qui effectuent les premières phases de la recherche fondamentale et la découverte de nouveaux médicaments. Par contre, le savoir-faire, les infrastructures, la capacité de gestion sont de la responsabilité du secteur privé qui vérifiera si la recherche appliquée présente une rentabilité potentielle suffisante. Voir Gollock, A., *op. cit*., p. 316.

[2012] Même si les pays en développement ont des capacités pour produire des médicaments et faire de la recherche et développement, les firmes locales auront probablement tendance à privilégier les produits offrant des perspectives de profit plus intéressantes. Seront alors favorisés les projets de recherche destinés à l'invention de médicaments contre les maladies des populations solvables des pays développés. Voir Gollock, A., *op. cit*., p. 320.

[2013] Le prix est déterminé par la complexité du processus de production et le contenu en principe actif. Un médicament comportant un nombre important d'opérations durant sa fabrication et composé d'une quantité élevée de principes actifs aura un coût de production considérable et un prix de vente excessif. Voir Gollock, A., *op. cit*., p. 370.

[2014] Gollock. A., *op. cit*., p. 317.

[2015] WIPO Re:Search a été créé en 2011 par l'OMPI et l'ONG BIO Ventures for Global Health. C'est un consortium public-privé qui accélère la recherche et le développement pour la découverte de remèdes et de technologies traitant les maladies tropicales négligées. La collaboration est favorisée en rendant les actifs de propriété intellectuelle (expertise, données, molécules, savoir-faire) disponibles gratuitement pour les scientifiques. Voir OMPI, « WIPO Re:Search accueille un 150e membre dans la lutte contre les maladies tropicales négligées, le paludisme et la tuberculose », [En ligne], Genève,

655. Transition. En plus du caractère vital et de dignité de certaines connaissances pratiques empêchant le libre choix du détenteur dans la forme de protection, il semblerait important de reconnaître aux tiers une liberté d'utilisation lorsque les connaissances pratiques sont utilisées à des fins non commerciales.

B) L'utilisation des connaissances pratiques à des fins non commerciales

656. Plan. Même dans le cas où les connaissances pratiques seraient protégées par une forme de protection exclusive, il devrait être établie une distinction entre les utilisations à but lucratif et à but non lucratif. Le détenteur ne devrait pas pouvoir interdire les utilisations des connaissances pratiques par des tiers lorsqu'elles sont réalisées à des fins non lucratives (1). Cette distinction dans le but de l'utilisation est d'ailleurs déjà reconnue dans différents instruments législatifs (2).

1) La liberté dans l'utilisation des connaissances pratiques à des fins non commerciales

657. Les raisons justifiant la libre utilisation à des fins non lucratives des connaissances pratiques. Les utilisateurs, quels qu'ils soient, ne devraient pas se voir interdire certaines utilisations des connaissances pratiques[2016]. Le fondement de cette exception s'expliquerait pas la nature et par la fonction de ces connaissances. Elles appartiendraient traditionnellement au domaine du « libre » ou au domaine public légitimant l'utilisation par tous[2017]. Les connaissances pratiques auraient aussi pour fonction de promouvoir le progrès scientifique[2018], les échanges techniques et la diffusion des innovations[2019]. Elles sont, en effet, investies aussi bien d'utilités économiques que d'utilités intellectuelles (culturelles,

PR/2021/873, 11 janvier 2021, [Consulté le 23 avril 2021]. Disponible à l'adresse : https://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2021/article_0001.html

[2016] M.A. Chardeaux expose même que toute personne devrait pouvoir librement exploiter l'objet de la protection, même dans un but lucratif, lorsque l'exploitation est réalisée sur un autre marché et qu'elle ne concurrence pas l'exploitation normale du détenteur initial. Cette ouverture dans l'utilisation serait fondée par la liberté d'expression, et plus particulièrement par ses corollaires, la liberté de l'information et de création. Par exemple, l'art. L. 122-5. 3°, a) du CPI prévoit la possibilité d'exploiter des éléments entrant normalement dans le champ du monopole du détenteur dans le but de créer une œuvre seconde. Voir Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 367.

[2017] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 7.

[2018] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 33.

[2019] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 43.

scientifiques). Or, ces dernières devraient profiter à tous lorsqu'elles sont utilisées non lucrativement. Une utilisation à but non lucratif vise à garantir le partage des connaissances en renforçant notamment la coopération scientifique, la formation des étudiants ou encore le transfert de technologie. En raison de cette nature et de ces fonctions, les connaissances pratiques devraient pouvoir être librement utilisées lorsque ces utilisations ne portent pas préjudice aux intérêts économiques du détenteur. M.A. Chardeaux expose en effet que l'objet de la protection est offert à l'usage commun, telle une chose commune, en raison de la très faible atteinte au monopole du détenteur[2020].

658. La nécessité de faciliter l'accès aux connaissances pratiques pour garantir la libre utilisation. Si les utilisations à but non lucratif sont libres, des procédures différentes devraient être mises en œuvre par rapport aux utilisations à but lucratif. Un accès facilité, rapide et sécurisé aux connaissances pratiques devrait être garanti car si l'accès à ces connaissances est trop complexe, notamment du fait de procédures administratives longues, le dynamisme des recherches serait compromis. Selon le Commissariat Général au Développement Durable, les Etats pourraient mettre en place des mesures d'accès simplifiées à l'égard de la recherche non commerciale tout en ajoutant des mécanismes de suivi et de contrôle pour vérifier la conformité de l'accès, repérer les changements d'utilisation, ou encore assurer le partage des avantages[2021]. Le risque est, en effet, qu'une recherche non commerciale conduise à terme à une valorisation commerciale. Un changement dans le but de l'utilisation nécessiterait donc des négociations avec le détenteur initial. Une telle différenciation dans les conditions d'accès aurait ainsi pour avantage de reconnaître l'importance de la recherche non-commerciale pour la diffusion et le progrès des connaissances.

659. La difficulté relative à la détermination de la nature commerciale ou non commerciale des connaissances pratiques. En pratique, il n'est cependant pas toujours aisé de déterminer en amont la nature de la recherche. La difficulté à déterminer les utilisations commerciales (lucratives) et non commerciales (non lucratives) et à délimiter leur frontière[2022]

[2020] Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 367.

[2021] CGDD (Commissariat Général au Développement Durable), « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées », *Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du CGDD,* Etudes & documents, No. 48, 2011, 330 p, spé. p. 87.

[2022] En effet, certains parlent de « *porous boundaries* » entre la recherche commerciale et non-commerciale. Voir Bavikatte, KS., Cocchiaro, G., Elan Abrell, JD., Von Braun, J., « Imaging A Traditional Knowledge Commons : A Community Approach to Ensuring the Local Integrity of Environmental Law and Policy », *Thirteen Biennial Conference of the International Association for the Study of Commons (IASC),* Hyderabad, India, 2011, spé. p. 13.

provient particulièrement de l'absence d'une définition légale de ces termes. Le manque de définition s'explique par le désaccord existant sur la portée de la définition voire sur son existence. La création d'une définition est, en effet, rejetée par certains dans la mesure où ce devrait être au détenteur initial de décider quelle utilisation il considère de nature commerciale ou non commerciale[2023]. Aussi, tandis que certains demandent une définition large pour s'adapter à la diversité des pratiques sociales et commerciales au regard des nouvelles technologies, d'autres préfèrent une définition étroite pour dépasser l'effet dissuasif, notamment causé par les incertitudes et ambiguïtés relatives à la notion de « non-commercial » empêchant souvent les contenus d'être utilisés[2024]. L'une des rares définitions du terme « non-commercial »[2025] est celle du mouvement *Creative Commons* : « Toute utilisation qui n'est pas principalement destinée à ou dirigée vers un avantage commercial ou une compensation monétaire privée[2026]. » Plutôt qu'une définition unique, certains participants pensent, par ailleurs, que serait plus judicieuse la création de licences d'utilisation non-commerciales adaptées aux cas-par-cas aux différentes utilisations et/ou aux différents contextes[2027].

660. L'impossibilité de nettement déterminer la nature de l'utilisation par rapport à la nature de l'opérateur. Il pourrait, de prime abord, être déterminé la nature de l'utilisation selon la nature de l'opérateur qui en est en charge. Par exemple, les utilisations par une organisation à but non-lucratif sont généralement « moins commerciales » que les utilisations par une organisation à but lucratif[2028]. Certains pensent même que les utilisations par des organisations à but non-lucratif devraient toujours être considérées de nature non-commerciales, peu importe l'utilisation particulière[2029]. D'autres soulignent néanmoins qu'une utilisation dans un but caritatif par une organisation à but non-lucratif n'est pas « définitivement non-commerciale »[2030]. Concernant les écoles ou les universités, elles ne devraient pas *de facto* être considérées comme en charge de recherches de nature non commerciale. Une telle

[2023] Creative Commons., « Defining "Noncommercial" – A Study of How the Online Population Understands "Noncommercial Use », [En ligne], septembre 2009, spé. p. 30. [Consulté le 10 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial

[2024] Creative Commons., *ibid*., p. 39 et 40.

[2025] Le terme « non-commercial » semblerait plus difficile à définir que le terme « commercial » car moins la création est commerciale, plus les opinions des créateurs et utilisateurs diffèrent dans le sens où les créateurs évaluent généralement les utilisations moins commerciales que les utilisateurs. Voir Creative Commons., *ibid*., p. 75.

[2026] [Notre traduction] « Currently, the non commercial option only permits use of the work in any manner that is not "primarily intended for or directed towards commercial advantage or private monetary compensation. » Voir Creative Commons., *ibid*., p. 17

[2027] Creative Commons., *ibid*., p. 35.

[2028] Creative Commons., *ibid*., p. 11.

[2029] Creative Commons., *ibid*., p. 22.

[2030] Creative Commons., *ibid*., p. 75.

interprétation risquerait de ne pas prendre en compte les comportements de certains opérateurs, qui, sous couvert de recherche non commerciale, se soustraient aux obligations de partage, privatisent et commercialisent leurs résultats. La nature de la recherche dépendrait de l'existence d'avantages monétaires ou non, notamment par les frais de scolarité[2031]. À propos du gouvernement ou des entités étatiques, la majorité des créateurs et des utilisateurs du rapport considèrent leurs utilisations de nature commerciale.

661. Les critères propres à constituer une utilisation commerciale. Pour déterminer la nature de l'utilisation, le rapport[2032] souligne que plusieurs facteurs sont vérifiés tels que le type d'utilisation (notamment promotionnel ou publicitaire), le contexte (par exemple, selon que l'accès à un site internet est restreint ou ouvert[2033]) ou encore la nature de la communauté d'utilisateurs (caritatif, école publique). Concernant les utilisations commerciales, autant les créateurs (73%) que les utilisateurs (76%) considèrent que sont de nature commerciale les utilisations qui assurent une rémunération, soit directement de la vente de copies de la création soit de l'utilisation de la création de quelconque manière. Aussi, les utilisations révélant une simple intention de gagner de l'argent ou les utilisations qui incluent des publicités en ligne[2034] seraient de nature commerciale. Une incertitude demeure toutefois quant aux publicités en ligne[2035]. La compréhension est, de plus, remise en cause lorsque certaines utilisations sont qualifiées de « moins commerciales ». Par exemple, les utilisations par des organisations, individus ou pour des objectifs caritatifs sont qualifiées de « moins commerciales » sans être vraiment non-commerciales. Les utilisations en lien avec la publicité sont généralement de nature « moins commerciale » lorsqu'elles sont à destination d'une organisation à but non-lucratif. Les CCFF (*Creative Commons Friends and Family*) considèrent que les utilisations en lien avec des publicités en ligne ou impliquant des coûts de recouvrement (hébergement du site internet, par exemple) sont « moins commerciales », contrairement à ce que pense la population

[2031] Creative Commons., *ibid*., p. 63.

[2032] Les développements ci-dessous se penchent sur le rapport publié par l'association *Creative Commons* ayant établi des sondages sur la compréhension et la définition de la notion « utilisation non-commerciale » par la population au sens large (créateur et utilisateur) et par les adhérents à l'association, dénommés les CCFF (*Creative Commons Friends and Family*). Voir Creative Commons., *ibid*.

[2033] Creative Commons., *ibid*., p. 58.

[2034] Creative Commons., *ibid*., p. 50 et 60.

[2035] Le rapport souligne qu'il y a plus d'incertitude que de certitude concernant la question de savoir si les utilisations spécifiques d'un contenu en ligne sont commerciales ou non commerciales. Certains participants pensent que, puisque le modèle de la publicité en ligne est basé sur la fréquentation, toute utilisation du contenu qui aide à augmenter les visites sur une page internet particulière contenant une publicité serait de nature commerciale. Au contraire, les CCFF pensent qu'un tel modèle est une réalité inoffensive de la distribution de contenu sur Internet. Voir Creative Commons., *ibid*., p. 11.

au sens large[2036]. Mais encore, les utilisations personnelles et privées sont considérées comme les « moins commerciales » de toutes les utilisations, voire de nature « définitivement non-commerciales » par les CCFF[2037]. Cependant, lorsqu'un individu est un professionnel faisant des actes d'utilisation dans un contexte professionnel alors l'utilisation serait de nature « fortement commerciale » et non « moins commerciale », même si aucune contrepartie financière en découle, selon les utilisateurs[2038].

662. Les critères propres à constituer une utilisation non commerciale. Concernant les utilisations non-commerciales, une majorité de créateurs et d'utilisateurs (6 sur 10) considère que aucun argent ne doit être gagné[2039]. Une utilisation non-commerciale est donc celle pour laquelle aucun revenu n'en découle[2040], voire aucun bénéfice commercial indirect. Toutefois, ce dernier est difficilement évitable en pratique, y compris pour des détenteurs ayant une volonté de protéger uniquement leur droit de paternité. L'utilisation peut aussi être de nature non-commerciale lorsqu'elle n'impose aucun paiement mais qu'un tel paiement peut provenir de la seule volonté du tiers (« If you can afford it, please pay ; if not, that's okay[2041] »). Ce n'est pas parce que de l'argent peut être reçu des utilisations que ces dernières doivent forcément être de nature commerciale[2042]. Les utilisations non-commerciales ne semblent donc pas se réduire au « *fair use* » ou aux exceptions prévues par le droit de la propriété intellectuelle[2043]. En tout état de cause, les créateurs et utilisateurs ont davantage tendance à considérer qu'une utilisation est de nature non-commerciale, y compris lorsqu'elle provient d'une organisation à but lucratif, lorsqu'elle est réalisée dans un but caritatif, pour promouvoir le bien public ou social (« '*truly'*

[2036] 6 créateurs et utilisateurs sur 10 considèrent que les utilisations en lien avec la publicité en ligne sont « définitivement commerciales », même si l'argent couvre uniquement les coûts relatifs à l'hébergement du site internet. Les utilisations en lien avec les publicités de « splog » seraient toujours « définitivement commerciales ». Voir Creative Commons., « Defining "Noncommercial" – A Study of How the Online Population Understands "Noncommercial Use », [En ligne], septembre 2009, spé. p. 32 et 54. [Consulté le 10 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial

[2037] Creative Commons., *ibid*., p. 12 et 76.

[2038] Creative Commons., *ibid*., p. 58.

[2039] Creative Commons., *ibid*., p. 54.

[2040] Creative Commons., *ibid*., p. 33 et 34.

[2041] « Si vous avez les moyens de contribuer, alors payez ; À défaut, ce n'est pas grave. » [Notre traduction], Creative Commons., *ibid*., p. 34.

[2042] Creative Commons., *ibid*., p. 12.

[2043] Par exemple, l'art. L. 613-5 du CPI prévoit que les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ainsi qu'aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée. L'art. L. 122-5 du CPI présente aussi des exceptions au droit exclusif de l'auteur et la protection du secret des affaires prévoit un article spécifique pour les exceptions à cette forme de protection (art. L. 151-7 à L. 151-9 du Code de commerce).

educational use[2044] », c'est-à-dire une utilisation à but intégralement éducatif) ou encore lorsqu'elle vise à soutenir la communauté (« *community support* ») ou à promouvoir le débat public (« *public discourse* »)[2045]. En d'autres termes, l'utilisation ne doit pas faire jouer la concurrence mais simplement augmenter la valeur promotionnelle de la personne concernée.

663. Transition. Le processus de décision sur la détermination de la nature des utilisations n'est donc pas clairement établi et dépend de considérations subjectives aux cas-par-cas[2046]. Malgré ces limites, la distinction dans la nature de l'utilisation apparaît dans plusieurs instruments législatifs.

2) La reconnaissance de la distinction dans le but de l'utilisation par les instruments législatifs

664. L'influence de certains instruments juridiques dans la prise en compte du but de l'utilisation. Que ce soient le protocole de Nagoya[2047] pour les savoirs dits « traditionnels », la loi pour une République numérique pour les données publiques ou le contenu des écrits scientifiques ou encore la directive du 17 avril 2019[2048] pour les organismes de recherche et les institutions du patrimoine culturel, des mesures spécifiques sont prévues pour contrer le droit exclusif d'un détenteur et favoriser le partage des connaissances. Même si ces textes ne visent pas expressément les connaissances pratiques, ils constituent tout de même des sources d'inspiration légitimes pour imposer leur libre accès et leur libre utilisation lorsque l'objectif de mise en œuvre de celles-ci n'est pas guidé par un but lucratif.

665. La prise en compte de la nature de l'utilisation au sein du Protocole de Nagoya. L'article 8, a) du Protocole de Nagoya prévoit un accès facilité aux connaissances dites « traditionnelles » des communautés autochtones et locales. Ces mesures d'accès simplifiées seraient uniquement mises en œuvre pour la recherche à des fins non commerciales dans le but

[2044] Creative Commons., « Defining "Noncommercial" – A Study of How the Online Population Understands "Noncommercial Use », [En ligne], septembre 2009, spé. p. 34. [Consulté le 10 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial

[2045] Creative Commons., *ibid*., p. 39.

[2046] Creative Commons., *ibid*., p. 32-34.

[2047] Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique, a été adopté à la dixième réunion de la Conférence des Parties, le 29 octobre 2010, à Nagoya, au Japon.

[2048] Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

de « créer des conditions propres à promouvoir et encourager la recherche qui contribue à la conservation de la biodiversité biologique et à son utilisation durable ». Ce même article poursuit toutefois en insistant sur la prise en compte de la possibilité d'un changement d'intention dans les objectifs de la recherche.

666. La reconnaissance d'exceptions au droit exclusif pour garantir la recherche et la conservation. La loi pour une République numérique de 2016[2049] présente aussi des exceptions à une protection exclusive dans le but de construire une « République numérique ouverte et inclusive[2050] » ainsi que pour « libérer l'innovation en faisant circuler les informations et les savoirs[2051] ». Selon V.L. Benabou, les droits de propriété intellectuelle constituent des entraves à ces objectifs[2052]. Cette loi crée notamment une exception aux droits exclusifs des détenteurs pour autoriser les reproductions réalisées en vue d'une exploration ou de fouilles[2053] à la condition que la recherche soit réalisée dans un but non commercial. Cette exception permet aux chercheurs de procéder gratuitement aux explorations et fouilles de données dans les textes (écrits scientifiques) ou bases de données protégés par des droits de propriété intellectuelle. Les deux conditions[2054] sont que l'exploration ou la fouilles doivent être réalisées pour la recherche à l'exclusion de toute finalité commerciale et la reproduction doit être faite à partir d'une source licite ou par une personne y ayant licitement accès. Selon V.L. Benabou, cette dernière condition mérite plus de précision car elle risque de laisser le titulaire faire jouer son droit exclusif par rapport à l'obtention licite du support ou de l'accès. Une distinction est, de plus, opérée lorsque l'exploration de textes ou de données concerne ou non une base de données. L'exception est plus large lorsqu'elle concerne les bases de données puisqu'elle vise l'ensemble de la recherche et non pas uniquement la recherche publique[2055]. Il peut, par ailleurs, être ajouté une autre exception, prévue par la loi de 2016, concernant le secret de la vie privée ou le secret

[2049] Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

[2050] Le portail de l'Economie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, [En ligne], [consulté le 28 juillet 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.economie.gouv.fr/republique-numerique

[2051] *Ibid*.

[2052] V.L. Benabou expose que la loi de 2016 n'aboutit qu'à un « simple toilettage *a minima* du droit de la propriété littéraire et artistique dans le sens d'une réduction des prérogatives. » Voir Benabou, V.L., « La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT,* 2016, p. 531.

[2053] La fouille électronique de documents correspond à un processus de recherche automatisé qui porte sur l'ensemble des données numériques dans le but de découvrir de nouvelles connaissances ou idées. En pratique, c'est un procédé de recherche et d'analyse automatisé par lequel une machine consulte de grandes quantités de contenus numériques pour en extraire les informations pertinentes au regard des instructions de recherche paramétrées par l'utilisateur. Voir Bourgeois, M., Cousin, G., « Les apports de la loi pour une République numérique en matière de propriété intellectuelle », *La Semaine juridique Entreprise et Affaires, LexisNexis,* No. 49, 2016, p. 32.

[2054] Art. 38 de la loi modifiant l'art. L. 122-5 du CPI en insérant un 10° pour les écrits scientifiques. Aussi, l'art. L. 342-3 du CPI est modifié pour insérer un 5° pour les bases de données.

[2055] Contrairement à ce qui est inscrit à l'art. L. 122-5 du CPI.

des affaires lorsqu'une demande à des fins de recherche ou d'étude est faite pour effectuer des traitements sur une base de données[2056]. Concernant la directive du 17 avril 2019, elle rend libres certains actes à visée non lucrative lorsqu'ils sont effectués par des organismes de recherche[2057] ou des institutions du patrimoine culturel[2058]. La même exception que celle prévue par la loi de 2016 est reprise pour les reproductions et les extractions effectuées par des organismes de recherche et des institutions du patrimoine culturel en vue de procéder, à des fins de recherche scientifique, à une fouille de textes et de données[2059]. Les copies ne peuvent être conservées qu'à des fins de recherche scientifique[2060]. Les États membres devraient, de plus, être tenus de prévoir une exception permettant aux institutions du patrimoine culturel de reproduire des œuvres et autres objets protégés qui se trouvent à titre permanent dans leurs collections à des fins de conservation[2061]. Il est, en outre, rappelé que les États membres peuvent prévoir une exception ou une limitation aux droits de reproduction, de communication et de mise à la disposition du public d'œuvres ou autres objets protégés, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement[2062]. La directive n° 96/9/CE autorise également l'utilisation d'une base de données et l'extraction d'une partie substantielle du contenu de celle-ci à des fins d'illustration dans le cadre de l'enseignement[2063]. La directive du 17 avril 2019 ajoute que ces exceptions ne devraient s'appliquer que dans la mesure où les utilisations sont justifiées par la finalité non commerciale de l'activité d'enseignement concernée[2064]. Une exception devrait aussi être créée pour permettre l'utilisation numérique des œuvres et autres objets protégés à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement, dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi[2065].

[2056] L'administration détenant la base de données ou l'administration des archives peuvent demander l'avis du comité du secret statistique qui pourra décider de recourir à une procédure d'accès sécurisé aux informations publiques (art. 36 de la loi complétant l'art. L. 311-8 du CRPA).

[2057] Selon le considérant 12 et l'art. 2.1 de la directive du 17 avril 2019, les organismes de recherche incluent les universités ou les autres établissements d'enseignement supérieur et leurs bibliothèques, les instituts de recherche et les hôpitaux qui font de la recherche. Les organismes sur lesquels des entreprises commerciales ont une influence déterminante leur permettant d'exercer un contrôle en raison d'éléments structurels tels que leur qualité d'actionnaire ou d'associé, ne devraient pas être considérés comme des organismes de recherche.

[2058] Selon le considérant 13 et l'art. 2.3 de la directive du 17 avril 2019, les institutions du patrimoine culturel devraient s'entendre comme couvrant les bibliothèques accessibles au public, les musées, les archives et les institutions dépositaires du patrimoine cinématographique ou sonore, les établissements d'enseignement, les organismes de recherche et les organismes publics de radiodiffusion.

[2059] Art. 3.1 de la directive du 17 avril 2019.

[2060] Art. 3.2 de la directive du 17 avril 2019.

[2061] Considérant 27 et art. 6 de la directive du 17 avril 2019.

[2062] Art. 5, paragraphe 3, point a), de la directive n° 2001/29/CE.

[2063] Art. 6, paragraphe 2, point b), et art. 9, point b).

[2064] Considérant 20 de la directive du 17 avril 2019.

[2065] Art. 5 de la directive du 17 avril 2019.

CONCLUSION DE LA SECTION I

667. Une délimitation des connaissances pratiques protégeables exclusivement. Comme le détenteur de connaissances pratiques est libre de choisir entre une protection inclusive ou exclusive de ces dernières, il convient de délimiter lesquelles sont protégeables exclusivement. Pour éviter toute surprotection injustifiée, les connaissances pratiques ne peuvent pas toutes être protégées de manière exclusive. Dès lors, pour bénéficier d'une protection exclusive, ces connaissances doivent répondre à des critères cumulatifs : être dotées d'une valeur (ou être substantielles), être identifiables et transmissibles. Le caractère secret des connaissances pratiques ne devrait être exigé que lorsque le détenteur recherche à protéger ses connaissances par le régime juridique de protection du secret.

668. Les exceptions ou limitations à l'égard de connaissances pratiques spécifiques. Une exception ou limitation à la protection exclusive devrait en outre être prévue. Pour les connaissances pratiques vitales, un droit à l'accès voire une utilisation directe doivent être privilégiés, en s'inspirant des licences obligatoires et en effectuant préalablement un contrôle de proportionnalité. Cette exception ou limitation au droit exclusif du détenteur pourrait avoir pour fondement la qualification de ces connaissances en « patrimoine commun de la Nation ». Une contrepartie financière au bénéfice du détenteur pourrait potentiellement être prévue à la condition qu'elle ne forme pas un obstacle à l'accès et à l'utilisation des utilisateurs. Lorsque les connaissances pratiques sont, de plus, utilisées dans un but non lucratif alors les utilisateurs devraient bénéficier d'un accès facilité, d'une utilisation libre et de mécanismes de suivi et de contrôle pour identifier tout changement dans la nature de l'utilisation. Une harmonisation dans la définition de la nature de l'utilisation est cependant nécessaire et pourrait s'appuyer, d'une part, sur le rapport *Creative Commons* ayant opéré des sondages et statistiques à ce sujet, et d'autre part, sur les instruments juridiques en vigueur[2066].

669. Transition. En revanche, lorsque les connaissances pratiques ne répondent pas à ces circonstances et respectent les critères susvisés alors elles pourraient être protégées par une forme de protection exclusive, selon le libre arbitre du détenteur.

[2066] Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant du 29 octobre 2010, loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

SECTION II
Le choix du secret

670. Présentation et plan. La protection par le secret n'est pas une nouveauté puisque cette forme de protection existait avant le droit et apparaît naturelle. F. Dessemontet souligne effectivement que : « Aussi longtemps que l'Etat ne les contraint pas à publier toutes leurs techniques, les entrepreneurs les garderont confidentielles. C'est une réaction naturelle, présente partout où il y a concurrence réelle ou potentielle pour les mêmes produits. Le droit ne change rien à cet état de fait[2067]. » La protection par le secret peut parfois être préférée aux droits de propriété intellectuelle[2068] car il est souvent difficile de répondre aux conditions de ces derniers[2069] et ce n'est pas parce que les connaissances pratiques ne sont pas protégées par des droits de propriété intellectuelle qu'il devrait être admis tout acte des tiers à leur encontre[2070]. Le choix de la protection par le secret ne devrait donc pas être totalement exclu. Lorsqu'un détenteur souhaite protéger ses connaissances pratiques, son objectif est d'exploiter en exclusivité ses connaissances et d'en tirer un profit[2071]. Mais, l'objectif peut aussi être de protéger ses connaissances contre les appropriations indues. P. Malaurie expose qu'il y a alors un équilibre à établir entre combattre l'ignorance, favoriser le besoin en information et respecter le secret. Il ajoute que s'il existe des ignorants, c'est la faute de ceux qui savent et qui ont gardé pour eux leurs savoirs (maisons de verre). L'auteur souligne toutefois qu'on n'a pas le droit de tout savoir (secret de la vie privée[2072], secret de la défense nationale[2073]) et qu'il n'existe pas

---

[2067] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 312.

[2068] Selon N. Binctin, le secret constitue la seule voie de réservation du savoir-faire en l'absence de régime d'appropriation spécifique. Voir Binctin, N., *op. cit*., p. 414. Voir ég. Fabre, R., Sersiron, L., « Réservation du savoir-faire », *JurisClasseur Brevets,* Fasc. 4200, 2017.

[2069] Maître P. Durand, avocat au barreau de Londres, expose le contexte des sociétés modernes justifiant la préférence pour la protection par le secret : « Il est de plus en plus difficile d'inventer quelque chose de nouveau. Les entreprises éprouvent de plus en plus de difficultés à obtenir ce que j'appellerai de vrais brevets, c'est-à-dire des brevets couvrant des idées vraiment novatrices, des systèmes de procédés vraiment nouveaux et inventifs. » Voir Centre du droit de l'entreprise, *Nouvelles techniques contractuelles : know-how - franchising - engineering - leasing,* Association française des juristes d'entreprise, Actualités de droit de l'entreprise, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1971, spé. p. 15.

[2070] Effectivement, Y. Dargier de Saint Vaulry souligne que : « Le domaine public est donc constitué par toutes les connaissances existantes (mais non brevetées), et même par toutes les connaissances à découvrir, mais il est inéquitable de dire que, puisqu'une connaissance se trouve dans le domaine public, tout est permis à son sujet. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 222.

[2071] En effet, selon F. Dessemontet : « La protection du savoir-faire concerne uniquement le pouvoir d'exploiter en exclusivité certaines inventions et certaines connaissances qu'on est le premier ou l'un des premiers à posséder, afin d'en tirer le profit commercial le plus élevé possible. » Voir Dessemontet, F., *op. cit*., p. 41.

[2072] Contamine-Raynaud, M., « Le secret de la vie privée », *in L'information en droit privé,* (dir.) Loussouarn, Y., Lagarde, Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, pp. 405-456.

[2073] Du Cheyron, A., « Les secrets de la défense nationale », *in L'information en droit privée,* (dir.) Loussouarn, Y., Lagarde, P., Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, pp. 541-589.

une obligation de tout dire ni un devoir généralisé d'information[2074]. C'est donc seulement lorsque les connaissances pratiques sont divulguées largement que le détenteur n'a plus le choix de la protection juridique du secret. Lorsque cette forme de protection juridique est choisie, il doit cependant être conscient de la diversité des régimes juridiques (paragraphe I) et il devrait préalablement se demander si une telle protection lui est opportune en termes d'efficacité (paragraphe II). Rappelons également la dangerosité d'une telle protection exclusive lorsqu'elle se présente comme un choix irréductible opposé au partage des savoirs[2075].

PARAGRAPHE I. LA DIVERSITE DES REGIMES DE PROTECTION PAR LE SECRET

671. Plan. Avant toute divulgation, le détenteur devrait avoir le droit de décider quelle forme de protection adopter pour protéger ses connaissances pratiques par le secret. Il pourrait choisir entre une protection pénale ou commerciale (A). Il devrait aussi être libre de prévoir une protection additionnelle par les actions en responsabilité civile (B) et/ou par des mesures contractuelles (C).

A) La protection du secret en matière pénale et commerciale

672. Plan. Le détenteur pourrait choisir de protéger ses connaissances pratiques pénalement. Mais, cette forme de protection apparaît peu satisfaisante pour s'appliquer à l'ensemble des connaissances pratiques (1). La protection juridique du secret en matière commerciale, le secret des affaires, semble en revanche plus opportune car elle vient protéger directement les connaissances pratiques secrètes (2).

1) La protection du savoir-faire par le droit pénal : une protection insatisfaisante

673. Les conditions strictes et le champ limité du secret de fabrique. Il semble que le droit pénal offre peu de chances d'application tellement ses conditions sont étroites et ses régimes variés[2076]. Pourtant, les connaissances pratiques ont d'abord uniquement été protégées

[2074] Malaurie, P., « Le secret et le droit : une petite anthologie littéraire », *in Mélanges Christian Mouly,* Litec, 1998, pp. 103-114.

[2075] Il a été développé dans la première partie de la thèse (paragraphe II, chapitre I, titre II) qu'une unique protection exclusive des savoirs doit être un objectif à écarter au regard de ses effets et conséquences négatifs.

[2076] « En matière de protection pénale (…), le droit français se présente comme un patchwork sans véritable cohérence. » Voir Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015, spé. p. 11.

par la notion de secret de fabrique[2077]. En cas de violation des secrets de fabrique, de lourdes peines sont prévues, notamment une responsabilité pénale de l'auteur de la révélation ou d'une tentative de révélation[2078]. La protection par le secret de fabrique reste cependant limitée. D'abord, par la définition de l'objet de la protection car la notion de secret de fabrique est plus étroite que celle de savoir-faire. Elle ne vise que les procédés de fabrication industriel ayant pour objet la production[2079] et ces procédés doivent avoir été tenus secrets par leur détenteur, être originaux et offrir un intérêt pratique et commercial en permettant une amélioration de la production et une diminution du prix de revient[2080]. La notion de secret de fabrique est alors limitée au processus industriel de fabrication et exclut les connaissances théoriques mais aussi certaines connaissances pratiques, telles que celles à caractère commercial (procédés de commercialisation ou de gestion). Or, une telle exclusion des savoir-faire commerciaux ne semble pas être en adéquation avec le contexte actuel : « Une telle limitation est aujourd'hui en décalage avec la réalité de la vie des entreprises pour lesquelles le savoir-faire commercial peut également constituer un actif stratégique au cœur de l'activité[2081]. » La protection restreint, de plus, les personnes visées dans la mesure où l'auteur de l'infraction ne peut être qu'un directeur ou un salarié de l'entreprise titulaire du secret. Elle ne vise que les employeurs ou les personnes liées à l'entreprise par un lien de subordination et exclut les tiers, les sous-traitants, les mandataires ou encore les intérimaires. Or, R. Fabre expose que : « La réservation optimale du savoir-faire imposerait que l'article 418 [ancien] joue quel que soit l'auteur de l'usurpation[2082]. » Il faut, en outre, une révélation à un tiers en tant qu'élément matériel de l'infraction, ce qui exclut une simple utilisation ou exploitation du savoir-faire individuellement ou collectivement. Par exemple, il n'y aura pas de révélation lorsque le salarié procède seul à l'exploitation de la connaissance pratique[2083] et concurrence un industriel en copiant son

[2077] En droit pénal, il existe une similarité de la notion de « secret de fabrique » avec le savoir-faire. Elles seraient des « notion(s) voisine(s) » mais uniquement aux fins de sanctionner le détournement d'une connaissance technique transmissible et non immédiatement accessible au public. Voir Ernst & Young Sociétés d'Avocats., *ibid*., p. 5. Le secret de fabrique est toujours inscrit à l'article L. 621-1 du CPI qui renvoie à l'article L. 1227-1 du Code du travail.

[2078] En effet, l'art. L. 621-1 du CPI renvoie à l'art. L. 1227-1 du Code du travail qui prévoit que : « Le fait, pour tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000€ d'amende. »

[2079] Par exemple, les juges ont affirmé que le secret de fabrique correspond à « tout procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial mis en usage par un industriel et tenu par lui caché à ses concurrents qui ne le connaissaient pas ». Voir Cass. crim., 30 décembre 1931, *Dantan c. Société lyonnaise de ventilation industrielle*, Gaz. Pal., No. 30, 30 janvier 1932.

[2080] La Cour de cassation a affirmé que le secret de fabrication protège les procédés techniques à caractère industriel offrant un intérêt pratique et commercial en permettant une amélioration de la production et une diminution du prix de revient. Voir Cass. crim., 20 juin 1973, No. 72-92270.

[2081] Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *ibid*., p. 11.

[2082] Fabre, R., « La réservation du Know How par le droit de la responsabilité », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 69, spé. p. 71.

[2083] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé., p. 106.

procédé de fabrication[2084]. Cette révélation doit aussi être volontaire pour pouvoir prouver l'intention coupable constitutive de l'élément moral de l'infraction, c'est-à-dire qu'il doit être apporté la preuve que le salarié connaissait le caractère secret de l'information révélée et que la révélation a eu lieu sciemment et non par inadvertance. Dès lors, la protection par le secret de fabrique demeure insuffisante pour protéger les connaissances pratiques car elle prévoit des conditions strictes au champ limité[2085].

674. Les conditions et objectifs inadaptés du secret professionnel. Le droit pénal pourrait aussi protéger les connaissances pratiques par le biais du secret professionnel[2086]. L'avantage se situe au niveau de la souplesse des conditions relatives au contenu de l'infraction. L'article vise toute information et tout type de connaissances pratiques ainsi que tout domaine, notamment commercial, technique, gestionnaire, informatique. Les connaissances pratiques sont protégées contre toutes les actions qui entraînent leur révélation et il n'y a pas à prouver une intention frauduleuse ni un lien de subordination entre le divulgateur et l'employeur. R. Fabre[2087] a d'ailleurs considéré que les connaissances pratiques pouvaient être protégées par le secret professionnel mais il relève des limites parmi lesquelles son champ d'application restreint relatif aux conditions sur l'auteur de l'infraction. L'article ne vise en effet que les personnes ayant un rôle de confident nécessaire en raison de leur profession ou d'un intérêt public telles que les avocats, les médecins, les commissaires aux comptes ou encore les experts comptables. Le titulaire d'un secret professionnel ne peut donc pas se défendre contre l'utilisation faite par d'autres tiers du secret. Il ne protège, de surcroît, que la révélation ou la communication d'un secret et non la simple utilisation personnelle d'un secret sans l'autorisation du titulaire. Selon F. Magnin, le but initial du secret professionnel était de créer un devoir de discrétion pour protéger la personne humaine dans sa sphère d'intimité mais la protection a désormais pour objectif de sauvegarder uniquement les intérêts pécuniaires du détenteur de savoirs[2088]. La protection par le Code pénal est donc décevante en ce qu'elle est

[2084] Cass. crim., 19 septembre 2006, *Propr. ind*., juillet-août 2007, p. 31, note Schmidt-Szalewski, J.

[2085] R. Fabre en conclut que : « La réservation que le titulaire trouvera dans l'article 418 du Code Pénal sera donc limitée tant au niveau des auteurs possibles de l'infraction qu'à celui du contenu de l'infraction. » Voir Fabre, R., *op. cit*., p. 74.

[2086] Effectivement, l'art. 226-13 du Code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 15000€ d'amende toute révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.

[2087] Fabre, R., *Le Know how : sa réservation en droit commun,* Librairie Techniques, Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, Paris, 1976, p. 42 et s.

[2088] Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 159.

trop indirecte, partielle et ne répond pas à des objectifs légitimement recherchés par les détenteurs de connaissances pratiques.

675. Les régimes peu adaptés de protection contre l'intrusion dans un système de traitement automatisé de données (STAD), d'abus de confiance et de protection contre le vol. À propos de l'intrusion dans un STAD, il est prévu que le fait d'accéder ou de se maintenir frauduleusement dans tout ou partie d'un STAD est constitutif d'un délit. Malgré la sévérité des sanctions[2089] et des peines complémentaires[2090] contre l'intrusion et l'espionnage industriel dans un monde informatisé, le détenteur de connaissances pratiques bénéficiera difficilement de cette protection car il doit démontrer l'existence d'un STAD, l'accès au système et l'intention frauduleuse, c'est-à-dire la volonté et la conscience du prévenu de commettre un acte illicite. Ces preuves paraissent difficiles à obtenir. Ne sont, par ailleurs, sanctionnés que l'intrusion ou le maintien dans le STAD et non la détention des informations elles-mêmes. Une telle protection présente donc peu d'intérêt puisque la victime ne pourra obtenir que l'indemnisation du préjudice résultant directement de l'accès et du maintien frauduleux dans le système et non celui de l'utilisation frauduleuse des données[2091]. Concernant le vol[2092], outre les difficultés propres à la matière pénale (preuve de l'intention frauduleuse, lourdeur de la procédure pénale), des obstacles apparaissent aussi au niveau de la réalité du vol pour un bien incorporel. Selon une jurisprudence constante, la soustraction d'une chose ne peut porter que sur un bien corporel[2093]. Le délit de vol ne pourra alors être recevable que si la connaissance pratique est intégrée au sein d'un support matériel[2094]. Même si un support matériel existe, la réparation présentera une portée limitée car elle ne pourra porter que sur les conséquences du vol de l'élément corporel et non sur les informations contenues quelle que soit leur valeur

[2089] La peine est de deux ans d'emprisonnement et de 60 000 euros d'amende (art. 323-1 du Code pénal). La peine est portée à trois ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'il en résulte la suppression ou la modification de données contenues dans le système. La tentative des délits est punie des mêmes peines (art. 323-7 du Code pénal) et le montant de l'amende est multiplié par cinq pour les personnes morales.

[2090] Art. 323-5 du Code pénal.

[2091] Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015, spé. p. 13.

[2092] Art. L. 311-1 du Code pénal.

[2093] À l'exception de quelques décisions qui ont retenu la qualification de vol dans des cas de reproduction d'informations (notamment Cass. crim., 4 mars 2008, No. 07-84.002, Cass. crim., 16 juin 2011, No. 10-85.079), de soustraction de formules de fabrication confidentielles (CA Lyon, 24 février 1988, *RDPI,* 1988, p. 65), ou encore de soustraction de données informatiques (Cass. crim., 20 mai 2015, No. 14-81336), la Cour de cassation s'en tient généralement à une approche traditionnelle. Voir Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015, spé. p. 14.

[2094] Comme le soulignent J. Azéma et J.C. Galloux : « En réalité, le "vol d'information" n'existe jamais en l'absence de la soustraction du support matériel, au moins le temps nécessaire à la reproduction des informations qu'il contient. » Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2017, spé. p. 717.

stratégique[2095]. Une autre solution pourrait être celle du délit d'abus de confiance[2096] en cas de détournement d'actifs immatériels de l'entreprise. L'article inclut le détournement de « fonds, valeurs et bien quelconque » sans se limiter au support[2097]. Le partenaire de confiance doit cependant avoir été lié au titulaire par un contrat. Or, un tiers qui appréhende directement la connaissance pratique sans autorisation du détenteur et sans contrat préalable ne pourra pas être condamné pour un tel délit. Aussi, la charge de la preuve appartient au détenteur qui doit prouver l'intention frauduleuse du partenaire de confiance. Cette preuve est, en pratique, difficile à apporter.

676. Transition. La protection par le droit pénal, même si elle ne doit pas être totalement exclue, présente donc peu d'intérêt pour une protection efficace de toutes les connaissances pratiques en raison de sa portée limitée et de ses conditions trop étroites. La protection du secret en matière commerciale apparaît plus opportune.

2) La protection du secret en matière commerciale : le secret des affaires

677. Le secret des affaires au sein des Etats étrangers et européens. Le secret des affaires est reconnu dans de nombreux pays étrangers, et notamment au Japon[2098] ou aux Etats-Unis[2099]. Au niveau européen, la directive européenne de 2016[2100] vient harmoniser les législations des Etats membres relatives au secret des affaires. La France a transposé les dispositions de la directive en adoptant une loi du 30 juillet 2018[2101]. Sur le plan international, l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC[2102] conduit à une harmonisation de la protection sur les renseignements non divulgués.

[2095] Ernst & Young Sociétés d'Avocats., *ibid*., p. 14.

[2096] Art. 314-1 du Code pénal.

[2097] La Cour de cassation retient que l'élément matériel de l'abus de confiance peut être constitué par le détournement d'informations, sans détournement de leur support matériel (Cass. crim., 22 septembre 2004, No. 04-80.285, *Bull. crim*., No. 18, D., 2005, p. 411, note De Lamy, B).

[2098] Art. 2.4 à 2.9 et art. 14.3 à 14.6 de la loi sur la prévention de la concurrence déloyale, No. 47 du 19 mai 1993.

[2099] La loi *Defend Trade Secrets Act* (DTSA) a été signée le 11 mai 2016 et est entrée immédiatement en vigueur aux Etats-Unis. Voir la première partie de la thèse (paragraphe II, section I, chapitre I, titre II) dédiée à la protection du secret commercial aux Etats-Unis. Les critères du savoir-faire, sa durée, ou encore les droits protégés sont très proches de la législation européenne et française relative au secret des affaires.

[2100] Directive UE n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

[2101] Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 du 31 juillet 2018.

[2102] L'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce a éré négocié au cours du Cycle d'Uruguay (1986-1994).

678. La définition large du secret des affaires incluant les connaissances pratiques. La directive européenne et, en France, la loi du 30 juillet 2018, reprennent la définition du secret prévue dans l'Accord sur les ADPIC[2103]. Le secret des affaires est défini largement comme toutes informations secrètes, ayant une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes et ayant fait l'objet, de la part de leurs détenteurs, de dispositions raisonnables destinées à les garder secrètes[2104]. Le secret des affaires peut alors concerner toutes connaissances pratiques, y compris lorsqu'elles sont associées aux savoirs « traditionnels »[2105], dès lors qu'elles répondent aux trois conditions[2106]. D'abord, le caractère secret signifie que la connaissance pratique ne doit pas avoir de caractère public, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans le domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'informations. Comme le souligne N. Binctin, il ne doit pas forcément s'agir d'un secret absolu ou d'une connaissance unique[2107]. La connaissance pratique doit ensuite avoir une valeur commerciale réelle ou potentielle en raison du secret[2108]. La valeur se mesure par rapport à son importance en tant qu'élément du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou encore de la capacité concurrentielle de son détenteur[2109]. La notion de secret des affaires est alors plus large que les connaissances pratiques car elle vise, outre les informations techniques et commerciales, les informations purement descriptives relevant de la stratégie de l'entreprise. Selon J. Azéma et J.C. Galloux, la valeur économique existe dès lors que la connaissance est susceptible de faire réaliser aux tiers des économies et

---

[2103] Art. 39.2 de l'Accord sur les ADPIC.

[2104] Art. 2 de la directive européenne et art. 1er de la loi française de transposition de 2018 créant l'art. L. 151-1 du Code de commerce

[2105] L'OMPI définit les savoirs « traditionnels » secrets à l'art. 1er du projet d'articles comme des savoirs confidentiels considérés comme secrets par les communautés elles-mêmes et juridiquement en vertu de leurs lois, protocoles et pratiques coutumières. Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles », 39ème session, Genève, 18-22 mars 2019. Les savoirs « traditionnels » secrets peuvent aussi inclure les savoirs sacrés. Ces deux notions ne sont néanmoins pas consubstantielles en ce sens que les savoirs sacrés peuvent aussi bien être secrets, peu diffusés ou largement diffusés. Comme le souligne l'OMPI, les savoirs « traditionnels » peu diffusés s'entendent « de savoirs traditionnels [non secrets] qui sont communs à des bénéficiaires n'ayant pas adopté de mesures en vue de les garder secrets mais ne sont pas facilement accessibles à ceux qui ne sont pas membres du groupe. » Ils ne sont donc pas secrets. Cependant, il est en principe admis dans les régimes juridiques internationaux actuellement en vigueur qu'un savoir est secret lorsqu'il n'est pas facilement accessible et non généralement connu. Il semblerait donc que la distinction entre savoir secret et savoir peu diffusé tienne à la volonté de la communauté de garder les savoirs secrets par la mise en œuvre de moyens spécifiques. Voir OMPI, *ibid*.

[2106] Selon J. Azéma et J.C. Galloux : « Le savoir-faire représente l'une des formes des secrets d'affaires. » Ils s'appuient sur le 1er considérant de la directive du 8 juin 2016. Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2017, spé. p. 741.

[2107] En effet, un savoir-faire « pourrait être non secret dans un milieu et le devenir dans un autre car, dans ce dernier, il ne serait pas généralement connu. » Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 417.

[2108] Cette analyse de la valeur de la connaissance pratique parce qu'elle est secrète est remise en cause par N. Binctin qui souligne que le législateur semble confondre la cause et l'appropriation. Ce serait plutôt parce que la connaissance pratique présente une valeur économique qu'elle doit être conservée secrète. Voir Binctin, N., *op. cit*., p. 418.

[2109] Considérant 14 de la directive du 8 juin 2016.

qu'ils sont prêts à payer pour l'obtenir[2110]. La valeur est aussi mesurée par rapport au dommage ou au risque de dommage causé au détenteur en cas de divulgation. La plupart des savoirs « traditionnels » remplissent ce critère dans la mesure où ils ont une valeur scientifique et technique. C'est d'ailleurs parce qu'ils ont une telle valeur que les entreprises des pays développés souhaitent accéder et utiliser ces savoirs. Selon l'OMPI, la valeur culturelle et spirituelle des savoirs pourrait également être considérée comme un facteur pertinent de telle sorte que la valeur commerciale n'est pas nécessaire pour assurer la protection[2111]. Enfin, le détenteur doit avoir pris des mesures raisonnables pour garder secrète la connaissance[2112]. La définition assez large du secret des affaires permet donc de couvrir tout type de connaissance pratique, y compris lorsqu'elles sont assimilées aux savoirs « traditionnels ». En conséquence, seules les connaissances pratiques courantes, généralement connues des personnes du métier ou aisément accessibles ou encore les seules expériences compétences sont exclues de la protection par le secret des affaires.

679. Une protection efficace au regard de la diversité des actes illicites. Les cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation des connaissances pratiques sont considérés comme illicites lorsque le tiers accède, s'approprie ou copie sans autorisation le secret ou présente un comportement contraire aux usages honnêtes en matière commerciale[2113]. Les tiers qui n'ont pas accompli directement l'acte illicite peuvent aussi être condamnés, y compris en cas de négligence, ce qui créerait une protection du secret opposable pratiquement *erga omnes*. Les tiers sont en effet condamnés lorsqu'ils savaient ou auraient dû savoir que le secret a été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait illicitement. De même, la mise sur le marché de biens ayant significativement bénéficié d'une violation du secret est constitutive d'une violation du secret des affaires lorsque la personne savait ou aurait dû savoir que le secret a été obtenu de manière illicite. La loi du 30 juillet 2018 prévoit, de plus, la condamnation de toute atteinte au secret des affaires en engageant la responsabilité civile de l'auteur[2114]. Un tel régime

[2110] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 742.

[2111] OMPI, *ibid*., p. 16. Les normes arrêtées par l'Accord sur les ADPIC et reprises par la Directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 ainsi que par la loi française de transposition n° 2018-670 du 30 juillet 2018 ne constituent que des normes minimales. Il est alors possible de prévoir, en vertu des législations nationales, des formes de protection plus larges.

[2112] Par exemple, le détenteur doit avoir contrôlé l'accès à la connaissance, limité le nombre de personnes y ayant accès, s'assurer que les bénéficiaires n'ont pas accès à tout le contenu ou encore négocier des accords de confidentialité ou de non-divulgation.

[2113] Art. 39.2 de l'Accord sur les ADPIC, Art. 4 de la directive européenne et, en France, art. L. 151-4 à L. 151-6 du Code de commerce.

[2114] Art. L. 152-1 du Code de commerce. La proposition de loi prévoyait une responsabilité pénale aux art. L. 151-8 et -9 du Code de commerce. Le fait de prendre connaissance, de révéler ou de détourner un secret d'affaires était puni de trois ans

de responsabilité est inspiré du régime juridique sanctionnant les contrefaçons en droit de la propriété intellectuelle et apparaît donc protecteur des intérêts des titulaires, notamment en termes de réparations[2115]. Il semble également adapté à protéger les communautés autochtones et locales[2116] pour lutter contre les exclosures. La condamnation de la négligence d'un tiers garantit en effet une protection des savoirs « traditionnels » car ce n'est généralement pas la première personne qui a accès aux savoirs qui les utilise et les commercialise mais plutôt une entité commerciale ou industrielle en aval.

680. Des mesures provisoires et conservatoires dissuasives à l'égard du contrevenant. Des mesures provisoires et conservatoires[2117] ainsi que des injonctions et mesures correctives[2118] sont prévues pour empêcher ou faire cesser l'atteinte au secret des affaires. Par exemple, il peut être imposé la cessation ou l'interdiction de l'utilisation et de la divulgation du secret des affaires à titre provisoire ou encore l'interdiction de produire, offrir, mettre sur le marché ou utiliser les biens en infraction. À la place de ces mesures, à la condition que l'obtention du secret des affaires soit de bonne foi et que le versement d'une compensation financière soit suffisant, il est possible de subordonner l'utilisation du secret des affaires à la constitution par le contrevenant de garanties destinées à assurer l'indemnisation du détenteur. En plus de ces mesures, l'auteur peut être condamné au paiement de dommages et intérêts[2119] en raison du préjudice subi (manque à gagner, préjudice moral, bénéfices injustement réalisés y compris les économies d'investissements intellectuels[2120]). N. Binctin explique que

d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende et la tentative de ce délit était punie des mêmes peines. Toutefois, la responsabilité pénale ne semble pas avoir été reprise aujourd'hui dans la loi française de transposition du 30 juillet 2018.

[2115] Art. 6 de la directive UE n° 2016/943.

[2116] G. Dutfield expose que le régime juridique de protection du secret (*trade secret*) pourrait être adapté aux savoirs dits « traditionnels » pour les protéger et assurer leur potentiel commercial au bénéfice des communautés détentrices. Voir Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 259. N. Binctin expose aussi que : « Les savoirs traditionnels pourraient être appropriés par un secret et la divulgation du secret aux entreprises devrait s'accompagner d'une obligation de confidentialité. » Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 479. De même, selon H.M. Haugen, même si les savoirs « traditionnels » sont détenus par une communauté, la protection par le régime du secret ne doit pas être exclue. Voir Voir Haugen, H.M., « Traditional Knowledge and Human Rights », *The Journal of World Intellectual Property,* Vol. 8, No. 5, 2005, pp. 663-677, spé. p. 672. L'OMPI a d'ailleurs déjà évoqué l'adaptabilité aux savoirs dits « traditionnels » des normes internationales régissant la protection des renseignements non divulgués ou confidentiels (Section 7, art. 39 de l'Accord sur les ADPIC). Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 15 ; OMPI, « Renseignements sur les expériences nationales en matière de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle », cinquième session, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2, 7-15 juillet 2003. En France, l'art. L. 412-17 du Code de l'environnement associe bien les savoirs « traditionnels » au secret des affaires en disposant que l'utilisateur de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées doit garder les informations, fournies dans les différents dossiers, confidentielles car leur diffusion serait de nature à porter atteinte au secret des affaires.

[2117] Art. L. 152-3 à L. 152-5 du Code de commerce ; art. 10 et 11 de la directive UE n° 2016/943.

[2118] Art. 12 et 13 de la directive UE n° 2016/943.

[2119] Art. 14 de la directive UE n° 2016/943.

[2120] Art. L. 152-6 du Code de commerce.

l'ensemble de ces mesures et sanctions est construit « en miroir » des solutions retenues contre la contrefaçon[2121].

681. La délimitation des actes licites des tiers. Certains modes d'obtention d'un secret sont toutefois autorisés[2122]. Sont notamment licites une découverte, une création indépendante, l'observation, l'étude, le démontage, le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information. Ainsi, toute découverte indépendante mais aussi le *reverse engineering*[2123] sont licites et permettent aux personnes d'utiliser les connaissances pratiques à leur guise, voire de divulguer le secret si elles le souhaitent.

682. Les avantages du régime juridique de protection du secret des affaires. Au regard de ce régime général du secret des affaires, différents avantages doivent être avancés en termes de protection des connaissances pratiques. Un tel régime présente d'abord l'avantage de prendre en compte le caractère secret des connaissances pratiques dans le cadre de la procédure pour limiter les risques de divulgation en cas de production des éléments de preuve. Le juge dispose en effet d'une liberté pour interdire ou limiter la production de telles pièces et peut prévoir leur mise à disposition par une consultation sur place, sans reproduction, avec une obligation de confidentialité[2124]. Ce mode de protection semble, ensuite, être le plus facile à mettre en œuvre car il suffit de garder les savoirs secrets, en ne les révélant pas ou en les conservant, par exemple, dans des bases de données strictement confidentielles[2125]. Le détenteur jouit, de plus, d'une certaine universalité de l'opposabilité de ses connaissances pratiques, contrairement au droit des brevets[2126]. Le secret est valable à l'échelle mondiale[2127] et d'une durée illimitée tant

[2121] « La convergence des moyens de défense est nette, le secret d'affaires par ce biais entre dans le giron de la propriété intellectuelle. » Voir Binctin, N., « Savoir-faire », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, janv. 2018, n° 165.

[2122] Art. 3 de la directive UE n° 2016/943 ; art. 1er de la loi française de transposition du 30 juillet 2018 créant l'art. L. 151-3 du Code de commerce.

[2123] Le *reverse engineering* constitue une méthode permettant de découvrir le savoir-faire par la simple étude du produit final si le savoir-faire réside dans le produit lui-même.

[2124] Art. 9 de la directive européenne ; art. L. 153-1 et L. 153-2 du Code de commerce créés par l'art. 1er de la loi française de transposition du 30 juillet 2018.

[2125] L'OMPI a, par exemple, créé « WIPO PROOF » dont le but est de fournir une preuve irréfutable, par le biais d'une emprunte horodatée, de l'existence d'actifs intellectuels à un moment donné. Voir OMPI, « Présentation de WIPO PROOF : entretien avec Francis Gurry », *OMPI Magazine*, No. 2, Juin 2020.

[2126] Comme le souligne Y. Dargier de Saint Vaulry : « Cette sorte d'universalité constitue une supériorité du *Know-How* sur le brevet d'invention : le breveté ne bénéficie d'absolument aucune protection dans le pays où il n'a pas pris la peine de se faire protéger (…) ». Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 20.

[2127] En cas de litige, les questions relèvent du droit commun du droit international privé. J. Azéma et J.C. Galloux se réfèrent au règlement Rome II du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles et au règlement Rome I du 17 juin 2008 concernant les contrats portant sur le savoir-faire. Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*,

qu'il perdure. Le régime du secret serait du reste particulièrement adapté à la nature des connaissances pratiques. Ces dernières se renouvellent continuellement[2128] et perdent rapidement de l'intérêt face aux progrès scientifique et technique car elles sont perfectionnées et abandonnées dans des délais très courts. Il leur faut donc une forme de protection ne cristallisant pas l'objet de la protection mais encourageant cette nature dynamique et évolutive. Avec le régime du secret, F. Dessemontet expose que la protection s'adapte au fur et à mesure des modifications dictées par l'expérience et rendues nécessaires par la mise en pratique[2129]. Le régime du secret apparaît alors plus adapté, notamment par rapport au droit des brevets car celui-ci exige une description précise de l'invention insusceptible de changements ou de modifications et ne protège pas les inventions futures.

683. Transition. Après avoir étudié le régime de protection du secret des affaires, il semble intéressant de se pencher sur le droit de la concurrence déloyale et des agissements parasitaires pour se demander si un tel régime devrait être appliqué en complément du régime de protection du secret des affaires ou bien indépendamment.

B) Les actions en responsabilité civile

684. Plan. Après avoir exposé l'inadaptation de l'action en enrichissement sans cause (1), il sera exposé la pertinence des actions en responsabilité civile pour protéger les connaissances pratiques (2) et la nécessité de respecter certaines conditions pour intenter de telles actions (3).

1) La question de l'adaptabilité des actions en responsabilité civile à l'égard des connaissances pratiques

685. Plan. Alors que l'action en enrichissement injustifié ne semble pas satisfaisante pour protéger les connaissances pratiques (a), la théorie des agissements parasitaires apparaît plus adaptée (b).

Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 756. Selon T. Azzi, la détermination du tribunal compétent pourra aussi être réglée par le règlement (UE) n° 1215/2012 dit « Bruxelles I *bis* » du 12 décembre 2012 ou par la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 lorsque le défendeur est domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne. Voir Azzi, T., « Juge et loi du savoir-faire non breveté : approche de droit international privé », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 533 et s.

[2128] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 36.

[2129] Dessemontet, F., *op. cit*., p. 57.

a) L'action en enrichissement injustifié : une action décevante

686. Présentation de l'action en enrichissement injustifié. L'action en enrichissement injustifié[2130] est admise de manière générale et dans de nombreux pays[2131] comme sanction de la règle d'équité[2132] lorsque le patrimoine d'une personne s'est enrichi au détriment d'une autre et que l'appauvrissement corrélatif qui en résulte ne trouve aucune justification[2133]. Cette action semblerait ainsi pouvoir être intentée lorsqu'un tiers s'approprie indument, divulgue et/ou utilise sans autorisation une connaissance pratique et conséquemment s'enrichit au détriment du détenteur originel[2134]. Il est d'ailleurs proposé que l'action en enrichissement injustifié soit transposée en « appropriation sans cause »[2135] lorsqu'un tiers s'approprie sans cause et sans autorisation un savoir.

687. Les conditions relatives à la nature de la connaissance pratique. Les juges américains ont été amenés à établir des conditions pour qu'une idée puisse être protégée par l'action en enrichissement déloyal[2136]. Ces conditions peuvent tout à fait être transposées à l'égard des connaissances pratiques. La cour américaine a jugé que l'idée doit être nouvelle, avoir été révélée dans un contexte confidentiel, le tiers a dû effectivement utiliser l'idée et celle-ci doit être suffisamment concrète dans ses développements pour être utilisable. Ces conditions ne posent pas de difficulté lorsque la connaissance pratique est secrète puisqu'elle répondra aux critères de nouveauté et de confidentialité. Aussi, la connaissance pratique est généralement

---

[2130] L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a créé « l'enrichissement injustifié » aux art. 1303 et s. du Code civil.

[2131] E. Von Caemmerer explique que : « Pratiquement, la formule, selon laquelle tout enrichissement injuste doit être restitué, est donc valable dans tous les droits qui se basent sur la tradition du droit romain. » Voir Von Caemmerer, E., « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », *Revue internationale de droit comparé*, 1966, pp. 573-592, spé. p. 575. À l'échelle européenne, le cadre commun de référence contient un livre VII consacré à l'enrichissement injustifié (*Draft Common Frame of Reference*, art. VII-1 : 101). Le règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit règlement « Rome II » prévoit aussi des dispositions relatives à l'enrichissement injustifié (art. 10, 10-2 et 10-3) Voir Forti, F., « Enrichissement injustifié – Généralités », Fasc. 10, *JurisClasseur Civil Code, LexisNexis*, 2 juin 2016.

[2132] G. Ripert propose de fonder l'action sur des considérations morales, en particulier l'équité. Voir Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949, No. 133 et s.

[2133] Cette action est appliquée dès le droit romain en tant qu'action de *in rem verso*. Aubry et Rau en ont fait un principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir sans cause au détriment d'autrui. Voir Aubry, C., Rau, R., *Cours de droit civil français*, T. VI, 4ème éd., No. 578, 1869-1876.

[2134] Selon les juges américains, constitue un enrichissement injustifié l'usurpation ou l'utilisation du produit de l'intelligence par un tiers sans compensation à l'égard du détenteur. Voir U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 10 décembre 1946, *Matarese v. Moore Mc. Cormack Lines Inc* ; Court of Appeals of Georgia, 9 juin 1981, *Monumental Properties of Georgia, Inc. v. Frontier Disposal*, cité par Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 195.

[2135] Williams S., Quéau, P., Puri, K., « Unesco, Sources - Razzia sur les idées », *Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, No. 117, 1999.

[2136] U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 3 décembre 1953, *Hamilton National Bank v. Belt*.

concrète dans le sens où elle est en rapport étroit avec l'expérience et représente une application concrète des connaissances théoriques.

688. Les conditions inadaptées relatives à l'action. La théorie de l'enrichissement injustifié impose également le respect de conditions pour que l'action elle-même puisse être valablement exercée. Ces conditions, matérielles et juridiques, ne sont cependant pas toujours adaptées aux objectifs des détenteurs de connaissances pratiques. Au regard des conditions matérielles[2137], l'appauvri doit prouver son appauvrissement (perte éprouvée ou manque à gagner), l'enrichissement du tiers (accroissement de l'actif, préservation de l'actif, réduction du passif) et le lien de causalité direct ou indirect entre les deux. F. Forti expose que l'enrichissement peut être matériel, moral ou intellectuel. L'enrichissement moral ou intellectuel n'ouvre cependant droit à une indemnisation que lorsqu'il est appréciable en argent[2138]. L'action en enrichissement injustifié vise donc principalement à réparer le préjudice économique du détenteur. Or, cet objectif ne sera pas toujours adapté aux détenteurs de connaissances pratiques car certains ne recherchent pas forcément ou uniquement à sanctionner l'enrichissement d'un tiers mais aussi à sanctionner ce dernier pour avoir violé leur droit de paternité et leur droit au respect de l'intégrité. De plus, l'enrichissement injustifié est soumis à trois conditions juridiques. La première condition, d'ordre technique, est relative à l'absence d'une justification de l'enrichissement[2139]. La condition relative à l'absence de cause pose cependant problème lorsque le tiers trouve la même connaissance pratique indépendamment et donc d'une manière licite. Dans ce cas, aucune action en enrichissement injustifié ne peut être intentée. Cette limite est néanmoins présente pour tout régime juridique relatif au secret. La seconde condition, d'ordre technique, impose l'absence d'une autre action (légale, contractuelle, délictuelle, quasi-contractuelle) ou l'absence d'une autre action se heurtant à un obstacle de droit (prescription, autorité de la chose jugée, déchéance, forclusion)[2140]. Enfin, la troisième condition, d'ordre moral, exige l'absence d'un intérêt personnel de la part de l'appauvri, c'est-à-dire que la restitution sera refusée s'il a accompli l'acte l'ayant appauvri à ses risques et périls et dans son intérêt exclusif[2141]. Cette dernière condition risque d'empêcher

[2137] Art. 1303 du Code civil.

[2138] Forti, V., « Enrichissement injustifié – Généralités », Fasc. 10, *JurisClasseur Civil Code, LexisNexis*, 2 juin 2016.

[2139] L'enrichissement ne doit pas être justifié par un contrat entre l'enrichi et l'appauvri, une règle légale, une décision de justice ou encore une obligation naturelle (art. 1303-1 du Code civil).

[2140] Art. 1303-3 du Code civil. Il est toutefois possible d'articuler la demande à titre subsidiaire au cas où le juge ne retiendrait pas l'argumentaire développé à titre principal à condition que les deux demandes ne tendent pas aux mêmes fins. Voir Forti, V., *ibid.*

[2141] Art. 1303-2 du Code civil.

le détenteur d'obtenir une réparation car il a choisi « à ses risques et périls » et dans son « intérêt exclusif » le régime juridique de protection du secret pour protéger ses connaissances pratiques.

689. Les effets décevants de l'action en enrichissement injustifié. Ce sont surtout les effets de l'action en enrichissement injustifié qui sont décevants pour protéger efficacement les connaissances pratiques. Cette action n'intervient d'abord qu'*a posteriori,* c'est-à-dire une fois que le tiers s'est déjà enrichi. Cette limite est toutefois constatée pour les actions en agissements parasitaires et peut être tempérée par les sanctions réparatrices présentant un caractère dissuasif. La réparation de l'enrichissement injustifié n'apparaît cependant pas suffisante puisqu'elle présente une double limitation[2142]. L'appauvri ne peut obtenir qu'une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement[2143]. V. Forti expose que la finalité est que l'appauvri n'obtienne pas plus que la reconstitution de son patrimoine[2144]. L. Nurit-Pontier explique aussi que la réparation est soumise à la règle du préjudice direct imposant alors la réparation du seul profit[2145]. De plus, lorsque l'appauvri a commis une faute alors l'indemnisation sera modérée[2146]. Une exception est cependant prévue en cas de mauvaise foi de l'enrichi, c'est-à-dire lorsque l'enrichi a sciemment bénéficié d'une valeur à laquelle il savait ne pas avoir droit[2147]. Dans ce cas, l'indemnité est égale à la plus forte des deux valeurs. Cette exception pourrait être applicable aux tiers qui usurpent ou divulguent la connaissance pratique secrète et s'enrichissent tout en sachant qu'ils n'ont reçu aucune autorisation du détenteur. Toutefois, même si cette exception est mise en œuvre, seul le préjudice économique sera réparé. Une autre limite est relative au moment de l'évaluation de l'indemnisation[2148]. L'enrichissement s'apprécie au jour où l'action est intentée et l'appauvrissement se calcule à la date où la dépense a été faite. Or, L. Nurit-Pontier expose que : « Le risque de dépréciation

[2142] « Alors que la théorie de la responsabilité civile est dominée par le principe de la réparation intégrale du préjudice, le montant de l'indemnisation obtenue par l'action de *in rem verso* subit toujours une double limitation déterminée par la plus faible des deux sommes que représentent l'appauvrissement et l'enrichissement (…) l'intégrité de son patrimoine n'est donc pas restaurée. » Voir Nurit-Pontier, L., « La garantie de l'intégrité patrimoniale au travers des règles de la responsabilité civile et de l'enrichissement sans cause », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1993, pp. 465-490, spé. p. 481.

[2143] Art. 1303 *in fine* du Code civil.

[2144] Forti, V., « Enrichissement injustifié – Effets », Fasc. 30, *JurisClasseur Civil Code, LexisNexis*, 2 juin 2016.

[2145] « S'agissant de l'enrichissement sans cause, ce n'est plus le lien de causalité qui justifie la réparation, mais le lien de profit. (…) c'est parce que l'indemnisation par l'enrichi trouve sa raison d'être dans le lien de profit qui unit l'enrichi à l'appauvri que ce profit doit être la limite de l'indemnisation imposée à l'enrichi. Dès lors, chaque fois que l'enrichissement sera inférieur à l'appauvrissement, ce dernier pourra n'être indemnisé que partiellement, à hauteur de l'enrichissement procuré. » Voir Nurit-Pontier, F., *ibid*., p. 482.

[2146] Art. 1303-2 du Code civil.

[2147] Art. 1303-4 *in fine* du Code civil.

[2148] Art. 1303-4 du Code civil.

monétaire pèse pratiquement toujours sur l'appauvri[2149] » et rend la restitution partielle et inéquitable[2150]. Au contraire, pour l'action en agissements parasitaires, le préjudice est apprécié au jour de la décision de sorte que l'adéquation entre préjudice subi et réparation est satisfaisante.

690. Transition. L'action en enrichissement injustifié apparaît donc insuffisamment protectrice des intérêts du détenteur de connaissances pratiques. C'est pourquoi nous étudierons l'opportunité de la théorie des agissements parasitaires.

b) La pertinence de la théorie des agissements parasitaires

691. La distinction entre l'action en enrichissement injustifié et l'action en agissements parasitaires. La théorie des agissements parasitaires[2151] se distingue de l'enrichissement injustifié en ce que le second est autonome et ne repose sur aucun acte illicite[2152]. Au contraire, l'action en agissement parasitaire vient engager la responsabilité d'un individu ayant commis une faute et conséquemment un dommage[2153]. Il y a bien un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi pour l'action en agissements parasitaires alors qu'il n'y a qu'un lien de conséquence entre l'enrichissement et l'appauvrissement concernant l'action en enrichissement injustifié[2154].

[2149] Nurit-Pontier, L., « La garantie de l'intégrité patrimoniale au travers des règles de la responsabilité civile et de l'enrichissement sans cause », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1993, pp. 465-490, spé. p. 484.

[2150] « La solution est d'autant plus inéquitable que non seulement l'appauvri perçoit une indemnité qui ne saurait couvrir la valeur actuelle de l'appauvrissement effectivement subi, mais qu'en plus ce calcul laisse subsister au profit de l'enrichi un enrichissement qui demeure injuste. » Voir Nurit-Pontier, L., *ibid*., p. 486.

[2151] L'action en concurrence déloyale se distingue de l'action en agissements parasitaires car elle nécessite un rapport concurrentiel entre le détenteur et les tiers. La théorie des agissements parasitaires offre, au contraire, une protection plus large puisqu'elle permet de se protéger contre tout tiers qui, dans une activité économique même non-concurrente, vient usurper la réputation d'autrui, les efforts intellectuels et les investissements d'autrui ou toute valeur économique dans le but de réduire ses investissements matériels et intellectuels, de gagner du temps et d'éviter de prendre des risques. Le tiers est considéré comme un « parasite ». Cette théorie nous intéressera davantage puisqu'elle permettra aux détenteurs de connaissances pratiques de se protéger contre tous les intervenants du marché et pas contre les seuls concurrents. Selon Y. Dargier de Saint Vaulry, l'action en concurrence déloyale serait la plus pertinente car l'usurpation d'une connaissance pratique est majoritairement entre deux commerçants. Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 129. Mais, cette interprétation néglige la situation des communautés autochtones et locales qui sont non-commerçantes et pour lesquelles l'action en parasitisme sera d'une grande importance.

[2152] « L'enrichi obligé à restituer l'enrichissement dont il a profité injustement, est mis en cause pour la seule raison qu'il a tiré profit du fait qui a engendré l'appauvrissement que l'on recherche à effacer. Il n'est donc en aucune manière impliqué dans la survenance de l'appauvrissement. » Voir Nurit-Pontier, L., *ibid*., p. 471.

[2153] « Le défendeur voit sa responsabilité engagée et se voit donc obligé de réparer le dommage subi par la victime parce qu'il a, par son comportement, été à la source de ce dommage. » Voir Nurit-Pontier, L., *ibid*., p. 471.

[2154] « Si ce lien est causal en matière de responsabilité, c'est un lien de conséquence dans l'action fondée sur l'enrichissement sans cause. » Voir Nurit-Pontier, *ibid*., p. 472.

692. Une théorie particulièrement adaptée aux connaissances pratiques. La théorie des agissements parasitaires pourrait s'appliquer aux connaissances pratiques. T. Azzi[2155] expose en effet que l'action en concurrence déloyale est très présente au sein de la directive européenne de 2016[2156] et de l'Accord sur les ADPIC[2157]. La jurisprudence a, de plus, été amenée à plusieurs reprises à protéger des connaissances pratiques contre les usurpations[2158]. Selon N. Binctin, la Cour de cassation semble d'ailleurs conditionner l'action en parasitisme à l'atteinte à un savoir-faire[2159]. Une telle action protège toute forme de connaissance pratique puisqu'elle vise à protéger « toute valeur économique » quelle que soit sa valeur, sa matérialisation, son domaine d'application, son inventivité ou son originalité. La jurisprudence l'a relevé à maintes reprises et notamment le 19 janvier 2010 lorsque la Cour de cassation, en se fondant sur l'article 1382 ancien du Code civil, affirme que : « Le parasitisme est caractérisé par la circonstance selon laquelle, à titre lucratif et de façon injustifiée, une personne morale ou physique, s'inspire ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements.[2160] » De par cette formulation, nous retenons que les connaissances pratiques doivent présenter certaines caractéristiques. La théorie du parasitisme vise à protéger seulement les connaissances pratiques qui résultent d'un effort intellectuel individualisé, ayant une valeur économique et ayant nécessité des investissements pour leur mise au point. P. Le Tourneau expose aussi que les connaissances pratiques ne doivent être dans le domaine public[2161]. Ces qualités sont bien remplies par les connaissances pratiques puisqu'elles sont identiques à celles exigées par le régime du secret. Lorsque les connaissances pratiques sont assimilées aux savoirs « traditionnels », l'effort intellectuel n'est cependant pas toujours individualisé. Le caractère

---

[2155] Azzi, T., « Juge et loi du savoir-faire non breveté : approche de droit international privé », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 554.

[2156] Considérant 17, art. 3 et 4 de la directive (UE) n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

[2157] L'art. 39 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que les renseignements non divulgués, c'est-à-dire les secrets d'affaires, doivent « bénéficier d'une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10 *bis* de la Convention de Paris. »

[2158] La Cour de cassation a plusieurs fois jugé que lorsqu'un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit du savoir-faire, cet agent se rend coupable d'agissements parasitaires. Voir notamment Cass. com., 8 novembre 2016, No. 15-14.437 ; Cass. com., 26 juin 2012, No. 11-20.629, avec un raisonnement *a contrario* : Cass. com., 5 juillet 2016, No. 14-10.108. P. Le Tourneau explique aussi que lorsque des connaissances ont été dévoilées lors de pourparlers qui n'ont pas aboutis et s'il n'y a pas eu de contrat de confidentialité de prévu alors la bonne foi impose la non-divulgation et la non-utilisation de ces connaissances. À défaut, l'individu sera considéré comme ayant commis une faute au titre du parasitisme car les pourparlers impliquent implicitement une obligation de réserve et de discrétion. Voir Le Tourneau, P., *Le parasitisme,* Litec, Paris, 1998, p. 70.

[2159] Cass. com., 24 sept. 2013, No. 12-22.413. Cité par Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 412.

[2160] Cass. com., 19 janvier 2010, No. 08-15338 ; 08-16459 ; 08-16469.

[2161] Le Tourneau, P., *Le parasitisme,* Litec, Paris, 1998, p. 127.

individualisé de l'effort intellectuel est, néanmoins, de plus en plus remis en cause au sein même des pays développés[2162]. La création des savoirs « traditionnels » n'a, de plus, pas toujours nécessité des investissements, tout du moins économiques. Ils ont néanmoins pu nécessiter des investissements et des efforts relatifs à leur conception, promotion et protection. Mais encore, les connaissances pratiques ne devraient pas être la mise en lumière d'une donnée objective préexistante[2163]. La caractéristique relative à l'existence d'une valeur économique semble, en revanche, justifiée car les connaissances pratiques doivent présenter une certaine valeur pour justifier la condamnation des tiers usurpateurs.

693. Les inconvénients et tempéraments relatifs aux effets de la théorie des agissements parasitaires. L'inconvénient de toute action en responsabilité civile est qu'elle n'intervient que *a posteriori*. Cette protection n'est alors que curative et non préventive puisqu'elle intervient une fois que la faute a été commise. Il semble néanmoins que les actions en responsabilité civile constituent une bonne protection défensive lorsque la responsabilité du tiers l'oblige à de lourdes réparations. Le tiers peut en effet être tenu de payer des dommages et intérêts dont le montant est calculé selon l'importance du préjudice. Il peut également être condamné au paiement d'indemnités comprenant le bénéfice qu'aurait retiré l'autre partie, ou encore être condamné à céder le brevet et être soumis à la publication de la décision de justice afin que la clientèle prenne connaissance de la personne physique ou morale ayant fait l'utilisation de moyens déloyaux et soit dissuadée d'acheter les produits du « parasite ». Par conséquent, au regard de ces obligations de réparations, l'effet dissuasif serait suffisant pour compenser l'effet seulement curatif de la protection. Une autre limite est que certains juges pourront être réticents à protéger une connaissance pratique n'ayant fait l'objet d'aucune protection par le droit de la propriété intellectuelle et ainsi ne seront pas enclins à reconnaître une faute et l'existence d'un préjudice dans un contexte de libre concurrence et de liberté du commerce[2164]. De telles actions sont, de plus, limitées par le détenteur de la connaissance pratique lui-même qui pourrait être dissuadé d'agir devant les juridictions en raison du caractère public des procédures risquant d'affaiblir la confidentialité de la connaissance pratique et ainsi

[2162] Il a en effet été exposé dans les développements précédents que l'aspect individuel de l'invention est critiqué par des sociétés de recherche qui soulignent que l'invention est davantage un processus collectif de l'effort d'entreprise. La notion d'inventeur collectif est alors de plus en plus sollicitée par les grandes entreprises.

[2163] Le Tourneau, P., *op. cit*. p. 127. Sur ce point, voir les développements de la première partie de la présente thèse (section II, chapitre II, titre II) relatifs à la pertinence de l'action en agissements parasitaires dans le domaine des licences libres.

[2164] Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015, spé. p. 10.

de contribuer à l'augmentation de son préjudice[2165]. Les mêmes mesures qu'en matière de secret des affaires devraient pourtant pouvoir être prises par le juge pour garantir la confidentialité des connaissances pratiques. Ces actions en responsabilité civile seraient du reste difficiles à mettre en œuvre lorsque la violation survient à l'étranger ou si elle est menée à l'encontre d'une entité étrangère. Il serait difficile voire impossible de démontrer l'atteinte à une connaissance pratique et d'obtenir une réparation si le droit étranger ne reconnaît pas ce type d'action ou bien si des difficultés d'*exequatur* interviennent[2166].

694. Transition. L'action en agissements parasitaires, même si elle présente certaines limites, semble donc être une protection efficace des connaissances pratiques, soit lorsque celles-ci sont secrètes (l'action se présente comme une protection additionnelle), soit lorsque celles-ci se trouvent dans le régime des communs (l'action apparaît comme une protection indépendante[2167]). Cependant, pour jouir d'une telle protection, encore faut-il que les conditions propres aux actions en responsabilité civile soient remplies.

2) Les conditions propres à l'action en agissements parasitaires

695. L'exigence d'une absence d'autres voies de recours. Dans la mesure où ces actions sont subsidiaires, elles ne sont recevables qu'en l'absence d'autres voies de recours. En principe, le détenteur ne doit pas disposer de droits privatifs, et notamment de droits de propriété intellectuelle, pour pouvoir intenter une action en agissements parasitaires[2168]. Un paradoxe apparaît cependant lorsqu'aucun droit privatif n'existe soit parce qu'il a expiré, soit parce qu'il n'a jamais existé. L'objet dont la protection est demandée risque d'être considéré comme appartenant au domaine public. Aucune faute ne pourrait alors être constituée pour l'utilisation ou la reproduction de l'objet[2169]. J.P. Stouls en conclut que : « (…) cette dernière [l'action en concurrence déloyale] n'est pas un expédient apte à conjurer l'impossibilité d'exercer l'action

[2165] Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *op. cit*., p. 10.

[2166] Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *op. cit*., p. 10.

[2167] L'action en agissements parasitaires, en tant qu'action indépendante dans le cadre des communs, est étudiée dans la première partie de la présente thèse (section II, chapitre II, titre II).

[2168] La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler en 2012 : « L'action en responsabilité pour agissements parasitaires peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif et ne requiert pas l'existence d'un risque de confusion. » (Cass. com., 14 févr. 2012, n° 10-27.873, *Sté DCM Friesland c/ Sté Kärcher*).

[2169] J.P. Stouls explique cette absence de protection par l'action en concurrence déloyale lorsqu'aucun droit privatif n'existe : « L'exploitation (…) d'une prestation dénuée de toute protection par un droit privatif et comme telle appartenant au domaine public, n'est pas répréhensible en soi ; et ce, quand bien même le créateur ou l'exploitant - fût-il prioritaire - d'une telle prestation en ressentirait un préjudice. » Voir Stouls, J.P., « La question au regard des droits de propriété industrielle et de la concurrence déloyale », *in* Bruguière, J.M., *L'articulation des droits de propriété industrielle*, Dalloz, 2011, spé. p. 129.

en contrefaçon, ni un refuge pour les orphelins du droit de la propriété industrielle[2170]. » Il semble toutefois que, en pratique, l'action en responsabilité civile est souvent intentée en plus d'une action en contrefaçon[2171]. La jurisprudence a alors créé la théorie du fait distinct autorisant le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle à intenter à la fois une action en contrefaçon et une action sur le fondement du parasitisme. La condition à respecter est que les actions ne visent pas un même fait délictueux. Dans le même sens, selon C. Grimaldi, il doit être caractérisé des conséquences distinctes d'un agissement (par exemple, reproduction servile, confusion auprès du public, production à un prix de revient inférieur[2172]). Les deux actions peuvent néanmoins être fondées sur les mêmes faits lorsque le titre de propriété industrielle est déclaré nul ou trop faible pour entraîner la condamnation au titre de la contrefaçon. Il est alors possible de former une demande principale en se fondant sur la contrefaçon et une demande subsidiaire sur le fondement du parasitisme. C. Caron expose à propos du fait distinct que : « On ne peut pas reprocher à un plaideur d'utiliser tous les "outils" que le droit positif met à sa disposition afin de défendre ses intérêts[2173]. » Cependant, la jurisprudence n'est pas toujours constante dans l'admission de cette interprétation[2174] et il peut parfois être préférable de n'agir que sur le terrain de la concurrence déloyale ou du parasitisme. En tout état de cause, il semble intéressant que les mécanismes de la responsabilité civile soient utilisés dans deux situations. D'abord, lorsque le détenteur choisit de ne pas protéger ses connaissances pratiques par des droits de propriété intellectuelle et qu'il fait le choix du régime du secret. Ensuite, lorsque le détenteur décide de faire le choix du régime des communs, et en

---

[2170] Stouls, J.P., *ibid*., p. 130.

[2171] En effet, J.P. Stouls souligne que : « Une action en concurrence déloyale ou parasitaire est très souvent, pour ne pas dire quasi systématiquement, invoquée à l'appui d'une action en contrefaçon » et « l'action en concurrence déloyale joue souvent le rôle de parachute de secours en cas d'échec de l'action en contrefaçon, ce qui comporte un intérêt certain. » Voir Stouls, J.P., *ibid*., p. 126 et 127.

[2172] C. Grimaldi expose que : « Il ne s'agit pas de caractériser des agissements distincts mais des conséquences distinctes d'un agissement : ainsi un acte de reproduction servile qui établira toujours une contrefaçon en présence d'un droit privatif n'établira un acte de concurrence déloyale ou de parasitisme que s'il crée une confusion auprès du public ou assure une production pour un prix de revient inférieur. » Voir Grimaldi, C., *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019, spé. p. 82.

[2173] Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 470.

[2174] En effet, selon G. De Moncuit, les relations entre contrefaçon et parasitisme sont imprécises et souvent défavorables au détenteur qui souhaite agir sur les deux fondements. La raison de cette insécurité juridique provient de la jurisprudence qui interprète de façon restrictive le fait distinct. Voir De Moncuit, G., « Les relations entre contrefaçon et parasitisme », *Revue Concurrentialiste,* 2014.

Par exemple, la Cour de cassation (Cass. com., 19 janvier 2010, No. 08-15338, 08-16459, 08-16469) a déjà eu l'occasion d'affirmer que : « La vente de produits similaires à ceux d'un de ses concurrents n'est pas constitutive d'un fait distinct de ceux relevant de l'action en contrefaçon ; qu'en affirmant, pour condamner les Sociétés (…) à réparer le préjudice subi au titre du parasitisme, que ces sociétés s'étaient placées délibérément dans le sillage de la Société CELINE sans avoir investi dans la création des modèles ni dans des campagnes publicitaires, en vendant des ceintures de piètre qualité ayant porté atteinte au succès commercial de cette société, ce qui n'était pas de nature à caractériser une faute distincte de la contrefaçon, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil. » Cette solution rendue par la Cour de cassation est source d'insécurité juridique puisque la même juridiction avait jugé antérieurement que : « Le fait, pour le contrefacteur, de bénéficier d'économies en matière de conception et de réalisation publicitaires, permettait de retenir le parasitisme. » (Cass. civ. 1ère, 19 octobre 2004, No. 02-16.057).

particulier des licences libres et du domaine public consenti, car il a en quelque sorte renoncé à intenter toute action en contrefaçon[2175].

696. La légitimité de l'action en agissements parasitaires en cas d'utilisation abusive. L'idée principale est que la simple reconnaissance de la détention d'une connaissance pratique ne doit pas empêcher les tiers d'utiliser cette même connaissance pour en créer d'autres. Mais, les mécanismes de responsabilité civile pourraient intervenir pour protéger les connaissances pratiques contre certaines utilisations par les tiers. Ces mécanismes attestent de la préexistence d'un droit sur les connaissances pratiques lorsque l'utilisation par un tiers est abusive. Un nouveau droit privatif n'est alors pas attribué à l'égard des détenteurs[2176] mais ces actions permettent de rendre les connaissances pratiques opposables lorsque leur détenteur a été victime d'un abus. Concernant le point de départ de la protection, Y. Dargier de Saint Vaulry considère qu'il est difficile de protéger les connaissances pratiques durant leur phase de recherche et de mise au point car elles ne sont pas encore partagées[2177]. La protection devrait débuter lorsqu'un tiers a eu connaissance illicitement des recherches et met au point des connaissances pratiques grâce aux recherches obtenues de manière déloyale[2178]. Il est cependant nécessaire que les connaissances pratiques soient pleinement créées pour que la recherche de protection soit légitime[2179].

697. La nécessaire preuve d'une faute et d'un préjudice. R. Fabre[2180] considère que les connaissances pratiques pourraient être protégées par l'action en agissements parasitaires dès lors que le détenteur prouve la faute et le préjudice subi. Concernant la faute, il y a deux

---

[2175] M. Clément-Fontaine propose d'intenter une action en contrefaçon lorsqu'un tiers porte atteinte au libre usage de l'œuvre. Il semblerait cependant plus judicieux d'utiliser un autre mécanisme pour le distinguer de la contrefaçon (logique d'exclusion). Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre*, Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014.

[2176] M.A. Chardeaux expose toutefois que la logique du parasitisme est de raisonner en termes de sanction d'un « droit privatif innommé ». Comme le parasitisme sanctionne la reprise de l'information d'autrui, cela revient à reconnaître que le parasité dispose « d'une sorte d'exclusivité » sur les fruits de son travail et de ses investissements. Or, l'exclusivité est la « caractéristique dominante du droit subjectif ». Voir Chardeaux, M.A., *Les choses communes*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 296.

[2177] « Il est difficile de parler de droit car le droit a pour raison d'être la régulation des relations entre les hommes et il ne peut donc apparaître que lorsque deux personnes au moins sont en lice. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé, p. 42.

[2178] La réparation adéquate serait d'interdire aux tiers de se servir des connaissances dérobées dans la recherche. Mais comment être certain que cette interdiction est respectée et comment les tiers de bonne foi peuvent faire totalement abstraction de ces connaissances ?

[2179] Comme le souligne Y. Dargier de Saint Vaulry : « Il n'est donc guère possible de parler de protection du *Know-How* avant que celui-ci soit réalisé, puisque celle qui peut être accordée aux recherches qui mènent à sa mise au point ne peut être, en fait, obtenue qu'après cette dernière. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 27.

[2180] Fabre, R., *Le Know how : sa réservation en droit commun,* Librairie Techniques, Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, Paris, 1976, p. 213 et s.

catégories à distinguer : les fautes contractuelles (facilement caractérisées) et les fautes délictuelles ou quasi-délictuelles consistant en l'accès à la connaissance pratique et son utilisation d'une manière illicite. L'appréhension ou l'usurpation d'une connaissance pratique constitueront facilement une faute s'il est prouvé une utilisation du travail de recherche et des efforts intellectuels développés par autrui pour développer un produit ou service[2181]. La qualité de la personne ayant commis la faute n'a pas d'importance et cette faute ne nécessite pas de démontrer l'intention frauduleuse, ce qui allège la charge de la preuve pour la victime. La deuxième condition est relative à l'existence d'un préjudice. Il suffira, par exemple, au détenteur de démontrer que les agissements du tiers ont détourné à son profit la notoriété ou la valeur économique qui sont le fruit de ses connaissances pratiques et que ce détournement a eu pour conséquence une perte de chiffres d'affaires et un préjudice d'image vis-à-vis de la clientèle[2182] ou encore un préjudice culturel et moral. Y. Dargier de Saint Vaulry expose cependant que des difficultés peuvent apparaître au niveau de la réalité du préjudice. Par exemple, en cas de demande indue de brevet par un tiers, le préjudice du détenteur initial risque de ne pas être réel, même si la connaissance du savoir-faire par le tiers a été obtenue par des moyens illicites. Effectivement, le détenteur initial peut obtenir un jugement ordonnant le transfert du brevet à son propre nom. Le préjudice sera, au contraire, réel si la connaissance du savoir-faire par le tiers a été obtenue par des moyens licites ou si la malhonnêteté du tiers ne peut pas être prouvée[2183]. Or, dans ce cas, aucune réparation ne lui est garantie par les actions en responsabilité civile.

698. La distinction selon la nature de la faute pour déterminer les sanctions applicables. En termes de réparation, il faut distinguer si la faute consiste en une divulgation ou en une utilisation sans droit. Ces deux fautes n'ont pas les mêmes conséquences à l'égard des connaissances pratiques. Comme le souligne Y. Dargier de Saint Vaulry :

> « La divulgation entraîne un préjudice irréparable qui ne peut donner lieu qu'à une compensation, car il est irréversible ; au contraire, l'utilisation sans droit peut faire l'objet de deux sortes de sanctions : les sanctions réparatrices du dommage matériel, et les

[2181] Sont, par exemple, qualifiés de fautifs le détournement du savoir-faire (Cass, civ. 1ère, 13 décembre 2005, *JCP*, 2006, p. 1092) ou la captation d'un savoir-faire par la reprise systématique des travaux d'un concurrent (CA Paris, 9 avril 1992, *PIBD*, 1993, 532, III, p. 570).

[2182] F. Chartier donne l'exemple du franchisé qui détourne la clientèle du franchiseur en continuant à exploiter son savoir-faire ou qui maintient une confusion avec le réseau auquel il appartenait en conservant les signes distinctifs particuliers à ce dernier. Voir Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 141.

[2183] Selon Y. Dargier de Saint Vaulry : « Le titulaire gardera en effet sa propriété sur son *Know-How* mais les attributs de son droit seront singulièrement réduits. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 44.

> sanctions visant d'une part à empêcher ce dommage de se produire, d'autre part à servir d'exemple[2184]. »

En tout état de cause, et dans tous les cas de faute, il semble important d'exiger des interdictions pour empêcher le préjudice de se produire ou de s'aggraver. Concernant les sanctions pécuniaires, elles pourront être exigées à la place ou bien concurremment à une interdiction[2185]. Si la faute consiste en une divulgation alors le juge, pour calculer le montant des sanctions pécuniaires, devrait rechercher la chance de durée qu'avait le secret de la connaissance pratique, son importance, le nombre de concurrents qui ignorait cette connaissance antérieurement ainsi que la diminution effective du patrimoine du titulaire. Si la faute consiste en une utilisation alors la sanction pécuniaire devrait être calculée par rapport au manque à gagner équivalent aux bénéfices réalisés par le tiers grâce à la connaissance pratique. Y. Dargier de Saint Vaulry distingue aussi différentes situations selon que le produit n'aurait pas pu exister sans la connaissance pratique[2186], que celle-ci a permis une économie sur les frais de fabrication[2187] ou une amélioration de la qualité du produit[2188]. Le juge peut, par ailleurs, condamner au paiement d'une rente ou d'un capital lorsque le montant de la réparation est impossible à fixer. Par exemple, lorsque l'atteinte ne porte que sur certains éléments de recherches assemblés dans l'espoir de réaliser une connaissance pratique. Dans ce cas, le préjudice ne constitue qu'un préjudice futur car il y a perte de chance de réaliser une connaissance pratique[2189]. Par conséquent, s'il existe une faute et un préjudice, tout tiers, peu importe sa qualité, devra réparer l'intégralité du dommage causé et prévenir les dommages futurs.

699. La limitation de l'action en agissements parasitaires aux circonstances d'accompagnement. Le seul fait de profiter des investissements d'autrui et de réaliser des économies ne seraient, en revanche, pas répréhensibles. Les actions ne sanctionnent, en effet,

---

[2184] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 151.

[2185] Les sanctions pécuniaires « devraient être prononcées toutes les fois qu'une interdiction n'est pas possible, ou si la victime le préfère, ou encore concurremment avec l'interdiction. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 164.

[2186] Si le produit fabriqué n'aurait pas pu exister sans la connaissance pratique, il devrait être pris en compte l'intégralité du bénéfice net réalisé grâce à la vente du produit ou une condamnation à des dommages et intérêts équivalents au prix de la licence ou de la vente qui auraient pu être demandé licitement ainsi qu'à une indemnité pour compenser la violation de la volonté du titulaire de ne pas accorder de licence. Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit.*

[2187] Si la connaissance pratique a permis une économie sur les frais de fabrication alors une réparation intégrale du préjudice devrait être exigée en établissant la quantité de ventes manquées par le titulaire. Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit.*

[2188] Si la connaissance pratique a permis une amélioration de la qualité du produit alors la plus-value apportée au produit et l'influence sur les choix exercés par la clientèle devraient être appréciées. Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit.*

[2189] Fabre, R., « La réservation du Know How par le droit de la responsabilité », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 69, spé. p. 74.

pas l'usurpation ou l'appréhension des connaissances pratiques en elles-mêmes mais plutôt les circonstances d'accompagnement telles qu'une violation des obligations contractuelles, l'utilisation de procédés contraires à la morale, aux bonnes mœurs, aux usages du commerce ou encore tout acte déloyal traduisant un excès dans l'utilisation de la liberté du commerce et de l'industrie[2190]. Il faut que la connaissance pratique ait été utilisée sans autorisation par un tiers dans le cadre d'une activité lucrative et par des moyens déloyaux. Les tiers utilisant la connaissance pratique dans un but unique d'enseignement ou de travail scientifique ne pourront alors pas être visés par la théorie du parasitisme car ils participent, en principe, au progrès de la science et à la liberté de création dans un but non lucratif. La théorie des agissements parasitaires semble ainsi pertinente pour protéger les savoirs des communautés autochtones et locales contre les actes de « biopiraterie » lorsque les savoirs sont utilisés dans un but lucratif sans le consentement des détenteurs originels et en violation de leur paternité. Cette théorie pourrait aussi être admise lorsque les tiers utilisent les connaissances pratiques en violation du caractère secret de celles-ci ou sans respecter ni le droit moral du détenteur initial (droit de paternité, droit à l'intégrité[2191]) ni la prohibition de l'utilisation dans un but lucratif, lorsque le détenteur souhaite privilégier le régime des « communs ». Cette limitation des actions en responsabilité civile selon les circonstances d'accompagnement ne peut être qu'accueillie car, à défaut, cela reviendrait à privatiser les connaissances pratiques pour toute utilisation.

700. Transition. L'action en agissements parasitaires semble donc être une protection efficace et proportionnée des connaissances pratiques. Proportionnée car une telle protection n'empêche pas les tiers d'utiliser les connaissances pratiques lorsque leur comportement n'est pas constitutif d'une faute. Efficace car la protection intervient dans deux situations : pour protéger les connaissances pratiques secrètes et pour protéger les connaissances pratiques inscrites dans le régime des « communs ». Il convient maintenant d'étudier la protection en matière contractuelle pour déterminer si une telle protection est également pertinente à l'égard des connaissances pratiques.

[2190] Par exemple, la chambre commerciale de la Cour de cassation a déclaré que : « L'utilisation du savoir-faire d'autrui après l'avoir acquis par fraude, est constitutive du délit de concurrence déloyale ou parasitaire (Cass. com., 1er juillet 2003, Jurisdata n° 019887).

[2191] Nous reprenons ici l'interprétation de M. Clément-Fontaine qui expose que le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre peut être un moyen de garantir une protection de l'esprit de la création telle que le détenteur a voulu qu'elle soit. Le détenteur peut ainsi imposer comment l'œuvre doit être utilisée pour respecter le sens qu'il a voulu lui donner et s'opposer aux atteintes portées au caractère libre de l'œuvre (réappropriation privative et exclusive, utilisation commerciale à but lucratif). Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, p. 334.

C) La protection du secret en matière contractuelle

701. Plan. Le secret peut être protégé par des contrats spécifiques conclus entre le détenteur et des tiers ou entre le détenteur et ses relations de travail (1). Les contrats présentent aussi l'avantage de favoriser le partage des connaissances pratiques (2). Comme le soulignent M. Vivant et J.M. Bruguière, le contrat « peut assurer tout autant (et simultanément) communication et réservation des idées et de leur traduction concrète[2192]. »

1) Contrats et protection des connaissances pratiques

702. Plan. La protection contractuelle des connaissances pratiques peut intervenir aussi bien en l'absence d'une protection légale[2193] qu'en complément à la protection légale du secret. Les connaissances pratiques sont souvent protégées par l'intermédiaire d'engagements de ne pas divulguer des informations stratégiques et ne pas les exploiter sans autorisation[2194]. Il convient alors de distinguer les engagements contractuels conclus dans les relations de travail (a) des engagements contractuels conclus avec des tiers (b).

a) Accords ou clauses spécifiques conclus entre le détenteur et ses relations de travail

703. La reconnaissance d'une obligation de fidélité. Avant tout engagement contractuel, la doctrine s'accorde pour reconnaître une obligation de fidélité à la charge du salarié. De par sa nature même, le contrat de travail comporterait une telle obligation. Le salarié serait alors tenu de ne pas dévoiler les connaissances pratiques communiquées par l'employeur mais il devrait aussi communiquer à son employeur tous les procédés nouveaux découverts au cours de l'exécution du contrat de travail. À défaut, la responsabilité civile contractuelle du salarié peut être engagée sur le fondement de l'article 1104 du Code civil (les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi) et de l'article 1194 du Code civil (toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature).

[2192] Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 44.

[2193] « À défaut d'encadrement légal, les entreprises cherchent dans la plupart des cas à protéger leur savoir-faire par des moyens pratiques techniques, organisationnels ou contractuels. » Voir Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015, p. 17. Pour un détail de l'ensemble des mesures pratiques mises en place pour protéger le secret des connaissances pratiques, voir Ernst & Young*, op. cit*., p. 21.

[2194] Ces contrats sont considérés comme le « soubassement premier » de la réservation de l'immatériel. Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 45.

704. Les clauses de confidentialité imposant une obligation à l'employé ou à l'employeur. Des accords spécifiques ou des clauses particulières peuvent, en outre, être conclus avec les salariés de l'entreprise dans leur contrat de travail pour renforcer la réservation des connaissances pratiques. Les clauses de confidentialité interdisent à l'employé ou ancien employé[2195] de divulguer et/ou d'exploiter[2196] l'ensemble ou une partie des informations relatives aux connaissances pratiques (obligation de ne pas faire). De telles clauses peuvent également obliger à restituer la connaissance pratique à l'issue d'une période donnée[2197] (obligation de faire). Il est préférable que les clauses soient sous forme de stipulation expresse pour en faire une obligation de résultat[2198]. Ainsi, toute publication, même scientifique, est interdite, sauf autorisation préalable de l'employeur, et le salarié ne doit pas révéler le secret aux tiers y compris aux autres membres du personnel. Le détenteur peut préciser les connaissances dont l'acquéreur peut disposer par opposition aux connaissances qui doivent demeurer secrètes ou bien il englobe dans le secret la totalité des renseignements obtenus en exécution du contrat[2199]. Le salarié pourra cependant toujours utiliser et révéler les connaissances générales accessibles à tout technicien et non propres à l'entreprise[2200]. Il s'agit donc de distinguer le savoir général à la disposition pleine et entière de l'employé (connaissances courantes dans le domaine considéré), du savoir particulier comme bien propre de l'employeur[2201]. Il doit, de plus, être distingué selon si la connaissance pratique est une

---

[2195] Comme le soulignent J. Azéma et J.C. Galloux : « Il appartient à l'entreprise de se prémunir contre ce risque plutôt que d'escompter que ses salariés les plus éminents soient frappés d'amnésie en la quittant. » Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 719.

[2196] Celui qui reçoit la connaissance pratique doit l'exploiter pour les fins du travail qu'on lui commande pendant le temps nécessaire à l'accomplir. Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 721.

[2197] La restitution de la connaissance pratique se fera par l'intermédiaire du support matériel. Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit.* N. Binctin explique qu'il peut être prévu la communication d'un certificat de renvoi ou de destruction attestant que l'entreprise n'est plus en possession des informations confidentielles. Les parties peuvent aussi stipuler une clause pénale au sein de l'accord de confidentialité qui condamnera le débiteur de l'obligation à payer une somme forfaitaire prédéterminée à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. Voir Binctin, N., « Savoir-faire », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, janv. 2018, n° 40.

[2198] La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de rappeler que : « L'obligation de confidentialité, étant d'interprétation stricte, ne saurait résulter implicitement de l'existence de relations commerciales (…) ». (Cass. com., 17 mars 2015, No. 13-15862).

[2199] En pratique, il est souvent prévu que le contrat porte sur les connaissances contenues dans des documents identifiés comme confidentiels. Par exemple, la jurisprudence a déclaré que le timbre « secret » apposé sur un document (CA Paris, 11 mars 1977, *Ann. propr. ind*., 1977, p. 194) ou le panneau « entrée interdite » fixé sur la porte d'un local abritant un prototype (Cass. com., 3 novembre 1971, *Bull. civ*., n° 283) valent offre de conclusion d'un accord de confidentialité. N. Binctin explique cependant que « plus la clause de confidentialité est rédigée de façon générale quant aux données auxquelles elle s'applique, moins sa violation pourra être judiciairement sanctionnée. » Une description précise des connaissances pratiques soumises à l'obligation de confidentialité semble ainsi apporter plus de sécurité pour le détenteur. Une certaine rigueur est néanmoins nécessaire pour maintenir à jour la liste des informations confidentielles. Voir Binctin, N., *ibid*., n° 37 et 63.

[2200] Seube, A., « La réservation du Know How par le droit des contrats », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 79, spé. p. 82.

[2201] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 68.

invention de service ou une invention personnelle. Si l'invention est faite en exécution de la prestation de travail (invention de service) alors le salarié est le débiteur de l'obligation de confidentialité car l'invention de service appartient à l'employeur[2202]. Au contraire, si l'invention est réalisée par l'employé en dehors de toute intervention de l'employeur et est étrangère à l'entreprise (invention personnelle) alors l'obligation de confidentialité pèse sur l'employeur et non sur le salarié car c'est ce dernier qui est propriétaire de l'invention.

705. Les clauses de non-concurrence limitant le salarié dans l'exploitation des connaissances pratiques chez un concurrent. Concernant la clause de non-concurrence, elle est valide à la condition qu'elle justifie d'un intérêt légitime, qu'elle soit limitée dans le temps, dans l'espace et dans la nature de l'activité exercée, et qu'elle garantisse une contrepartie financière. Cette clause est souvent insérée par les détenteurs de connaissances pratiques car elle est plus contraignante qu'une obligation de confidentialité. Elle interdit en effet au bénéficiaire d'exercer la même activité de manière indépendante ou de s'affilier à un réseau de distribution concurrent. Comme le souligne A. Seube : « L'obligation de secret est moins gênante pour le salarié que l'obligation de non concurrence car l'obligation de secret lui permettra d'avoir une nouvelle activité, seulement de ne pas utiliser le savoir-faire acquis alors que l'obligation de non concurrence (…) l'empêchera véritablement d'avoir une activité concurrente. Elle ira plus loin que l'obligation de secret car il ne pourra pas faire connaître ce qu'il savait et il ne pourra pas même se réemployer dans le même secteur[2203]. » Ce type de clause s'appliquera surtout après l'expiration du contrat de travail. La clause de non-concurrence post-contractuelle permet de protéger les connaissances pratiques *a posteriori* en empêchant l'ancien salarié de travailler pour un concurrent ou de s'établir à son propre compte aux fins d'exploiter les connaissances pratiques[2204]. L'obligation de non-concurrence ne doit

[2202] H. Bensoussan donne un exemple de rédaction d'une clause de confidentialité : « Le candidat franchisé s'engage à conserver confidentielles toutes les informations auxquelles il aura accès pendant toute la durée du présent contrat, à l'exclusion des informations à caractère générique et non spécifiques au concept, et de celles notoirement connues. (…). Au terme de la relation contractuelle, il ne pourra plus les utiliser ni permettre leur utilisation. Si pendant la durée des relations contractuelles, le franchisé apporte des améliorations au savoir-faire, celles-ci seront considérées en toute hypothèse comme inhérentes au savoir-faire du franchiseur, et soumises à la même obligation de confidentialité. » Voir Bensoussan, H., *Le droit de la franchise,* Apogée, 1999*,* p. 187.

[2203] Seube, A., *ibid*., p. 94.

[2204] La clause de non-concurrence post-contractuelle, limitant la liberté d'entreprendre de l'ancien salarié, apparaît suspecte au regard du droit de la concurrence. Elle est cependant exemptée de sanctions afférentes aux ententes anticoncurrentielles lorsqu'une telle clause est indispensable à la protection d'un savoir-faire. L'obligation de ne pas utiliser ou de ne pas divulguer le savoir-faire pendant une durée indéterminée tant qu'il n'est pas tombé dans le domaine public est également exemptée de sanctions. N. Binctin explique que lorsqu'une clause de non-concurrence figure dans un contrat de communication de savoir-faire ou un contrat mixte, elle ne constitue pas de restrictions caractérisées ni de restrictions exclues au sens du règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'art. 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie. Voir Binctin, N., « Savoir-faire », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, janv. 2018, n° 80.

cependant pas empêcher le salarié de trouver une nouvelle fonction correspondant à ses compétences (habileté technique, expérience). En cas de violation de l'obligation de non concurrence ou de confidentialité alors le salarié engage sa responsabilité civile contractuelle. Une action en responsabilité civile délictuelle peut également être intentée contre le nouvel employeur de l'ancien employé si sa complicité peut être prouvée[2205]. Le détenteur de la connaissance pratique dispose, par ailleurs, de moyens de contrôler le respect des obligations *via* des clauses d'audit sur place et sur pièces permettant de vérifier les moyens mis en œuvre par le partenaire[2206].

706. Transition. Des accords spécifiques ou des clauses particulières peuvent également être conclus avec des tiers[2207].

b) Accords ou clauses spécifiques conclus entre le détenteur et les tiers

707. La conclusion de clauses de confidentialité et de non-concurrence avec le bénéficiaire et ses auxiliaires. Lors de la négociation du contrat, il est opportun de toujours prévoir un contrat préparatoire de confidentialité au terme duquel le communiquant exige le secret du partenaire auquel il aurait fait connaître ses connaissances pratiques. Si les négociations échouent, ce contrat protégera le secret des connaissances pratiques. Si le contrat est conclu alors l'acquéreur peut être soumis à une obligation de confidentialité qui lui interdit de révéler à autrui les connaissances pratiques. Cette obligation de confidentialité peut même aller jusqu'à interdire au contractant qui perfectionne une connaissance pratique de faire connaître aux tiers les améliorations ou la nouvelle connaissance pratique créée par l'acquéreur[2208]. Selon A. Seube, l'obligation de confidentialité empêche l'acquéreur de

[2205] Selon T. Azzi : « Lorsque le concurrent d'une entreprise incite un salarié de celle-ci – généralement en échange d'une rémunération ou d'une embauche – à lui révéler, durant le contrat de travail ou après sa rupture, le savoir-faire que lui a appris son employeur, cette situation dite de "tierce complicité à la violation de l'obligation contractuelle de confidentialité" est susceptible d'entraîner la responsabilité délictuelle du concurrent fautif. » Voir Azzi, T., « Juge et loi du savoir-faire non breveté : approche de droit international privé », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 550.

[2206] Ernst & Young, *op. cit*., p. 20.

[2207] Le détenteur d'une connaissance pratique partagera rarement celle-ci dans le seul but de la partager et participer au progrès des sciences et des techniques. Il la partagera le plus souvent à des tiers pour réaliser des bénéfices et amortir ses propres investissements.

[2208] L'acquéreur peut même être tenu à une obligation de communication le contraignant à informer le détenteur initial de toute amélioration ou de toute nouvelle connaissance pratique et à lui en réserver l'exploitation. Cependant, J.J. Burst souligne qu'est contraire à l'art. 85, paragraphe 1 du Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE) l'obligation pour le receveur de communiquer le perfectionnement d'une connaissance pratique en exclusivité au communiquant et l'obligation de céder ce perfectionnement de la connaissance pratique. Voir Burst, J.J., Kovar, R., « Brevets, savoir-faire et interdiction des ententes en droit communautaire », *in Brevets, Savoir-faire et Droit communautaire,* Extrait du JurisClasseur Commercial - Brevets d'invention, Paris, Litec, 1986.

communiquer les connaissances pratiques aux sous-traitants qui travaillent pour lui, sauf autorisation du communiquant. Par contre, les salariés ne sont pas considérés comme des tiers donc l'acquéreur peut leur révéler les connaissances pratiques indispensables à l'exploitation. A. Seube souligne que cette possibilité accroît le risque de divulgation[2209]. C'est pour cela qu'il conseille d'ajouter une clause qui porte garant le bénéficiaire de la correcte exécution du contrat et du maintien du secret du fait de ses auxiliaires (clause de garantie) ou bien une clause qui fait obligation au bénéficiaire de répercuter la clause de non communication à ses salariés (clause de répercussion). Ces accords de confidentialité doivent préciser la durée des obligations du secret et de l'interdiction d'exploitation en fonction de la nature et de l'objet de la convention. Il peut toutefois arriver que la durée du contrat soit indéterminable puisqu'elle est liée au caractère secret des connaissances pratiques qui est, par nature, d'une durée aléatoire. En pratique, la clause de confidentialité survit à l'expiration, à la résiliation et/ou à l'annulation du contrat pendant une durée variant entre un et deux ans à compter de la signature de l'accord voire entre cinq et dix ans lorsque les connaissances pratiques sont particulièrement sensibles[2210]. Les contrats portant sur l'exploitation d'une connaissance pratique avec des tiers peuvent, par ailleurs, prévoir une clause de non concurrence afin d'empêcher le tiers d'exploiter la connaissance pratique dans le cadre d'une activité concurrente.

708. L'irréversibilité de la transmission des connaissances pratiques. Que ce soit dans les relations de travail ou avec les tiers, la protection contractuelle pourrait garantir une réversibilité de la transmission du savoir-faire au terme du contrat. La réversibilité signifie que l'acquéreur ne sera pas en droit de continuer à utiliser la connaissance pratique après l'expiration du contrat. D'après J.J. Burst, la Commission a déclaré que la réversibilité d'une connaissance pratique n'est pas constitutive d'une restriction de concurrence à la condition que l'utilisation de la connaissance pratique par l'acquéreur soit toujours possible par le paiement de redevances. Cette interprétation a cependant pour conséquence de retenir l'illicéité d'une clause qui interdit à l'acquéreur d'utiliser la connaissance pratique quand il proposerait le paiement de redevances. J.J. Burst expose que cette interprétation tend alors à considérer la transmission d'une connaissance pratique comme irréversible car le détenteur initial est dans l'impossibilité d'interdire à son acquéreur de continuer l'exploitation de la connaissance

[2209] Seube, A., « La réservation du Know How par le droit des contrats », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 79, spé. p. 88.

[2210] Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015, spé. p. 19.

pratique lorsque ce dernier acquitte des redevances[2211]. Néanmoins, la condition relative au paiement de redevances ne peut plus être imposée lorsque la connaissance pratique n'est plus secrète.

709. Transition. La protection contractuelle, en complément au régime du secret, présente de nombreux avantages pour les détenteurs de connaissances pratiques. Par contre, des inconvénients peuvent rapidement apparaître lorsque cette forme de protection est choisie indépendamment de toute protection par le secret.

c) Avantages et inconvénients d'une protection contractuelle des connaissances pratiques

710. Une protection contractuelle adaptée aux connaissances pratiques. La protection contractuelle, en complément du régime du secret, présente de nombreux avantages pour les détenteurs de connaissances pratiques. Ceux-ci profitent de la gratuité ou des coûts réduits. La protection contractuelle présente aussi l'avantage d'être souple et donc adaptée à chaque cas d'espèce. Elle laisse une grande liberté dans la détermination du contenu des obligations et des connaissances pratiques protégées puisque tout est permis dans les droits et obligations conclues sous réserve de respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. Une telle protection simplifie, de plus, le déroulement d'un litige car le cocontractant ne peut pas prétendre qu'il ignore le caractère confidentiel des connaissances pratiques. En outre, dans l'hypothèse où, en cours d'exécution du contrat, la connaissance pratique perd son caractère secret et appartient au domaine public, la protection contractuelle continue de s'appliquer[2212]. Cette forme de protection présente, par ailleurs, les mêmes avantages que le régime du secret, notamment l'universalité de la protection et son adaptabilité à la nature évolutive des connaissances pratiques.

[2211] J.J. Burst distingue deux situations :

- si le savoir-faire et le brevet sont dans un rapport de complémentarité alors le communicant a le droit d'exiger le versement de redevances pour l'utilisation du savoir-faire après l'expiration du contrat mixte mais seulement pendant un délai raisonnable. Cette limitation de la durée est due au caractère subsidiaire du savoir-faire par rapport à la technique brevetée et au risque de manœuvres du breveté qui prolonge durablement voire indéfiniment un droit à redevances.

- si le savoir-faire est indépendant de l'invention brevetée ou que le contrat a pour seul objet un savoir-faire alors la durée des redevances pourrait être plus longue et éventuellement se prolonger tant que le receveur exploite ce savoir-faire. Cette durée pratiquement illimitée des redevances s'explique par le souci de compenser l'impossibilité pour le communicant d'interdire l'utilisation du savoir-faire même après expiration du contrat. Voir Burst, J.J., Kovar, R., « Brevets, savoir-faire et interdiction des ententes en droit communautaire », *in Brevets, Savoir-faire et Droit communautaire,* Extrait du JurisClasseur Commercial - Brevets d'invention, Paris, Litec, 1986, spé. p. 24.

[2212] J. Azéma et J.C. Galloux expliquent que : « La cause doit exister au moment de la conclusion du contrat et sa disparition postérieure est sans effet sur sa validité. » Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2017, spé. p. 725.

711. Les difficultés relatives à l'identification de la connaissance pratique protégée. La protection contractuelle présente toutefois des limites, dont certaines sont identiques à celles du régime du secret[2213]. Des limites apparaissent également par rapport à la protection contractuelle elle-même. Il est parfois difficile d'identifier la connaissance pratique à protéger et de déterminer sa valeur[2214]. Cette difficulté d'identification est renforcée en raison du caractère rapidement évolutif de ces connaissances qui se traduit par des perfectionnements qui « modifieront profondément la nature même de la technique qui faisait l'objet du savoir-faire communiqué[2215]. » Si une réparation intégrale est demandée, il est pourtant nécessaire d'identifier clairement les connaissances qui ont été détournées et la part de celles-ci dans le chiffre d'affaires réalisé ou réalisable (gain manqué, perte subie). Cette exigence peut s'avérer difficile lorsque les connaissances n'ont pas encore fait l'objet d'une exploitation commerciale en tant que telle (analyses en laboratoire). Or, le cocontractant hésitera à s'engager contractuellement s'il ne connaît pas encore la connaissance pratique qui lui sera révélée ni sa valeur[2216]. En tout état de cause, pour faciliter l'identification et mesurer la valeur des connaissances pratiques, il est proposé l'utilisation d'un outil de consignation[2217] et la création d'un référentiel tel un label[2218].

712. Les limites relatives aux rapports de force déséquilibrés et à l'obtention de la preuve. La protection contractuelle des connaissances pratiques peut, en outre, apparaître

[2213] Les limites du régime de protection du secret seront présentées dans la prochaine sous-partie.

[2214] Selon J. Azéma et J.C. Galloux, l'identification des informations confidentielles peut se faire en considérant comme tels les documents les contenant et portant une mention explicite « secret » ou « confidentiel ». Aussi, peuvent être considérées comme confidentielles toutes les informations échangées de manière générale. Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *op. cit*., p. 725.

[2215] Prugnat, B., « La définition du know how et des perfectionnements », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 149, spé. p. 150.

[2216] Selon M. Gaudin : « Je dirais simplement par expérience que l'accord est souvent difficile à négocier parce que l'interlocuteur, qui ne détient pas les connaissances et à qui on veut faire prendre certains engagements de non divulgation (…) et surtout de non usage (…) ne sachant pas encore exactement ce en face de quoi il va se trouver est très réservé et d'autant plus qu'il a, lui-même, des activités dans ce domaine. » Voir Gaudin, M., « Le secret dans la négociation », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *op. cit*., p. 146.

[2217] Il devrait être garanti un niveau de secret au moins équivalent à celui de l'enveloppe Soleau sans possibilité d'accès par une autre personne que le détenteur tout en bénéficiant de la souplesse du dépôt à l'Agence de Protection des Programmes (APP) qui permet des mises à jour régulières en cas d'évolution des éléments déposés. Une telle consignation permettrait de faciliter la preuve d'une antériorité des connaissances pratiques et de bénéficier d'éléments de preuves suffisants en cas d'action en justice tout en limitant les risques de divulgation du secret inhérents à la documentation détaillée de connaissances pratiques. Voir Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015, spé. p. 40.

[2218] Un label permettrait de valoriser les connaissances pratiques en exigeant le respect d'un cahier des charges et en requérant la réalisation d'investissements matériels, humains et financiers. Le cahier des charges serait auditable et contrôlable, par exemple, dans le cadre d'un mécanisme de certification par des tiers indépendants soumis au secret. Le fait de respecter un label donné serait un gage d'identification et de qualité des connaissances pratiques et donc potentiellement de leur valeur économique. Voir Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *op. cit*., p. 37-39.

dangereuse lorsque le détenteur dispose d'un faible pouvoir de négociation. La faiblesse du détenteur peut rendre difficile la conclusion d'un accord de confidentialité et la mise en place de moyens techniques ou organisationnels de protection avec des entreprises disposant de plus de pouvoir (nous pensons ici aux rapports contractuels entre les communautés autochtones et locales et les entreprises des pays développés)[2219]. Y. Dargier de Saint Vaulry expose, de plus, le cas où, pendant les négociations, l'acquéreur s'aperçoit qu'il connaît déjà la connaissance pratique et refuse de conclure le contrat. Si l'acquéreur éventuel ne connaissait que partiellement la connaissance pratique, s'il la connaissait totalement ou bien si celle-ci était dans le domaine public mais qu'il ne songeait pas à l'utiliser alors l'acquéreur doit respecter le secret et la non utilisation de la connaissance pratique. Au contraire, si l'acquéreur éventuel connaissait totalement la connaissance pratique et l'utilisait alors le détenteur initial doit l'autoriser à jouir de ses droits entiers[2220]. Cependant, une telle interprétation est dangereuse pour le détenteur car l'acquéreur cherchera toujours à faire comme s'il connaissait totalement la connaissance pratique et voulait l'utiliser. Il sera alors difficile pour le détenteur de prouver le contraire. L'article 1112-2 du Code civil, créé par l'ordonnance du 10 février 2016, sécurise néanmoins la période des pourparlers en engageant la responsabilité civile de celui qui utilise ou divulgue sans autorisation, et donc de mauvaise foi, une information confidentielle obtenue lors des négociations. Cet article ne semble pas distinguer selon si la connaissance pratique était antérieurement connue ou non par l'acquéreur. La protection contractuelle est du reste parfois décevante car, pour espérer une protection efficace, il faut que le détenteur prévoit tout et anticipe toutes les difficultés. Or, comme A. Seube le souligne : « L'expérience montre que les difficultés naissent toujours de ce que l'on n'a pas prévu (…)[2221]. »

713. L'opportunité d'un cumul de protection. Au regard de ces différentes limites, la protection contractuelle ne devrait pas être envisagée indépendamment à toute autre protection. Il serait plus judicieux pour le détenteur de prévoir également une protection de ses connaissances pratiques par le régime du secret. Un cumul de protection pourrait alors être mis en place : protection par le secret, protection par les actions en responsabilité civile et protection contractuelle. La protection contractuelle est fortement conseillée en complément du secret car,

[2219] Le régime *sui generis* de protection des savoirs vise cependant à délivrer des droits, en particulier un droit moral aux communautés autochtones et locales, obligeant notamment le cocontractant à respecter l'intégrité des savoirs. Sur ce point, voir les développements de la seconde partie de la présente thèse (section II du chapitre I, titre II).

[2220] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé., p. 148.

[2221] Seube, A., « La réservation du Know How par le droit des contrats », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 79, spé. p. 94.

à défaut, il sera difficile de prouver qu'il y a eu transmission ou utilisation de connaissances pratiques qui étaient secrètes. L'action en agissements parasitaires présentera également une importance pour réparer le préjudice subi et condamner les tiers lorsque ces derniers ont acquis les connaissances pratiques par des moyens déloyaux. Dans cette situation, la protection contractuelle ne pourra pas s'appliquer en raison de l'effet relatif[2222] du contrat.

714. Transition. Les contrats peuvent, dans le même temps, garantir le partage des connaissances pratiques.

2) Contrats et partage des connaissances pratiques

715. La possibilité d'un partage restreint des connaissances pratiques. Les contrats n'ont pas uniquement pour objectif de protéger les connaissances pratiques dans le sens d'une protection exclusive. Ils ont aussi pour effet de partager les connaissances pratiques, même si ce n'est qu'un partage à des tiers particuliers. F. Magnin accueille l'objectif de partage car l'essence des connaissances est de se reproduire de sorte que leur transmission aux tiers pour les utiliser est naturelle[2223]. Il considère toutefois légitime d'octroyer au détenteur une maîtrise sur ses connaissances pratiques afin qu'il ne les révèlent qu'aux tiers qu'il aura choisis et de demander une contrepartie pour la révélation[2224]. Cette révélation uniquement aux tiers choisis par le détenteur se réalisera surtout par la conclusion de certains contrats ou clauses spécifiques. La protection des connaissances pratiques par le secret pourrait être « un mal pour un bien » car le régime juridique de protection du secret contribue à terme à la diffusion des connaissances pratiques. Y. Dargier de Saint Vaulry souligne en effet que la protection par le secret incite le détenteur à accorder des licences pour transférer les connaissances pratiques et la protection contractuelle aura pour conséquence de relâcher les mesures de sécurité, ou du moins d'éviter que ces mesures ne se resserrent à l'excès[2225].

[2222] En effet, F. Magnin rappelle que, en ce qui concerne « les faits d'utilisation non autorisée ou de divulgation illicite du *know-how* par des tiers qui en auront eu connaissance à la suite de manœuvres déloyales (…) le contrat ne sera d'aucune utilité. » Voir Centre du droit de l'entreprise, *Nouvelles techniques contractuelles : know-how - franchising - engineering - leasing,* Association française des juristes d'entreprise, Actualités de droit de l'entreprise, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1971, spé. p. 41-42.

[2223] Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 265.

[2224] Magnin, F., *op. cit*., p. 149.

[2225] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p 95.

716. Le contrat de communication de savoir-faire, l'outil principal pour garantir le partage. Le contrat de communication de savoir-faire (ou licence de savoir-faire)[2226] se définit comme un contrat par lequel une personne s'engage à transmettre une connaissance pratique au profit d'une autre personne qui lui verse une rémunération. L'acquéreur peut être toute personne physique ou morale quelle que soit sa puissance économique car « il est, en effet, de plus en plus difficile pour un tiers, quelle que soit la puissance de ses moyens, de reconstituer un *know how* qui a été le fruit d'une longue accumulation presque inconsciente et à peine formulée d'efforts chez son concurrent[2227]. » Selon J.J. Burst, le contrat de communication de savoir-faire s'analyse en un contrat d'enseignement « par lequel un sachant, un compétent, un connaissant, le maître d'une technique, s'engage à la communiquer, à l'enseigner, à un bénéficiaire qui, en contrepartie, versera une rémunération qui peut prendre de nombreuses formes[2228]. » Ce sont alors des droits personnels qui régissent le savoir-faire puisque les cocontractants vont devoir respecter des droits et des obligations. Parmi ces obligations, le détenteur devra communiquer la connaissance pratique[2229] (obligation de délivrance). Y. Dargier de Saint Vaulry expose que le savoir-faire doit être secret[2230]. Le détenteur peut aussi inclure une clause de garantie pour s'engager à d'autres obligations[2231]. À propos du

[2226] J. Azéma et J.C. Galloux préfèrent la qualification de « contrat de communication de savoir-faire » car ils considèrent qu'un droit privatif ne peut pas être détenu sur un savoir-faire de telle sorte que toute qualification suggérant l'idée d'une cession ou d'une licence devrait être rejetée. Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 723. Le législateur européen emploie cependant toujours le terme de « licence » ou de « cession » de savoir-faire, notamment dans le règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'art. 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie.

[2227] Panel, F., « Importance économique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 41, spé. p. 50.

[2228] Burst, J.J., « Commercialiser le Know How - Rapport introductif », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *op. cit*., p. 135. Une certaine partie de la doctrine rejoint cette opinion. Voir Collard-Dutilleul, Delebecque, P., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10ème éd., 2015, spé. n° 914 ; Malaurie, P., Aynès, L., Gauthier, P.Y., *Droit civil. Les contrats spéciaux*, LGDJ, 8ème éd., 2016, spé. n° 708.

[2229] Pour communiquer le savoir-faire, il suffira parfois de transmettre un dossier de fabrication ou du procédé industriel. Dans d'autres cas, il sera nécessaire de transmettre la fourniture de matériels incorporant le savoir-faire ou encore de garantir la transmission d'une assistance technique se concrétisant par l'envoi des techniciens du communicant dans les usines du cocontractant ou encore par la réception des techniciens du cocontractant dans les usines du communicant pour assurer leur formation. Voir Centre du droit de l'entreprise, *Nouvelles techniques contractuelles : know-how - franchising - engineering - leasing,* Association française des juristes d'entreprise, Actualités de droit de l'entreprise, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1971, spé. p. 21.

[2230] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 180.

[2231] La clause de garantie (des vices cachés et d'éviction) est une obligation d'origine légale ou conventionnelle qui assure la garantie du résultat pratique de l'exécution normale de la convention tout en permettant une réparation du dommage causé au cas où ce résultat ne serait pas atteint. La garantie peut ainsi réduire les aléas, pour le cocontractant, relatifs à la liberté d'exploiter (le cocontractant est toujours confronté au risque qu'un tiers breveté le poursuive en contrefaçon. Le titulaire devrait détenir les brevets couvrant l'invention de base sur laquelle est fondé le savoir-faire ou au moins en détenir des licences cessibles), à l'efficacité (le détenteur garantit que le savoir-faire concédé sera efficace dans un délai déterminé. À défaut, le contrat de communication de savoir-faire devrait être annulé pour dol ou erreur ou bien la responsabilité du communicant devrait être engagée pour mauvaise exécution du contrat), au succès commercial (obligation de moyens sous la forme d'une assistance commerciale ou d'une répartition des marchés ou obligation de résultat lorsque le communiquant s'engage à garantir des résultats identiques à ceux qu'il a obtenu lui-même ou lorsqu'il a contrôlé de manière étroite la mise en œuvre du savoir-faire en imposant le choix du matériel et des fournitures). Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*,

bénéficiaire, il sera tenu de verser une contrepartie. Il pourra également être tenu à des obligations de ne pas faire (ne pas exploiter la connaissance pratique autrement que de telle façon, pour telle application, sur d'autres territoires que ceux visés au contrat ou encore au-delà de telle période[2232]). Cette forme de contrat favorise donc fortement le partage des connaissances pratiques puisque c'est l'objectif principal.

717. La clause assurant un partage des connaissances pratiques conditionné à l'échange des perfectionnements futurs. La clause d'échange de perfectionnement consiste, quant à elle, en un engagement des parties de se faire bénéficier mutuellement des perfectionnements suite à la communication des connaissances pratiques. Les contractants devraient préalablement préciser dans leur clause quelles sont les améliorations visées et selon quelles conditions elles peuvent être communiquées. M.J. Tassy souligne que ces clauses sont aussi bien au bénéfice du détenteur qu'à celui de l'acquéreur. Effectivement, à partir du moment où l'acquéreur a accédé aux connaissances pratiques, il peut arriver un moment où il n'en retire plus aucune utilité car il a acquis tout ce qu'il pouvait attendre du contrat. Or, l'acquéreur continue de payer des redevances au détenteur alors qu'il n'en retire plus de contrepartie. Une clause de perfectionnement permet alors de compenser cette absence de contrepartie de la connaissance pratique initiale. Une telle clause garantit alors le partage des connaissances pratiques puisque le détenteur et l'acquéreur s'engagent à partager leurs perfectionnements. M.J. Tassy et Y. Dargier de Saint Vaulry parlent de « *pool* de perfectionnements[2233] ». Cependant, l'échange des connaissances pratiques risque d'être qu'unilatéral parce que l'autre partie n'a fait aucune observation ou perfectionnement nouveaux mais aussi parce que l'autre partie les dissimulent[2234]. Dans ce dernier cas, les parties devraient avoir un droit de visite pour se rendre compte des perfectionnements apportés et déceler les dissimulations. Ils pourraient

Précis Dalloz, 8ème éd., 2017, spé. p. 727.

[2232] Burst, J.J., « Commercialiser le Know How - Rapport introductif », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 133, spé. p. 136.

[2233] Selon M.J. Tassy : « Nous avons intérêt à créer une sorte de pool de perfectionnements qui nous permet de compenser l'absence de brevet, car nous ne sommes peut-être plus protégés juridiquement, mais nous devenons les plus intéressants car nous disposons d'une masse de techniques considérable, et, quelquefois même, on ne sait jamais, certains de ces perfectionnements peuvent être brevetables (…) ». Voir Centre du droit de l'entreprise, *Nouvelles techniques contractuelles : know-how - franchising - engineering - leasing,* Association française des juristes d'entreprise, Actualités de droit de l'entreprise, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1971, spé. p. 25.

Dans le même sens, Y. Dargier de Saint Vaulry insiste sur la création d'un *pool* de connaissances : « Si on arrive à stipuler à plusieurs reprises un échange multilatéral des informations, on créera une sorte de *pool* qui sera très avantageux pour tous si chacun joue le jeu complètement et honnêtement. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 191.

[2234] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 190.

aussi recevoir la garantie de la communication des perfectionnements et, à défaut de communication, engager la responsabilité civile contractuelle.

718. Le contrat établissant un partage des connaissances pratiques pour résoudre un problème commun. Concernant le contrat de collaboration technique, il se définit comme une convention par laquelle deux ou plusieurs entreprises concurrentes mais complémentaires s'engagent à unir leurs efforts pour résoudre un problème commun[2235]. Ce type de contrat crée aussi une sorte de « *pool* » de connaissances pratiques car les parties peuvent s'obliger réciproquement à se communiquer les dossiers des expériences, essais et travaux exécutés dans le cadre du programme de recherches ainsi que toutes les informations, connaissances, idées et suggestions susceptibles d'aider à la réalisation de l'objet des recherches. Les résultats de recherche peuvent par la suite être brevetés ou bien être gardés secrets[2236].

719. Le partage des connaissances pratiques pour assurer la réussite commerciale du franchisé. Le contrat de franchise promeut lui aussi le partage des connaissances pratiques puisque l'objectif est de réitérer la réussite du franchiseur. Cette réitération supposera nécessairement pour le franchisé de profiter des connaissances pratiques du détenteur[2237]. Effectivement, selon F. Chartier, l'absence de connaissances pratiques exclut la qualification de contrat de franchise et les juges peuvent prononcer la nullité du contrat[2238]. D. Ferrier expose aussi que la franchise requiert la persistance d'une connaissance pratique, c'est-à-dire que cette dernière doit conserver ses caractéristiques pendant toute la durée du contrat[2239]. Il ne suffit cependant pas que les connaissances pratiques soient présentes dans le contrat et partagées au franchisé. En raison de leur nature dynamique, le franchiseur est tenu de partager les réactualisations des connaissances pratiques à son franchisé tout au long de la durée du contrat. F. Chartier parle de « maintenance » du savoir-faire[2240]. Ainsi, comme le souligne D. Ferrier,

---

[2235] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 173.

[2236] Si le secret est préféré, le risque est qu'une partie soit révélée sans autorisation par l'un des membres du *pool* et il sera difficile pour les autres de le prouver. Si le brevet est choisi alors il doit être déterminé les droits de chacun sur le brevet. La solution pourrait être la copropriété mais les formalités de dépôt peuvent être compliquées et le régime de la copropriété serait rigide et incertain. Une autre solution serait de laisser à chacun la propriété du brevet relatif à l'invention réalisée dans son laboratoire moyennant concession d'une licence gratuite et un droit pour la partie de s'opposer à la concession d'une licence à un concurrent. Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 173.

[2237] Selon F. Chartier : « Par le contrat de franchise, le franchisé cherche à réitérer la réussite du franchiseur. Cette réitération consistant à profiter du savoir-faire développé par le franchiseur, la transmission de ce savoir-faire au franchisé est un des éléments fondamentaux du contrat de franchise. » Voir Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 29.

[2238] Chartier, F., *op. cit.*, p. 61.

[2239] Ferrier, D., « Franchise et savoir-faire », *in Mélanges offerts à Burst, J.J.,* Litec, Paris, 1997, pp. 157-169.

[2240] Chartier, F., *op. cit.,* p. 109.

la franchise révèle la pertinence des connaissances pratiques car la franchise perdure et se développe parce que les connaissances pratiques sont pertinentes[2241].

720. Transition. En tout état de cause, le détenteur peut se retrouver perdu face à la diversité des régimes de protection. Il doit être conscient du manque de pertinence de la protection du secret en matière pénale et civile pour protéger ses connaissances pratiques. Il devrait, en revanche, favoriser la protection du secret en matière commerciale avec des mesures contractuelles et des actions en responsabilité civile. Il convient cependant de se demander si le choix du secret en tant que mode de protection est suffisamment efficace.

PARAGRAPHE II. OPPORTUNITE ET CONSEQUENCES DU SECRET COMME MODE DE PROTECTION

721. Plan. Lorsque le détenteur choisit le secret comme mode de protection de ses connaissances pratiques, il doit être conscient des dangers et des limites d'un tel régime à tel point que son efficacité est souvent remise en cause, sans compter les critiques d'une partie de la doctrine[2242]. (A). Le choix de la protection par le secret demeure cependant attractif car il semble créer un droit directement sur les connaissances pratiques (B).

A) La question de l'efficacité du secret comme mode de protection

722. Le secret, un régime insuffisant pour maîtriser les connaissances pratiques. La protection des connaissances pratiques par le secret présente l'avantage d'être le mode de protection le moins onéreux et, en théorie, infini dans le temps. Les détenteurs doivent cependant être conscients des limites voire de la dangerosité de ce mode de protection. L'identification et la détermination du contenu des connaissances pratiques seront, tout comme pour la protection contractuelle, délicates[2243]. M. Mousseron explique aussi que le secret était la première forme de protection avant l'intervention juridique[2244]. Mais, selon lui, cette forme

[2241] Ferrier, D., *op. cit*.

[2242] Selon F. Dessemontet, le régime de protection du savoir-faire par le secret associé à une protection contractuelle représente un « sérieux obstacle à la diffusion des innovations » car « si tous les chercheurs sont tenus au mutisme en ce qui concerne les inventions et améliorations dont ils ont eu connaissance dans un précédent emploi, la recherche sera asphyxiée. » Voir Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 68.

[2243] Sur ce point, voir les développements précédents relatif aux limites des mesures contractuelles en tant que protection des connaissances pratiques (paragraphe I, C).

[2244] Mousseron, J.M., « Valeurs, biens, droits », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida,* Dalloz, 1991, p. 277.

de protection est insuffisante pour maîtriser les savoirs. Le droit est intervenu postérieurement pour conserver une maîtrise des créations intellectuelles, maîtrise qui ne pouvait pas être efficace par la seule technique du secret. La protection par le secret ne crée, en effet, aucune garantie d'exclusivité et donc aucun recours dans l'hypothèse où un tiers découvre le secret de manière licite, c'est-à-dire par ses propres recherches, et notamment par la méthode du *reverse engineering*. Le tiers pourra même être en droit de présenter une demande de brevet portant sur une invention identique à celle constituant la connaissance pratique du détenteur initial[2245]. Les communautés détentrices de savoirs « traditionnels » pourraient néanmoins invoquer, de manière additionnelle, la violation du droit coutumier[2246].

723. Les risques d'une divulgation non autorisée des connaissances pratiques. La protection des connaissances pratiques par le secret implique, de plus, que le détenteur s'engage à garder ses connaissances pratiques secrètes et à ne jamais les divulguer car, une fois le secret divulgué, n'importe qui peut accéder aux connaissances pratiques et les utiliser. Les connaissances pratiques divulguées appartiennent définitivement au domaine public. Il apparaît ensuite difficile d'annuler l'appartenance au domaine public car si « tout le domaine public a eu connaissance du *Know-How*, comment peut-on raisonnablement l'empêcher de s'en servir ?[2247] ». Cette entrée des connaissances pratiques dans le domaine public peut pourtant être due à la divulgation d'un tiers sans autorisation ou par un salarié de manière involontaire. La sensibilisation des salariés à la nécessité de protéger les connaissances pratiques par le secret peut d'ailleurs s'avérer difficile dans certains corps de métiers, notamment lorsqu'il existe une culture du partage (ouvriers, ingénieurs)[2248]. Même si le détenteur a prévu de protéger ses connaissances pratiques d'une divulgation en concluant des clauses de confidentialité, il ne pourra, en outre, demander que la réparation de son préjudice subi. Contre sa volonté, les connaissances pratiques seront définitivement divulguées et connues des tiers. Elles ne pourront plus être à nouveau protégées par le secret et difficilement protégeables par des droits de propriété intellectuelle car elles seront désormais considérées comme appartenant à l'état de la technique. Cette limite différencie nettement la protection par le secret de la protection par un brevet. Cette dernière donne au titulaire un droit d'interdire toute utilisation par les tiers en

[2245] Le détenteur initial pourra toujours mettre en œuvre ses connaissances pratiques car il sera protégé par le droit de possession personnelle antérieure mais il ne pourra pas reprocher au tiers d'avoir porté atteinte au secret.

[2246] L'OMPI propose de reconnaître le droit coutumier en plus d'une protection par le secret. Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 16.

[2247] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 28.

[2248] Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015, spé. p. 23.

contrepartie de contribuer au progrès scientifique et technique[2249]. La protection par le régime du secret est donc d'une opposabilité limitée puisque le secret n'est opposable qu'à ceux qui ont obtenu, utilisé ou divulgué les connaissances pratiques en violation d'un engagement contractuel ou par des moyens illicites. Le détenteur doit, par ailleurs, être conscient que même si son préjudice est susceptible d'être réparé, il ne sera pas dédommagé pour sa perte de position stratégique et il ne sera jamais certain de retrouver cette place dans la concurrence. La divulgation des connaissances pratiques entraîne alors une situation irréversible car ces dernières ne peuvent plus être secrètes et le détenteur ne peut plus jouir de sa position stratégique grâce à ces connaissances. La durée de la protection par le secret est donc aléatoire (perpétuelle ou éphémère) puisqu'elle s'éteint dès que les connaissances pratiques deviennent généralement connues[2250].

724. L'interrogation sur la légitimité d'une telle limite. En choisissant la protection par le secret, le détenteur choisit de rester dans l'incertitude car ses connaissances pratiques sont protégées tant qu'elles n'ont pas été découvertes et divulguées par autrui[2251]. Cette limite est considérée comme trop sévère, notamment par J.J. Burst[2252]. Ce dernier expose que seule une divulgation due au fait du donneur devrait lui retirer le droit d'exiger des redevances[2253]. Au contraire, Y. Dargier de Saint Vaulry accueille cette limite car elle créée une situation équitable et proportionnée entre le détenteur et les tiers[2254]. Cette limite se justifie par l'absence de reconnaissance d'un droit exclusif sur les connaissances pratiques. Avec la protection par le

[2249] Selon Y. Dargier de Saint Vaulry, la protection par le secret est plus favorable au partage du savoir-faire, contrairement au droit des brevets : « Le droit du breveté est peut être trop sévère car il ne laisse aucune place à la liberté des tiers, qui restent sans cesse sous la menace d'une contrefaçon, même involontaire. Au contraire, cette liberté est entièrement respectée par le régime du *Know-How* : si les tiers souhaitent connaître les procédés du titulaire alors que celui-ci se refuse à les leur communiquer, ils disposent de la possibilité d'effectuer des recherches pour les découvrir. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 219.

[2250] Comme le souligne Y. Dargier de Saint Vaulry : « Le *Know-How* secret, dont la nature est d'être de durée indéterminée, voit en fait souvent son existence utile raccourcie soit par l'obsolescence soit par la divulgation. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 22.

[2251] Aussi, l'obsolescence du savoir-faire entraînera la fin de la protection que lorsque ce savoir n'est pas protégé par un brevet. À défaut, le brevet reste valable même si l'invention produit un résultat médiocre pourvu qu'il y ait un résultat industriel. Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 30.

[2252] J.J. Burst expose que : « Il est pour le moins injuste de pénaliser le donneur pour une divulgation qui a été réalisée par un tiers, alors qu'il a pris toutes les précautions nécessaires pour conserver le secret et qu'il a tenu compte des redevances qui lui seraient versées dans ses prévisions économiques (…) ». Voir Burst, J.J., Kovar, R., « Brevets, savoir-faire et interdiction des ententes en droit communautaire », *in Brevets, Savoir-faire et Droit communautaire,* Extrait du JurisClasseur Commercial - Brevets d'invention, Paris, Litec, 1986, spé. p. 25.

[2253] Burst, J.J., *ibid*.

[2254] « Le titulaire peut exiger que les tiers n'usent pas de moyens déloyaux pour se procurer ce *Know-How*, ceux-ci peuvent exiger que le titulaire n'abuse pas de la puissance économique que lui donnent ses connaissances techniques. La situation est équilibrée, les intérêts mutuels sont respectés, le progrès technique reste assuré, le sentiment de justice est satisfait. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*.

secret, le détenteur ne dispose que d'un monopole de fait. Comme le souligne F. Dessemontet : « Le seul secret sûr est celui que personne ne connaît. Aussitôt que plusieurs individus ont accès à un savoir-faire, le secret qui l'entoure est en péril[2255]. » Aussi, si les connaissances pratiques deviennent généralement connues suite à une divulgation ou à une demande de brevet, même frauduleuses, il est difficile de retirer les connaissances pratiques du domaine public[2256]. La seule sanction possible, mais très sévère selon Y. Dargier de Saint Vaulry, serait d'interdire au tiers responsable de la divulgation l'utilisation des connaissances pratiques[2257].

725. L'opportunité d'une portée internationale du régime juridique de protection du secret. Il devrait du reste être expressément prévu qu'est protégé le détenteur d'un secret contre l'obtention, l'utilisation ou la révélation du secret des affaires dans n'importe quel Etat à l'échelle mondiale. Tout individu utilisant le secret à l'étranger devrait être visé par la protection car de nombreuses atteintes à un secret relatif à des connaissances pratiques ont lieu en dehors du territoire français, en particulier les comportements de « biopiraterie » au détriment des communautés détentrices de savoirs dits « traditionnels ».

726. Transition. Malgré les limites et la dangerosité d'une protection des connaissances pratiques par le régime du secret, cette forme de protection jouit toujours d'une certaine attractivité car elle incite à reconnaître un droit directement sur les connaissances pratiques.

B) La reconnaissance d'un droit sur les connaissances pratiques ?

727. Le rejet de la reconnaissance d'un droit sur les connaissances pratiques au bénéfice d'une seule réservation. Dans les années 70, des auteurs s'opposent vivement à cette reconnaissance. M. Vivant expose qu'un tel droit n'existe pas et que la protection des connaissances pratiques se fait par le biais des contrats[2258]. Selon J.M. Mousseron, aucun droit de réservation n'est possible à l'égard des connaissances pratiques car celles-ci sont des biens

---

[2255] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 98.

[2256] Comme le souligne Y. Dargier de Saint Vaulry : « Tout le domaine public a eu connaissance du *Know-How*, comment peut-on raisonnablement l'empêcher de s'en servir ? ». Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 28.

[2257] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 28.

[2258] M. Vivant se demande « si dans le cas du savoir-faire il y a véritablement un droit au secret, un droit à la connaissance, un droit de quelque nature qu'il soit qui pré-existe et si, en fait, la chose qui existe ce n'est pas la communication d'une certaine connaissance et, donc, si ce n'est pas le contrat qui doit être étudié, dégagé de tout droit pré-existant. » Voir Azéma, J., « Définition juridique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 13, spé. p. 35.

non appropriables excluant la reconnaissance de tout droit réel[2259]. Par contre, il reconnaît la possibilité de réserver les connaissances pratiques par le secret[2260] et il admet que le droit peut intervenir pour assurer une telle réservation par le biais des contrats, de la responsabilité civile ou pénale ou encore indirectement par différents droits réels corporels (droit de propriété sur le matériel qui sert de support au savoir-faire) et incorporels (les droits de propriété intellectuelle). L'objectif est alors de « monnayer un avantage temporaire par la confidentialité[2261] » dès lors qu'une personne est prête à payer pour accéder et utiliser ces connaissances pratiques[2262]. En conséquence, J.M. Mousseron ne semble pas s'opposer à la reconnaissance d'une protection des connaissances pratiques. Même s'il s'oppose à la reconnaissance d'un droit sur celles-ci, il admet qu'il ne peut ignorer que la pratique se réserve de telles connaissances par le biais du secret et qu'elle est même aidée par les techniques juridiques du droit.

728. Les arguments en faveur de la reconnaissance d'un droit sur les connaissances pratiques. La pratique[2263] et la jurisprudence semblent pourtant reconnaître l'existence d'un droit sur les connaissances pratiques tout comme le législateur avec, notamment, la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires[2264] venant protéger directement le savoir-faire par le régime du secret. Selon Y. Dargier de Saint Vaulry[2265] et F. Dessemontet[2266], la nature juridique du droit sur les connaissances pratiques, lorsque celles-ci ne sont pas protégées par des droits de propriété intellectuelle, serait un droit réel car le détenteur dispose des mêmes prérogatives qu'un propriétaire. Il dispose d'abord d'un pouvoir illimité d'user et de disposer de la chose. Le titulaire peut en effet utiliser ou ne pas utiliser les connaissances pratiques, en retirer les fruits, en disposer par la vente, la licence ou tout autre mode de transfert.

[2259] J.M. Mousseron s'oppose clairement à la reconnaissance d'un droit de propriété sur les connaissances pratiques : « Tous les efforts engagés pour évoquer une quelconque propriété de *know how*, reposent sur un contresens total. ». Il souligne que : « Nous devons affirmer avec la plus grande netteté le fait que le *know how* n'est objet d'aucun droit réel. Par conséquent, loin d'être un système voisin du droit des brevets, le régime ordinaire du *know how* en est exactement le contraire. » Voir Mousseron, J.M., « Rapport introductif », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *op. cit.,* pp. 64-66.

[2260] Mousseron, J.M., *op. cit*., p. 66. D'ailleurs, le considérant 16 de la directive du 8 juin 2016 précise que : « Dans l'intérêt de l'innovation et en vue de favoriser la concurrence, les dispositions de la présente directive ne devraient créer aucun droit exclusif sur les savoir-faire ou informations protégés en tant que secrets d'affaires. »

[2261] Azéma, J., *op. cit*., p. 39.

[2262] J.M. Mousseron explique cette relation entre le détenteur et un tiers : « J'aurais tendance à dire qu'il y a *know how* chaque fois qu'une personne entend se réserver des informations pour la connaissance desquelles une autre personne est prête à payer (…) parce qu'au fond on se trouve en présence des situations à propos desquelles le droit est sollicité d'intervenir. Il est sollicité d'intervenir en vue d'assurer la réservation de ce savoir-faire. » Voir Azéma, J., *op. cit*., p. 39.

[2263] Selon Y. Dargier de Saint Vaulry : « Tout semble converger pour refuser l'existence d'un droit sur le *Know-How*. Et pourtant l'équité exige un tel droit et la pratique le consacre. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 9.

[2264] Loi française de transposition n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 du 31 juillet 2018.

[2265] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 16-18.

[2266] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 270.

Corrélativement, les tiers ne disposent d'aucun droit pour le contraindre à en user, à les révéler, à en disposer ou pour l'en empêcher. Le détenteur jouit également d'un pouvoir d'interdire aux tiers de les utiliser ou de les divulguer en cas de connaissance par des moyens frauduleux. Y. Dargier de Saint Vaulry en conclut que : « Le titulaire de *Know-How* serait propriétaire d'une part d'une connaissance, d'autre part d'un droit opposable à tous les tiers[2267]. » Le droit sur les connaissances pratiques s'apparenterait alors à un droit réel car le détenteur dispose d'un pouvoir juridique direct et immédiat sur une chose incorporelle et ce droit semble lui conférer un monopole ou quasi-monopole de fait opposable *erga omnes.* N. Binctin parle même de « quasi-droits de propriété intellectuelle » pour les droits sur les connaissances pratiques [2268].

729. Le tempérament à la reconnaissance d'un droit sur les connaissances pratiques. Selon F. Dessemontet, il serait cependant plus exact d'appliquer le terme de propriété au droit que possède le détenteur plutôt qu'à l'objet du droit. Il ne suffirait alors pas de prouver son droit de propriété pour bénéficier d'une protection sur ses connaissances pratiques. F. Dessemontet explique que comme les connaissances pratiques sont des biens immatériels, leur protection suppose une injonction contre un certain comportement du défendeur de sorte que d'autres preuves que l'existence d'un titre doivent être apportées par le demandeur[2269]. Ainsi, il convient de nuancer cette reconnaissance d'un véritable droit réel car, contrairement à la protection par les droits de propriété intellectuelle, les connaissances pratiques ne sont pas réservées de manière absolue. Le détenteur dispose d'un tel droit que lorsque celui-ci a été obtenu par des moyens frauduleux. Au contraire, les tiers ayant créé indépendamment ou ayant légalement acquis la même connaissance pratique ne sont pas concernés par le droit du premier détenteur. Ils peuvent faire usage et disposer de la connaissance comme ils le souhaitent[2270]. La liberté des tiers est donc reconnue, contrairement au droit des brevets qui les place sous la menace d'une contrefaçon, même involontaire. Ce tempérament s'expliquerait par le caractère initialement libre des connaissances pratiques. Y. Dargier de Saint Vaulry expose en effet que comme toutes

[2267] Dargier de Saint Vaulry, *op. cit*., p. 40.

[2268] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 412.

[2269] Dessemontet, F., *op. cit*., p. 270.

[2270] Ainsi, Y. Dargier de Saint Vaulry souligne que : « Le redécouvreur jouit d'une sorte d'immunité personnelle, d'une exception personnelle alors même que sa possession est postérieure à la découverte du titulaire originaire. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 18. Nous pourrions rapprocher cette liberté dont jouissent les tiers d'utiliser la connaissance pratique créée par des moyens licites au droit de possession personnelle antérieure appliqué en droit des brevets. Cette exception du droit des brevets n'est toutefois applicable qu'aux inventions possédées antérieurement à la demande de brevet, alors que le régime du secret permet plus largement aux tiers d'utiliser la connaissance pratique créée aussi bien antérieurement que postérieurement à la création de la connaissance du premier détenteur.

les combinaisons et solutions techniques sont déjà existantes dans le domaine public[2271], il est justifié de limiter la réparation du dommage.

730. Le rapprochement des droits sur les connaissances pratiques et des droits intellectuels. La difficulté dans la reconnaissance de la nature juridique du droit sur les connaissances pratiques rappelle la même difficulté à laquelle ont été confrontés les droits intellectuels. Ni pleinement des droits réels ni entièrement des droits personnels (puisqu'ils ne sont pas à la charge d'une personne débitrice déterminée), les droits intellectuels sont des « propriétés incorporelles » qui confèrent à leur détenteur un monopole d'exploitation sur le produit d'une activité intellectuelle. Cette catégorie des droits intellectuels recouvre alors des droits hétérogènes allant des droits de clientèle récompensant la qualité de la prestation offerte par un professionnel, aux droits intellectuels *stricto sensu* récompensant l'activité intellectuelle du titulaire (droit de propriété littéraire et artistique et droit de propriété industrielle)[2272]. C'est probablement en ayant eu recours à cette interprétation que Y. Dargier de Saint Vaulry rapproche le droit sur les connaissances pratiques de la catégorie des droits de clientèle. Il expose en effet que le droit sur les connaissances pratiques confère un monopole ou quasi-monopole de fait et « la valeur de son objet réside dans l'atout qu'il donne au producteur dans la lutte concurrentielle, cela malgré le fait qu'il ne s'agisse pas véritablement d'un droit privatif[2273]. » En raison de cette nature juridique, la protection des connaissances pratiques devrait essentiellement viser à rechercher le caractère déloyal des moyens par lesquels les tiers se sont appropriés la valeur économique des connaissances pratiques.

[2271] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 13.
[2272] Druffin-Bricca, S., Henry, L.C., *Introduction générale au droit*, Manuels, Gualino éd. 2007, spé. p. 273.
[2273] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 31.

CONCLUSION DE LA SECTION II

731. Le cumul des protections à l'égard des connaissances pratiques. Lorsque les connaissances pratiques sont protégeables exclusivement, le détenteur peut choisir la protection par le secret. Il doit cependant être conscient de la diversité et de l'inadaptation de certains régimes juridiques du secret. Le secret en matière pénale et en matière civile (action en enrichissement injustifié) ne protège pas efficacement les connaissances pratiques en raison de la définition de l'objet de la protection, des conditions relatives aux auteurs et au contenu de l'infraction ou encore en raison de la portée ou de la nature du préjudice réparable. En matière commerciale, le régime du secret des affaires semble, en revanche, pertinent dans ses effets et les connaissances pratiques, y compris lorsqu'elles sont assimilées aux savoirs « traditionnels », répondent aisément aux critères légaux. L'action en agissements parasitaires pourrait également être intentée en tant que protection additionnelle pour sanctionner les appropriations et utilisations abusives. Les connaissances pratiques répondent aussi bien aux critères, semblables à ceux exigés pour le secret des affaires, qu'aux conditions relatives à l'action elle-même (faute, préjudice, lien de causalité). La protection exclusive peut dans le même temps passer par des mesures contractuelles. Ces clauses peuvent aussi avoir pour effet de partager les connaissances pratiques avec des tiers déterminés.

732. Un régime juridique de protection du secret imparfait. L'attractivité du régime juridique de protection du secret est certaine au regard de ses conséquences. Même si la nature juridique d'un droit soulève des débats houleux, il ne peut être contesté l'existence d'une réservation directe des connaissances par le régime du secret. Le détenteur doit toutefois être conscient des limites voire du danger du secret comme mode de protection. Lorsqu'un tiers découvre le secret licitement, le détenteur ne disposera d'aucun recours et la connaissance pratique ne pourra plus bénéficier de cette forme de protection à l'avenir, même si le secret a été découvert de manière illicite. Par conséquent, la durée de la protection par le secret est aléatoire (perpétuelle ou éphémère) puisqu'elle s'éteint dès que la connaissance devient généralement connue, le dommage est irréversible (perte définitive de la position stratégique) et le préjudice sera difficilement réparable.

733. Transition. Il convient désormais de s'interroger sur l'adaptabilité d'une autre forme de protection exclusive, les droits de propriété intellectuelle.

SECTION III
Le choix des droits de propriété intellectuelle

734. Plan. Il convient, dans un premier temps, de se demander si les connaissances pratiques peuvent être protégées par les droits de propriété intellectuelle (paragraphe I). Nous soulignerons, dans un second temps, que des adaptations semblent nécessaires pour adapter les droits de propriété intellectuelle aux connaissances pratiques, y compris lorsqu'elles sont assimilées aux savoirs « traditionnels »[2274]. Ces adaptations suscitent cependant des solutions contradictoires auxquelles nous tenterons de répondre (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LA QUESTION DE L'OPPORTUNITE DE PROTEGER LES CONNAISSANCES PRATIQUES PAR LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

735. Plan. Pour déterminer si les droits de propriété intellectuelle sont opportuns pour protéger les connaissances pratiques, il sera d'abord nécessaire de se demander si le caractère non-breveté des connaissances pratiques fait partie de l'essence de ces dernières (A). Il sera ensuite souligné que le choix du détenteur dans la forme de la protection exclusive ne devrait pas être cumulatif (B). Rappelons que, déjà à elle seule, la protection par le droit de la propriété intellectuelle risque d'entraîner une monopolisation et une enclosure des savoirs[2275].

A) Le caractère non-breveté comme essence des connaissances pratiques ?

736. La reconnaissance du caractère non breveté des connaissances pratiques. Bien que les connaissances pratiques soient plus personnelles et donc plus facilement appropriables individuellement, le principe semble être qu'elles ne soient pas protégées par des droits de propriété intellectuelle[2276], et particulièrement qu'elles soient non-brevetées et plutôt soumises au secret. J.M. Mousseron définit en effet le savoir-faire comme une « connaissance technique

[2274] L'OMPI est en effet déterminée à créer un système global des droits de propriété intellectuelle applicable à tous, y compris aux communautés autochtones et locales. L'organisation a créé un guide destiné à aider ces dernières à comprendre le système des droits de propriété intellectuelle. Ce guide démontre que les droits de propriété intellectuelle peuvent être un outil efficace pour protéger les savoirs « traditionnels » et empêcher leur appropriation indue. Voir OMPI, « Protect and Promote Your Culture - A Practical Guide to Intellectuel Property for Indigenous Peuples and Local Communities », *WIPO's Traditional Knowledge Division,* Geneva, 2017.

[2275] En effet, il a été développé dans la première partie de la thèse (paragraphe II, chapitre I, titre II) qu'une unique protection exclusive des savoirs doit être un objectif à écarter au regard de ses effets et conséquences négatifs.

[2276] Concernant la protection par le droit d'auteur, les jurisprudences nationales et européennes (CJUE, 2 mai 2012, C-406/10) excluent la protection du savoir-faire, ce qui paraît justifié puisque « la loi protège l'œuvre de l'esprit et non la performance technique matérielle » (TGI Créteil, 1ère ch. 4 mai 1999, *RIDA*, 4/1999, p. 213).

transmissible non immédiatement accessible au public et non brevetée[2277]. » F. Dessemontet expose aussi que : « Le savoir-faire, c'est l'ensemble des techniques de fabrication et de vente qui ne sont pas brevetées[2278]. » Les connaissances pratiques ne sont pas brevetées car elles ne doivent pas être immédiatement accessibles au public. Leur définition même implique donc qu'elles ne soient pas incluses dans le domaine public mais aussi dans le régime des droits de propriété intellectuelle[2279]. La jurisprudence française insiste également sur le caractère non-breveté du savoir-faire[2280]. Il en est de même du règlement européen de 2010 définissant le savoir-faire comme « un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci[2281]. » Lorsqu'une protection des connaissances pratiques est recherchée, les droits de propriété intellectuelle ne sembleraient donc pas pouvoir être retenus[2282].

737. L'importance des connaissances pratiques non brevetées. Ce n'est cependant pas parce que les connaissances pratiques ne sont pas brevetées qu'elles sont moins importantes, bien au contraire. Y. Dargier de Saint Vaulry explique que : « L'utilité économique des connaissances techniques non brevetées doit être au moins aussi importante que celle des connaissances brevetées[2283]. » Les connaissances pratiques non brevetées peuvent même présenter une valeur plus importante que les connaissances pratiques brevetées en termes d'efficacité et d'optimisation car elles regroupent des connaissances plus diverses. La CCI a effectivement souligné que : « L'importance du *Know-How* peut être considérable. Il peut même primer le brevet d'invention. Ceci apparaîtra clairement si on réalise que les brevets couvrent seulement certains aspects dans la technique de fabrication, tandis que le *Know-How*

[2277] Mousseron, J.M., « Aspects juridiques du know-how », *in Le Know-How*, Cahier du droit de l'entreprise, No. 1, 1972, p. 2.

[2278] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 15.

[2279] Pour donner un autre exemple, le savoir-faire est défini comme des « connaissances ou informations qui ne sont pas protégées par brevet et permettent la fabrication et la commercialisation de produits et services. » Voir « savoir-faire », Fiches d'orientation, *Dalloz*, septembre 2016.

[2280] La Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion de déclarer que : « Le savoir-faire est un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié. » Voir notamment Cass. com., 8 juin 2017, No. 15-22318.

[2281] Règlement UE n° 330/2010 du 20 avril 2010 (art. 1-1-g) concernant l'application de l'art. 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Voir égal. Règlement CEE n° 240/96 du 31 janvier 1996.

[2282] Ont ainsi été exclus de la protection par le droit d'auteur : une coiffure présentée essentiellement comme une « technique de coupe de cheveux » (TGI Paris, 1ère ch., 26 avril 1989, *Gaz. Pal*. 1989, 2, p. 425), un travail de compilation d'informations (Cass. civ. 1ère, 2 mai 1989, No. 87-17.657), une mission d'ingénierie et d'études techniques sans activité de création (CA Rennes, 2ème ch., 1er avril 2008, jurisdata n° 2008-002126).

[2283] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 5.

donne d'une manière générale la réponse à chaque aspect particulier d'une telle technique[2284]. »

738. La recevabilité de la protection des connaissances pratiques par le droit des brevets. Il apparaît toutefois qu'une distinction doit être établie entre les connaissances pratiques brevetées et les connaissances pratiques non brevetées de sorte que cette forme de connaissance n'est pas toujours irrémédiablement exclue de toute protection par le droit des brevets. Selon Y. Dargier de Saint Vaulry : « Ainsi pense-t-on généralement qu'il existe deux types de connaissances s'appliquant aux procédés, produits ou appareil : celles qui font l'objet d'un brevet d'invention et sont donc soumises à des règles très strictes d'utilisation, celles qui échappent aux brevets et sont donc de libre utilisation[2285]. » J. Azéma et J.C. Galloux soulignent aussi que : « Le savoir-faire ne peut donner naissance à un droit privatif que dans la seule mesure où son détenteur a eu recours à la protection par brevet ou à un autre droit de propriété intellectuelle[2286]. » Ainsi, comment est-il possible, d'un côté, d'exiger que les connaissances pratiques soient non-brevetées et, d'un autre côté, de souligner que le seul droit privatif sur les connaissances pratiques est celui des droits de propriété intellectuelle ?[2287] Lorsque la doctrine ou la jurisprudence ont défini les connaissances pratiques, elles se sont surtout focalisées sur leur protection par le secret. Le secret a alors des répercussions sur la définition des connaissances pratiques qui ne doivent pas être facilement accessibles et ne doivent donc pas être dévoilées dans un titre de brevet. C'est seulement pour cette raison que les connaissances pratiques et le droit des brevets sont en opposition.

739. Le choix du détenteur de connaissances pratiques entre le secret ou le droit des brevets. Aucun fondement ne devrait empêcher le détenteur de choisir entre la protection par le secret ou la protection par les droits de propriété intellectuelle, et particulièrement le droit des brevets. Les connaissances pratiques étant un ensemble de connaissances qui permettent de résoudre un problème pratique, elles peuvent contenir des formes variées de connaissances dont certaines sont brevetables et brevetées[2288]. Pour résumer, les connaissances pratiques se

[2284] CCI, document n° 450/198, cité par Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 6.

[2285] Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 1.

[2286] Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., 2017, spé. p. 710.

[2287] Dans le même sens, T. Azzi expose que : « De fait, il est fréquent qu'un savoir-faire non breveté constitue une invention brevetable, de sorte que la question de l'identification de la personne à même d'obtenir, le cas échéant, un brevet est susceptible de se poser. » Voir Azzi, T., « Juge et loi du savoir-faire non breveté : approche de droit international privé », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 535.

[2288] Les connaissances pratiques regroupent alors aussi bien des connaissances relatives à une invention brevetée mais qui figurent ou ne figurent pas dans la description de brevet, des connaissances relatives à une invention brevetable mais qui n'est

diviseraient en deux formes de connaissances selon leur type de protection – le secret ou les droits de propriété intellectuelle[2289]. Les connaissances pratiques ne sont donc pas toujours brevetées, même si elles sont brevetables, car leur détenteur peut préférer les protéger par le régime juridique de protection du secret.

740. Transition. Il faut toutefois bien insister sur le fait que le choix du détenteur entre le secret et le droit des brevets n'est aucunement cumulatif.

B) Le choix non-cumulatif entre la protection par le secret et la protection par les droits de propriété intellectuelle

741. L'interdiction du cumul des protections du secret et du droit des brevets. Le détenteur d'une connaissance pratique ne devrait pas pouvoir cumuler les deux formes de protection, entre régime juridique de protection du secret et droit des brevets. Ce serait constitutif d'un abus de droit et d'une atteinte aux principes originels des droits de propriété intellectuelle dont l'objectif est de promouvoir le progrès scientifique ou technique par des monopoles limités dans le temps en contrepartie de la description publique des inventions[2290]. Selon F. Dessemontet, un tel cumul des deux protections serait injustifié et déloyal : « Qu'il tente d'ajouter au privilège du brevet les avantages du secret de fabrique, il commet un acte déloyal et s'assure un profit injustifié (…)[2291] ». Y. Dargier de Saint Vaulry considère également qu'un tel cumul serait constitutif d'une tromperie, d'une fraude et d'un abus[2292]. La jurisprudence européenne a d'ailleurs déjà eu l'occasion d'interdire le cumul des deux protections, notamment lorsqu'un contrat de communication de savoir-faire est utilisé pour prolonger les effets restrictifs de la concurrence qui découlent du droit des brevets[2293]. Le droit

---

pas brevetée, des connaissances relatives à une invention non brevetable car ne répondant pas aux conditions légales de brevetabilité, ou encore des connaissances difficilement identifiables car personnelles à un individu.

[2289] Comme le souligne J.M. Mousseron, les connaissances peuvent faire partie soit du régime d'exception (brevets d'invention) lorsqu'elles répondent aux conditions de fond de la brevetabilité, soit du régime de droit commun (le secret) lorsqu'elles ne sont pas brevetées ou pas brevetables. Voir Mousseron, J.M., « Rapport introductif », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 63. De même, F. Dessemontet expose que : « Les secrets de fabrique et le savoir-faire couvrent naturellement les inventions brevetables (…) » et que « l'invention brevetable est un élément essentiel du savoir-faire. » Voir Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 55 et 58.

[2290] Selon S. Dusollier, la propriété intellectuelle est l'antinomie du secret car, pour la première : « La réservation économique, acquise, passe par la non-réservation intellectuelle. » Voir Dusollier, S., « Du commun de l'intelligence artificielle », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 109.

[2291] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 136.

[2292] Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 70.

[2293] Dans l'affaire *Henkel Colgate* (Commission, 23 déc. 1971, JOCE du 18 janv. 1972), la Commission a interdit le paiement

d'auteur ne doit pas non plus être utilisé comme moyen additionnel de protection des connaissances pratiques[2294]. Il apparaît toutefois difficile d'interdire un tel cumul en droit d'auteur pour deux raisons. Il n'existe d'abord aucune formalité de dépôt donc il est difficile de prouver que le détenteur avait choisi ou n'avait pas choisi cette forme de protection. Ensuite, l'auteur, par le biais de son droit de divulgation, peut décider de ne pas divulguer son œuvre. Cette non-divulgation peut être assimilée au choix de garder l'œuvre secrète[2295]. Par conséquent, la jurisprudence a déjà été amenée à accepter le cumul du secret et du droit d'auteur[2296].

742. L'inadaptation des droits de propriété intellectuelle en raison de la nature des connaissances pratiques. Les régimes de protection du secret et des droits de propriété intellectuelle doivent, de plus, être comparés attentivement avant de décider quelle protection choisir[2297]. En raison du caractère dynamique et rapidement évolutif des connaissances pratiques, les droits de propriété intellectuelle ne semblent d'abord pas adaptés[2298]. F. Dessemontet expose ce raisonnement : « Mais il est vrai qu'un sain souci de rentabilité pousse

---

de redevances, au-delà de la durée du brevet, pour un *know how* communiqué accessoirement à un brevet. Il n'est donc pas possible que la durée de protection soit augmentée par la voie contractuelle, par le biais d'un accord de *know how* parallèle à la licence de brevet. Voir Bonassies, P., « La commercialisation du Know How dans le Marché Commun », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 214.

[2294] Le cumul de la protection par le droit d'auteur et le secret est même considéré comme plus dangereux que le cumul entre droit des brevets et secret. M. Monnet critique l'intervention de X. Desjeux sur la possibilité d'une réservation du *know how* par le droit d'auteur : « Vous êtes arrivé à faire passer la protection du *know how* sous le régime du droit d'auteur, c'est-à-dire sous un régime de protection de 50 ans [70 ans aujourd'hui] avec conservation du secret sans aucune obligations particulières, même d'exploiter alors que pour les inventions, le régime du brevet donne une protection de 20 ans avec des limitations de jour en jour plus importantes. » Voir Desjeux, X., « La réservation du Know How par le droit d'auteur », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 97, spé. p. 109.

[2295] En effet, M. Vivant et J.M. Bruguière parlent d'une « organisation temporaire du secret en amont de la divulgation. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 43.

[2296] Par exemple, lorsque le dessin de Dyane par Citroën a été publié sans autorisation par un journal, la chambre correctionnelle avait sanctionné, sur le fondement du droit de divulgation du droit d'auteur, les agissements du journal. La Chambre avait alors indirectement accepté le cumul du secret et du droit d'auteur car le droit moral comporte le droit de divulgation impliquant un droit au secret si l'auteur ne souhaite pas divulguer son œuvre de l'esprit (TGI, 1967, *Citroën contre Valestre et Auto Journal*). Voir Desjeux, X., *ibid*., p. 97.

[2297] La Chambre de commerce et de l'industrie expose bien ce choix entre secret et brevet en déclarant que si la connaissance pratique secrète est brevetable, le champ de la protection juridique du droit des brevets et du secret doit être comparé avec attention avant de décider de breveter l'invention ou de la garder secrète [Notre traduction] : « When the trade secret is patentable know-how, the scope of legal protection respectively granted by patent law and trade secret status has to be carefully compared before deciding whether to patent the invention or keep it secret. » Voir ICC, « The ICC Intellectual Property Roadmap : current and emerging issues for business and policymakers », 13ème éd., 2017, spé. p. 56.

[2298] M.J. Tassy, travaillant au service des accords et ententes industrielles de Saint Gobain, souligne l'inadaptation du droit des brevets aux connaissances pratiques : « La protection du brevet est souvent un leurre. Il n'est plus possible à un industriel de s'abriter derrière son brevet et de prendre tout son temps pour développer sa technologie de production car, quand il aura fini, une autre solution sera apparue, basée sur d'autres principes, et il sera trop tard. C'est à cela que répond la notion de *know-how* et c'est à cela que sert le contrat de *know-how* : obtenir rapidement le rendement optimum et en conséquence pouvoir se placer à temps sur le marché. » Voir Centre du droit de l'entreprise, *Nouvelles techniques contractuelles : know-how - franchising - engineering - leasing,* Association française des juristes d'entreprise, Actualités de droit de l'entreprise, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1971, spé. p. 27.

les industriels à ne déposer à l'Office des brevets que les inventions pour lesquelles la délivrance d'un brevet est probable et dont l'exclusivité semble nécessaire pour une longue durée. Or, la plupart des techniques protégées comme secrets industriels sont exploitées pendant quelques années, puis abandonnées ou foncièrement transformées[2299]. » F. Chartier souligne aussi l'inadaptation du droit des brevets car il fige les connaissances pratiques par nature évolutives[2300], y compris les connaissances pratiques détenues par des communautés autochtones et locales[2301]. Les droits de propriété intellectuelle devraient ainsi prévoir une possibilité pour le détenteur de réactualiser ses connaissances dans la description de l'invention ou dans l'œuvre de l'esprit.

743. L'irréversibilité du choix des droits de propriété intellectuelle. Les droits de propriété intellectuelle rendent, en outre, les connaissances pratiques publiques en requérant leur révélation. Il est impossible en pratique de supprimer ou d'annuler le partage de la connaissance pour revenir à une protection par le secret une fois que le brevet a été demandé ou que l'œuvre de l'esprit a été divulguée. Les concurrents pourraient, par ailleurs, s'approprier en partie le savoir-faire en créant une autre invention brevetable ou en accédant à l'œuvre de l'esprit avec des modifications mineures[2302]. Ainsi, le secret se perd quand il y a délivrance du brevet ou divulgation de l'œuvre de l'esprit car la publication ou la divulgation ont pour effet de révéler les connaissances pratiques[2303]. Au contraire, même si cela est critiquable, il est toujours possible de passer d'une protection par le secret à une protection par le droit des brevets dès lors que les conditions de brevetabilité sont bien remplies.

744. Une protection indirecte des connaissances pratiques par les droits de propriété

[2299] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 311.

[2300] « Lorsque le franchiseur procédera aux modifications nécessaires de son savoir-faire, afin de maintenir l'avantage concurrentiel qu'il doit assurer aux franchisés, le brevet qu'il aura pu obtenir se retrouvera rapidement obsolète, l'obligeant à effectuer une nouvelle demande. » Voir Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 210.

[2301] M. Desantes souligne que les éléments du patrimoine culturel immatériel, c'est-à-dire les savoirs dits « traditionnels » notamment, sont constamment en évolution de sorte qu'utiliser le droit d'auteur ou le droit des brevets pour protéger une manifestation spécifique du patrimoine culturel immatériel présente le risque de geler la nature évolutive de ces savoirs. Voir Desantes, M., « Protecting Intangible Cultural Heritage Through Intellectual Property : A Challenge For IP Classic Tools ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 560.

[2302] Comme le soulignent A. Lucas et *al.,* la protection par les droits de propriété intellectuelle s'avère être limitée car les parasites peuvent « s'approprier licitement la substance de l'œuvre, c'est-à-dire le savoir-faire qui la sous-tend, en "camouflant" leur emprunt sous quelques modifications mineures. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 343.

[2303] Toutefois, les techniques créées après la délivrance du brevet sont protégeables ainsi que les informations non dévoilées dans la demande et ses annexes. En effet, l'inventeur n'est pas obligé de révéler la meilleure manière de mettre en œuvre l'invention brevetée.

intellectuelle. Les droits de propriété intellectuelle n'offrent du reste qu'une protection indirecte des connaissances pratiques car c'est l'invention ou l'œuvre de l'esprit qui se présentent comme les objets de la protection. Or, la protection par le secret permet de protéger directement toutes les connaissances pratiques qui ne sont pas forcément originales ou nouvelles mais qui ont nécessité des investissements considérables. La jurisprudence, dès 1955, avait déjà souligné la préférence pour la protection par le secret[2304].

745. L'avantage de la certitude relative à l'opposabilité et à la durée de protection des droits de propriété intellectuelle. Les détenteurs peuvent toutefois préférer choisir la protection par les droits de propriété intellectuelle car elle permet d'obtenir un monopole opposable *erga omnes* en excluant les concurrents pendant une durée relativement longue et en bénéficiant d'un avantage concurrentiel immédiat. En termes de durée de protection, la protection par les droits de propriété intellectuelle n'est soumise à aucun aléa puisque la durée légale est de vingt ans pour les brevets et de 70 ans après la mort de l'auteur pour le droit d'auteur. Y. Dargier de Saint Vaulry en conclut à la préférence du droit des brevets en raison de la certitude de la durée de protection[2305]. En outre, alors que l'obsolescence des connaissances pratiques entraîne l'inefficacité de la protection par le secret, elle n'a aucun effet sur la protection par les droits de propriété intellectuelle. La protection par le secret n'a plus lieu d'être puisque les connaissances pratiques ne représentent plus une valeur économique[2306]. Un brevet restera, en revanche, valable même si l'invention est le produit d'un résultat économique très faible dès lors qu'il présente un résultat industriel. En termes de partage des connaissances, les droits de propriété intellectuelle, selon F. Chartier, incitent à la coopération puisque le détenteur est certain d'être protégé contre la contrefaçon[2307]. Les brevets assurent en effet une exclusivité sur l'invention et indirectement sur les connaissances pratiques ainsi qu'un droit d'interdire aux tiers la jouissance de toute connaissance pratique identique, même si les

[2304] La Cour d'appel de Paris, le 7 janvier 1955, avait déclaré que : « Même lorsqu'un secret de fabrique est susceptible de faire l'objet d'un brevet d'invention, celui qui le détient est en droit de le préférer à la protection de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, qui, (…) comporte (…) certains inconvénients : limitation dans le temps avec à l'expiration du délai chute du secret de fabrique alors que la protection légale du secret de fabrique si elle ne joue que contre ceux qui utilisent ce secret par suite et par l'effet d'une révélation illicite, n'est pas limitée dans le temps et assure au détenteur leur maintien du secret. »

[2305] « Peut-être le titulaire est-il bien content de voir l'invention devenir l'objet d'un brevet, car au lieu d'être dans une incertitude incessante, il est maintenant tranquillisé pour vingt ans. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969, spé. p. 29.

[2306] Selon Y. Dargier de Saint Vaulry : « On voit mal, dès lors, de quel préjudice il pourra exciper pour l'appropriation frauduleuse d'un *Know-How* qui ne présente plus aucun intérêt économique. » Voir Dargier de Saint Vaulry, Y., *op. cit*., p. 30.

[2307] Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 205.

tiers l'ont créée indépendamment[2308]. Ainsi, les droits de propriété intellectuelle présentent une certaine attractivité, d'autant plus que la procédure relative à la preuve est facilitée[2309], que la réparation du préjudice subi est favorable au détenteur[2310] et que des sanctions pénales dissuasives peuvent être allouées[2311]. La protection par le secret ne délivre, au contraire, qu'un monopole de fait tant que le secret est conservé et le détenteur ne jouit pas d'un droit d'interdire aux tiers de créer et d'utiliser la même connaissance pratique si ces créations et utilisations sont licites, c'est-à-dire qu'ils ont eu connaissance du savoir-faire indépendamment et par leurs propres moyens[2312].

746. Tableau récapitulatif. Les avantages et les inconvénients des droits de propriété intellectuelle peuvent alors être synthétisés dans le tableau ci-dessous :

[2308] Le droit de possession personnelle antérieure permet uniquement aux tiers en possession de l'invention avant la demande de brevet de continuer à utiliser la même invention librement.

[2309] D'abord, la démonstration de l'atteinte aux biens est facilitée car la contrefaçon ne nécessite pas la démonstration de l'intention du contrefacteur. Ensuite, la procédure de l'action en contrefaçon (saisie-contrefaçon) permet au propriétaire d'un bien intellectuel de recueillir, avant toute procédure au fond, les éléments de preuve nécessaires au succès de l'action et à la démonstration du préjudice subi. Le titulaire des droits aura aussi la possibilité de solliciter auprès du juge des mesures provisoires pour faire cesser les actes de contrefaçon ou en prévention d'une atteinte. Voir Ernst & Young Sociétés d'Avocats, *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015, spé. p. 7-8.

[2310] Les droits de propriété intellectuelle offrent une réparation du préjudice favorable car le montant des dommages et intérêts octroyés se calcule selon les conséquences économiques négatives de la contrefaçon dont le manque à gagner et la perte subie, le préjudice moral causé, les bénéfices réalisés par le contrefacteur y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels (loi du 11 mars 2007, n° 2007-1544 modifiée par la loi du 11 mars 2014, n° 2014-315 renforçant la lutte contre la contrefaçon).

[2311] Peine de trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende (art. L. 335-2 et L. 615-14 du CPI), peines portées jusqu'à sept ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsque ces infractions sont commises en bande organisée, peines doublées en cas de récidive, peines d'amendes portées au quintuple lorsque les infractions sont commises par une personne morale (art. 131-38 du Code pénal), peines complémentaires comme la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée de cinq ans au plus, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction (art. L. 335-5, L. 521-10, L. 716-11-1 du CPI).

[2312] Cependant, selon F. Dessemontet, la connaissance d'un savoir-faire identique par un tiers avec ses propres moyens serait rarissime car « le savoir-faire usuel est fait de multiples détails dont l'arrangement identique ne peut que par un hasard extraordinaire se trouver mis au point par deux entreprises indépendamment l'une de l'autre. Dès lors, le savoir-faire de chaque concurrent varie passablement, et les droits de propriété y afférents portent sur des objets clairement individualisés. » Voir Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 281.

Protection des connaissances pratiques par les droits de propriété intellectuelle	
Avantages	***Inconvénients et tempéraments***
Durée de protection certaine Protection jusqu'au terme du délai (absence d'aléa) même en cas d'obsolescence de l'invention issue d'une connaissance pratique.	**Durée de protection limitée** Cependant, ce n'est pas forcément un inconvénient au regard du caractère évolutif des connaissances pratiques qui sont rapidement obsolètes. Aussi, les titulaires de droits peuvent préférer une protection dont la durée est certaine plutôt qu'une durée soumise aux aléas.
Effets à l'égard des tiers Monopole opposable *erga omnes*, avantage concurrentiel immédiat et droit d'interdire aux tiers l'utilisation de l'invention, même si elle a été obtenue de manière licite après la demande de brevet.	**Portée géographique de la protection limitée** Les droits de propriété intellectuelle ne protègent pas l'invention dans les Etats dans lesquels une demande de brevet n'a pas été déposée.
Probabilité d'une protection inclusive Forte protection qui incite les titulaires de droits au partage de leurs connaissances pratiques.	**Logique de protection indirecte et exclusive** - Verrouillage des connaissances pratiques. - Conception individuelle des droits de propriété intellectuelle favorisant un individu unique. - Protection indirecte des connaissances pratiques. Seule l'invention ou l'œuvre de l'esprit sont directement protégées. Cependant, la conception d'une protection exclusive n'est pas forcément perçue comme un inconvénient pour certains titulaires de droits et les licences libres peuvent tempérer cette logique.
Réparations et sanctions - Bonne réparation du préjudice subi prenant en compte le manque à gagner, la perte subie, le préjudice moral causé, les bénéfices réalisés par le contrefacteur y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels. - Sanctions civiles et pénales dissuasives (art. L. 335-2, L. 335-5, L. 521-10, 615-14 et L. 716-11-1 du CPI, art. 131-38 du code pénal).	**Irréversibilité de la protection** Les connaissances pratiques sont nécessairement révélées par la divulgation de l'œuvre de l'esprit (droit d'auteur) ou par la description de l'invention (droit des brevets) et ne peuvent donc plus être protégées par le secret. **Fixation des connaissances pratiques** Les connaissances pratiques sont définitivement fixées dans la description de l'invention en opposition à leur caractère naturellement évolutif. **Adaptations contradictoires des conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle**[2313]

[2313] Voir le paragraphe II suivant.

747. Transition. Il semblerait toutefois nécessaire d'adapter le régime des droits de propriété intellectuelle pour qu'il soit plus approprié aux connaissances pratiques. Cependant, pour rendre ces droits adaptés, des solutions contradictoires apparaissent.

PARAGRAPHE II. DES SOLUTIONS CONTRADICTOIRES POUR RENDRE LES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ADAPTES A LA PROTECTION DES CONNAISSANCES PRATIQUES

748. Plan. Une contradiction apparaît lorsque des solutions sont proposées pour adapter les droits de propriété intellectuelle. Tandis qu'une souplesse des conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle serait appropriée pour adapter de tels droits à la protection des connaissances pratiques (A), il est, au contraire, appelé à un renforcement des conditions d'octroi de ces droits pour lutter contre l'enclosure ou l'exclosure (B).

A) Une nécessaire souplesse dans les conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle

749. Plan. La protection par les droits de propriété intellectuelle, et particulièrement les conditions d'octroi, ne semble pas en soi inappropriée aux savoirs lorsque quelques adaptations sont mises en œuvre aussi bien à l'égard du droit d'auteur (1) que du droit des brevets (2).

1) Les adaptations dans les conditions légales du droit d'auteur

750. La condition de la fixation sur un support matériel, une simple faculté. En droit d'auteur, l'œuvre doit être fixée sous une forme matérielle. Ce ne serait que la forme tangible qui est, en principe, protégée et non le contenu. Comme les savoirs sont par nature immatériels, ils ne présentent qu'une forme abstraite et ne seraient alors pas directement protégés par le droit d'auteur. À défaut de formalisation, aucune protection par le droit d'auteur ne pourrait alors être demandée. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de le préciser en 2006 pour la flagrance d'un parfum[2314]. Ces connaissances devront nécessairement se matérialiser à travers une forme

[2314] Cass. civ. 1ère, 13 juin 2006, No. 02-44.718. La Cour de cassation a déclaré que : « La fragrance d'un parfum qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens des articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit. » Ce refus de protéger les fragrances par le droit d'auteur s'expliquerait par les difficultés de transcription des créations olfactives, la subjectivité et la fugacité de leur forme olfactive et l'exploitation à caractère industriel. Toutefois, les œuvres musicales contemporaines présentent les mêmes difficultés et sont pourtant protégées à l'art. L. 112-2, 5 du CPI. Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 271. En tout état de cause, même si l'élaboration d'un parfum n'est pas protégée par le droit d'auteur, il mérite d'être protégé par un autre régime juridique. Par exemple, le TGI

tangible[2315]. Par exemple, X. Desjeux propose de consigner par écrit le texte de l'information avec les croquis ou schémas présentés suivant un tour personnel[2316]. La majorité des détenteurs, en particulier originaires des pays occidentaux, ne seront pas freinés par cette condition et auront les moyens de fixer leurs savoirs matériellement. Par contre, les savoirs des communautés autochtones et locales sont pour la plupart sous forme orale et ces dernières n'ont pas forcément les moyens matériels et financiers de les fixer[2317]. Il semble cependant que la Convention de Berne ne fasse qu'une faculté pour les Etats d'exiger l'existence d'une forme matérielle pour jouir de la protection par le droit d'auteur[2318]. G. Dutfield[2319] explique que comme les logiciels [mais aussi les bases de données] ont été inclus dans le droit d'auteur, il ne semblerait pas impossible d'étendre le champ d'application du droit d'auteur aux connaissances pratiques. Concernant le régime *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données, il protège l'activité intellectuelle au-delà de l'expression. Ce serait notamment l'ordonnancement des idées ayant nécessité un certain effort intellectuel qui est protégé. Certains auteurs en font même le fondement du droit d'auteur[2320]. X. Desjeux expose d'ailleurs que la jurisprudence a déjà eu l'occasion de protéger un simple effort intellectuel se situant entre l'idée pure et une réalisation concrète[2321]. Cet auteur souligne alors la possibilité de protéger par le droit d'auteur

---

de Bobigny a déclaré que : « L'élaboration d'un parfum ne saurait être cantonnée à une opération inventive à caractère purement technique et à un savoir-faire non protégeable, alors qu'un parfum est l'aboutissement d'un travail de recherche artistique, accompli par les spécialistes du nez, qui consiste en la mise en présence de différentes substances, selon un dosage savamment étudié, pour donner naissance à une substance olfactive déterminée, identifiable et discernable par le consommateur, peu important qu'elle ne puisse être décrite de manière objective par tous, qu'elle ait un caractère volatile, qu'elle appartienne à une même famille olfactive qu'une autre fragrance. » (TGI Bobigny, 28 nov. 2006, *propr. intell*. 2007, No. 23, p. 202, obs. Bruguière).

[2315] D'autres cas jurisprudentiels rejettent la protection des connaissances pratiques par le droit d'auteur. La cour d'appel de Paris a déclaré que le droit d'auteur « ne peut s'appliquer ni à une technique, ni à une méthode, ni à un procédé, ni à un système, mais seulement à une création de l'esprit. » (CA Paris, 12 juillet 1974, *Ann. propr. ind*. 1975, p. 182). Voir Caron, C., « Le cuisinier et le droit d'auteur », *Communication Commerce électronique*, No. 3, Mars 2002, p. 35.

[2316] Desjeux, X., « La réservation du Know How par le droit d'auteur », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 97, spé. p. 98.

[2317] Des auteurs ont toutefois souligné la pertinence pour les communautés autochtones et locales de compiler leurs savoirs sous forme de carte 3D. Puisque les savoirs « traditionnels » sont en majorité relatifs aux ressources naturelles et espaces locaux, il apparaît judicieux de créer une modélisation physique par des maquettes et plans dérivés en relief géoréférencés. Un tel outil de fixation des savoirs a déjà été utilisé aux Fidji et semble adapté à la vision holistique de ces communautés. Voir Pedrick, C., *Le pouvoir des cartes : Quand la 3D s'invite à la table des négociations,* Success stories, éd. CTA, 2016, 74 p. La cartographie participative permet aussi de lutter contre l'appropriation indue des savoirs car elle permet de restituer des éléments traditionnellement véhiculés par l'oralité. Voir Glen, E., « Cartographie participative autochtone et réappropriation culturelle et territoriale », *Espace populations sociétés,* Vol. 1, 2012, pp. 29-42.

[2318] En effet, l'art. 2, al. 2 dispose : « Est toutefois réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de prescrire que les œuvres littéraires et artistiques ou bien l'une ou plusieurs catégories d'entre elles ne sont pas protégées tant qu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel. »

[2319] Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 252.

[2320] En effet, E. Ulmer souligne que : « Le fondement de la protection du droit d'auteur réside dans le souci de protéger *l'effort intellectuel individuel* tel que cet effort se manifeste dans l'œuvre et non pas dans le plaisir esthétique que l'œuvre peut faire naître. » Voir Ulmer, E., « La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateurs en particulier », *RIDA*, 1972, p. 47 et s. spé. p. 71.

[2321] X. Desjeux donne l'exemple d'un arrêt d'une cour d'appel qui avait sanctionné pour contrefaçon un metteur en scène qui s'était largement inspiré d'une précédente mise en scène de la même œuvre. Le premier metteur en scène avait réalisé une

une idée dite « élaborée » et « individualisée »[2322] même si elle constitue une « forme abstraite »[2323]. X. Desjeux vise expressément les connaissances pratiques comme objets de protection du droit d'auteur[2324]. L'article 5 bis de la loi type de Tunis[2325] prévoit, en outre, une protection du folklore par le droit d'auteur en rendant plus flexibles les conditions. Il est en effet précisé que les œuvres littéraires, artistiques et scientifiques doivent être fixées sur un support matériel à l'exception faite du folklore. L'avantage est que l'absence de fixation évite le risque que le droit d'auteur revienne à celui qui a pris l'initiative de la fixation et non aux détenteurs originels[2326]. L'absence de fixation constituera néanmoins un inconvénient, lors d'un contentieux, pour apporter la preuve de la contrefaçon. Pour respecter la condition de fixation matérielle à l'égard des savoirs « traditionnels », le régime des bases de données présente, par ailleurs, un intérêt certain. L'intégration des savoirs dans la base de données vaudrait, en effet, formalisation et fixation de ces derniers[2327].

751. Une durée de protection peu favorable aux tiers et aux communautés autochtones et locales. Quant à la condition temporelle du droit d'auteur, elle présente l'inconvénient pour le détenteur de ne pas être illimitée comme pour le régime du secret. La condition temporelle ne constitue toutefois pas un réel obstacle pour son détenteur puisqu'elle dure tout le long de sa vie et 70 ans après son décès. Cette limitation temporelle très favorable au détenteur serait cependant une atteinte aux intérêts des tiers qui ne pourront avoir accès et utiliser librement de telles connaissances que dans un délai très long. Lorsque le délai de protection sera arrivé à son terme, les connaissances pratiques n'auront certainement plus aucun intérêt. La limitation temporelle ne paraît pas non plus adaptée aux savoirs dits « traditionnels » pour garantir leur propre subsistance, préserver la biodiversité et maintenir l'identité culturelle et les modes de

---

œuvre originale par ses instructions sur la composition des tableaux, la nature des décors, le choix et l'emplacement des accessoires, sur l'entrée, la sortie et le comportement des interprètes (CA Paris, 8 juillet 1972). Ainsi, X. Desjeux souligne l'existence d'une idée « élaborée », en l'espèce. Voir Desjeux, X., « La réservation du Know How par le droit d'auteur », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 97, spé. p. 100.

[2322] En d'autres termes, la connaissance pratique « ne doit pas constituer une simple succession d'éléments techniques et scientifiques empruntée au tronc commun de la matière considérée. » Voir Desjeux, X., *op. cit*., p. 104.

[2323] Desjeux, X., *op. cit*., p. 101.

[2324] « Il apparaît là que dénier au *know how* toute protection par le droit d'auteur parce qu'il aurait un caractère abstrait relève de l'arbitraire puisque le droit positif accorde protection à la forme abstraite qu'est la composition, à savoir l'ordonnancement des idées. » Desjeux, X., *op. cit*., p. 102.

[2325] Loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement de 1977.

[2326] Aussi, l'art. 1er de la loi type n'exige pas la condition de fixation pour les œuvres musicales : « ont qualité pour bénéficier de la protection les œuvres musicales, qu'elles aient ou non une forme écrite et qu'elles soient ou non accompagnées de paroles. »

[2327] Sur l'adaptabilité des bases de données en tant que mode de protection directe des savoirs « traditionnels », voir les développements de la première partie de la thèse (paragraphe II de la section I, chapitre II, titre II).

vie des communautés autochtones et locales. Certaines législations prévoient d'ailleurs une durée perpétuelle de la protection[2328]. Il peut néanmoins être avancé que les savoirs ont déjà été divulgués et que le délai a donc été dépassé. Un tel raisonnement doit cependant être rejeté lorsque les savoirs ont été divulgués au public sans le consentement des communautés autochtones et locales, notamment par des travaux de chercheurs.

752. Le manque de cohérence sur les exigences de la condition d'originalité. L'œuvre doit, de plus, être originale en ce qu'elle doit être propre à l'auteur. Cette condition semblerait être remplie pour les connaissances pratiques car elles sont, par leur nature, plus individuelles que les connaissances théoriques. Cependant, selon A. Lucas-Schloetter[2329], le folklore [mais aussi les savoirs « traditionnels »] risque de ne pas remplir la condition d'originalité car il est le résultat d'un travail cumulatif, c'est-à-dire d'un processus long et impersonnel d'activité créatrice exercé par voie d'imitation au sein d'une communauté. A. Lucas-Schloetter souligne toutefois que le niveau d'originalité requis n'est pas élevé. Le simple fait que l'artiste trouve l'inspiration dans la tradition ou dans un autre savoir n'est pas en soi incompatible avec la condition d'originalité. La jurisprudence semble cependant exclure toutes les connaissances pratiques de toute possibilité d'originalité[2330]. Cette exclusion n'apparaît pas justifiée au regard de la recevabilité de la protection des logiciels ou des bases de données par le droit d'auteur. Or, les juges considèrent qu'une simple compétence professionnelle et une longue pratique ne sont pas suffisamment créatrices d'originalité, même si elles sont mises à contribution dans le cadre créatif[2331]. L'importance serait alors l'existence d'un effort de création personnel se

[2328] Par exemple, la loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement de 1977 précise, en son article 6.2, que : « Les œuvres du folklore national sont protégées par tous les moyens (…) sans limitation de temps. ».

[2329] Lucas-Schloetter, A., « Protection juridique du folklore », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique,* Fasc. 1962, 2009, spé. p. 9.

[2330] Par exemple, la cour d'appel de Paris a déclaré que : « Les conditions générales de vente opposées par la société Venteprivée.com sont le produit d'un travail intellectuel qui dénote une compétence technique et un savoir-faire mais qui ne révèle en rien l'effort créatif qu'aurait accompli son auteur pour le marquer du sceau de sa personnalité. » (CA Paris, 4è ch. 24 sept. 2008, *Propr. intell*. 2009, n°30, p. 49. obs. J.M. Bruguière). Le TGI de Paris a déjà exclu de la protection par le régime des œuvres de collaboration ce qui relève d'un simple savoir-faire ou d'une intervention purement technique (TGI Paris, 20 sept. 2011, *Propr. intell*. 2011, No. 41, p. 392, obs. Lucas). Il en est de même pour la Cour de cassation à l'égard des idées scientifiques (Cass. civ. 1ère, 8 nov. 1983, *D.* 1974, 533, note Colombet). *A contrario*, sont protégées au titre du droit d'auteur le patinage artistique, la natation synchronisée et un mouvement de plongeon et culbutes sur un trampoline (CA Paris, 9 novembre 1984, *Ann*. 1984, p. 147).

[2331] Selon X. Daverat, l'originalité semble être difficilement prouvée pour la tradition tauromachique. Il explique que cette tradition, concrétisée par des gestes purement techniques et par la mise en œuvre de connaissances sur les taureaux de combat pour s'adapter à leur comportement, relève plutôt du savoir-faire. Voir Daverat, X., « Tauromarchie et immatériel », *Communication Commerce électronique*, No. 2, Février 2014, étude 3. Cette interprétation du droit d'auteur rejette le savoir-faire comme objet de protection. Néanmoins, toutes les disciplines protégeables par le droit d'auteur (patinage artistique, natation synchronisée) ne sont que le reflet d'un certain savoir-faire car même si l'originalité se trouve dans certains mouvements, ces mouvements restent du savoir-faire. Ce serait alors peut-être un enchaînement de savoir-faire représentant un apport personnel qui serait protégeable au titre du droit d'auteur. Il est, de plus, souligné qu'une simple compétence professionnelle n'est pas originale, mais qu'en est-il de la protection des logiciels par le droit d'auteur ?

distinguant des autres connaissances pratiques dans le même domaine.

753. La conception individuelle de l'auteur peu adaptée aux communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Puisque le droit d'auteur délivre un droit à un auteur individualisé, cette conception favorise les pays développés au détriment des communautés autochtones et locales[2332]. Les savoirs « traditionnels » sont en effet le plus souvent détenus par une communauté entière ou par plusieurs membres de la communauté. Elles privilégient d'ailleurs davantage la responsabilité dans l'usage des matériaux culturels plutôt que la titularité des droits[2333]. Même s'il est à noter que le droit d'auteur a été utilisé par divers artistes, compositeurs et écrivains autochtones en vue de protéger leurs créations fondées sur la tradition[2334], les conditions pour jouir du droit d'auteur ont aussi créé des situations injustes. M. Blakeney[2335] cite plusieurs exemples : l'affaire *Yumbulul v. Reserve Bank of Australia*[2336] et l'affaire *John Bulun Bulun v. R&T Textiles Pty Ltd*[2337].

754. Le tempérament à la conception individuelle de l'auteur par le régime de l'œuvre de collaboration. Le régime des œuvres de collaboration pourrait néanmoins être pertinent

---

[2332] Selon J. Boyle, le concept d'auteur se concrétise comme une barrière à partir de laquelle un seul passera pour acquérir des droits de propriété intellectuelle. Or, cette barrière tend à favoriser disproportionnellement les contributions des pays développés à la culture et science mondiales. Voir Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 251. G. Dutfield déclare aussi que le droit d'auteur – et en l'occurrence le *copyright* - a plus de chance de s'opposer aux intérêts des communautés autochtones et locales que de les promouvoir. Voir Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 251 ; Sur les difficultés à protéger les savoirs « traditionnels » par les droits de propriété intellectuelle, voir Desantes, M., « Protecting Intangible Cultural Heritage Through Intellectual Property : A Challenge For IP Classic Tools ? », », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 568.

[2333] Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 201.

[2334] L'OMPI souligne que le droit d'auteur a garanti une protection indirecte des savoirs contre les reproductions, communications au public, adaptations et autres transformations. Le *Copyright Act* du Ghana datant de 2005 (section 76) est, par exemple, venu protéger le folklore. Le droit d'auteur peut aussi être utilisé par les communautés autochtones et locales elles-mêmes pour lutter contre la violation de leurs droits. Voir OMPI, « Protect and Promote Your Culture - A Practical Guide to Intellectuel Property for Indigenous Peuples and Local Communities », *WIPO's Traditional Knowledge Division,* Geneva, 2017, p. 27 ; OMPI, « Renseignements sur les expériences nationales en matière de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle », cinquième session, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2, 7-15 juillet 2003.

[2335] Blakeney, M., « Communal Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples in Cultural Expressions », *The Journal of World Intellectual Property,* 1998, pp. 985-1002, spé. p. 986 et s.

[2336] Le *copyright* a protégé l'artiste aborigène mais a ignoré la communauté aborigène. L'affaire est relative à la reproduction d'une image (*Morning Star Pole*) créée par un artiste aborigène et présentant une importance culturelle. La communauté aborigène n'a pas été reconnue comme gestionnaire des droits de reproduction et d'utilisation, et a donc été refusé la reconnaissance d'une propriété communautaire des créations artistiques, bien que le droit coutumier le permettait. Voir Federal Court of Australia, 25 juillet 1991*, Yumbulbul v. Bank of Australia, Aboriginal Artists Agency Ltd*.

[2337] Lorsque des vêtements ont été créés reproduisant un motif aborigène, la Cour Fédérale australienne n'a pas reconnu le droit coutumier. Le représentant de la communauté aborigène avait fait valoir qu'il détenait un intérêt « en équité » dans la propriété intellectuelle de l'œuvre artistique car il lui avait été reconnu la qualité de titulaire des droits au nom de la communauté autochtone. Le droit coutumier n'a cependant pas été pris en compte par le *copyright* comme faisant partie du système légal australien. Comme l'artiste aborigène a bien fait appliqué son *copyright,* les juges ont considéré qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte des réparations à la communauté au nom d'une relation fiduciaire. Voir Federal Court of Australia, 3 septembre 1998*, John Bulun Bulun & Anor v. R&T Textiles Pty Ltd*.

pour s'adapter à la nature collective des communautés autochtones et locales[2338]. Il peut s'appliquer lorsque plusieurs auteurs ont travaillé ensemble à l'élaboration de l'œuvre de telle sorte qu'il est impossible de déterminer quelle partie de l'œuvre est imputable à tel auteur. Les auteurs doivent avoir agi en se concertant et dans un but commun. Cependant, selon A. Lucas-Schloetter[2339], il n'y aurait pas de réel travail en commun réalisé par une communauté autochtone et locale. Il serait toutefois intéressant de revenir sur l'interprétation de ce qu'est un travail en commun pour ne pas le limiter à une échelle temporelle trop étroite. Le travail en commun pourrait aussi être interprété comme un travail réalisé sur plusieurs générations pour créer une œuvre. A. Lucas et *al.*, exposent d'ailleurs qu'il est indifférent que les contributions soient identifiables et que « le caractère successif des participants n'est pas incompatible avec la qualification d'œuvre de collaboration[2340]. » Une collaboration *post mortem* a même été admise par la Cour de cassation[2341]. C. Caron considère que l'existence d'une « intimité spirituelle[2342] » est, par ailleurs, suffisante. Celle-ci devrait indéniablement exister entre les membres de la communauté. Quant au droit moral, il porte sur l'ensemble réalisé[2343] de telle sorte que la gestion du droit se fait sous le régime de l'indivision. En cas de violation du droit moral, l'ensemble des coauteurs doit être mis en cause pour défendre ce droit lorsque la contribution ne peut pas être individualisée[2344]. Les détenteurs des savoirs « traditionnels » seraient ainsi la communauté autochtone et locale qui a participé à la création de ces savoirs en se concertant depuis des générations. Le droit moral pourrait porter sur l'ensemble réalisé et être détenu de manière collective c'est-à-dire que chaque membre de la communauté détient des prérogatives analogues. Les communautés devraient organiser les modalités d'accès et d'utilisation des savoirs et tout acte d'exploitation de ces derniers devrait être autorisé par la communauté sous peine de contrefaçon[2345]. En cas de dissidence, la solution est de donner un

[2338] L'affaire *Milpurrurru v. Indofurn Pty Ltd* a néanmoins permis, en vertu de l'art. 115(4) de la loi sur le droit d'auteur, le versement de dommages et intérêts sous forme d'un montant global pour prendre en compte la propriété collective des motifs reproduits ainsi que des dommages et intérêts supplémentaires pour l'humiliation causée ou l'insulte faite à un groupe culturel particulier. Voir Federal Court of Australia, 13 décembre 1994*, Milpurrurru v. Indofurn Pty Ltd* ; UNESCO, « Pour une protection juridique du folklore ? », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. 22, No. 4, octobre-décembre 1998, spé. p. 10.

[2339] Lucas-Schloetter, A., *ibid*., p. 10.

[2340] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 215 et 216. M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent aussi que : « La pluralité d'auteurs n'est pas seulement simultanée. Elle peut encore s'inscrire parfois dans le temps lorsqu'un auteur crée à partir d'une œuvre préexistante. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 429.

[2341] La Cour de cassation a déclaré comme une œuvre de collaboration ainsi qu'une œuvre composite un opéra inachevé de Borodine puis achevé par Rimsky-Korsakov et Glazounov. Voir Cass. civ. 1ère, 14 nov. 1973, No. 71-14.709. Cité par Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 250.

[2342] Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 194.

[2343] En effet, l'art. L. 113-3 du CPI précise bien que : « L'œuvre de collaboration est la propriété commune des coauteurs. »

[2344] Cass. civ. 1ère, 21 mars 2018, No. 17-14728.

[2345] L'art. L. 122-7-1 du CPI dispose qu'un coauteur ne peut pas mettre gratuitement à la disposition du public l'œuvre commune sans avoir obtenu l'accord des autres coauteurs.

rôle aux tribunaux en tenant compte des conventions des parties, de la nature et de l'importance des apports et surtout de la gravité des raisons morales des membres s'opposant aux actes d'exploitation[2346].

755. Le régime des œuvres orphelines, une solution pour lever la difficulté relative à l'identification de l'auteur ? Les œuvres orphelines sont définies, à l'article L. 113-10 du CPI, comme des œuvres protégées et divulguées dont le titulaire des droits ne peut pas être identifié ou retrouvé, malgré des recherches diligentes[2347], avérées et sérieuses. L'objectif d'un tel régime, selon la directive n° 2012/28/UE, est de sortir d'une situation de blocage résultant de l'impossibilité d'identifier un titulaire de droits pour protéger l'intérêt général et contribuer à la libre circulation des connaissances[2348]. Les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue sont représentées par une autorité compétente[2349]. A. Lucas-Schloetter[2350] propose ainsi que les communautés autochtones et locales soient considérées comme le représentant de l'auteur inconnu[2351]. Un organisme *ad hoc* pourrait aussi être susceptible de les représenter. Un tel régime n'apparaît cependant pas toujours opportun car l'objectif est de se passer de l'autorisation des titulaires de droits pour diffuser les œuvres à des fins culturelles, d'éducation et de recherche. Un tel objectif risque de porter préjudice aux communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Au regard des principes du régime, elles ne peuvent pas attendre de contrepartie suite à la libre utilisation de leurs savoirs. Elles ne souhaitent, de plus, pas forcément rendre librement utilisables leurs savoirs *via* la numérisation et la diffusion sur internet, même à des fins non lucratives. Le régime des œuvres orphelines ne devrait donc s'appliquer que lorsque les savoirs sont déjà librement diffusés[2352]. Or, une œuvre n'est qualifiée d'orpheline que lorsqu'elle est déjà protégée par le droit d'auteur et, conséquemment,

---

[2346] Art. L. 113-3, al. 3 du CPI.

[2347] Des recherches diligentes supposent que les recherches soient menées de bonne foi et en consultant les sources appropriées déterminées par chaque Etat membre en concertation avec les titulaires de droits et les utilisateurs. Elles comprennent, au minimum, les sources énumérées en annexe de la directive n° 2012/28 du 25 octobre 2012. En France, le ministre de la Culture reçoit les informations et les transmet à *l'European Union Intellectuel Property Office*. Les informations sont ensuite inscrites dans une base de données établie à cet effet (art. L. 135-3 du CPI). Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 878.

[2348] 2ème considérant de la Directive n° 2012/28/UE du 25 octobre 2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines.

[2349] Art. 15, al. 4 de la Convention de Berne.

[2350] Lucas-Schloetter, A., *ibid*., p. 10.

[2351] Cependant, il est souvent difficile de déterminer l'origine sociale précise des savoirs, sujets à des conflits d'appropriation. Voir Aubertin, C., Pinton, F., et Grenand, P., « Savoirs traditionnels, populations locales et ressources globalisées », *in* Aubertin, C., Pinton, F., et Boisvert, V., (éd.), *Les marchés de la biodiversité*, Paris : IRD éditions, 2007, pp. 165-194, spé. p. 193.

[2352] Selon le considérant 12 de la directive du 25 octobre 2012, pour qu'une œuvre puisse être utilisée conformément au régime des œuvres orphelines, sa divulgation doit préalablement avoir eu lieu. Appliquer le régime des œuvres orphelines aux seuls savoirs déjà librement diffusés semble ainsi pertinent.

lorsqu'elle n'est pas dans le domaine public. Il apparaît alors difficile de considérer que les savoirs sont largement diffusés sans conséquemment être entrés dans le domaine public. Il est, en outre, proposé d'assimiler les œuvres orphelines aux œuvres anonymes en cas d'impossibilité de déterminer la date de décès du titulaire de droits[2353]. La durée des droits patrimoniaux serait alors fixée à 70 ans à compter de la date de la publication de l'œuvre[2354]. Cette assimilation ne serait pas judicieuse dans la mesure où elle ne répondrait pas aux demandes des communautés autochtones et locales. La durée des droits patrimoniaux serait en effet plus courte, ce qui ferait tomber l'œuvre dans le domaine public plus tôt qu'en droit d'auteur classique. Il apparaît aussi problématique de recourir à la date de publication de l'œuvre lorsqu'aucune formalisation n'a été établie. Le régime des œuvres orphelines semble ainsi peu propice à constituer une solution pour contourner la difficulté d'identifier l'auteur d'une œuvre incluant des savoirs « traditionnels ».

756. Transition. Des adaptations s'avèrent également nécessaires dans les conditions légales pour bénéficier d'une protection par le droit des brevets.

2) Les adaptations dans les conditions légales du droit des brevets

757. La remise en cause de la conception individuelle de l'inventeur. En droit des brevets, la qualité d'inventeur est reconnue à un seul individu. La détermination d'un inventeur isolé est cependant critiquée, notamment par les sociétés de recherche qui soulignent que l'invention est davantage un processus collectif de l'effort d'entreprise. La notion d'inventeur collectif est alors de plus en plus sollicitée par les grandes entreprises[2355]. G. Dutfield[2356] souligne également l'énumération de la Déclaration de Bellagio[2357] qui reproche aux droits de propriété intellectuelle de mettre l'accent sur le rôle de l'individu dans la création des savoirs en omettant de récompenser les communautés qui ont fourni les savoirs à l'état brut. Le risque

[2353] Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, « Rapport de la mission sur la transposition de la directive 2012/28/UE sur les œuvres orphelines », 17 juillet 2014, spé. p. 36.

[2354] Art. L. 123-3 du CPI.

[2355] Selon C. Kettering de *General Motors,* une invention individuelle n'est plus vraiment possible aujourd'hui et il serait injuste de récompenser un individu pour une invention issue d'un effort collectif. Voir Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 254.

[2356] Dutfield, G. *ibid*., p. 250.

[2357] La Déclaration de Bellagio est une résolution datant de 1993 dans le but de réformer le régime des droits de propriété intellectuelle pour promouvoir la protection du folklore, des créations culturelles, et du savoir-faire biologique et écologique des communautés autochtones et locales. Voir Rockefeller Conference « Cultural Agency/Cultural Authority : Politics et Poetics of Intellectual Property in the Post-Colonial Era », 1993.

est alors de reconnaître la titularité d'un brevet à un individu extérieur à la communauté autochtone et locale qui se serait approprié les savoirs « traditionnels » indument et qui aurait opéré quelques modifications de ces savoirs.

758. La condition de nouveauté inadaptée aux connaissances pratiques. Les critères de brevetabilité ne sont, de plus, pas forcément adaptés aux connaissances pratiques ou aux savoirs « traditionnels »[2358]. Le critère de nouveauté peut d'abord poser problème car il empêche la protection des connaissances déjà existantes, même si elles n'ont jamais bénéficié de la protection par les droits de propriété intellectuelle. Or, les connaissances pratiques sont souvent une combinaison d'éléments connus se trouvant dans le domaine public. C'est l'assemblage de ses composants qui présente une originalité propre inconnue des non-initiés. Dans la plupart des cas, les connaissances pratiques ne seront alors pas éligibles à cette protection ou ne le seront que de façon incomplète. Même si celles-ci représentent un procédé technique innovant, elles pourront ne pas être considérées comme nouvelles ou inventives ou bien seulement certains de leurs éléments le seront. Les savoirs « traditionnels » ont aussi en grande majorité déjà été documentés par des chercheurs sans l'autorisation des communautés, ce qui les fait entrer dans l'état de l'art antérieur. Il est alors proposé de rendre la condition de nouveauté plus flexible, comme le prévoit la législation chinoise[2359] ou la protection des obtentions végétales[2360]. Il serait aussi intéressant de s'inspirer du régime du « certificat d'utilité »[2361].

[2358] Sur l'inadaptation des droits de propriété intellectuelle aux savoirs aborigènes. Voir Gray, S., « Vampires Round the Campfire: Indigenous Intellectual Property Rights and Patent Laws », *Alternative Law Journal,* Vol. 22*,* No. 2, 1997, pp. 60-67.

[2359] M.A. Hermitte explique que la réglementation chinoise interprète les conditions de brevetabilité pour s'adapter aux particularités de la médecine traditionnelle (diminution de l'exigence de nouveauté). Une même adaptabilité serait judicieuse pour les savoirs dits « traditionnels » dont la particularité est de présenter une nature globale, une valeur intrinsèque et un caractère distinct des savoirs occidentaux. Voir Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 131.

[2360] Les art. 7, 8 et 9 de la Convention de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV) précisent que la variété doit être distincte (non notoirement connue), homogène et stable. Selon P.A. Collot, cette Convention n'est cependant pas adaptée aux savoirs « traditionnels » car ils pourraient être considérés comme notoirement connus. Toutefois, ce n'est pas parce que les savoirs existent de longue date qu'ils sont notoirement connus car ils ne peuvent être connus qu'au sein de la communauté voire être secrets. La variété doit néanmoins être homogène et stable dans ses caractères essentiels. Or, les espèces tirées des savoirs traditionnels sont reconnues pour leur variabilité et leur diversité génétique. Voir Collot, P.A., « La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection *sui generis* », *Droit et Cultures*, Vol. 53, No. 1, 2007, pp. 181-209.

[2361] D. Posey et G. Dutfield soulignent la pertinence des « *petty patents* » pour protéger les savoirs « traditionnels ». Ils sont dénommés « certificats d'utilité » au sein de l'Union européenne et sont définis en France par les art. L. 611-1 et L. 611-2 du CPI. Il s'agit d'un titre de propriété industrielle délivré à un déposant en contrepartie de la divulgation de son invention et susceptible de protéger cette invention au même titre que le brevet d'invention. La différence notable avec le brevet d'invention est qu'un certificat d'utilité n'est examiné que d'un point de vue formel par l'INPI après son dépôt. En effet, les critères de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle sont contrôlés de façon très souple. Voir Posey, D., Dutfield, G. *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996. La durée de protection est cependant réduite à 6 ans alors que les communautés demandent une protection à durée perpétuelle.

L'objectif serait de reconnaître que les savoirs peuvent être nouveaux même s'ils sont cumulatifs, c'est-à-dire que les détenteurs sont aussi biens ceux du passé, du présent et du futur[2362]. À défaut de rendre la condition de nouveauté plus flexible, il serait intéressant de s'inspirer de la législation péruvienne[2363]. Il pourrait, par ailleurs, être prévu qu'aucune condition ne soit à remplir pour protéger les savoirs « traditionnels ». Comme en droit d'auteur, les savoirs pourraient être protégés dès lors qu'ils existent et qu'ils répondent à la nature des savoirs « traditionnels »[2364].

759. Les conditions d'application industrielle et d'activité inventive à assouplir. L'invention doit, en outre, être susceptible d'une application industrielle, c'est-à-dire l'invention issue des connaissances pratiques ne doit pas porter uniquement sur une méthode abstraite ou intellectuelle mais elle doit être fabriquée ou utilisée quel que soit le type d'industrie, y compris dans le secteur agricole. L'invention doit aussi être une solution technique à un problème technique et décrite techniquement sans découler de manière évidente de la technique connue par l'homme du métier. Ces conditions ne posent pas de problème particulier puisque les connaissances pratiques peuvent toutes avoir pour effet de résoudre un problème technique et être inventives. Par contre, il peut être difficile de procéder à la description d'une connaissance pratique qui est immatérielle et abstraite. En tout état de cause, ces conditions pourraient être assouplies pour rendre les inventions issues de connaissances pratiques brevetables, même lorsqu'elles ne relèvent pas de l'industrie. C'est notamment ce que les Etats-Unis ont fait en adoptant une conception du champs de la brevetabilité particulièrement large par rapport à l'Europe[2365]. F. Chartier explique que depuis une décision jurisprudentielle[2366], les entreprises américaines peuvent obtenir une protection de leurs

[2362] G.S. Nijar expose que l'innovation pourrait être définie comme : 1) tout savoir ou technologie collectifs et cumulatifs de l'utilisation, des propriétés, de la valeur et du processus de tout matériel biologique (…) y compris toute modification ou amélioration de ceux-ci ; 2) les dérivés qui utilisent les connaissances des communautés autochtones et locales pour la commercialisation de tout produit ainsi qu'un procédé pour extraire, isoler ou synthétiser le produit chimique actif (…) ; 3) tout ce qui est continu, non-fixé, adaptable, cumulatif. Voir Nijar, G.S., « In Defence of Local Community Knowledge and Biodiversity : A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime », Penang (Malaisie), *Third World Network Paper 1*, 1996.

[2363] La loi péruvienne prévoit que lorsqu'un savoir collectif est dans le domaine public au cours des vingt dernières années alors un pourcentage de la valeur des ventes brutes résultant de la commercialisation des produits développés sur la base des connaissances doit être réservé au fonds spécialisé pour les communautés autochtones et locales. Voir loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques, art. 13.

[2364] Etre produit, préservé et transmis dans un contexte intergénérationnel, être lié à l'identité et à la culture d'une communauté reconnue comme dépositaire ou gardien des savoirs.

[2365] Chartier, F., *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002, spé. p. 202.

[2366] U.S. Court of Appeals, Federal Circuit, 23 juillet 1998, *State Street Bank & Trust Co v. Signature Financial Group Inc*. No. 96-1327.

méthodes commerciales par le droit des brevets[2367]. Il semblerait cependant incertain que les connaissances pratiques soient considérées comme un objet valable de protection par le droit des brevets. En effet, sont excluent de la qualification d'invention les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques ainsi que les programmes d'ordinateurs ou encore les présentations d'informations[2368]. Les connaissances pratiques risquent d'être considérées comme des principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles dans le domaine des activités économiques. De tels principes et méthodes sont toutefois exclus de la protection par les brevets uniquement lorsque la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l'un de ces éléments considéré en tant que tel[2369]. Une connaissance pratique ressemblant à un principe ou une méthode pourrait alors faire l'objet d'une protection par les brevets à la condition que le brevet ne porte pas sur cette connaissance pratique en tant que telle.

760. La portée temporelle et géographique des droits de propriété intellectuelle. Enfin, tout comme en droit d'auteur, le droit des brevets impose une protection limitée dans le temps de vingt ans à compter de la date de demande du titre. Encore une fois, la limitation temporelle mais certaine peut être parfois préférée à une protection illimitée mais aléatoire, comme la protection par le secret. Une fois le délai écoulé, rendre l'invention à la libre utilisation de tous risquerait toutefois de porter préjudice aux communautés autochtones et locales puisque l'invention peut découler directement de leurs savoirs « traditionnels ». M.A. Hermitte propose de faire durer le droit aussi longtemps que les savoirs remplissent les conditions qui en font des savoirs « traditionnels »[2370]. Une adaptation des conditions de brevetabilité semblerait alors judicieuse. Comme le souligne le comité intergouvernemental (IGC) de l'OMPI, aucun des critères de brevetabilité n'est formellement défini d'une manière juridiquement contraignante dans les instruments internationaux[2371]. Leur application aux savoirs « traditionnels » est alors

[2367] F. Chartier soulève d'ailleurs qu'à la suite de cette décision, les demandes d'obtention de brevets de méthodes commerciales par les sociétés américaines ont fortement augmenté (Disponible à l'adresse : http://www.uspto.gov/main/newsandnotices.htm) Par exemple, ont pu être brevetées les méthodes pour passer une commande par internet (système du « simple clic ») par Amazon, les systèmes des enchères inversées par Priceline ou encore le système électronique pour la présentation d'états de compte par la société Visa. Voir Chartier, F., *op. cit*., p. 202-203.

[2368] Art. L. 611-10, al. 2 du CPI mais aussi l'art. 52, al. 2, (c) de la Convention sur le brevet européen.

[2369] Art. L. 611-10, al. 3 du CPI et art. 52, al. 3 de la Convention sur le brevet européen.

[2370] Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 132.

[2371] Même lorsque les obligations internationales imposent des règles de fond minimum à faire figurer dans la législation nationale, il est admis que le choix des mécanismes juridiques est laissé à l'appréciation des États. L'OMPI souligne alors qu'il n'est pas nécessaire que les droits des communautés autochtones et locales fassent l'objet de dispositions *sui generis*

une question de flexibilité potentielle dans le droit national[2372]. La protection aussi bien par le droit d'auteur que par le droit des brevets dévoile cependant une portée géographique limitée. La protection des connaissances pratiques dans un régime national de droits de propriété intellectuelle ne garantit pas la même protection pour la même connaissance pratique dans un autre Etat[2373]. C. Grimaldi[2374] souligne néanmoins que le régime des droits de propriété intellectuelle est susceptible d'accroître son échelle géographique sur le fondement de diverses conventions[2375] et traités[2376].

761. Transition. En tout état de cause, les connaissances pratiques sont souvent considérées comme une catégorie des droits de propriété intellectuelle[2377]. Néanmoins, pour être adaptées aux connaissances pratiques, les conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle devraient être assouplies mais aussi renforcées, ce qui est pour le moins contradictoire.

B) Un nécessaire renforcement dans les conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle

762. Des mesures contradictoires pour adapter les droits de propriété intellectuelle aux connaissances pratiques. L'objectif des droits de propriété intellectuelle pourrait

indépendantes. Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : synthèse des options de politique générale et des éléments juridiques », septième session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/7/6, 1er-5 novembre 2004.

[2372] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 12.

[2373] Telesetsky, A., « Traditional Knowledge : Protecting Communal Rights Through A Sui Generis System », *in The Cultural Heritage of Mankind*, The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye, Brill Online, 2008, pp. 297-354, spé. p. 318.

[2374] Grimaldi, C., *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019, spé. p. 76.

[2375] Par exemple, l'art. 2.1 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 a créé une Union de Paris et prévoit que les ressortissants des pays de l'Union jouissent dans tous les autres pays de l'Union en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, des avantages que les lois respectives accordent aux nationaux. Aussi, l'art. 5.1 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 a créé une Union de Berne et prévoit que les auteurs jouissent dans les pays de l'Union des droits que les lois respectives accordent aux nationaux. Quant au Règlement n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012, il a créé un brevet européen à effet unitaire, c'est-à-dire que la protection est uniforme dans tous les Etats membres participants.

[2376] Le système PCT (Traité de coopération en matière de brevets de 1970) facilite l'obtention d'un titre dans les autres Etats que celui dont l'inventeur est ressortissant en ne procédant qu'à un dépôt unique auprès du bureau de l'OMPI ou de l'Office national des brevets de l'Etat contractant ou de l'Office régional des brevets. Le requérant disposera d'autant de titres nationaux qu'il y a d'Etats membres. Il est également possible de détenir un brevet européen ou de formuler une demande internationale de protection des inventions sur le fondement des art. L. 614-17 et s. du CPI et de l'art. 150 de la Convention sur le brevet européen (CBE).

[2377] Selon F. Dessemontet : « Un parallèle frappant se dessine entre l'invention brevetable, la marque de fabrique ou de commerce, l'œuvre littéraire et le savoir-faire. Celui-ci est devenu, à travers la jurisprudence américaine, une catégorie de la propriété industrielle égale aux autres et jouissant d'un statut similaire. » Voir Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 92. D. Ferrier semble, lui aussi, assimiler les connaissances pratiques aux droits de propriété intellectuelle lorsqu'il souligne que : « La franchise est ainsi caractérisée par la mise à disposition de droits de propriété intellectuelle, et plus particulièrement d'un savoir-faire, pour la revente de biens ou la prestation de services. » Voir Ferrier, D., *Droit de la distribution,* Litec, 2ème éd., 2000, p. 284.

apparaître inadapté pour certains détenteurs car le but est de récompenser l'auteur ou l'inventeur dans une conception individuelle et exclusiviste[2378]. Des solutions pour lutter contre l'enclosure des connaissances pratiques ou pour éviter l'exclosure des savoirs « traditionnels » par les droits de propriété intellectuelle sont cependant envisageables, notamment en renforçant les conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle.

763. L'imposition de formalités en droit d'auteur pour rendre moins automatique la protection. En droit d'auteur, la protection naît à partir de la date de création de l'œuvre sans formalité de dépôt. L'œuvre doit néanmoins répondre à deux conditions : elle doit être originale, c'est-à-dire porter la marque de la personnalité de l'auteur, et elle doit être mise en forme. Le problème est que ces deux conditions sont peu restrictives et interprétées de façon très souple par les juges facilitant l'accès à la protection de quasiment tout type d'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur. S. Dusollier[2379] propose de réintroduire des conditions strictes pour contrer l'expansion, rendre moins automatique l'accès à la protection et protéger le domaine public. Elle parle de « *opt-in mechanisms*[2380] » c'est-à-dire de portes d'entrée par lesquelles le détenteur doit passer pour bénéficier de la protection du droit d'auteur. Concrètement, ces portes d'entrée sont des formalités auxquelles le détenteur doit répondre pour pouvoir protéger sa création, notamment l'enregistrement aux seules créations qui le méritent[2381], la réduction de la durée de protection avec des possibilités de renouvellement limité ou illimité[2382] ou encore des formalités conditionnant l'exercice du droit d'auteur[2383]. Ces formalités rendraient en général moins automatique l'accès à la protection par le droit d'auteur et donc moins de créations seraient protégées par cette voie.

764. L'application stricte des conditions de brevetabilité pour lutter contre la délivrance indue de brevets. De la même façon, il serait judicieux de respecter strictement les conditions de brevetabilité. Les brevets sont actuellement délivrés alors qu'ils ne font qu'une description de l'état des connaissances sans apporter une invention nouvelle. Ces brevets

---

[2378] Sur ce point, voir les développements de l'introduction de la présente thèse.

[2379] Dusollier, S., « (Re)introducing Formalities in Copyright as a Strategy for the Public Domain », *in* (dir.) Guibault, L., Angelopoulos, C., *Open Content Licensing : From Theory to Practice,* Amsterdam University Press, 2011, spé. p. 75-105.

[2380] Dusollier, S., *ibid*., p. 76.

[2381] Toutefois, l'art. 5.2 de la Convention de Berne semble constituer un obstacle à l'établissement de cette formalité.

[2382] En principe, en droit d'auteur et en droit des brevets, il n'est pas question de renouvellement de la protection sauf en matière de bases de données et de droit des marques. Les formalités relatives au renouvellement de la protection pourraient être un nouvel enregistrement, une nouvelle notice sur le support ou une publication d'informations concernant les mesures techniques de protection mises en œuvre.

[2383] Notamment l'obligation de déposer un signe sur le support prouvant l'existence du droit d'auteur à défaut de quoi une sorte de licence non-volontaire s'appliquerait autorisant les tiers à utiliser la connaissance sans aucune autorisation.

verrouillent à tort l'accès et l'utilisation des savoirs et dissuadent les tiers de les utiliser, ce qui n'est pas le but initial du régime de la propriété industrielle. Par exemple, de nombreux brevets ont été accordés sur des produits fabriqués à partir de connaissances médicales traditionnelles. L'accumulation de ces brevets indument délivrés rend cependant difficile, pour les offices de brevets, l'examen approfondi des demandes, faute de temps. B. Remiche expose qu'un cercle vicieux est alors créé : puisque les entreprises savent que les examens sont superficiels, elles n'hésitent pas à déposer un grand nombre de demandes de brevets. Mais, en déposant plus de demandes, les offices de brevets les examinent donc moins bien[2384]. Il s'avère, par conséquent, nécessaire de rétablir strictement les conditions de brevetabilité pour que les offices de brevet ne délivrent pas des brevets indument[2385] et pour mettre un terme à ce cercle vicieux[2386]. M. Buydens souligne que les offices de brevets devraient aussi disposer de moyens financiers et humains pour effectuer efficacement leur mission d'examen des demandes de brevet[2387].

765. Transition. Une contradiction apparaît donc pour adapter les droits de propriété intellectuelle aux connaissances pratiques. D'un côté, la solution est de renforcer les conditions d'octroi des droits et les formalités, tandis que, d'un autre côté, un assouplissement des conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle s'avère nécessaire.

[2384] Remiche, B., « La propriété intellectuelle : outil de développement ou arme de domination ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 920.

[2385] L'OMPI donne l'exemple du *Myristica Fragrans* utilisé depuis des millénaires pour soigner les maladies en Inde. Les offices de brevets, en se basant sur la base de données collectant les savoirs indiens, ont refusé d'accorder le brevet car l'invention ne remplissait pas le critère d'activité inventive et de nouveauté. Voir OMPI, « Protect and Promote Your Culture - A Practical Guide to Intellectuel Property for Indigenous Peuples and Local Communities », *WIPO's Traditional Knowledge Division,* Geneva, 2017, p. 19 et 35. Dans le même sens, sur le rejet d'une demande de brevet par l'OEB, voir Burelli, T., « Une 'aventure scientifique passionnante' d'ethnopharmacologie remise en cause par l'OEB - Brevetabilité et savoirs autochtones devant l'OEB », *Propriété industrielle,* LexisNexis, No. 7-8, étude 19, 2014.

[2386] « Si les examens étaient très stricts et dès lors les rejets de demandes plus fréquents, il y aurait moins de demandes et… plus de temps pour les examiner… » Voir Remiche, B., *op. cit*., p. 920.

[2387] Buydens, M., « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *Revue internationale de droit économique,* Vol. XX, No. 4, 2006, p. 433-474, spé. p. 450.

CONCLUSION DE LA SECTION III

766. La brevetabilité des connaissances pratiques, un choix du détenteur. Lorsque le détenteur choisit de protéger ses connaissances pratiques par un régime de protection exclusive, il pourrait choisir le régime juridique des droits de propriété intellectuelle. Concernant les qualités requises des connaissances pratiques, il est souvent exposé par la doctrine, la jurisprudence ou les textes législatifs que cette forme de connaissance ne doit pas être brevetée pour jouir d'une protection juridique. Or, le caractère non-breveté ne relève pas de l'essence de la connaissance pratique. Celle-ci peut être soit non-brevetée soit brevetée. Ainsi, lorsque la doctrine ou la jurisprudence ont défini les connaissances pratiques, elles se sont surtout focalisées sur leur protection par le secret. Le secret a alors eu des répercussions sur leur définition dans le sens où elles ne doivent pas être dévoilées dans un titre de brevet. C'est seulement pour cette raison que les connaissances pratiques et le droit des brevets sont en opposition. Le détenteur ne devrait toutefois pas être libre de cumuler les deux formes de protection exclusive, c'est-à-dire les droits de propriété intellectuelle et le secret des affaires. Le choix dans la forme de protection exclusive est non-cumulatif et toute violation doit être constitutive d'un abus et être prohibée.

767. L'inadaptabilité des droits de propriété intellectuelle aux connaissances pratiques. Les droits de propriété intellectuelle ne sont néanmoins pas adaptés pour protéger les connaissances pratiques, tant au niveau des effets que des conditions légales. Même si quelques adaptations ont été proposées, elles s'avèrent contradictoires entre elles. D'un côté, il convient de rendre les conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle plus souples pour convenir à la nature des connaissances pratiques, y compris lorsqu'elles font partie des savoirs « traditionnels », mais, d'un autre côté, il est nécessaire de renforcer les conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle pour lutter contre les enclosures et exclosures. Cette contradiction amène à s'interroger sur la pertinence du régime des droits de propriété intellectuelle à l'égard des savoirs, d'autant plus que ce régime juridique ne les protège qu'indirectement et ne sanctionne donc pas les exploitations du contenu intellectuel par les tiers.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

768. Le choix du détenteur de connaissances pratiques dans la forme de protection. Puisque le détenteur est libre de choisir entre protection exclusive ou inclusive de ses connaissances pratiques, il peut faire le choix du régime des « communs », et particulièrement des licences libres ou du domaine public consenti. *A contrario,* lorsqu'une protection exclusive est choisie alors il convient de délimiter les connaissances pratiques protégeables. Elles doivent en effet répondre à des critères particuliers et cumulatifs pour éviter leur surprotection.

769. Les exceptions au choix d'une protection exclusive. Une exception à la protection exclusive doit, par ailleurs, être prévue pour certaines connaissances pratiques. L'importance vitale de certaines connaissances pratiques nécessite, avant tout choix de protection par le détenteur, l'établissement d'un contrôle de proportionnalité vérifiant si la protection crée des répercussions négatives à l'égard de l'intérêt général. Un droit à l'accès des tiers aux connaissances pratiques vitales est invoqué comme fondement du droit de propriété exclusif. Ce droit ne concerne pas seulement l'accès à l'objet matériel mais surtout l'accès aux connaissances pratiques elles-mêmes. Le détenteur peut exiger une contrepartie financière mais celle-ci ne doit pas constituer un obstacle à l'accès et à l'utilisation des connaissances. La seconde exception nécessite une distinction dans la nature de l'utilisation comme le prévoient déjà plusieurs instruments législatifs[2388]. Les utilisateurs utilisant les connaissances pratiques dans un but non-lucratif devraient bénéficier d'un accès facilité tout en étant contraints à des mécanismes de suivi et de contrôle. La définition de la nature de l'utilisation nécessite néanmoins une harmonisation. En définitive, toutes les connaissances pratiques ne peuvent pas faire l'objet d'une protection exclusive par la décision de leur détenteur, soit parce qu'elles ne répondent pas aux critères soit parce qu'elles sont soumises aux exceptions.

770. Le choix d'une protection exclusive des connaissances pratiques par le régime du secret. En revanche, lorsque les connaissances pratiques peuvent être protégées exclusivement alors le détenteur aura le choix de recourir à la protection juridique qu'offre le secret ou à celle qu'offrent certains régimes des droits de propriété intellectuelle. Alors qu'il convient de rejeter

[2388] Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation du 29 octobre 2010, loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, Directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

la protection du secret appliquée en matière pénale et civile (action en enrichissement injustifié), la protection juridique du secret en matière commerciale apparaît, quant à elle, satisfaisante en faisant application du régime du secret des affaires. En se fondant sur les dispositions de la directive européenne de 2016[2389] et de la loi française de transposition du 30 juillet 2018[2390], la définition du secret inclut toute forme de connaissances pratiques dès lors qu'elles répondent aux critères légaux. Le secret des affaires présente, de plus, divers avantages (protection opposable quasiment *erga omnes*, sécurité apportée en termes de confidentialité dans le cadre de la procédure, garantie d'une protection à l'échelle mondiale et pour une durée illimitée). Un tel régime offre, en outre, une réparation et des sanctions dissuasives. Les limites d'un tel régime peuvent, par ailleurs, être tempérées par l'avantage de reconnaître potentiellement des droits ou du moins une réservation directe des connaissances pratiques.

771. Les protections additionnelles du régime juridique de protection du secret. La protection par le secret des affaires pourrait être complétée par une protection contractuelle et, en cas d'abus des tiers, par l'action en agissements parasitaires. La théorie des agissements parasitaires pourrait aussi constituer une action indépendante dans le cadre des « communs »[2391]. Les qualités requises pour faire l'objet d'une telle protection semblent adaptées aux connaissances pratiques secrètes. Seule la condition relative à l'absence de mise en lumière d'une donnée objective préexistante doit être remplacée par la condition d'originalité. L'exigence d'un effort intellectuel individualisé doit aussi être réinterprété pour s'adapter aux savoirs « traditionnels. Les conditions relatives à l'action elle-même seront également facilement remplies. La protection seulement *a posteriori* d'une telle action est, de plus, relativisée par la condamnation à de lourdes réparations en cas d'atteintes. Une telle protection exclusive du secret doit, par ailleurs, prévoir des mesures contractuelles par la conclusion de clauses spécifiques. Les mesures contractuelles nécessitent cependant un fort pouvoir de négociation, n'ont d'effets que relatifs et il peut être difficile d'identifier et de déterminer la valeur de la connaissance pratique à protéger. Une protection contractuelle ne devrait donc pas constituer une mesure indépendante mais plutôt intervenir de manière additionnelle au régime juridique de protection du secret.

[2389] Directive UE n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

[2390] Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n° 0174 du 31 juillet 2018.

[2391] L'action en agissements parasitaires, en tant qu'action indépendante dans le cadre des communs, est étudiée dans la première partie de la présente thèse (section II, chapitre II, titre II).

772. Le choix d'une protection exclusive des connaissances pratiques par les droits de propriété intellectuelle. Le détenteur peut également choisir les droits de propriété intellectuelle en tant que régime juridique de protection exclusive des connaissances pratiques. Bien que les qualités des connaissances pratiques ne soient pas un obstacle pour jouir d'une telle protection (caractère breveté ou non-breveté des connaissances), le régime juridique des droits de propriété intellectuelle semble inadapté pour protéger ces connaissances.

773. Les limites des droits de propriété intellectuelle nécessitant des adaptations contradictoires. Outre le fait que les droits de propriété intellectuelle aboutissent à une forme d'enclosure des connaissances, ils fixent et entraînent une révélation irréversible de celles-ci, ils contiennent des conditions légales à respecter peu adaptées, ils impliquent une conception individuelle de la propriété et ils ne permettent qu'une protection indirecte des connaissances. Ces limites sont tempérées par quelques avantages (notamment liés à l'absence d'aléa temporel ; monopole opposable *erga omnes* ; réparation du préjudice subi satisfaisante ; sanctions civiles et pénales dissuasives). Les adaptations présentent, de plus, des solutions contradictoires. Tandis qu'une souplesse des conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle s'avère souhaitable, il est au contraire appelé à un renforcement de ces mêmes conditions afin de lutter contre l'enclosure et l'exclosure des connaissances. Par conséquent, ces contradictions rendent encore plus incertaine l'efficacité d'une protection des connaissances pratiques par les droits de propriété intellectuelle.

CONCLUSION DU TITRE I

774. Des connaissances impliquant deux régimes distincts. En définitive, comme les savoirs se divisent entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques, leur différence de nature justifie l'application de régimes juridiques différents.

775. Une inclusion forcée des connaissances théoriques. Un principe de primauté du partage sur toute protection juridique s'applique à l'égard des connaissances théoriques, sauf lorsque celles-ci constituent un savoir « traditionnel ». Hormis cette hypothèse, ces connaissances doivent toujours être libres d'accès et libres d'utilisation à l'égard de toute personne en raison de leur qualification de « patrimoine commun de l'Humanité ». Cette qualification devrait garantir à la fois une protection (conservation, sauvegarde, transmission) et un partage collectif, durable et équitable en raison de la gestion rationnelle des droits d'accès et d'utilisation des tiers. À défaut, les tiers devraient bénéficier d'actions pour garantir ce principe. Ces actions se concrétiseraient par des droits d'accès et d'utilisation aussi bien au sein du droit d'auteur *via* les exceptions impératives (pour contrer la protection *sui generis* du producteur de bases de données et les mesures techniques de protection) qu'en droit des brevets (conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure).

776. Une inclusion volontaire des connaissances pratiques. Bien qu'une délimitation des connaissances pratiques protégeables s'avère nécessaire au niveau des critères et des exceptions, le détenteur devrait être libre de choisir entre une protection inclusive (le régime des « communs ») ou une protection exclusive (régime juridique de protection du secret ou régime des droits de propriété intellectuelle). La protection juridique du secret semble toutefois plus opportune, et particulièrement la protection par le secret des affaires additionnée à des mesures contractuelles ainsi qu'à l'action en agissements parasitaires en cas d'abus des tiers. La protection par les droits de propriété intellectuelle n'apparaît, en revanche, pas être une protection adaptée aux connaissances pratiques tant au niveau de ses conditions, de ses effets et des adaptations contradictoires à appliquer.

777. Transition. Il convient désormais de se pencher sur les droits détenus par les détenteurs et d'analyser l'articulation entre ces droits et les principes que nous venons d'exposer (titre II).

TITRE II

L'ARTICULATION ENTRE LES PRINCIPES ET LA RECONNAISSANCE DE DROITS AUX DETENTEURS

778. Principes relatifs aux savoirs et droits des détenteurs. Maintenant que les principes ont été étudiés entre partage impératif ou inclusion imposée des connaissances théoriques et partage éventuel ou inclusion volontaire des connaissances pratiques, il convient d'articuler ces principes avec la reconnaissance de droits aux détenteurs.

779. La reconnaissance d'un droit moral pour garantir un partage sécurisé des savoirs. Il convient d'abord de s'interroger sur la potentialité d'une reconnaissance d'une sorte de « droit moral », inspiré du droit d'auteur, au bénéfice de tous les détenteurs et sur toutes les formes de savoirs. Un tel droit moral devrait garantir *a minima* le respect de la paternité et de la forme de protection, inclusive ou exclusive, choisie par le détenteur. Ce droit moral ne doit cependant pas empêcher le partage des savoirs, et particulièrement le partage des connaissances théoriques. Sinon, le détenteur pourrait arguer de son droit moral, qui est perpétuel, pour empêcher tout accès, toute utilisation et toute modification de ses savoirs par les tiers. Cette hypothèse n'est pas souhaitable car, d'un côté, l'objectif est de lutter contre l'enclosure des savoirs et, d'un autre côté, les tiers peuvent être en mesure de créer de nouveaux savoirs à partir des savoirs initiaux et ainsi participer au progrès scientifique et à l'innovation. Néanmoins, il est parfois nécessaire que les prérogatives du droit moral soient suffisamment fortes pour se protéger contre l'exclosure, c'est-à-dire l'appropriation indue des savoirs sans autorisation préalable des détenteurs initiaux et sans respect ni de leur paternité ni des conditions d'accès ou d'utilisation. Particulièrement, les communautés autochtones et locales, détentrices de savoirs dits « traditionnels », sont très régulièrement victimes des comportements de « biopiraterie[2374] ». Il apparaît alors primordial de leur garantir un droit moral les protégeant contre ces actes déloyaux.

780. L'opportunité d'une contrepartie juste et équitable au bénéfice des détenteurs. Il semble ensuite opportun de se demander si les détenteurs pourraient bénéficier d'une

[2374] Selon le dictionnaire Larousse, la « biopiraterie » se définit comme une « appropriation (dépôt de brevets) et exploitation par des sociétés commerciales, dans des conditions jugées illégales ou inéquitables, de ressources biologiques ou génétiques propres à certaines régions. »

contrepartie, financière ou autre, pour avoir partagé leurs savoirs. Une contrepartie existe également lorsque les droits de propriété intellectuelle susceptibles d'être objets de contrats (les droits patrimoniaux) sont mobilisés[2375]. Les droits qui auraient vocation à être reconnus au profit des détenteurs de savoirs ne doivent en aucun cas empêcher le partage des savoirs. La contrepartie en faveur des détenteurs de savoirs doit alors les encourager à davantage les partager et ainsi promouvoir une dynamique d'innovation ouverte favorable à la création de nouveaux savoirs. Toute la difficulté est de déterminer la nature de cette contrepartie, ses modalités d'application et, si elle est pécuniaire, son montant. Il convient aussi de se demander si une telle contrepartie ne serait pas en opposition avec le principe de primauté du partage des connaissances théoriques sur toute protection juridique ou contraire au choix du détenteur de promouvoir le régime des « communs » à l'égard de ses connaissances pratiques. Le risque est, en effet, que les tiers souhaitant accéder ou utiliser les savoirs n'aient, par exemple, pas les moyens financiers et soient donc empêchés par ce seul motif. L'enjeu est alors de créer une contrepartie nécessairement proportionnée ménageant l'intérêt du détenteur de percevoir celle-ci et l'intérêt des tiers d'accéder et d'utiliser les savoirs.

781. Plan. La reconnaissance d'un droit moral sur les connaissances servirait à protéger les détenteurs en raison de l'obligation de partage des connaissances théoriques ou du choix d'une protection inclusive des connaissances pratiques. Les communautés autochtones et locales détentrices de savoirs « traditionnels » ont, de plus, besoin d'un tel droit pour les protéger contre certains comportements déloyaux (chapitre I). Le second droit ensuite reconnu aux détenteurs est un droit à une contrepartie en raison du partage des savoirs. Cette contrepartie entretient des ressemblances avec le droit patrimonial du droit d'auteur tout en s'en distinguant (chapitre II).

- Chapitre I. La reconnaissance d'un droit moral inspiré du droit d'auteur au profit des détenteurs.
- Chapitre II. Le droit à une contrepartie en faveur des détenteurs suite au partage des savoirs.

[2375] Par exemple, les droits patrimoniaux dont bénéficient les auteurs en droit de la propriété littéraire et artistique pour l'exploitation de leurs œuvres de l'esprit.

CHAPITRE I

LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT MORAL INSPIRE DU DROIT D'AUTEUR AU PROFIT DES DETENTEURS

782. Un droit moral adapté au partage des savoirs. De par son universalisme, une sorte de « droit moral » devrait être détenu par tout détenteur de savoirs. Un tel droit se distingue néanmoins du droit moral reconnu en droit d'auteur sur l'œuvre de l'esprit car il s'agit de délivrer un droit directement pour les savoirs. Le droit moral des détenteurs devrait assurer le respect *a minima* de la paternité des savoirs tout en garantissant leur partage. Il est, de plus, essentiel que ce droit soit exercé de manière raisonnable et mesurée lorsqu'une protection inclusive est établie. Pour ce faire, les prérogatives du droit moral classiquement reconnues en droit d'auteur sont atténuées dans le but de lutter contre l'enclosure des savoirs et conséquemment assurer leur partage. Ainsi, les détenteurs ne devraient pas pouvoir se servir des prérogatives du droit moral pour aller à l'encontre du principe de partage des connaissances théoriques ou pour atténuer ou revenir sur leur choix d'une protection inclusive des connaissances pratiques.

783. Un droit moral protégeant contre l'exclosure des savoirs. Le droit moral devrait, dans le même temps, protéger les savoirs « traditionnels » contre leur exclosure, c'est-à-dire contre l'appropriation indue des ressources génétiques et des savoirs associés. Dans cette situation, les communautés détentrices devraient être en mesure de se défendre, *a posteriori* en arguant de la violation de leurs prérogatives du droit moral, et *a priori* en choisissant le régime de protection qui leur semble adéquat.

784. Plan. Le « droit moral » reconnu aux détenteurs de savoirs devrait suivre le principe d'être exercé raisonnablement et de manière mesurée dans ses prérogatives (section I). La reconnaissance d'un tel droit apparaît d'ailleurs primordial à l'égard des communautés autochtones et locales pour protéger leurs savoirs « traditionnels » (section II).

- Section I. L'exercice nécessairement raisonnable et mesuré du droit moral au sein d'une logique de protection inclusive des savoirs.
- Section II. L'importance du droit moral au bénéfice des communautés autochtones et locales.

SECTION I
L'exercice nécessairement raisonnable et mesuré du droit moral au sein d'une logique de protection inclusive des savoirs

785. Plan. Après avoir présenté la portée et les limites d'un droit moral à l'égard des détenteurs de savoirs (paragraphe I), seront étudiées les conséquences et la plausibilité d'un droit moral exercé de manière raisonnable et mesurée (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. PORTEE ET LIMITES D'UNE RECONNAISSANCE D'UN DROIT MORAL SUR LES SAVOIRS

786. Plan. Si un droit moral sur les savoirs est reconnu, il devrait l'être à l'égard de tous les détenteurs sans considération de frontières[2376]. Participant à la création des savoirs, ils méritent de détenir, au minimum, un droit de paternité (A). La portée du droit moral ne sera toutefois pas la même selon que le droit s'applique aux connaissances théoriques ou aux connaissances pratiques (B). La reconnaissance d'un droit moral sera, par ailleurs, plus facile à établir pour les connaissances pratiques car la détermination du détenteur s'avère plus aisée (C).

A) Le droit moral et la reconnaissance à tous les détenteurs

787. Présentation du droit moral en droit d'auteur. Lorsque les détenteurs détiennent des droits de propriété intellectuelle sur une œuvre de l'esprit, le droit d'auteur leur reconnaît deux sortes de droits : un droit moral et des droits patrimoniaux. Le droit moral a été créé pour le régime du droit d'auteur[2377]. C'est un droit extrapatrimonial, opposable *erga omnes,* attaché à la personne de l'auteur et donc intransmissible, incessible, insaisissable, et imprescriptible. Ce droit moral offre une protection juridique au détenteur du droit car il assure le respect de plusieurs prérogatives : le droit de divulgation (art. L. 121-2 du CPI), le droit de paternité (art. L. 121-1 du CPI), le droit de respect de l'œuvre (art. L. 121-1 du CPI) ainsi que le droit de

[2376] En effet, C. Caron souligne que : « Force est de constater que le droit moral est plus ou moins consacré, avec des différences notables, dans tous les pays. Il est possible de remarquer son universalisme. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 220. A. Lucas et *al.,* exposent aussi que : « La plupart des pays reconnaissent le droit moral, mais sans toujours lui donner la place éminente qui est la sienne en droit français. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 473.

[2377] Le droit moral est reconnu par les art. L. 121-1, L. 121-5 et L. 121-7 du CPI. Au niveau international, l'art. 6 bis de la Convention de Berne reconnaît et protège les droits moraux de l'auteur. Néanmoins, l'Accord sur les ADPIC dispose expressément, à l'art. 9, que la reconnaissance du droit moral n'est pas une obligation pour les Etats membres.

retrait et de repentir (art. L. 121-4 du CPI). Le droit de divulgation offre à l'auteur le droit de ne pas dévoiler son œuvre au public et donc de s'opposer à toute publication, adaptation ou exposition. Mais, dès que l'auteur a manifesté sa volonté d'introduire son œuvre dans la sphère publique, il ne peut plus interdire son exploitation[2378]. À propos du droit de paternité, il impose que le nom de l'auteur soit mentionné dans toutes les exploitations de l'œuvre. Le droit au respect de l'œuvre, quant à lui, interdit la dénaturation[2379]. Enfin, le droit au retrait ou de repentir donne le droit à l'auteur de décider du retrait de son œuvre de la sphère publique, notamment pour la modifier.

788. Le droit moral en droit des brevets. L'inventeur protégé par le droit des brevets n'est pas totalement démuni d'un droit moral[2380]. Ce droit s'avère toutefois lacunaire par rapport au droit d'auteur. En effet, le droit moral de l'inventeur a été présenté comme « le grand absent du droit des brevets[2381] » car le seul droit moral reconnu à l'inventeur est celui d'être mentionné comme tel dans le brevet ou au contraire, de s'opposer à cette mention[2382]. Même si l'inventeur jouit d'un droit moral se concrétisant par un droit de paternité, ce droit s'avère être, par ailleurs, très affaibli du fait de l'existence d'une présomption de détermination du détenteur originel. En raison du principe « premier arrivé, premier servi », celui qui demande le brevet en premier est présumé être le détenteur originel. Les offices de brevets étant dans l'obligation de délivrer le brevet à celui qui le demande en premier, cette situation donne l'occasion, par exemple, à une entreprise économiquement importante d'acquérir un brevet sur une invention dont elle n'est pas l'inventeur. Comme les frais de justice sont élevés et les procédures peuvent durer plusieurs années, les détenteurs sont alors contraints d'abandonner leur création aux mains de ceux qui ont économiquement les moyens.

789. Les raisons justifiant la force du droit moral en droit d'auteur. Une différence de traitement est ainsi toujours relevée, que ce soit entre l'auteur et l'inventeur ou entre l'auteur et

[2378] La Cour de cassation a déclaré que : « Le droit de divulgation s'épuise par le premier usage qu'en fait l'auteur. » Voir Cass. civ. 1ère, 11 déc. 2013, *Comm. com. éléctr*. 2014, comm. 15, note Caron.

[2379] Par exemple, il ne sera pas autorisé de modifier des passages d'une œuvre littéraire sans le consentement de l'auteur ou encore de présenter l'œuvre dans un contexte qui la déprécie ou la dénigre créant une image dénaturée ou une fausse perception auprès du public.

[2380] Comme le souligne N. Binctin : « Si on le retrouve [le droit moral] en droit d'auteur, il est aussi présent par le droit à la qualité de créateur en droit des brevets (…) ». Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 46.

[2381] Vivant, M., *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses 1997, p. 77.

[2382] Ce droit est notamment reconnu par l'art. 4ter de la Convention de Paris, l'art. 12 de la loi sur les brevets d'invention et l'art. 62 de la Convention de Munich.

tous les autres détenteurs. Cette différence de traitement s'expliquerait par le lien intime existant entre l'auteur et l'œuvre de l'esprit. Au contraire, le lien entre la création et les autres détenteurs ne serait pas si proche. Pour l'inventeur, son activité intellectuelle consiste en la solution apportée à des problèmes techniques. Selon F. Pollaud-Dulian : « L'inventeur n'exprime pas sa personnalité dans l'invention[2383] ». Pour les autres détenteurs, l'absence de droit moral s'expliquerait par le simple fait qu'ils ne répondent pas aux critères pour détenir des droits de propriété intellectuelle, et plus particulièrement des droits de propriété littéraire et artistique. Ces différences de traitement ne semblent cependant pas justifiées car tous les détenteurs, et particulièrement ceux participant à la création des savoirs, méritent de détenir, au minimum, un droit de paternité. Cette différence de traitement s'expliquerait surtout par des raisons économiques et sociales. Le droit moral des détenteurs n'est pas la priorité dans le contexte actuel d'une société recherchant le profit et les bénéfices. J.M. Mousseron déclare en effet que : « La place prépondérante de l'entreprise, le travail en équipe, la rationalité économique concourent à reléguer l'individu créateur au second plan, et permettent d'expliquer pourquoi le droit moral de l'inventeur [mais aussi des autres détenteurs] n'a pas connu la glorieuse destinée du droit moral de l'auteur[2384]. » Dans le même sens, N. Bronzo expose que la place négligeable du droit moral de l'inventeur s'explique à la lumière de l'évolution de l'interprétation du droit des brevets[2385]. En conséquence, à part l'auteur d'une œuvre de l'esprit, tous les autres détenteurs ont été soumis à ce mouvement d'objectivisation laissant de côté la reconnaissance d'un droit moral.

790. L'influence du droit moral au-delà du droit d'auteur. Aucune raison légitime ne justifie que les détenteurs ne puissent pas bénéficier d'un tel droit moral sur leurs savoirs. La reconnaissance d'un droit moral serait pourtant judicieuse pour les protéger en raison de l'obligation de partage des connaissances théoriques[2386] ou encore en raison du choix d'une

[2383] Pollaud-Dulian, F., « Droit moral et droits de la personnalité », *La Semaine Juridique Edition Générale,* No. 29, 27 juillet 1994.

[2384] Mousseron, J.M., *Le droit du breveté d'invention. Contribution à une analyse objective,* LGDJ, T. 23, 1961.

[2385] En effet, il souligne que : « Alors qu'au lendemain de la Révolution, le brevet d'invention a pu être considéré comme une propriété « naturelle », tout aussi personnelle que la propriété littéraire, cette conception a été progressivement abandonnée avec la « grande » loi du 5 juillet 1844 dont l'objectif est l'objectivisation de l'invention. La figure de l'inventeur s'efface alors progressivement derrière celle du breveté. » Voir Bronzo, N., « Le droit moral de l'inventeur », *Propriété industrielle*, No. 6, Juin 2013.

[2386] En effet, L.D. Brandeis rappelle, lors d'une affaire devant la Cour Suprême des Etats-Unis, que la règle générale du droit est que toutes les productions humaines les plus humbles – savoirs, vérités vérifiées, conceptions, idées – deviennent, après avoir été volontairement communiquées aux tiers, libres comme l'air en vue d'un usage commun [Notre traduction] : « The general rule of law is, that the noblest of human productions - knowledge, truths ascertained, conceptions, and ideas - become, after voluntary communication to others, free as the air to common use ». (U.S. Supreme Court*,* 23 décembre 1918, *International News Services. v. Associated Press*, 248 U.S. 215).

protection inclusive des connaissances pratiques. Dès que ces connaissances sont divulguées, chaque individu est en droit d'y accéder et de les utiliser, même si les connaissances sont incorporées dans une œuvre ou une invention protégée. L'inclusion forcée des connaissances théoriques ou le choix du détenteur de partager ses connaissances pratiques ne devraient pas exclure la reconnaissance *a minima* d'un droit de paternité[2387]. Un tel droit moral serait d'ailleurs envisageable en raison de sa nature préexistante. Comme le souligne N. Bronzo pour le régime du droit des brevets :

> « Le droit moral de l'inventeur préexistant au droit du breveté, il devrait logiquement pouvoir exister en l'absence de brevet. Cela vaut dans le cas d'une invention brevetable (c'est-à-dire une invention qui remplit les critères de brevetabilité) qui n'aurait pas (encore) été brevetée. En toute rigueur, l'affirmation devrait aussi tenir dans le cas d'une invention non brevetable, dès lors qu'une proposition objective et nouvelle peut être identifiée[2388] ».

Puisque le droit moral préexiste à tout droit de propriété intellectuelle, il devrait être reconnu à tout détenteur dès lors que des connaissances, théoriques ou pratiques, nouvelles ont été dévoilées. Ne rien prévoir pour les autres détenteurs crée une discrimination injustifiée puisque les auteurs peuvent notamment revendiquer le droit à la paternité de leur création et non les autres. Il serait ainsi légitime de reconnaître l'existence d'un droit moral pour tous les détenteurs et non seulement à l'individu répondant aux conditions du droit d'auteur. Un tel droit au bénéfice des détenteurs de savoirs établirait un équilibre entre protection de la paternité des savoirs et libre accès et/ou libre utilisation de ces derniers. Un rapport ancien de l'Organisation internationale du travail avait d'ailleurs souligné la reconnaissance d'un droit moral pour tous les détenteurs en exposant que : « Les droits moraux, d'ordinaire inaliénables, revêtent une importance déterminante pour tous les créateurs, indépendants ou salariés »[2389]. Par ailleurs, en plus de protéger les intérêts extrapatrimoniaux, le droit moral présente l'avantage d'inciter à divulguer de nouvelles connaissances afin de jouir d'une certaine reconnaissance et notoriété. Le droit moral devrait, en outre, être reconnu aussi bien au bénéfice des créateurs, au sens du

---

[2387] I. Moine se penche sur le don d'organe mais son analyse peut également renvoyer aux savoirs. Elle explique que l'organe et le corps humain sont dépendants mais le don d'organes entraîne une anonymisation : « L'organe extrait du corps reste juridiquement dépendant de la personne, car elle lui donne son sens et sa valeur propres. Mais, par la suite, il est noyé dans l'anonymat d'une "banque". » et « l'anonymat donne naissance à une nouvelle chose, sans rapport avec la personne. » Ainsi, cette analyse est également pertinente pour les savoirs qui sont indissociablement liés à leur détenteur initial mais qui, une fois librement accessibles et utilisables, s'en détachent jusqu'à ne plus entretenir de rapport avec celui-ci. D'autres sujets de droits vont prendre possession d'éléments qui sont fortement liés à une personne « sans que celle-ci puisse avoir la moindre maîtrise sur leur devenir. » Or, pour contrer cet anonymat, le droit moral pourrait être une solution judicieuse. Voir Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 209-210.

[2388] Bronzo, N., « Le droit moral de l'inventeur », *Propriété industrielle*, No. 6, Juin 2013.

[2389] OIT, « La protection de l'auteur et de l'inventeur salarié », *Dossiers brevets,* VI, 66, 1987, cité par Bronzo, N., « Le droit moral de l'inventeur », *Propriété industrielle*, No. 6, Juin 2013.

droit d'auteur ou du droit des brevets, que pour les autres types de détenteurs, et notamment les communautés autochtones et locales qui ne répondent pas aux critères pour être protégées par le régime des droits de propriété intellectuelle. Ce droit moral s'inspirerait du droit moral de l'auteur, mais pourrait être dénommé d'une autre manière pour éviter toute confusion (droit à la reconnaissance, droit de détention originelle, droit personnel du détenteur) .

791. Transition. En plus d'une reconnaissance d'un droit moral à tous les détenteurs de savoirs, un tel droit devrait présenter une portée qui dépend de la forme de connaissance concernée.

B) La portée du droit moral selon la forme des savoirs

792. L'opposition entre la conception lockéenne et la conception benthamienne de la propriété. L'existence du droit moral est due à la conception lockéenne de la propriété[2390]. Cette conception dite « jusnaturaliste » et « personnaliste » souligne la légitimité d'un droit moral en droit d'auteur car la propriété naturelle de l'individu sur son corps s'étend à la propriété naturelle de l'individu sur son œuvre qui est le fruit de son travail. Cette conception lockéenne implique que la société reconnaisse comme détenteur celui qui est à l'origine de la création et que ce détenteur dispose de moyens juridiques pour contrôler l'utilisation que les tiers peuvent en faire. L'avantage est que la paternité de la création doit être respectée. Tout travail intellectuel implique alors que le détenteur soit protégé par un droit moral. Cependant, les limites inhérentes à cette conception sont que les connaissances, fruits d'un travail intellectuel, sont considérées comme la propriété du détenteur dans le sens d'une propriété absolue. Celui-ci détiendrait un droit de propriété sur ses créations et aurait le pouvoir de s'opposer à la diffusion, à l'échange et au partage des connaissances. Or, rappelons que les savoirs, et particulièrement les connaissances théoriques, devraient être partagés, notamment parce qu'ils présentent nécessairement un caractère cumulatif de sorte que tout travail intellectuel est issu des travaux intellectuels passés des autres détenteurs. La conception benthamienne de la propriété[2391] ou la théorie du contrat social peut alors apparaître plus pertinente. Selon cette dernière, la propriété tire sa légitimité de son efficacité économique mais la propriété n'est pas un droit naturel. Cette conception repose sur le postulat qu'il existe un

[2390] Locke, J., *Traité du gouvernement civil*, 1689.
[2391] Bentham, J., *Traités de législation civile et pénale*, éd. Dumont, E., Paris, Bossange Masson et Besson, 1802, 434 p.

fonds commun accessible pour tous les hommes. Le détenteur ne jouit pas d'un droit moral mais il est seulement récompensé parce qu'il a été utile à la société. Il n'est donc pas propriétaire d'un droit ou, si un droit est reconnu, c'est seulement un droit comme simple usufruitier. La société serait nue-propriétaire avec vocation à recouvrir l'intégralité de ses prérogatives de propriétaire dès l'extinction du monopole temporaire.

793. L'articulation des deux conceptions de la propriété. L'objectif ici n'est pas de réfuter l'une ou l'autre des conceptions car ces dernières ont toutes les deux une part de légitimité dont il paraît pertinent de tenir compte. Il est admissible que les détenteurs puissent être protégés par un droit contre les usurpations et les dénaturations non-autorisées de leurs connaissances. Le droit moral devrait donc servir à protéger tous les détenteurs confrontés à de telles situations. Toutefois, il est également justifié d'apporter un tempérament à la vision d'un droit de propriété absolue. Le droit des détenteurs ne devrait exister que parce que leurs savoirs sont utiles à la société et ces droits devraient être exercés dans l'intérêt de la société voire dans l'intérêt de l'Humanité et d'un sain équilibre planétaire.

794. La légitimité d'un droit moral raisonnable et mesuré. En s'inspirant de ces deux conceptions, il est possible de proposer la reconnaissance d'un droit moral aux détenteurs. Ce droit devrait, en principe, être raisonnable et mesuré pour ne pas empêcher le progrès des connaissances. Le fondement classique du droit moral est de protéger la personnalité de l'auteur en tant que créateur contre toute atteinte possible ainsi que de se défendre contre les tiers de toute immixtion et de tout acte dans le domaine de ses droits personnels. Cependant, ces immixtions et ces actes exercés par les tiers peuvent créer des conséquences positives sur la création. Toute immixtion n'est pas forcément une atteinte mais peut, au contraire, être avantageuse pour l'auteur. Il serait aussi nécessaire de concevoir une reconnaissance uniformisée du droit moral dans le monde. Il est reconnu à l'article 6 bis de la Convention de Berne[2392] à laquelle 152 Etats ont adhéré. L'ampleur et la portée du droit moral se présentent néanmoins de manière hétérogène selon les Etats. En France, le droit moral a, dès les années 1840, été considéré comme un droit important justifiant une protection très large contre toute modification[2393]. Cette interprétation est critiquable car tout changement n'est pas forcément

[2392] La Convention de Berne, adoptée le 9 septembre 1886, porte sur la protection des œuvres et des droits des auteurs sur leurs œuvres littéraires et artistiques.

[2393] G. Michaélides-Nouaros donne des exemples de jurisprudences, et notamment un arrêt du 24 août 1863 protégeant de manière très large le droit moral de l'auteur contre toute modification. La Cour de Bordeaux avait déclaré l'œuvre intangible malgré sa cession et avait assimilé tout changement de l'œuvre comme une atteinte à la personnalité. Voir Michaélidès-Nouaros, G., *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Librairie Arthur

une atteinte à la personnalité du créateur mais peut, au contraire, être un signe de progrès. Ainsi, il apparaît nécessaire d'adapter le droit moral, y compris en droit d'auteur, c'est-à-dire le droit moral qui s'exerce sur l'œuvre de l'esprit. Par l'exercice de son droit moral, l'auteur ou le détenteur peut en effet indirectement empêcher le libre accès et la libre utilisation des connaissances. Or, lorsqu'il fait notamment le choix d'une protection inclusive, il démontre sa volonté de faciliter l'accès et l'utilisation à tous de ses connaissances pratiques. Le droit moral ne doit pas empêcher ce choix d'inclure de sorte qu'un tel droit doit être exercé de manière raisonnable et mesurée[2394].

795. Une portée du droit moral différente selon la nature des savoirs. La portée du droit moral devrait dépendre de la forme de connaissance qu'il tend à protéger. Le projet d'articles du comité intergouvernemental (IGC) de l'OMPI[2395] reconnaît d'ailleurs expressément un droit moral aux communautés autochtones et locales et ce droit est exercé différemment selon la nature des savoirs[2396]. Le comité intergouvernemental de l'OMPI conseille d'adopter une approche à plusieurs niveaux concernant l'étendue de la protection en fonction de la nature et des caractéristiques des savoirs[2397]. Lorsque les savoirs sont largement diffusés au regard du droit et des pratiques autochtones alors il ne devrait pas être prévu des moyens de protection élevés[2398]. Une sorte de droit moral devrait protéger la paternité des savoirs et le respect de leur intégrité pour que les utilisations ne portent pas atteinte, sans un consentement préalable en connaissance de cause des détenteurs, à la destination des savoirs[2399]. En revanche, s'agissant des savoirs dont l'accès est restreint (savoirs secrets et/ou sacrés), ils devraient bénéficier d'une protection complète tant sur le plan du droit moral que sur le plan des contreparties monétaires et/ou non monétaires[2400]. En conséquence, il convient de distinguer plus généralement les

Rousseau, Paris, 1935, p. 20.

[2394] Comme le souligne C. Caron : « Si ce dernier [l'auteur ou le détenteur] doit être *protégé* – et c'est là l'une des justifications du droit d'auteur et de la force du droit moral – il ne doit pas être *surprotégé*. » Voir Caron, C., « Droit moral et multimédia », *LEGICOM*, Vol. 2, No. 8, 1995.

[2395] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : Projets d'articles », 34ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/34/5, 12-16 juin 2017 ; OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles », 39ème session, Genève, 18-22 mars 2019.

[2396] Effectivement, les variantes de l'art. 5 précisent que doivent être protégés les droits patrimoniaux et moraux des communautés autochtones et locales (variante 1 et 4) ou bien l'unique droit moral de ces dernières (variante 2).

[2397] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 10 ; OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles », 39ème session, Genève, 18-22 mars 2019 (Variante 2 de l'article 5).

[2398] La variante 4 de l'art. 5 prévoit même que les savoirs traditionnels largement diffusés ou utilisés en dehors de la communauté ne devraient bénéficier d'aucune protection.

[2399] Par conséquent, le contexte dans lequel les savoirs sont utilisés doit être respecté, et les mutilations, retouches ou autres modifications ne doivent pas les dénaturer.

[2400] Anaya, J., « Technical Review of Key Intellectual Property-Related Issues of the WIPO Draft Instruments on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions », *WIPO*, IGC, 13th session, WIPO/GRTKF/IC/30/INF/10, 2016, spé. p. 5.

connaissances théoriques et les connaissances pratiques pour déterminer la portée du droit moral.

796. Un droit moral raisonnable et mesuré à l'égard des connaissances théoriques. Concernant d'abord les connaissances théoriques, le droit moral ne doit pas permettre d'offrir une protection exclusive car il doit respecter l'obligation de partage inhérente à cette forme de connaissance. Deux propositions sont alors possibles. La première proposition est de doter les détenteurs de connaissances théoriques d'un unique droit moral de paternité. Quant à la seconde proposition, elle conçoit un droit moral sur les connaissances théoriques avec les mêmes prérogatives que celles qui existent en droit d'auteur. Ces prérogatives devront toutefois nécessairement être adaptées à l'obligation de partage des connaissances théoriques de sorte que le droit moral doit être exercé de manière raisonnable et mesuré. Cette atténuation des prérogatives du droit moral ne devra néanmoins pas nécessairement s'appliquer pour les communautés détentrices de savoirs « traditionnels » car le principe d'inclusion forcée des connaissances théoriques ne leur est pas applicable. En raison de leur vision holistique, il est en effet difficile de distinguer les connaissances théoriques et les connaissances pratiques. Les modes de vie et les conditions de vie peuvent, de plus, dépendre directement de connaissances théoriques sacrées et/ou secrètes. Dans cette situation, ces dernières ne doivent donc pas être obligatoirement partagées.

797. Un droit moral dont la portée dépend du choix du détenteur des connaissances pratiques sur la forme de protection. Il serait, en outre, opportun de mettre en œuvre un droit moral modulable pour les connaissances pratiques. Comme nous l'avons étudié précédemment, le détenteur devrait avoir le choix entre une protection inclusive ou une protection exclusive à l'égard de ses connaissances pratiques. Si le détenteur choisit une protection exclusive alors un droit moral ayant la portée actuelle qu'il a en droit d'auteur pourrait être reconnu. Au contraire, si le détenteur fait le choix d'une protection inclusive ou si les connaissances font partie des exceptions à toute protection exclusive en raison de leur qualité particulière (connaissances vitales, utilisation à but non commercial, non-respect des critères) alors un droit moral lui sera reconnu mais il devrait être exercé de manière raisonnable et mesurée.

798. Transition. La reconnaissance d'un droit moral, bien qu'elle soit aisée pour les connaissances pratiques, semble cependant plus difficile à l'égard des connaissances théoriques.

C) La reconnaissance d'un droit moral plus aisée pour les connaissances pratiques que pour les connaissances théoriques

799. La détermination de la paternité des connaissances pratiques. La nature des connaissances pratiques rend légitime l'existence d'un droit moral car cette forme de connaissance rend plus facile la détermination d'un créateur/détenteur. La notion de créateur apparaît expressément à l'article L. 622-1 du CPI à propos de la protection des connaissances techniques pour les produits semi-conducteurs[2401]. Bien que la notion de créateur soit seulement reconnue dans ce régime restreint, l'utilisation de cette notion prouve qu'un élargissement à toutes les connaissances pratiques est envisageable. En tout état de cause, la détermination d'un détenteur est relativement aisée car les connaissances pratiques sont colorées d'*intuitu personae* en raison de leur origine plus personnelle par rapport à celle des connaissances théoriques. Elles ne sont pas définies au sein du Code de la propriété intellectuelle mais elles le sont par l'INPI qui, pour traiter des « connaissances propres », renvoie à « toutes informations et connaissances techniques, notamment le savoir-faire (…)[2402] ». Par conséquent, pourrait être identifiée comme créateur, ou tout du moins comme détenteur d'une connaissance pratique, toute personne ayant développé un savoir-faire particulier issu d'un « effort intellectuel[2403] ».

800. Le rôle de l'accession dans la détermination du détenteur de connaissances pratiques. Le rôle de l'accession[2404], comme le souligne B. Parance[2405], prend ici une certaine importance. L'idée est de faire de la force de travail une quasi-propriété, c'est-à-dire que chacun est maître du fruit de son travail sur lequel il exerce l'*usus* et le *fructus*[2406]. S'il résulte une chose nouvelle grâce à une chose commune alors cette chose nouvelle est en principe attribuée à celui qui l'a créée. M.A. Chardeaux explique que le travail résulte soit d'un façonnement de la chose

---

[2401] L'article dispose que : « La topographie finale ou intermédiaire d'un produit semi-conducteur traduisant un effort intellectuel du créateur peut, à moins qu'elle ne soit courante, faire l'objet d'un dépôt conférant la protection prévue par le présent chapitre. ».

[2402] INPI, « Définition des termes essentiels », *Guide du consortium dans le numérique,* 2017, p. 3. J.M Mousseron expose également que le savoir-faire est toute : « connaissance technique transmissible, mais non immédiatement accessible au public et non brevetée. » Voir Mousseron, J.M., « Aspects juridiques du know-how », *in Le Know-How*, Cahier du droit de l'entreprise, No. 1, 1972.

[2403] Pour reprendre l'expression utilisée à l'art. L. 622-1 du CPI.

[2404] L'accession se définit comme une « extension légale du droit de propriété sur une chose à tout ce qu'elle produit et à tout ce qui s'unit ou s'incorpore à elle. » Voir Guinchard, S., Debard, T., (dir), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 18ème éd., 2011.

[2405] Selon B. Parance, l'attribution originaire des choses incorporelles est fondée sur le mécanisme de l'accession et non de l'occupation car les choses incorporelles sont nécessairement le fruit d'un travail humain impliquant que le droit de propriété revienne à celui qui les a créées. Voir Parance, B., *La possession des biens incorporels,* T. 15, Paris, LGDJ*,* 2008, p. 228.

[2406] Revet, T., *La force de travail : étude juridique*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 1991.

commune, soit d'un assemblage de choses communes[2407]. Par exemple, les connaissances pratiques vont provenir d'un travail intellectuel décisif de formulation et de transformation des connaissances théoriques et seront alors attribuables à celui qui les a mises en forme. En exposant que les connaissances pratiques seront « attribuables » à un détenteur, il faut entendre que celui-ci jouira d'un droit moral, voire de droits patrimoniaux, sur lesdites connaissances pratiques. Le détenteur sera ainsi en mesure d'exciper de ces droits pour protéger ses connaissances en recourant à diverses formes de protection, inclusive ou exclusive. Dans ce contexte, le détenteur d'une connaissance pratique serait quasi-propriétaire de sa force de travail et donc propriétaire de cette connaissance pratique puisqu'elle est le produit de sa force de travail. Il jouirait légitimement d'un droit moral sur ses connaissances pratiques. Qui plus est, les prérogatives de ce droit moral peuvent être aussi importantes que celles reconnues à l'auteur.

801. La difficulté d'identifier le détenteur de connaissances théoriques. Au contraire, il est plus difficile de déterminer le détenteur originel des connaissances théoriques car la notion de créateur est bien plus collective qu'individuelle. Les connaissances théoriques sont des connaissances créées par accumulation. Chaque nouvelle connaissance théorique n'est que l'amélioration de la connaissance précédente, ou tout du moins cette dernière est l'objet de l'inspiration de la nouvelle connaissance[2408]. F. Latrive souligne que : « Toute production est avant tout une re-production, une copie modifiée » ou encore que « l'imitation elle-même est la matrice de toute innovation[2409] ». Dans le même sens, R. Barthes expose que : « L'écrivain ne peut qu'imiter un geste toujours antérieur, jamais originel ; son seul pouvoir est de mêler les écritures (…)[2410] ». Mais encore, R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonniere considèrent que l'activité humaine « transforme, plus qu'elle ne crée ; et, ce que nous appelons création n'est souvent, dans la réalité des choses, qu'une transformation inexactement qualifiée[2411]. » Déterminer un seul et unique détenteur d'une connaissance théorique relève donc plus de l'utopie que du concevable[2412]. La création est par nature collective, et particulièrement la

[2407] Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 290.

[2408] F. Latrive expose le risque d'attribuer un droit de propriété à un individu alors même que la connaissance s'appuie sur « tout l'actif préalable du travail humain. » En effet, il existerait une chaîne complexe et collective de création et d'originalité car l'essence même de l'immatériel, c'est de créer à partir d'autres créations. Par exemple, J. De La Fontaine a puisé ses Fables chez Esope. Voir Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 44.

[2409] Latrive, F., *op. cit*., p. 49.

[2410] Barthes, R., « La mort de l'auteur », *in Le bruissement de la langue. Essais critiques IV,* Paris, Seuil, 1984, pp. 63-69, spé. p. 67.

[2411] Beudant, R., Lerebours-Pigeonniere, P., *Cours de droit civil, Les biens,* T. IV No. 634, 2è éd. 1938, p. 690, cité par Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. p. 277.

[2412] L'analyse de R. Barthes peut être étendue aux connaissances théoriques lorsqu'il déclare que le texte est « un espace à

création des connaissances théoriques. F. Latrive précise que la création est collective aussi bien dans l'espace (efforts conjoints de plusieurs personnes) que dans le temps (les aspirations du présent se trouvent reliées à l'inspiration du passé)[2413]. Par ailleurs, imposer l'identification d'un détenteur isolé peut s'avérer préjudiciable car cela a pour effet d'immobiliser la création de nouvelles connaissances[2414]. Il pourrait aussi être protesté que les connaissances théoriques ne sont que des découvertes ou des théories scientifiques et non le reflet de la personnalité du créateur, condition essentielle pour la détention d'un droit moral[2415].

802. Les solutions pour contrer la difficulté d'identification du détenteur de connaissances théoriques. Bien que se rapprochant des découvertes ou des théories scientifiques, il semblerait néanmoins légitime de reconnaître et de protéger les droits de celui qui a dévoilé les connaissances théoriques. Même si un inventeur isolé et faible économiquement n'a fait que découvrir des connaissances théoriques, il paraîtrait injustifié que des investisseurs ou des entreprises utilisent ces connaissances sans aucune reconnaissance de celui qui les a découvertes, voire demandent un brevet et transforment les connaissances en marchandises. La marque de la personnalité du créateur pourrait être *a minima* décelée dans toute création, en particulier lorsqu'elles marquent un cheminement intellectuel et une certaine façon de penser. N. Bronzo l'exprime pour les inventions du droit des brevets[2416]. La marque de la personnalité du détenteur pour les connaissances devrait alors être trouvée dans l'intelligence de celui-ci prenant la forme d'un certain cheminement intellectuel personnel. Mais encore, en suivant le raisonnement de M.A. Chardeaux, il semble même inutile de rechercher la marque de la personnalité du détenteur car le droit moral ne serait pas un droit subjectif mais plutôt un pouvoir dont la fonction est de réglementer l'usage commun, tel une loi de police au sens de l'article 714 du Code civil[2417]. Le droit moral ne serait alors ni un droit de propriété ni un droit de la personnalité. Il ne serait pas une propriété car l'œuvre de l'esprit

dimensions multiples, où se marient et se contestent des écritures variées, dont aucune n'est originelle : le texte est un tissu de citations, issues des mille foyers de la culture. » Voir Barthes, R., *ibid*., p. 67.

[2413] Latrive, F., *op. cit*., p. 49.

[2414] En effet, R. Barthes expose que : « Donner un Auteur à un texte, c'est imposer à ce texte un cran d'arrêt, c'est le pourvoir d'un signifié dernier, c'est fermer l'écriture. » Voir Barthes, R., *ibid*., p. 65.

[2415] Sur ce point, voir les développements de la première partie de la thèse (section II, chapitre II, titre I) relatifs au rapprochement des connaissances théoriques aux découvertes et aux idées.

[2416] « Bien sûr, il faut admettre qu'en pratique beaucoup d'inventions ne sont que de simples améliorations incrémentales très faiblement personnelles. Mais il est aussi difficilement contestable qu'une partie au moins des inventions mises au point est plus que cela et porte, à des degrés divers, la marque de la personnalité de l'inventeur. L'"originalité" de la création ne se manifestera pas, alors, dans une forme sensible mais dans un cheminement intellectuel, une "façon" de penser propre à l'inventeur. C'est la marque de l'intelligence du créateur plus que celle de sa sensibilité que l'on retrouve dans l'invention. » Voir Bronzo, N., « Le droit moral de l'inventeur », *Propriété industrielle*, No. 6, Juin 2013.

[2417] Chardeaux, M.A., *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006, spé. pp. 239-248.

tombée dans le domaine public n'appartient ni à l'Etat (absence de propriété publique) ni au titulaire du droit moral (absence de propriété privée). Le droit moral ne serait pas non plus un droit de la personnalité car au décès de l'auteur « il n'existe plus d'identité de personnalité entre celle qui imprègne l'objet de la protection et celle de celui qui exerce cette prérogative protectrice qu'est le droit moral[2418]. » Le droit moral ne serait, de plus, pas un droit de la personnalité au regard du caractère cumulatif et collectif des connaissances, et particulièrement des connaissances théoriques. Lorsque le détenteur est impossible à identifier, il serait d'ailleurs possible d'envisager que le droit moral soit exercé par un organisme représentant les droits des détenteurs anonymes[2419].

803. L'influence du régime des œuvres composites pour reconnaître un droit de paternité des connaissances théoriques. La nature plus collective des connaissances théoriques ne devrait ainsi pas exclure toute possibilité de reconnaissance d'un droit moral. Ce droit moral ne devrait peut-être se limiter qu'à un droit de paternité. Dès qu'un nouvel apport à l'égard des connaissances théoriques issu d'un effort intellectuel et de la force de travail est démontré, alors un détenteur devrait être reconnu et être protégé par le droit moral de paternité obligeant notamment les tiers à citer le nom du détenteur et à verser des indemnités en cas de non-respect. Pour reconnaître ce détenteur, il serait intéressant de s'inspirer du régime des œuvres composites. L'article L. 113-2 du CPI définit l'œuvre composite comme une « œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière. » A. Lucas et *al.,* soulignent que l'incorporation peut être intellectuelle ou matérielle[2420]. Les connaissances théoriques répondent bien à cette idée d'incorporation. Les nouvelles connaissances incorporent les connaissances préexistantes dans un but d'amélioration et sans que les détenteurs aient collaboré puisque la création des connaissances théoriques se succède dans le temps. Concernant la détermination du détenteur, l'œuvre incorporée doit être individualisable pour être qualifiée d'œuvre composite. À défaut, l'œuvre est qualifiée d'œuvre dérivée[2421]. L'article L. 113-4 du CPI dispose aussi que : « l'œuvre

[2418] Caron, C., *Abus du droit et droit d'auteur*, Litec, IRPI, No. 17, 1998, p. 85, cité par Chardeaux, M.A., *op. cit*., p. 244.

[2419] Cette solution s'inspire du régime des œuvres anonymes en droit d'auteur. La Convention de Berne prévoit, à l'art. 15, al. 4, que les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue sont représentées par une autorité compétente désignée par la législation nationale et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci.

[2420] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 248.

[2421] Comme le souligne C. Caron, il est parfois difficile d'identifier les auteurs d'une œuvre : « Il faut souligner que de nombreux logiciels dits libres ou d'œuvres, diffusés par le biais des licences dites de *creative commons*, sont des créations dérivées puisqu'elles autorisent les utilisateurs successifs à modifier ces œuvres. Il en résulte d'ailleurs que les œuvres ont alors de multiples auteurs, qu'il n'est pas toujours aisé d'identifier. Elles sont bien souvent orphelines. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 210.

composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante. » Plusieurs auteurs sont désignés : l'auteur de l'œuvre préexistante et l'auteur de la nouvelle œuvre. Il pourrait être pertinent de s'inspirer de ce régime pour reconnaître la diversité des détenteurs dans la production de connaissances théoriques et par là même de reconnaître un droit moral de paternité pour chaque détenteur ayant participé au progrès des connaissances théoriques. Toutefois, l'article L. 113-4 du CPI impose de demander l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première, ce qui ne devrait pas être obligatoire pour les connaissances théoriques sur le fondement du principe de primauté du partage (inclusion forcée)[2422].

804. Transition. Lorsqu'un droit moral est reconnu à l'égard des détenteurs de connaissances, théoriques ou pratiques, alors ce droit moral devrait, en principe, être atténué dans ses prérogatives, c'est-à-dire qu'il doit être raisonnable et mesuré.

PARAGRAPHE II. CONSEQUENCES ET PLAUSIBILITE D'UN DROIT MORAL RAISONNABLE ET MESURE

805. Plan. Un droit moral raisonnable et mesuré aurait pour conséquence d'atténuer les prérogatives en principe reconnues en droit d'auteur (A). Certes, la reconnaissance d'un droit moral viendrait tempérer le principe de primauté du partage des connaissances théoriques puisque les utilisateurs devront respecter ce droit moral, mais ce dernier doit être exercé de manière raisonnable et mesurée pour ne pas porter atteinte à la substance même du principe. Le droit moral raisonnable et mesuré peut aussi s'analyser comme la conséquence du choix du détenteur d'une protection inclusive de ses connaissances pratiques, c'est-à-dire de choisir le régime des « communs ». Un tel droit devrait, en revanche, maintenir la forme consacrée classiquement en droit d'auteur lorsque les détenteurs de connaissances pratiques ont fait le choix de l'exclusion par le régime du secret ou des droits de propriété intellectuelle. Il conviendra, par ailleurs, de s'interroger sur la plausibilité d'un droit moral raisonnable et

[2422] D'ailleurs, M. Vivant et J.M. Bruguière s'opposent à cette demande d'autorisation à l'auteur de l'œuvre première car elle porte atteinte au principe de la liberté de la création « puisqu'à chaque fois les créateurs devraient solliciter des autorisations avant de pouvoir faire œuvre créatrice. » Les auteurs proposent de s'inspirer des licences de dépendance en matière de brevet. Par conséquent, M. Vivant et J.M Bruguière en concluent que : « la question peut se poser de savoir s'il ne serait pas pertinent de soutenir une idée analogue à propos du droit d'auteur si l'on juge qu'il doit servir la création. » La solution pourrait être notamment de créer une nouvelle exception au droit d'auteur, comme le prévoit la loi canadienne pour « l'emprunt transformatif » (art. 29.21 de la loi sur le droit d'auteur de 1985). Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 434 et 442.

mesuré, c'est-à-dire de se demander si reconnaître un tel droit aux détenteurs est ou non envisageable (B).

A) La nécessaire atténuation de certaines prérogatives du droit moral

806. Plausibilité et nécessité d'atténuer les prérogatives du droit moral. Selon C. Caron : « Si [l'auteur] doit être *protégé* - et c'est là l'une des justifications du droit d'auteur et de la force du droit moral – il ne doit pas être *surprotégé*.[2423] » L'idée est de s'inspirer du droit d'auteur en créant un droit moral pour les détenteurs de savoirs. Ce droit moral doit cependant contenir des prérogatives plus restreintes qu'en droit d'auteur, c'est-à-dire qu'il doit être exercé de manière raisonnable et mesurée dans le but de garantir le partage. Cette atténuation du droit moral n'est pas impossible, comme le souligne H. Desbois : « Le législateur n'a pas interdit d'adapter les modalités des attributs du droit moral aux circonstances.[2424] » Dans le même sens, G. Michaélidès-Nouaros souligne le caractère de relativité sociale du droit au respect dans le sens où ce droit doit s'adapter aux nécessités sociales et est donc « susceptible de dérogations imposées par des buts sociaux d'une force plus grande que ceux qui se trouvent à sa base[2425]. » Les circonstances actuelles imposent une adaptation du droit moral. En effet, depuis la naissance des nouvelles technologies de l'information et de la communication, le partage, l'utilisation, ou encore la modification des créations sont largement facilités. C. Caron explique que le multimédia a engendré de nouvelles finalités d'interactivité qui autorisent les utilisateurs à manipuler l'œuvre[2426]. L'inclusion des tiers est donc de plus en plus privilégiée par rapport à l'exclusion. Un changement doit alors s'opérer aussi bien dans le comportement des détenteurs que des utilisateurs. Une éducation devrait s'opérer à deux niveaux. Les auteurs ou détenteurs devraient d'abord être éduqués pour qu'ils exercent leurs prérogatives dans un esprit de mesure, c'est-à-dire en veillant à ne pas exercer inconsidérément leur droit moral par simples « caprices[2427] ». Un tel besoin d'éducation vaudrait aussi pour les utilisateurs afin qu'ils utilisent le contenu des créations avec une « certaine conscience culturelle[2428] ». Ainsi, si le droit moral n'est pas exercé de manière raisonnable et mesurée alors le titulaire de droits devrait être

[2423] Caron, C., « Droit moral et multimédia », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 8, 1995, pp. 44-53, spé. p. 49.

[2424] Desbois, H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, No. 702, 1978, p. 830, cité par Caron, C., *ibid*., p. 52.

[2425] Michaélidès-Nouaros, G., *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, p. 263.

[2426] Caron, C., *ibid*., p. 46.

[2427] Caron, C., *ibid*., p. 48.

[2428] Dreier, T., « L'analogue, le digital et le droit d'auteur », *in Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz 1995, p. 127, cité par Caron, C., *ibid*., p. 46.

sanctionné. C. Caron propose de sanctionner les comportements abusifs guidés par la seule intention de nuire ou de détourner la finalité du droit moral par la théorie de l'abus de droit[2429]. Tout titulaire de droits qui aurait la seule intention d'exercer son droit moral pour nuire au partage des connaissances devrait alors être sanctionné pour son comportement qualifié d'abusif.

807. L'absence de modification du droit de divulgation et du droit de paternité. Certaines prérogatives ne nécessitent toutefois pas d'être exercées de manière raisonnable et mesurée tandis que d'autres doivent être atténuées dans le but de favoriser le partage et le progrès des savoirs. Le droit de divulgation et le droit de paternité ne nécessitent aucune atténuation. Pour le premier, la transmission du droit de divulguer serait inutile car il n'y a aucun intérêt pour le titulaire de transférer ce droit. Il est, de plus, difficile en pratique d'obliger un détenteur à divulguer ses connaissances s'il ne le souhaite pas car le droit de divulgation dépend d'une décision discrétionnaire du détenteur[2430]. Comme le souligne N. Bronzo : « Cette faculté de décider du sort de l'invention s'apparente plus à un pouvoir de fait dont jouit nécessairement tout créateur sur le produit de son esprit qu'à un véritable *droit*[2431] ». Seul le détenteur initial décide du moment où il livre sa création au public et des conditions de la divulgation car il est le seul maître des productions de son esprit[2432]. Il en est de même pour les détenteurs subséquents qui créent des savoirs dérivés[2433]. La divulgation réalisée contre la volonté du détenteur devrait alors engager la responsabilité de celui qui la provoque. Pour le second, l'atténuation du droit de paternité est à éviter car cela aurait pour conséquence de tromper le public. N. Bronzo décrit le droit de paternité comme : « Le droit pour tout créateur

[2429] Caron, C., *ibid*., p. 48.

[2430] Aussi, M. Clément-Fontaine explique que les détenteurs subséquents qui ont participé à la modification disposent également d'un droit de divulgation. Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 95-97.

[2431] Bronzo, N., « Le droit moral de l'inventeur », *Propriété industrielle*, No. 6, Juin 2013. Dans le même sens, C. Caron expose, à propos du droit de divulgation, que : « C'est un pouvoir exclusif et personnel qu'il ne partage avec personne car il est beaucoup trop intime, ce qui a toujours été décidé par la jurisprudence ». Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 228. Mais encore, A. Lucas et *al.,* soulignent que : « Lui seul peut décider de la faire sortir de la sphère d'intimité dans laquelle elle se trouvait pendant la phase de création. Lui seul peut dire quand il est prêt à affronter la critique, quand il l'estime suffisamment achevée pour rencontrer le public auquel elle est destinée. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 488.

[2432] Selon M. Vivant et J.M. Bruguière, le droit de divulgation « présente une nature personnelle que l'on peut rapprocher du droit à l'image. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd. 2019, p. 484.

[2433] M. Vivant et J.M. Bruguière expliquent toutefois la possibilité d'insérer une clause pénale obligeant certains détenteurs à divulguer leur création : « Il est tout à fait possible d'insérer une clause pénale afin de sanctionner l'inexécution de l'obligation de donner. Ensuite, on pourrait encore imaginer une sorte de clause de réserve d'achèvement qui suspendrait le transfert de propriété et obligerait alternativement (v. art. 1307 C. civ) l'auteur à livrer ou indemniser. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 589. Cependant, il ne semblerait pas judicieux d'insérer une telle clause dans le contexte d'une logique d'inclusion fondée sur le principe de liberté dans l'accès et dans l'utilisation sans obligation de création en tant que telle.

d'être reconnu comme tel et d'empêcher que la filiation qui existe entre l'individu et le fruit de sa pensée ne soit méconnue[2434] ». Soulignons dans cette définition que « tout créateur » est en droit d'imposer que sa paternité soit reconnue[2435]. La transmission du droit de paternité à des tiers serait, en outre, à contre-courant avec l'objectif et la volonté de reconnaître le véritable détenteur des connaissances[2436]. Le droit à la paternité doit être impérativement respecté, d'autant plus que ce droit, est, selon N. Bronzo, « un principe général de la propriété intellectuelle[2437]. » Dans le même sens, C. Caron souligne l'importance de ce droit en exposant que : « Le droit à la paternité existe, même lorsque le droit moral est réduit à sa portion congrue[2438]. » En cas de non-respect de ce droit, les mécanismes classiques de la responsabilité civile peuvent être mobilisés comme l'a démontré l'affaire Branly[2439]. Il apparaît par ailleurs impossible pour le détenteur de renoncer à son droit de paternité car de telles clauses abdicatives sont nulles d'une nullité absolue[2440].

808. La nécessaire atténuation du droit de retrait et de repentir. Le droit de retrait et de repentir ainsi que le droit au respect ou à l'intégrité devraient, en revanche, être atténués. Le droit de retrait et de repentir présente, tout d'abord, des effets graves sur le partage des savoirs puisqu'il implique la cessation de toute diffusion et de toutes modifications par la seule volonté de l'auteur[2441]. N. Binctin explique qu'un tel droit est soumis à de strictes restrictions et notamment à une obligation d'une juste et préalable indemnisation des cocontractants pour le

---

[2434] Bronzo, N., *ibid*.

[2435] A. Lucas et *al.,* soulignent que, selon H. Desbois, le droit de paternité est un droit « inné » qui « se relie à l'acte de création intellectuelle. Un tel droit présente aussi une dimension économique car la notoriété de l'auteur n'est pas sans incidence sur la rémunération à laquelle il peut prétendre. Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 508.

[2436] En effet, selon le rapport *Creative Commons*, les utilisateurs attachent de l'importance à respecter la paternité des détenteurs : 39% des utilisateurs déclarent qu'ils respectent toujours le droit de paternité même lorsqu'un tel droit n'est pas imposé. Aussi, 26% des utilisateurs exposent qu'ils respectent un tel droit fréquemment et seulement 15% des utilisateurs respectent rarement ou ne respectent pas ce droit. Mais encore, 91% des utilisateurs supportent le droit de paternité. Voir Creative Commons, « Defining "Noncommercial" – A Study of How the Online Population Understands "Noncommercial Use », [En ligne], septembre 2009, spé. p. 49. [Consulté le 10 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial

[2437] Bronzo, N., *ibid*.

[2438] Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 233.

[2439] Dans cette affaire, l'abstention de la mention de Branly dans l'invention de la TSF (télégraphie sans fil) était une omission volontaire constitutive d'une faute sur le fondement de l'art. 1382 (ancien) car cette omission viole le droit de paternité. Voir Cass. civ., 27 février 1951, *Branly c. Turpain*, No. 35.594.

[2440] Comme le soulignent M. Vivant et J.M. Bruguière : « Du fait de l'inaliénabilité du droit moral, les conventions par lesquelles l'auteur renonce à sa paternité sont nulles (d'une nullité absolue). » Cependant, le détenteur peut initialement décider de rendre sa création anonyme, comme le prévoit l'art. L. 113-6 du CPI. Mais, il est libre de révéler, à tout moment, sa paternité. Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 506.

[2441] A. Lucas et *al.,* expliquent que : « Le droit de repentir ou de retrait permet de tenir en échec la force obligatoire des contrats afin de respecter les scrupules de l'auteur. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 503. Un tel droit s'analyse comme le droit de rompre unilatéralement le contrat. Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 496.

préjudice causé[2442]. Il est cependant impossible d'indemniser le préjudice de milliers voire de millions d'utilisateurs. Il est aussi en pratique difficile de revenir à une logique d'exclusion alors qu'une pluralité d'utilisateurs a déjà accédé aux savoirs et procédé à des modifications. A. Lucas et *al.*, proposent d'ailleurs de condamner, sur le terrain de l'abus de droit, le détenteur usant de son droit de retrait ou de repentir dans le cadre des licences libres[2443]. Ce droit ne devrait donc pas pouvoir être exercé et devrait être écarté *a priori* lorsqu'il s'applique pour les connaissances théoriques ou lorsque le détenteur a fait le choix de l'inclusion pour ses connaissances pratiques[2444]. L'impossibilité de l'exercice du droit de retrait ou de repentir pourrait être fondée sur la règle de l'épuisement des droits, comme elle s'applique pour les droits de propriété intellectuelle[2445]. C. Caron souligne également que le droit de retrait et de repentir ne s'exerce que sur un cessionnaire, c'est-à-dire le titulaire des droits patrimoniaux à la suite d'une cession[2446]. Or, lorsque les détenteurs font le choix d'une logique d'inclusion pour protéger leurs savoirs, ils ne font que concéder leurs droits voire céder l'exercice des droits mais en aucun cas les céder dans leur substance aux détenteurs subséquents. Le droit de retrait et de repentir ne devrait donc pouvoir être exercé que lorsque le détenteur a fait le choix d'une protection exclusive de ses connaissances pratiques.

809. L'atténuation du droit à l'intégrité pour garantir le progrès et l'innovation. Concernant le droit à l'intégrité ou au respect, une concession[2447] de l'exercice de ce droit au bénéfice des tiers et/ou une limitation de l'exercice de ce droit à l'égard du détenteur présenteraient, au contraire, des conséquences positives. N. Bronzo expose qu'il est

---

[2442] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 733.

[2443] « On peut toutefois se demander si l'auteur qui utiliserait cette prérogative pour s'engager dans la voie d'une exploitation traditionnelle à des fins lucratives ne commettrait pas un abus de droit. » La jurisprudence a en effet déjà jugé que l'auteur ne saurait exciper de son droit de retrait ou de repentir à des fins patrimoniales (Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, *RIDA*, 1992, 1, p. 272, note Sirinelli).

[2444] L'absence du droit de retrait ou de repentir n'est pas inconcevable puisque le régime des logiciels a privé l'auteur de cette faculté (art. L. 121-7 et L. 121-7-1 du CPI). N. Bronzo va même jusqu'à considérer que cette prérogative devrait être écartée en droit des brevets. Il déclare que : « Puissante du fait de son caractère exorbitant, cette prérogative n'a tout simplement aucun équivalent dans le domaine des créations techniques. » Voir Bronzo, N., « Le droit moral de l'inventeur », *Propriété industrielle*, No. 6, Juin 2013.

[2445] Comme nous l'avons déjà étudié dans la première partie de la thèse pour l'idée d'une irréversibilité du choix d'inclure à propos des licences libres. (Voir la section II du chapitre II, titre II). La règle de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, inscrite à l'art. L. 613-6 du CPI en matière de brevets et à l'art. L. 122-3-1 du CPI en matière de droit d'auteur, se définit comme le choix du titulaire des droits d'épuiser son droit exclusif au moment de la première mise en circulation de son invention au sein de l'Union européenne. Le droit d'exclure est en quelque sorte anéanti en faveur du droit d'inclure.

[2446] Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 232.

[2447] La concession est le fait pour le concédant de consentir un droit d'usage personnel à l'égard du concédé. Elle se distingue de la cession qui entraîne dessaisissement de tout ou partie d'un droit. Par exemple, le contrat de cession de brevet assure la transmission définitive d'un brevet et de l'invention qu'il recouvre au cessionnaire. Au contraire, le contrat de licence de brevet, aussi dénommé contrat de concession de brevet, se définit comme un contrat par lequel le titulaire d'un brevet autorise le licencié à exploiter tout ou partie du brevet moyennant redevances. Voir Mainguy, D., *Contrats* spéciaux, Dalloz, 12ème éd., 2020, p. 442.

« indispensable que chacun puisse se saisir des inventions passées pour les modifier, les perfectionner, les combiner aux fins d'obtenir de nouveaux moyens[2448]. » Une limitation de l'exercice du droit au respect de l'œuvre par le détenteur et une concession du droit de modification au bénéfice des tiers, garantirait la possibilité pour tout individu de modifier, et donc de participer à l'amélioration des connaissances[2449]. Au contraire, la faculté pour le détenteur de s'opposer à toute altération freinerait le progrès des savoirs qui sont par nature cumulatifs. Le caractère personnel de cette prérogative est alors à relativiser pour rendre possible l'exercice du droit de modification par les tiers utilisateurs. L'exercice d'un tel droit devrait d'ailleurs pouvoir être facilement autorisé car le droit au respect de l'œuvre se présente comme une notion d'une « grande souplesse[2450] », comme le prouve notamment l'article L. 121-7 du Code de la propriété intellectuelle[2451]. Dès lors, une limitation de l'exercice du droit au respect de l'œuvre et une concession du droit de modification devraient être imposées au détenteur pour les connaissances théoriques en raison de l'obligation de partage de ces connaissances (inclusion forcée). En revanche, le consentement du détenteur devrait être démontré pour les connaissances pratiques lorsque celui-ci autorise les tiers à modifier ses connaissances.

810. Transition. Si un droit moral raisonnable et mesuré est reconnu au profit des détenteurs, il convient de se demander si la limitation d'un tel droit est envisageable car la nature du droit moral en interdit toute cession.

B) <u>Un droit moral raisonnable et mesuré : une atténuation envisageable ?</u>

811. La recevabilité d'une cession restreinte ou concession de l'exercice du droit

[2448] Bronzo, N., *ibid*.

[2449] M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent que le droit au respect de l'intégrité subit souvent des atténuations : « Le point s'explique déjà par le fait que le droit au respect entre souvent en conflit avec les intérêts du contractant de l'auteur souhaitant faire évoluer l'œuvre. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 469.

[2450] C. Caron souligne en effet que : « Il faut bien avoir conscience que le droit au respect est une notion souple qui s'applique différemment selon l'œuvre concernée » et « ce droit connaît de nombreuses limites, ce qui prouve sa grande souplesse. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 237. Par exemple, A. Lucas et *al.,* exposent que la portée de la protection dépend du degré d'originalité de sorte que les œuvres à caractère scientifique ou technique sont souvent atteintes dans leur intégrité car elles ont vocation à être mises à jour. Voir Lucas, A., et *al., op. cit*., p. 533. Mais encore, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que le respect dû à l'œuvre « en interdit toute altération ou modification (…) sous réserve des limites que peut apporter au droit moral de l'auteur la nature des conventions conclues par lui au sujet de ses œuvres (…) ». (Cass. civ. 1ère, 17 déc. 1991, No. 89-22.035). Ainsi, la Cour de cassation laisserait la possibilité à un détenteur de prendre des mesures contractuelles, et notamment les licences libres, ayant pour conséquence de limiter le droit au respect de l'œuvre.

[2451] L'art. L. 121-7, 1° du CPI dispose que : « Sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits (…) lorsqu'elle n'est pas préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation. »

moral. Un exercice raisonnable et mesuré du droit moral semble envisageable. Certes, en principe, le droit moral est incessible. Une cessibilité restreinte, ou autrement dit une concession, de son exercice serait toutefois possible dans le sens où ce sont les prérogatives du droit moral qui sont concédées. La substance du droit moral lui-même n'est, en revanche, aucunement cédée. G. Michaélidès-Nouaros explique qu'il faut distinguer l'exercice du droit et la substance du droit[2452]. En ne cédant ou concédant que l'exercice du droit, le droit moral demeure le droit inhérent du détenteur. Ce dernier autorise une cession restreinte de l'exercice de certaines prérogatives morales. Le cessionnaire subirait un contrôle permanent du détenteur qui demeure titulaire du droit et ne peut aucunement y renoncer[2453]. Par conséquent, plutôt que d'utiliser le terme de « renonciation[2454] », il serait plus pertinent de mentionner une « limitation » de certaines prérogatives du droit moral voulue par le détenteur[2455].

812. La question de l'étendue des modifications sur les savoirs. Lorsque l'exercice du droit de modifier est transmis, il doit être préalablement déterminé jusqu'où peuvent aller les modifications, c'est-à-dire s'il existe ou non des limites dans les modifications des tiers. M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent que devraient être définies précisément les conditions selon lesquelles les modifications sont autorisées pour s'assurer que le détenteur mesure la portée de son engagement[2456]. N. Binctin expose également que les autorisations de modifier données par le titulaire de droits sont valables dès lors qu'elles ne constituent pas un abandon du droit moral, c'est-à-dire que le titulaire de droits ne doit pas perdre toute possibilité de contrôle[2457]. L'article 1194 du Code civil pourrait toutefois trouver application et autoriserait qu'une modification non mentionnée au contrat puisse être à la disposition du licencié si c'est un élément nécessaire

[2452] Michaélidès-Nouaros, G., *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, p. 93.

[2453] En effet, comme le soulignent A. Lucas et *al.* : « Il est, en effet, traditionnellement admis que si l'exercice du droit moral peut être aménagé contractuellement, toute renonciation globale anticipée est nulle. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 797.

[2454] Toutefois, dans les pays de *Common Law,* les droits moraux supportent de nombreuses exceptions et peuvent faire l'objet d'une renonciation. Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 473. Il en est de même en Belgique autorisant une renonciation partielle anticipée (art. 1er, paragraphe 2, al. 7 de la loi de 1994). Aussi, P. Sinirelli expose que toute renonciation *a posteriori* au droit moral peut résulter d'un écrit non-équivoque. Voir Sirinelli, P., *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse de doctorat en droit, Paris II, 1985, p. 307. Mais encore, la prohibition de la renonciation au droit moral ne devrait porter que sur les abdications générales et non sur les renonciations spéciales à l'exercice du droit moral. Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 543.

[2455] Il y a renonciation lorsque le propriétaire du bien intellectuel abandonne une ou plusieurs revendications définissant le domaine de sa propriété alors qu'il y a simplement limitation en cas de modification des revendications pour en réduire la portée. Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 398.

[2456] Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 872.

[2457] Binctin, N., *op. cit*., p. 733. Dans le même sens, la cour d'appel de Paris a déclaré que : « L'auteur ne peut renoncer de façon préalable à l'exercice de son droit moral par des dispositions contractuelles dont *la généralité* des termes priverait ce droit de son contenu. » (CA Paris, 4è ch. 13 fév. 2009, *RTD com*, 2009, p. 305, obs. Pollaud-Dullian).

au contrat et à toutes les suites que donnent l'équité, l'usage ou la loi. G. Michaélidès-Nouaros souligne en effet que l'exercice du droit au respect ne peut aller à l'encontre des modifications permises par les règles de bonne foi et d'usage et celles dont le but impose la légitimité de certaines modifications[2458]. G. Michaélidès-Nouaros expose aussi que devraient être autorisées toutes modifications d'ordre secondaire, toutes modifications ayant trait aux ouvrages scientifiques ou d'informations qui doivent tenir au courant des progrès des sciences et des événements de la vie réelle[2459] ainsi que tout ouvrage dans lequel la personnalité de l'auteur n'apparaît pas (articles de journaux) ou n'apparaît que sur le plan secondaire (encyclopédies). Les modifications devraient alors poursuivre un but légitime. Par exemple, les modifications à l'égard des savoirs devraient poursuivre un tel but lorsqu'elles participent au progrès des sciences. Les modifications ne doivent cependant pas entraîner un préjudice grave à l'égard du détenteur. Il convient préalablement de déterminer ce qui est entendu par « préjudice grave ». À cet égard, le régime des logiciels pourrait apporter quelques précisions[2460]. Un préjudice grave serait celui qui atteint l'honneur et la réputation du détenteur. D'ailleurs, l'article 6 bis de la Convention de Berne prévoit que l'auteur a le droit au respect de son œuvre uniquement dans la mesure où il peut établir que la modification porte atteinte à son honneur ou à sa réputation. Cette condition n'est toutefois pas requise en France. Dans le même sens, le système allemand se réfère à la sauvegarde des « intérêts moraux ou personnels légitimes[2461] ». Le détenteur doit alors apporter des motifs sérieux et raisonnables pour s'opposer aux modifications[2462]. Les modifications devraient du reste pouvoir être exercées même après la mort du détenteur. Comme le droit moral est imprescriptible alors le droit de modifier ne doit pas s'éteindre à la mort du titulaire du droit. Le détenteur devrait, avant sa mort, donner des autorisations précises sur les modifications possibles après sa mort ou bien permettre toutes modifications dès lors que le droit de paternité est respecté.

[2458] Michaélidès-Nouaros, G., *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, p. 86.

[2459] G. Michaélidès-Nouaros donne l'exemple de la loi portugaise sur la propriété littéraire, scientifique et artistique du 27 mai 1927 (art. 47, paragraphe 3) prévoyant que les dictionnaires, les encyclopédies, les livres de sciences ou d'enseignement peuvent être modernisés au moyen de notes ou de modifications du texte par les personnes qui exercent le droit d'auteur. Ces modifications étaient permises pour assurer le progrès des sciences et dans un but instructif. Il y aurait en effet une perte de valeur et d'utilité sociale si toute addition ou remaniement étaient interdits. Voir Michaélidès-Nouaros, G., *op. cit*., p. 118 et 121.

[2460] En effet, l'art. L. 121-7 du CPI précise que : « sauf stipulation contraire, plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut : 1) s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits (…) lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni réputation. »

[2461] Art. 14 de la loi allemande de 1965. Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 510.

[2462] Par exemple, la première chambre civile de la Cour de cassation a déclaré que l'auteur ne peut refuser de donner son accord pour les modifications et les adaptations de ses créations par une maison de couture que pour des motifs sérieux et raisonnables (Cass. civ. 1ère, 6 févr. 2013, *Propr. intell*. 2013, No. 47, p. 184, obs. Bruguière).

813. Les avantages d'une atténuation des prérogatives du droit moral. L'exercice raisonnable et mesuré du droit moral, et particulièrement du droit au respect de l'intégrité, présente de nombreux avantages. Il garantirait d'abord une réconciliation entre les intérêts des détenteurs et les intérêts du public. Un droit moral amoindri dans certaines de ses prérogatives assurerait le partage, garantirait l'amélioration des connaissances existantes ainsi que la création de nouvelles connaissances participant au progrès des sciences et à l'innovation. Le détenteur a alors tout intérêt de voir son droit à l'intégrité amoindri pour pouvoir tirer avantage des modifications et de l'abonnissement de ses connaissances, notamment en procédant lui-même à de nouvelles améliorations. G. Michaélidès-Nouaros expose même qu'une cession du droit de modifier ne serait pas préjudiciable au cédant car : « la cession du droit de modifier ne dépouille pas l'auteur du droit d'y faire lui-même des modifications[2463] ». La cession ne porte en effet que sur l'exercice du droit et non sur la substance du droit. Ainsi, les intérêts du public s'accordent avec les intérêts du détenteur, ce qui justifie, selon M. Clément-Fontaine, une « entorse à l'inaliénabilité du droit moral[2464] » car chacun accepte que soit porté atteinte à l'intégrité de la création pour jouir du résultat forgé collectivement. G. Michaélidès-Nouaros va même jusqu'à considérer que le détenteur a une certaine mission à poursuivre en exerçant ses prérogatives morales. Il serait le « représentant des intérêts de la collectivité »[2465] et le droit moral présenterait une « fonction sociale » en protégeant le détenteur et la collectivité contre les intérêts uniquement économiques des entreprises monopolisant les savoirs[2466]. Dans le même sens, M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent que le droit moral se présente comme l'instrument de sauvegarde du patrimoine culturel en faveur de l'intérêt général[2467]. Par sa fonction de représentation de la collectivité, le détenteur devrait alors être contraint à faire primer les intérêts du public sur ses propres intérêts. L'exercice d'un droit moral raisonnable et mesuré servirait, par ailleurs, à légitimer davantage ce droit. C. Caron explique que tempérer l'exercice du droit moral est garant de sa survie car il sera « mieux accepté, moins intransigeant et raisonnablement exercé » de sorte qu'il « retrouvera sa mission, c'est-à-dire sauvegarder la personnalité de l'auteur telle qu'elle s'exprime dans son œuvre, sans pour autant devenir le

[2463] Michaélidès-Nouaros, G., *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, p. 96.
[2464] Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 121.
[2465] Michaélidès-Nouaros, G., *op. cit*., p. 82.
[2466] Michaélidès-Nouaros, G., *op. cit*., p. 78.
[2467] Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 471.

simple accessoire d'un droit patrimonial (…)[2468] ».

814. La condition relative au consentement du détenteur. M. Clément-Fontaine signale toutefois que même si le droit moral fait simplement l'objet de cessions non translatives du droit, elles ne doivent pas avoir pour effet de faire subir des pressions au détenteur en « gelant le droit moral » à l'égard de certaines personnes[2469]. M. Clément-Fontaine propose alors la condition d'un consentement préalable donné en toute connaissance de cause du détenteur pour toute concession de l'exercice de son droit[2470]. Dans le même sens, A. Lucas et *al.,* exposent que : « La doctrine est unanime pour admettre que l'auteur peut valider des atteintes à l'intégrité ou à l'esprit de l'œuvre dès lors qu'il agit en pleine connaissance de cause[2471]. » La condition du consentement du détenteur devrait cependant dépendre de la forme de la connaissance en cause[2472]. S'il s'agit des connaissances théoriques alors l'autorisation du détenteur pour exercer le droit de modifier devrait être automatique et générale[2473]. Toute personne devrait être libre de modifier ces connaissances sur le fondement de l'obligation de partage de ces dernières et l'autorisation du détenteur devrait être tacite résultant de « *facta concludentia* »[2474], c'est-à-dire de la nature des choses. G. Michaélidès-Nouaros considère que cette autorisation générale équivaut à une renonciation *a priori* du droit au respect de l'intégrité[2475]. En revanche, concernant les connaissances pratiques, le titulaire du droit devrait avoir le choix entre donner une autorisation spéciale à des personnes déterminées ou bien une autorisation générale à tous[2476]. En tout état de cause, l'autorisation du détenteur doit être éclairée, c'est-à-dire qu'il

---

[2468] Caron, C., « Droit moral et multimédia », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 8, 1995, pp. 44-53, spé. p. 48.

[2469] Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 102.

[2470] Clément-Fontaine, M., *op. cit*., p. 121.

[2471] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 543.

[2472] Selon E. Pouillet, il doit être distingué entre les savoirs scientifiques (modifiables pour le progrès des sciences et pour l'instruction) et les savoirs littéraires (non-modifiables car purement esthétiques). E. Pouillet souligne en effet que : « Il faut bien que les ouvrages d'enseignement, de sciences, de droit soient tenus au courant des idées, des découvertes nouvelles, de la doctrine et de la jurisprudence » ou encore « les tragédies de Racine et de Corneille doivent rester intangibles, mais le traité de droit civil de Aubry et Rau serait tout à fait inutilisable si sa mise à jour avait été interdite. » Voir Pouillet, E., note 3è édition de l'œuvre de E. Pouillet due à G. Maillard et C. Clara, cité par Michaélidès-Nouaros, G., *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, p. 121.

[2473] Selon G. Michaélidès-Nouaros, une cession restreinte de l'exercice du droit moral est possible voire nécessaire. Par exemple, dans le domaine de la recherche et de l'éducation, les modifications devraient pouvoir être réalisées en dehors de l'intervention de l'auteur. Voir Michaélidès-Nouaros, *op. cit*., p. 95.

[2474] Michaélidès-Nouaros, G., *op. cit*., p. 240.

[2475] Michaélidès-Nouaros, G., *op. cit*., p. 242.

[2476] M. Clément-Fontaine expose cependant que des conditions doivent être définies précisément excluant toute possibilité de conclure des autorisations globales de modifier la création. Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 121. Néanmoins, certains pays autorisent de renoncer au droit à l'intégrité. Par exemple, au Royaume-Uni, la renonciation d'un tel droit peut être spéciale ou générale, porter sur des œuvres présentes ou futures (loi de 1988, section 87). Aussi, aux Etats-Unis, la renonciation est possible à condition que les parties identifient précisément l'œuvre et précisent l'objet de la renonciation (art. 106 A du *Copyright Act*). Voir Vivant, M., Bruguière,

doit être conscient de la portée de son engagement. L'autorisation, même pour des connaissances pratiques, pourra néanmoins être tacite lorsqu'elle résulte des règles de bonne foi sur le fondement de l'article 1104 du Code civil. G. Michaélidès-Nouaros explique que la licéité des modifications peut parfois être présumée lorsque ces modifications sont tellement insignifiantes que le titulaire du droit ne peut pas de bonne foi refuser de donner son autorisation[2477]. Lorsque les détenteurs font le choix du régime des communs, leur accord tacite pour concéder l'exercice de certaines prérogatives du droit moral, et notamment le droit à l'intégrité, devrait par ailleurs résulter des circonstances[2478].

815. Les obligations à l'égard des utilisateurs. L'autorisation au bénéfice des tiers d'exercer le droit de modifier doit être soumise au respect d'une condition. Ces derniers doivent être tenus d'indiquer clairement toute addition ou modification pour éviter les confusions. M. Clément-Fontaine accueille favorablement cette condition car, plutôt que d'introduire des limites à la liberté de modification, cette condition permet de garantir un partage et la liberté de modifier dès lors que les individus procédant aux modifications sont identifiés et qu'il peut être déterminé ce qu'ils font respectivement[2479]. Si cette condition n'est pas respectée ou si le détenteur n'avait donné qu'une autorisation expresse à des tiers spécifiques et que d'autres tiers procèdent sans droit à des modifications, alors des sanctions devraient être prévues. G. Michaélidès-Nouaros considère que le détenteur devrait pouvoir exiger des sanctions civiles pour faire cesser l'atteinte et réparer le dommage voire des sanctions pénales[2480]. Le détenteur n'a en effet pas cédé son droit négatif d'interdire les modifications (droit au respect) car il doit conserver la possibilité d'intenter une action naissant de la violation de son droit moral. Les sanctions ne devraient cependant pas être trop importantes pour ne pas dissuader les tiers de participer à la modification des savoirs.

816. L'existence d'une atténuation des prérogatives du droit moral dans la pratique.

J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 511.

[2477] Voir Michaélidès-Nouaros, G., *op. cit*., p. 261.

[2478] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 543.

[2479] Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 102.

[2480] Les sanctions civiles peuvent être contractuelles (dommages et intérêts pour préjudice moral ou matériel du fait de l'exécution défectueuse ou de l'inexécution des obligations du contrat) ou non-contractuelles (délit civil sur le fondement de l'art. 1240 du Code civil) avec l'allocation d'une somme d'argent et d'une prestation en nature (publication, insertion dans l'œuvre des notes apportant rectifications ou désavouant l'œuvre, destruction des reproductions défectueuses, retrait du commerce des copies). Concernant les sanctions pénales, un délit pénal pourrait être reconnu (injures, diffamation, calomnie). Voir Michaélidès-Nouaros, G., *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935, p. 300 et s.

Cette atténuation des prérogatives du droit moral n'est pas une nouveauté car elle a déjà été réalisée dans plusieurs domaines. En matière de logiciels, le droit au respect de l'œuvre est fortement édulcoré[2481]. La radiodiffusion a également joué un rôle dans l'atténuation de l'interdiction de toute modification et dans la promotion du partage[2482]. Un auteur peut aussi s'engager contractuellement à accepter l'intégration de son œuvre dans une œuvre multimédia. C. Caron explique que, par cette acceptation, l'auteur accepte qu'il soit porté atteinte à son droit au respect de l'intégrité puisqu'il subit une sorte de dénaturation[2483]. Des dérogations au droit à l'intégrité existent aussi pour les œuvres architecturales[2484] ou les œuvres d'enseignement et de sciences. Pour des raisons d'actualisation et lorsque l'auteur n'est plus en état d'entreprendre lui-même les modifications alors son droit à l'intégrité est remis en cause[2485]. Certaines licences prévoient, en outre, que les titulaires de droits renoncent à certaines prérogatives du droit moral en s'engageant à ne pas les opposer aux tiers. Par exemple, la licence Art Libre[2486] autorise la copie, la diffusion et la transformation des copies de l'œuvre originale. L'intégrité physique de l'œuvre originale est alors préservée et non l'intégrité intellectuelle. Mais encore, en matière d'œuvres de collaboration, les coauteurs peuvent tempérer par le moyen du contrat la rigueur des prérogatives du droit moral sans aller jusqu'à une renonciation[2487].

[2481] Comme le soulignent M. Vivant et J.M. Bruguière, sur le fondement de l'art. L. 121-7 du CPI, l'auteur ne peut ni exercer son droit de repentir ou de retrait ni s'opposer aux modifications par le cessionnaire lorsqu'il ne subit aucun préjudice à son honneur ou à sa réputation : « Le droit au respect de l'œuvre est fortement édulcoré, sinon réduit à néant, puisque le créateur ne peut plus (sous réserve de la curieuse atteinte à "l'honneur et la réputation") s'opposer à l'adaptation de son œuvre. De fait, il ne reste plus à l'auteur, comme en matière de brevet, que le droit à la paternité. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 586.

[2482] G. Michaélidès-Nouaros souligne que : « L'intérêt du public (…) a plus de poids que les sensibleries de l'auteur » de sorte que la possibilité de radiodiffusion doit être imposée même si l'auteur s'y oppose. » Voir Michaélidès-Nouaros, G., *op. cit*., p. 85.

[2483] Caron, C., « Droit moral et multimédia », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 8, 1995, pp. 44-53, spé. p. 46. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de déclarer que le principe d'intégrité de l'œuvre n'est pas absolu et subit des dérogations quand il s'agit de tirer un film cinématographique d'une pièce de théâtre. L'auteur pouvant consentir à des modifications et les confier à son cocontractant (Trib. civ. Seine, 26 juill. 1933). Cité par Michaélidès-Nouaros, G., *op. cit*., p. 95.

[2484] M. Vivant et J.M. Bruguière expliquent que : « La vocation utilitaire d'une œuvre architecturale interdit à l'architecte de prétendre imposer une intangibilité absolue de ladite œuvre et justifie que soient apportées à celle-ci des modifications nécessaires. » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 586.

[2485] Un tribunal avait déclaré que l'auteur est censé permettre, par une clause tacite du contrat, les modifications qu'un fait nouveau ou bien l'unité de vues et de doctrine de l'œuvre collective imposent. Voir Trib. com. Marseille, 19 déc. 1902, *Mane c. Lafitte*. Cité par Michaélidès-Nouaros, G., *op. cit*., p. 95.

[2486] La licence Art Libre a pour objectif d'adapter les principes du *copyleft*. Cette licence est issue des rencontres « *Copyleft Attitude* » qui ont eu lieu à Paris en 2000. Parmi les libertés octroyées, la licence offre la liberté de modifier les copies des originaux dans le respect de plusieurs conditions (indiquer qu'il s'agit d'une œuvre modifiée et, si possible, la nature de la modification, diffuser cette œuvre conséquente avec la même licence ou avec toute licence compatible). Voir http://artlibre.org

[2487] Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 410.

CONCLUSION DE LA SECTION I

817. La légitimité d'une reconnaissance d'un droit moral aux détenteurs de savoirs. Un droit moral particulier devrait être détenu par les détenteurs de savoirs en s'inspirant du droit moral du droit d'auteur dans le but de protéger les intérêts extrapatrimoniaux. La reconnaissance d'un droit moral au bénéfice des détenteurs servirait à protéger ces derniers en raison de l'obligation de partage des connaissances théoriques (inclusion forcée) ou encore du choix d'une protection inclusive des connaissances pratiques (inclusion volontaire). Tous les détenteurs devraient bénéficier d'un tel droit à la condition de pouvoir les identifier. Il est en effet injustifié de reconnaître l'existence d'un droit moral, et donc de protéger les intérêts extrapatrimoniaux, seulement au bénéfice des individus répondant aux conditions du droit d'auteur. Cette différence de traitement entre les auteurs et les autres détenteurs ne se fonde sur aucune raison légitime. Elle se justifie essentiellement par un mouvement d'objectivisation. Or, un tel droit moral pourrait être détenu par tous les détenteurs de savoirs en raison de sa nature préexistante à tout droit de propriété intellectuelle.

818. La potentielle difficulté d'identifier le détenteur des savoirs. La reconnaissance d'un droit moral sera toutefois plus facile pour les connaissances pratiques que pour les connaissances théoriques. Les connaissances pratiques sont de nature plus personnelle, ce qui rend plus facile la détermination d'un détenteur. *A contrario,* concernant les connaissances théoriques, la notion de créateur est bien plus collective qu'individuelle puisque cette forme de connaissance est créée par accumulation et est assimilée aux découvertes ou aux théories scientifiques. Néanmoins, les connaissances théoriques qui marquent un cheminement intellectuel et une certaine façon de penser mériteraient la reconnaissance d'un droit moral à l'égard du détenteur initial. Il serait intéressant de s'inspirer du régime des œuvres composites, existant en droit d'auteur, pour reconnaître la diversité des détenteurs dans la création des connaissances. Mais encore, selon certains auteurs, tels que M.A. Chardeaux, il serait inutile de rechercher la marque de la personnalité du détenteur car le droit moral ne serait pas, dans ce contexte, considéré comme un droit subjectif mais plutôt comme un pouvoir dont la fonction est de réglementer l'usage commun. Dans ce cas, il serait possible de donner la compétence à un organisme habilité à représenter les intérêts et droits des détenteurs anonymes, tel que le prévoit déjà le droit d'auteur.

819. Une nécessaire atténuation dans les prérogatives du droit moral. Un tel droit moral

se distinguerait nettement du droit moral de l'auteur dans la mesure où le principe serait que ce droit s'exerce de manière raisonnable et mesurée. Le droit moral des détenteurs ne doit en effet pas constituer un obstacle au partage des savoirs. Par conséquent, une atténuation dans les prérogatives du droit moral s'avère nécessaire. Afin d'articuler les principes relatifs aux savoirs avec la reconnaissance d'un droit moral spécifique, l'atténuation sera toujours mise en œuvre pour les connaissances théoriques tandis qu'elle ne sera établie, pour les connaissances pratiques, que si le détenteur a fait le choix d'une protection inclusive ou si les connaissances pratiques font partie des exceptions au choix d'une protection exclusive (connaissances pratiques vitales, utilisation de la connaissance pratique dans un but non lucratif, non-respect des critères exigés pour choisir une protection exclusive).

820. La recevabilité d'une atténuation des prérogatives du droit moral. L'atténuation dans les prérogatives du droit moral est envisageable même si elle semble contraire aux caractères classiques du droit moral (intransmissibilité, incessibilité, insaisissabilité). C'est l'exercice du droit qui est concédé et non la substance du droit. Le détenteur est alors simplement limité dans l'exercice des prérogatives du droit moral, plus précisément le droit au respect de l'intégrité et le droit de retrait ou de repentir, mais il n'a aucunement renoncé à son droit moral. Une limitation du droit au respect de l'intégrité aurait notamment pour conséquence de concéder aux tiers l'exercice du droit de modifier les savoirs du détenteur. Selon la forme de connaissance concernée, la limitation du droit à l'égard du détenteur et/ou la concession de l'exercice du droit au bénéfice des tiers devraient être soit automatiques avec un consentement tacite, soit conditionnées à une autorisation et au consentement préalable et éclairé du détenteur. Une telle atténuation des prérogatives du droit moral est d'ailleurs déjà mise en œuvre dans différents domaines (radiodiffusion, multimédia, œuvres d'enseignement et de sciences) et les circonstances actuelles imposent une telle adaptation car le partage, l'utilisation ou encore la modification des créations sont largement facilités et encouragés par les nouvelles technologies de l'information et de la communication.

821. Transition. L'exercice raisonnable et mesuré du droit moral apparaît ainsi nécessaire pour convenir à une protection inclusive des savoirs. Les communautés détentrices de savoirs « traditionnels » seront néanmoins plus à même de préférer une protection exclusive de leurs savoirs et donc un droit moral exercé avec la même intensité que celui prévu en droit d'auteur.

SECTION II
L'importance du droit moral au bénéfice des communautés autochtones et locales

822. Présentation et plan. Le droit moral devrait être particulièrement reconnu au bénéfice des communautés autochtones et locales détentrices de savoirs dits « traditionnels ». A. Lucas-Schloetter s'est déjà intéressée à la reconnaissance d'un droit moral à l'égard de ces communautés[2488]. Elle explique qu'en Australie, la réforme de la loi sur le droit d'auteur visait à introduire un droit moral communautaire et un projet de loi avait été proposé en 2003 ayant pour objectif de consacrer un droit moral au bénéfice des communautés autochtones et locales indépendant du droit moral du droit d'auteur[2489]. La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones[2490] souligne, de plus, à l'article 31, la nécessité, pour les Etats, de reconnaître des droits aux communautés autochtones et locales pour qu'elles préservent, contrôlent, protègent et développent leurs savoirs dits « traditionnels ». La Déclaration souligne même qu'il s'agit d'une « nécessité urgente[2491] » de respecter et promouvoir les droits de ces communautés. Quant au projet d'articles de l'OMPI, il souligne que les droits reconnus aux communautés autochtones et locales devraient inclure le droit moral de paternité et le droit moral à l'utilisation de leurs savoirs de façon respectueuse au regard de leur intégrité[2492]. Celles-ci devraient ainsi pleinement participer aux décisions concernant la protection de leurs savoirs et cette participation devrait être mise en œuvre par l'exercice de droits. Le droit moral pourrait être exercé par les communautés détentrices avec la même intensité que celle classiquement prévue en droit d'auteur pour garantir une protection efficace. Il permettrait aux communautés détentrices de jouir d'un pouvoir de décision sur les droits d'accès et/ou d'utilisation des savoirs dits « traditionnels ». En raison de la vision holistique de ces communautés, un tel pouvoir devrait s'exercer aussi bien sur les connaissances théoriques que sur les connaissances pratiques, créant donc une dérogation au principe de primauté du partage des connaissances

[2488] Lucas-Schloetter, A., « Protection juridique du folklore », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique,* Fasc. 1962, 2009, spé. p. 45.

[2489] *Copyright Amendement, Indigenous Communal Moral Rights Bill*, 2003.

[2490] La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones a été adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU le 13 septembre 2007.

[2491] L'annexe de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones déclare qu'elle est « consciente de la nécessité urgente de respecter et de promouvoir les droits intrinsèques des peuples autochtones, qui découlent de leurs structures politiques, économiques et sociales et de leur culture, de leurs traditions spirituelles (…) en particulier leurs droits à leurs terres, territoires et ressources. »

[2492] Art. 5, variante 2, a) ii) et b) du projet d'articles. Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles », 39ème session, Genève, 18-22 mars 2019.

théoriques[2493]. La reconnaissance d'un droit moral pour protéger les savoirs « traditionnels » se fonderait sur le lien établi avec les droits de la personnalité (paragraphe I). Cette nécessité de reconnaître un droit moral s'expliquerait principalement par la vulnérabilité de ces communautés. Ces dernières ont en effet besoin d'une protection spécifique de leurs savoirs dits « traditionnels » pour empêcher et lutter contre les exclosures, c'est-à-dire contre la reprise et l'exploitation par les tiers des savoirs dans le but de constituer un monopole indu. Ces communautés se distinguent, en outre, des autres détenteurs en ce qu'elles accordent une importance fondamentale aux intérêts extrapatrimoniaux (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LE FONDEMENT ET LES CONSEQUENCES D'UN DROIT MORAL RECONNU AUX COMMUNAUTES DETENTRICES DE SAVOIRS « TRADITIONNELS »

823. Plan. Il serait légitime de reconnaître aux communautés autochtones et locales des droits particuliers s'inspirant des droits de la personnalité. Les savoirs « traditionnels » sont tellement liés à l'intimité de ces dernières en ce qu'ils expriment un certain mode de vie et une vision particulière du monde qu'ils pourraient facilement être considérés comme des éléments du droit au respect de la vie privée (A). La reconnaissance d'un droit moral aurait alors pour conséquence de légitimer l'établissement d'un régime de protection des savoirs « traditionnels » (B).

A) La légitimité d'une protection des savoirs dits « traditionnels » par les droits de la personnalité

824. Plan. Les savoirs dits « traditionnels » font partie de la personnalité et devraient être protégés par un droit subjectif. Ils pourraient alors être plus précisément encadrés par le droit au respect de la vie privée, lequel entretient des liens avec le droit moral (1). La reconnaissance des savoirs « traditionnels » en tant qu'objet des droits de la personnalité ne devrait cependant pas empêcher l'exploitation de ces derniers par les communautés détentrices (2).

[2493] En se fondant sur l'exception au principe de l'égalité de traitement des situations différentes justifient une différence de traitement. Les communautés autochtones et locales se trouvent dans une situation différente des autres détenteurs de savoirs car elles sont victimes des exclosures de leurs savoirs. Selon une jurisprudence constante : « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. » Voir Conseil Constitutionnel, 3 avril 2003, décision No. 2003-468 DC.

1) Des liens étroits entretenus entre les savoirs « traditionnels », le droit moral et le droit au respect de la vie privée

825. La condition de l'existence d'un lien indéfectible entre les savoirs et les communautés autochtones et locales. Les droits de la personnalité seraient adaptés aux savoirs dits « traditionnels » car ils permettent de protéger un lien indéfectible entre le sujet et l'élément protégé. Selon F. Magnin[2494], les droits de la personnalité « désignent un ensemble de prérogatives juridiques fondamentales reconnues à la personne afin de (…) faire respecter ses intérêts physiques et moraux ». Concernant les savoirs, il est alors recherché à faire respecter les intérêts moraux des communautés autochtones et locales. La particularité des savoirs « traditionnels » justifie ainsi l'octroi de droits particuliers à ces communautés[2495]. S. Pessina parle en effet de la subsistance d'un lien indéfectible entre les savoirs « traditionnels » et leurs détenteurs ayant la même valeur que le droit moral[2496]. Dans le même sens, P. Berlioz souligne que les choses de l'esprit entretiennent en général un lien très personnel avec leur détenteur : « Celles-ci [choses de l'esprit] sont pour elle [la personne qui les possède] une propriété personnelle, c'est-à-dire que, bien que distinctes d'elle, elles sont attachées à son être par un lien d'une intensité telle qu'elles peuvent apparaître comme l'un de ses attributs. En d'autres termes, elles font partie du domaine personnel de l'individu qui en a acquis la connaissance[2497]. » Il existe donc un lien de fait entre les savoirs et les communautés autochtones et locales participant à une identité collective. N. Mallet-Poujol[2498] expose aussi que certaines informations sont tellement assimilées à la personne (information génétique, état civil, vie privée) qu'il est nécessaire de les rendre hors-commerce, non-disponibles et inaliénables. N. Mallet-Poujol parle d'un « prolongement corporel ou intellectuel de la personne par l'information [ou par les savoirs][2499] ». J. Carbonnier souligne, quant à lui, qu'il existe des choses qui ont un « caractère sacré et comme religieux » et des choses « par extension,

[2494] Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 249.

[2495] C. Oguamanam s'appuie sur la déclaration du *Four Directions Council* exposant que ce qui est « traditionnel » par rapport aux savoirs des communautés autochtones et locales n'est pas leur ancienneté mais la façon dont ils sont acquis et utilisés car ils ont une signification sociale et un caractère légal, contrairement aux savoirs détenus par les colons et les sociétés industrialisées [Notre traduction] : « [w]hat is traditional about traditional [or indigenous] knowledge is not its antiquity but the way it is acquired and used (…) much of the knowledge is quite new, but it has a social meaning and legal character, entirely unlike the knowledge indigenous people acquire from settlers and industrialized societies. » Voir Oguamanam, C., « Local Knowledge as Trapped Knowledge : Intellectual Property, Culture, Power and Politics », *The Journal of World Intellectual Property,* Vol. 11, No. 1, 2008, pp. 29-57, spé. p. 35.

[2496] Pessina Dassonville, S., « Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive », (dir.) De Raulin, A., Pastorel, J.P., *Culture et biodiversité,* L'Harmattan, 2017.

[2497] Berlioz, P., *Droit des biens,* Ellipses, 2014, spé. p. 177.

[2498] Mallet-Poujol, N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

[2499] Mallet-Poujol, N., *ibid*.

intimement liées à la personne[2500] ». Et F. Zenati-Castaing de souligner que dès lors qu'un aspect de la personne présente un caractère d'originalité alors cet aspect fait partie de la personnalité et doit être protégé par un droit subjectif[2501]. Mais encore, I. Moine explique que : « La création provient de l'esprit, si l'on n'ose dire qu'elle est l'esprit même[2502]. » Or, si la création est l'esprit et donc indéfectiblement liée à la personne, alors les savoirs sont nécessairement une manifestation de la personne car ils proviennent forcément de l'esprit. I. Moine poursuit en soulignant que « certaines choses sont, plus que d'autres, dépendantes de l'existence de la personnalité, et celle-ci, réciproquement, s'appuie sur elles pour exister[2503]. » C'est exactement le cas des savoirs qui dépendent de l'existence d'une personne ou d'une communauté et celles-ci s'appuient sur les savoirs pour exister. Il peut aussi être souligné la dépendance des savoirs à la communauté autochtone et locale et *vice versa*[2504]. Certaines connaissances nécessiteraient, par ailleurs, d'être protégées par les droits de la personnalité en raison de leur double caractère. Comme le souligne N. Mallet-Poujol : « L'information est non appropriable parce que collective mais aussi parce que individuelle[2505] ». Certaines connaissances théoriques répondent à cette analyse car celles-ci peuvent être à la fois collectives puisqu'elles font partie du « patrimoine commun », mais elles présentent aussi un aspect plus restreint lorsqu'elles sont issues d'une communauté autochtone et locale et sont intimement liées à cette dernière. Ces connaissances théoriques nécessitent alors une protection contre leur appropriation, tant en raison de leur caractère de bien commun librement partageable, qu'en raison de leur caractère intime les rendant inappropriables par des tiers extérieurs à la communauté. Par conséquent, il serait légitime de faire entrer les savoirs des communautés autochtones et locales dans la catégorie des droits de la personnalité car ils sont à la fois intimement liés à une communauté, ils constituent l'une de ses manifestations dans la sphère extérieure, ils peuvent présenter un caractère sacré voire religieux et ils ont besoin d'une protection contre leur exclosure.

[2500] Carbonnier, J., *Les obligations*, Thémis, PUF, 1994, n° 55, cité par Mallet-Poujol, N., *ibid*.

[2501] Zenati-Castaing, F., « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ*, 2006, p. 445.

[2502] Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 126.

[2503] Moine, I., *op. cit*., p. 202.

[2504] Comme le souligne I. Moine : « Ainsi, il n'y aura pas d'organe humain ou de droit au respect de la vie privée sans personne : leur existence ne se conçoit même pas sinon, alors que celle d'une maison par exemple n'est pas liée à celui qui en est propriétaire, ou locataire. » Voir Moine, I., *op. cit*., p. 208.

[2505] Mallet-Poujol, N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

826. La nature et les effets des droits de la personnalité adaptés à la protection des savoirs dits « traditionnels ». Les droits de la personnalité présentent plusieurs avantages pour protéger les savoirs des communautés autochtones et locales. Ces droits répondent d'abord aux objectifs et aux attentes des communautés[2506] car ce sont des droits extrapatrimoniaux inhérents à la personne humaine et visant à protéger les éléments primordiaux de l'être humain (droit à la dignité, droit à l'intégrité corporelle, droit au respect de la vie privée)[2507]. Ils sont, de plus, opposables à tous, indisponibles (incessibles, insaisissables), inaliénables, imprescriptibles et insusceptibles de renonciation. Les communautés autochtones et locales ont besoin d'une telle protection de leurs savoirs car ces derniers sont victimes d'exclosure, et notamment de « biopiraterie ». Les détenteurs de savoirs se verraient ainsi conférer un droit subjectif leur permettant d'agir contre les tiers et protégeant leurs savoirs indépendamment d'une protection contractuelle. De tels droits offriraient, du reste, une liberté aux détenteurs car seuls ces derniers seraient libres de désigner les éléments des savoirs qu'ils considèrent secrets et/ou qu'ils entendent protéger.

827. L'étroite relation entre vie privée et savoirs dits « traditionnels ». Les droits des communautés autochtones et locales sur leurs savoirs pourraient se fonder plus particulièrement sur le droit au respect de la vie privée[2508]. Comme le souligne I. Moine : « Le droit à l'image et le droit au respect de la vie privée constituent des moyens de protéger une richesse personnelle notamment affective. Mais existe également une richesse intellectuelle[2509]. » I. Moine insiste sur la relation entre vie privée et informations. Cette analyse vaut également pour les savoirs des communautés autochtones et locales : « Les informations ayant un caractère confidentiel (…) ou même purement oral sont des choses constituant la vie privée[2510]. » Selon cet auteur, les savoirs seraient des « biens intellectuels de la personne humaine juridique[2511] ». Dès lors, cette richesse intellectuelle pourrait être protégée par le droit au respect de la vie privée en

[2506] Les objectifs des communautés autochtones et locales, et plus précisément les intérêts extrapatrimoniaux, seront étudiés dans le paragraphe suivant.

[2507] CGDD (Commissariat Général au Développement Durable), « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées », *Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du CGDD,* Etudes & documents, No. 48, 2011, p. 115.

[2508] Le droit au respect de la vie privée est inséré dans plusieurs instruments juridiques parmi lesquels la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 12), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 8) et le Code civil (art. 9 introduit par la loi du 17 juillet 1970). Cette protection inclut notamment le droit à l'intimité de la vie privée.

[2509] Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 343.

[2510] Moine, I., *op. cit*., p. 353

[2511] Moine, I., *op. cit*., p. 343.

garantissant qu'elle reste séparée et propre à l'individu. Le droit au respect de la vie privée consiste en effet à protéger la sphère d'intimité de la personne.

828. L'absence de lien particulièrement étroit entre vie privée et savoirs des autres détenteurs. Cette analyse est, en revanche, difficilement transposable en dehors des communautés autochtones et locales, et en particulier pour les savoirs dits « scientifiques » issus des pays développés. Le droit au respect de la vie privée n'est pas justifié car les savoirs scientifiques sont moins indéfectiblement liés à la personne et la protection des intérêts moraux n'est pas la priorité[2512]. F. Dessemontet souligne que : « De même que l'homme public ne peut se réclamer du droit au secret de la vie privée, de même l'entreprise qui se lance dans la concurrence s'expose aux regards curieux de tous et à leur malice insoupçonnable[2513]. » La protection par le droit de la vie privée serait, de plus, peu avantageuse pour les entreprises car seuls seraient prohibés les abus, c'est-à-dire une intrusion matérielle ou électronique dans l'entreprise, et non la corruption d'employés et la mauvaise foi des licenciés. Or, ces dernières sont pourtant les plus courantes au sein d'une entreprise[2514]. Seuls les savoirs dits « traditionnels » pourraient donc être considérés comme des éléments de la vie privée car ils touchent étroitement la personne, son intellect et constituent l'une de ses manifestations dans la sphère extérieure. La divulgation ou l'utilisation non autorisés des savoirs des communautés autochtones et locales entraîneraient en effet la divulgation ou l'utilisation d'éléments intimes. Certes, ces connaissances ne sont pas la personne elle-même mais elles sont nécessairement des biens incorporels de la personne.

829. L'assimilation de la vie privée au droit moral. Les prérogatives issues du droit au respect de la vie privée sont, en outre, assimilables à celles qui sont attachées au droit moral reconnu en droit d'auteur. C'est comme si la vie privée appartenait au domaine du droit moral des personnes. La vie privée et la création artistique sont, en effet, étroitement liées à tel point qu'il est « impossible de les dissocier »[2515]. Selon I. Moine, le droit moral lui-même est donc

---

[2512] Toutefois, selon F. Magnin, il serait envisageable de reconnaître aux entreprises industrielles un droit au respect de la vie privée ou de la vie intérieure par une interprétation extensive de la loi du 17 juillet 1970. Une distinction serait alors établie entre la notion de vie privée pouvant s'étendre au-delà du respect de la vie intime des personnes privées pour englober le secret des affaires, et la notion d'intimité de la vie privée étroitement liée à la personne humaine. Voir Magnin, F., *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974, p. 256.

[2513] Dessemontet, F., *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974, spé. p. 294.

[2514] Dessemontet, F., *op. cit*.

[2515] Contamine-Raynaud, M., « Le secret de la vie privée », *in L'information en droit privé,* (dir.) Loussouarn, Y., Lagarde, P., Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, pp. 405-456.

un élément des droits de la personnalité[2516]. La vie privée et les savoirs dits « traditionnels » entretiennent également un lien particulièrement étroit justifiant la reconnaissance d'un droit moral. En conséquence, c'est parce que les communautés autochtones et locales peuvent s'appuyer sur les droits de la personnalité qu'il leur est reconnu un droit moral. Les prérogatives constituant les droits de la personnalité doivent rester en la maîtrise du sujet et sont donc insusceptibles de cession, de transmission ou de renonciation[2517]. C'est pourquoi les savoirs, éléments de la vie privée et du droit moral, doivent toujours rester entre les mains de leurs détenteurs. En suivant l'analyse de I. Moine, la défense des savoirs par un droit moral pourrait même être une obligation[2518]. Les communautés autochtones et locales doivent en effet protéger leurs savoirs victimes d'exclosure afin de préserver leur utilisation durablement et pour maintenir leur existence en tant que communauté.

830. Transition. Cette reconnaissance des savoirs « traditionnels » en tant qu'objets des droits de la personnalité ne devrait cependant pas empêcher les communautés détentrices d'exploiter ces savoirs si elles le souhaitent.

2) La conciliation entre droits de la personnalité et exploitation des savoirs « traditionnels

831. Droits de la personnalité et rapports à l'appropriation. Une autre raison explique pourquoi les droits de la personnalité seraient adaptés pour protéger les savoirs des communautés autochtones et locales. L. Cadiet souligne que les droits de la personnalité sont nés de l'impossibilité d'analyser en termes de propriété les rapports de la personne avec les attributs qui lui sont propres[2519]. Ce problème est également présent à l'égard des communautés autochtones et locales pour lesquelles les rapports de propriété ont peu de signification. Les droits de la personnalité ne semblent toutefois pas exclure tout rapport d'appropriation. Selon F. Zenati-Castaing[2520], les droits de la personnalité devraient être interprétés comme des droits

[2516] En effet, I. Moine inclut le droit moral parmi la liste de droits de la personnalité. Voir Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 152. Dans le même sens, selon C. Caron : le droit moral « appartient à la catégorie des droits de la personnalité et il est même peut-être le plus ancien d'entre eux. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 220.

[2517] I. Moine expose que : « Les choses hors commerce doivent rester en la maîtrise du sujet. Celui-ci ne doit pas céder les prérogatives qui constituent les droits de sa personnalité, ni y renoncer. » Voir Moine, I., *op. cit*., p. 147.

[2518] « La défense de certains droits, de certaines choses en général y est présentée comme une véritable obligation envers soi-même, et envers sa qualité abstraite et concrète d'homme. » Voir Moine, I., *op. cit*., p. 256.

[2519] Cadiet, L., « La notion d'information génétique en droit français », *in La génétique humaine, de l'information à l'informatisation*, Ed. Thémis/Litec diffusion, 1992, p. 60, cité par Mallet-Poujol, N., *ibid*.

[2520] F. Zenati-Castaing défend la thèse moniste en ramenant les droits de la personnalité au droit de propriété. Il semble cependant peu judicieux de considérer la personnalité elle-même, concept large et flou, comme un objet de propriété et donc

de propriété portant sur la personnalité. Le sujet possède alors l'objet des droits de la personnalité, c'est-à-dire ses attributs personnels, et il a le pouvoir d'en disposer grâce à un droit subjectif. Ce droit subjectif donne le droit à tout individu de détenir un pouvoir exclusif sur ses attributs personnels (droit exclusif) et de disposer de ses attributs personnels (droit de disposition).

832. La valeur économique des savoirs, un obstacle à la protection par les droits de la personnalité ? Le fondement des droits de la personnalité pourrait néanmoins être contesté dans la mesure où la nature des attributs de la personnalité devrait être extrapatrimoniale et hors commerce. Or, les savoirs sont souvent en relation avec des aspects économiques puisqu'ils ont une valeur économique propre. I. Moine explique en effet que les droits de la personnalité ne font pas partie du patrimoine car leur finalité n'est pas d'être exploités, elle est de protéger la personne humaine[2521]. I. Moine souligne cependant qu'un objet hors commerce ne signifie pas pour autant qu'il n'a aucune valeur pécuniaire et, inversement un objet économiquement intéressant n'est pas forcément dans le commerce[2522]. N. Mallet-Poujol ajoute que même si des attributs pécuniaires existent, le rapport de droit de l'individu sur ses savoirs reste un droit de la personnalité car ces attributs pécuniaires ne sont qu'accessoires et ne reposent pas sur la propriété[2523]. L'établissement d'un droit *sui generis* sur les choses hors commerce pourrait, de plus, être reconnu afin d'établir un droit à fonction sociale[2524]. Les détenteurs pourraient alors avoir le droit de réaliser des actes juridiques si ces derniers remplissent une finalité sociale. Par exemple, ces actes rempliraient une telle fonction lorsqu'ils participent au progrès de la recherche et de la science. F. Zenati-Castaing expose aussi que la personnalité peut faire l'objet d'un commerce patrimonial car seules sont prohibées les conventions conférant une valeur patrimoniale au corps humain mais aucunement celles relatives aux aspects de la personnalité[2525]. Selon G. Loiseau et J.M. Bruguière, il est certain que les droits de la personnalité se sont patrimonialisés par l'utilisation marchande des utilités de ses attributs (image, nom)[2526]. Les utilités économiques des attributs de la personnalité en font alors des

comme un bien. Voir Zenati-Castaing, F., « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD Civ*, 2006, p. 445.

[2521] Moine, I., *op. cit*., p. 146

[2522] Moine, I., *op. cit*., p. 96.

[2523] Mallet-Poujol, N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

[2524] Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 300.

[2525] Zenati-Castaing, F., *ibid*., p. 445.

[2526] Loiseau, G., « Droits de la personnalité », *Légipresse*, Dalloz, 2013, p. 58. J.M. Bruguière expose que de nombreux pays européens reconnaissent les droits patrimoniaux de la personnalité et que la France se présente ainsi isolée dans son refus de les reconnaître pleinement. Voir Bruguière, J.M., « "Droits patrimoniaux" de la personnalité », *RTD Civ*., 2016, p. 1.

biens marchands pouvant faire l'objet de conventions d'exploitation. G. Loiseau précise néanmoins que seul le droit d'exploiter commercialement la valeur de l'attribut est concédé et non l'attribut lui-même[2527].

833. La maîtrise de la divulgation et de l'exploitation des savoirs. Les communautés autochtones et locales devraient ainsi avoir le droit d'user de leurs savoirs, éléments de leur vie privée, comme elles le souhaitent : soit les garder secrets soit les partager en les divulguant et en autorisant la concession du droit d'exploiter[2528]. Les détenteurs auraient donc, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, le droit de maîtriser la divulgation et l'utilisation de leurs savoirs[2529]. C'est également sur le fondement du droit moral que les détenteurs devraient avoir le choix entre divulguer les éléments de leur propre vie privée ou les garder secrets[2530]. Si l'auteur d'une œuvre de l'esprit a le choix de divulguer ou non celle-ci[2531] alors les détenteurs de savoirs, éléments intimement liés à la personne ou à une communauté spécifique, devraient aussi bénéficier d'un tel choix. Une fois les savoirs divulgués par la volonté de leurs détenteurs, ces derniers devraient également conserver une sorte de droit moral sur leurs savoirs, comme c'est déjà le cas en droit d'auteur avec l'existence d'un droit moral imprescriptible et perpétuel. Les titulaires de droits sont, par ailleurs, protégés contre certains agissements des tiers[2532] mais ils ont aussi le droit d'user et de disposer de leur vie privée. Comme le soulignent M. Contamine-Raynaud et Y. Loussouarn[2533], certains attributs du droit de propriété peuvent se retrouver dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. Un tel droit confère l'*usus* et le *fructus*, c'est-à-dire le droit de jouir privativement de sa vie privée en la gardant secrète[2534] mais aussi le droit d'utiliser les éléments de sa vie privée (ce qui renvoie

[2527] Loiseau, G., *ibid*.

[2528] La concession du droit d'exploitation permet de communiquer des savoirs sans s'interdire d'en user soi-même.

[2529] I. Moine souligne cette maîtrise de la vie privée par la personne en exposant que : « Pour connaître un fait de la vie privée de quelqu'un, il faut normalement l'apprendre de la bouche ou de la plume de celui qu'elle concerne ; pour le divulguer, il faut ensuite l'autorisation expresse et circonstanciée de l'intéressé. » Voir Moine, I., *op. cit*., p. 340.

[2530] D'ailleurs, un savoir secret ne signifie pas toujours un savoir totalement enclos et non partagé. Selon G. Dutfield, protéger les savoirs par le secret tout en les partageant est envisageable. La protection des savoirs par le secret permettrait de contrôler la dissémination et l'exploitation des savoirs. Les communautés autochtones et locales peuvent alors promouvoir le partage et l'utilisation de leurs savoirs à des tiers déterminés. Ce partage ne signifierait pas la perte des savoirs car ces derniers demeurent toujours secrets dès lors qu'ils ne sont pas généralement connus. Voir Dutfield, G., « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275, spé. p. 259.

[2531] En effet, l'art. L. 121-2 du CPI dispose que : « L'auteur a seul le droit de divulguer son œuvre (…) il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci. ».

[2532] En cas de violation du droit au respect de la vie privée, le droit prévoit des sanctions pénales aux art. 226-1 et s. du Code pénal et des sanctions civiles sur le fondement de l'art. 9 du Code civil. Les sanctions civiles peuvent nécessiter des mesures préventives telles que la saisie, l'astreinte ou bien l'imposition de mesures réparatrices telles que des dommages et intérêts.

[2533] Contamine-Raynaud, M., « Le secret de la vie privée », *in L'information en droit privé,* (dir.) Loussouarn, Y., Lagarde, P., Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, pp. 405-456.

[2534] Selon I. Moine : « Avec cette vie privée, l'extra-commercialité rejoint l'idée de secret. » Voir Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 339.

aux savoirs) pour en recueillir les fruits. Les droits de la personnalité confèrent alors une maîtrise de la divulgation et de l'exploitation de la vie privée. Ainsi, en raison de ces droits de la personnalité, les communautés autochtones et locales devraient détenir un droit subjectif se dédoublant en un droit exclusif et en un droit de disposition[2535]. Le droit exclusif justifie que les communautés puissent s'opposer à toute diffusion de leurs savoirs. Une exception au principe de partage des connaissances théoriques (inclusion forcée) devrait d'ailleurs être établie et se fonder sur les droits de la personnalité pour traduire la spécificité de ces communautés. Ce droit exclusif amène les titulaires à décider du caractère à donner à leurs savoirs en termes d'accès (secret[2536], libre accès, accès sous certaines conditions, divulgation partielle ou totale). Concernant le droit de disposition, les titulaires de droits peuvent notamment concéder le droit d'exploiter leurs savoirs[2537]. La concession du droit d'exploiter peut se concrétiser dans la possibilité donnée aux tiers d'utiliser les savoirs[2538]. Cette concession ne doit cependant pas être interprétée comme une « renonciation » au droit privatif sur les éléments de la vie privée dans le but de consentir certaines utilisations par les tiers. Les titulaires de droits auront toujours le pouvoir de décider des utilisations autorisées et de contrôler ces dernières. Dès lors, même si les savoirs sont divulgués[2539], accessibles et utilisables par les tiers, les communautés autochtones et locales devraient toujours avoir la possibilité d'exploiter leurs

[2535] Dans le même sens, G. Loiseau propose de distinguer le droit primaire de la personnalité (droit fondamental de toute personne de contrôler l'accès des tiers à sa personnalité à travers les signes qui la caractérisent) et le droit dérivé de la personnalité (droit de contrôler l'exploitation commerciale de la personnalité). Voir Loiseau, G., « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », Revue de droit de McGill, juin 1997, p. 328.

[2536] Le choix du secret sur le fondement des droits de la personnalité a notamment été étudié par O. Weniger. Le secret ferait l'objet d'un droit et notamment d'un droit à une sphère secrète. Voir Weniger, O., *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how),* Librairie Droz, Genève, 1994. Cependant, le droit au secret ne devrait être ni imprescriptible ni perpétuel. Comme les savoirs sont considérés comme appartenant uniquement à leurs détenteurs alors, selon M. Contamine-Raynaud, le droit au secret devrait disparaître à la mort du sujet. La mort aurait pour conséquence de constituer en soi une divulgation des savoirs car elle opère un détachement entre la personne et sa production. Cette limitation temporelle du droit au secret devrait être accueillie. En prévoyant que la durée de protection du droit au secret est viagère et que son terme est constitué par le décès de son détenteur, les savoirs seraient temporairement protégés et leur caractère dynamique pourrait être réactivé à une date escomptée. Il semble toutefois difficile voire impossible de déterminer la date de mort du détenteur lorsque les savoirs appartiennent à une communauté. Voir Contamine-Raynaud, M., « Le secret de la vie privée », *in L'information en droit privé,* (dir.) Loussouarn, Y., Lagarde, P., Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, pp. 405-456.

[2537] Cependant, la liberté de décider du caractère secret ou non des savoirs ainsi que de leur exploitation est limitée par les droits des autres. Le sujet n'a de droit privatif que sur ce qui n'appartient qu'à lui. Ainsi, au sein d'une communauté, le choix du caractère des savoirs ainsi que de leur exploitation doit être une décision prise collectivement par les membres, et non par un seul individu isolé à moins que ce dernier représente la communauté concernée.

[2538] G. Loiseau explique qu'une personne peut, par exemple, subir une perte au titre de ses droits d'exploitation en cas d'utilisation non consentie de son image. Voir Loiseau, G., « Droits de la personnalité », *Légipresse*, Dalloz, 2013, p. 58.

[2539] Le droit considère toutefois qu'un secret divulgué mais non généralement connu conserve son caractère secret. Cette interprétation est importante pour les communautés autochtones et locales car leurs savoirs peuvent être divulgués au sein de la communauté entière. Or, ils ne seront pas considérés comme généralement connus à l'extérieur de la communauté. Le problème réside cependant pour les divulgations sans le consentement libre et éclairé (publication dans des journaux scientifiques par exemple) ayant pour conséquence de rendre les savoirs généralement connus au-delà du cercle de la communauté. Dans ce cas, le droit moral des communautés autochtones et locales devrait servir à choisir le mode d'accès et d'utilisation et à maintenir un certain contrôle.

savoirs et de contrôler les usages[2540]. Les savoirs sont ainsi toujours détenus par leurs détenteurs qui veillent au respect de leur nature et de leur destination. N. Mallet-Poujol parle d'une « imprescriptible jouissance[2541] de l'information personnelle [ou des savoirs] s'apparentant au droit moral du droit d'auteur ».

834. L'articulation entre droit au respect de la vie privée et partage des savoirs. Il ne devrait ainsi pas être opposé que les droits de la personnalité empêchent le partage des savoirs. Le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information ont, certes, toujours été en rivalité car le premier instaure un régime exceptionnel dérogatoire aux principes fondamentaux, et notamment à la liberté d'information inscrite à l'art. 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[2542]. I. Moine souligne d'ailleurs la prééminence du droit au respect de la vie privée sur le droit à l'information en déclarant que : « La liberté d'information ne peut vraiment justifier les atteintes à la vie privée[2543]. » Le droit au respect de la vie privée n'est cependant pas toujours opposé au droit à l'information et donc au partage des savoirs. Selon M. Contamine-Raynaud[2544], en ayant le droit d'user de sa vie privée, les détenteurs sont libres de partager leurs savoirs. Les éléments de la vie privée, et en particulier les savoirs, pourraient donc faire l'objet d'une divulgation partielle à certains tiers ou bien d'une divulgation totale en direction du public au sens large. Encore une fois, cette divulgation totale ne vaudra pas renonciation puisque le droit moral sera toujours reconnu et détenu par leurs détenteurs[2545]. Le droit moral pourrait, par ailleurs, freiner le partage des savoirs puisque ce droit crée un lien indéfectible entre le détenteur et ses savoirs. I. Moine tempère toutefois cette analyse en exposant que : « Si une personne humaine souhaite qu'un élément essentiel soit aliéné alors elle n'est pas empêchée de "faire un don libre et gratuit" mais ce sera un "don de sa personne" à

[2540] L'exploitation de l'usage signifie que les communautés peuvent exploiter l'usage de leurs savoirs par la pratique contractuelle, tandis que le contrôle de l'usage signifie que l'usage peut être restreint pour protéger les intérêts de la communauté.

[2541] Mallet-Poujol, N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

[2542] L'art. 11, al. 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne inclut la liberté d'information à la liberté d'expression en disposant que : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. »

[2543] Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 341.

[2544] Contamine-Raynaud, M., « Le secret de la vie privée », *in L'information en droit privée,* (dir.) Loussouarn, Y., Lagarde, P., Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, pp. 405-456.

[2545] Il devrait d'ailleurs être exclue toute renonciation au droit moral, même si cette renonciation est spéciale. Or, C. Caron explique que des clauses spéciales aménageant le droit moral pourraient être valables : « Si les renonciations générales sont assimilées à une aliénation prohibée du droit moral, il n'en est pas forcément de même pour les renonciations spéciales à l'exercice du droit moral » et « il est en effet admis que les droits de la personnalité peuvent faire l'objet d'aménagements contractuels, et notamment de renonciations, dès lors que les stipulations sont spéciales. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 224.

une autre personne[2546]. » Une distinction doit alors être opérée entre l'objet du contrat (les savoirs) et le droit moral. Même si le droit moral est en quelque sorte atteint par la conclusion du contrat, il n'est ni transféré ni objet du contrat. Par conséquent, le droit moral n'empêche pas le partage des savoirs mais continue de produire des effets sur ces derniers : « Comme le droit moral n'est pas transféré à l'acquéreur, les prérogatives sur l'objet du contrat seront limitées par ce droit moral[2547]. »

835. Transition. Même s'il apparaît légitime de protéger les savoirs « traditionnels » par les droits de la personnalité, toute la difficulté est néanmoins de créer un régime de protection des savoirs « traditionnels » car, comme le souligne C. Castets-Renard : « Il n'existe à l'heure actuelle aucun régime juridique international les visant [les savoirs traditionnels][2548] ».

B) Un droit moral soutenant la reconnaissance d'un régime de protection des savoirs « traditionnels »

836. Plan. Il convient de se pencher sur les effets d'un régime de protection des savoirs « traditionnels », souvent appelé régime *sui generis*[2549]. Le régime des « communs » apparaît particulièrement adapté, tout en articulant une protection positive et une protection défensive. Ces deux formes de protection ont pour objectif commun de prévenir les utilisations non-autorisées ou inappropriées des savoirs par les tiers. Elles n'auront cependant pas les mêmes effets à l'égard des bénéficiaires et des tiers. La protection défensive vient garantir la sauvegarde et la transmission des savoirs aux générations futures, notamment par le biais des bases de données, tout en assurant les objectifs d'une protection positive[2550]. La protection positive, quant à elle, lutte contre les appropriations et utilisations non autorisées des savoirs par la détention de droits. Un régime de protection des savoirs « traditionnels » devrait en effet

---

[2546] Moine, I., *op. cit*., p. 267.

[2547] Moine, I., *op. cit*., p. 283.

[2548] Castets-Renard, C., « Savoirs traditionnels et expressions du folklore », *in* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., *Dictionnaire des biens communs,* Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 1079.

[2549] Voir notamment Telesetsky, A., « 4. Traditional Knowledge : Protecting Communal Rights Through A Sui Generis System », *in The Cultural Heritage of Mankind*, The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye*,* Brill Online, 2008, pp. 297-354 ; Collot, P.A., « La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection *sui generis* », *Droit et Cultures*, Vol. 53, No. 1, 2007, pp. 181-209 ; Convention sur la Diversité Biologique, « Élaboration des éléments de systèmes sui generis pour la protection des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales », *Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention sur la Diversité Biologique*, Grenade (Espagne), 4ème réunion, UNEP/CBD/WG8J/4/7, 23-27 janvier 2006.

[2550] Voir les développements de la première partie de la thèse relatifs à la protection directe et défensive des savoirs par le biais des bases de données (paragraphe II de la section I, chapitre II, titre II).

délivrer des droits spécifiques directement au bénéfice des communautés autochtones et locales (1). Une protection positive des savoirs n'est toutefois pas toujours à créer *ab initio* car une législation nationale ou régionale peut préalablement exister et protéger les savoirs des communautés autochtones et locales. Avant toute création d'un régime *sui generis,* il est donc important de vérifier si une législation *sui generis* existe pour la respecter et la rendre effective (2). Il n'en existe pas encore à l'échelle internationale mais il serait opportun que cela change (3).

1) L'établissement d'une protection positive des savoirs « traditionnels »

837. Plan. Après avoir exposé le contenu des droits reconnus aux communautés autochtones et locales (a), il conviendra de souligner la nécessaire reconnaissance de droits spécifiques pour garantir une protection positive efficace (b).

a) Des droits assurant le contrôle de l'accès et de l'utilisation des savoirs « traditionnels »

838. L'articulation entre protection positive et protection défensive. La protection positive devrait être alliée à une protection défensive des savoirs[2551]. La protection défensive, outre le fait qu'elle empêche l'appropriation non autorisée des savoirs et la demande indue d'un brevet, assure la reconnaissance des droits des communautés autochtones et locales[2552]. En inscrivant les savoirs dans une base de données et en enregistrant les droits, la base de données prouve en effet que les savoirs sont bien couverts par les droits de telle communauté. Par exemple, au Panama, la loi de 2000[2553] prévoit que l'enregistrement des droits collectifs autochtones est gratuit et illimité dans le temps. Un Département des droits collectifs et des expressions folkloriques est chargé de l'enregistrement des droits collectifs des peuples autochtones (art. 7), de la protection des droits de propriété intellectuelle et d'autres droits traditionnels des peuples autochtones (art. 9).

[2551] La protection défensive vise principalement à empêcher les tiers d'acquérir des droits de propriété intellectuelle indument sur des savoirs. La mise en place d'infrastructures, telles que des bases de données et des inventaires sont des outils intéressants pour protéger défensivement les savoirs.

[2552] N. Binctin souligne que : « Si le registre a un rôle défensif, en vue d'éviter la délivrance de brevets illégitimes, il peut aussi être utilisé pour garantir une protection offensive du savoir traditionnel par l'octroi de droits sur ce savoir. » Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 480.

[2553] Loi n° 20 du 26 juin 2000 sur le régime spécial de propriété intellectuelle relatif aux droits collectifs des peuples indigènes pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels (chapitre III de la loi).

839. La reconnaissance de droits au bénéfice des communautés détentrices. La protection positive, quant à elle, revient à donner des droits, et notamment des droits de propriété intellectuelle[2554], aux détenteurs pour à la fois contrôler l'accès et les utilisations par les tiers, garantir un bénéfice de l'exploitation des savoirs et créer un régime de partage des avantages. D. Posey et G. Dutfield, lorsqu'ils présentent un régime *sui generis,* proposent la création de droits spécifiques : les « *Traditional Resource Rights* » qui s'opposent aux droits de propriété intellectuelle classiques[2555]. Ces droits protègent les savoirs des communautés autochtones et locales mais aussi visent à délivrer des droits à l'autodétermination[2556]. D'ailleurs, droit à l'autodétermination et droits de propriété intellectuelle seraient fortement liés[2557]. Un tel droit à l'autodétermination devrait être facilité et respecté par les Etats[2558].

840. Les obligations d'obtenir le consentement des communautés détentrices et de conclure des conditions d'un commun accord. Au regard de ces droits, les Etats et les tiers doivent s'abstenir de porter atteinte aux ressources et aux savoirs des communautés autochtones et locales. Les Etats ou tout tiers devraient être soumis à des obligations, en particulier obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause de ces communautés[2559] (art. 15.5

[2554] F. Gurry, directeur général de l'OMPI, serait favorable à la reconnaissance de droits à l'égard des communautés autochtones et locales. Lors de la Journée internationale des peuples autochtones, il a déclaré que : « L'OMPI est résolue à poursuivre sa collaboration fructueuse avec les peuples autochtones, à l'appui de leurs intérêts particuliers et de leur bien-être, et de contribuer plus avant (…) à la mise en œuvre des droits inscrits dans la déclaration. » Voir le message du directeur général du 9 août 2018, [En ligne], [consulté le 26 mai 2020]. Disponible à l'adresse : https://www.wipo.int/tk/fr/news/tk/2018/

[2555] Posey, D., Dutfield, G., *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996. Dans le même sens, sur la pertinence des « *traditional resource rights* » pour protéger les savoirs « traditionnels », voir Cottier, T., « The protection of genetic resources and traditional knowledge : towards more specific rights and obligations in world trade law », *Journal of International Economic Law*, 1998, pp. 555-584.

[2556] Les droits à l'autodétermination sont interprétés comme des formes de garanties d'autonomie et non comme une forme de sécession. Voir les développements sur ce point au A) du paragraphe II, section II de ce chapitre.

[2557] Selon l'*International Consultation on IPR and Biodiversity*, toutes les questions découlant des droits de propriété intellectuelle sont des aspects relatifs à l'autodétermination [Notre traduction] : « All aspects of the issue of intellectual property are aspects of self-determination. » Voir Chouvin, E., Louai, S., Roussel, B., « Prendre en compte les savoirs et savoir-faire locaux sur la nature - Les expériences françaises », *Institut du développement durable et des relations internationales (Iddri)*, 2004, pp. 4-27 ; Dans le même sens, la Déclaration de Mataatua dispose que la protection des droits des communautés autochtones et locales sur leurs savoirs traditionnels est un aspect du droit à l'autodétermination [Notre traduction] : « The protection of the rights of indigenous peoples in their traditional knowledge is an aspect of the right to self-determination. » Toutefois, V. Boisvert et A. Caron considèrent réducteur de ramener la lutte pour l'autonomie et la diversité culturelle à la seule définition des droits sur les savoirs. Voir Boisvert, V., Caron, A., « Biodiversité et appropriation. Une mise en perspective du point de vue de l'économie », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Scientifiques et Médicales Elsevier, Paris, 2002, pp. 87-113. Néanmoins, reconnaître des droits sur les savoirs, et notamment des droits de contrôler l'accès et l'utilisation de leurs savoirs, est déjà un grand pas en faveur de l'autonomie des communautés autochtones et locales.

[2558] En effet, l'art. 1er, al. 3 des Pactes internationaux dispose que les Etats sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de respecter ce droit.

[2559] Le point C des lignes directrices de Bonn énonce les principes fondamentaux concernant le consentement préalable. Une distinction doit notamment être opérée entre les ressources *in situ* (art. 31) et *ex situ* (art. 32) quant à l'obtention du consentement. Surtout, l'art. 15.3 de la Convention sur la diversité biologique dispose que les collections *ex situ* acquises avant l'entrée en vigueur de ladite Convention échappent aux dispositions relatives au consentement préalable.

de la Convention sur la diversité biologique, art. 7 du protocole de Nagoya, art. 19 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones) avant toute mesure normative les concernant. Un tel consentement nécessite d'être informé pour être donné en connaissance de cause[2560]. Certaines informations doivent alors nécessairement être mentionnées[2561]. Des conditions convenues préalablement d'un commun accord[2562] doivent également être conclues avec les communautés autochtones et locales (art. 15.4 de la Convention sur la diversité biologique, art. 7 du protocole de Nagoya) pour toute utilisation dans un but lucratif ou non lucratif. Au Pérou, les conditions d'un consentement préalable donné en connaissance de cause ainsi que des conditions convenues d'un commun accord sont prévues dans la loi de 2002[2563]. L'article 6 dispose que ceux voulant accéder au savoir collectif dans un but scientifique, commercial et industriel doivent demander le consentement préalable et informé des organisations représentatives des communautés autochtones et locales. Cette organisation représentative doit informer la majorité des communautés possédant le savoir concerné et doit prendre en compte leurs intérêts. L'article 7 de la loi de 2002 précise qu'en cas d'accès dans un but commercial ou industriel, une licence d'autorisation doit être signée et elle

[2560] La simple information des communautés n'est pas suffisante. Or, l'art. L. 412-7 du Code de l'environnement ne prévoit qu'une procédure d'information des communautés d'habitants en cas d'accès aux ressources génétiques. Seule une autorité administrative, et non la personne morale de droit public représentant les communautés, est compétente pour autoriser l'accès aux ressources génétiques. En revanche, l'utilisation de connaissances traditionnelles est soumise à une autorisation accordée au terme d'une procédure visant à recueillir le consentement préalable des communautés d'habitants concernées (art. L. 412-9 et L. 412-11 du Code de l'environnement). C'est à la personne morale de droit public de fixer un calendrier de consultation des communautés d'habitants concernées (art. R. 412-31 du Code de l'environnement). Une demande présentée sous forme d'un formulaire doit aussi être adressée au ministre chargé de l'environnement (art. R. 412-28 du Code de l'environnement).

[2561] D. Posey et G. Dutfield exposent que le consentement informé et donné en connaissance de cause nécessite de mentionner l'objectif de l'activité, l'identité des personnes responsables de l'activité et qui elles représentent, les bénéfices à l'égard des communautés autochtones et locales, les coûts, les risques et les inconvénients pour ces communautés, les activités alternatives possibles, les intérêts commerciaux et les utilisations prévues du matériel et des savoirs acquis. Aussi, les communautés autochtones et locales devraient obtenir préalablement la signature des utilisateurs voire des documents prouvant leur identité et leur autorisation par les autorités compétentes d'accéder et d'utiliser les ressources génétiques. Voir Posey, D., Dutfield, G. *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996. Par exemple, la décision n° 391 portant le régime commun de l'accès aux ressources génétiques de la communauté andine prévoit, à l'art. 18, qu'un dossier doit contenir différentes informations telles que la demande, l'identité du demandeur, du fournisseur et de la personne ou institution nationale d'appui, le site ou la région qui concerne la demande d'accès, les évaluations de l'impact environnemental, économique et social. L'art. 22 ajoute que le demandeur doit présenter l'ensemble des informations relatives à la ressource génétique et à ses dérivés (utilisations actuelles et potentielles de la ressource, du dérivé ou de l'élément intangible, durabilité et risques découlant de l'accès). Les déclarations faites par le demandeur ont valeur de déclaration sous serment.

[2562] L'art. 44 des lignes directrices de Bonn dresse une liste indicative des conditions convenues d'un commun accord, dont notamment le type et la quantité de ressources souhaités, la zone géographique ou écologique d'activité, les restrictions à l'utilisation des ressources, les possibilités de novation ou de renégociation de l'accord, la possibilité de transférer les ressources à des tiers, le traitement des données confidentielles et surtout le respect des savoirs « traditionnels » et de l'utilisation coutumière des ressources biologiques et génétiques ainsi que les modalités de partage des avantages résultant de leur utilisation et leur exploitation commerciale.

[2563] Loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques.

doit prévoir le partage des bénéfices. De même, au Brésil[2564] et au Costa Rica[2565], un double consentement est requis pour accéder aux savoirs « traditionnels » ainsi que des conditions convenues d'un commun accord. Il en est de même en Inde[2566] et au Portugal[2567] où l'autorisation doit être demandée à une autorité nationale plutôt qu'à un organisme local représentant les communautés autochtones et locales.

841. L'exercice prudent des exceptions. Le consentement préalable et les conditions convenues d'un commun accord ne devraient cependant pas être demandés ou conclus dans plusieurs situations. L'usage des savoirs dits « traditionnels » dans un contexte coutumier[2568], l'usage à caractère privé et sans finalité commerciale[2569] ou encore l'usage dans un but expérimental pour des études ou des recherches scientifiques[2570] devraient être libres. Il en est de même lorsque les savoirs « traditionnels » ne peuvent pas être attribués à une ou plusieurs communautés d'habitants ou lorsque leurs propriétés sont bien connues et ont été utilisées de longue date et de façon répétée en dehors des communautés d'habitants qui les partagent[2571]. Ces exceptions sont néanmoins à appliquer avec prudence. La seule exception légitime est celle permettant la libre utilisation des savoirs dans leur contexte coutumier. Les autres actes risquent, en revanche, de porter atteinte aux intérêts de la communauté lorsqu'ils sont utilisés

[2564] La mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs prévoit que l'accès aux savoirs traditionnels en rapport avec le patrimoine génétique doit être autorisé par un Conseil et sous réserve du consentement préalable du détenteur (art. 11.IV, b). De plus, l'art. 16 semble limiter la collecte d'échantillons et d'informations aux institutions publiques ou privées brésiliennes et l'art. 16.9 prévoit que l'autorisation d'accès aux savoirs traditionnels est soumise au consentement préalable de la communauté autochtone concernée, de l'organe compétent dont relève la zone d'accès protégée et du propriétaire du terrain privé auquel est demandé l'accès. En cas d'utilisation commerciale prévue, l'accès *in situ* aux savoirs traditionnels associés ne peut être accordé sans la signature d'un contrat d'utilisation du patrimoine génétique et de partage des avantages (art. 16.4).

[2565] Les art. 63.1-3 et 65 de la loi sur la biodiversité n° 7788, entrée en vigueur le 27 mai 1998, prévoient qu'il doit être demandé le consentement préalable donné en connaissance de cause par les représentants du lieu dont l'accès est demandé ainsi que l'approbation dudit consentement par le Bureau technique de la commission ou par l'autorité de la communauté autochtone, quand il s'agit d'un accès sur son territoire. L'art. 63.1-3 précise aussi que des conditions convenues d'un commun accord doivent être conclues par rapport au transfert de technologie et au partage des avantages.

[2566] La loi sur la diversité biologique de 2002 (*Biological Diversity Act*), entrée en vigueur le 5 février 2003, prévoit que la NBA (*National Biodiversity Authority*) donne son autorisation pour toute obtention d'un savoir dans un but de recherche ou dans un but commercial (art. 3.1). La NBA doit également préserver le partage des avantages en matière d'innovations et des pratiques liées à l'utilisation des ressources biologiques et des savoirs traditionnels associés, conformément aux modalités fixées d'un commun accord entre le déposant de la demande d'accès, les organismes locaux concernés et les ayants droit (art. 21.1). Si les savoirs résultent d'un accès de la part d'une personne ou d'un groupe particulier, la NBA doit obliger l'utilisateur à verser le montant directement à cette personne ou à ce groupe (art. 21.3).

[2567] Le Décret-loi n° 118/2002 du 20 avril 2002 prévoit que l'accès aux savoirs « traditionnels » à des fins d'étude, d'investigation, d'amélioration ou d'application biotechnologique est soumis à l'autorisation préalable du CoTeRGAPA, sur avis du titulaire de l'enregistrement (art. 7.1). En revanche, l'accès s'accompagne d'une condition de partage équitable des avantages par accord préalable directement avec le titulaire de l'enregistrement (art. 7.4).

[2568] Par exemple, les savoirs dits « traditionnels » relatifs à la médecine devraient être librement utilisables à des fins domestiques ou dans les hôpitaux au sein desquels se trouvent des détenteurs de savoirs « traditionnels ».

[2569] Le II. 2. de l'art. L. 412-5 du Code de l'environnement.

[2570] Art. 43 de la mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs

[2571] Le II. 1. e) et f) de l'art. L. 412-5 du Code de l'environnement.

en dehors de leur contexte traditionnel. En conséquence, les exceptions devraient seulement permettre des procédures plus rapides et faciles, comme il est déjà prévu dans le Code de l'environnement[2572].

842. La nécessité de prévoir des sanctions en cas de violation des obligations. À défaut d'avoir demandé le consentement préalable en connaissance de cause des communautés autochtones et locales ainsi que d'avoir conclu des conditions convenues d'un commun accord, les législations régionales[2573] et nationales prévoient des sanctions allant d'une amende[2574] jusqu'à la condamnation à des peines d'emprisonnement[2575] associées ou non à des sanctions complémentaires[2576].

843. Transition. Lorsqu'une protection positive attribue des droits aux communautés autochtones et locales, ces droits sont dotés de certaines spécificités.

[2572] En effet, le Code de l'environnement distingue les activités de recherche avec ou sans but commercial. Alors que les activités de recherche sans but commercial doivent respecter une procédure de simple déclaration (art. L. 412-7 du Code de l'environnement), les activités de recherche dans un but commercial doivent respecter une procédure d'autorisation (art. L. 412-8 du Code de l'environnement). Les modalités de la procédure de déclaration ou d'autorisation sont notamment présentées dans le décret n° 2017-848 du 9 mai 2017 relatif à l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et au partage des avantages découlant de leur utilisation. Cette distinction est la bienvenue car, comme le souligne A. Mendoza-Caminade, les pays ayant adopté de strictes législations ont découragé la recherche car les entreprises vont fuir vers des systèmes juridiques moins sévères afin de poursuivre leurs recherches et activités. Voir Mendoza-Caminade, A., « Biodiversité et propriété intellectuelle : à la recherche d'un modèle juridique », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, No. 105, 2014, pp. 105-111.

[2573] Par exemple, l'Accord OAPI (Organisation Africaine de la Propriété intellectuelle), à l'art. 96, prévoit que quiconque intentionnellement enfreint les dispositions de l'art. 73 (actes prohibés) est puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende conformément aux dispositions des législations nationales en la matière sans préjudice de tous dommages et intérêts.

[2574] Par exemple, au Brésil, la Mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs prévoit, en cas d'utilisation commerciale d'une manière contraire aux dispositions de la Mesure provisoire, un dédommagement équivalent aux 20% minimum du montant brut facturé découlant de la commercialisation du produit ou des redevances obtenues de tiers au titre de la concession d'une licence sur le produit ou le procédé, qu'il soit ou non protégé par des droits de propriété intellectuelle (art. 26). Aussi, au Costa Rica, la loi sur la biodiversité n° 7788, entrée en vigueur le 27 mai 1998, prévoit, en cas d'accès non autorisé, la condamnation à des amendes (art. 112) ainsi que l'engagement de la responsabilité civile et pénale en cas de dommages causés (art. 110). Mais encore, au Portugal, le Décret-loi n° 118/2002 du 20 avril 2002 prévoit que la violation de l'art. 3 relatif aux savoirs traditionnels est sanctionnée d'une amende allant de 100€ à 2500€ (art. 13) et la négligence est aussi punissable (art. 13.2). Dans le cas où la violation provient d'une entreprise alors le montant maximum peut aller jusqu'à 30 000€ (art. 13.3). Enfin, au Pérou, la loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques prévoit, à l'art. 62, la condamnation des tiers à des sanctions financières en cas de violation des droits des communautés autochtones et locales. Ces sanctions financières sont calculées selon le bénéfice économique réalisé et le préjudice économique causé et le montant peut doubler sans limitation tant que l'individu ne se conforme pas aux dispositions.

[2575] Par exemple, en Inde, l'art. 55 de la loi de 2002 prévoit une peine d'emprisonnement de cinq ans au maximum en cas de violation des articles 3, 4 et 6 de la loi exigeant l'autorisation du NBA pour l'obtention d'un savoir traditionnel associé aux ressources biologiques dans un but de recherche ou une utilisation commerciale ou encore pour toute demande de droits de propriété intellectuelle sur une invention basée sur toute recherche ou information sur la ressource biologique obtenue en Inde.

[2576] Au Brésil, l'art. 30 de la Mesure provisoire de 2001 prévoit diverses sanctions complémentaires telles qu'un avertissement, une amende, la saisie des produits obtenus à partir des informations liées aux savoirs, la suspension de la vente, un embargo, l'interdiction de l'activité, la suspension ou l'annulation de l'enregistrement du brevet, de la licence ou de l'autorisation. Dans le même sens, voir l'art. 14 du Décret-loi portugais et les art. 43, 45 et 49 de la loi péruvienne de 2002.

b) La spécificité des droits reconnus aux communautés détentrices de savoirs « traditionnels »

844. La reconnaissance de droits collectifs ou communautaires sur les savoirs dits « traditionnels ». Les droits reconnus aux communautés autochtones et locales devraient être exercés collectivement et en accord avec leur droit coutumier. L'article 2.5 de la Déclaration de Mataatua dispose expressément que les Etats doivent développer des droits de propriété intellectuelle et culturelle additionnels de nature collective. De même, la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones dispose, à l'article 31.1, que les communautés autochtones et locales ont « le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective (…) de ce savoir traditionnel (…) ». G.S. Nijar parle de « droits de propriété communautaires[2577] », c'est-à-dire que les communautés autochtones et locales sont gardiennes des savoirs[2578]. Le groupe de travail relatif à l'article 8-j). interprète les droits collectifs dans le sens où ils appartiennent en propre à une famille tout en demeurant des droits personnels. Cette conception renvoie à une personne qui ne se conçoit que comme élément d'une paire. L'OMPI explique néanmoins que même si des droits collectifs seraient détenus par une communauté, il est possible que des droits, y compris les droits classiques de propriété intellectuelle, soient reconnus individuellement aux auteurs d'innovations ou aux créateurs d'œuvres originales[2579]. Cependant, les droits collectifs porteront toujours directement sur les savoirs « traditionnels » tandis que les droits individuels porteront directement sur l'invention ou l'œuvre de l'esprit créée à partir des savoirs. Ces droits communautaires serviraient à protéger les savoirs dits « traditionnels » car, selon V. Boisvert et A. Caron, ils pourraient servir de « contre-modèle » et être opposables aux droits de propriété intellectuelle classiques[2580]. Ces droits pourraient être détenus par une organisation *ad hoc*

[2577] Nijar, G. S., « In Defence of Local Community Knowledge and Biodiversity : A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime », Penang (Malaisie), *Third World Network Paper 1*, 1996 ; Dans le même sens, Blakeney, M., « Communal Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples in Cultural Expressions », *The Journal of World Intellectual Property,* 1998, pp. 985-1002 ; Telesetsky, A., « 4. Traditional Knowledge : Protecting Communal Rights Through A Sui Generis System », *in The Cultural Heritage of Mankind*, The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye*,* Brill Online, 2008, pp. 297-354.

[2578] L'art. 2.1 de la Déclaration de Mataatua met en relief cette qualité de gardien et non de propriétaire des savoirs. Il n'y a donc pas de droits de propriété en tant que tels en termes de monopole exclusif mais plutôt une détention en *trust* pour le compte de la communauté, de ses ancêtres et des générations futures. Cette distinction dans les effets des droits de propriété s'explique par deux notions anglosaxonnes différentes. D'un côté, les *property rights* recouvrent des droits d'usage ou des rapports particuliers aux ressources sans nécessairement des attributs d'exclusivité. D'un autre côté, les *rights of ownership* renvoient au droit de propriété du droit romain. Ainsi, par exemple, la loi péruvienne de 2002 dispose, à l'art. 9, que les communautés autochtones et locales doivent préserver, développer et administrer leurs savoirs collectifs aussi bien pour le bénéfice des générations futures que pour celui des générations présentes.

[2579] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : synthèse des options de politique générale et des éléments juridiques », septième session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/7/6, 1er-5 novembre 2004.

[2580] Boisvert, V., Caron, A., « Biodiversité et appropriation. Une mise en perspective du point de vue de l'économie », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Scientifiques et Médicales Elsevier, Paris,

représentant les intérêts de la communauté à l'échelle locale[2581] et nationale sous la forme d'un *trust*[2582]. Ces organisations seraient d'autant plus pertinentes en raison des conflits pouvant apparaître au sein et entre les communautés[2583]. À l'échelle nationale, il serait intéressant de créer des organisations dont la mission est de protéger les savoirs « traditionnels » et d'aider les communautés[2584]. Par exemple, l'article L. 412-10 du Code de l'environnement prévoit qu'une personne morale de droit public (établissement public de coopération environnementale, établissements publics de l'Etat compétents en matière d'environnement, établissement public de coopération culturelle et environnementale) est désignée par décret dans chaque collectivité où est présente une communauté d'habitants détentrice de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

845. Les conséquences de la nature inaliénable et imprescriptible des droits. Les communautés réclament, par ailleurs, que les droits qui leur seront reconnus soient inaliénables et imprescriptibles, c'est-à-dire que si un accès ou une utilisation des savoirs est autorisé, ce ne seront que de simples concessions. Les communautés autochtones et locales demeureront

---

2002, pp. 87-113.

[2581] Par exemple, aux Philippines, la loi sur les droits des peuples autochtones prévoit des organisations indépendantes des communautés autochtones et locales ayant pour mission de protéger leurs intérêts. L'Etat doit reconnaître et respecter le rôle de ces organisations indépendantes ainsi qu'établir les moyens pour le développement des propres institutions des communautés. Voir Sections 19 et 20, Chap. IV de la loi sur les droits des peuples autochtones. De même, l'art. 14 de la loi péruvienne du 24 juillet 2002 prévoit l'établissement d'organisations représentatives des intérêts des communautés autochtones et locales. Les personnes souhaitant accéder aux savoirs collectifs à des fins scientifiques, commerciales et industrielles doivent solliciter le consentement préalable et informé des organisations représentatives des communautés. L'organisation représentative dont le consentement a été sollicité doit informer le plus grand nombre possible de communautés possédant les savoirs du fait qu'elle entre en négociation (art. 6).

[2582] A. Zerda-Sarmiento et C. Forero-Pineda proposent de créer un Conseil mondial des groupes ethniques. Voir Zerda-Sarmiento, A., Forero-Pineda, C., « Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques », *Revue internationale des sciences sociales,* No. 171, 2002, pp. 111-127. Aussi, l'ONG *Third World Network* propose que les droits intellectuels communautaires soient détenus pour le compte des communautés autochtones et locales, soit au niveau local (*constructive trustee*) par des chefs de la communauté, soit au niveau national (*higher trust*) par le gouvernement. Voir Posey, D., Dutfield, G. *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996. A. Telesetsky accueille, par ailleurs, favorablement la mise en place d'une organisation sous la forme d'un *trust* ayant pour fonction de gérer et de distribuer les bénéfices aux communautés, de veiller au respect du droit coutumier, de récupérer un savoir en danger ou perdu, de veiller au respect des intérêts de la communauté, d'être l'intermédiaire pour exprimer l'autonomie et l'identité de la communauté. La mise en place d'une telle organisation aurait pour avantage de reconnaître les communautés comme les gardiennes de leurs savoirs aptes à contrôler localement ces derniers et donc à préserver durablement leurs savoirs. Une telle organisation aiderait aussi les tiers à être en contact avec la communauté concernée et à négocier l'accès et le partage des bénéfices. Voir Telesetsky, A., « 4. Traditional Knowledge : Protecting Communal Rights Through A Sui Generis System », *in The Cultural Heritage of Mankind*, The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye*,* Brill Online, 2008, pp. 297-354.

[2583] En effet, les communautés autochtones et locales sont « avant tout un rassemblement de familles (…). La compétition entre groupes de parenté et l'hérédité des fonctions politiques et parfois religieuses constituent des sources importantes d'inégalité. L'absence d'un mécanisme de contrôle collectif sur le partage des avantages a été à l'origine de graves conflits (…) ». Ils donnent notamment l'exemple des *Kayapó*. Voir Aubertin, C., Pinton, F., et Grenand, P., « Savoirs traditionnels, populations locales et ressources globalisées », *in* Aubertin, C., Pinton, F., et Boisvert, V., (éds.), *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD éditions, 2007, spé. p. 184 et 190.

[2584] A. Telesetsky propose de protéger les savoirs « traditionnels » à l'échelle nationale par des médiateurs dénommés « *Community Ombusdman* » et « *Community Defender* ». Voir Telesetsky, A., *ibid*.

toujours détentrices de leurs savoirs et elles ne pourront que concéder l'exercice de leurs droits sur les savoirs et non céder les droits eux-mêmes[2585]. Ainsi, aucune aliénation n'est envisageable car les savoirs sont préservés pour une durée quasiment perpétuelle[2586]. Ces exigences se justifient par l'assimilation des savoirs à la vie privée et au droit moral, éléments des droits de la personnalité par nature inaliénables et imprescriptibles. De tels droits inaliénables et imprescriptibles sont déjà reconnus au Pérou. D'après l'article 12 de la loi péruvienne de 2002[2587], les droits sur les savoirs traditionnels sont inaliénables et imprescriptibles car ils font partie du patrimoine culturel des autochtones. Il ne faut cependant pas y voir une spécificité du régime *sui generis* de protection des savoirs. M.A. Hermitte expose que l'exigence d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité existe déjà avec le régime des indications géographiques[2588]. Elle souligne néanmoins que la spécificité des communautés autochtones et locales par rapport à leurs savoirs est qu'elles demandent plus qu'un droit au nom mais aussi des droits d'accès et d'utilisation.

846. Les mesures additionnelles à un régime *sui generis* de protection des savoirs dits « traditionnels ». L'efficacité d'un régime *sui generis* est, du reste, dépendante de la prise en compte d'autres mesures indirectes. Le groupe de travail relatif à l'article 8-j).de la Convention sur la diversité biologique insiste sur la restructuration des législations nationales en matière de droits fonciers car les terres autochtones constituent un contexte « écologicospirituel » des savoirs sur la diversité biologique. La perte des terres signifie alors l'appauvrissement voire la disparition des savoirs dits « traditionnels »[2589]. La sensibilisation du public est aussi nécessaire

[2585] Nous retrouvons ici la distinction étudiée dans les développements précédents entre la cession de l'exercice du droit moral et la cession de la substance du droit moral.

[2586] M.A. Hermitte explique que les pays du Nord ont accepté de faire durer les droits aussi longtemps que les savoirs remplissent les conditions qui en font des savoirs traditionnels : être produits, préservés et transmis dans un contexte intergénérationnel, être liés à l'identité et à la culture d'une communauté reconnue comme dépositaire ou gardien des savoirs. Voir Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 132.

[2587] Loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques.

[2588] Hermitte, M.A., *ibid*., p. 129.

[2589] Convention sur la Diversité Biologique, « Première phase révisée et deuxième phase du rapport de synthèse sur l'état et les tendances des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique », *Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée sur l'article 8 j) et les dispositions connexes à la Convention sur la Diversité Biologique*, 4ème réunion, Grenade (Espagne), UNEP/CBD/WG8J/4/4, 23-27 janvier 2006.

pour faire prendre conscience aux communautés autochtones et locales de la valeur de leurs savoirs[2590]. L'OMPI souligne que des initiatives politiques s'avèrent également nécessaires[2591].

847. Transition. Un régime de protection positive et défensive des savoirs dits « traditionnels » apparaît donc pertinent pour à la fois lutter contre les appropriations et utilisations indues des savoirs et assurer une sauvegarde et une transmission de ces derniers. À l'échelle nationale ou régionale, plusieurs Etats reconnaissent d'ailleurs expressément l'existence de droits pour garantir une protection positive au bénéfice des communautés autochtones et locales[2592].

2) Protection positive et législations *sui generis*

848. Le panorama des législations régionales ou nationales reconnaissant des droits aux communautés autochtones et locales. À l'échelle régionale, des pays se sont associés pour protéger positivement les savoirs. En Afrique de l'Est essentiellement a été adopté le Protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore[2593]. Aussi, les Décisions 391 et 486 de la communauté andine reconnaissent expressément l'existence de droits et le pouvoir de décision des communautés autochtones et locales sur leurs connaissances[2594]. En Afrique du Sud, la section 185 de la Constitution de 1996 requiert la création d'une Commission de promotion et de protection des droits des communautés culturelles, religieuses et linguistiques. Un des principaux objectifs de la commission est de promouvoir le respect des droits des communautés culturelles, religieuses et linguistiques. À l'échelle nationale, la Constitution des Philippines[2595] prévoit expressément

[2590] En effet, le problème vient essentiellement des gouvernements ou de la jeunesse autochtone qui ne voient plus l'utilité de préserver et transmettre les savoirs dits « traditionnels ». Voir Convention sur la Diversité Biologique, *ibid*.

[2591] En effet, des décisions politiques devraient faire prendre conscience de la valeur des savoirs dits « traditionnels » et de leur nécessaire protection. Aussi, elles devraient déterminer les formes de savoirs « traditionnels » existantes et celles nécessitant une protection juridique, présenter des objectifs généraux de protection et mettre en œuvre des mesures de sensibilisation des tiers à la protection de ces savoirs.

[2592] Sur ce point, voir le tableau constitué par l'OMPI présentant une compilation des régimes *sui generis* de protection des savoirs « traditionnels » au niveau national et régional (OMPI, « Compilation of Information on National and Regional *Sui Generis* Regimes for the Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions », Janvier 2021).

[2593] Le Protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore a été adopté en 2010 par 19 États membres de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO). Il délivre des droits appelés « droits exclusifs » aux communautés autochtones et locales détentrices de savoirs dits « traditionnels » dans le but d'autoriser et de donner un consentement préalable en connaissance de cause pour toute exploitation de ces savoirs (section 7).

[2594] Chapitre II, art. 7 de la décision n° 391 portant le régime commun de l'accès aux ressources génétiques ; Art. 3 de la décision n° 486 portant régime commun concernant la propriété industrielle.

[2595] *The 1987 Constitution of the Republic of the Phillipines.*

l'identification, le respect et la protection des droits des communautés culturelles indigènes et des peuples autochtones[2596] et une loi sur les droits des peuples autochtones[2597] vise à protéger leurs droits de propriété intellectuelle ainsi qu'à leur reconnaître le droit à l'identification de la pleine propriété, au contrôle et à la protection de leurs droits culturels et intellectuels[2598]. Mais encore, au Pérou, une loi de 2002 dispose expressément que l'Etat doit reconnaître les droits des communautés autochtones et locales à disposer de leurs savoirs collectifs[2599]. Quant au Panama, la législation[2600] reconnaît des droits collectifs de propriété intellectuelle aux communautés autochtones et locales[2601] leur donnant la capacité d'interdire aux tiers toute reproduction ou imitation de leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que de s'opposer à toute appropriation illicite de leurs savoirs traditionnels[2602]. Concernant le Brésil[2603], des droits sont délivrés aux communautés autochtones et locales dans le but de protéger les savoirs[2604]. Mais encore, au Costa Rica, les droits de propriété intellectuelle *sui generis* des communautés existent et sont juridiquement reconnus simplement du fait de l'existence de pratiques ou de savoirs culturels liés aux ressources génétiques et biochimiques[2605]. Enfin, au Portugal, un décret-loi[2606] ne vise pas expressément les communautés autochtones et locales mais plus largement toute personne, physique ou morale, tant publique que privée, portugaise ou étrangère, qui représente les intérêts de la région d'où le savoir en question est originaire (art. 9). Il est prévu que l'étendue des droits est différente selon la nature des savoirs[2607].

[2596] Art. II, Section 22 : « The State recognizes and promotes the rights of indigenous cultural communities within the framework of national unity and development. », c'est-à-dire que l'Etat reconnaît et promeut les droits des communautés indigènes et culturelles à travers le cadre de l'unité nationale et du développement [Notre traduction].

[2597] Loi sur les droits des peuples autochtones, 29 octobre 1997.

[2598] [Notre traduction]. Chap. VI, Section 34 de la loi sur les droits des peuples autochtones : « ICCs/IPs are entitled to the recognition of the full ownership and control end protection of their cultural and intellectual rights. »

[2599] Art. 1er de la loi n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques.

[2600] Loi n° 20 du 26 juin 2000 sur le régime spécial de propriété intellectuelle relatif aux droits collectifs des peuples indigènes pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels.

[2601] Le Chapitre 1er de la loi de 2002 consacre les droits collectifs autochtones en disposant que : « La présente loi a pour objet de protéger les droits collectifs de propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels des peuples autochtones (…) ».

[2602] Les droits collectifs de propriété culturelle et intellectuelle autochtone comprennent les arts, la musique, la littérature, les connaissances biologiques, médicales, écologiques et d'autres éléments et expressions n'ayant pas d'auteur ou de titulaire connu, ni de date d'origine et qui sont le patrimoine de tout un peuple autochtone.

[2603] Mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs.

[2604] Les savoirs sont protégés contre « toute utilisation et exploitation illicites et tout autre acte dommageable ou non autorisé » (art. 8) et dans le but d'empêcher des tiers non autorisés d'utiliser les savoirs traditionnels associés sans respecter la paternité ou d'effectuer des essais, des recherches ou des enquêtes sur ces savoirs (art. 9.II.a), de divulguer, de radiodiffuser ou de réémettre des données ou des informations contenant ou constituant des savoirs traditionnels associés (art. 9.II.b), ou encore de tirer parti de l'exploitation économique par des tiers de savoirs traditionnels dont les droits appartiennent à la communauté (art. 9.III).

[2605] Art. 82 de la loi sur la biodiversité n° 7788, entrée en vigueur le 27 mai 1998.

[2606] Décret-loi n° 118/2002 du 20 avril 2002.

[2607] Pour les savoirs traditionnels qui n'ont fait l'objet d'aucune utilisation industrielle ou sont inconnus du public en dehors de la communauté locale au sein de laquelle ils ont été élaborés, les détenteurs ont le droit de s'opposer à leur reproduction,

849. La réticence des pays développés à reconnaître des droits au bénéfice des communautés autochtones et locales. A. Sola en conclut que les pays développés reconnaissent difficilement des droits aux communautés autochtones et locales, contrairement aux pays en développement[2608]. Or, G. Filoche expose le risque que des recherches scientifiques des pays développés amènent à breveter, par exemple, certaines applications cosmétiques ou pharmaceutiques de plantes, sans que la position particulière des communautés autochtones ne soit *a priori* prise en compte, sauf si les acteurs le choisissent[2609]. En d'autres termes, cette position amène à ignorer et maintenir les comportements de « biopiraterie » au détriment des communautés autochtones et locales.

850. La protection limitée des savoirs « traditionnels » par les législations nationales et régionales. Même si des législations nationales et régionales existent, il leur est toutefois reproché de présenter un impact limité car les lois n'ont d'effets juridiques que dans le pays où elles ont été promulguées. L'appropriation illicite d'un savoir « traditionnel » dans un Etat donné par un tiers étranger peut amener à détenir légalement des droits de propriété intellectuelle dans l'Etat étranger. Néanmoins, les Etats peuvent et devraient s'accorder sur le fait qu'une loi nationale relative à la protection des savoirs « traditionnels » soit applicable et exécutoire dans d'autres juridictions. C. Correa explique que certains pays se sont déjà engagés à respecter le principe de réciprocité, notamment avec la Convention de la Haye de 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale[2610].

851. Transition. La mise en œuvre des législations nationales peut cependant être interprétée comme une première étape dans la création d'un régime international. La protection des savoirs « traditionnels » devrait en effet partir de l'échelle nationale et progressivement être reconnue à l'échelle internationale.

---

imitation ou utilisation directe ou indirecte à des fins commerciales par des tiers non autorisés, de céder, transférer ou licencier les droits, d'exclure de la protection les savoirs faisant l'objet d'un enregistrement spécifique au titre de la propriété industrielle (art. 3.4). En revanche, les détenteurs de tous les autres savoirs traditionnels ont le droit de protéger ces savoirs contre toute reproduction ou utilisation commerciale ou industrielle (art. 3.2). Enfin, lorsque les savoirs traditionnels sont tenus secrets, la protection se limite aux situations où leur enregistrement a été obtenu par des tiers de manière déloyale (art. 3.3).

[2608] Sola, A, « Quelques réflexions à propos de la convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. », *in* The Cultural Heritage of Mankind, *The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye,* Brill Online, 2008, pp. 487-528.

[2609] Filoche, G., *ibid*., p. 454.

[2610] Voir également la Convention de Bruxelles 72/454/CEE concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée le 27 septembre 1968 et la Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale du 16 septembre 1988.

3) Un régime *sui generis* à l'échelle internationale ?

852. Présentation et plan. La forme de l'instrument juridique international pour protéger les savoirs n'est pas encore déterminée, notamment sur sa nature contraignante ou non contraignante[2611]. L'absence d'un instrument multilatéral à caractère contraignant visant la protection et la sauvegarde des savoirs des communautés s'expliquerait par la difficulté d'établir un modèle unique ou universel. Il apparaît en effet difficile de protéger les savoirs « traditionnels » dans leur ensemble d'une façon qui réponde à l'ensemble des priorités et qui corresponde à l'environnement juridique et culturel au niveau national ainsi qu'aux besoins des communautés autochtones et locales de tous les pays[2612]. La création d'un instrument international[2613] ne pourrait néanmoins être qu'approuvée dans la mesure où il garantirait une harmonisation des législations nationales et régionales afin de réduire la complexité et les incertitudes juridiques[2614]. Un tel instrument permettrait aussi d'étendre la protection au-delà des frontières nationales et contribuerait à instituer un cadre juridique international établissant des normes minimales de protection. Les Etats prendraient alors conscience de l'urgence dans la protection des savoirs dits « traditionnels » et du respect de la paternité. Les communautés autochtones et locales, quant à elles, jouiraient de plus de légitimité dans leur appel à une meilleure reconnaissance et protection de leurs savoirs[2615]. Le comité intergouvernemental

[2611] Une simple recommandation commune aux Etats-membres de l'OMPI et non contraignante qui recommande aux Etats de regrouper les principes de base consacrés dans les traités internationaux traitant des savoirs traditionnels tels que la Convention sur la diversité biologique ou le Protocole de Nagoya pourrait peut-être convenir, en espérant qu'une telle recommandation créera une obligation morale à l'égard des Etats-membres de respecter lesdits principes. Mais, la question se pose de savoir s'il serait préférable de créer un accord international contraignant (convention, convention-cadre) notamment élaboré sur la base d'éléments législatifs communs aux niveaux national et régional liant tous les Etats parties à l'accord. Des mécanismes juridiques internationaux comportant des obligations plus précises pourront être négociés sous la forme de protocoles relevant de l'accord-cadre initial. Toutefois, le comité et l'Assemblée générale de l'OMPI n'ayant pas eux-mêmes compétence pour créer un instrument international contraignant, un processus distinct serait nécessaire pour adopter un texte de cette nature et pour que celui-ci entre en vigueur. Voir Ouma, M., « Savoir traditionnels : les défis du législateur au niveau international », *OMPI Magazine,* No. 1, février 2017 ; OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018.

[2612] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : synthèses des options de politique générale et des éléments juridiques », septième session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/7/6, 1er-5 novembre 2004.

[2613] Lorsque M.A. Hermitte pose quelques questions à J. Santilli, juriste, procureure du Ministère public brésilien, membre fondateur de l'ONG *Instituto Socioambiental*, sur comment devrait être interprété un régime *sui generis* de protection des savoirs des communautés autochtones et locales, celle-ci répond qu'il doit respecter le droit coutumier, délivrer des droits de nature collective et présenter une portée internationale. Voir Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 126.

[2614] Notamment sur la définition des savoirs, des titulaires de droits, des droits délivrés ainsi que des possibles exceptions à délimiter.

[2615] Le comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) de l'OMPI a créé, en 2005, un fonds de contributions volontaires destiné à faciliter la participation des communautés autochtones et locales au sein des négociations internationales accueillies par l'OMPI. Les points de vue de ces communautés peuvent alors être présentés et entendus lors des sessions du comité intergouvernemental. Au mois de février

(IGC) de l'OMPI a d'ailleurs concrétisé la possibilité d'un instrument juridique international en présentant un projet d'articles relatif à la protection *sui generis* des savoirs traditionnels[2616]. Ce projet d'articles présente de nombreux points positifs pour protéger de manière effective les savoirs « traditionnels » (a). Certains points semblent cependant à retravailler (b).

a) Les points positifs du projet d'articles du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) de l'OMPI

853. La protection directe des savoirs « traditionnels » par la détention de droits. L'intérêt du projet d'articles est de protéger les savoirs « traditionnels » positivement et/ou défensivement. Par la reconnaissance de droits, les communautés autochtones et locales sont assurées de conclure des conditions convenues d'un commun accord, y compris le partage juste et équitable des avantages et de donner leur consentement libre, préalable et en connaissance de cause pour tout acte relatif à leurs savoirs « traditionnels » (point 9). Ces communautés sont alors en droit de contrôler les utilisations commerciales de leurs savoirs et de les protéger contre les tiers qui revendiqueraient des droits de propriété intellectuelle. Un tel instrument international protégerait, de plus, l'ensemble des savoirs « traditionnels » et non seulement certains savoirs associés aux ressources génétiques et il garantirait une protection directe de ces derniers[2617]. Selon J. Anaya[2618], l'avantage du projet est qu'il inclut expressément les communautés autochtones et locales en tant que bénéficiaires directs des droits et des intérêts. L'article 4 dispose en effet, dans chacune des variantes, que les bénéficiaires sont les peuples autochtones et les communautés locales.

854. La portée des droits dépendante de la nature des savoirs. Lorsque des droits seront reconnus aux communautés détentrices de savoirs « traditionnels », leur portée sera différente

2014, le fonds était vide mais en 2017, l'Australie, Etat assurément concerné par le sujet des communautés autochtones et locales, a versé un don de 50 000$ australiens.

[2616] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : Projets d'articles », 34ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/34/5, 12-16 juin 2017 ; OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles », 39ème session, Genève, 18-22 mars 2019.

[2617] Dès le Préambule (Point 2), le projet rappelle la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones en soulignant que ces derniers disposent de droits pour préserver, contrôler, protéger et développer leur propriété intellectuelle sur leur patrimoine culturel, y compris leurs savoirs traditionnels. L'art. 2, variante 2 du projet d'articles dispose aussi que : « L'objectif du présent instrument est [d'assurer] [de favoriser] [l'utilisation appropriée] [la protection] des savoirs traditionnels dans le cadre du système de la propriété intellectuelle, conformément à la législation nationale, en reconnaissant les droits des [détenteurs de savoirs traditionnels] [bénéficiaires].] »

[2618] Anaya, J., « Etude technique des principales questions relatives à la propriété intellectuelle dans les projets d'instruments de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles », *Document d'information de l'OMPI,* 33ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/33/INF/9*,* 27 février – 3 mars 2017.

selon la nature des savoirs en question. Le projet d'articles distingue notamment les savoirs dont l'accès est restreint des savoirs peu diffusés[2619]. Il apparaît néanmoins difficile en pratique de distinguer ces deux formes de savoirs. Il semblerait que le projet d'articles ait voulu protéger davantage les savoirs secrets ou sacrés par rapport aux savoirs qui sont peu diffusés sans être secrets ou sacrés. Le manque de clarté est toutefois renforcé par le dernier paragraphe de la variante 2 qui énonce que les savoirs traditionnels peu ou largement diffusés, dont le droit et les pratiques coutumiers ou bien le consentement préalable donné en connaissance de cause n'ont pas été respectés, peuvent bénéficier de la protection des savoirs secrets ou sacrés compte tenu de l'ensemble des circonstances particulières (faits historiques, droits coutumier et autochtone, législations nationales et internationales, preuve des dommages culturels). L'article 5 est, par ailleurs, intéressant dans la mesure où il souligne expressément l'existence de droits inspirés du droit d'auteur, et notamment le droit moral[2620]. La portée du droit moral est alors modulée selon que les savoirs sont largement diffusés ou restreints[2621].

855. Une protection positive alliée à une protection défensive des savoirs dits « traditionnels ». Le projet d'articles prévoit, en outre, la mise en place d'une protection défensive des savoirs « traditionnels » par les bases de données[2622]. L'article 5 présente l'avantage d'harmoniser les normes minimales concernant les éléments requis dans la base[2623]. Ces bases de données nationales pourraient être élaborées pour différents buts[2624] et peuvent être accessibles au public (art. 5 bis, 1) ou bien uniquement accessibles aux offices de propriété intellectuelle (art. 5 bis, 2).

[2619] Pour ces derniers, les Etats membres doivent prendre des mesures pour assurer le partage juste et équitable des avantages et reconnaître le droit moral de paternité et à l'intégrité des savoirs. Cependant, les communautés n'auraient pas de droits exclusifs pour contrôler et empêcher l'accès ou l'utilisation des savoirs.

[2620] Effectivement, les variantes de l'art. 5 précisent que doivent être protégés les droits patrimoniaux et moraux des communautés autochtones et locales (variante 1 et 4) ou bien l'unique droit moral de ces dernières (variante 2).

[2621] Ce sujet est davantage étudié dans les développements précédents de ce chapitre (Section I, Paragraphe I) relatifs à la portée du droit moral selon les formes de connaissances.

[2622] Effectivement, l'art. 5 bis donne pour mission aux États membres de s'efforcer de faciliter et d'encourager l'élaboration de bases de données nationales sur les savoirs « traditionnels » dans lesquelles les bénéficiaires peuvent volontairement mettre à disposition leurs savoirs.

[2623] Selon l'art. 5 bis, 4 (f.ii), le contenu de la base doit être rédigé dans des langues pouvant être comprises par les examinateurs de brevets, comprendre des informations écrites et orales concernant les savoirs « traditionnels » ainsi que des informations sur l'état de la technique concernant les savoirs « traditionnels ». L'art. 5 bis, 5 précise que la codification des données orales relatives aux savoirs « traditionnels » peut être réalisée par les autorités nationales.

[2624] Elles peuvent en effet être créées dans le seul but de codifier et conserver les savoirs « traditionnels » au sein des communautés autochtones et locales et donc être accessibles uniquement aux bénéficiaires (art. 5 bis, 3). L'objectif peut aussi être uniquement de prévenir la délivrance indue de brevets ou la divulgation, l'acquisition ou l'utilisation par des tiers sans le consentement des bénéficiaires d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes. L'art. 5 bis, 4 exige alors que les savoirs soient secrets et présentent une valeur.

856. Des sanctions et une durée de protection adaptées. En termes de sanctions et de durée de protection, le projet d'articles laisse une marge d'appréciation à chaque Etat membre. En cas de violation des droits des communautés autochtones et locales, l'article 6 laisse les Etats membres décider des mesures juridiques ou administratives dès lors qu'elles sont appropriées, efficaces, dissuasives et proportionnées pour remédier à la violation des droits. Le projet d'articles souligne toutefois que les procédures ne devraient pas représenter une charge pour les détenteurs des savoirs « traditionnels ». À propos de la durée de la protection, il revient aux Etats de déterminer cette durée mais l'article 10 sous-entend que la protection peut durer perpétuellement puisque aucune limite n'est précisée. La protection pourrait durer aussi longtemps que les savoirs remplissent les critères de l'article 3 déterminant les critères des savoirs « traditionnels ».

857. Transition. Certaines dispositions du projet d'articles ne sont cependant pas encore pleinement satisfaisantes pour établir une protection efficace des savoirs « traditionnels ».

b) Les points du projet d'articles du comité intergouvernemental (IGC) de l'OMPI à retravailler

858. Une attention particulière à la définition de l'illicéité de l'appropriation et de l'abus dans l'utilisation. Le projet d'articles s'attache d'abord à définir l'appropriation illicite et l'utilisation abusive pour garantir une protection effective des savoirs « traditionnels ». La définition de l'illicéité de l'appropriation ou de l'abus dans l'utilisation (variantes 2) comme l'utilisation des savoirs « traditionnels » acquis par des moyens abusifs ou par abus de confiance induisant une violation de la législation peut cependant poser problème. J. Anaya souligne que cela revient à admettre que si la législation nationale ne protège pas les savoirs « traditionnels », il ne peut alors pas y avoir d'utilisation abusive voire d'appropriation illicite lorsque ces éléments du patrimoine culturel sont utilisés par des personnes autres que celles qui les génèrent ou qui les créent. Or, l'utilisation abusive devrait plutôt être définie comme l'accès et l'utilisation aux savoirs « traditionnels » sans le consentement des personnes concernées. La première variante de l'appropriation illicite devrait, en outre, être privilégiée. Elle définit l'appropriation illicite comme l'accès aux savoirs « traditionnels » ou l'utilisation sans consentement libre, préalable et en connaissance de cause ou sans approbation et participation et, le cas échéant, dans des conditions n'ayant pas été mutuellement convenues, à quelque fin que ce soit.

859. La nécessité d'approfondir les objectifs relatifs à la protection des savoirs dits « traditionnels ». Le projet d'articles est, de plus, décevant au niveau de ses objectifs car il insiste sur l'objectif de protéger les savoirs « traditionnels » sans souligner expressément l'objectif de préservation, de promotion et de transmission de ces derniers. L'article 2 donne les différents objectifs selon les différentes variantes. Les variantes 1 et 2 restent fidèles aux objectifs des droits de propriété intellectuelle, c'est-à-dire protéger les savoirs traditionnels pour empêcher l'appropriation illicite, protéger la création et l'innovation, empêcher la délivrance indue de droits de propriété intellectuelle et assurer le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des savoirs traditionnels. Quant à la variante 3, elle vise à garantir le libre accès aux savoirs qui sembleraient tous être dans le domaine public[2625].

860. Des exceptions nécessairement conditionnées. Des exceptions sont, par ailleurs, prévues à l'article 9 à condition qu'elles ne portent pas atteinte de manière injustifiée aux intérêts des bénéficiaires ni ne portent indûment préjudice à la mise en œuvre du présent instrument[2626]. Cette condition rappelle le triple test appliqué aux exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins[2627]. La variante 2 devrait être favorablement accueillie puisqu'elle ajoute que les exceptions et limitations doivent être adoptées par les Etats membres avec le consentement libre, préalable et en connaissance de cause ou la participation des bénéficiaires ainsi que respecter certaines conditions[2628]. Si les savoirs traditionnels sont sacrés ou secrets, il est prévu que les Etats membres ne devraient ou ne doivent pas établir d'exceptions et de limitations si les dommages risquent d'être irréparables[2629]. Certaines exceptions prévues dans le projet d'articles peuvent en effet apparaître contraires aux intérêts des communautés autochtones et locales. Par exemple, la création d'une œuvre originale inspirée des savoirs

[2625] En effet, la troisième variante souligne que l'objectif est de contribuer à la protection de l'innovation, au transfert et à la diffusion des savoirs dans l'intérêt mutuel des détenteurs et des utilisateurs des savoirs traditionnels, de reconnaître l'intérêt d'un domaine public dynamique, l'ensemble des connaissances librement accessibles à tous, ainsi que la nécessité de protéger, préserver et renforcer le domaine public ou encore empêcher l'octroi indu de droits de propriété intellectuelle sur des savoirs traditionnels.

[2626] Variante 1 de l'art. 9.

[2627] L'art. 9.2 de la Convention de Berne exige en effet que les exceptions soient limitées à des cas spéciaux, qu'elles ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qu'elles ne portent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

[2628] Notamment mentionner les bénéficiaires chaque fois que possible, l'exception ne doit être ni offensante ni dégradante pour les bénéficiaires, l'exception doit être compatible avec l'usage loyal et ne doit pas porter atteinte à l'utilisation normale des savoirs traditionnels par les bénéficiaires. Aussi, elle ne doit causer aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes des bénéficiaires.

[2629] Art. 9.2 de la variante 2.

traditionnels[2630] ou l'exception sur les savoirs obtenus à partir d'une publication imprimée[2631] apparaissent dangereuses car elles ont pu être obtenues sans le consentement préalable des communautés autochtones et locales et porter atteinte à leurs intérêts[2632]. D'autres exceptions semblent plus justifiées puisqu'elles permettent l'appropriation des savoirs obtenus auprès d'un ou plusieurs détenteurs de savoirs « traditionnels » avec leur consentement préalable, libre et en connaissance de cause[2633]. Mais, encore faut-il que ce consentement n'ait pas été donné par un seul membre isolé de la communauté, sauf s'il a été décidé que ce membre représente les intérêts de celle-ci. Concernant l'exception relative à la préservation, l'exposition, la recherche et la présentation dans les archives, bibliothèques, musées ou institutions culturelles à des fins non commerciales[2634] elle serait justifiée à la condition que les savoirs ne soient pas secrets ou sacrés. Il est, en revanche, difficile d'interdire l'utilisation des savoirs créés de manière indépendante[2635] ou légalement dérivés de sources autres que le bénéficiaire[2636].

861. Transition. Bien que ce projet de textes soit une avancée dans la protection des savoirs des communautés autochtones et locales, il reste encore des améliorations à apporter aussi bien au niveau des définitions des termes, que sur la détermination des objectifs et des conditions d'application des exceptions.. Puisque les communautés autochtones et locales devraient bénéficier d'un régime *sui generis* de protection des savoirs « traditionnels » incluant un droit moral, il s'avère nécessaire d'exposer pourquoi la reconnaissance d'un tel droit est si fondamentale.

PARAGRAPHE II. L'IMPORTANCE DU DROIT MORAL JUSTIFIEE PAR LA PREVALENCE DES INTERETS EXTRAPATRIMONIAUX

862. Présentation et plan. La reconnaissance d'un droit moral au bénéfice des communautés détentrices de savoirs « traditionnels » apparaît primordiale car l'objectif principalement recherché par les communautés autochtones et locales est de protéger leurs intérêts extrapatrimoniaux. Les autres détenteurs, en revanche, privilégient majoritairement la

[2630] Art. 9.3, d) et 9.4, b) de la variante 2.
[2631] Art. 9.6, a) de la variante 2.
[2632] D'ailleurs, la première exception est mentionnée entre crochets dans le projet d'articles, ce qui prouve l'incertitude sur sa légitimité.
[2633] Art. 9.6, b) de la variante 2.
[2634] Article 9.3, a) et b) et article 9.4, a) de la variante 2.
[2635] Article 9.5, a) de la variante 2.
[2636] Article 9.5, b) de la variante 2.

protection de leurs intérêts patrimoniaux. Cette différenciation s'explique notamment par la confrontation des détenteurs à des problèmes différents. Alors que les savoirs des pays développés font essentiellement l'objet d'enclosure, les savoirs des communautés autochtones et locales sont victimes d'exclosure[2637]. Par exemple, un utilisateur de savoirs « traditionnels » n'est généralement pas tenu de reconnaître le fournisseur ou la source de ces savoirs. L'utilisateur n'est pas non plus tenu de traiter les savoirs avec respect risquant de commettre des utilisations culturellement offensantes ou portant atteinte à l'authenticité ou à l'intégrité des savoirs. Par conséquent, les communautés autochtones et locales devraient nécessairement détenir un droit moral dans le but de protéger leurs intérêts extrapatrimoniaux. L'OMPI appelle à la reconnaissance de deux intérêts présentant une importance primordiale pour les communautés[2638] : la reconnaissance des communautés elles-mêmes (A) et le respect de l'intégrité des savoirs (B).

A) Les intérêts relatifs à la reconnaissance des communautés autochtones et locales

863. L'opportunité d'une protection assurant le respect de la paternité des savoirs. La paternité des communautés autochtones et locales n'est pas respectée ni protégée car la plupart de leurs savoirs sont appropriés indument par les tiers et sans autorisation. L'Accord sur les ADPIC tend d'ailleurs à être critiqué car il ne protègerait que les intérêts des pays développés[2639]. Cette tendance particulièrement présente en droit des brevets a alors amené à constater l'existence de comportements de « biopiraterie ». Dès lors, le droit moral servirait à garantir la paternité des savoirs dits « traditionnels » et légitimerait le pouvoir de contrôle de leur accès et de leur utilisation par les communautés détentrices. R. Tsosie souligne que les communautés autochtones et locales appellent effectivement à des droits de propriété de nature culturelle et non uniquement économique pour freiner l'appropriation indue de leur culture, et

[2637] Cet effet d' « exclosure » est aggravé par la nature des savoirs. Comme le souligne I. Moine : « La particularité peut-être majeure du bien information tient peut-être au fait que sa transmission n'est pas privatrice mais multiplicatrice. Celui qui le transmet n'en perd pas la connaissance, ni parfois l'utilisation (…). Autrement dit, plus l'information circule, plus il y a de gens informés. » Voir Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 355. Or, les savoirs des communautés autochtones et locales sont victimes d'une « exclosure » lorsqu'ils circulent alors qu'ils ont été appropriés indument et sans l'autorisation de leurs détenteurs initiaux.

[2638] OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018, spé. p. 32.

[2639] En effet, cet accord aurait pour objectif d'empêcher le prétendu piratage par les pays en développement des inventions et des produits des pays développés mais il reste muet sur l'appropriation des savoirs des communautés autochtones et locales par les pays développés et notamment par les grandes entreprises du Nord. Voir Busingye, J., Keim, W., « Un champ de bataille politique : négocier un espace protégé pour les savoirs autochtones et traditionnels dans le système capitaliste », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales*,* N. 195, Vol. 1, 2010, pp. 47-66, spé. p. 48.

particulièrement de leurs savoirs[2640]. La reconnaissance d'un droit moral servirait donc à ne plus ignorer totalement la paternité des communautés autochtones et locales et à établir un équilibre entre les intérêts de ces dernières et des tiers.

864. La nécessité de reconnaître les communautés autochtones et locales et leur rôle dans la création des savoirs. La protection des savoirs par le droit moral aurait, de plus, pour conséquence de reconnaître l'existence des communautés autochtones et locales elles-mêmes. Comme le souligne A. Telesetsky[2641], les communautés ont besoin d'être reconnues comme des communautés auto-identifiées à l'intérieur d'un Etat. Or, les communautés autochtones et locales ont longtemps été ignorées par les Etats[2642]. C. Oguamanam[2643] expose que ces communautés étaient considérées comme incapables de participer intellectuellement au traitement des ressources naturelles et leur système économique était perçu comme inefficace. C'est pourquoi il apparaissait urgent de lui substituer le modèle économique dit « civilisé ». Leurs terres étaient, par ailleurs, considérées comme des « *terra nullius* » librement appropriables car considérées comme peu, pas ou mal exploitées. Au XIXème siècle, les communautés n'ont pas pu participer à l'adoption des traités internationaux relatifs à la propriété intellectuelle, notamment la Convention de Paris et la Convention de Berne. Actuellement, des améliorations en termes de reconnaissance des communautés autochtones et locales se font jour[2644]. Les politiques et programmes nationaux de développement fournissent de plus en plus d'efforts pour garantir la participation pleine et entière des communautés

[2640] Tsosie, R., « Indigenous Peoples' Claims to Cultural Property : A Legal Perspective », *Museum Anthropology*, Vol. 21, No. 3, pp. 5-11.

[2641] Telesetsky, A., « 4. Traditional Knowledge : Protecting Communal Rights Through A Sui Generis System », *in* The Cultural Heritage of Mankind, *The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye,* Brill Online, 2008, pp. 297-354, spé. p. 326.

[2642] En France, depuis la Révolution, la mise en place d'un compromis républicain et d'un dispositif institutionnel centralisateur a pour conséquence d'effacer les différences culturelles pour garantir le principe d'égalité. Aussi, à l'époque de la colonisation, les structures coloniales ont facilité l'ignorance des savoirs des communautés autochtones et locales ou l'appropriation de leurs terres. Voir Cegarra, M., Verdeaux, F., « Introduction », *in* Bérard, L., Cegarra, M., Djama, M., Louai, S., Marchenay, P., Roussel, B., Verdeaux, F., *Biodiversité et savoirs naturalistes locaux en France*, Cirad, Iddri, Inra, 2005, p. 19.

[2643] Oguamanam, C., « Local Knowledge as Trapped Knowledge : Intellectual Property, Culture, Power and Politics », *The Journal of World Intellectual Property,* Vol. 11, No. 1, 2008, pp. 29-57, spé. p. 33.

[2644] Par exemple, l'existence des communautés Kanak a été reconnue par l'Accord de Nouméa (Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, JORF n°121 du 27 mai 1998, page 8039). Voir Graff, S., « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes,* No. 134, 2012, pp. 61-83. Aussi, la Charte des Nations unies signée à San Francisco, le 26 juin 1945, reconnaît le principe d'égalité des droits et d'autodétermination des peuples aux art. 1, 13, 55 et 56. Mais encore, les deux Pactes internationaux affirment, à leur art. 1er, que tous les peuples ont droit à l'autodétermination et que, en vertu de ce droit, ils sont libres de choisir leur statut politique et d'œuvrer à leur développement économique, social et culturel. Surtout, la Convention n° 107 de l'OIT relative aux populations aborigènes et tribales entrée en vigueur le 2 juin 1959, la Convention n° 169 de l'OIT relative aux peuples indigènes et tribaux et enfin la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en 2007 jouent un rôle majeur dans la reconnaissance des communautés autochtones et locales.

autochtones et locales. Par exemple, un fonds de contribution volontaire a été créé au sein de plusieurs organisations internationales[2645]. Elles ont néanmoins dans ce cadre qu'une voix délibérative et ne peuvent pas prendre part au vote. Des progrès en termes de reconnaissance sont encore à poursuivre, d'autant plus que certains instruments juridiques ignorent encore ces communautés. Par exemple, l'Accord sur les ADPIC ignore aussi bien les communautés autochtones et locales que leurs savoirs.

865. Une reconnaissance des communautés autochtones et locales passant par l'acceptation de leur autonomie. Les communautés autochtones et locales demandent une réelle reconnaissance de leur existence[2646], notamment par l'admission de leur autonomie. Elles demandent que soient garanties leur participation à l'organisation politique et sociale de l'Etat ainsi que la reconnaissance de leurs spécificités culturelles par la juxtaposition d'un statut juridique particulier aux règles civiles. Les communautés autochtones et locales appellent ainsi à la reconnaissance internationale de leur droit à l'autodétermination[2647]. Ce droit a connu un nouvel essor grâce à la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones de 2007[2648], et plus précisément en son article 3[2649]. Comme le souligne M.A. Hermitte[2650], les

[2645] L'OMPI a mis en place un fonds de contributions volontaires depuis 2005 (mais aussi l'ONU dès 1985) dans le but d'assurer la participation des communautés autochtones et locales et d'autres détenteurs ou dépositaires traditionnels de savoirs traditionnels aux travaux de l'OMPI et notamment pour les sessions du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore. Les ressources du Fonds proviennent exclusivement des contributions volontaires des gouvernements, organisations non gouvernementales et autres entités publiques ou privées. Voir OMPI, « Participation des communautés autochtones et locales : Fonds de contributions volontaires », *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, 29ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/29/3, 15-19 février 2016.

[2646] Cette reconnaissance comprend notamment le rôle des femmes car l'évolution du rôle des femmes et l'absence de reconnaissance dans la préservation des savoirs menacent l'utilisation et la durabilité des savoirs dits « traditionnels ».

[2647] Le droit à l'autodétermination est apparu progressivement dans différents textes juridiques. La notion d'autonomie des communautés autochtones et locales est utilisée dès le rapport de J.M. Cobo en 1986 dans le cadre de la Sous-Commission des droits de l'homme pour la prévention de la discrimination et la protection des minorités. Puis l'OIT, dans la Convention 169, consacre la spécificité des cultures tribales et en déduit différents droits politiques. Au sein du GTPA, E.I. Daes expose la pertinence d'un droit à l'autodétermination en soulignant que : « La protection de la propriété culturelle et intellectuelle devrait dépendre pour l'essentiel de l'exercice des droits territoriaux et du droit des peuples autochtones à disposer d'eux-mêmes (…) ». Voir Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 120-121. Mais encore, le droit à l'autodétermination est inscrit à l'art. 1er du pacte international relatif aux droits civils et politiques et du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et l'alinéa 3 prévoit que les Etats sont tenus de faciliter la réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de respecter ce droit.

[2648] La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones a été adoptée par l'Assemblée Générale le 13 septembre 2007 à la majorité de 143 Etats pour 4 voix contre (Australie, Canada, Nouvelle-Zélande, Etats-Unis) et 11 abstentions (Azerbaïdjan, Bengladesh, Bhoutan, Burundi, Colombie, Géorgie, Kenya, Nigéria, Russie, Samoa et Ukraine). Cependant, les quatre pays ayant voté contre supportent désormais la Déclaration depuis 2009 et 2010.

[2649] L'art. 3 de la Déclaration de 2007 précise que : « Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».

[2650] Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135, spé. p. 116.

autochtones y sont reconnus comme des « peuples distincts »[2651] ayant un droit à l'autodétermination. Ce terme peut néanmoins susciter une certaine méfiance, en particulier pour les Etats qui traduisent l'autodétermination en termes d'indépendance et de sécession. Or, l'autodétermination pour les communautés autochtones et locales est davantage interprétée comme la délivrance de droits dans le but de développer leurs propres cultures, systèmes de connaissances et formes d'organisation sociale[2652]. E.I. Daes[2653] explique que ce droit à l'autodétermination crée un droit de participer à la conduite de l'Etat sous des formes collaboratives[2654] et à la reconnaissance de certaines formes d'autonomie sans reconnaître une totale indépendance. J. Anaya souligne d'ailleurs que l'autodétermination n'implique pas que chaque peuple possède un Etat indépendant ni que les peuples sans Etats ne possèdent que des droits individuels[2655]. Dans le même sens, R. Stavenhagen[2656] explique que le droit à l'autodétermination n'implique pas un droit de sécession (autodétermination externe) mais plutôt la reconnaissance d'une autonomie gouvernementale sur les affaires intérieures et locales impliquant des droits culturels, économiques et politiques[2657] à l'intérieur de l'Etat sur les décisions et mesures qui les affectent (autodétermination interne)[2658]. A.R. Montes et G.T. Cisneros en concluent que l'autodétermination des communautés autochtones et locales

[2651] De même, E.I. Daes insiste sur la reconnaissance des communautés autochtones et locales en tant que « peuple distinct » lorsqu'elle déclare que : « Les peuples autochtones peuvent se joindre aux autres peuples qui constituent l'Etat (…). Ce processus ne requiert pas l'assimilation des individus, en tant que citoyens comme les autres, mais la reconnaissance et l'incorporation, dans la fabrication de l'Etat et par agrément, de peuples distincts. » Cité par Anaya, J., « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, L'Harmattan, Paris, 2013, p. 194.

[2652] Dans le même sens, J. Anaya explique que l'autodétermination doit être entendue comme l'habilitation à maîtriser leurs propres destins et à vivre au sein d'institutions et de gouvernements qu'ils ont choisis. Voir Anaya, J. *ibid*., p. 189.

[2653] Daes, E.I., « Prévention de la discrimination et protection des peuples autochtones - Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles », *Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme*, 56ème session, Conseil économique et social des Nations unies, 2004, *E/*CN.4/Sub.2/2004/30 et Add.1, 2004, spé. p. 8.

[2654] Dans le même sens, A.R. Montes et G.T. Cisneros soulignent que : « Le droit à l'autodétermination pour les peuples autochtones doit se voir dans un contexte positif, comme base de dialogue et de partenariat, comme catalyseur d'une participation effective à la construction de l'Etat et comme base de l'édification d'une nouvelle relation entre les peuples autochtones et l'Etat en termes de respect mutuel, encourageant la paix, le développement, la coexistence et les valeurs communes. » Voir Montes, A.R., Cisneros, G.T., « La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones : base d'une nouvelle relation entre les peuples autochtones, les Etats et les sociétés », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre,* L'Harmattan, Paris, 2013, spé. p. 157. Aussi, J. Anaya explique qu'il est recherché un monde dans lequel les frontières officielles de l'Etat ne déterminent plus la préséance des communautés et de l'autorité. Voir Anaya, J., *op. cit*., p. 191.

[2655] Anaya, J., *op. cit*.

[2656] Stavenhagen, R., « Comment rendre la Déclaration effective », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *op. cit*., p. 364.

[2657] Ces droits sont inscrits dans la Déclaration des droits des peuples autochtones, en particulier à l'art. 4 (droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche aux affaires intérieures et locales, droit de disposer des moyens de financer des activités autonomes), à l'art. 5 (droit de maintenir et de renforcer les institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles, droit de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'Etat), à l'art. 18 (droit de participer à la prise de décisions par l'intermédiaire des représentants, droit de conserver et développer leurs propres institutions décisionnelles) et à l'art. 32 (consultation des communautés autochtones et locales et coopération de bonne foi à travers les institutions représentatives afin d'obtenir le consentement libre et informé).

[2658] L'Australie, la Nouvelle-Zélande et les Etats-Unis appellent à la modification de l'art. 3 de la Déclaration des droits des peuples autochtones pour que le droit à l'autodétermination soit interprété dans ce sens.

préserve l'intégrité territoriale de l'Etat car ces dernières entretiennent davantage une relation spirituelle avec le territoire[2659]. Le droit à l'autodétermination comporte alors deux aspects : l'autonomie de gouvernement et l'engagement participatif[2660]. L'article 46 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones[2661] a cependant pu être interprété comme une limitation du droit à l'autodétermination des communautés autochtones et locales[2662]. Mais, selon A.R. Montes et G.T. Cisneros, ce principe peut être tempéré car il n'est pas absolu et il est important d'invoquer une interprétation intégrale et cohérente des normes et des principes contenus dans la Déclaration pour éviter les interprétations à double sens ou discriminantes[2663]. Ainsi, la reconnaissance d'un droit moral pour les communautés autochtones et locales serait un progrès supplémentaire dans la reconnaissance des communautés elles-mêmes qui, par ce droit, pourront gérer et contrôler leurs propres savoirs.

866. Les mesures politiques et juridiques garantissant la reconnaissance des communautés autochtones et locales. La reconnaissance des communautés autochtones et locales devrait d'abord passer par un changement symbolique ou culturel et notamment par la revalorisation des identités méprisées, la valorisation de la diversité culturelle et la transformation des modèles sociétaux de représentation[2664]. N. Fraser parle d'une « parité de participation » passant par une égalité dans la distribution des ressources matérielles pour assurer l'indépendance ainsi qu'une égalité des chances et de respect des participants par les modèles institutionnalisés d'interprétation et d'évaluation[2665]. Les institutions politiques et juridiques ont, de plus, un rôle à jouer pour garantir la reconnaissance des communautés autochtones et locales[2666]. Ces dernières vont légitimer la reconnaissance en la rendant

[2659] Le territoire est interprété comme une totalité symbolique de l'espace dans lequel se développe la culture autochtone comprenant la terre mais aussi les dimensions du paysage sacré, les rituels et les mythes associés. Les communautés autochtones et locales recherchent à maintenir et renforcer cette relation spirituelle et non une propriété ou une possession des terres, territoires et ressources. Ainsi, l'art. 26 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones devrait être interprété en ce sens. Voir Montes A.R., Cisneros, G.T., « La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones : base d'une nouvelle relation entre les peuples autochtones, les Etats et les sociétés », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en oeuvre,* L'Harmattan, Paris, 2013, spé. p. 139.

[2660] Anaya, J., *ibid*., p. 194.

[2661] La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones a été adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU le 13 septembre 2007.

[2662] L'art. 46 dispose que : « Rien dans la déclaration ne se comprendra comme autorisant ou favorisant une quelconque action menée pour démembrer ou amoindrir l'intégrité territoriale ou l'unité politique des Etats souverains et indépendants. »

[2663] Le concept d'« intégrité territoriale » peut être interprété autrement que comme désignant les « territoires » des Etats. Il peut aussi s'utiliser pour garantir l'intégrité territoriale des communautés autochtones et locales, sur le fondement notamment de l'art. 26 qui reconnaît le concept de « territoire autochtone ». Voir Montes, A.R., Cisneros, G.T., *op. cit*., p. 165.

[2664] Fraser, N., « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du M.A.U.S.S.*, No. 23, 2004, pp. 152-164.

[2665] Fraser, N., *ibid*.

[2666] S. Haber insiste sur le rôle de l'Etat pour garantir la reconnaissance : « Il ne peut y avoir de disposition d'esprit éthique ou politique que si les effets subjectifs des institutions font système, que si les institutions ont également pour effet l'unification

publique[2667] et contraignante par des dispositifs institutionnels et légaux. Les actes de domination arbitraire seront alors empêchés et sanctionnés par de tels dispositifs. Par exemple, le Protocole de Nagoya souligne la nécessaire reconnaissance des savoirs dits « traditionnels » et impose une obligation de respect[2668]. Par conséquent, le régime *sui generis,* se concrétisant par des législations, nationales voire internationales, apparaît judicieux pour garantir la reconnaissance de ces communautés[2669].

867. Transition. En garantissant la reconnaissance des communautés autochtones et locales, le droit moral assurerait également la protection des savoirs et des éléments qui en découlent.

B) Une demande urgente de protection des savoirs et des éléments qui en découlent

868. Les facteurs entraînant un risque de disparition des savoirs dits « traditionnels ». Les savoirs des communautés autochtones et locales ont besoin de façon urgente d'une protection car ils font l'objet d'exclosure mais aussi parce qu'ils sont en danger d'extinction aussi bien aux niveaux international, national et local[2670]. Plusieurs facteurs sont responsables de la disparition des savoirs dits « traditionnels ». Des facteurs démographiques jouent d'abord un rôle négatif sur ces savoirs avec l'urbanisation ou l'arrivée de groupes sociaux nouveaux au sein des zones rurales[2671]. Ensuite, l'évolution des niveaux de population menace la survie des

---

des identités multiples. On sait que dans les *Principes* [*de la philosophie du droit*], c'est à l'État qu'incombe le rôle unificateur. » Voir Haber, S., « Hegel vu depuis la reconnaissance », *Revue du M.A.U.S.S.*, No. 23, 2004, pp. 70-87.

[2667] Selon C. Lazzeri et A. Caillé : « Il faut donc que les principes de justice contribuent à produire une forme de reconnaissance sociale qui s'avère, au regard de la précédente, de nature publique. La réalisation informelle de la reconnaissance sociale se trouve ainsi non pas abolie mais, en principe, complétée et garantie par les institutions politiques. » Voir Lazzeri, C., Caillé, A., « La reconnaissance aujourd'hui. Enjeux théoriques, éthiques et politiques du concept », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 88-115.

[2668] Le Protocole de Nagoya insiste sur la prise en compte du droit coutumier des communautés autochtones et locales (art. 12.1) ainsi que sur l'établissement de mécanismes pour informer les utilisateurs de l'existence de connaissances traditionnelles à respecter (art. 12.2).

[2669] « L'interférence sans domination est possible dès lors qu'elle découle de dispositifs institutionnels et légaux qui s'accordent avec les intérêts et les objectifs des individus dominés, qui sont le produit de leur volonté et de leur participation et qui les protègent de toute interférence arbitraire actuelle ou possible sous les formes examinées. » Voir Lazzeri, C., Caillé, A., *ibid*.

[2670] Se reporter au tableau relatif aux différents facteurs menaçant les savoirs « traditionnels ». Voir CDB, « Matrice de questions communes – Processus nationaux susceptibles de menacer l'entretien, la préservation et l'application des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles et identification des processus au niveau des communautés locales susceptibles de menacer l'entretien, la préservation et l'application des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles », *in Première phase révisée et deuxième phase du rapport de synthèse sur l'état et les tendances des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique,* Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée sur l'article 8 j) de la Convention sur la diversité biologique, quatrième réunion, Grenade, UNEP/CBD/WG8J/4/4, 23-27 janvier 2006, spé. p. 34.

[2671] D'un côté, l'urbanisation menace la transmission des savoirs car elle détruit la communauté et les institutions culturelles par l'abandon des terres traditionnelles. D'un autre côté, l'arrivée de nouveaux groupes sociaux dans les zones rurales présente

savoirs car une pression est exercée réduisant la superficie des terres sur lesquelles les communautés pratiquent leurs savoirs. Des facteurs également politiques et culturels participent au déclin des savoirs. Le système d'éducation est considéré comme un instrument d'assimilation et d'intégration participant à l'ignorance des savoirs des communautés autochtones et locales et au déclin de la diversité linguistique. Or, l'enseignement aux jeunes de leurs savoirs « traditionnels » est primordial pour veiller à leur survivance. La mondialisation entraîne par là même une occidentalisation/homogénéisation des modes de vie ou encore la primauté des valeurs individualistes. Des facteurs de développement présentent, par ailleurs, un impact négatif sur les savoirs. Comme la science occidentale « objective » (savoirs scientifiques) est considérée comme supérieure aux savoirs dits « traditionnels », elle est privilégiée et imposée aux niveaux international, national et local. Par exemple, les technologies nouvelles appliquées à l'agriculture ont des conséquences négatives sur les savoirs « traditionnels » et sur le milieu naturel[2672]. Des facteurs territoriaux expliquent, du reste, le déclin des savoirs « traditionnels ». L'insécurité foncière, par l'aliénation des territoires traditionnels, rend difficile la préservation des savoirs. Or, les communautés ont besoin d'autonomie et d'influence dans la prise de décisions sur l'utilisation et la gestion des terres[2673].

869. Le lien entre reconnaissance des communautés autochtones et locales et préservation des savoirs dits « traditionnels ». Le maintien de la préservation des savoirs « traditionnels » doit d'abord passer par la reconnaissance des communautés détentrices elles-mêmes. La reconnaissance assure une « estime de soi » et conséquemment « donne la conviction profonde que leur conception du bien, leur projet de vie valent la peine d'être réalisés et (…) de faire progresser leurs buts en ayant confiance dans leur capacité à les réaliser[2674]. » Au contraire, en cas d'absence de reconnaissance, les communautés autochtones et locales perdent toute confiance dans la valeur de leurs capacités et de leurs compétences et ne sont pas incitées à maintenir et valoriser leurs savoirs. Savoirs et identité des communautés autochtones et locales entretiennent donc des liens très étroits. Les savoirs « traditionnels » dévoilent en effet

un impact négatif sur les savoirs car ils ont une autre perception de l'environnement, du développement et un système de valeur différent.

[2672] Elles ont entraîné une dégradation des sols et eau, une interruption des systèmes agricoles traditionnels, un appauvrissement des pratiques traditionnelles ou encore la dépendance à l'agriculture moderne.

[2673] L'aliénation se concrétise notamment par l'octroi de terres à des parties extérieures telles que des sociétés transnationales et multinationales, la croissance des zones urbaines et la privatisation des terres ou encore la construction d'infrastructures.

[2674] Lazzeri, C., Caillé, A., *ibid*.

une fonction identitaire forte à tel point que les communautés autochtones et locales laissent libre l'accès à leur propre identité lorsqu'elles partagent leurs savoirs[2675].

870. Le lien entre protection des savoirs dits « traditionnels » et préservation de la biodiversité. Comme le droit moral assurerait la conservation et l'utilisation durable des savoirs dits « traditionnels », il garantirait par là même la préservation de la biodiversité. Les savoirs des communautés autochtones et locales et les ressources génétiques entretiennent en effet une relation d'interdépendance[2676]. Si les ressources génétiques disparaissent ou sont appropriées alors les savoirs n'ont plus lieu d'être car ils sont essentiellement basés sur les ressources données par la nature. La disparition ou l'appropriation des ressources génétiques entraînent alors la disparition des savoirs. Les savoirs sont, quant à eux, nécessaires aux ressources génétiques car ils ont pour effet de préserver l'intégrité et la diversité de la biodiversité en contribuant à une utilisation durable des ressources naturelles. Par exemple, pour conserver une plante, les connaissances, aussi bien théoriques que pratiques qui l'accompagnent, sont essentielles[2677]. En termes de gestion et de valorisation, L. Bérard explique que les connaissances relatives au terroir et aux besoins des espèces sont importantes[2678]. Il est alors nécessaire de protéger aussi bien les ressources génétiques que les savoirs. La préservation des savoirs dits « traditionnels » présente, par ailleurs, des impacts positifs au-delà de la communauté autochtone et locale. Elle s'avère indispensable pour établir des études d'impact environnementales[2679] ou encore pour participer au progrès des sciences. C. Oguamanam[2680]

[2675] Hermitte, M.A., « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, spé. p. 116 et s.

[2676] Selon G.S. Nijar, il existe une relation dite « symbiotique » entre les savoirs et les ressources génétiques. Voir Nijar, G. S., « In Defence of Local Community Knowledge and Biodiversity : A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime », Penang (Malaisie), *Third World Network Paper 1*, 1996.

[2677] Par exemple, la conservation des variétés fruitières nécessite des savoirs relatifs aux techniques de greffage et au choix des porte-greffes. Voir Pointereau, P., « Systèmes agroforestiers et bocagers, savoirs locaux et biodiversité », *in* Bérard, L., et *al*., *Biodiversité et savoirs naturalistes locaux en France*, Cirad, Iddri, Inra, 2005, spé. p. 124.

[2678] Les connaissances permettront de choisir les espèces et les variétés les mieux adaptées au milieu, de définir les modes de taille appropriés, de décider du lieu de la plantation, de protéger et de soigner les arbres, d'assurer des usages (séchage, pressage, pasteurisation, fermentation, distillation, fabrication). Voir Pointereau, P., *op. cit*., spé. p. 125.

[2679] Les savoirs « traditionnels » sont indispensables pour mettre en œuvre des analyses prédictives d'une précision remarquable, notamment pour mesurer l'impact des projets sur l'environnement naturel. Par exemple, les communautés autochtones et locales sont capables de nommer et classifier les éléments de l'environnement naturel et démontrer le comportement des animaux. Elles établissent ensuite des hypothèses, rassemblent les données nécessaires pour résoudre un problème, soulignent le genre de nourriture et d'habitat nécessaires pour chaque animal. Ces communautés concluent si ces conditions seront préservées à l'égard des animaux après que l'environnement est transformé par un projet spécifique. Voir Roué, M., Nakashima, D., « Knowledge and foresight : the predictive capacity of traditional knowledge applied to environmental assessment », *International Social Science Journal*, Vol. 54, No. 173, 2002, pp. 337-347.

[2680] Oguamanam, C., « Local Knowledge as Trapped Knowledge : Intellectual Property, Culture, Power and Politics », *The Journal of World Intellectual Property,* Vol. 11, No. 1, 2008, pp. 29-57, spé. p. 31.

explique, en effet, que les savoirs des communautés autochtones et locales sont nécessaires au développement des biotechnologies[2681].

871. Le lien entre protection des savoirs dits « traditionnels » et préservation des modes de vie traditionnels. La reconnaissance d'un droit moral spécifique sur les savoirs des communautés autochtones et locales répondrait au respect d'un autre intérêt extrapatrimonial, celui de préserver le mode de vie de ces communautés. C. Correa[2682] démontre que les savoirs présentent une importance fondamentale pour préserver les modes de vie traditionnels tels que la médecine traditionnelle (qui est le seul traitement accessible pour ces communautés), les variétés agricoles (essentielles pour le développement de nouvelles variétés de plantes et pour la sécurité alimentaire) ou encore les expressions artistiques. De tels modes de vie traditionnels sont dépendants des savoirs existant et transmis de génération en génération. Comme le démontre P. Pointereau, agronome et spécialisé dans l'agroécologie et l'agroforesterie[2683], la disparition d'un seul savoir peut rompre la chaîne et mettre tout un système en péril. Il apparaît alors nécessaire de protéger les savoirs par un droit moral afin qu'ils soient utilisés durablement et pour que leur utilisation demeure « *in situ* » afin de conserver les modes de vie traditionnels.

872. Le respect de la nature sacrée et secrète de certains savoirs « traditionnels ». La reconnaissance d'un droit moral sur les savoirs des communautés autochtones et locales aurait également pour conséquence d'imposer le respect de la nature des savoirs, en particulier lorsque ces derniers sont secrets et/ou sacrés. I. Moine explique que les choses sacrées ou religieuses ont toujours été dans une sphère protégée. Par exemple, le droit romain désignait les choses sacrées, saintes et religieuses comme des « *res divine juris* » et les rattachaient à un régime spécifique séparé du droit humain, le « *jus divinus* » opposé au « *jus humans* »[2684]. Ces choses sacrées et/ou religieuses ne se limitaient pas aux biens surnaturels mais pouvaient comprendre les biens naturels (pierres, arbres, fossés, eau, fruits des champs, lieux et édifices de culte). Une telle conception s'apparente bien à la vision holistique des communautés autochtones et locales

[2681] L'article de F. Thomas souligne les rapports souvent conflictuels entre les firmes de biotechnologies et les communautés autochtones et locales. Voir Thomas, F., « Biodiversité, biotechnologies et savoirs traditionnels. Du patrimoine commun de l'humanité aux ABS », *Tiers-Monde,* Vol. 47, No. 188, 2006, pp. 825-842.

[2682] Correa, C., « Traditional Knowledge and Intellectual Property : Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge », Genève, *Quaker United Nations Office*, 2001, spé. p. 3.

[2683] Pointereau, P., « Systèmes agroforestiers et bocagers, savoirs locaux et biodiversité », *in* Bérard, L., Cegarra, M., Djama, M., Louai, S., Marchenay, P., Roussel, B., Verdeaux, F., *Biodiversité et savoirs naturalistes locaux en France*, Cirad, Iddri, Inra, 2005, spé. p. 125.

[2684] Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 40.

et à la relation symbiotique entre leurs savoirs et les ressources génétiques. Le régime spécifique avait surtout pour conséquence de rendre ces choses *extra nostrum patrimonium,* c'est-à-dire exclues des patrimoines privés[2685]. I. Moine expose en effet que le caractère sacré rend les choses hors-commerce[2686]. Par conséquent, les savoirs secrets et/ou sacrés des communautés autochtones et locales auraient besoin d'un régime juridique spécifique incluant un droit moral pour être placés dans une sphère protégée.

[2685] Moine, I., *op. cit*., p. 44.

[2686] « L'idée du sacré est bien à l'origine de l'extra-commercialité de la personne et des choses étroitement liées à la personne. » Voir Moine, I., *op. cit*., p. 221.

CONCLUSION DE LA SECTION II

873. L'importance de reconnaître un droit moral au profit des communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Les communautés autochtones et locales ont besoin d'un droit moral suffisamment robuste pour protéger leurs intérêts extrapatrimoniaux actuellement bafoués. Elles demandent, en particulier, une reconnaissance de leur existence et le respect de la paternité de leurs savoirs. Il est par là même urgent de protéger les savoirs « traditionnels » contre leur exclosure ainsi que de sauvegarder les éléments qui en découlent (biodiversité, modes de vie traditionnels). Ce droit moral devrait protéger aussi bien les connaissances théoriques que les connaissances pratiques issues des savoirs « traditionnels », entraînant alors une dérogation au principe d'inclusion forcée des connaissances théoriques.

874. Les droits de la personnalité en tant que fondement d'un droit moral. C'est parce que les communautés autochtones et locales peuvent s'appuyer sur les droits de la personnalité, et particulièrement le droit au respect de la vie privée, qu'il leur est reconnu un droit moral. Ces droits de la personnalité répondent aux attentes des communautés. Ils protègent les éléments primordiaux de l'être humain, notamment la sphère d'intimité de la personne, et imposent un lien indéfectible entre le sujet et les savoirs. Un tel lien intime existe entre les savoirs « traditionnels » et les communautés autochtones et locales car ces savoirs touchent étroitement la communauté et constituent l'une de ses manifestations dans la sphère extérieure. La protection par les droits de la personnalité, et particulièrement le droit au respect de la vie privée, n'empêche cependant pas la communauté détentrice de décider d'exploiter des éléments relevant de sa vie privée, et donc en l'occurrence ses savoirs, comme elle le souhaite (droit d'user et de disposer de sa vie privée). Par conséquent, les communautés détentrices peuvent détenir un droit exclusif pour décider de la forme de protection juridique à privilégier (protection exclusive ou inclusive) ainsi qu'un droit de disposition pour décider ou non de concéder le droit d'exploiter leurs savoirs « traditionnels ».

875. Un droit moral inclu dans un régime de protection des savoirs « traditionnels ». Le droit moral présente des conséquences sur le régime juridique applicable pour protéger les savoirs dits « traditionnels ». Un régime *sui generis* privilégiant les « communs » serait en effet opportun à mettre en œuvre, tout en articulant une protection positive et une protection défensive des savoirs. La première forme de protection vise à délivrer des droits pour lutter contre les appropriations et utilisations non autorisées des savoirs. Quant à la protection

défensive, se concrétisant généralement par la création de bases de données, elle garantit la sauvegarde et la transmission des savoirs aux générations présentes et futures ainsi que l'enregistrement et le respect des droits dans le but de lutter contre l'appropriation indue.

876. La reconnaissance de droits spécifiques et d'obligations. Un tel régime *sui generis* délivrerait des droits spécifiques aux communautés autochtones et locales pouvant être interprétés comme un « contre-modèle » opposables aux droits de propriété intellectuelle classiques. Ces droits spécifiques existent grâce à la reconnaissance du droit moral, et en particulier du droit au respect de l'intégrité. Ils se concrétisent par l'obligation pour les tiers de demander le consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés détentrices avant toutes mesures normatives les concernant mais aussi par l'obligation de conclure des conditions convenues d'un commun accord pour l'accès et l'utilisation des savoirs « traditionnels ». Ces droits devraient, par ailleurs, être gérés tels que le souhaitent les communautés détentrices, et particulièrement de manière collective en respectant le droit coutumier et la nature spécifique des droits détenus, c'est-à-dire des droits inaliénables et imprescriptibles uniquement concédés dans leur exercice. Une organisation *ad hoc* pourrait être nommée pour détenir et gérer ces droits au nom et pour le compte des communautés autochtones et locales.

877. La pertinence d'une protection à la portée aussi bien nationale qu'internationale. La mise en place d'un régime *sui generis* de protection des savoirs « traditionnels » nécessite de s'interroger sur la portée de la protection. Certains Etats et certaines régions ont déjà mis en œuvre un régime *sui generis* de protection des savoirs « traditionnels ». Une protection à la portée internationale apparaît, dans le même temps, judicieuse pour établir des normes minimales de protection. Sur ce point, le projet d'articles du comité intergouvernemental (IGC) de l'OMPI vise à établir un cadre juridique international protégeant pour une durée perpétuelle les savoirs « traditionnels », positivement et/ou défensivement, en identifiant expressément les communautés en tant que bénéficiaires directes des droits et en donnant pour mission aux Etats de prévoir des mesures juridiques ou administratives pour sanctionner toute violation des droits. Certains points restent cependant à améliorer, notamment au regard de la définition de l'appropriation illicite et de l'utilisation abusive, des objectifs à poursuivre et des exceptions à exercer avec plus de prudence.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

878. La reconnaissance d'un droit moral spécifique. Les détenteurs de savoirs devraient bénéficier d'un droit moral particulier, s'inspirant du droit moral du droit d'auteur tout en s'en distinguant afin de garantir leurs intérêts extrapatrimoniaux. Ce droit moral spécifique pourrait être dénommé d'une autre manière pour éviter toute confusion - droit à la reconnaissance, droit de détention originel, droit personnel du détenteur. Bien qu'il soit plus aisé de reconnaître un droit moral à l'égard des connaissances pratiques, en raison de leur caractère plus personnel, les détenteurs de connaissances théoriques devraient également jouir d'un tel droit. Tous les détenteurs de savoirs méritent en effet de détenir, *a minima*, un droit de paternité car le droit moral préexiste à tout autre droit.

879. Un droit moral aux prérogatives atténuées. Ce droit moral ne devrait toutefois pas empêcher le partage des savoirs. Il devrait alors s'exercer, en principe, de manière raisonnable et mesurée, c'est-à-dire que ses prérogatives soient atténuées. Cette atténuation devrait toujours s'appliquer à l'égard des connaissances théoriques pour respecter l'obligation de partage inhérente à cette forme de connaissance (inclusion forcée). La portée du droit moral dépendrait, en revanche, du choix du détenteur pour les connaissances pratiques (inclusion volontaire). Un droit moral modulable devrait en effet être prévu car le détenteur a le choix entre une protection inclusive ou une protection exclusive de ces dernières. Si le détenteur choisit une protection exclusive alors un droit moral ayant la même portée qu'en droit d'auteur pourrait être reconnu. Au contraire, si le détenteur fait le choix d'une protection inclusive ou si les connaissances font partie des exceptions à toute protection exclusive en raison de leur qualité particulière (connaissances vitales, utilisation à but non commercial, non-respect des critères) alors le droit moral devrait être exercé de manière raisonnable et mesurée.

880. Une atténuation dans les prérogatives du droit moral envisageable. Cette atténuation peut cependant apparaître contraire aux caractères intransmissible, incessible, insaisissable et imprescriptible du droit moral. Néanmoins, les prérogatives du droit moral, et particulièrement le droit de retrait ou de repentir et le droit au respect de l'intégrité, peuvent être atténuées. Il faut distinguer la concession de l'exercice du droit et la cession de la substance du droit. En ne concédant seulement que l'exercice du droit, le droit moral demeure le droit inhérent du détenteur. Ce dernier accepte simplement de se limiter dans l'exercice de certaines

prérogatives du droit moral et d'en autoriser une concession au bénéfice des tiers utilisateurs. Le détenteur dispose alors toujours d'un droit de contrôle permanent sur ses savoirs car il demeure titulaire du droit et ne peut aucunement y renoncer. Par conséquent, la limitation de l'exercice du droit au respect de l'intégrité par le détenteur, et conséquemment la concession du droit de modifier, devrait être automatique et générale pour les connaissances théoriques. Au contraire, lorsqu'il s'agit des connaissances pratiques, le détenteur devrait avoir le choix entre donner une autorisation spéciale à des personnes déterminées ou bien une autorisation générale à tous. Les utilisateurs devraient toutefois toujours avoir pour obligation d'indiquer clairement qui est la source de la modification pour ne pas créer de confusions.

881. La nécessaire reconnaissance d'un droit moral au bénéfice des communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Puisque les savoirs des communautés autochtones et locales sont généralement victimes des exclosures et des comportements de « biopiraterie », il apparaît nécessaire de leur reconnaître un droit moral. Cette reconnaissance se fonde sur le lien établi avec les droits de la personnalité, et particulièrement le droit au respect de la vie privée. Les savoirs « traditionnels » peuvent en effet être considérés comme des éléments du droit au respect de la vie privée car ils entretiennent un lien indéfectible, voire intime, avec les communautés détentrices. La vie privée entretient également un lien particulièrement étroit avec le droit moral[2687]. Ce droit devrait ainsi être inclus dans un régime spécifiquement dédié à la protection des savoirs « traditionnels ». Un régime *sui generis* de protection apparaît en effet pertinent pour offrir une protection aussi bien défensive que positive des savoirs « traditionnels ». D'un côté, la protection positive s'apparente au régime des « communs » et vise à lutter contre les appropriations et utilisations illicites des savoirs par la détention de droits. D'un autre côté, la protection défensive vient garantir la sauvegarde et la transmission des savoirs aux générations futures tout en luttant contre l'appropriation illicite, notamment par le biais des bases de données. De telles protections garantissent alors le droit à l'autodétermination interne des communautés autochtones et locales en leur assurant la détention de droits spécifiques sans les pousser à faire sécession. Le consentement préalable donné en connaissance de cause devrait être exigé par les législations nationales avant toutes mesures normatives les concernant, notamment l'accès ou l'utilisation des savoirs. Des conditions convenues d'un commun accord devraient, en outre, être conclues, notamment par

[2687] D'ailleurs, pour certains auteurs, le droit moral fait partie des droits de la personnalité. Voir Moine, I., *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997, spé. p. 152 ; Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 220.

rapport aux utilisations des savoirs. À défaut, des sanctions devraient être prévues aussi bien civiles que pénales. Les droits spécifiques devraient, par ailleurs, être inaliénables, imprescriptibles, s'exercer collectivement en respectant le droit coutumier et en s'appliquant directement sur les savoirs « traditionnels ». En pratique, une organisation *ad hoc* pourrait détenir ces droits en représentant les intérêts de la communauté autochtone et locale. Ce régime *sui generis* devrait, par ailleurs, être créé à l'échelle nationale mais aussi au niveau international. Certaines législations nationales[2688] et régionales[2689] reconnaissent déjà un tel régime *sui generis* et donc de tels droits aux communautés autochtones et locales. Un instrument international instituant un cadre juridique international et des normes minimales de protection des savoirs « traditionnels » serait, de plus, opportun pour assurer une protection effective et harmonisée de ces savoirs. Le projet d'articles du comité intergouvernemental (IGC) de l'OMPI apparaît prometteur pour atteindre ce but même si quelques améliorations s'avèrent nécessaires au niveau de la définition des termes ainsi que de la détermination des objectifs et des exceptions. Cela fait près de 20 ans que des sessions sont organisées par l'OMPI sur ces sujets et la finalisation d'un tel accord international n'est pas encore décidée. La reconnaissance d'un droit moral est, du reste, justifiée par le fait que les communautés privilégient la protection de leurs intérêts extrapatrimoniaux. Elles appellent au respect de leur paternité à l'égard des savoirs mais aussi plus généralement à la reconnaissance de leur existence. Elles veulent aussi protéger leurs savoirs « traditionnels » et les éléments qui en découlent tels que la biodiversité et leurs modes de vie traditionnels.

882. Transition. Nonobstant le droit moral, les détenteurs de savoirs devraient également bénéficier d'un droit à une contrepartie dans certaines circonstances (chapitre II).

[2688] Philippines, Pérou, Panama, Brésil, Costa Rica, Inde.

[2689] Protocole de Swakopmund et Décisions 391 et 486 de la communauté andine.

CHAPITRE II

LE DROIT A UNE CONTREPARTIE EN FAVEUR DES DETENTEURS SUITE AU PARTAGE DES SAVOIRS

883. La distinction entre rémunération équitable et compensation équitable. En plus d'un droit moral protégeant les intérêts extrapatrimoniaux des détenteurs, il semblerait légitime de prévoir un droit garantissant une contrepartie. Un tel droit s'inspire des droits patrimoniaux reconnus en droit d'auteur mais s'en distingue, notamment parce que la contrepartie n'est pas nécessairement financière. Les détenteurs, et particulièrement les communautés détentrices de savoirs « traditionnels », ne recherchent pas nécessairement une contrepartie économique. Pour cette raison, il sera distingué entre la recherche d'une rémunération équitable et la recherche d'une compensation équitable. D'un côté, la rémunération équitable s'identifie davantage comme une contrepartie économique pour avoir autorisé l'exploitation des savoirs par les tiers. Le domaine public payant retiendra particulièrement notre attention[2689] car les savoirs sont bien dans un domaine public puisqu'ils sont dans le régime des « communs ». Les connaissances théoriques sont en effet qualifiées de « patrimoine commun » et les connaissances pratiques sont gérées par les licences libres ou le domaine public consenti. Toute la difficulté est cependant d'établir un équilibre entre l'intérêt des détenteurs à recevoir une contrepartie et l'intérêt des tiers à accéder aux savoirs et les utiliser. Même si la contrepartie est dite « équitable », certains tiers risquent de ne pas avoir une capacité financière suffisante pour satisfaire les intérêts patrimoniaux des détenteurs. Or, un accès aux savoirs peut parfois être vital, concernant les connaissances pratiques, ou légitime, concernant les connaissances théoriques. Il apparaît alors primordial de prévoir des mécanismes pour empêcher de telles exclusions. D'un autre côté, la compensation équitable vise à réparer les intérêts, patrimoniaux ou extrapatrimoniaux, des communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Le montant de la compensation pourrait dépendre du préjudice causé à ces intérêts par l'accès et l'utilisation de ces savoirs. Il devrait toutefois être accueillie une conception large de la contrepartie afin que la compensation ne soit pas réduite aux seules contreparties monétaires. Ainsi, la seule condition relative à la contrepartie, que ce soit pour une rémunération équitable ou une

[2689] Comme le soulignent A. Lucas et *al.* : « L'idée revient périodiquement à l'ordre du jour d'un "domaine public payant". » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, spé. p. 551.

compensation équitable, est qu'elle soit réelle et sérieuse, tel que l'exige le Code civil à l'article 1169.

884. Le partage en tant que fondement d'un droit à une contrepartie. En tout état de cause, c'est parce que les détenteurs partagent leurs savoirs qu'ils ont le droit à une contrepartie. Le partage est donc le fondement de la contrepartie. Que ce soit pour les connaissances théoriques ou pour les connaissances pratiques, il semble légitime de récompenser les détenteurs pour avoir été utiles à la société. En partageant leurs savoirs, ils ont permis d'enrichir l'état général des connaissances ainsi que de dynamiser les progrès de la recherche et de l'innovation. Cette contrepartie aura, de plus, pour effet d'inciter les détenteurs à davantage partager leurs connaissances, pour des raisons financières mais aussi parce qu'ils jouissent conséquemment d'une reconnaissance. Il importe d'ailleurs peu que le partage ait été imposé ou bien librement choisi. Concernant les connaissances théoriques, leur partage est imposé sur le fondement du principe de primauté du partage sur toute protection juridique (inclusion forcée). *A contrario*, s'agissant des connaissances pratiques, leur partage sera le fruit d'une décision des détenteurs eux-mêmes lorsqu'ils ont choisi une protection inclusive (inclusion volontaire). Cette contrepartie reste néanmoins un droit de sorte que les détenteurs sont libres de préférer partager leurs savoirs gratuitement[2690].

885. Plan. Il sera, dans un premier temps, analysé la nature de la rémunération équitable en s'interrogeant sur la pertinence du domaine public payant (section I). Puis, dans un second temps, une réflexion sera engagée sur une compensation équitable au bénéfice des détenteurs de savoirs « traditionnels », c'est-à-dire les communautés autochtones et locales (section II).

- Section I. Rémunération équitable et domaine public payant.
- Section II. La compensation équitable à l'égard des détenteurs initiaux les plus vulnérables.

[2690] Comme le prévoit déjà le droit d'auteur à l'art. L. 122-7-1 du CPI : « L'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public (…) ». A. Lucas et *al*., soulignent toutefois la dangerosité du choix de la gratuité : « Ensuite, la gratuité, qui est de l'essence du système, est dangereuse pour ceux des auteurs qui ont besoin de ressources pour continuer à créer. Renoncer de façon irrévocable à toute rémunération est pour eux une décision lourde de conséquences, à laquelle on ne devrait pas les inciter. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit.*, p. 801.

SECTION I
Rémunération équitable et domaine public payant

886. Plan. Après avoir étudié d'une manière générale le fonctionnement du domaine public payant dans le cadre d'une rémunération équitable et les limites souvent invoquées à son encontre (paragraphe I), sera exposée plus précisément l'importance de la distinction entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques dans la mise en œuvre d'un tel domaine (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. FONCTIONNEMENT ET LIMITES DU DOMAINE PUBLIC PAYANT

887. Plan. Puisqu'un domaine public payant semblerait opportun aussi bien pour les connaissances théoriques que pour les connaissances pratiques, il devrait être allié à des licences légales et s'inspirer de celles déjà existantes en matière de droit d'auteur et de droits voisins du droit d'auteur (A). La difficulté majeure sera toutefois de déterminer la nature de la contrepartie et le montant juste et équitable pour rémunérer la possibilité d'accéder et d'utiliser de telles connaissances (B).

A) Domaine public payant et licence légale

888. Présentation et plan. Un domaine public payant pourrait être mis en place pour garantir une contrepartie aux détenteurs ayant partagé leurs connaissances. En faisant le choix d'un tel domaine, il est recherché un libre accès et une libre utilisation des savoirs en contrepartie du versement d'une rémunération, c'est-à-dire que l'exploitation desdits savoirs doit être libre à la condition qu'une somme soit prélevée sur ceux qui accèdent et utilisent les éléments du domaine public. J. Cayron et A. Albarian reprennent la définition de G. Cornu : « Régime selon lequel des œuvres de l'esprit, qui appartiennent au public, ne peuvent être exploitées qu'à la condition de verser une redevance à des organismes désignés par les pouvoirs publics[2691]. » Le domaine public payant est le plus souvent invoqué en matière de droit d'auteur

[2691] Voir Cornu, G., *Vocabulaire juridique de l'Association Capitant*, PUF, cité par Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 118.

mais il n'est pas exclu qu'il puisse aussi s'appliquer en droit des brevets[2692]. En tout état de cause, un tel domaine devrait fonctionner par l'utilisation de licences, telles que les licences légales existantes en droit d'auteur et droits voisins ainsi qu'en droit des brevets (1) mais aussi en s'inspirant de la licence globale proposée à plusieurs reprises mais non encore mise en œuvre (2).

1) L'influence des licences légales dans le fonctionnement du domaine public payant

889. Les raisons justifiant les licences légales en droit d'auteur et en droits voisins. Le domaine public payant devrait fonctionner par l'imposition d'une licence légale comme il en existe déjà en matière de copie privée[2693] (art. L. 311-1 du CPI), de phonogrammes du commerce (art. L. 214-1 du CPI) ou encore de prêt d'œuvres dans les bibliothèques (art. L. 133-1 du CPI). L'objectif d'une telle licence rejoint celui recherché en faveur des détenteurs de savoirs, c'est-à-dire rendre libres la copie, la diffusion ou le prêt en échange d'une rémunération équitable en faveur du titulaire de droits. Le partage est d'ailleurs privilégié afin d'éviter que le titulaire de droits ne soit soumis à des demandes d'autorisation d'un nombre considérable[2694]. C. Caron l'explique pour les phonogrammes du commerce[2695] mais cette situation est également applicable pour les savoirs. En tout état de cause, les licences légales ont bien été accueillies au sein du droit d'auteur[2696] et leurs capacités d'expansion sont soulignées, notamment par C. Caron[2697].

[2692] J. Cayron et A. Albarian soulignent en effet que : « Certains auteurs vont au-delà en proposant que le système du domaine public payant s'applique également aux brevets (…). Là encore l'argument est celui de la nécessité de trouver des fonds pour la recherche. » Voir Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., p. 130.

[2693] La rémunération pour copie privée a été instaurée par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits voisins et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle. Cette loi est aujourd'hui codifiée aux art. L. 311-1 et s. du CPI. Elle vise à compenser la perte de revenus des auteurs, des artistes interprètes, des producteurs et des éditeurs due à la faculté donnée aux consommateurs de copier, pour un usage privé, de la musique, des œuvres audiovisuelles, des livres, des images et pour soutenir la création.

[2694] C. Caron souligne cette nécessité des licences légales pour gérer les utilisations de masse : « Partant du constat que le droit exclusif n'est plus une réponse satisfaisante aux utilisations de masse des œuvres, la licence obligatoire ignore le consentement du titulaire des droits qui n'a plus la possibilité d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son œuvre, car son avis ne lui est plus demandé. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, p. 261.

[2695] « Plutôt que de demander d'innombrables autorisations, certains diffuseurs peuvent librement utiliser des phonogrammes du commerce sur lesquels sont fixées des interprétations, moyennant le paiement d'une rémunération. » Voir Caron, C., *op. cit*., spé. p. 564.

[2696] Notamment Cass. com., 4 janvier 1994, *RIDA*, No. 2, 1994, p. 220.

[2697] Selon C. Caron : « Force est de constater que son succès est indéniable, de même que ses capacités d'expansion car les logiques qui la fondent ne cessent d'influencer le droit d'auteur. » Voir Caron, C., *op. cit*., p. 564.

890. Les similitudes entre les connaissances théoriques et les éléments du domaine public dans le caractère forcé de la licence. La licence légale est particulièrement pertinente pour les connaissances théoriques dans la mesure où le partage est imposé aux titulaires de droits. M. Vivant et J.M. Bruguière parlent d'un type de « contrat forcé[2698] » car le consentement du titulaire de droits est imposé en contrepartie d'une rémunération équitable. De même, N. Binctin utilise la notion de « licence automatique[2699] » et S. Dusollier parle de paiement par les utilisateurs d'une « licence obligatoire » pour toute reproduction ou communication d'un élément du domaine public[2700]. Chacun des titulaires de droits n'a en effet pas eu le choix d'autoriser ou d'interdire la copie ou le prêt[2701] de son œuvre ou encore la diffusion de son morceau de musique[2702]. Les détenteurs de connaissances théoriques n'ont également pas le choix de partager ces dernières, ce partage leur est imposé en raison de la qualification de « patrimoine commun ». Concernant les connaissances pratiques, le partage relève, en revanche, du choix du régime des « communs » par les détenteurs. Dès lors, le caractère « forcé » de la licence s'imposerait davantage à l'égard des utilisateurs qui sont soumis obligatoirement à la rémunération équitable. Lorsque ce partage est imposé, aussi bien à l'égard des auteurs, des titulaires de droits voisins que des détenteurs de connaissances théoriques, il devrait d'ailleurs être fait référence à la notion de « compensation » plutôt que de « rémunération » équitable. Par exemple, l'article 5.2, b) de la directive du 22 mai 2001 (DADVSI) prévoit l'exception de copie privée à la condition qu'elle soit assortie d'une « compensation équitable ». Les titulaires de droits subiraient un préjudice (actuel ou potentiel[2703]) en raison de l'imposition de partager leurs œuvres, leurs sons ou leurs connaissances théoriques sans bénéficier du « *lucrum cessans*[2704] ».

[2698] Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 1258.

[2699] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, spé. p. 757.

[2700] S. Dusollier souligne que le domaine public est un système dans lequel un utilisateur d'un élément du domaine public doit payer, sur le fondement d'une licence obligatoire, pour reproduire ou communiquer publiquement cet élément malgré son statut [Notre traduction] : « The public domain payant (…) is a system by which a user of materials in the public domain is required to pay for a compulsory license in order to reproduce or publicly communicate the work, despite its status in the public domain. » Voir Dusollier, S., « Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain », *Committee on Development and Intellectual Property, World Intellectual Property Organization,* 2010, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, spé. p. 40.

[2701] En matière de prêt en bibliothèque, l'art. L. 133-1 du CPI souligne l'absence de choix du titulaire de droits : « Lorsqu'une œuvre a fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du public. Ce prêt ouvre droit à rémunération au profit de l'auteur selon les modalités prévues à l'article L. 133-4. »

[2702] En matière de phonogrammes du commerce, N. Binctin explique la limitation du pouvoir d'autorisation ou d'interdiction de l'auteur : « La finalité de ce texte est de faciliter l'utilisation des œuvres musicales commercialisées en limitant le champ d'application de l'autorisation préalable contre la reconnaissance d'un droit à rémunération équitable. » Voir Binctin, N., *op. cit*., p. 173.

[2703] Le 35ème considérant de la directive n° 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 se contente d'un « préjudice potentiel » subi par les titulaires de droits.

[2704] « L'on comprend pourquoi les conventions internationales ont toujours réservé pour les Etats la faculté de faire indemniser les auteurs pour atténuer ce *lucrum cessans.* » Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème

L'arrêt *Padawan* du 21 octobre 2010[2705] déclare expressément l'existence de ce préjudice en matière de copie privée[2706]. Il en est de même en France selon la Cour de cassation[2707]. Au contraire, pour les détenteurs de connaissances pratiques, puisqu'ils ont fait le choix librement et en connaissance de cause du régime des « communs », la notion de « rémunération équitable » serait plus adaptée. Aucune interprétation définitive n'a cependant été posée de sorte que la notion de « rémunération équitable » est parfois utilisée, notamment pour définir la licence légale de diffusion des phonogrammes[2708].

891. L'influence des licences de dépendance vis-à-vis des savoirs. Le domaine public payant devrait, en outre, s'inspirer des licences de dépendance inscrites à l'article L. 613-15, al. 2 du CPI. Les savoirs répondent en effet étroitement aux caractéristiques de cette forme de licence. Il doit exister un rapport de dépendance, c'est-à-dire qu'une personne réalise une invention dont l'exploitation n'est possible qu'avec l'utilisation d'un bien intellectuel détenu par un tiers[2709]. C'est bien le cas des connaissances, aussi bien théoriques que pratiques, puisque toute personne s'inspire des connaissances précédentes pour créer de nouvelles connaissances. La seule différence est que la licence de dépendance s'attache à un brevet avec des titulaires jouissant de droits exclusifs alors que les savoirs sont dans le régime des « communs » car les détenteurs ont choisi ou il leur a été imposé une protection inclusive. Ce régime de la licence obligatoire est toutefois intéressant dans la mesure où il souligne l'existence d'un lien de dépendance entre des biens intellectuels et la nécessité de trouver des solutions, notamment sous forme d'une rémunération équitable, pour aller au-delà des obstacles et inconvénients créés par cette dépendance. Une même licence devrait alors être prévue pour justifier la rémunération équitable d'un détenteur de savoirs précédents. Cependant, la licence de dépendance ne peut être obtenue que si l'invention constitue à l'égard du brevet antérieur un

éd., 2019, spé. p. 533.

[2705] CJUE, arrêt *Padawan*, 21 octobre 2010, aff. C-467/08.

[2706] La CJUE déclare que : « La compensation équitable de la rémunération pour copie privée est avant tout la réparation du préjudice subi par les titulaires du droit. »

[2707] Cass. civ. 1ère, 17 mars 2016, *Communication Commerce électronique,* 2016, comm. 38, note Caron.

[2708] N. Binctin utilise aussi bien la notion de « rémunération équitable » que celle de « compensation équitable » pour définir la licence légale de diffusion des phonogrammes. Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, spé. p. 757.

[2709] Le régime juridique des licences de dépendance a été étendu aux certificats d'obtention végétale afin que le titulaire d'un brevet sur une plante ne bloque pas l'obtenteur qui aurait développé une variété dont les composants variétaux sont brevetés (art. L. 613-15-1, L. 613-22-1 et L. 623-22-2 du CPI conformément à l'art. 12 de la directive n° 44/98 du 6 juillet 1998). J. Azéma et J.C. Galloux expliquent qu'il s'agit d'une nouvelle approche de la dépendance en ce que deux droits appartenant à des titulaires différents coexistent sur un même objet. D'ailleurs, ils déclarent que : « Cette nouvelle approche de la dépendance pourrait trouver à s'appliquer, par analogie, à toutes les situations dans lesquelles plusieurs droits intellectuels coexistent sur un même objet, au profit de titulaires différents, sans qu'il soit possible de séparer l'objet. » Voir Azéma, J., Galloux, J.C., *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017, spé. p. 462.

progrès technique important et présente un intérêt économique considérable. Cette condition ne devrait pas être maintenue pour les savoirs. D'un côté, elle limiterait l'intérêt du choix du régime des « communs » pour les détenteurs de connaissances pratiques car ces derniers seraient dissuadés de choisir de partager leurs connaissances par des licences libres faute d'avoir la certitude d'apporter un progrès technique important et de présenter un intérêt économique considérable. D'un autre côté, cette condition viderait de toute substance la qualification de « patrimoine commun » des connaissances théoriques car ce n'est pas parce que celles-ci ne présentent pas un intérêt économique considérable que leurs détenteurs ne devraient pas être récompensés de leurs efforts, d'autant plus que le partage leur a été imposé.

892. L'articulation entre droit à une contrepartie et régime des « communs ». Au sein du régime des licences légales applicables en droit d'auteur ou en droits voisins, les titulaires de droits sont néanmoins toujours pleinement en détention d'un droit exclusif et ont la volonté de l'exercer. *A contrario*, les détenteurs de savoirs n'ont pas de droits exclusifs tels que l'entend le régime des droits de propriété intellectuelle. Toutefois, concernant les connaissances pratiques, le droit exclusif du détenteur n'est pas forcément anéanti. Les connaissances pratiques sont qualifiées de « communs » par la volonté du détenteur ayant choisi les licences libres ou le domaine public consenti. Or, M. Clément-Fontaine souligne le maintien du droit exclusif du détenteur malgré le choix des licences libres en définissant ces dernières comme des « licences par lesquelles l'auteur autorise la copie, la modification et la diffusion de l'œuvre modifiée ou non, de façon concurrente, sans transférer ses droits d'auteur qui y sont attachés (…)[2710] ». Ainsi, lorsque le détenteur fait le choix des licences libres, le droit exclusif est mis en œuvre d'une façon qui diffère des schémas classiques. C'est justement parce que le détenteur détient un droit exclusif qu'il a la liberté de faire le choix d'abandonner ses droits au public (hormis son droit moral), de se réserver privativement les utilités de sa création, ou d'adjoindre une licence libre. Cet usage original du droit exclusif apparaît d'ailleurs implicitement en matière de rémunération pour copie privée. Cette rémunération est, de plus, due même en l'absence de mesures techniques de protection, y compris s'il aurait été possible d'en apposer[2711]. Cette précision peut être interprétée plus largement comme autorisant un détenteur à choisir de partager ses connaissances tout en exigeant une contrepartie financière. N. Binctin explique bien le fonctionnement de la licence légale en exposant qu'il s'agit d'une « sorte de

[2710] Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre*, Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014.
[2711] CJUE, 5 mars 2015, aff. C-463/12.

concession pour admettre des droits concurrents[2712] ». Les détenteurs concéderaient leurs droits sur les connaissances pratiques pour que d'autres personnes exercent des droits concurrents sur ces connaissances, et notamment le droit d'accéder, d'utiliser voire de modifier les connaissances, en contrepartie d'une rémunération équitable[2713]. Il semble, en revanche, plus difficile d'appliquer une licence pour rémunérer un détenteur lorsque celui-ci a fait le choix du domaine public consenti car il a renoncé à ses droits patrimoniaux[2714]. S'agissant des connaissances théoriques, elles font partie du « patrimoine commun de l'Humanité ». Un tel commun désigne des biens qui n'appartiennent à personne, y compris aux Etats. Rien n'empêche cependant de consacrer un fonds collectif pour un tel patrimoine dans le but de partager les bénéfices issus de l'exploitation des connaissances théoriques. L'Accord sur la Lune[2715] prévoit, par exemple, une répartition équitable des bénéfices qui résulteront de ses ressources[2716]. En définitive, c'est seulement lorsque les détenteurs de connaissances pratiques ont fait le choix du domaine public consenti qu'aucune contrepartie ne pourra être demandée car seul leur droit moral subsiste. Dans les autres cas, un droit à une contrepartie pourrait être mis en place soit individuellement soit collectivement par un fonds commun.

893. Transition. La rémunération équitable des détenteurs de savoirs devrait aussi être mise en parallèle avec les débats relatifs à la licence globale en matière de téléchargement[2717].

2) La pertinence de la licence globale pour une rémunération équitable des détenteurs de savoirs

894. Présentation de la licence globale. La licence globale est une mesure pour autoriser les internautes à accéder, télécharger et échanger des contenus culturels à des fins non-

[2712] Binctin, N., *op. cit*., p. 173

[2713] Cette contrepartie monétaire est interprétée par la CJUE comme une « obligation de résultat » pour les Etats-membres. Voir CJUE, 16 juin 2011, *Comm. com. électr*. 2012, chron. 4, No. 4, obs. Daverat, X.

[2714] Il semblerait en effet paradoxal d'établir un versement en faveur de détenteurs ayant renoncé à leur droit patrimonial. J. Cayron et A. Albarian exposent d'ailleurs que : « Il est alors très audacieux de proposer d'instaurer un domaine public payant, alors même que les œuvres tombées dans le domaine public ont cessé, à l'expiration d'un certain délai, de donner prise à un droit patrimonial. Pourquoi rendre payant ce qui est considéré comme gratuit (…) ». Voir Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 117.

[2715] L'Accord régissant les activités des Etats sur la lune et les autres corps célestes a été adopté par l'Assemblée générale des Nations unies le 5 décembre 1979.

[2716] Art. 11, chiffre 7, lettre d) de l'Accord sur la lune.

[2717] La licence globale a d'abord fait l'objet d'un amendement à la loi du 1er août 2006 dite loi « DADVSI » mais il a finalement été écarté. Puis, une proposition de loi (Proposition de loi de M. Zumkeller portant sur la création d'une licence globale à paliers, visant à financer les droits d'auteur dans le cadre d'échange de contenus audiovisuels sur internet) a été déposée devant l'Assemblée nationale le 29 avril 2010 (proposition de loi n° 2476) ou encore le 29 mai 2013 (proposition de loi n° 1070).

commerciales en contrepartie d'une rémunération versée aux titulaires de droits. La licence est dite globale car elle donne le droit à tous d'utiliser librement et de façon illimitée les œuvres sans restriction, si ce n'est celle de donner une contrepartie. Elle partage des points communs avec la licence légale car elle vise toutes les deux à encadrer juridiquement des pratiques sociales de masse pour reverser aux ayants-droit une rémunération en contrepartie des utilisations faites. Ces pratiques sociales ne peuvent pas être techniquement contrôlées ou empêchées car cela reviendrait à poursuivre des millions de personnes ou à demander un nombre considérable d'autorisations aux ayants-droit. Ainsi, les licences se justifient lorsque l'exercice individuel des droits est impossible ou à tout le moins hautement irréalisable en raison principalement du nombre de titulaires de droits et du nombre d'utilisateurs ou d'autres circonstances liées à l'utilisation (par exemple, les communs). Le champ d'application de la licence globale est cependant beaucoup plus large puisqu'il concerne l'ensemble des droits de propriété intellectuelle et elle donne un droit plus large aux utilisateurs puisque ces derniers ne sont pas limités à un droit de copie ou à un simple droit de diffusion. La licence globale vise, de plus, à rétribuer complètement et directement les ayants-droit[2718]. Cet aspect de la licence globale est particulièrement intéressant car il remplit l'objectif de rémunérer directement les détenteurs de connaissances. Une telle licence présente aussi l'avantage de dévoiler une dimension internationale à privilégier dans la mesure où les savoirs ne sont pas, par nature, délimités par des frontières nationales.

895. Des règles intéressantes pour déterminer les débiteurs et les créanciers. À propos des débiteurs concernés par la licence globale, il a d'abord été proposé une rétribution mutualisée et forfaitaire en ce que tous les titulaires d'un accès Internet seraient tenus au paiement de la rémunération équitable mensuelle[2719]. Le paiement serait perçu par les fournisseurs d'accès Internet puis réparti aux titulaires de droits. Ce premier aspect de la licence globale a été critiqué dans le sens où il impose une rétribution mutualisée même si les abonnés ne sont pas intéressés par les téléchargements. Une proposition plus intéressante a ensuite été présentée par la Hadopi[2720]. Seraient soumis au paiement uniquement les entités qui tirent, par

[2718] En payant la licence globale, le paiement vise l'œuvre et non son support et sa distribution. Or, en matière de droit de copie privée, sur le prix d'un album acheté chez le disquaire, une très faible part revient aux artistes. Au contraire, la licence globale est destinée en exclusivité aux ayants droit.

[2719] Le montant de cette cotisation perçue par les fournisseurs d'accès à Internet, varie par palier de 0 euro mensuel pour une personne ne téléchargeant pas, à un montant de 10 euros pour une personne téléchargeant beaucoup. Cette cotisation est réévaluée tous les ans par décret. Voir Bourdarot, M., « Licence globale - Echanges de contenus audiovisuels sur Internet », *Communication Commerce électronique*, No. 7-8, 2010.

[2720] Hadopi, « Accès aux œuvres sur internet : l'Hadopi engage l'analyse d'un système de rémunération proportionnelle du partage », *Actualités de l'Hadopi*, 27 juin 2013.

leurs activités, un gain marchand des échanges non marchands des œuvres protégées (exploitants, fabricants)[2721]. La proposition de l'Hadopi relative à la détermination des débiteurs se rattache à une volonté de modéliser un système de rémunération compensatoire des échanges non marchands[2722] en se basant sur le régime de la licence globale. Cette proposition est particulièrement intéressante dans la mesure où les détenteurs de savoirs peuvent être également concernés. Les détenteurs autorisent ou sont soumis à un partage non marchand[2723] de leurs savoirs et souhaiteraient bénéficier en contrepartie d'une rémunération équitable. Un tel système de rémunération équitable viserait, de plus, à empêcher que des acteurs s'enrichissent au détriment des titulaires de droits[2724]. Il empêcherait également que les détenteurs de connaissances subséquentes, lorsqu'ils accèdent et utilisent les connaissances antérieures dans un but lucratif, créent de nouvelles connaissances et jouissent de bénéfices sans prévoir de contreparties à l'égard des détenteurs initiaux.

896. Le manque de pertinence des limites de la licence globale appliquée aux savoirs. La licence globale n'a cependant pas été accueillie favorablement[2725] en ce qu'elle légaliserait le « piratage » des téléchargements en contrepartie d'une rémunération équitable[2726]. En ce qui concerne les savoirs, les actes des détenteurs subséquents sont néanmoins licites puisque le détenteur initial a fait le choix du régime des « communs » (connaissances pratiques) ou bien le partage lui a été imposé sur le fondement du « patrimoine commun de l'Humanité » (connaissances théoriques). L'accès et l'utilisation se font donc en toute légalité. Il est aussi

[2721] Cette nouvelle interprétation sera étudiée dans les développements suivants pour la rémunération des détenteurs de connaissances. Seuls les détenteurs de connaissances pratiques subséquentes devraient être soumis au paiement, voire uniquement ceux qui en tirent un bénéfice lucratif.

[2722] Dans un communiqué officiel, la Hadopi explique qu'elle commence à analyser et à réfléchir à un « système de rémunération compensatoire des échanges non marchands ». Sans écrire le terme de « licence légale », elle évoque un système de rémunération et de « compensation équitable et proportionnelle ». Voir Hadopi, *ibid*.

[2723] Un partage est non-marchand s'il ne donne lieu à un aucun revenu, direct ou indirect (par exemple, revenu publicitaire) pour aucune des deux parties. La notion de revenu est à entendre au sens strict comme perception monétaire ou troc contre une marchandise. Le fait d'accéder gratuitement à un fichier représentant une œuvre qui fait par ailleurs l'objet d'un commerce ne constitue en aucun cas un revenu. Aussi, le caractère non-marchand s'apprécie à raison du comportement des individus lorsque ceux-ci partagent sans but lucratif, c'est-à-dire sans chercher directement ou indirectement à se procurer des revenus par le biais de cette activité. Voir Hadopi, *ibid*.

[2724] E. Walter, secrétaire général de l'Hadopi, expose cette idée en soulignant que : « Le collège de la Hadopi, de façon prospective, a choisi de travailler sur un système de rémunération compensatoire visant les acteurs qui s'enrichissent au détriment des titulaires de droits et des utilisateurs. Celui-ci impliquerait la légalisation conditionnelle des usages de partage, dès lors que le site ou l'intermédiaire concerné s'acquitterait de sa rémunération compensatoire auprès des titulaires de droits. Il s'agirait ici d'une compensation d'un préjudice reconnu, dans la filiation de la copie privée et de la licence légale, et nullement d'une taxe. » Voir Lutte contre le piratage commercial des œuvres culturelles sur Internet - Audition de Mmes Marie-Françoise Marais, présidente de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi) et Mireille Imbert-Quaretta, présidente de la commission de protection des droits de la Hadopi, 2 juillet 2014.

[2725] C. Caron expose que : « À chaque fois que le droit d'auteur est contesté, la « licence globale » renaît, tel un serpent de mer, pour remplir le rôle de la « potion magique » de cette discipline afin de la délivrer de tous ses maux. » Voir Caron, C., « Questions autour d'un serpent de mer », *Communication Commerce électronique*, No. 11, repère 10, Novembre 2009.

[2726] Bertrand, A., « Internet et droit d'auteur », *Dalloz Action, Droit d'auteur*, Chapitre 212, 2010.

reproché que la rémunération ne soit plus liée aux stratégies de contenus de chacun des acteurs mais au nombre d'abonnés des fournisseurs d'accès à Internet[2727]. Pour les savoirs, une telle licence reviendrait à récompenser non pas le contenu au cas-par-cas de chaque connaissance mais plutôt le nombre général d'utilisateurs. Le nombre d'utilisateurs peut cependant être un indice de la qualité du contenu des savoirs. Nous verrons aussi que, pour limiter ce risque au regard du principe de partage équitable du patrimoine commun de l'Humanité, la rémunération pourrait être globale au bénéfice de toute forme de connaissance théorique. Une autre critique relative à la licence globale est que les prérogatives des titulaires de droits seraient paralysées en ce qu'ils n'ont plus le pouvoir d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de leurs œuvres. Ce reproche n'est cependant pas pertinent dans notre cas puisque les détenteurs ont, soit choisi le régime des « communs » en connaissance de cause pour leurs connaissances pratiques, soit le régime des « communs » leur a été imposé dès l'origine, s'agissant des connaissances théoriques, de sorte qu'ils n'ont jamais eu de droits pleinement exclusifs sur celles-ci.

897. Transition. Le domaine public payant devrait donc fonctionner par le moyen de licences en s'inspirant des licences légales et de la licence globale. Il convient maintenant de se pencher sur la difficulté principale dans la mise en œuvre de ce domaine, la détermination de la nature du versement de la contrepartie et du montant juste et équitable.

B) La difficulté relative à la nature du versement de la contrepartie et au montant juste et équitable

898. Les règles propres à assurer une rémunération proportionnelle. Une difficulté apparaît dans la nature du versement de la contrepartie et conséquemment dans la fixation du montant. Tandis qu'une redevance fixe forfaitaire serait plus facile à mettre en œuvre, une redevance proportionnelle dépendant de la valeur ou de l'utilité de la connaissance semble plus élaborée mais plus compliquée à estimer en pratique[2728]. Mesurer la valeur exacte de chaque connaissance ou bien l'effort de chaque détenteur pour créer la connaissance serait en effet difficile à déterminer en pratique[2729]. D'autres propositions concernant le montant à payer sont

[2727] Assemblée nationale, « Dispositif de licence globale. Perspectives », Question écrite avec réponse No. 2949, M. C. Vanesse - Ministère de la Culture et de la Communication, 13ème Législature, 14 août 2007.

[2728] Nous verrons dans le paragraphe suivant qu'une redevance proportionnelle serait adaptée pour les détenteurs de connaissances théoriques. En revanche, une redevance forfaitaire devrait être prévue au bénéfice des détenteurs de connaissances pratiques.

[2729] [Notre traduction] « Measuring the absolute value of one's contribution to culture, or of the effort one has put into it, would be a tall order indeed. » Voir Aigrain, P., *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press,

toutefois exposées par le comité d'experts non gouvernementaux de l'OMPI sur le domaine public payant[2730] telles qu'un prélèvement proportionnel sur les recettes provenant de la vente d'exemplaires ou de l'exploitation publique de l'œuvre. Ce mode de prélèvement est celui déjà existant pour rémunérer l'auteur ayant cédé ses droits à un éditeur[2731]. À défaut de supports, M. Vivant et J.M. Bruguière proposent de rémunérer en prenant en compte le nombre de connexions ou de pages visitées ou encore le prix payé par l'internaute[2732]. Concernant les savoirs, la solution envisageable pourrait être de fixer le montant proportionnellement au nombre d'utilisations de la connaissance. P. Aigrain s'oppose cependant à cette proposition car dès lors qu'un travail a prouvé son intérêt en attirant l'attention des utilisateurs, le détenteur devrait être récompensé en tant que tel et non par rapport au nombre exact des utilisations subséquentes[2733]. Toutefois, P. Aigrain ne s'oppose pas totalement à cette solution en proposant d'estimer l'utilisation relative[2734] par le biais d'un large échantillon d'utilisateurs volontaires ou par les données d'accès et d'utilisation fournies par les sites[2735]. Le recours à des sondages[2736] existe déjà en matière de copie privée pour respecter les dispositions de l'article L. 311-6 du CPI précisant que la répartition doit être réalisée à raison des reproductions privées dont chaque œuvre fait l'objet. Les utilisations permettraient donc de fixer facilement le montant de la redevance. Il peut néanmoins paraître injuste de fixer un montant différent selon l'utilité de la connaissance car celle-ci peut ne pas avoir une valeur effective à un moment donné mais prouver toute son utilité plus tard. Ce serait alors inéquitable pour le détenteur de recevoir

2012, p. 70. Même si fixer un tel montant paraît difficile, ce n'est cependant pas impossible car, en pratique, les sociétés doivent prendre de telles décisions tous les jours sur la valeur des droits ou des activités. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 70.

[2730] WIPO, « Committee of Non-Governmental Experts on the Domaine Public Payant », *in Copyright*, No. 6, Juin 1982, p. 183.

[2731] L'art. L. 131-4 du CPI prévoit en effet que l'éditeur doit payer l'auteur lorsque ce dernier lui a cédé ses droits. La rémunération suit alors le principe de la rémunération proportionnelle, c'est-à-dire que la cession doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation. Ainsi, l'auteur profite du succès de son œuvre mais aussi de son insuccès. Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, spé. p. 387.

[2732] Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 742.

[2733] P. Aigrain explique que tant que la création a prouvé un certain intérêt en attirant l'attention d'un certain nombre d'utilisateurs alors la valeur devrait être évaluée par rapport à la création elle-même et non uniquement par rapport au nombre de personnes qui l'apprécie [Notre traduction] : « (…) as long as a work has proven itself to be of interest - by attracting the attention of a certain number of users - we should value it for itself, and not only with respect to the number of people who appreciated it. » Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 96.

[2734] L'utilisation se définit comme toute forme d'action qui manifeste de l'intérêt pour la connaissance. P. Aigrain précise que l'utilisation peut se définir largement comme l'entrée en possession de fichiers complets représentant le travail ou bien par le téléchargement de fichiers sur un site en accès libre ou encore simplement par le déploiement du travail sur un navigateur web ou dans d'autres sources [Notre traduction]. « In other terms, for file sharing, the usage we will measure is the entry into the possession by individuals of a full file representing the work, or the upload of the file on a publicly accessible content site (…) usage will be constituted by the display of the work in a Web browser (…) ». Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 146-147.

[2735] Aigrain, P., *op. cit*., p. 146. P. Aigrain souligne l'analyse de A. Odlyzko pour empêcher les fraudes. Il propose notamment de requérir une confirmation humaine à certaines étapes clés de l'enregistrement ou encore réaliser des rapports périodiques des utilisations des membres. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 148.

[2736] Le but des sondages est aussi d'éviter la falsification par la mise en place des robots pour augmenter le nombre de copies.

un montant faible pour une connaissance ayant un impact important mais qui n'a pas lieu immédiatement. La solution pourrait être de mettre à jour régulièrement le nombre des utilisations et de reconsidérer la rémunération régulièrement selon la hausse ou la baisse des utilisations.

899. Les arguments en faveur d'une rémunération forfaitaire au bénéfice des détenteurs de savoirs. Une redevance fixe est déjà appliquée, par défaut, dans certains domaines, comme en matière de phonogrammes du commerce[2737] ou lorsque l'auteur a cédé ses droits à un éditeur[2738]. L'article L. 131-4 du CPI énumère les différents cas dans lesquels une rémunération forfaitaire devrait être prévue et notamment lorsque l'exploitation engendre des recettes qui sont difficilement individualisables ou lorsque les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre. Concernant les savoirs, il est vrai qu'il pourrait être difficile d'individualiser les recettes des détenteurs. Des critiques sont néanmoins soulevées face au caractère forfaitaire de la redevance. A.C. Renouard expose qu'une redevance forfaitaire est injuste car les objets de paiement sont inégaux[2739]. Il est vrai que les savoirs n'auront pas tous la même utilité et efficacité. Cependant, les détenteurs ont fait le choix du régime des « communs » (connaissances pratiques) ou le partage leur a été imposé (connaissances théoriques) de sorte qu'un montant forfaitaire pourrait être considéré suffisant car le profit n'est pas leur objectif principal. Un montant forfaitaire est aussi plus sécurisant pour les détenteurs qui sont certains de recevoir une somme certaine et déterminable à l'avance[2740]. Le comité d'experts non gouvernementaux de l'OMPI sur le domaine public payant se penche d'ailleurs sur ce mode de rétribution en proposant une somme forfaitaire lorsque les œuvres tombées dans le domaine public ne constituent pas la principale source d'exploitation pour les utilisateurs[2741]. Cette proposition pourrait être intéressante car une somme forfaitaire serait plus simple à mettre en œuvre et il est vrai que ce ne sont pas les connaissances elles-mêmes qui seraient la source d'exploitation. L'exploitation commerciale

[2737] L'art. L. 214-1, al. 7 du CPI prévoit que la rémunération équitable est assise sur les recettes de l'exploitation ou, à défaut, évaluée forfaitairement.

[2738] Art. L. 131-4 du CPI.

[2739] « Mais quoi de plus injuste qu'une mesure fixe, rendue commune à des objets essentiellement inégaux ? ». Voir Renouard, A.C., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence,* T. 5, 1837, pp. 241-274, spé. p. 270.

[2740] Comme le souligne C. Caron : « Il est parfois préférable, pour l'auteur, de toucher de façon certaine une somme d'argent forfaitaire, plutôt que de subir les aléas et l'absence de succès d'une exploitation qui lui donnerait une rémunération, certes proportionnelle, mais inférieure. » Voir Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, spé. p. 391.

[2741] WIPO, « Committee of Non-Governmental Experts on the Domaine Public Payant », *in Copyright*, No. 6, Juin 1982, p. 183.

consistera surtout en la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de services. Cette redevance forfaitaire ne serait, du reste, que la mise en œuvre du modèle de rétribution déjà existant pour les publications scientifiques en accès libre. La *Public Library of Science* considère en effet le savoir scientifique comme un bien commun universel de sorte que la version numérique des articles est en accès libre et gratuit sous une licence autorisant la redistribution et les travaux dérivés. Le modèle de rétribution pour assurer une qualité éditoriale est de faire payer les auteurs eux-mêmes quand leur article est accepté pour publication[2742].

900. La difficulté relative à la détermination du montant équitable. Une difficulté apparaît, en outre, dans la fixation du montant d'une rémunération équitable car tandis que les détenteurs souhaiteraient augmenter le montant, les utilisateurs (ou détenteurs subséquents) préféreraient le diminuer au maximum. Comme le souligne A.C. Renouard : « S'en rapporter à l'appréciation du débiteur de la redevance est une absurdité manifeste, ; mais il serait absurde, au même degré, de s'en remettre au prix que demanderait l'auteur[2743]. » Pourtant, en matière de phonogrammes du commerce, la rémunération est fixée par voie d'accords d'une durée de un à cinq ans entre les organismes représentatifs, producteurs de phonogrammes et utilisateurs bénéficiaires de la licence légale. À défaut d'accord, l'article L. 214-4 du CPI prévoit la saisine d'une commission présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire[2744]. En matière de copie privée, une « contractualisation de la compensation[2745] » est autorisée, c'est-à-dire que les parties à un contrat peuvent décider du montant à payer au titre de la copie privée. Mais, en principe, le titulaire des droits perçoit une rémunération dont il ne détermine pas le montant. La redevance est déterminée par une commission administrative (art. L. 311-5 du CPI). Même si le montant est décidé par voie d'accords, il apparaît cependant nécessaire de fixer au préalable un plafond comme il est prévu par le Code des relations entre le public et l'administration lorsque la réutilisation des données publiques est soumise au paiement de redevances. Les textes encadrent précisément les modalités de fixation des redevances en établissant un plafond

[2742] Des bourses sont prévues pour prendre en charge les frais de paiement lorsque les auteurs ne sont pas couverts par des institutions scientifiques. Voir Aigrain, P., *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété,* Librairie Arthème Fayard, 2005, p. 121.

[2743] Renouard, A.C., « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence,* T. 5, 1837, pp. 241-274, spé. p. 270. Pourtant, A.C. Renouard souligne que le public est seul légitime à apprécier le salaire dû aux écrivains selon son utilité et le plaisir tiré : « Il n'est qu'un seul juste appréciateur du salaire dû aux écrivains et aux artistes : le public » et « l'évaluation la plus judicieusement approximative de l'utilité d'un livre consiste dans le succès qu'il obtient. » Voir Renouard, A.C., *ibid*., p. 268.

[2744] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5ème éd., 2017, spé. p. 1115.

[2745] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 402.

annuel[2746]. Le montant total annuel ne peut pas dépasser le cumul de différents coûts[2747]. Pour assurer un prix équitable, l'article L. 324-3 du CPI prévoit ensuite que le montant des redevances est fixé selon des critères « objectifs, transparents, vérifiables et non discriminatoires » et qu'il soit révisé au moins tous les cinq ans. Bien que le montant de la rémunération n'ait pas à être strictement limité à la valeur du préjudice subi[2748], il est proposé qu'il soit en-dessous de celui imposé en droit d'auteur[2749]. Plus précisément, le montant devrait être égal à la moitié du taux de rémunération normalement applicable en droit d'auteur. Ainsi, le montant pour l'exploitation des savoirs devrait être égal à la moitié du taux normalement fixé pour les connaissances pratiques protégées par une protection exclusive (droits de propriété intellectuelle, secret). S. Dusollier souligne toutefois que ce montant serait en pratique difficile à estimer[2750]. Il serait, de plus, opportun d'harmoniser le montant de la rémunération équitable dans l'ensemble des Etats. Or, en l'état actuel du droit, en matière de copie privée, les Etats membres sont libres de déterminer la rémunération équitable dès lors qu'elle est fixée en fonction du préjudice subi par les ayants droit. En tout état de cause, cette rémunération devrait être temporaire[2751] pour être équitable et le montant ne devrait pas être trop important pour ne pas décourager la création de nouveaux savoirs.

901. La révision du montant pour rétablir l'équité. Si la connaissance connaît un succès imprévisible, il serait envisageable de faire application des théories de la lésion et de l'imprévision pour réviser le montant de la contrepartie. Il est en effet possible de provoquer la révision des conditions du prix du contrat, c'est-à-dire une hausse du forfait, lorsque l'auteur a subi un préjudice de plus de 7/12ème dû à une lésion ou prévision insuffisante des produits de l'œuvre[2752]. Cette possibilité est prévue à l'article L. 131-5 du CPI en cas de cession (totale ou

---

[2746] Décret n° 2016-1036 du 28 juillet 2016 relatif au principe et aux modalités de fixation des redevances de réutilisation des informations du secteur public, JORF n° 0176 du 30 juillet 2016.

[2747] Coûts liés à la numérisation, coûts de diffusion sur internet ou coûts de mise à disposition à défaut de possibilité de téléchargement (art. L. 324-1 et L. 324-2). Concernant les coûts liés à l'accomplissement des missions et les coûts afférents à la collecte, à la production, à la reproduction et à la diffusion des données, les redevances peuvent être calculées de façon à ce que le revenu total généré sur un exercice comptable ne dépasse pas l'ensemble de ces coûts majoré du retour sur investissement défini par l'organisme.

[2748] Selon M. Vivant et J.M. Bruguière, le montant de la rémunération n'est pas forcément limité au *lucrum cessans*. Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, spé. p. 533.

[2749] [Notre traduction] « The rates of fees to be collected under domaine public payant would in any event be lower than those collected under copyright. » Voir WIPO, « Committee of Non-Governmental Experts on the Domaine Public Payant », *in Copyright*, No. 6, Juin 1982, p. 182.

[2750] Dusollier, S., « Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain », *Committee on Development and Intellectual Property, World Intellectual Property Organization,* CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, 2010, spé. p. 41.

[2751] Le comité non gouvernemental des experts relatifs au domaine public payant propose une durée limitée à un certain nombre d'années à compter du moment où l'œuvre concernée n'est plus protégée par le droit d'auteur. Voir WIPO, « Committee of Non-Governmental Experts on the Domaine Public Payant », *in Copyright*, No. 6, Juin 1982, p. 179, spé. p. 182.

[2752] Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, spé. p. 393 ; Lucas, A., Lucas-Schloetter, A.,

partielle) par l'auteur du droit d'exploitation et pourrait être étendue à l'égard des détenteurs de savoirs dans la mesure où il peut être considéré qu'ils cèdent totalement leurs connaissances théoriques ou partiellement leurs connaissances pratiques. La révision du montant de la rémunération pourrait également se faire sur le fondement de l'article 1195 du Code civil[2753]. Selon M. Vivant et J.M. Bruguière, l'article L. 131-5 du CPI pourrait s'appliquer pour les révisions de forfait tandis que l'article 1195 du Code civil s'appliquerait pour la rémunération proportionnelle[2754]. Dans le même sens, la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (art. 15) prévoit, aussi bien pour une rémunération forfaitaire qu'une rémunération proportionnelle, que les auteurs peuvent demander une rémunération supplémentaire « appropriée et juste » lorsque la rémunération initialement convenue est exagérément faible par rapport aux recettes et bénéfices ultérieurement tirés de l'exploitation des œuvres ou interprétations[2755].

902. Transition. La rémunération équitable ayant été étudiée pour les détenteurs de connaissances, théoriques et pratiques, il convient désormais de se pencher plus précisément sur le fonctionnement du domaine public payant qui dépend de la forme de connaissance concernée.

PARAGRAPHE II. UN FONCTIONNEMENT DU DOMAINE PUBLIC PAYANT DIFFERENT SELON LA FORME DE CONNAISSANCE CONCERNEE

903. Plan. Une distinction doit être opérée entre la contrepartie financière des détenteurs de connaissances théoriques et celle des détenteurs de connaissances pratiques. D'un côté, les connaissances théoriques sont le « patrimoine commun de l'Humanité » et sont donc toutes librement accessibles et utilisables[2756]. Il convient alors de se demander si une telle qualification impose la gratuité et empêche d'accorder une contrepartie financière aux détenteurs (A). D'un

Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, spé. p. 665.

[2753] Depuis l'ordonnance de 2016, l'art. 1195 du Code civil permet à la partie pour laquelle un changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse de demander à son cocontractant une renégociation du contrat et même, en cas de refus ou d'échec, de saisir le juge qui pourra le réviser ou y mettre fin. Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 669.

[2754] Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, p. 750.

[2755] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 670.

[2756] Les connaissances théoriques sont un « patrimoine commun » et rappelons que cette notion est synonyme de « domaine public » à l'échelle mondiale. En effet, selon M. Clément-Fontaine, le domaine public et le patrimoine commun sont deux notions identiques et la différence ne tient qu'à une question d'échelle (le domaine public est un concept français tandis que le patrimoine commun est un concept issu d'un accord international). Voir Clément-Fontaine, M., *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014, spé. p. 415.

autre côté, les connaissances pratiques ne sont pas toutes dans le domaine public. Ce sont seulement celles dont le détenteur a choisi le régime des « communs » qui sont librement accessibles et utilisables. Lorsque le détenteur privilégie une logique d'inclusion, il devrait recevoir une contrepartie financière pouvant prendre la forme d'une *Creative Contribution* (B). Il convient de se demander quel serait le montant équitable d'un tel paiement. P. Aigrain se base sur deux principes pour établir l'équité du montant[2757]. Il s'interroge d'abord sur le montant minimal nécessaire pour permettre aux communs culturels de se développer à leur plein potentiel. Puis, il se demande jusqu'à quelles limites les utilisateurs peuvent contribuer à la contribution forfaitaire.

A) Gratuité des connaissances théoriques et domaine public payant

904. Plan. Il convient d'abord de se demander s'il est légitime de faire payer les utilisateurs pour des connaissances appartenant au « patrimoine commun de l'Humanité ». Si les connaissances théoriques sont librement accessibles et utilisables alors il semble injustifié d'assujettir les tiers au paiement d'une certaine somme pour l'accès à ces connaissances et leur utilisation (1). Il sera alors recherché un moyen légitime permettant aux détenteurs de connaissances théoriques de recevoir une contrepartie équitable. Cela impose de déterminer qui pourraient être les créanciers et les débiteurs de cette contrepartie et quelles pourraient être les modalités spécifiques de calcul de celle-ci au regard des conditions d'utilisation des connaissances théoriques (2).

1) Plausibilité et raisons justifiant la mise en œuvre d'un domaine public payant

905. Liberté et gratuité. Il peut paraître, de prime abord, surprenant de faire payer les utilisateurs pour des ressources appartenant au « patrimoine commun de l'Humanité ». Les connaissances théoriques devraient en effet être librement accessibles et utilisables et il conviendrait de ne pas assujettir les tiers au paiement d'une certaine somme pour y accéder et les utiliser. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique souligne d'ailleurs la gratuité de l'accès et de l'utilisation du domaine commun informationnel à propos de la loi pour une République numérique[2758]. Obliger les tiers à un paiement risque d'établir une restriction

[2757] Aigrain, P., *op. cit*., p. 89-90.

[2758] « Si l'on admet que le projet d'article 8 entend interdire et sanctionner toute restriction financière à l'accès au domaine commun informationnel, il s'en suit que l'accès et l'utilisation des éléments de ce domaine doivent être gratuits. » Voir Conseil

financière et d'exclure de l'accès et de l'utilisation tous les tiers qui n'ont pas les moyens de payer. Dans le même sens, la réutilisation payante des données publiques pour ceux qui en feraient une réutilisation soulève de nombreuses critiques car la tarification limite la diffusion et la réutilisation des données[2759].

906. Liberté et rémunération équitable. Les détenteurs de connaissances théoriques mériteraient cependant dans leur ensemble d'être récompensés de l'apport qu'ils ont fait à la société. Comme les connaissances théoriques ne peuvent pas être protégées par des droits de propriété intellectuelle ou d'autres formes de protection exclusive en raison de leur qualification de « patrimoine commun de l'Humanité »[2760], les détenteurs devraient pouvoir rentabiliser la production de ces connaissances pour être incités à en produire davantage. Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique expose cette nécessaire rentabilisation des frais engagés[2761]. De même, le Ministère de la Culture et de la Communication a déclaré à l'Assemblée nationale que : « Sans la rémunération à laquelle les créateurs ont droit, la création elle-même est menacée[2762]. » J.E. Stiglitz souligne également que l'exploitation du patrimoine commun devrait être payante[2763]. Quant à F. Latrive, il voit le domaine public payant comme un « moyen de répondre à l'injustice évidente de cette fortune privée établie (…) sur le dos d'une histoire qu'elle n'a pas créée et qui appartient, légalement et moralement, au patrimoine culturel général[2764] ». Et M. Clément-Fontaine de souligner la nécessité d'une rémunération même si

supérieur de la propriété littéraire et artistique, « Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique », 30 octobre 2015, spé. p. 6.

[2759] « Subordonner la réutilisation des données publiques à une licence payante est une entrave à la valorisation des données et ne relève donc pas des principes du mouvement Opendata tel qu'il se définit. » Voir notamment Le Monde, « Pourquoi la réutilisation des données publiques à des fins commerciales doit être gratuite » [En ligne], 11 mars 2011. [Consulté le 09 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/03/11/pourquoi-la-reutilisation-des-donnees-publiques-a-des-fins-commerciales-doit-etre-gratuite_1491922_651865.html

[2760] Les connaissances théoriques ne devraient pas être protégées par des droits de propriété intellectuelle car « la recherche fondamentale de même que bon nombre d'autres formes essentielles de connaissances ne sont pas - et ne devraient quasi certainement pas être - protégées par un régime de propriété intellectuelle. Dans ces domaines-là, l'efficience appelle l'intervention publique. Et cette intervention publique doit se situer au niveau mondial. » Voir Stiglitz, J.E., « La connaissance comme bien public mondial », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*^{ème} *siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 174.

[2761] « Si le modèle de numérisation et de mise en ligne gratuite et libre de droits a fait la preuve de son intérêt certain (*Wikisource, Google Books*, etc.), d'autres acteurs ont pu opter pour un modèle plus restrictif afin d'obtenir un retour sur investissement des frais engagés non seulement pour la numérisation elle-même, mais aussi pour la conservation et l'entretien des fonds physique et immatériel, investissement nécessaire à la survie du domaine commun informationnel (…) ». Voir Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, « Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique », 30 octobre 2015, spé. p. 7.

[2762] Assemblée nationale, « Dispositif de licence globale. Perspectives », Question écrite avec réponse No. 2949, M. C. Vanesse - Ministère de la Culture et de la Communication, 13ème Législature, 14 août 2007.

[2763] « Dans bien des régions du monde, on reconnaît que l'exploitation du patrimoine commun (…) peut et devrait être payante. Ce paiement peut se justifier par des considérations tant d'efficience que d'équité. » Voir Stiglitz, J.E., *ibid*., p. 167.

[2764] Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 57.

l'objectif initial des détenteurs n'est pas financier[2765]. Ce mode de rétribution apparaît légitime car l'entrée de ces éléments dans le domaine public ne signifie pas nécessairement que les utilisations doivent être gratuites[2766]. A. Dietz se montre, par ailleurs, favorable au domaine public payant car il incite à créer davantage de connaissances. Les détenteurs seront rémunérés et les nouvelles connaissances seront sources d'inspiration pour d'autres détenteurs qui seront également récompensés par la suite[2767].

907. Le domaine public payant appliqué en France et à l'étranger. Ce mode de rétribution n'est pas une nouveauté puisque V. Hugo en était le défenseur[2768]. Il considérait que le domaine public est l'héritier de l'auteur et qu'il peut donc bénéficier d'une partie des revenus tirés de l'exploitation des auteurs prédécédés[2769]. Des rapports de l'Unesco recommandent aussi ce mode de rétribution[2770] et des projets de loi relatifs au domaine public payant ont été sur le point d'être adoptés en France dans les années 1930[2771]. Le domaine public payant existerait d'ailleurs déjà plus ou moins en France dans un cas spécial[2772] ainsi que dans la pratique en

---

[2765] « Si l'acte créatif trouve sa source dans d'autres motivations que l'argent, la rémunération de l'auteur n'en demeure pas moins une garantie d'autonomie intellectuelle nécessaire. » Voir Clément-Fontaine, M., « La convergence du droit de la propriété littéraire et artistique et du "droit des données" : une fatalité ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, spé. p. 99.

[2766] [Notre traduction] « The *domaine public payant* doctrine has always considered that the entrance of an item within the public domain after a certain period of time would not mean that the use of the work would necessarily become 'free of charge' for all. » Voir Dusollier, S., Benabou, V.L., « Draw me a public domain », *in Copyright Law : A Handbook of Contemporary Research,* Edgar Elgar, Torremans P. (ed.), 2007, pp. 161-184, spé. p. 182.

[2767] En effet, A. Dietz expose que : « En fin de compte, ce système fait bénéficier les auteurs vivants des recettes d'œuvres d'auteurs prédécédés ; les œuvres de ces auteurs vivants produiront à leur tour ultérieurement des recettes destinées à favoriser l'existence de générations ultérieures d'auteurs. » Voir Dietz, A., *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne CEE*, Collection Etudes, Série secteur culturel, No. 2, Bruxelles, 1976, cité par Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 118.

[2768] Hugo, V., *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international*, Congrès Littéraire International de Paris, 1878, *in* Baetens, K., *Le Combat du droit d'auteur*, Les impressions nouvelles, Paris, 2001, p. 158.

[2769] Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., spé. p. 120.

[2770] L'Unesco a publié un rapport présentant les résultats d'une enquête sur les législations nationales prévoyant le domaine public payant. Voir WIPO, « Analysis of the replies to the survey of existing provisions for the application of the system of "Domaine Public Payant" in national legislation », WIPO/DPP/CE/1/02 ; CPY.82/WS/1, 1982, cité par Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., p. 123.

[2771] Voir le projet de loi de J. Zay, ministre de l'Education nationale, le 13 août 1936, devant la Chambre des députés. Le domaine public payant était proposé par l'art. 21 du projet qui prévoyait une durée de protection de cinquante ans après la mort de l'auteur. J. Cayron et A. Albarian soulignent que : « Un accord sembla sur le point de se réaliser si bien que le texte fut inscrit à l'ordre du jour du Parlement pour la rentrée de novembre 1939. La survenance de la guerre en empêcha l'examen. » Voir Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., p. 127.

[2772] En effet, sur le fondement de l'art. L. 111-4 du CPI, si un Etat n'assure pas aux œuvres divulguées pour la première fois en France une protection suffisante et efficace alors les œuvres divulguées pour la première fois sur le territoire de cet Etat ne bénéficient pas de la protection du droit d'auteur de la législation française. Ainsi, les auteurs d'œuvres publiées pour la première fois en France ne détiendront pas de droits patrimoniaux et les œuvres sont donc considérées appartenir au domaine public. Les droits pécuniaires afférents à l'exploitation de l'œuvre doivent toutefois être versés à des organismes d'intérêt général, désignés par le décret de 1967 (décret n°61-181 du 6 mars 1967, art. R. 111-1 et R. 111-2 du CPI). Voir Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., p. 125. Par conséquent, A. Lucas et *al.,* exposent que : « Ces œuvres se trouvent ainsi soumises à un régime de "domaine public payant", jusque-là inconnu en France. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 1189.

matière de spectacle[2773]. Il semblerait également être prévu par les dispositions du Code des relations entre le public et l'administration relatives à la réutilisation des informations publiques. Les articles L. 324-1 à L. 324-5 du CRPA[2774] posent en effet le principe de la gratuité de la réutilisation des informations du secteur public[2775]. Le contenu doit alors être mis à la disposition des tiers et les réutilisations doivent être libres. Des exceptions sont cependant prévues permettant à certaines administrations d'établir des redevances[2776]. Par conséquent, la réutilisation non commerciale des contenus est, en principe, libre et gratuite. Mais, si la réutilisation est dans un but lucratif[2777] alors un paiement peut être exigé en faisant l'objet d'une licence[2778]. Par exemple, la réutilisation sera payante si une entreprise privée de généalogie recouvre des recettes grâce à la commercialisation des données publiques[2779]. La licence est d'ailleurs obligatoire lorsque la réutilisation donne lieu à redevance[2780]. Certains Etats ont, par ailleurs, adopté un domaine public payant, en particulier l'Argentine[2781], de sorte que J. Cayron

[2773] La Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD), dès 1838, inclut dans les contrats conclus avec les entrepreneurs de spectacle une « clause forfaitaire », aux termes de laquelle l'entrepreneur de spectacle devrait payer une redevance aussi bien pour l'utilisation des œuvres protégées que pour celle des œuvres tombées dans le domaine public. L'acceptation de cette clause par l'entrepreneur de spectacles lui permet d'obtenir un prix plus avantageux pour les œuvres protégées. La SACD utilise alors les sommes pour financer la Caisse de secours des auteurs, destinée à venir financièrement en aide aux auteurs ou à leurs héritiers. Voir Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., p. 125.

[2774] Articles modifiés par la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux modalités de la réutilisation des informations du secteur public et par la loi issue de la directive n° 2013/37/UE du 26 juin 2013 qui a modifié la directive n° 2003/98/CE (dite « PSI ») du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public.

[2775] Par exemple, depuis la loi pour une République numérique de 2016, le droit *sui generis* des producteurs de bases de données ne doit pas faire obstacle à la réutilisation du contenu des bases de données que les administrations publient (art. 11, 17 et 38 de la loi pour une République numérique).

[2776] Par exemple, la tarification est possible lorsque les administrations sont tenues de couvrir, par des recettes propres, une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public (art. L. 324-1 du CRPA) ou lorsque la réutilisation porte sur des informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques lorsque ces dernières sont commercialisées conjointement (art. L. 324-2 du CRPA).

[2777] Une réutilisation commerciale s'entend, par exemple, comme la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de services.

[2778] Cependant, la réutilisation payante des données publiques, pour ceux qui en feraient une réutilisation dans un but lucratif, soulève de nombreuses critiques car la tarification limite la diffusion et la réutilisation des données : « Subordonner la réutilisation des données publiques à une licence payante est une entrave à la valorisation des données et ne relève donc pas des principes du mouvement Opendata tel qu'il se définit. » Une telle réutilisation payante risquerait aussi de créer un système d'oligopole car seules les structures ayant les moyens financiers pourraient réutiliser les données publiques, ce qui pénaliserait les PME. Voir notamment Le Monde, « Pourquoi la réutilisation des données publiques à des fins commerciales doit être gratuite », [En ligne], 11 mars 2011. [Consulté le 09 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/03/11/pourquoi-la-reutilisation-des-donnees-publiques-a-des-fins-commerciales-doit-etre-gratuite_1491922_651865.html

[2779] L'art. D. 324-5-1 du CRPA donne la liste des informations et catégories d'informations susceptibles d'être soumises au paiement d'une redevance de réutilisation, notamment les informations géographiques et les informations météorologiques.

[2780] Art. L. 323-1 du CRPA.

[2781] Décret-loi n° 1.224 du 3 février 1958 portant création du Fonds National des Arts, Résolution nº 15.850 du 30 décembre 1977 du Fonds National des Arts portant approbation du texte consolidé 1978 du régime juridique sur les paiements dus pour l'utilisation des œuvres du domaine public. En Argentine, la somme à payer pour être en mesure d'utiliser une œuvre du domaine public est déterminée et perçu par le Fonds national des arts qui est une institution gouvernementale autonome du secteur de la culture. Des sanctions civiles et pénales sont prévues en cas de tentative de contournement de la législation. Aussi, l'affectation des sommes perçues concerne majoritairement l'encouragement des activités artistiques et littéraires, l'octroi de prêts et de prix. Voir Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 123-124.

et A. Albarian déclarent que : « Ce "modèle argentin" a, à tout le moins, le grand mérite de démontrer aux plus farouches opposants du domaine public payant que ce système, pensé par Hugo et voulu par Zay, est non seulement tout à fait viable mais, en plus, naturellement pérenne[2782]. » Les experts du comité non gouvernemental relatif au domaine public payant exposent qu'une portée internationale d'un tel domaine serait conseillée[2783]. Une telle portée s'avère pertinente lorsque le domaine public payant s'applique à l'égard des savoirs qui ne sont pas, par nature, délimités par des frontières nationales.

908. Transition. Pour qu'un tel domaine public payant soit légitime, il devrait cependant respecter les principes du régime du « patrimoine commun », c'est-à-dire l'accès et l'utilisation libres et gratuits des connaissances théoriques.

2) Modalités, créanciers et débiteurs du domaine public payant

909. Plan. Si un domaine public payant est mis en œuvre pour l'utilisation des connaissances théoriques, il importe de déterminer quels sont les créanciers, les débiteurs (a) et comment sera calculée la somme à verser (b).

a) Les difficultés relatives à la détermination des créanciers et des débiteurs

910. La détermination des créanciers et détenteurs de connaissances théoriques. Concernant les créanciers, il serait légitime que les sommes soient redistribuées à un fonds spécifique[2784]. Les détenteurs ne peuvent en effet pas être identifiés puisque les connaissances théoriques sont dans le « patrimoine commun de l'Humanité » et sont donc inappropriables. En principe, en matière de licence légale, le titulaire des droits est celui qui est toujours indemnisé

[2782] Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., p. 124.

[2783] L'OMPI expose qu'une portée internationale garantirait que les utilisateurs dans un Etat donné ne négligent pas le répertoire d'un autre Etat pour lequel une redevance serait exigée pour l'utilisation [Notre traduction] : « The Committee agreed that the extension of the system to the entire international repertoire would be such as to prevent users of works of the mind in a given country from neglecting the national repertoire for the use of which a fee would be collected. » Voir WIPO, « Committee of Non-Governmental Experts on the "Domaine Public Payant" », *in Copyright*, No. 6, Juin 1982, p. 179, spé. p. 183.

[2784] A. Dietz propose de reconnaître un droit collectif à la communauté des auteurs : « Cette communauté des auteurs devrait pouvoir recevoir directement une part des revenus provenant de l'exploitation des œuvres d'auteurs décédés, après expiration de la période de protection individuelle. » Voir Dietz, A., « Le droit de la communauté des auteurs : un concept moderne de domaine public », *in Copyright bulletin*, 1990, XXIV, 4, pp. 13-24, cité par Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., p. 128. Cette communauté des auteurs serait représentée par un organisme collectif représentant tous les acteurs de la vie culturelle. Cette seconde proposition reviendrait à reconnaître un droit à la collectivité des auteurs et donc une propriété collective. Par exemple, des fonds sont déjà prévus dans certaines législations nationales à l'égard des communautés autochtones et locales. Voir la loi péruvienne n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques, articles 37 et s.

en contrepartie de la liberté de copier, de diffuser ou de prêter[2785]. Les sommes sont perçues par des organismes de gestion collective puis réparties aux différents titulaires de droits. Concernant les œuvres indisponibles dans le commerce, la directive du 17 avril 2019 souligne que les Etats membres devraient pouvoir s'appuyer sur des solutions permettant à des organismes de gestion collective de proposer des licences pour certains types d'utilisation et de distribuer les revenus tirés de ces licences aux titulaires de droits[2786]. Lorsque le titulaire de droits n'est pas identifiable, il est prévu que les sommes soient versées à des actions d'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant ou encore à des actions de formation des artistes[2787]. Ces organismes de gestion collective doivent être suffisamment représentatifs pour garantir une certaine légitimité[2788]. En raison du nombre considérable des utilisations, A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, et C. Bernault soulignent que : « La gestion du droit à rémunération pour copie privée ne peut être que collective[2789] » et il en est de même pour la gestion du droit à rémunération pour les connaissances théoriques. Il ne devrait, en revanche, pas être établi de limitations géographiques dans la détermination des créanciers (détenteurs de connaissances théoriques), comme il est notamment prévu en matière de copie privée. Le comité non gouvernemental des experts relatif au domaine public payant insiste aussi sur la qualité des bénéficiaires (les détenteurs) et sur l'existence d'un intermédiaire collectant les sommes[2790]. S. Dusollier, quant à elle, propose que les fonds soient également affectés au développement de la recherche[2791]. Dans le même sens, en matière de prêt en bibliothèques, il est prévu qu'une part

[2785] Les arrêts *Padawan* (CJUE, 21 oct. 2010, No. C-467/08) et *Copydan* (CJUE, 5 mars 2015, No. C-463/12) soulignent que la compensation a pour objet d'indemniser les auteurs et les titulaires de droits voisins. Par exemple, le considérant 35 de l'arrêt *Padawan* déclare que : « Dans le cas de certaines exceptions ou limitations, les titulaires de droits doivent recevoir une compensation équitable afin de les indemniser de manière adéquate pour l'utilisation faite de leurs œuvres ou autres objets protégés. »

[2786] Considérant 44 de la directive (UE) n° 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique.

[2787] L'art. L. 321-9 du CPI prévoit une telle solution pour les sommes dites « irrépartissables » lorsque, notamment, leurs destinataires n'ont pas pu être identifiés ou retrouvés avant l'expiration du délai prévu au dernier alinéa de l'art. L. 321-1 du CPI.

[2788] Dans son considérant 48 et à l'art. 8.1, a) et b), la directive (UE) n° 2019/790 du 17 avril 2019 souligne que les États membres devraient fixer les exigences auxquelles les organismes de gestion collective doivent satisfaire pour être considérés comme suffisamment représentatifs, compte tenu de la catégorie de droits que l'organisme gère, de la capacité de l'organisme à gérer efficacement les droits, du secteur de la création dans lequel l'organisme est actif et du fait que l'organisme couvre ou non un nombre significatif de titulaires de droits pour le type d'œuvres ou autres objets protégés concernés qui lui ont donné un mandat.

[2789] Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, spé. p. 415.

[2790] Le comité expose que ceux recevant les sommes doivent être les créateurs et la distribution des sommes devrait être contrôlée par des organes protégeant leurs intérêts [Notre traduction] : « Those receiving the sums collected should be the creators themselves and that the distribution of such sums should be made under the control of bodies looking after their interests. » Voir WIPO, « Committee of Non-Governmental Experts on the Domaine Public Payant », *in Copyright*, No. 6, Juin 1982, p. 183.

[2791] S. Dusollier souligne en effet que les redevances seront généralement dédiées à des objectifs de bien-être et culturels tels que le financement des jeunes créateurs, des prestations sociales aux jeunes créateurs en difficulté ou la promotion des créations. Parfois, la rémunération est dédiée à la préservation du domaine public lui-même, notamment en Algérie [Notre traduction]

soit répartie entre les auteurs et les éditeurs mais aussi qu'une autre part soit affectée à un régime de retraite complémentaire pour les écrivains, traducteurs, dessinateurs, illustrateurs ou encore photographes[2792]. Ainsi, le domaine public payant semble être un mécanisme légitime à l'égard des détenteurs car il a toujours eu pour objectif de venir en aide aux créateurs[2793].

911. La détermination des débiteurs et utilisateurs des connaissances théoriques. Pour déterminer quels seraient les débiteurs, le régime des licences légales, et particulièrement de la copie privée, prévoit que ce sont tous les utilisateurs qui supportent le coût final. Même si l'article L. 311-4 du CPI précise expressément les individus sujets au paiement[2794], ce sont finalement tous les utilisateurs achetant le support d'enregistrement qui supportent le coût car les personnes concernées par l'article répercutent le prix payé sur le support d'enregistrement[2795]. Ces derniers sont même soumis à une présomption d'usage à des fins de copie privée[2796], considérée par la doctrine comme inévitable[2797]. Des exonérations sont cependant prévues par la loi, notamment à l'égard des professionnels[2798]. En ce qui concerne les connaissances théoriques, ce devraient également être les utilisateurs qui supportent le coût. Toutefois, les exonérations ne devraient pas concerner les mêmes bénéficiaires. *A contrario* de la rémunération pour copie privée, devraient être exonérés ceux utilisant les connaissances

: « The royalties will be generally dedicated to welfare and cultural purposes, such as the funding of young creators, the social benefits of creators in difficulty or the promotion of creative works. Sometimes the remuneration is dedicated to the preservation of the public domain itself and not to individual creators, as in Algeria. » Voir Dusollier, S., « Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain », *Committee on Development and Intellectual Property, World Intellectual Property Organization,* 2010, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, spé. p. 41. Dans le même sens, J. Cayron et A. Albarian exposent que : « Les revenus des œuvres tombées dans le domaine public et exploitées de façon commerciale pourraient servir de source de financement pour les jeunes créateurs ou venir en renfort de certaines politiques culturelles. » Voir Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 117.

[2792] Art. L. 133-4 du CPI.

[2793] J. Cayron et A. Albarian soulignent en effet que : « Tous les projets dont il a été question en France et toutes les législations qui ont consacré le système du domaine public payant ont eu pour finalité principale d'améliorer la situation des artistes et des créateurs. » Voir Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., p. 129.

[2794] L'art. L. 311-4 du CPI dispose que : « La rémunération prévue à l'article L. 311-3 est versée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intracommunautaires (…) de supports d'enregistrement (…) » ou encore « l'éditeur d'un service de radio ou de télévision ou son distributeur (…) qui fournit à une personne physique, par voie d'accès à distance, la reproduction à usage privé d'œuvres à partir d'un programme (…) ».

[2795] Il serait intéressant de s'inspirer du droit de copie privée pour soumettre les utilisateurs au paiement de la rémunération équitable. Il ne serait, en revanche, pas souhaitable de répercuter le prix sur le support car les connaissances théoriques sont rarement accompagnées d'un support sur lequel un droit de copie peut être prévu.

[2796] En effet, cette présomption a été admise par la CJUE dans l'arrêt *Padawan* (CJUE, 21 octobre 2010, C-467/08). La Cour a affirmé que dans l'hypothèse où les équipements, appareils et supports de reproduction numérique ont été mis à la disposition des personnes physiques à des fins privées, il n'est nullement nécessaire d'établir que celles-ci ont effectivement réalisé des copies privées à l'aide de ces derniers et ont ainsi effectivement causé un préjudice à l'auteur de l'œuvre protégée puisqu'elles sont censées exploiter la plénitude des fonctions associées auxdits équipements. Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, spé. p. 412.

[2797] « Ces approximations peuvent affaiblir la légitimité de la compensation mais il est évident que le système ne pourrait tout simplement pas fonctionner si les titulaires de droits devaient rapporter la preuve que des copies d'œuvres protégées sont effectivement réalisées. » Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *op. cit*., p. 412.

[2798] Art. L. 311-8 du CPI.

théoriques dans le cadre privé, et plus précisément sans but lucratif. Mais, il peut parfois être difficile de déterminer si l'utilisation se réalise dans un cadre privé ou non. C'est pourquoi la CJUE a déjà affirmé que : « Au cas où la compensation équitable n'est pas exactement ajustée au périmètre de l'exception de copie privée, le dispositif national peut être sauvé à condition qu'un droit à remboursement effectif soit accordé à celui qui a indument payé et que la restitution ne soit pas excessivement difficile à mettre en œuvre[2799]. »

912. Les difficultés face à l'exigence d'une rémunération payée par les utilisateurs des connaissances théoriques. Il peut cependant être risqué d'imposer le paiement à tous les utilisateurs exploitant commercialement les connaissances théoriques, comme il est déjà établi par le régime de réutilisation des informations publiques[2800]. Une telle réutilisation payante risquerait de créer un système d'oligopole car seules les structures ayant les moyens financiers pourraient réutiliser les données publiques, pénalisant notamment les PME[2801]. Surtout, un tel mode de rétribution ne convient pas à la qualification de « patrimoine commun de l'Humanité » des connaissances théoriques dont l'accès et l'utilisation doivent être libres et gratuits, y compris l'exploitation commerciale des connaissances théoriques. Il devrait aussi être exclu d'établir une sorte d'impôt car ce serait alors tous les tiers qui seraient assujettis au paiement et pour n'importe quelle utilisation[2802]. Un impôt aurait, certes, pu être créé comme pour la recherche publique[2803] et ce système de paiement semble être efficace pour inciter les chercheurs à partager les résultats de leurs recherches. F. Latrive souligne l'efficacité de cette forme de paiement[2804]. J.E. Stiglitz est cependant conscient des limites de cette proposition car, contrairement aux droits de propriété intellectuelle qui instaurent un mécanisme d'autosélection[2805], c'est l'ensemble de la population qui supportera le coût des erreurs avec le

---

[2799] CJUE, 11 juillet 2013, *Amazon.com International Sales Inc. et autres*, No. C-521/11, *Propr. intell.* 2014. No. 50. p. 74.

[2800] Art. L. 324-1 à L. 324-5 du CRPA.

[2801] Voir notamment Le Monde, « Pourquoi la réutilisation des données publiques à des fins commerciales doit être gratuite », [En ligne], 11 mars 2011. [Consulté le 09 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/03/11/pourquoi-la-reutilisation-des-donnees-publiques-a-des-fins-commerciales-doit-etre-gratuite_1491922_651865.html

[2802] Le Conseil d'Etat a notamment exclu la nature du droit à rémunération pour copie privée en tant que simple taxe fiscale (CE, 6. févr. 2004, *RIDA*, No.3, 2004, p. 243).

[2803] Une telle redevance de nature fiscale a déjà été proposée dans un projet de loi de M. Ajam, député de la Sarthe, le 30 mai 1907. L'art. 1er disposait que : « À partir du 1er janvier 1908, les éditions nouvelles d'auteurs tombés dans le domaine public par application de la loi du 14 juillet 1866 sont frappés d'un droit de 10 % au profit du Trésor Public. » Voir Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 126.

[2804] « C'est ainsi qu'est financée la recherche publique et il serait absurde de nier le gigantesque impact économique des connaissances produites par les chercheurs payés par les contribuables. » Voir Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 56.

[2805] Le droit des brevets instaure en effet un mécanisme d'autosélection puisque les personnes convaincues de leur bonne idée investissent leur propre argent.

choix du soutien par les pouvoirs publics[2806]. La solution proposée par J.E. Stiglitz serait que l'Etat soit assujetti à un paiement car il a un rôle à jouer dans la fourniture des connaissances[2807]. Les détenteurs de connaissances théoriques auraient pu bénéficier du soutien des pouvoirs publics par des subventions publiques dans le but de financer les projets de recherche. Par exemple, en matière de prêt en bibliothèque, la rémunération comprend une part à la charge de l'Etat[2808]. En matière de copie privée, la compensation équitable peut être financée par une redevance sur les équipements de reproduction mais aussi par le budget général de l'Etat[2809]. Si l'Etat paye une part de la rémunération, l'autre part reviendrait néanmoins toujours aux utilisateurs des connaissances théoriques. Or, M. Vivant et J.M. Bruguière soulignent que la rémunération ne doit pas se traduire par un assujettissement de tous les contribuables mais seulement peser sur la personne qui bénéficie de l'exception privée[2810]. Il devrait en être de même pour les connaissances théoriques, c'est-à-dire que seuls certains utilisateurs de connaissances théoriques devraient être soumis à un paiement.

913. Transition. Tous les utilisateurs ne devraient donc pas être tenus de payer une certaine somme au titre de l'utilisation des connaissances théoriques afin de respecter la qualification de « patrimoine commun de l'Humanité » de ces dernières.

b) La solution pour rémunérer les détenteurs de connaissances théoriques tout en respectant la qualification de « patrimoine commun de l'Humanité »

914. La nécessité de distinguer différents utilisateurs de connaissances théoriques. Si l'accès aux connaissances théoriques et leur utilisation ne devraient pas faire l'objet d'un paiement en raison de leur qualification, il n'en est pas de même des connaissances pratiques. L'exploitation dans un but lucratif des connaissances pratiques issues des connaissances

[2806] Or, pour reprendre une explication de R. Dumay : « Il serait inconvenant de réclamer des crédits nouveaux qui conduiraient à augmenter les impôts des contribuables qui ont sans doute le droit de se moquer de l'avenir de nos Lettres. » Voir Dumay, R., *Mort de la littérature,* Renée Julliard, 1950, p. 159, cité par Cayron, J., Albarian, A., *ibid*., p. 119.

[2807] Stiglitz, J.E., « La connaissance comme bien public mondial », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXIème siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 157.

[2808] Le montant dû par l'Etat est forfaitaire selon le nombre d'usager inscrit et fixé à 1 euro pour les bibliothèques des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel et autres établissements publics d'enseignement supérieur et à 1,50€ pour les autres bibliothèques. L'autre part est versée par les fournisseurs (libraires, grossistes) et assise sur le prix public de vente des livres achetés par les personnes morales gérant les bibliothèques (6% du prix public de vente). Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, spé. p. 292.

[2809] Système existant en Espagne, Finlande et Estonie. Voir Vivant, M., Bruguière, J.M., *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019, spé. p. 534.

[2810] Vivant, M., Bruguière, J.M., *op. cit*., p. 534.

théoriques devraient en effet pouvoir faire l'objet d'un paiement[2811]. Assujettir à un paiement les exploitations réalisées dans un but lucratif de certaines connaissances n'est d'ailleurs pas une nouveauté. D'abord justifié par le caractère cumulatif de la création des savoirs[2812], le domaine public payant s'impose lorsque l'utilisation de la connaissance se fait dans un but commercial[2813]. Selon F. Latrive, l'imposition d'une contrepartie financière serait économiquement légitime car toute nouvelle connaissance est le produit de l'inspiration des connaissances théoriques antérieures[2814]. Ces dernières font partie du « patrimoine commun de l'Humanité » et sont, par conséquent, dans un domaine public à la portée mondiale. Elles sont alors de libre accès et de libre utilisation. Dans le même sens, J.E. Stiglitz accueille favorablement cette proposition : « Même une règle empirique approximative, qui affecterait une fraction donnée du revenu de l'innovation à la "reconstitution" du patrimoine mondial de connaissance, serait un progrès[2815]. » S. Dusollier et V.L. Benabou soulignent également que la mise en place d'un domaine public payant serait pertinent lorsque des mesures techniques de protection sont installées comprenant des éléments du domaine public[2816]. Le montant de la rémunération devrait augmenter lorsque de telles mesures sont mises en place par les détenteurs de connaissances subséquentes. Au contraire, les détenteurs de nouvelles connaissances pratiques privilégiant une logique d'inclusion devraient bénéficier d'un montant réduit voire être exemptés de tout paiement. Il en est de même des détenteurs, tels que les chercheurs, qui se sont inspirés des connaissances théoriques initiales pour créer de nouvelles connaissances théoriques ne doivent être assujettis à aucun paiement. Les bibliothèques, les associations voire

[2811] Selon un rapport du mouvement *Creative Commons*, les utilisations réalisées sur le travail d'un détenteur initial et débouchant sur une contrepartie financière peuvent s'élever jusqu'à $19,600 par an. Voir Creative Commons, « Defining "Noncommercial" – A Study of How the Online Population Understands "Noncommercial Use », [En ligne], septembre 2009, spé. p. 47. [Consulté le 10 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial

[2812] Comme la création des savoirs se nourrit des savoirs précédents du domaine public, il serait légitime que le futur détenteur paie une certaine somme. Voir notamment Hugo, V., *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international*, Congrès Littéraire International de Paris, 1878, *in* Baetens, K., *Le Combat du droit d'auteur*, Les impressions nouvelles, Paris, 2001, p. 158.

[2813] Par exemple, les éditeurs rééditant des ouvrages tombés dans le domaine public le font à un prix pratiquement identique à une œuvre protégée. Selon F. Latrive : « Les bibliothèques, les associations, les particuliers doivent pouvoir gratuitement diffuser la littérature ou la musique dont le droit d'auteur a expiré. La richesse du service Gallica, de la BNF, ou le travail de publication et de mise en forme d'œuvres du domaine public sur le web (…) ne doit pas être freiné par l'instauration d'une dîme (…). En revanche, une taxe, même minime, qui frapperait les exploitations commerciales du domaine public serait susceptible de produire des sommes considérables. » Voir Latrive, F., *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004, spé. p. 62.

[2814] « Toutes les productions intellectuelles protégées par les lois sur la propriété intellectuelle, utilisent pour une bonne part un fonds commun d'informations, de savoirs et de connaissances appartenant de manière indivise à l'humanité toute entière. » Voir Latrive, F., *op. cit*., p. 58.

[2815] Stiglitz, J.E., « La connaissance comme bien public mondial », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*^{ème} *siècle*, Broché, Economica, 2002, p. 157, spé. p. 167

[2816] [Notre traduction] « Such a system might be kept in mind, for instance, when copies of the public domain are made available through technological measures of protection. » Voir Dusollier, S., Benabou, V.L., « Draw me a public domain », *in Copyright Law : A Handbook of Contemporary Research,* Edgar Elgar, Torremans, P. (ed.), 2007, pp. 161-184, spé. p. 182.

les particuliers devraient pouvoir gratuitement accéder et utiliser les connaissances qui constituent le patrimoine immatériel de l'humanité, c'est-à-dire les connaissances théoriques.

915. Le mécanisme propre à imposer une rémunération proportionnelle suite à l'utilisation des connaissances théoriques. En s'appuyant toujours sur un domaine public payant, il serait judicieux de s'inspirer d'une des prérogatives des droits patrimoniaux, le droit de suite[2817] et de certaines législations relatives au folklore[2818] voire aux ressources génétiques et connaissances traditionnelles[2819]. Aussi, en matière de phonogrammes du commerce, il est prévu que le montant de la rémunération est versé par les personnes qui utilisent les phonogrammes et peut être assis sur les recettes de l'exploitation[2820]. Pour rémunérer les détenteurs de connaissances théoriques, une certaine part du revenu de l'innovation pourrait être attribuée à l'accès et à l'utilisation des connaissances théoriques lorsqu'une nouvelle connaissance pratique est créée, et par la suite exploitée[2821]. Il s'agit alors d'une rémunération proportionnelle. Ce seraient les détenteurs de connaissances pratiques, ayant fait le choix d'utiliser ces connaissances dans un but lucratif, qui seraient soumis au paiement. Les connaissances pratiques sont en effet nécessairement créées grâce à l'utilisation de connaissances théoriques, comme le soulignent J. Cayron et A. Albarian[2822]. L'exploitation dans un but lucratif serait interprétée comme le fait d'utiliser les connaissances théoriques pour créer des connaissances pratiques qui pourront générer des bénéfices économiques, notamment

[2817] En effet, le droit de suite, inscrit à l'art. L. 122-8 du CPI et à l'art. 14 ter de la Convention de Berne, permet, à l'auteur de percevoir un pourcentage sur le prix de revente de ses œuvres dans le domaine des arts graphiques et plastiques. Le droit de suite serait fondé sur des considérations d'équité car l'auteur d'une œuvre graphique ou plastique tire l'essentiel de ses ressources de l'aliénation de l'objet matériel. Or, l'auteur est souvent contraint de céder l'objet à bas prix alors que la valeur augmentera « de façon spectaculaire » lorsqu'il sera davantage connu. Voir Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C., *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017, p. 463-464. Même si ce droit de suite présente un domaine limité, il serait intéressant de considérer que les détenteurs de connaissances théoriques pourraient aussi avoir le droit de percevoir un pourcentage sur la réutilisation de leurs connaissances.

[2818] La loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement de 1977 prévoit la mise en place d'un domaine public payant à son art. 17. Une redevance est calculée en pourcentage des recettes provenant de l'exploitation de l'œuvre ou de ses adaptations. Les sommes recueillies sont utilisées aux fins de promouvoir les institutions établies au bénéfice des auteurs et/ou pour protéger et diffuser le folklore national.

[2819] L'art. L. 412-8, V. du Code de l'environnement dispose que les contributions financières versées par les utilisateurs sont calculées sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires annuel mondial hors taxe réalisé et des autres revenus perçus grâce aux produits ou procédés obtenus à partir de la ou des ressources génétiques. Aussi, le pourcentage ne dépasse pas 5% et aucune contribution financière n'est demandée en dessous d'un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat.

[2820] Art. L. 214-1, al. 7 du CPI.

[2821] Un tel paiement pour l'utilisation des connaissances théoriques est accueilli par J.E. Stiglitz qui souligne que : « La communauté internationale pourrait de même revendiquer le droit de faire payer l'exploitation du patrimoine commun de connaissance mondiale. » Voir Stiglitz, J.E., « La connaissance comme bien public mondial », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXIème siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 167.

[2822] « Le domaine public est toujours considéré comme un gisement de ressources exploitées par un grand nombre de professionnels » et « Le domaine public (…) est en réalité réapproprié et en quelque sorte "privatisé" par toute nouvelle mise en forme. » Voir Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 121.

en les protégeant par un droit exclusif (droits de propriété intellectuelle, secret des affaires). Rappelons que le nouveau détenteur sera libre de choisir une protection exclusive ou inclusive de ses connaissances pratiques. Or, s'il fait le choix de protéger ses nouvelles connaissances pratiques par un droit privatif et exclusif alors l'exploitation de ces connaissances sera dans un but lucratif[2823]. Des contrôles devront, par ailleurs, être effectués pour empêcher les situations de « passagers clandestins[2824] ». Selon N. Binctin, les manquements peuvent être recherchés et constatés par les agents de la répression des fraudes sur le fondement de l'article L. 450-1 II du Code de commerce[2825]. Il pourrait même être envisagé des sanctions en cas de non-paiement, comme il est notamment prévu en matière de copie privée[2826].

916. Transition. En définitive, alors que l'accès aux connaissances théoriques et leur utilisation doivent toujours être gratuits[2827], l'exploitation dans un but lucratif des connaissances pratiques subséquentes pourrait faire naître l'obligation de verser une rémunération équitable et proportionnelle. Il ne doit, en revanche, pas être imposé de demander une autorisation au détenteur des connaissances théoriques[2828]. Il convient maintenant de

[2823] Sur la difficulté à déterminer les utilisations de nature commerciale ou non-commerciale, se référer aux développements relatifs aux exceptions à la protection exclusive des connaissances pratiques lorsque leur utilisation est à des fins non-commerciales (paragraphe II, section I du chapitre II, titre I de la seconde partie de la thèse).

[2824] En effet, des cas de passagers clandestins pourraient être constitués lorsqu'un pays ou un détenteur accapare les bénéfices rendus possibles par l'exploitation du patrimoine mondial de connaissances et puise dans ce patrimoine commun sans y contribuer. Ce détenteur préfère financer la recherche destinée à des applications brevetables, c'est-à-dire en brevetant ses connaissances pratiques subséquentes. Voir Stiglitz, J.E., *ibid*., p. 174.

[2825] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, spé. p. 753.

[2826] Une sanction pénale est prévue par l'art. L. 335-4, al. 3 du CPI en cas de défaut de versement de la rémunération due à l'auteur, à l'artiste-interprète ou au producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes au titre de la copie privée ou de la communication publique ainsi que de la télédiffusion des phonogrammes. Ce sont les organismes de gestion collective qui peuvent intenter une action pénale pour récupérer les sommes, sachant que l'absence de paiement de la rémunération pour copie privée est un délit (CA Paris, 12 déc. 1988, *RIDA*, 1989, No. 141, p. 266).

[2827] Mais, certains auteurs vont même jusqu'à être favorables au paiement de l'exploitation des éléments du domaine public eux-mêmes. Comme le soulignent S. Dusollier et V.L. Benabou, l'accès devrait être inconditionnel mais l'exploitation devrait être conditionnée au paiement d'une redevance au bénéfice de la communauté des auteurs afin de stimuler la création et le développement culturel [Notre traduction] : « Essentially, access to the work would be unconditional but its exploitation could only be made in counterpart of a fee paid to a community of living authors so as to stimulate creation and cultural development. » Voir Dusollier, S., Benabou, V.L., *ibid*., p. 182. Ainsi, ce n'est pas parce que les connaissances théoriques sont qualifiées de « patrimoine commun de l'Humanité » qu'elles doivent être utilisées gratuitement. Dans le même sens, J. Cayron et A. Albarian expliquent que le domaine public payant n'est en rien incompatible avec la qualification de « biens communs » car une telle qualification « conduit seulement à interdire l'appropriation totale de la chose commune, puisque son usage doit demeurer possible pour tous. Mais cette qualification n'interdit pas que l'on mette une condition à l'usage de l'œuvre tombée dans le domaine public, à savoir le paiement d'une redevance. » Voir Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 127.

[2828] Selon l'IFPI (*International Federation of Producers of Phonograms and Videograms*), le système devrait être appliqué dans un délai déterminé et l'utilisation des éléments du domaine public ne devrait pas être soumise à autorisation [Notre traduction] : « The system should be applicable for a fixed term of years and that use of public domain works should not be subject to authorization. » Voir WIPO, « Committee of Non-Governmental Experts on the Domaine Public Payant », *in Copyright*, No. 6, Juin 1982, p. 181.

déterminer la nature de la contrepartie monétaire délivrée au bénéfice des détenteurs de connaissances pratiques.

B) Partage des connaissances pratiques et *Creative Contribution*

917. Plan. Les détenteurs devraient être récompensés lorsqu'ils décident de partager leurs connaissances pratiques et donc de privilégier une logique d'inclusion. Le domaine public payant est encore une fois pertinent et imposerait une rétribution mutualisée (1). Ce dernier se concrétiserait sous la forme d'une redevance, la *Creative Contribution*[2829], uniquement en faveur des détenteurs ayant fait le choix de l'inclusion (2).

1) Une rétribution mutualisée à l'égard de tous détenteurs de connaissances pratiques subséquentes

918. L'articulation entre « communs » et rémunération équitable. Une rémunération équitable devrait être envisagée pour récompenser les détenteurs d'avoir choisi de partager leurs connaissances pratiques plutôt que de les protéger par un droit exclusif. P. Aigrain explique que deux droits existent et sont le fondement l'un de l'autre : le droit d'accéder et d'utiliser les « communs culturels » et le droit d'être récompensé pour sa contribution à l'enrichissement de ces communs[2830]. C'est parce que les tiers ont le droit d'accéder aux connaissances pratiques et de les utiliser que les détenteurs ont le droit à une récompense mais c'est aussi parce que les détenteurs ont le droit à une récompense que les tiers peuvent librement accéder aux connaissances. Les « communs », et particulièrement les licences libres, sont, de plus, étroitement liés à la question de l'accès et non à celui de la gratuité. En effet, l'accès doit être libre mais il pourra être imposé un paiement, à la condition qu'il soit toujours neutre quant à l'utilisation qui en sera faite par les utilisateurs. Il est, en outre, déjà considéré en matière de copie privée que, même si le titulaire des droits a autorisé expressément ou implicitement la reproduction, cette autorisation n'a aucune incidence sur la compensation équitable[2831]. Il en est de même lorsque le titulaire des droits choisit de ne pas faire application des mesures techniques de protection[2832]. En interprétant ces décisions à la lumière des « communs », ce

[2829] Selon le terme utilisé par P. Aigrain. Voir Aigrain, P., *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press, 2012, p. 57 et s.

[2830] Aigrain, P., *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press, 2012, p. 71.

[2831] CJUE, 27 juin 2013, *Propr. intell*. 2014, No. 50, p. 79 ; CJUE, 5 mars 2015, *Copydan,* No. C-463/12, *Propr. intell*. 2015, No. 56, p. 288.

[2832] CJUE, 5 mars 2015, No. C-463/12.

n'est donc pas parce que les détenteurs choisissent de partager librement leurs connaissances qu'ils doivent abandonner toute idée de rémunération équitable[2833].

919. La détermination des créanciers et débiteurs de la rémunération équitable. Le domaine public payant apparaît opportun et s'appliquerait uniquement au bénéfice des détenteurs de connaissances pratiques ayant fait le choix d'une protection inclusive. Il convient aussi de se demander si le domaine public payant n'imposerait le paiement d'une rémunération équitable qu'aux exploitations dans un but lucratif[2834]. Une telle distinction selon le but de l'exploitation ne serait pas surprenante puisqu'il apparaît, de façon redondante, que le paiement pour utiliser les éléments du domaine public ne doit être imposé qu'aux exploitations commerciales du domaine public[2835]. S. Dusollier expose en effet que le paiement doit être imposé pour toute exploitation commerciale d'un élément du domaine public[2836] et se réfère aux régimes institués en Algérie et au Rwanda[2837]. Nous pouvons également retenir les régimes mis en place en Argentine[2838], en Tunisie[2839] et au Sénégal[2840].

920. Les raisons justifiant un paiement mutualisé et forfaitaire pour l'utilisation des connaissances pratiques. Comme le premier détenteur a fait le choix du régime des

[2833] Or, actuellement, les auteurs ou artistes ayant fait le choix d'accorder leur droit de partager ne bénéficient d'aucune rémunération équitable pour avoir contribué aux communs culturels [Notre traduction] : « Currently, authors and artists who already choose to grant the right to share do not get any direct benefit from having contributed to the cultural commons. » Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 82.

[2834] Encore une fois, l'exploitation dans un but lucratif signifierait que les connaissances pratiques sont utilisées pour créer de nouvelles connaissances pratiques qui pourront générer des bénéfices économiques pour le nouveau détenteur.

[2835] Voir cependant les difficultés à déterminer les utilisations de nature commerciale ou non-commerciale présentées dans la seconde partie de la thèse (paragraphe II, section I du chapitre II, titre I).

[2836] Dusollier, S., « Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain », *Committee on Development and Intellectual Property, World Intellectual Property Organization,* CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, 2010, spé. p. 42. Dans le même sens, J. Cayron et A. Albarian exposent que : « Les tenants du domaine public payant ont tous cherché à démontrer la légitimité économique de l'instauration d'une redevance sur l'exploitation commerciale du domaine public. » Voir Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 120.

[2837] En Algérie (Ord. n° 03-05 du 19 juillet 2003 relative au droit d'auteur et aux droits voisins) et au Rwanda (loi sur la protection de la propriété intellectuelle du 31 mars 2008), seules les exploitations commerciales des éléments du domaine public sont assujetties au paiement. Le système marche comme une licence obligatoire mais sans avoir à demander une autorisation, sauf en Algérie. La prééminence des pays africains s'expliquerait par l'Accord de Bangui sur la propriété littéraire et artistique dans lequel est envisagée la création d'un régime de domaine public payant. Voir Dusollier, S., *ibid*., p. 41 ; Dusollier, S., « Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public », *OMPI*, 2010.

[2838] Décret-loi n° 1224/1958 du 3 février 1958. En Argentine, le système du domaine public payant concerne toutes les utilisations aussi bien commerciales que non-commerciales.

[2839] L'art. 17 de la loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement du 23 février 1976 prévoit l'institution d'un domaine public payant. L'utilisateur doit payer à une autorité compétente un pourcentage fixe des recettes totales provenant de l'exploitation d'œuvres du domaine public ou de leurs adaptations.

[2840] Loi n° 2008-09 du 25 janvier 2008 sur le droit d'auteur et les droits voisins au Sénégal. Seules les utilisations commerciales des éléments du domaine public donnent lieu à un paiement. Les utilisateurs doivent faire une déclaration auprès d'un organisme de gestion collective et s'acquitter d'une redevance. Le système marche avec des licences obligatoires et les sommes sont ensuite prélevées par un organisme de gestion ou par l'administration chargée des droits d'auteurs. Les sommes peuvent ensuite être reversées pour des fins sociales et culturelles ou directement dédiés à la préservation du domaine public.

« communs », et particulièrement des licences libres, les détenteurs subséquents n'auront cependant pas le choix de la forme de protection juridique voire de la nature de l'utilisation des connaissances. En effet, s'agissant des licences libres, les utilisations des connaissances par les tiers ne pourront pas toujours être dans un but lucratif car le détenteur est en droit d'interdire que les utilisations ultérieures de ses connaissances et des connaissances dérivées soient faites dans un tel but[2841]. Les licences libres élargissent les libertés d'utilisation offertes au public, tout en laissant au titulaire de droits la maîtrise des conditions d'exploitation. Mais encore, l'effet viral des licences libres exclut la possibilité de choisir une protection exclusive pour les connaissances dérivées. Il semblerait alors difficile pour les détenteurs subséquents de jouir de bénéfices économiques sur les nouvelles connaissances pratiques. Envisager une rémunération proportionnelle en calculant la part du revenu de l'innovation attribuée aux nouvelles connaissances exploitées apparaît alors peu probable. Ce droit d'interdire ne devrait toutefois pas empêcher les détenteurs de recevoir une contrepartie financière pour avoir partagé leurs connaissances au lieu de choisir une protection exclusive. C'est pour cette raison qu'il semblerait judicieux de mettre en œuvre un mode de rémunération mutualisé et forfaitaire en demandant un paiement à toute personne utilisant les connaissances pratiques d'un autre détenteur. L'imposition d'un paiement à toute personne semble justifiée car les connaissances pratiques font partie, non pas d'un « patrimoine commun de l'Humanité » mais d'un « patrimoine commun de la Nation ». Elles peuvent alors être appropriées, notamment par des personnes privées et les Etats. Dans l'hypothèse retenue, les détenteurs ne peuvent pas opposer aux tiers leur exclusivité mais rien n'empêche qu'ils prétendent à une rémunération équitable. Ces redevances sont en effet le fruit d'un compromis entre les ayants droits et la société car les détenteurs acceptent le libre accès des tiers à la condition qu'une contrepartie soit imposée à ces tiers. C. Caron souligne d'ailleurs la « forte logique de mutualisation au sein du droit d'auteur[2842] », et notamment en matière de droit de copie. En effet, la contrepartie financière est mutualisée car tous les acheteurs de supports servant à la copie paient la redevance même s'ils ne copient pas des œuvres. Il peut cependant être difficile de fixer le montant d'une telle contrepartie car il n'est pas aisé de mesurer la valeur absolue d'une connaissance pratique. P. Aigrain propose d'estimer la valeur par rapport à la contribution de la connaissance à un aspect

[2841] Selon le rapport *Creative Commons*, 70% des créateurs choisissent la licence NC car elle leur permet de contrôler leur droit à une contrepartie monétaire et 61% des créateurs parce qu'ils souhaitent que personne n'ait une contrepartie monétaire ou un avantage commercial dérivé de la création. Voir Creative Commons, « Defining "Noncommercial" – A Study of How the Online Population Understands "Noncommercial Use », [En ligne], septembre 2009, spé. p. 71. [Consulté le 10 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial

[2842] Caron, C., *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015, spé. p. 339.

particulier de la société[2843] ou par rapport au niveau d'utilisation de la connaissance par les tiers[2844]. Néanmoins, il semblerait plus opportun de fixer un montant identique pour toute connaissance pratique, peu importe son niveau d'utilisation[2845].

921. La nécessité de maintenir les libertés des utilisateurs malgré la rémunération équitable. Même si un paiement est exigé, il ne doit en aucun cas s'ajouter une obligation de demander l'autorisation pour accéder et utiliser les connaissances pratiques. Aucune restriction ne devrait, par ailleurs, être mise en place pour les types d'utilisations autorisées. P. Aigrain expose que si un paiement est exigé alors certaines formes d'utilisation (copier, diffuser) doivent toujours être permises. À défaut, une restriction limiterait la valeur de l'offre pour les utilisateurs et entamerait leur volonté de payer[2846]. Aucune forme de monopolisation cachée ne devrait ainsi être mise en œuvre[2847]. Les utilisateurs ne paieront qu'en l'absence de contrôle exclusif, et notamment de mesures techniques de protection[2848]. Toutefois, il convient de se demander si toutes les formes d'utilisation seraient soumises au paiement ou bien seulement certaines utilisations précises. Il pourrait être prévu un assujettissement au paiement uniquement pour les utilisations des connaissances pratiques dans le but de créer de nouvelles connaissances pratiques subséquentes. Ainsi, les autres formes d'utilisations ne seraient pas freinées telles que le simple téléchargement ou le référencement[2849]. En tout état de cause, une

[2843] P. Aigrain explique qu'il serait difficile de mesurer la valeur absolue de la création par rapport à son impact sur la culture ou sur l'effort dégagé par le détenteur. Il propose, pour mesurer le mérite d'une création, d'estimer sa contribution à un aspect particulier de la société et notamment aux communs culturels accessibles à tous [Notre traduction] : « Measuring the absolute value of one's contribution to culture, or of the effort one has put into it, would be a tall order indeed. However, a self-consistent measure of the merit of a given work can be based on an estimate of its relative contribution (compared to that of other works) to a particular aspect of our society – in the present case, the non-market cultural commons accessible to all. » Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 70.

[2844] Aigrain, P., *op. cit*., p. 93.

[2845] Mais cette option est remise en cause par P. Aigrain qui expose que du moment où la création a prouvé un certain intérêt en attirant l'attention d'un certain nombre d'utilisateurs alors elle devrait être valorisée pour elle-même et non par rapport au nombre d'utilisateurs qui l'apprécie [Notre traduction] : « (…) as long as a work has proven itself to be of interest – by attracting the attention of a certain number of users – we should value it for itself, and not only with respect to the number of people who appreciated it. » Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 96.

[2846] P. Aigrain affirme qu'en offrant l'accès mais en restreignant les actions les plus élémentaires – copier et transmettre aux autres individus – la valeur de l'offre aux utilisateurs est limitée et conséquemment leur volonté de payer [Notre traduction] : « By offering access but restricting the most elementary actions - copying and transmitting to other individuals - one limits the value of the offer to users, and consequently their willingness to pay. » Voir Aigrain, P., *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press, 2012, p. 65.

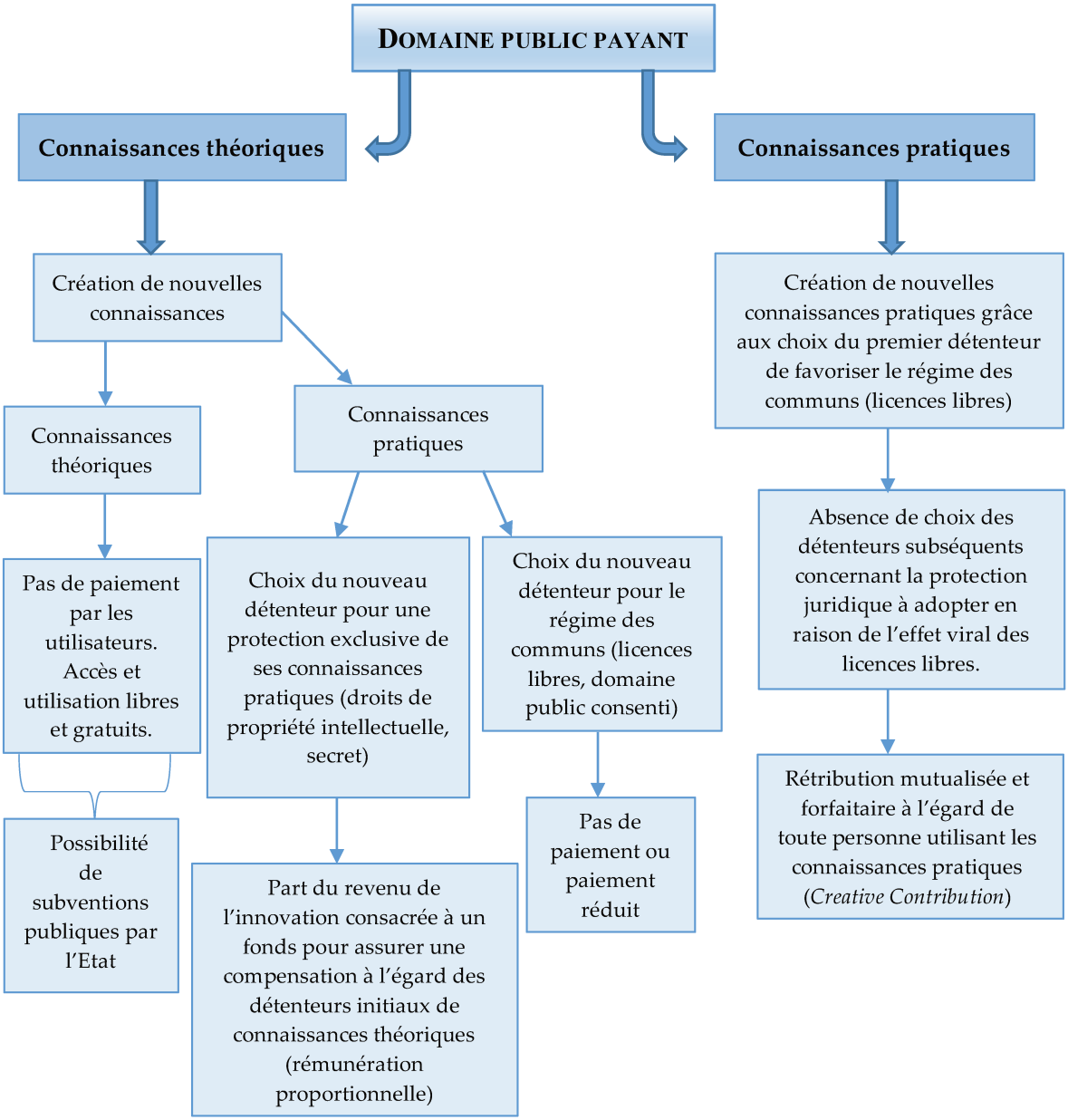
[2847] P. Aigrain s'oppose aux mesures qui fournissent un libre accès mais en échange d'une plus forte concentration du pouvoir et de contrôle entre les mains d'un seul et donc de moins de liberté d'utilisation. Nous serions passés d'un modèle P2P décentralisé à des modèles centralisés (YouTube, Itunes). Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 62 et 163.

[2848] En effet, P. Aigrain affirme que les individus ne payent pas pour les contenus mais plutôt pour l'absence de contrôle exclusif sur les copies, c'est-à-dire l'absence d'un système de gestion des droits numériques pour les empêcher de copier ou de réaliser des actes non autorisés [Notre traduction] : « People do pay for contents, but preferably when there is no exclusive control on copies, *i.e*. no digital rights management systems to prevent them from copying them or conducting other unauthorized acts. » Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 60.

[2849] Nous reprenons ici l'interprétation de l'utilisation par P. Aigrain qui précise que l'utilisation peut se définir largement comme l'entrée en possession de fichiers complets représentant le travail ou bien par le téléchargement de fichiers sur un site

sanction devrait être prévue en cas de non-paiement, comme il est déjà prévu en matière de copie privée[2850].

922. Schéma. Le mode de fonctionnement du domaine public payant, selon qu'il s'applique aux connaissances théoriques ou aux connaissances pratiques, peut être schématisé de la façon suivante :



en accès libre ou encore simplement par le déploiement du travail sur un navigateur web ou dans d'autres sources. Voir Aigrain, P., *op. cit.*, p. 146.

[2850] Une sanction pénale est prévue par l'art. L. 335-4, al. 3 du CPI en cas de défaut de versement de la rémunération due à l'auteur, à l'artiste-interprète ou au producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes au titre de la copie privée ou de la communication publique ainsi que de la télédiffusion des phonogrammes.

923. Transition. En définitive, le domaine public payant pourrait être appliqué aussi bien à l'égard des connaissances théoriques qu'à certaines connaissances pratiques. Lorsque des connaissances pratiques sont créées à partir de connaissances pratiques précédentes alors les détenteurs subséquents devraient payer une somme forfaitaire.

2) Le modèle de la *Creative Contribution*, une rémunération équitable pour les détenteurs ayant fait le choix des « communs »

924. Les effets positifs de la *Creative Contribution* à l'égard des détenteurs de connaissances pratiques. L'obligation de verser une contrepartie mutualisée pour toute personne qui utiliserait les connaissances pratiques pourrait prendre la forme d'une *Creative Contribution* telle que proposée par P. Aigrain[2851]. Ce mode de rétribution se définit comme une volonté de mettre en commun des ressources à l'échelle de la société dans le but de maintenir les conditions d'existence des détenteurs de connaissances[2852]. Ce modèle garantirait une source pérenne de revenus au bénéfice des détenteurs ayant fait le choix des « communs »[2853] (licences libres essentiellement) et contribuerait à inciter les autres détenteurs à faire un tel choix au lieu d'une protection exclusive[2854]. L'objectif et l'effet de la *Creative Contribution* est alors de « récompenser le présent et financer le futur[2855]. » En d'autres termes, les détenteurs seraient récompensés d'avoir choisi de partager leurs connaissances pratiques avec les tiers plutôt que de les contrôler drastiquement par le jeu d'un droit privatif et exclusif. Un tel mode de rémunération garantirait aussi la création de nouvelles connaissances du fait des diverses utilisations subséquentes. L'objectif n'est pas de compenser un quelconque préjudice subi par les détenteurs de connaissances pratiques car ils n'ont pas été contraints de partager librement leurs connaissances. Le but d'une telle contrepartie financière est plutôt de

[2851] Aigrain, P., *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press, 2012, p. 57 et s.

[2852] L'objectif de la *Creative Contribution* est de créer une source pérenne de rétribution tout en privilégiant une logique d'inclusion, et notamment que le partage dans un but non-commercial des créations numériques soit reconnu comme légitime [Notre traduction] : « Our goal is to formulate a model that can provide a perennial source of finance to a creative economy where non-market sharing of digital works between individuals is recognized as legitimate. » Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 59.

[2853] En effet, en faisant le choix des communs, le risque pour les détenteurs est de voir leur rémunération diminuer puisqu'ils ne bénéficient plus des avantages économiques d'une protection individuelle exclusive. Or, la *Creative Contribution* permettrait de compenser cette perte. P. Aigrain expose que si la légalisation du partage des fichiers entraîne une réduction de 20% (12 millions d'euros) du revenu, la récompense aux musiciens par la Creative Contribution devrait compenser cette perte 10 fois plus [Notre traduction] : « Now let us imagine that the legalization of file sharing leads to a 20% (€12 million) reduction in this income. The rewards to musicians from the Creative Contribution are expected to compensate this potential loss 10 times over. » Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 112.

[2854] P. Aigrain souligne en effet que les revenus des créateurs seront significativement améliorés, de meilleures incitations existeront pour la production de nouvelles créations, et l'ensemble du bien-être culturel sera amélioré : [Notre traduction] « The revenues of creators will be significantly improved, that better incentives will exist for the production of new works, and that overall cultural welfare will be improved. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 111.

[2855] [Notre traduction] « Rewarding the present and financing the future. » Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 90.

rémunérer et gratifier ces derniers pour les inciter à partager davantage. C'est d'ailleurs l'objectif de P. Aigrain à travers la *Creative Contribution* de donner les moyens de créer une « production participative[2856] » ainsi que de maintenir et rendre attractif le régime des « communs »[2857] dans lequel les utilisateurs sont des « coproducteurs ». Or, actuellement, le choix de partager plutôt que de privatiser n'est récompensé par aucune forme de rétribution. P. Aigrain explique que certes, les licences *Creative Commons* mettent en œuvre une certaine synergie entre les communs et les activités commerciales mais elles ne fournissent pas une voie de rétribution directe des conditions d'existence des créations et de leurs détenteurs[2858]. Concernant plus précisément les connaissances, P. Aigrain souligne qu'une contrepartie financière serait nécessaire lorsque leur partage est assuré[2859]. Cet appel à une contrepartie est même explicitement demandé par Wikipédia à ses utilisateurs[2860]. En conséquence, la mise en place d'une *Creative Contribution* devrait être favorablement accueillie et devrait être établie au-delà du droit d'auteur car les connaissances pratiques s'appliquent dans d'autres domaines. P. Aigrain est du même avis en exposant que le droit d'auteur compte pour une petite part de l'ensemble de l'économie culturelle, artistique, voire scientifique[2861]. La logique de ce système de rétribution devrait alors s'appliquer dès que les détenteurs font le choix d'une protection inclusive de leurs connaissances pratiques.

925. La distribution de la rémunération à un fonds collectif ou individuellement à chaque détenteur. En pratique, il peut cependant s'avérer difficile de financer directement et individuellement chaque détenteur. P. Aigrain propose que ce soient des intermédiaires qui reçoivent les sommes. Ces intermédiaires, sur le modèle des organismes de gestion collective, seraient enregistrés sur une liste de bénéficiaires potentiels et seraient soumis à des garanties de

[2856] Aigrain, P., *op. cit*., p. 165.

[2857] En effet, P. Aigrain souligne que les communs ne pourront exister que si ceux qui les maintiennent et les enrichissent bénéficient de ressources financières adéquates [Notre traduction] : « Commons can exist only if those who maintain and enrich them have adequate financial resources ». Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 167.

[2858] Aigrain, P., *op. cit*., p. 170.

[2859] En effet, l'auteur souligne que l'art, les projets d'investigation ou de savoirs, pour lesquels un investissement au-delà du temps libre de l'individu est nécessaire afin de produire un rendement de meilleure qualité ou pour atteindre des résultats spécifiques, ont besoin de nouvelles formes de financement [Notre traduction] : « But art, investigative or knowledge projects (…), where an investment beyond the individual's free time is needed to produce higher quality outputs or achieve specific results, need new forms of financing. » Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 69.

[2860] Il arrive fréquemment que Wikipédia affiche, sur son site internet, un encadré, de la part du fondateur J. Wales, à destination des utilisateurs les appelant à faire un don dans le but de maintenir l'indépendance de l'encyclopédie en ligne, notamment pour ne pas recourir aux publicités. Le montant des dons est en moyenne de 10 euros.

[2861] P. Aigrain expose que le droit d'auteur est une part incontestable du paysage réglementaire mais cela ne signifie pas qu'il est nécessairement le modèle à privilégier pour définir une récompense adéquate [Notre traduction] : « Copyright law is an inescapable part of the policy landscape (…) but this does not mean that copyright law or copyright economics are necessarily the model of choice for defining adequate rewards. » Voir Aigrain, P., *op. cit.,* p. 69.

transparence[2862]. Ils devraient se présenter comme une agence publique indépendante (*independent public agency*) responsable devant le gouvernement[2863]. P. Aigrain explique que les organismes de gestion collective eux-mêmes ne devraient pas tenir ce rôle[2864]. Ce devrait donc être une nouvelle entité qui aurait pour mission d'enregistrer les connaissances pratiques concernées et leurs détenteurs, de mesurer les utilisations, de calculer le montant des récompenses pour telle connaissance, de rédiger un rapport public ou encore de collecter les préférences des utilisateurs[2865]. Les utilisateurs eux-mêmes pourraient, par ailleurs, décider à quel intermédiaire allouer les sommes[2866]. Cette liberté dans le choix de l'intermédiaire a déjà prouvé son efficacité par le biais de plateformes de financement participatif de projets créatifs[2867]. Des registres pourraient être créés et disponibles en ligne présentant les connaissances à récompenser, leur détenteur et l'intermédiaire concerné[2868]. Les détenteurs devraient, en outre, s'enregistrer et fournir certaines informations pour ensuite détenir un code d'identification personnel[2869]. P. Aigrain expose que l'enregistrement devrait être gratuit et financé dans le cadre des coûts de gestion de la *Creative Contribution*[2870]. De plus, le paiement par les utilisateurs pourrait se faire sur une interface en ligne et les sommes seraient ensuite redistribuées aux intermédiaires[2871]. Mettre en commun les ressources financières dans un fonds

---

[2862] Aigrain, P. *op. cit*., p. 160.

[2863] Aigrain, P., *op. cit*., p. 138.

[2864] En effet, laisser les organismes de gestion collective détenir ce rôle réformerait leur gouvernance et une division devrait être établie entre les sommes collectées pour le droit d'auteur et celles reçues par la *Creative Contribution*, ce qui pourrait être difficile à mettre en œuvre en pratique. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 139. De plus, les organismes de gestion collective ne serviraient pas au mieux les intérêts des utilisateurs en termes de partage car durant ces dernières années, elles ont été les plus actives promoteurs des mesures de contrôle, de surveillance et de répression [Notre traduction] : « During the past few years, collecting societies have been among the most active promoters of new control, surveillance and repression measures (…) ». Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 167 et 176.

[2865] Aigrain, P., *op. cit*., p. 139.

[2866] En effet, P. Aigrain explique que chaque année, les utilisateurs d'Internet décideraient d'allouer un pourcentage donné de la part de leur contribution aux intermédiaires de leur choix. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 104 et 160.

[2867] Effectivement, *Kickstarter* est une plateforme de financement participatif de projets créatifs, créée en 2009 aux Etats-Unis. Un créateur de projet fixe un objectif de collecte de fonds et les internautes peuvent financer les projets de leur choix. *Kickstarter* se finance en prélevant 5% des fonds collectés. Ce système de plateforme en ligne a prouvé son efficacité. En effet, P. Aigrain expose que *Kickstarter* a atteint une couverture médiatique générale lorsque les projets de logiciels libres pour construire une plateforme décentralisée contrôlée par l'utilisateur, qui a été promise à 12,000 dollars, a finalement collecté plus de 10 fois ce montant. À tel point que les promoteurs ont demandé aux donateurs d'arrêter de les aider et de financer d'autres projets à la place. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 103.

[2868] Mettre en œuvre un mode de rétribution en s'appuyant sur l'utilisation d'Internet aurait des avantages en termes de coûts de gestion, notamment de management. Mais, il sera nécessaire de faire intervenir des personnels compétents dans le domaine de l'informatique pour maintenir les bases de données, collecter les données, détecter et prévenir la fraude, interférer avec des organismes de gestion financière ainsi que conduire des enquêtes périodiques des utilisations sur Internet. Par conséquent, P. Aigrain prévoit que 2% du montant total de la *Creative Contribution* devrait être dédié aux opérations de l'agence et 2% du montant total serait également dédié à la gestion de la distribution des fonds. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 155-156.

[2869] Le détenteur devrait s'enregistrer et détenir un « *Uniform Resource Identifier* » (URI) sous un standard international. Ce code renverrait à une copie et à la localisation du travail disponible sur Internet. Cette mesure pourrait déjà être appliquée avec les codes DOI ou ISBN. Voir Aigrain, P., *op. cit*., p. 150-151.

[2870] Aigrain, P., *op. cit*., p. 151.

[2871] J.N. Jeanneney est de cet avis puisqu'il expose que : « Il faut promouvoir et célébrer le paiement direct par le consommateur, "à l'acte", sur le web (…). C'est l'internaute qui appréciera directement, si elle est séduisante, l'offre originale (…) l'urgence

n'est cependant pas l'unique solution car il peut s'avérer facile de déterminer qui est le détenteur de connaissances pratiques, celles-ci étant plus personnelles. En tout état de cause, il serait préférable que la *Creative Contribution* ait une portée internationale pour éviter les comportements de « passagers clandestins ». Par exemple, il doit être évité la possibilité pour des utilisateurs d'un pays B d'accéder légalement aux connaissances partagées dans le pays A sans payer la *Creative Contribution*.

est d'améliorer les procédés d'un paiement "sécurisé", au cas par cas. » Voir Jeanneney, J.N., « La culture gratuite ? Illusions et hypocrisies », *Le Débat,* No. 146, 2007, pp. 165-170, spé. p. 169.

CONCLUSION DE LA SECTION I

926. Une contrepartie équitable par l'établissement d'un domaine public payant. En raison du choix ou de l'imposition d'une logique d'inclusion plutôt que d'exclusion des savoirs, les détenteurs devraient bénéficier d'une contrepartie prenant la forme d'une rémunération/compensation équitable. Les bénéficiaires de cette contrepartie seraient aussi bien les détenteurs de connaissances théoriques, en raison du principe de partage imposé, que les détenteurs de connaissances pratiques ayant fait le choix d'une protection inclusive, et particulièrement des licences libres. S'agissant du domaine public consenti, les détenteurs ne devraient pas prétendre à une rémunération équitable puisqu'ils ne disposent plus que du droit moral. La rémunération ou compensation équitable au bénéfice des détenteurs de savoirs serait garantie par la mise en place d'un domaine public payant. Il se définit comme un dispositif garantissant le libre accès et la libre utilisation des savoirs tout en prélevant une somme à titre de contrepartie auprès des tiers utilisant les éléments de ce domaine. Un tel domaine public payant fonctionnerait par des licences légales, tel qu'il est déjà prévu en matière de droit d'auteur et de droits voisins ainsi qu'en droit des brevets. Il serait aussi intéressant de s'inspirer de la licence globale autorisant l'accès, le téléchargement ou encore le partage des contenus culturels à des fins non-commerciales en contrepartie d'une rémunération versée aux titulaires de droits. Des difficultés apparaissent néanmoins pour déterminer la nature du versement de la contrepartie (forfaitaire, proportionnelle) ainsi que le montant juste et équitable. Une redevance proportionnelle semblerait appropriée pour les détenteurs de connaissances théoriques (prélèvement proportionnel aux recettes provenant de l'utilisation dans un but lucratif des connaissances pratiques subséquentes) tandis qu'une redevance forfaitaire serait plus opportune au bénéfice des détenteurs de connaissances pratiques ayant fait le choix des « communs ».

927. Un fonctionnement du domaine public payant différent selon la forme de connaissance concernée. Le domaine public payant doit fonctionner différemment selon la forme de connaissance concernée. Imposer un paiement aux utilisateurs de connaissances théoriques créant de nouvelles connaissances théoriques apparaît difficilement acceptable en raison de la qualification juridique de « patrimoine commun de l'Humanité ». L'identification des créanciers n'est, de plus, pas aisée en raison de la nature impersonnelle des connaissances théoriques. Toutefois, une solution est proposée pour rémunérer équitablement les détenteurs de connaissances théoriques tout en respectant leur qualification juridique. Une compensation

équitable et proportionnelle pourrait être demandée aux détenteurs de connaissances pratiques subséquentes ayant utilisé les connaissances théoriques pour créer et exploiter dans un but lucratif de nouvelles connaissances pratiques. Ce sont surtout les détenteurs ayant fait le choix d'une logique d'exclusion qui devraient être soumis au paiement de la contrepartie et non ceux ayant privilégié une logique d'inclusion à l'égard de leurs connaissances pratiques subséquentes. La compensation équitable pourrait, par ailleurs, être mise en commun au bénéfice de la communauté de pairs[2872] car il s'avère difficile de déterminer les détenteurs individuellement. En revanche, une rémunération équitable au bénéfice des détenteurs de connaissances pratiques ayant privilégié une logique d'inclusion semble moins difficile à concevoir en raison de la nature plus personnelle de cette forme de connaissance et de son statut n'appartenant pas au « patrimoine commun de l'Humanité ». Une rétribution mutualisée et forfaitaire, basée sur de la *Creative Contribution* proposée par P. Aigrain, pourrait être imposée à tous les détenteurs de connaissances pratiques subséquentes ayant utilisé des connaissances pratiques antérieures pour en créer de nouvelles. Une rémunération proportionnelle n'est pas envisageable car il s'avère impossible de distinguer, d'un côté, les détenteurs subséquents ayant fait le choix d'une logique d'inclusion et ceux ayant fait le choix d'une logique d'exclusion ; et d'un autre côté, les détenteurs subséquents utilisant les connaissances pratiques dans un but lucratif ou non lucratif. En effet, puisque le détenteur initial a privilégié une protection inclusive de ses savoirs, notamment par les licences libres, il peut empêcher tout détenteur postérieur utilisant la même connaissance de choisir une protection exclusive et d'utiliser les connaissances dérivées dans un but lucratif.

928. Transition. Etant donné que la rémunération équitable des détenteurs de connaissances, théoriques et pratiques, a été étudiée en général, il convient désormais de s'interroger plus précisément sur la compensation équitable de détenteurs particulièrement vulnérables, les communautés autochtones et locales lorsqu'elles partagent leurs savoirs dits « traditionnels ».

[2872] Aigrain, P., *op. cit*., spé. p. 133.

SECTION II
La compensation équitable à l'égard des détenteurs initiaux les plus vulnérables

929. Plan. Les savoirs des communautés autochtones et locales ne sont pas confrontés à une enclosure mais, au contraire, à une exclosure toute aussi menaçante pour leur préservation. Comme le souligne N. Fraser, un lien étroit existe entre reconnaissance et redistribution : « Ma thèse générale est que la justice aujourd'hui requiert à la fois la redistribution et la reconnaissance. Aucune des deux ne suffit à elle seule[2873]. » Le domaine public payant apparaît une nouvelle fois pertinent pour les savoirs dits « traditionnels » des communautés autochtones et locales. S. Dusollier souligne en effet que le système du domaine public payant est proposé comme modèle pour protéger les savoirs « traditionnels » contre les utilisations sans partage équitable des bénéfices par les entreprises occidentales[2874] et des lois ont déjà été promulguées à ce sujet[2875]. Un dispositif d'accès et de partage des avantages (APA) est ainsi proposé dans le but d'établir une compensation équitable (paragraphe I). Les contreparties destinées aux détenteurs ne doivent cependant pas se réduire à la seule valeur monétaire. Des contreparties non monétaires peuvent également être souhaitées et demandées par les communautés autochtones et locales (paragraphe II).

PARAGRAPHE I. LE DISPOSITIF D'ACCES ET DE PARTAGE DES AVANTAGES

930. Plan. Après avoir démontré la pertinence et la faisabilité du dispositif d'accès et de partage des avantages (A), les limites de ce dispositif seront présentées et complétées par quelques recommandations (B).

[2873] Fraser, N., « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du M.A.U.S.S,* No. 23, 2004, pp. 152-164.

[2874] Dusollier, S., « The public domain in intellectual property : Beyond the metaphor of a domain », *in Intellectual Property and Public Domain* Jayanthi Reddy, P.L. (ed.), ICFAI University Press, 2009, pp. 31-69, spé. p. 41. Dans le même sens, J. Cayron et A. Albarian exposent que : « Aujourd'hui, l'utilisation du système du domaine public payant est également préconisée par certains utilisateurs de l'Internet et par les défenseurs des intérêts culturels des peuples autochtones et de ceux des pays en voie de développement. » Voir Cayron, J., Albarian, A., « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131, spé. p. 130.

[2875] Par exemple, la loi type de Tunis, en son art. 17, prévoit que l'usager paye à l'autorité compétente un pourcentage fixe des recettes totales provenant de l'exploitation d'œuvres du domaine public ou de leurs adaptations, y compris les œuvres folkloriques.

A) Pertinence et faisabilité du dispositif d'accès et de partage des avantages (APA)

931. Un dispositif pour lutter contre les exclosures des savoirs « traditionnels ». Un dispositif d'accès et de partage des avantages est devenu essentiel à l'égard des détenteurs de savoirs « traditionnels ». Contrairement aux autres savoirs encouragés à être « enclos » par des systèmes privatifs et exclusifs tels que les droits de propriété intellectuelle, les savoirs dits « traditionnels » ont tendance à être sujets à une exclosure, c'est-à-dire à être ouverts à toute utilisation mais surtout à toute appropriation indue sans partage des bénéfices. L'expression « premier arrivé, premier servi » s'applique ici puisque le premier s'étant approprié le savoir par un régime privatif et exclusif est considéré comme le propriétaire quand bien même il n'en est pas la source première. Cette appropriation indue des savoirs dits « traditionnels » est due à l'absence de leur protection. Etant considérés comme étant dans le domaine public, ils sont alors librement accessibles, utilisables et, au final, appropriables puis privatisables. Il est ainsi devenu nécessaire de lutter contre les exclosures des savoirs « traditionnels » en créant des mesures assurant la reconnaissance des détenteurs initiaux. Ces mesures passent par une régulation de l'accès et un partage des avantages.

932. Les effets positifs du dispositif sur les savoirs « traditionnels ». L'objectif d'un dispositif d'accès et de partage des avantages est d'organiser et de sécuriser les relations entre fournisseurs et utilisateurs. Selon le Commissariat Général au Développement Durable (CGDD)[2876], les utilisateurs peuvent être définis comme des chercheurs du secteur public ou privé, leurs structures et des acteurs économiques. Quant aux fournisseurs, ce seraient des personnes publiques ou privées habilitées à accorder ou autoriser l'accès, mais aussi des personnes individuelles ou collectives fondées en droit (communautés autochtones et locales au titre de leurs savoirs, ou encore des personnes privées titulaires de droits sur les terres). Le CGDD en conclut que, de par la multiplicité des fournisseurs, il peut s'avérer difficile pour l'utilisateur de deviner vers qui se diriger pour demander l'autorisation d'accéder et d'utiliser les savoirs. Une autorité compétente devrait alors être créée pour guider les utilisateurs. En tout état de cause, les relations de coopération entre fournisseurs et utilisateurs sont encouragées pour mettre fin à la « biopiraterie » et pour garantir une sécurité juridique. Ainsi, le dispositif

[2876] CGDD (Commissariat Général au Développement Durable), « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées », *Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du CGDD,* Etudes & documents, No. 48, 2011, spé. p. 19.

d'accès et de partage des avantages créerait un cadre juridique pour l'accès et l'utilisation des savoirs et pour garantir l'existence de contreparties, notamment monétaires[2877], auprès des détenteurs les plus vulnérables, les communautés autochtones et locales. Un tel dispositif aiderait aussi à légitimer et organiser dans des conditions plus favorables et sereines les activités de recherche et développement.

933. Les instruments juridiques impulsant la mise en place du dispositif. Le dispositif d'accès et de partage des avantages est issu du droit international, et particulièrement de la Convention sur la diversité biologique[2878] et du Protocole de Nagoya[2879]. L'objectif de ces derniers est d'encourager à l'échelle internationale l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, de consolider le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation[2880] avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances ainsi que de stimuler l'utilisation durable des éléments constitutifs de la diversité biologique[2881]. Ces éléments constitutifs comprennent en particulier les savoirs dits « traditionnels »[2882]. Pour poursuivre ces différents objectifs, l'article 10 du Protocole prévoit la mise en place d'un mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages. Le partage juste et équitable des avantages est également mentionné dans les objectifs de la Convention sur la diversité biologique[2883] ainsi qu'à l'article 8-j)[2884] de celle-ci. Selon G. Filoche : « Le partage des avantages est une question qui a été jugée très importante

[2877] Par exemple, l'art. L. 412-8, V. du Code de l'environnement prévoit que les contributions financières sont calculées sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires annuel mondial hors taxe réalisé et des autres revenus, quelle que soit leur forme, perçus grâce aux produits ou aux procédés obtenus à partir de la ou des ressources génétiques [ou des savoirs « traditionnels]. Ce pourcentage ne peut pas dépasser 5%. De plus, l'art. L. 412-9, II) du Code de l'environnement précise que les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles sont affectés à des projets bénéficiant directement aux communautés d'habitants concernées.

[2878] La Convention sur la diversité biologique (CDB) est signée le 5 juin 1992, lors du Sommet de la Terre, à Rio de Janeiro et organisée sous l'égide de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement. Elle est entrée en vigueur le 29 décembre 1993.

[2879] Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation a été adopté par la dixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, le 20 octobre 2010, à Nagoya au Japon. Le protocole est entré en vigueur le 12 octobre 2014 et répond au troisième objectif de la CDB.

[2880] Art. 5.5 du Protocole de Nagoya.

[2881] Mais encore, les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation avaient été adoptées pour promouvoir les mesures destinées à régir l'accès et le partage des avantages. Elles ont été adoptées en 2002 par la Conférence des parties de la Convention sur la diversité biologique.

[2882] En effet, l'art. 3 du Protocole de Nagoya dispose que : « Le présent Protocole s'applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques (…) ».

[2883] Art. 1er de la Convention sur la diversité biologique.

[2884] L'art. 8-j) de la Convention sur la diversité biologique dispose que chaque partie contractante : « sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales (…) et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques. »

par les rédacteurs de la Convention sur la diversité biologique[2885]. » Dès le préambule, la Convention souligne que :

> « Un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions et qu'il est souhaitable d'assurer le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments ».

934. Les mesures propres à garantir un partage équitable des avantages. Différentes mesures sont présentées par la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Nagoya pour garantir un partage des avantages. Un partage équitable des avantages passe en amont par le respect des communautés autochtones et locales et de leurs savoirs[2886]. Le Protocole responsabilise ensuite les communautés détentrices en leur donnant pour mission de recourir aux mesures contractuelles[2887], et notamment établir des protocoles communautaires relatifs à l'accès aux savoirs dits « traditionnels » et au partage juste et équitable des avantages[2888]. Des clauses contractuelles types peuvent leur venir en aide pour prévoir un partage des avantages[2889]. De telles mesures contractuelles assurent une certitude juridique et une transparence pour le fournisseur et l'utilisateur concernant les droits et obligations de chacun. En outre, avant tout accès, un consentement préalable donné en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord sont exigés[2890]. À défaut, il devrait être prévu par les Etats de recourir à un règlement des différends[2891]. Ces dernières conditions sont notamment exigées pour que les parties s'entendent sur les conditions de partage des avantages mais aussi

---

[2885] Filoche, G., « Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité : un kaléidoscope juridique », *Droit et société,* Vol. 2, No. 72, 2009, pp. 433-456, spé. p. 448.

[2886] Par exemple, l'art. 12.1 du Protocole de Nagoya précise que les parties doivent tenir compte du droit coutumier des communautés autochtones et locales ainsi que de leurs protocoles et procédures. Le respect des communautés autochtones et locales sera davantage étudié dans le paragraphe suivant en termes de reconnaissance de la paternité des savoirs.

[2887] N. Binctin semble favorable aux mesures contractuelles pour les communautés autochtones et locales car : « La contractualisation est le moyen de garantir la prise en compte des spécificités locales. » Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 477.

[2888] Art. 12.3 du Protocole de Nagoya.

[2889] L'art. R. 412-33 du Code de l'environnement présente un contrat type de partage des avantages pour l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Le contrat type de partage des avantages est établi par un décret en Conseil d'Etat, comme le prévoit l'art. L. 412-13, III) du Code de l'environnement. L'OMPI a, de plus, créé une base de données sur l'accès et le partage des avantages (*Biodiversity-related Access and Benefit-sharing Agreements Database*) recueillant des exemples de clauses types s'avérant utiles lors de la négociation des conditions conclues d'un commun accord.

[2890] Art. 5.5 et 7 du Protocole de Nagoya, art. 15 de la Convention sur la diversité biologique, art. L. 412-9 du Code de l'environnement.

[2891] Art. 16 et 18 du Protocole de Nagoya.

en cas de changement substantiel des conditions et des résultats de la recherche[2892]. Le Protocole, bien que visant les ressources génétiques et non les connaissances traditionnelles à l'article 6.3, exige aussi qu'un permis ou document équivalent soit remis aux utilisateurs[2893]. Un tel permis constitue un certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale[2894]. Il prouve que le consentement préalable donné en connaissance de cause a bien été admis et que des conditions convenues d'un commun accord ont bien été conclues avec les communautés autochtones et locales. Le CGDD[2895] souligne que la procédure d'accès consisterait alors en une obligation d'information et une demande d'autorisation[2896]. Ainsi, un mécanisme d'accès et de partage des avantages pourrait être schématisé comme ci-dessous. Il semblerait cependant plus judicieux de prévoir les termes de l'accès et du partage des avantages avant que l'utilisateur accède à la connaissance et/ou aux ressources génétiques. Il est en effet important que le consentement préalable donné en connaissance de cause et les conditions convenues d'un commun accord soient conclus avant tout accès. N. Binctin ajoute que les coûts doivent être fixés préalablement à tout accès et utilisation et que le prix peut être versé à chaque étape importante passée avec succès dans le processus de recherche et développement[2897].

[2892] La responsabilité de l'utilisateur devrait être engagée pour qu'il soit dans l'obligation de revenir vers le fournisseur en cas de changement substantiel d'utilisation des savoirs. D'ailleurs, tout projet de modification des activités de nature à entraîner un changement notable des éléments sur le fondement desquels l'autorisation a été délivrée doit être porté à la connaissance du ministre chargé de l'environnement (art. R. 412-26 et R. 412-35 du Code de l'environnement). Aussi, en cas d'absence d'accord sur le partage des avantages à l'expiration d'un délai déterminé, la demande d'accès doit être refusée (art. R. 412-22 du Code de l'environnement).

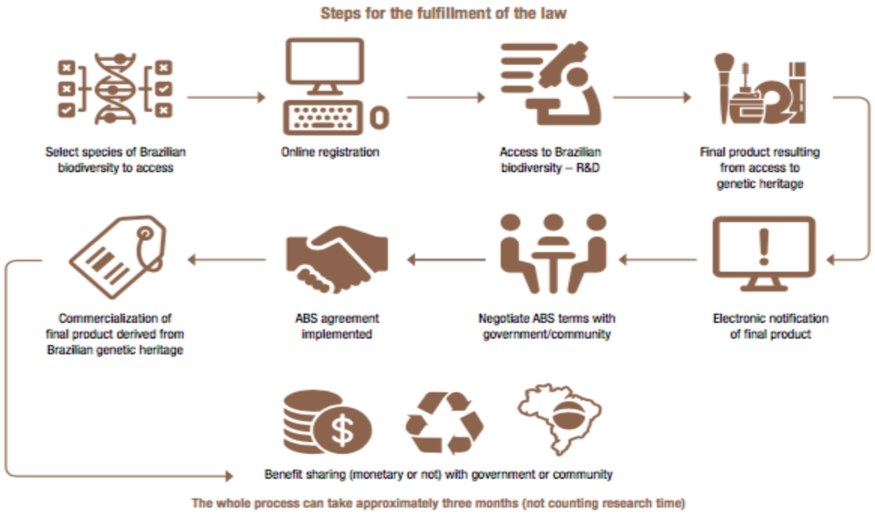
[2893] Art. 6.3, e) du Protocole de Nagoya. Par exemple, le Code de l'environnement prévoit, à l'art. L. 412-12, qu'une autorisation est délivrée par une autorité administrative pour utiliser les connaissances traditionnelles. Ce même article précise que l'utilisation des connaissances traditionnelles est limitée aux fins et conditions expressément mentionnées dans l'autorisation.

[2894] S'agissant des autorisations données par l'autorisation administrative en France, l'art. L. 412-17, II. du Code de l'environnement précise qu'elles sont ensuite enregistrées dans le centre d'échange créé par la conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique et cet enregistrement leur confère les propriétés qui s'attachent au statut de certificat international de conformité.

[2895] CGDD, « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées », *Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du CGDD,* Etudes & documents, No. 48, 2011, spé. p. 21.

[2896] En effet, l'autorisation d'accès serait délivrée si et seulement si l'utilisateur fournit tous les éléments d'information sur notamment l'identification du demandeur et de ses partenaires, le projet en lui-même (lieu, date, durée, nature des ressources visées, utilisation envisagée, intérêt du projet, impacts éventuels), le consentement obtenu, les avantages attendus et les conditions du partage. Concernant l'intérêt du projet, l'utilisateur doit démontrer que le projet aura un impact positif sur la biodiversité ou sur le territoire concerné tout en respectant les droits des communautés autochtones et locales sur leurs savoirs. L'autorisation d'accès est ensuite enregistrée dans un centre d'échange pour l'accès et le partage des avantages. Ces mesures sont notamment prévues par le Code de l'environnement aux art. L. 412-7 et L. 412-8 et plus précisément, pour les connaissances traditionnelles, à l'art. L. 412-9.

[2897] Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 478.



Source: Daniel R. Pinto, "Disclosure requirements and access and benefit sharing – an overview of recent developments in Brazilian biodiversity legislation", presentation delivered at the WIPO Seminar on IP and Genetic Resources (May 26-27, 2016), based on research by Manuela da Silva (FIOCRUZ, 2016), adapted from Nascimento e Mourão Advogados.

935. La nécessité de respecter le partage équitable des avantages dans les contrats de bioprospection. Ces différents principes et mesures présentés par la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Nagoya sont déjà mis en application dans certains contrats, et notamment les contrats de bioprospection[2898] qui créent un lien privilégié entre les communautés autochtones et locales et les détenteurs des pays développés[2899]. Les accords sont en effet conclus directement entre les détenteurs et les utilisateurs. Ces contrats sont, de plus, à favoriser car ils seraient vecteurs d'équité[2900]. Les parties au contrat vont définir leurs droits et obligations qui, en principe, respectent les principes contenus dans la Convention sur la diversité biologique. Les contrats de bioprospection ne sont néanmoins pas vecteurs d'équité en tant que tels car ils se caractérisent par deux parties présentant un rapport de force déséquilibré et peuvent amener à favoriser la « biopiraterie »[2901]. Les parties « fournisseurs » doivent donc développer des compétences juridiques, économiques et techniques dans le

[2898] Capson, T.L., Guérin-McManus, M., « 6. Les contrats de bioprospection : pour une bioéquité non marchande », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 93-113.

[2899] La bioprospection recouvre l'exploitation, l'extraction et le criblage ou le tri de la diversité biologique et des savoirs indigènes pour découvrir des ressources génétiques ou biochimiques ayant une valeur commerciale. Voir Moretti, C., Aubertin, C., « Stratégies des firmes pharmaceutiques : la bioprospection en question », *in* Aubertin, C., Pinton, F., Boisvert, V., *Les marchés de la biodiversité*, IRD Editions, Paris, 2007, p. 46.

[2900] M.A. Hermitte ajoute que les contrats de bioprospection garantissent une société sobre et frugale en permettant d'éviter l'épuisement des ressources. Voir Hermitte, M.A., « FRUGALITÉ, SOBRIÉTÉ ET INNOVATION – UNE APPROCHE JURIDIQUE », *in* (dir.) Autenne, A., Cassiers, V., *Droit, Économie et Valeurs*, Broché, Larcier, 2015, p. 269 et s.

[2901] En effet, il est possible que les contrats de bioprospection méprisent les droits des communautés autochtones et locales, ne mesurent pas leur impact sur la conservation de la diversité biologique, créent une concurrence entre les communautés et obligent ces dernières à proposer des conditions qui limitent leurs possibilités d'obtenir un partage des avantages juste et équitable. Voir Boivert, V., Caron, A., « Biodiversité et appropriation. Une mise en perspective du point de vue de l'économie », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Scientifiques et Médicales Elsevier, Paris, 2002, pp. 87-113.

domaine de la négociation contractuelle[2902] mais aussi jouir d'un fort soutien institutionnel national et international. En revanche, si les rapports entre parties sont respectueux, alors un tel contrat peut s'avérer prometteur[2903]. Les Etats des pays développés semblent d'ailleurs favorables à garantir le partage des avantages[2904]. Par exemple, *le Panama International Cooperative Biodiversity Group Program* (ICBG) a recours à ce type de contrat dans le but de découvrir de nouveaux composés pour le traitement de maladies[2905]. En concluant un contrat de bioprospection, les cocontractants peuvent alors s'appuyer à la fois sur les savoirs et techniques « traditionnels » et sur les savoirs « modernes ». Autre exemple, une entreprise colombienne privée a conclu un accord de partage des avantages avec des groupes Emberà afin de commercialiser des fruits du jagua[2906]. Aussi bien l'ICBG que l'entreprise privée colombienne s'attachent à respecter la Convention sur la diversité biologique et donc à assurer le partage équitable des bénéfices. Un véritable partenariat et une collaboration se mettent ainsi en place impliquant directement le pays fournisseur.

936. L'importance d'assurer le partage équitable des avantages par des mesures législatives. Parallèlement à ces contrats respectant les principes de la Convention sur la diversité biologique, il est important que les législations nationales prévoient des dispositions assurant la protection des intérêts des communautés autochtones et locales[2907]. Le Protocole de Nagoya dispose d'ailleurs que les Etats doivent prendre des mesures législatives, administratives ou de politiques générales pour assurer le respect du partage juste et équitable des avantages[2908]. Par exemple, la loi péruvienne de 2002 prévoit expressément une

[2902] Munoz Urena, H., « Les contrats de bio-prospection, des outils pour le développement durable ? », *in* Collart Dutilleul, F., *De la terre aux aliments, des valeurs au droit*, 2012, pp. 337-364. Les communautés peuvent dans un premier temps faire appel aux ONG pour négocier les termes du contrat.

[2903] « Il serait possible de promouvoir des échanges de ressources génétiques, de définir les modalités d'utilisation de ces ressources, dont la diffusion des savoirs traditionnels, sur un mode contractuel entre industriels, Etats et communautés qui serait avantageux pour les uns et les autres et favoriserait la conservation. » Voir Moretti, C., Aubertin, C., « Stratégies des firmes pharmaceutiques : la bioprospection en question », *in* Aubertin, C., Pinton, F., Boisvert, V., *Les marchés de la biodiversité*, IRD Editions, Paris, 2007, p. 27-28.

[2904] « Les quelques contrats de bioprospection rendus publics insistent sur les engagements volontaires de la part des firmes et des universités américaines à aller plus loin que de simples accords commerciaux, à adopter des clauses en faveur de la conservation et du partage des avantages (…) ». Voir Moretti, C., Aubertin, C., *ibid*., p. 49.

[2905] L'ICBG est un programme créé en 1993 par le *National Institutes of Health*, la *National Science Foundation* et *United States Agency for International Development* pour promouvoir la recherche collaborative entre les universités américaines et les institutions de recherches des pays fournisseurs de ressources génétiques. L'objectif est de faire bénéficier la communauté scientifique globale pour découvrir et rechercher des solutions pour les maladies tout en encourageant les pratiques favorisant l'utilisation durable des ressources biologiques.

[2906] Goldstein, J.A., « Protéger les technologiques tirées de la forêt tropicale de manière équitable », *OMPI Magazine*, février 2019.

[2907] Or, N. Binctin souligne que : « Les lois nationales "oublient" souvent la rémunération des peuples autochtones ce qui constitue une erreur fondamentale puisque la valeur de la ressource dépend aussi de la connaissance d'un savoir associé. » Voir Binctin, N., *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018, p. 478.

[2908] Art. 5.5, 6.3 et 16 du Protocole de Nagoya.

rémunération des communautés pour les savoirs dans le domaine public et les inscrit dans un registre national public de savoirs collectifs des peuples autochtones[2909]. Un registre national confidentiel inclut également les savoirs ne pouvant être consultés sauf autorisation et rétribution consécutive. L'article 7 de la loi de 2002 prévoit, par ailleurs, qu'il doit être souscrit une licence pour l'accès aux savoirs dits « traditionnels » à des fins commerciale ou industrielle. Cette licence doit prévoir impérativement des conditions pour une rétribution adéquate de l'accès et garantir une distribution équitable des bénéfices dérivés de ces savoirs[2910]. À défaut, l'article 27 prévoit la nullité du contrat. Les intérêts des communautés sont représentés par une organisation qui a pour mission de redistribuer équitablement les bénéfices. La rémunération se fait par le biais du Fonds pour le développement des peuples indigènes[2911]. Des mesures équivalentes sont exigées par la Décision 391 du Pacte Andin[2912] prévoyant que lorsqu'un composant intangible, tel que les connaissances, est associé aux ressources recherchées alors les communautés ont le droit de négocier personnellement un accord d'utilisation de ces connaissances[2913]. L'accord d'utilisation pourrait alors prévoir un partage équitable des avantages mais cette disposition semble être envisagée comme une possibilité et non comme une obligation. L'article 35 est, en revanche, plus sécurisant puisqu'il impose que lorsque les ressources génétiques ont un composant intangible alors le contrat d'accès entre l'Etat et le demandeur doit comprendre une annexe prescrivant un partage équitable des bénéfices. L'annexe est signée par le fournisseur (les communautés autochtones et locales), le demandeur et l'autorité nationale compétente[2914]. En Bolivie, l'article 15(2) du Décret suprême n° 24676 du 21 juin 1997 dispose aussi que les contrats d'accès doivent inclure une clause permettant la participation des communautés autochtones et locales aux bénéfices dérivant de l'accès aux ressources génétiques dès lors qu'elles pourvoient le composant intangible associé à la ressource génétique. L'article 43 précise que le paiement se fera à travers leurs organisations représentatives en conformité avec ce qui est établi dans l'annexe. L'article ajoute que le non accomplissement de ce qui est convenu dans l'annexe est une cause de nullité du contrat

[2909] Filoche, G., « Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité : un kaléidoscope juridique », *Droit et société,* Vol. 2, No. 72, 2009, pp. 433-456, spé. p. 438.

[2910] Les compensations que recevront les autochtones incluent un paiement initial à déterminer et un pourcentage d'au moins 5% de la valeur des ventes brutes, avant impôts, des produits développés à partir des savoirs traditionnels. Voir Filoche, F., *ibid*., p. 454.

[2911] Art. 13 de la loi péruvienne. Voir Filoche, G., *ibid*., p. 438.

[2912] La Communauté andine des nations (CAN) est issue d'un traité de 1969 réunissant la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela.

[2913] Art. 7 et 32 de la Décision 391 du Pacte Andin.

[2914] Filoche, G., *ibid*., p. 452-453.

d'accès[2915]. D'autres législations telles que le Brésil[2916] voire la France[2917] ont également prévu des dispositions sur le partage juste et équitable des avantages en faveur des communautés autochtones et locales.

937. Transition. Des limites viennent cependant remettre en cause l'efficacité d'un dispositif d'accès et de partage des avantages. Des solutions peuvent toutefois être recommandées.

B) Les limites et recommandations relatives au fonctionnement du dispositif d'accès et de partage des avantages

938. Plan. Après de nombreuses années de négociations, le dispositif d'accès et de partage des avantages créé par le Protocole de Nagoya apporte une certaine sécurité juridique dans les relations entre utilisateurs et fournisseurs. Néanmoins, le partage « juste » et « équitable » des avantages est encore parfois difficile à obtenir et n'est pas toujours atteint en raison de l'existence de plusieurs obstacles limitant l'efficacité du dispositif (1). Des solutions sont cependant envisageables pour contrer ces obstacles (2).

1) Les différentes limites fragilisant l'efficacité du dispositif

939. La protection expresse des ressources génétiques et non des savoirs « traditionnels ». Parmi les limites du dispositif d'accès et de partage des avantages, l'accent est mis sur les ressources génétiques et insuffisamment sur les connaissances traditionnelles. La conséquence est que l'obligation de consentement préalable donné en connaissance de cause ou la conclusion de conditions convenues d'un commun accord avec les communautés autochtones et locales, en matière d'accès et d'utilisation des connaissances traditionnelles, est parfois totalement absente au sein des dispositifs d'accès et de partage des avantages[2918]. Or,

[2915] Filoche, G., *ibid*., p. 453.

[2916] Les avantages résultant de l'exploitation économique du produit ou du procédé mis au point à partir des savoirs « traditionnels » associés, doivent être partagés, de façon juste et équitable, entre les parties contractantes (art. 24). Il est précisé que le partage juste et équitable peut prendre la forme d'un transfert de technologie : « L'organisme receveur du savoir traditionnel associé doit faciliter le transfert de technologie, aux fins de préservation et d'utilisation dudit savoir, pour l'organisme national responsable de l'accès et de l'expédition. » (art. 21). Voir Mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs.

[2917] La loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a créé des articles au sein du Code de l'environnement (art. L. 412-3 et s.) dans le but de déterminer les conditions d'accès « aux ressources génétiques faisant partie du patrimoine commun de la Nation » et assurer un partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, y compris des connaissances traditionnelles associées.

[2918] Par exemple, en Nouvelle Calédonie, bien que le droit des communautés autochtones et locales est intégré au droit étatique depuis l'Accord de Nouméa en 1998, ce n'est qu'en 2019 (délibération n° 28-2019/APS du 12 avril 2019) que la province Sud

l'inclusion des savoirs « traditionnels » est pourtant nécessaire dans tout dispositif d'accès et de partage des avantages pour être en conformité avec le Protocole de Nagoya et la Convention sur la Diversité Biologique.

940. Les difficultés d'identification des communautés autochtones et locales. Les utilisateurs sont, de plus, confrontés à un problème d'identification des fournisseurs. En raison de la multiplicité des personnes pouvant donner leur consentement préalable en connaissance de cause ou pour conclure des conditions convenues d'un commun accord, les utilisateurs ne savent pas toujours vers qui s'adresser. Or, il est nécessaire de se tourner vers les fournisseurs avant tout accès et utilisation des savoirs. L'identification des communautés autochtones et locales n'est, en outre, pas toujours évidente en raison de l'absence de définition de ces dernières. Les critères d'identification des communautés autochtones et locales ne font pas l'objet d'un consensus en raison de la coexistence de situations diverses selon les territoires. Les communautés autochtones et locales elles-mêmes peuvent être confrontées à des difficultés pour identifier clairement un représentant légitime de la communauté. Lorsque les connaissances traditionnelles sont, de plus, partagées par des communautés autochtones et locales différentes dans plusieurs Etats parties, l'obtention d'un consentement préalable en connaissance de cause de toutes les communautés intéressées peut s'avérer difficile à obtenir.

941. Les obstacles d'ordre essentiellement politique. Le dispositif d'accès et de partage des avantages peut aussi être privé d'efficacité lorsque le lien juridique reliant les communautés autochtones et locales et leurs savoirs n'est pas expressément reconnu par le droit national. Un tel lien juridique doit pourtant être établi pour que l'accès aux savoirs et le partage des avantages soient obligatoirement soumis au consentement préalable et à la conclusion de conditions convenues d'un commun accord avec les communautés. Même si le Protocole de Nagoya prévoit que les communautés autochtones et locales sont détentrices des savoirs dits « traditionnels[2919] », les modalités de participation voire de reconnaissance de celles-ci, d'ordre

ajoute l'art. 311-6 au Code de l'environnement pour inclure les savoirs dits « traditionnels » dans le dispositif d'accès et de partage des avantages dans un but de préservation. Il n'est cependant pas expressément prévu l'obligation de demander un consentement préalable ou de conclure des conditions convenues d'un accord en cas d'accès ou d'utilisation des savoirs « traditionnels ». La province des Îles Loyauté exige quant à elle, aux art. 312-1 et s. du Code de l'environnement, l'obtention par l'utilisateur d'une autorisation d'accès aux ressources génétiques donnée par les autorités coutumières et les propriétaires fonciers concernés. Cette demande d'autorisation doit notamment mentionner l'utilisation d'un savoir « traditionnel », son origine et l'identité du ou des détenteurs du savoir (art. 312-6 du Code de l'environnement).

[2919] Art. 5.5 du Protocole de Nagoya. À la condition que l'Etat reconnaisse l'existence des communautés autochtones et locales, le préambule du Protocole de Nagoya précise aussi que : « Les communautés autochtones et locales ont le droit d'identifier les détenteurs légitimes de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques au sein de leurs communautés. »

principalement politique, sont organisées par le droit national[2920]. Or, ce dernier peut ne reconnaître aucun droit aux communautés en raison notamment de leur absence de personnalité juridique[2921]. En conséquence, si le droit national ne reconnaît pas les communautés autochtones et locales ou ne leur reconnaît aucun droit particulier alors ces communautés sont ignorées au niveau national bien que le droit international souligne l'importance de leur reconnaître des droits sur leurs savoirs.

942. Les difficultés relatives aux rapports de force et aux contrôles. La capacité des communautés autochtones et locales à négocier les modalités du partage peut, de surcroît, constituer un obstacle à un partage « juste et équitable » des avantages face à un utilisateur provenant souvent des pays développés. Les motifs dans l'utilisation des connaissances peuvent, du reste, changer, passant, par exemple, d'une utilisation à des fins non commerciales à une utilisation à des fins commerciales. Le partage des avantages ne sera alors plus « juste et équitable » s'il reste le même que celui négocié initialement. Une autre difficulté est que, dans la plupart des cas, la connaissance est transférée à l'extérieur du pays fournisseur et le contrôle concret devient alors difficile à opérer.

943. Transition. Des solutions peuvent toutefois être proposées pour contrer les limites du dispositif d'accès et de partage des avantages.

[2920] L'art. 72-3 de la Constitution française reconnaît l'existence de « populations d'outre-mer » au sein du peuple français. Les deux seules concessions faites par l'Etat français ne concernent que les kanak de Nouvelle-Calédonie (loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, 19 mars 1999, n° 99-909) et les amérindiens de Guyane (Accord de Guyane du 21 avril 2017, JORF n° 0103 du 2 mai 2017). Des améliorations en termes de reconnaissance s'avèrent d'ailleurs encore nécessaires à l'égard de celles-ci (Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, « La place des peuples autochtones dans les territoires ultramarins français : la situation des Kanak de Nouvelle-Calédonie et des Amérindiens de Guyane, 23 février 2017, JORF n° 0061 du 12 mars 2017). Les communautés autochtones et locales sont également présentes en Océanie (Polynésie Française, Wallis et Futuna) et dans l'Océan Indien (Mayotte) mais leurs spécificités ne sont pas reconnues par le droit français. L'art. 75 de la Constitution pourrait pourtant être interprété comme autorisant une coexistence d'un état civil coutumier et d'un état civil officiel.

[2921] Pourtant le CGDD insiste sur un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 28 janvier 1954, ayant reconnu la personnalité juridique des comités d'entreprise en affirmant que : « La personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés. ». Ainsi, cette argumentation pourrait être également valable à l'égard des communautés autochtones et locales. Voir CGDD, *ibid*., p. 58. La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), dans l'affaire *Peuple Saramaka c. Suriname* du 28 novembre 2007, a déjà eu l'occasion d'affirmer que les communautés autochtones et locales Saramaka disposent de la personnalité juridique collective et que l'Etat du Suriname est dans l'obligation de reconnaître la possibilité d'exercice de leur personnalité juridique. Pour la Cour, le droit du peuple à la reconnaissance de sa personnalité juridique est une des mesures spéciales permettant de garantir au peuple l'utilisation et la jouissance de leur terre selon leurs traditions. Ainsi, l'État du Suriname a violé l'art. 3 de la Convention (droit à la reconnaissance de la personnalité juridique), en lien avec les art. 21 et 25 de la Convention (droit à la propriété et droit à la protection juridique). La CIDH a réaffirmé cette décision le 25 novembre 2015 dans l'arrêt *Peuples Kalina et Lokono c. Suriname*. Au niveau de l'Etat français, la jurisprudence a eu l'occasion de reconnaître dans deux arrêts la personnalité juridique des kanak (CA Nouméa, 22 août 2011, 10/531 et 10/532). Voir Lafargue, R., « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation », *Les cahiers de la justice*, No. 2, Vol. 2, 2013, pp. 119-139.

2) Les remèdes pour contrer les limites du dispositif

944. Des organismes représentant les communautés autochtones et locales et accompagnant les utilisateurs. Les communautés autochtones et locales pourraient d'abord bénéficier d'une assistance légale et les utilisateurs devraient être aidés dans leur démarche. Le Commissariat Général au Développement Durable (CGDD) propose de créer un organisme indépendant susceptible de représenter les communautés autochtones et locales[2922]. Un tel organisme aurait l'avantage de bénéficier de la personnalité juridique pour que les droits des communautés autochtones et locales soient bien exercés et respectés. Ces communautés devraient aussi bénéficier d'une assistance légale[2923], *via* cet organisme indépendant, pour les aider et leur faire prendre conscience de leurs droits, de l'existence de la législation nationale et des conventions internationales les protégeant. Concernant les utilisateurs, des structures devraient être mises en place ayant la capacité de traiter les demandes et de les guider dans leurs démarches auprès des communautés autochtones et locales[2924]. Le Protocole de Nagoya prévoit la création de correspondants nationaux et d'autorités nationales compétentes[2925]. Les premiers auraient pour mission de fournir aux utilisateurs les informations sur les procédures d'obtention du consentement préalable en connaissance de cause et sur les conditions convenues d'un commun accord, ainsi que des informations sur les communautés autochtones et locales concernées. Le CGDD propose aussi d'assurer une liaison entre le correspondant national et un correspondant outre-mer *via* une plateforme dématérialisée[2926]. Il serait également intéressant

---

[2922] Par exemple, le Code de l'environnement prévoit, à l'art. L. 412-10, qu'une personne morale de droit public est chargée d'organiser la consultation de la ou des communautés d'habitants détentrices de connaissances traditionnelles. Cette personne morale peut être un établissement public de coopération environnementale ou, à défaut, l'Etat ou un de ses établissements publics compétents en matière d'environnement. Cette personne morale de droit public est aussi compétente pour négocier et signer le contrat de partage des avantages avec l'utilisateur. Ses différentes missions sont décrites à l'art. L. 412-11 du Code de l'environnement (notamment identifier la ou les communautés d'habitants concernées par la demande, rechercher l'existence de structures de représentation coutumières ou traditionnelles aptes à se prononcer sur l'utilisation des connaissances traditionnelles et le partage des avantages). T. Burelli donne également de nombreux exemples d'organismes de représentation au Canada tels que l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador, l'*Inuit Tapiriit Kanatami* ou divers conseils tribaux. Voir Burelli, T., *Ni vues, ni connues : étude des contributions des acteurs des milieux autochtones et universitaires à l'encadrement de la circulation des savoirs traditionnels du Canada*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2019, spé. p. 141 et s.

[2923] CGDD, *ibid*., p. 94. Par exemple, l'organisation internationale à but non lucratif, *Public Interest Intellectual Property Advisors* (PIIPA) donne des conseils juridiques fournis à titre gracieux. Cette organisation a pour rôle de trouver des bénévoles ou des équipes de spécialistes de la propriété intellectuelle au bénéfice de personnes issues des pays en développement recherchant une assistance en matière de propriété intellectuelle. Voir Mark Devis, R., Van den Berkhof, E., « Combler les lacunes dans le domaine des connaissances relatives à la propriété intellectuelle dans les pays en développement », *OMPI Magazine*, avril 2013.

[2924] Par exemple, aux Etats-Unis, un programme d'assistance juridique à titre gracieux est mis en place par le cabinet d'avocats Sterne, Kessler, Goldstein & Fox *via* le *Public Interest Intellectual Property Advisors* (PIIPA). Voir Goldstein, J.A., « Protéger les technologies tirées de la forêt tropicale de manière équitable », *OMPI Magazine*, février 2019.

[2925] Art. 13 du Protocole de Nagoya. En France, les utilisateurs doivent s'adresser à une autorité administrative (art. L. 412-12 et L. 412-18, II du Code de l'environnement) qui elle-même va saisir la personne morale de droit public chargée d'organiser la consultation des communautés détentrices de connaissances traditionnelles.

[2926] CGDD, « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources

de lier le correspondant national avec un correspondant spécifique pour les communautés autochtones et locales. Quant aux autorités nationales, elles seraient chargées d'accorder l'accès ou de délivrer une preuve écrite que les conditions d'accès ont bien été respectées, ainsi que de fournir des conseils sur les procédures et les conditions d'obtention du consentement préalable et des conditions convenues d'un commun accord[2927]. Le Protocole de Nagoya prévoit aussi la mise en place d'un centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages[2928]. Ce centre aurait pour fonction de recevoir toutes les informations relatives à l'accès et au partage des avantages[2929] et répondrait ainsi à la fonction de guichet unique. Le CGDD propose également d'autres autorités compétentes facilitant la démarche des utilisateurs. Une mission interservices[2930] coordonnerait les services administratifs impliqués dans l'accès et le partage des avantages, s'occuperait des demandes d'accès, contrôlerait les relations entre utilisateurs et fournisseurs et centraliserait les procédures. L'avantage, selon le CGDD, est que la mise en place d'un tel organe serait rapide étant donné qu'il s'appuie sur des organes déjà existants et ne nécessiterait donc pas des coûts importants. Néanmoins, le problème souligné par le CGDD est le manque de légitimité des services administratifs, parfois considérés comme insuffisamment indépendants de l'Etat et risquant de ne pas prendre suffisamment en compte les intérêts fragiles des communautés autochtones et locales. Un organisme *ad hoc* présenterait alors davantage les garanties d'indépendance en tant que guichet unique[2931] qui mutualise les ressources, centralise les procédures et établit des relations de confiance entre fournisseurs et utilisateurs[2932]. Cependant, le CGDD est conscient du coût humain et matériel d'un tel organisme ainsi que de l'absence d'une volonté politique pour créer une nouvelle structure[2933].

---

génétiques et les connaissances traditionnelles associées », *Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du CGDD,* Etudes & documents, No. 48, 2011, spé. p. 77.

[2927] Le Protocole précise que l'Etat peut désigner une seule entité pour exercer les missions de correspondant national et de l'autorité nationale.

[2928] Art. 14 du Protocole de Nagoya.

[2929] Par exemple, les mesures législatives, administratives, de politique générale en matière d'accès et de partage des avantages, les permis ou documents équivalents délivrés pour le consentement préalable et les conditions convenues d'un commun accord, ou encore les autorités compétentes à l'égard des communautés autochtones et locales.

[2930] CGDD, *ibid*., p. 71.

[2931] Parmi ces pouvoirs, l'organisme devrait détenir un pouvoir de recommandation, de décision, de réglementation et de sanction dans le but d'assurer l'instruction des demandes d'accès, le suivi des activités, la tenue d'un registre des connaissances traditionnelles, le respect des principes du dispositif d'accès et de partage des avantages l'enregistrement des demandes d'accès et des permis délivrés ou encore la transmission des données au centre d'échange. Voir CGDD, *ibid*., p. 73.

[2932] Le CGDD ajoute que l'organisme serait financé comme une autorité administrative indépendante liée budgétairement à un ministère et/ou sous forme de contributions (cotisations ou financement liés au dispositif d'accès et de partage des avantages).

[2933] En effet, la mise en place d'un dispositif d'accès et de partage des avantages peut être freinée par l'insuffisance de moyens humains et financiers de certains pays. Le Protocole de Nagoya (art. 25) et la Convention sur la diversité biologique (art. 20 et 21) prévoient cependant des mécanismes de financement dans le but d'aider les pays en développement confrontés à de telles difficultés.

Il serait, par ailleurs, nécessaire que les personnes travaillant pour le guichet unique maîtrisent les droits coutumiers de chaque communauté autochtone et locale concernée.

945. L'établissement de points de contrôle. Le Protocole de Nagoya insiste sur la nécessité de surveiller le parcours des savoirs pour garantir un partage des avantages juste et équitable[2934]. Le Protocole demande de prévoir la désignation de points de contrôle[2935] et les utilisateurs auront le devoir d'informer ces derniers sur leur activité en relation avec les savoirs du pays fournisseur. La création d'une telle structure présenterait l'avantage de faciliter le suivi de l'avancée du projet, le contrôle de l'utilisation mais aussi de prendre en compte le potentiel d'évolution et de modification d'une activité de recherche et développement ainsi que les changements potentiels des utilisateurs. Les utilisateurs devraient transmettre un rapport à l'autorité compétente de façon régulière (semestriellement, par exemple) [2936] contenant toutes les informations déjà présentées dans le rapport établi pour l'accès[2937]. Des formulaires types pourraient être créés pour faciliter la rédaction du rapport. Comme il peut être difficile pour l'utilisateur de préciser dès sa demande d'accès toutes les finalités et toutes les utilisations qu'il fera des savoirs, une obligation d'information en cas de changement substantiel[2938] des conditions des activités de l'utilisateur devrait être rendue obligatoire[2939]. Ce changement substantiel amène alors l'autorité compétente à procéder à un examen des nouvelles conditions pour déterminer si le renouvellement du permis d'accès est autorisé ou non. En cas de

[2934] Art. 17 du Protocole de Nagoya relatif à la « surveillance de l'utilisation des ressources génétiques ». D'ailleurs, il est regrettable que l'article ne vise pas expressément la surveillance de l'utilisation des connaissances traditionnelles.

[2935] Le CGDD considère que les points de contrôle peuvent être des structures publiques et privées menant des activités de recherche et développement, des structures de financement des recherches ou encore des organismes en charge des titres de propriété intellectuelle. Voir CGDD, *ibid*., p. 22.

[2936] CGDD, *ibid*., p. 152.

[2937] Selon le règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, les stades appropriés pour que les utilisateurs démontrent qu'ils ont fait preuve de la diligence nécessaire devraient être celui de la réception de fonds de recherche et celui de la phase finale de l'utilisation c'est-à-dire le moment du développement final du produit avant la demande d'autorisation de mise sur le marché (25ème considérant). Aussi, les autorités compétentes recevant les informations les transmettent au Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages ainsi qu'à la Commission européenne (art. 7.3).

[2938] Un changement substantiel est un changement « de nature à remettre en cause les informations disponibles au moment où le permis d'accès a été délivré » (nouveau partenaire, transfert à un tiers du savoir, nouvelle utilisation). Voir CGDD, *ibid*., p. 88. Par exemple, l'art. L. 412-17, III du Code de l'environnement exige qu'une nouvelle demande d'autorisation ou qu'une nouvelle déclaration soient effectuées en cas de changement d'utilisation non prévu.

[2939] CGDD, *ibid*., p. 88. Selon T. Burelli, l'obligation d'information en cas d'évolution des paramètres de la recherche demeure cependant minoritaire. Elle est davantage présente au sein des instruments universitaires (par exemple, les normes éthiques minimales à l'égard des chercheurs prévues dans *Standard of Conduct for Researchers in Northern Barkley and Clayoquot Sound Communities*, pp. 5-7) mais demeure insuffisante au sein des instruments autochtones et des pratiques contractuelles. Voir Burelli, T., *Ni vues, ni connues : étude des contributions des acteurs des milieux autochtones et universitaires à l'encadrement de la circulation des savoirs traditionnels du Canada*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2019, spé. p. 245.

manquements détectés à la suite des contrôles alors l'autorité compétente doit prévoir des mesures correctives voire des mesures provisoires et immédiates[2940].

946. Des mesures législatives en faveur des communautés détentrices. En tout état de cause, la clé pour garantir un partage juste et équitable des avantages est de créer des législations nationales idoines. Bien qu'un minimum d'harmonisation soit conseillé dans les définitions des acteurs et les droits de chacun, les législations nationales devraient être à même de répondre aux besoins variés de chaque territoire. Les Etats devraient néanmoins toujours être tenus à une obligation et à l'engagement de leur responsabilité en cas de non-respect du dispositif de partage juste et équitable des avantages entre fournisseurs et utilisateurs. Par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH) exige que les Etats membres mettent en œuvre des mécanismes adéquats pour garantir le partage des avantages sur le fondement de l'article 8- j) de la Convention sur la diversité biologique et décide que, à défaut, leur responsabilité doit être engagée[2941]. Il devrait aussi toujours être exigée l'obligation à l'égard des Etats de reconnaître les communautés autochtones et locales en tant que détentrices originelles des savoirs « traditionnels ».

947. La prise en compte de la vision des communautés détentrices par rapport à l'ensemble de leurs savoirs. Outre les obstacles à la mise en place d'un dispositif d'accès et de partage des avantages, les attentes des communautés autochtones et locales ne sont pas toujours prises en considération. Selon S. Pessina, les communautés autochtones et locales appellent à la reconnaissance de leurs savoirs en tant que valeur d'usage avant toute valeur d'échange[2942]. L'idée de mettre les savoirs sur un marché tels des biens qui se vendent et s'achètent doit alors être reconsidérée. Pour les communautés autochtones et locales, leurs

[2940] Art. 9.6 du du règlement (UE) n° 511/2014.

[2941] Paragraphes 181 et 201 de l'arrêt *Peuples Kalina et Lokono c. Suriname* du 25 novembre 2015. La CIDH déclare, dans cette affaire, que l'absence de mécanismes garantissant l'accès, l'utilisation et la participation effective des communautés autochtones et locales dans la conservation des réserves et le partage des bénéfices constitue une violation par l'Etat du Suriname de l'obligation d'adopter des dispositions pour s'assurer que des mesures effectives ont été mises en œuvre (paragraphe 197). Cette obligation de garantir le partage des bénéfices est inhérente au droit à des compensations, reconnu à l'art. 21.2 de la Convention interaméricaine relative aux droits de l'homme. Aussi, la CIDH a déclaré que la compensation était ni juste ni équitable car l'Etat du Suriname s'est défendu en déclarant que les communautés autochtones et locales avaient reçu une compensation par le fait qu'elles pouvaient utiliser l'axe routier construit. La CIDH déclare cependant que cet accès ne peut être considéré comme fournissant un partage des bénéfices direct et conclu d'un commun accord d'autant plus qu'il avait eu un impact négatif sur les ressources naturelles du territoire des communautés autochtones et locales. La CIDH en conclut que l'Etat du Suriname doit être responsable à l'échelle internationale de la violation de la Convention (paragraphe 295) et qu'un fonds doit être créé au bénéfice des communautés concernées et que l'Etat du Suriname doit y allouer un million de dollars (paragraphe 298).

[2942] Pessina-Dassonville, S., « Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive », Colloque *Culture et biodiversité*, (dir.) De Raulin, A., Pastorel, J.P., Université de la Polynésie française, L'Harmattan, 2017, spé. p. 14.

savoirs ont une fonction sociale voire vitale de sorte que leur valeur est inestimable et qu'ils sont fondamentalement destinés à être partagés avec les générations présentes et futures[2943]. Les communautés autochtones et locales demandent aussi, comme le souligne S. Pessina, à ce que le principe d'égale dignité soit respecté afin que tous les savoirs soient pris en compte. Un tel principe est souligné au sein de la Convention UNESCO de 2005[2944] à l'article 2.3[2945]. Ainsi, tous les savoirs doivent être considérés comme ayant une valeur comparable pour assurer un partage juste et équitable. Cela implique que les savoirs scientifiques des Etats occidentaux ne sont pas supérieurs aux savoirs dits « traditionnels » des communautés autochtones et locales, mais aussi que tous les savoirs dits « traditionnels » sont à égalité et méritent d'être protégés. Le champ d'application du dispositif d'accès et de partage des avantages ne semble cependant pas respecter le principe d'égale dignité dans la mesure où il demeure limité à une forme particulière de savoirs. La Convention sur la diversité biologique et le protocole de Nagoya ne visent en effet que les savoirs « traditionnels » qui sont associés aux ressources génétiques, incarnés dans des modes de vie traditionnels et détenus par des communautés autochtones et locales. Dès lors, il serait judicieux de créer un protocole relatif à l'accès et au partage des avantages qui ne se limiterait pas seulement à ceux associés aux ressources génétiques mais intégrerait aussi les savoirs associés au folklore ou aux expressions culturelles traditionnelles. Il serait, par ailleurs, judicieux de prendre en compte les contributions des acteurs des milieux autochtones ayant établi des cadres généraux (par exemple, des protocoles de recherche[2946] ou des lignes directrices en matière de recherche[2947]) et des instruments contractuels modèles (modèles de formulaires de consentement[2948] et modèles d'accord de collaboration[2949]).

[2943] Gaillard, E., *Générations futures et droit privé - Vers un droit des générations futures,* (dir.) Ghestin, J., LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque de droit privé, T. 527, 2011, 645 p.

[2944] Unesco, Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 20 octobre 2005, Paris, 33ème session.

[2945] L'art. 2.3 dispose que : « La protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles impliquent la reconnaissance de l'égale dignité et du respect de toutes les cultures, y compris celles des personnes appartenant aux minorités et celles des peuples autochtones. »

[2946] Par exemple, le Protocole de recherche des Premières Nations du Québec et du Labrador établit par l'Assemblée des premières nations du Québec et du Labrador en 2014. Voir Burelli, T., *Ni vues, ni connues : étude des contributions des acteurs des milieux autochtones et universitaires à l'encadrement de la circulation des savoirs traditionnels du Canada*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2019, spé. p. 141 et s.

[2947] Par exemple, les *Guidelines for Community Engagement with NunatuKavut* créées par le *NunatuKavut Community Council* en 2013. Voir Burelli, T., *op. cit*., p. 141 et s.

[2948] Par exemple, le *Sample Informed Choice Form* établit par le *Council of Yukon First Nations* en 2000. Voir Burelli, T., *op. cit*., p. 163.

[2949] Par exemple, le *Template for a Collaborative Research Agreement* créé par le *Manitoba First Nations Education Resource Centre Inc*. en 2014. Voir Burelli, T., *op. cit*., p. 165.

948. Transition. Il ne faut, par ailleurs, pas se limiter à la seule conception d'une solution équitable monétairement dans la part des bénéfices. Les communautés autochtones et locales ont des considérations plus larges lorsqu'elles partagent leurs savoirs dits « traditionnels ». C'est pourquoi le partage juste et équitable des avantages peut aussi se présenter sous la forme de contreparties non monétaires.

PARAGRAPHE II. L'IMPORTANCE DES CONTREPARTIES NON MONETAIRES : LES MECANISMES SPECIFIQUES A VALORISER POUR GARANTIR LA RECONNAISSANCE DES COMMUNAUTES AUTOCHTONES ET LOCALES

949. Plan. Puisque l'article 5.4 du Protocole de Nagoya précise que les contreparties peuvent être monétaires ou non monétaires[2950], un partage « juste et équitable » des avantages devrait nécessairement tenir compte de ces deux possibilités. Les contreparties non monétaires s'identifient principalement en termes de reconnaissance des détenteurs originels des savoirs. Reconnaissance des détenteurs et partage juste et équitable des avantages sont ainsi des conditions interdépendantes[2951]. Un consensus entre les parties relatif à la nature des avantages s'avère alors nécessaire. Puisque les contreparties non monétaires s'identifient en termes de reconnaissance, les mécanismes spécifiques à mettre en œuvre poursuivront ce but. Parmi les différents dispositifs incitant à la reconnaissance des communautés autochtones et locales, deux mécanismes spécifiques retiendront notre attention. Après s'être interrogé sur la pertinence mais aussi les dangers d'une dynamisation de la recherche locale (A), il sera étudié l'opportunité d'une obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs (B).

A) <u>Les contreparties pour dynamiser la recherche locale</u>

950. La promotion des transferts de technologie par divers instruments juridiques. Le renforcement des capacités des communautés autochtones et locales peut se faire par le biais des transferts de technologie. D'ailleurs, l'article 16 de la Convention sur la diversité biologique

[2950] D'ailleurs, l'annexe du Protocole de Nagoya donne des exemples d'avantages non monétaires et notamment le partage des résultats de la recherche et de la mise en valeur (a), la collaboration, coopération et contribution aux programmes de recherche scientifique et de mise en valeur (b), le renforcement des capacités en matière de transfert de technologie (g), la reconnaissance sociale (p). Dans le même sens, l'art. L. 412-4, 3° du Code de l'environnement définit le partage des avantages comme le partage découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées, entendu comme les résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que les avantages résultant de leur utilisation commerciale ou non commerciale. L'article poursuit en donnant divers exemples de partage des avantages non-monétaires.

[2951] La dimension liée à la reconnaissance des communautés autochtones et locales transcende cependant la seule notion de contreparties non monétaires dans le sens où elle devrait être indispensable et incontournable dès lors qu'il est question des modalités d'accès à des savoirs « traditionnels ».

dispose que le transfert de la technologie[2952] est un élément essentiel à la réalisation des objectifs de la Convention et que chaque partie contractante « s'engage à assurer et/ou faciliter à d'autres parties contractantes l'accès aux technologies nécessaires à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique (…) et le transfert desdites technologies. » Les Lignes directrices de Bonn reflètent les principes contenus dans les articles 8 -j) et 16 de la Convention sur la diversité biologique en ayant comme objectif de « favoriser le transfert adéquat et effectif de la technologie appropriée aux Parties » mais aussi de « veiller au partage juste et équitable des avantages, y compris le transfert de technologie aux pays fournisseurs (…)[2953] ». Dans le même sens, le Protocole de Nagoya contient dans ses objectifs le transfert des technologies en tant que partage juste et équitable des avantages[2954] et demande aux parties contractantes de s'engager à prévoir le transfert de technologies pour coopérer à la création et au développement des capacités[2955]. À l'échelle nationale, l'article L. 412-4, 3°, d) du Code de l'environnement dispose que le partage des avantages peut consister en un transfert de compétences ou en un transfert de technologies. Ces transferts de technologie peuvent se concrétiser par différentes mesures. Une autorisation d'accès aux installations de conservation *ex situ* de ressources génétiques et aux bases de données peut être délivrée, y compris pour les inventaires biologiques et les études taxonomiques. Il peut également être conclu un transfert des connaissances et de la technologie qui utilisent les ressources génétiques, y compris la biotechnologie, ou celles qui ont trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique[2956]. Selon G. Filoche, l'Accord sur les ADPIC limiterait cependant le transfert de technologie à des cas de figure particuliers alors que les pays fournisseurs disposent d'une faible capacité d'invention de haute technologie et ont besoin d'accéder aux technologies brevetées à des conditions préférentielles[2957]. Toutefois, à la lecture de l'Accord sur les ADPIC, aucune limite n'est prévue et il est même encouragé de prévoir des mesures pour inciter le transfert de

[2952] Ce transfert de technologie peut comprendre des technologies protégées par des brevets et autres droits de propriété intellectuelle (art. 16.3).

[2953] Spécialement aux pays en développement, et en particulier aux pays les moins avancés et aux petits Etats insulaires en développement, aux parties prenantes et aux communautés autochtones et locales qui fournissent des ressources génétiques. Voir Lignes directrices de Bonn, « Rôle et responsabilités en matière d'accès et de partage des avantages conformément à l'art. 15 de la Convention sur la diversité biologique », paragraphe 16.ix.

[2954] Art. 1er du Protocole de Nagoya.

[2955] Protocole de Nagoya, art. 22.5, g) et 23.

[2956] Lignes directrices de Bonn, Appendice II.

[2957] Filoche, G., « Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité : un kaléidoscope juridique », *Droit et société,* Vol. 2, No. 72, 2009, pp. 433-456, spé. p. 449.

technologie[2958] et pour empêcher l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle restreignant ledit transfert[2959].

951. Le transfert de technologie, une contrepartie à accueillir avec prudence. Lorsque les communautés autochtones et locales demandent, en échange du partage de leurs connaissances, que leur soit accordé un transfert de technologie, cette contrepartie ne doit néanmoins pas avoir pour effet de nier les savoirs « traditionnels » dans le but de favoriser le « développement » de ces communautés. Le développement est en effet une notion très occidentale et n'est pas forcément souhaitable. Comme la science occidentale « objective » (savoirs scientifiques) est généralement considérée comme supérieure aux savoirs dits « traditionnels », elle est privilégiée et imposée aux niveaux international, national et local. Or, des facteurs de « développement » ont déjà présenté un impact négatif sur les savoirs. Par exemple, la « révolution verte », dont l'objectif était de transformer les méthodes agricoles des pays en développement ou des pays les moins avancés, a présenté des conséquences négatives sur les savoirs des communautés autochtones et locales et sur leur milieu naturel (dégradation des sols et eau, interruption des systèmes agricoles traditionnels, appauvrissement des pratiques traditionnelles, dépendance à l'agriculture moderne). Il est alors essentiel de trouver un équilibre entre l'apport des savoirs scientifiques occidentaux et le maintien des savoirs dits « traditionnels »[2960].

952. L'opportunité de favoriser une posture active des communautés détentrices dans la recherche. Un tel équilibre pourrait être assuré lorsque les communautés fournissant leurs connaissances s'associent et collaborent aux travaux de recherche. Les Lignes directrices de Bonn soutiennent cette contrepartie non monétaire en soulignant que : « Les mécanismes de

[2958] Par exemple, l'art. 66 de l'Accord sur les ADPIC dispose que : « Les pays développés Membres offriront des incitations aux entreprises et institutions sur leur territoire afin de promouvoir et d'encourager le transfert de technologie vers les pays les moins avancés Membres pour leur permettre de se doter d'une base technologique solide et viable. »

[2959] Notamment, l'art. 8.2 de l'Accord sur les ADPIC précise que : « Des mesures appropriées (…) pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie. »

[2960] Selon R. Stavenhagen, le développement doit être endogène (prendre son origine dans les peuples et communautés autochtones pour satisfaire leurs besoins collectifs), participatif (consentement libre, préalable et informé), socialement sensible (répondre aux besoins, appuyer leurs propres initiatives de développement, promouvoir leurs capacités à exercer le pouvoir), équitable (bénéficier à tous les membres sans discrimination), durable, protecteur de l'équilibre environnemental, culturellement approprié, autogéré, démocratique et responsable (rendre des comptes à la communauté et à la société en général). Voir Stavenhagen, R., « Comment rendre la Déclaration effective », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en oeuvre,* L'Harmattan, Paris, 2013, spé. p. 350. Aussi, I. Bellier souligne que la notion de « développement » fait place à celle de « développement avec culture et identité » ou de « développement auto-déterminé ». Voir Bellier, I., « Retour sur la négociation de la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones : reconnaître le principe d'égalité pour avancer vers des interprétations pragmatiques », *in* Pessina-Dassonville S., *Le statut des peuples autochtones. A la croisée des savoirs,* Karthala, Paris, Cahiers d'anthropologie du droit, 2012, pp. 73-96.

partage des avantages devraient porter sur une coopération sans réserve en matière de recherche scientifique et de développement des technologies (…)[2961] ». La Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Nagoya encouragent également la coopération avec les communautés autochtones et locales pour assurer la création et le renforcement des capacités[2962]. Il en est de même du Code de l'environnement qui prévoit que le partage des avantages peut consister notamment en la collaboration, la coopération ou la contribution à des activités de recherche, d'éducation et de formation[2963]. D. Posey et G. Dutfield parlent de « *collaborative research* » et définissent une telle collaboration comme un partenariat entre des parties dans lequel les communautés autochtones et locales sont traitées comme des experts[2964]. Les communautés autochtones et locales peuvent d'ailleurs prévoir des lignes directrices[2965] à destination des chercheurs pour s'assurer que toutes les recherches scientifiques poursuivent les intérêts de ces communautés en étant collaboratives et contrôlées par ces dernières. Cette contrepartie non-monétaire présente, par ailleurs, l'avantage de renforcer le système de recherche locale en consolidant les capacités. T.L. Capson et M. Guérin-McManus parlent de « bioéquité » lorsque le partage des avantages se fait par une posture active dans le processus de recherche[2966]. Une telle posture active se concrétise par le partage des résultats de la recherche, la participation au développement de produits et la mise en valeur ou encore par la collaboration, coopération et contribution aux programmes de recherche scientifique, notamment ceux relatifs à la biotechnologie[2967]. La coopération peut même aller jusqu'à orienter les recherches vers les besoins prioritaires des pays fournisseurs[2968]. Pour donner un exemple de posture active dans la recherche, les chercheurs panaméens jouent un rôle décisif dans les activités de recherche avec l'ICBG (*Panama International Cooperative Biodiversity*

[2961] Lignes directrices de Bonn, paragraphe 49.

[2962] Convention sur la diversité biologique, art. 18 ; Protocole de Nagoya, art. 22 et 23.

[2963] Art. L. 412-4, 3°, d) du Code de l'environnement.

[2964] Posey, D., Dutfield, G. *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996, spé. chap. 14.

[2965] Par exemple, le PEMASKY (*Proyecto de Estudio para el Manejo de Areas Silvestres de Kuna Yala*) a produit des lignes directrices à destination des scientifiques pour respecter les objectifs de la communauté, et notamment la collaboration scientifique. Voir Posey, D., Dutfield, G., *op. cit*. Au Canada, des lignes directrices sont également prévues par les organismes représentant les communautés autochtones et locales. Par exemple, le *Council of Yukon First Nations* a créé des lignes directrices relatives au savoir traditionnel et à destination des chercheurs (*Traditional Knowledge Research Guidelines : A Guide for Researchers in the Yukon*, 2000). Voir Burelli, T., *Ni vues, ni connues : étude des contributions des acteurs des milieux autochtones et universitaires à l'encadrement de la circulation des savoirs traditionnels du Canada*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2019, spé. p. 143.

[2966] Capson, T.L., Guérin-McManus, M., « 6. Les contrats de bioprospection : pour une bioéquité non marchande », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 93-113, spé. p. 96-97.

[2967] Voir Lignes directrices de Bonn, Appendice II.

[2968] *ibid*.

Group Program[2969]) en réalisant une partie des opérations telles que la collecte, le test des matériaux collectés, la gestion des bases de données. T.L. Capson et M. Guérin McManus exposent que les laboratoires panaméens acquièrent alors une réelle autonomie avec leurs propres équipements et investissements, ce qui accroît leur capacité de recherche scientifique sur le long terme[2970]. Cette posture active dans la recherche en tant que contrepartie du partage des savoirs peut même être imposée par la loi. Au Pérou, l'article 27 de la loi péruvienne oblige le titulaire de la licence à contribuer au renforcement des capacités des communautés en relation avec leurs savoirs collectifs[2971]. Dans le même sens, l'article L. 412-4, 3° du Code de l'environnement dispose que le partage des avantages peut consister en la contribution, au niveau local, à la création d'emplois pour la population et au développement de filières associées à l'utilisation durable des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles associées (c) ou encore en une collaboration, coopération ou contribution à des activités de recherche, d'éducation, de formation, de sensibilisation du public et des professionnels locaux (d)[2972].

953. Transition. La reconnaissance symbolique des communautés autochtones et locales devrait également passer par la mise en œuvre d'une obligation spécifique.

B) L'obligation de divulgation et la légitime reconnaissance des détenteurs initiaux

954. Plan. En raison des comportements de « biopiraterie », une obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs s'avère essentielle pour garantir la reconnaissance de la paternité des savoirs à l'égard des détenteurs les plus vulnérables, les communautés autochtones et locales. La paternité est, revanche, généralement reconnue pour les détenteurs issus des pays développés puisqu'il suffit que le détenteur donne son nom. La garantie d'un partage des avantages passe ainsi par la création d'obligations à l'égard des utilisateurs des savoirs. Après avoir présenté l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs (origine,

[2969] L'ICBG est un programme créé en 1993 par le *National Institutes of Health*, la *National Science Foundation* et *United States Agency for International Development* pour promouvoir la recherche collaborative entre les universités américaines et les institutions de recherches des pays fournisseurs de ressources génétiques. L'objectif du programme est de faire bénéficier la communauté scientifique globale pour découvrir et rechercher des solutions pour les maladies tout en encourageant les pratiques favorisant l'utilisation durable des ressources biologiques.

[2970] Capson, T.L., Guérin-McManus, M., *ibid*., p. 108.

[2971] Filoche, G., « Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité : un kaléidoscope juridique », *Droit et société,* Vol. 2, No. 72, 2009, pp. 433-456, spé. p. 454.

[2972] L'ensemble des contreparties non-monétaires est examiné en priorité par rapport aux contributions financières, comme le dispose l'art. L. 412-4, 3° du Code de l'environnement.

conditions, effets) (1), il sera étudié la pertinence de cette obligation au sein du droit des brevets (2). Les limites de cette obligation seront, de plus, exposées et des solutions adéquates seront proposées (3).

1) Présentation de l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs

955. Les effets de l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs « traditionnels ». Des organisations internationales, telles que l'OMPI[2973], se sont interrogées sur la pertinence d'établir une obligation de divulgation de la source ou de l'origine dans les demandes de droits de propriété intellectuelle, et en particulier les demandes de brevet[2974]. Lorsqu'une demande de brevet inclut une connaissance résultant d'une activité intellectuelle dans un contexte traditionnel alors le déposant devrait être tenu, avant toute demande d'octroi de droits de propriété intellectuelle, à une obligation de divulguer la source ou l'origine des savoirs[2975]. Devrait aussi être divulgué le contexte juridique de l'accès aux savoirs en fournissant la preuve que l'accès s'est fait conformément aux dispositions relatives à l'accès et au partage des avantages. Si la législation ne prévoit pas un tel dispositif alors la conférence des parties ajoute que l'utilisateur devrait signer un engagement prouvant que la collecte a été faite

[2973] Le Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore (IGC) de l'OMPI joue un rôle primordial dans l'homogénéisation de l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs. Le comité se penche sérieusement sur la lutte contre la délivrance de brevets indus et sur le respect des systèmes d'accès et de partage des avantages. Voir OMPI, « Proposition de mandat pour l'étude du secrétariat de l'OMPI sur les mesures visant à éviter la délivrance de brevets indus et sur le respect des systèmes existants d'accès et de partage des avantages », *Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore,* 33ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/30/8, 30 mai - 3 juin 2016 ; OMPI, « Projet d'étude technique sur les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels », *Assemblée générale de l'OMPI,* 30ème session, Genève, 22 septembre – 1er octobre 2003.

[2974] OMPI, « Key questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge », *World Intellectual Property Organization,* Geneva, 2017 (mis à jour en 2020) ; Une modification de l'Accord sur les ADPIC est également demandée par plusieurs Etats afin que tous les Etats membres soient tenus d'exiger à tout demandeur d'un brevet portant sur un savoir ou des ressources génétiques la divulgation de la source ou de l'origine, la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause et la preuve du partage juste et équitable des avantages, comme conditions à l'obtention de droits sur le brevet. Voir notamment WTO, « Draft Modalities for TRIPS Related Issues », *Trade Negociation Committee,* TN/C/W/52, 2008 ; OMC, « Relation entre l'accord sur les ADPIC, la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels – Amendement de l'accord sur les ADPIC en vue d'instaurer une obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet », *Conseil général des ADPIC,* IP/C/W/473, 14 juin 2006.

[2975] Le Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore (IGC) de l'OMPI a rédigé un projet d'articles relatif à la protection des savoirs traditionnels. Il comprend, à l'art. 7, des mesures sur l'exigence de divulgation. La variante 2 précise que : « Les demandes de droits de propriété intellectuelle qui concernent [une invention] tout processus ou produit qui se rapporte à des savoirs traditionnels ou les utilise doivent comprendre des informations relatives au pays dans lequel [l'inventeur] le déposant a prélevé ou duquel il a reçu ces savoirs (le pays fournisseur), et au pays d'origine si le pays fournisseur n'est pas le même que le pays d'origine des savoirs traditionnels. La demande doit également indiquer si un consentement libre, préalable et en connaissance de cause ou une approbation et une participation ont été obtenus pour accéder à ces savoirs et les utiliser. » Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles », 39ème session, Genève, 18-22 mars 2019.

en conformité avec des codes reconnus à l'échelle internationale[2976]. De même, les Lignes directrices de Bonn recommandent l'adoption de « mesures visant à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques et l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de droits de propriété intellectuelle[2977] ». Une telle obligation devrait viser un large éventail de savoirs « traditionnels » intéressant aussi bien l'agriculture que l'environnement ou encore la médecine ou les ressources génétiques. Ainsi, l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs, en plus de protéger la paternité des savoirs, garantit que ces derniers ne soient pas indument appropriés et que l'accès aux savoirs soit réalisé conformément aux attentes des communautés autochtones et locales.

956. Une obligation établissant une protection défensive des savoirs « traditionnels » contre leur exclosure. Cette obligation de divulgation aurait pour objectif principal d'éviter et de sanctionner l'appropriation indue et l'utilisation abusive des savoirs, autrement appelée « biopiraterie ». Le Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore (IGC) de l'OMPI prévoit que si le déposant ne respecte pas l'exigence de divulgation alors sa demande de brevet ne devrait pas être traitée tant que les exigences ne seront pas satisfaites. L'office de propriété intellectuelle peut fixer un délai au déposant pour lui permettre de se conformer aux exigences de divulgation mais si le déposant ne présente pas ces informations dans le délai imparti alors l'office de propriété intellectuelle devrait rejeter sa demande[2978]. Les droits découlant de l'octroi d'un brevet devraient aussi être révoqués et privés d'effet lorsque le déposant ne s'est pas conformé aux exigences de divulgation prévues ou qu'il a fourni des informations fausses ou frauduleuses[2979]. Le comité intergouvernemental (IGC) de l'OMPI prévoit également qu'en cas de découverte ultérieure du non-respect des exigences de divulgation par le déposant, et même si le non-respect n'a aucune incidence sur les droits découlant de la délivrance d'un brevet, le déposant devrait être condamné à d'autres sanctions prévues par la législation nationale, y compris des sanctions pénales[2980].

[2976] Par exemple, le Code de conduite pour la collecte et le transfert de germoplasme végétale ou le Code de conduite sur la biotechnologie.

[2977] Lignes directrices de Bonn, paragraphe 16, d), ii.

[2978] Art. 7.3 de la variante 2 ou 3 du projet d'articles. Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles », 39ème session, Genève, 18-22 mars 2019.

[2979] Art. 7.4 de la variante 2 du projet d'articles. Voir OMPI, *ibid*.

[2980] Art. 7.4 de la variante 3 du projet d'articles. Voir OMPI, *ibid*.

957. Une obligation renforçant les relations entre détenteurs et utilisateurs. En tant que protection défensive des savoirs, l'exigence de divulgation garantirait plusieurs avantages dans les relations entre les communautés détentrices de savoirs « traditionnels » et les utilisateurs. Les objectifs de la Convention sur la diversité biologique seraient d'abord respectés par tout utilisateur de savoirs « traditionnels. Si une telle obligation de divulgation est incluse, notamment en droit des brevets, elle aurait aussi pour conséquence de rendre le système des droits de propriété intellectuelle et le dispositif d'accès et de partage des avantages complémentaires et qu'ils se soutiennent mutuellement. Par conséquent, l'exigence de divulgation aurait pour avantage de crédibiliser le système des brevets qui bénéficierait d'une meilleure légitimité à l'égard des savoirs dits « traditionnels »[2981]. Cette exigence de divulgation garantirait, par ailleurs, l'établissement de relations de confiance et de coopération entre utilisateurs et fournisseurs. Avec une meilleure confiance des utilisateurs, les législations nationales seraient moins strictes dans leurs procédures nationales d'accès, ce qui réduirait les coûts de transaction. L'obligation de divulgation permet également de réconcilier les intérêts divergents des utilisateurs et des fournisseurs. Les utilisateurs jouissent d'une preuve matérielle grâce au certificat prouvant que l'utilisation des savoirs est légale. Quant aux fournisseurs, ils sont en mesure de contrôler l'utilisation de leurs savoirs et sont reconnus comme détenteurs originels. L'exigence de divulgation incite ainsi à faire respecter le dispositif d'accès et de partage des avantages.

958. Une obligation mise en œuvre par la délivrance de divers certificats. Pour respecter l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine, diverses conditions seraient à respecter. Différents certificats pourraient être délivrés à l'utilisateur[2982]. Un certificat d'origine pourrait d'abord être administré indiquant le pays dans lequel le(s) savoir(s) ont été collecté(s) en tant que ressource(s) *in situ*. Aussi, un certificat de la source pourrait être délivré en distinguant bien si la ressource est obtenue *in situ* (communautés autochtones et locales notamment) ou si la ressource est obtenue *ex situ* (collections). Un certificat de provenance légale pourrait

[2981] L'obligation de divulgation telle que présentée se distingue de l'obligation de divulgation en matière de brevet car cette dernière n'exige pas la révélation de l'origine ou de la source des savoirs. En effet, l'obligation de divulgation en matière de brevets vise à dévoiler diverses informations, notamment celles permettant à l'homme du métier d'exécuter l'invention revendiquée, des informations sur les savoirs constituant un état de la technique pour déterminer les critères de brevetabilité, ou encore des informations administratives ou bibliographiques. Cependant, il arrivait fréquemment que l'origine ou la source soit volontairement révélée dans une demande de brevet pour prouver certaines conditions de brevetabilité, telles que la condition de nouveauté ou d'activité inventive.

[2982] Convention on Biological Diversity, « Consideration of an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance », *Group of Technical Experts on a Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance*, UNEP/CBD/GTE-ABS/1/2, 22-25 January 2007.

également être livré apportant la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause ainsi que la preuve de la conclusion de conditions convenues d'un commun accord pour être en conformité avec le dispositif d'accès et de partage des avantages mis en œuvre par la législation nationale. Le groupe des experts techniques de la Convention sur la diversité biologique estime qu'un système international devrait combiner tous ces certificats en un seul et que son format devrait être internationalement reconnu. En tout état de cause, le certificat devrait être délivré dès que l'accès aux ressources est autorisé. Le certificat devrait, par ailleurs, contenir *a minima* certaines informations[2983]. Au niveau national, ce sont les autorités nationales compétentes qui devraient délivrer le certificat à travers une législation nationale appropriée. Des mécanismes de contrôle dans le pays de l'utilisateur, à travers des points de contrôle, devraient être mis en place et être établis aux derniers stades de développement du produit car les ressources sont moins nombreuses et financièrement plus valorisées. Les points de contrôle peuvent cependant être confrontés à une difficulté de suivi et de régulation du mouvement des savoirs qui sont immatériels par nature.

959. Les questionnements relatifs à la portée géographique de l'obligation et à la charge de la preuve. La portée de l'obligation devrait, selon l'OMPI, être universelle[2984] ou au moins soumise au principe de réciprocité[2985], c'est-à-dire que le pays fournisseur exige l'obligation de divulgation pour ses propres savoirs mais aussi pour les savoirs issus d'un autre pays qui exige aussi la divulgation de la source ou de l'origine. Quant à l'étendue de l'obligation, l'OMPI s'interroge si le déposant doit chercher activement et déterminer avec certitude l'origine de tous les savoirs et les divulguer (obligation de résultat), ou bien si le déposant est simplement tenu de déployer des efforts raisonnables ou de faire tout son possible pour déterminer l'origine (obligation de moyens)[2986]. En tout état de cause, le Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore (IGC) de l'OMPI exige que le déposant indique la source

[2983] Parmi ces informations, devraient notamment être indiqués l'identité du fournisseur et de l'utilisateur, les particularités de la communauté autochtone et locale détentrice originelle du savoir, les détails sur le savoir et sur l'autorisation d'utilisation, les informations sur les possibles restrictions d'utilisation, la date de l'autorisation et son échéance, les conditions relatives au transfert du droit à un tiers, ainsi que le pays d'origine et le pays d'utilisation.

[2984] C'est notamment le cas en République populaire de Chine (art. 26.5 de la loi chinoise sur les brevets du 27 décembre 2008), à Samoa (art. 7 de la loi No. 9 de 2011 sur la propriété intellectuelle) et en Norvège (section 8, b) de la loi sur les brevets No. 9 du 15 décembre 1967).

[2985] OMPI, « Key questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge », *World Intellectual Property Organization,* Geneva, 2017, spé. p. 33. Par exemple, les pays de la communauté andine doivent respecter le principe de réciprocité à propos de l'exigence de divulgation en matière de brevets, sur le fondement de l'art. 26, h) de la décision No. 486 relative à la création du régime commun de propriété industrielle (2000).

[2986] OMPI, *ibid*.

immédiate auprès de laquelle il a prélevé ou reçu les savoirs lorsque les informations relatives à l'origine ne sont pas connues du déposant [2987]. L'OMPI se demande aussi à qui reviendrait la charge de la preuve. La question est de se demander si le déposant serait formellement tenu de fournir la preuve de l'acquisition légale des savoirs, ou bien si l'utilisation des savoirs est considérée licite jusqu'à preuve du contraire[2988]. La première hypothèse semble être la plus judicieuse dans la mesure où elle garantirait une protection défensive des savoirs. Enfin, avant que les informations relatives à l'origine des savoirs soient publiées lors de la publication de la demande de brevet, il apparaît nécessaire de demander aux communautés autochtones et locales concernées si elles souhaitent que leur identité apparaisse dans la publication ou bien si elles préfèrent rester secrètes.

960. Transition. Il semble qu'une telle obligation de divulgation de l'origine ou de la source pourrait être légitimement imposée en droit des brevets

2) La pertinence de l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine en droit des brevets

961. L'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs, une condition de fond ou une condition de forme ? Il semblerait envisageable d'imposer l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs au sein du droit des brevets[2989]. L'identification de l'inventeur originel serait exigée dès le moment où le droit attaché au brevet est dérivé d'un acte d'invention antérieure. Cependant, lorsque les Etats imposent une obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs au sein du droit des brevets, il convient de se demander si une telle obligation constitue une condition de fond ou une condition de forme. Il s'agit des critères de brevetabilité pour la première tandis que la seconde exige généralement la simple identité et l'adresse de l'inventeur ainsi que d'autres documents. Selon l'OMPI[2990], les exigences de divulgation contiennent aussi bien des éléments quant à la forme (notamment la description de l'invention) que des éléments quant au fond (notamment

[2987] Art. 7.2 de la variante 2 ou 3 du projet d'articles. Voir OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles », 39ème session, Genève, 18-22 mars 2019.

[2988] OMPI, *«* Key questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge », *World Intellectual Property Organization,* Geneva, 2017, spé. p. 43.

[2989] En effet, selon l'art. 4 ter de la Convention de Paris, la divulgation de l'identité de l'inventeur ou de la paternité de l'invention est un droit de ce dernier : « L'inventeur a le droit d'être mentionné comme tel dans le brevet ». L'art. 81 de la Convention sur le brevet européen dispose aussi que : « Si le demandeur n'est pas l'inventeur ou l'unique inventeur, cette désignation doit comporter une déclaration indiquant l'origine de l'acquisition du droit au brevet européen. »

[2990] OMPI, « Key questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge », *ibid*., p. 20.

la divulgation de l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter). C'est pourquoi l'appréciation de la qualité de l'obligation est assez hétérogène selon les Etats. Par exemple, l'obligation est une condition de forme au Viêt Nam[2991] ou en Suisse[2992] mais elle est une condition de fond en Inde[2993] ou dans la Communauté andine[2994]. Or, la distinction entre condition de forme et condition de fond est importante car les conséquences du non-respect de ces dernières ne sont pas les mêmes, en particulier lorsque le brevet est déjà délivré. En cas de violation des conditions de forme, seule une omission frauduleuse conduira à l'annulation du brevet[2995]. Au contraire, le non-respect des conditions de fond entraînera le rejet de la demande de brevet ou la révocation du brevet[2996]. Si la violation de l'obligation est découverte avant la délivrance du brevet, une suspension de la procédure peut être exigée jusqu'à rectification dans un certain délai, à défaut de quoi la demande est rejetée.

962. La nécessité de déterminer le lien entre les savoirs et l'invention. Pour qu'une obligation de divulgation de la source ou de l'origine soit imposée dans une demande de brevet,

---

[2991] Circular No. 01/2007/TT-BKHCN of February 14, 2007, guiding the Implementation of the Government's Decree No. 103/2006/ND-CP of September 22, 2006, Detailing and Guiding the Implementation of a Number of Articles of the Law on Intellectual Property Regarding Industrial Property. L'art. 23.11 de la circulaire dispose que les demandes d'enregistrement pour une invention concernant des gènes ou des savoirs traditionnels doivent aussi contenir des documents expliquant l'origine des gènes ou des savoirs traditionnels auxquels l'inventeur ou le demandeur du brevet a eu accès, si l'invention est directement basée sur ces gènes ou savoirs traditionnels. De plus, si l'inventeur ou le demandeur du brevet ne peut pas identifier l'origine des gènes ou des savoirs traditionnels alors il devrait le déclarer et engager sa responsabilité par rapport à la véracité de cette déclaration [Notre traduction] : « [A]n application for registration of an invention concerning gene source or [Traditional Knowledge] must also contain documents explaining the origin of the gene source and/or [Traditional Knowledge] accessed by the inventor or the applicant, if the invention is directly based on that gene source and/or [Traditional Knowledge]. If the inventor or the applicant cannot identify the origin of the gene source and/or [Traditional Knowledge], he/ she shall so declare and bear responsibility for the truthfulness of his/her declaration. »

[2992] Art. 49, a) de la loi fédérale du 25 juin 1954 sur les brevets d'invention.

[2993] Art. 10. 4., d), ii) de la loi de 1970 sur les brevets, modifiée par la loi sur les brevets de 2005.

[2994] Decision No. 486 Establishing the Common Industrial Property Regime (2000). L'art. 26 de la décision énonce que la demande de brevet devrait être déposée à l'office national compétent et contenir une copie du contrat d'accès des produits ou procédés ayant été obtenus ou développés à partir de ressources génétiques pour lesquels un brevet est demandé et desquels un Etat membre est l'Etat d'origine. Aussi, la demande de brevet devrait contenir une copie du document homologuant la licence ou l'autorisation d'utiliser les savoirs traditionnels des communautés autochtones et locales d'un Etat membre dans lequel les produits ou procédés pour lesquels une protection est recherchée ont été obtenus ou développés à partir de ces savoirs issus d'un Etat membre qui en est le pays d'origine [Notre traduction] : « The application for a patent shall be filed with the competent national office and shall contain the following: [...] (h) where applicable, a copy of the access contract where the products or processes for which a patent is sought have been obtained or developed from [Genetic Ressources] or products derived therefrom of which any of the member countries is the country of origin; (i) where applicable, a copy of the document accrediting the licensing or the authorization of the use of the [Traditional Knowledge] of the indigenous Afro-American or local communities of member countries where the products or processes for which protection is sought have been obtained or developed from such knowledge of which any of the member countries is the country of origin (...) ».

[2995] Selon l'art. 10.1 du Traité sur le droit des brevets (PLT) : « L'inobservation d'une ou plusieurs des conditions de forme relatives à une demande (…) ne peut pas constituer un motif de révocation ou d'annulation du brevet, dans sa totalité ou en partie, sauf lorsque l'inobservation de la condition de forme résulte d'une intention frauduleuse. »

[2996] Toutefois, l'office européen des brevets distingue les erreurs évidentes facilement corrigées des informations fausses ou trompeuses. Seules ces dernières sont considérées comme un défaut d'observation des exigences de demandes de brevet européen. Voir Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, Règle 139, 1er juin 1978, modifiées le 4 août 2017.

il est nécessaire de déterminer le lien exigé entre l'invention et les savoirs[2997]. L'obligation de divulgation de la source ou de l'origine s'appliquerait lorsque la divulgation de l'invention présente des liens étroits avec l'acquisition, l'analyse et l'utilisation de savoirs dits « traditionnels » ou bien lorsque l'invention incorpore de tels savoirs totalement ou partiellement. Les savoirs sont nécessaires à l'invention lorsque l'inventeur n'aurait pas été en mesure de réaliser l'invention seul. Les savoirs appartiennent en effet toujours au contexte dans lequel s'inscrit l'invention, même s'ils peuvent ne pas jouer un rôle direct dans celle-ci. Cependant, la nature de l'obligation de divulgation diffèrera selon que les savoirs sont seulement utilisés comme éléments du contexte descriptif de l'invention, qu'ils font partie de l'état de la technique ou bien qu'ils font partie de l'invention. Dans ce dernier cas, il devrait exister une obligation de nommer le détenteur des savoirs « traditionnels » en tant qu'inventeur ou co-inventeur[2998]. Lorsque l'activité inventive du déposant repose, en revanche, sur des savoirs en tant que simple fil conducteur sans que ces savoirs ne fassent partie du processus inventif en tant que tel, alors les fournisseurs peuvent ne pas être considérés comme co-inventeurs. Il convient donc de distinguer entre contribution inventive[2999] et contribution non inventive, lesquelles varient selon les systèmes juridiques nationaux[3000]. Dès lors, deux possibilités s'offrent au déposant : soit il déclare le fournisseur en tant que co-inventeur, voire en tant qu'inventeur unique, si les savoirs eux-mêmes contiennent la notion inventive de l'invention, soit il doit modifier l'invention pour exclure les éléments de savoirs. Au contraire, si les savoirs sont suffisamment éloignés de la notion inventive à tel point qu'ils ne sont pas nécessaires à l'exécution de l'invention alors ils ne seront pas une « contribution inventive » et il ne sera pas exigé que l'obligation de divulgation soit remplie. L'exigence de divulgation peut donc être différente selon que les savoirs ont joué un rôle secondaire ou un rôle essentiel dans la réalisation de l'invention. Il apparaît, par conséquent, nécessaire de préciser les liens entre savoirs et inventions pour déterminer quel type de contribution est considérée comme suffisamment significative, directe ou immédiate pour fonder l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine. Le lien peut être caractérisé par les principes du droit des brevets qui

[2997] OMPI, « Key questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge », *World Intellectual Property Organization,* Geneva, 2017, spé. p. 36.

[2998] Selon l'art. 62 de la Convention sur le brevet européen : « L'inventeur a le droit, à l'égard du titulaire de la demande de brevet européen ou du brevet européen, d'être désigné en tant que tel auprès de l'Office européen des brevets. »

[2999] Pour être qualifiés de « contribution inventive », les savoirs doivent être tellement proches de l'invention qu'ils en sont indissociables.

[3000] La contribution inventive signifie que le contributeur doit apporter quelque chose de nouveau non connu de l'homme du métier et donc non connu de l'état de la technique. Les jurisprudences, européenne et française, apprécient cet état de la technique pour conclure à l'existence d'une activité inventive ou non. Voir notamment Chambre de recours de l'Office européen des brevets, 8 septembre 2000, No. T931/95 ; Cass. com., 18 octobre 2016, No. 15-12.850.

exigent une contribution suffisamment importante à la réalisation de l'invention, c'est-à-dire que l'accès aux savoirs est essentiel pour réaliser ou reproduire l'invention.

963. Transition. Quelques limites empêchent toutefois la pleine efficacité de l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs.

3) Les limites et recommandations relatives à l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine

964. Les arguments opposés à l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs. L'établissement d'une obligation de divulgation relative à l'origine des savoirs n'est pas unanimement accueilli, notamment parce que le droit des brevets ne serait pas adapté pour servir des objectifs extérieurs. Il ne serait, par exemple, pas conçu pour respecter l'origine des savoirs et les objectifs du dispositif d'accès et de partage des avantages. La nouvelle obligation de divulgation pourrait aussi s'avérer contraignante pour les demandeurs de brevet et les offices de brevet. Ces derniers ne seraient, de plus, pas compétents pour juger de la validité de l'origine ou de la source des savoirs ou encore pour contrôler si les conditions nationales d'accès et de partage des avantages ont bien été respectées. Une telle exigence de divulgation risquerait, par ailleurs, de freiner la liberté de la recherche et, par là même, les incitations à l'innovation et le progrès des sciences. L'obligation de divulgation présenterait également des limites dans la mesure où tous les transferts de ressources obtenus avant que la Convention sur la diversité biologique entre en vigueur sont exclus du champ d'application. Elle représenterait, du reste, un coût aussi bien au niveau national qu'international par la mise en place d'un cadre institutionnel, la création de structures d'examen, le besoin de ressources humaines et financières ou encore la mise en place des nouvelles technologies de l'information et de la communication, en particulier les bases de données.

965. Les solutions propres à minimiser les coûts et garantir les progrès de la recherche. Des solutions ont cependant déjà été envisagées pour contrer les obstacles d'une obligation de divulgation de l'origine des savoirs. Pour amoindrir les coûts, il serait judicieux d'utiliser des procédures, ressources humaines et infrastructures déjà existantes[3001] ainsi que de prévoir une

[3001] Les offices de brevet pourraient être désignés comme structure d'examen d'une telle obligation et devraient être tenus d'aviser les autorités désignées du pays d'origine et les communautés autochtones et locales concernées pour qu'ils puissent manifester leur opposition à la délivrance d'un brevet et entreprendre une enquête pour déterminer si l'auteur de la demande de brevet a respecté les codes de conduite.

délivrance automatique du certificat *via* un système informatisé dès que des critères spécifiques ont été respectés. Ensuite, pour ne pas freiner l'innovation et la recherche, la procédure relative à l'obligation de divulgation devrait distinguer l'accès aux savoirs dans un but de recherche pure et l'accès dans un but de développement de produits commerciaux. Les premiers devraient pouvoir bénéficier d'une procédure facilitée tandis que les seconds devraient être soumis strictement au dispositif d'accès et de partage des avantages et à la nouvelle condition de divulgation relative aux savoirs[3002]. Les utilisations dans un but non lucratif ne devraient toutefois pas être totalement exemptées de l'obligation de divulgation de l'origine car un accès initialement dans un but de recherche peut évoluer vers des visées commerciales. Même si l'utilisation est présentée comme faite dans un but non lucratif, il vaudrait mieux maintenir l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine, facteur de sécurité juridique, pour garantir le respect de la volonté des détenteurs originels. Par exemple, quand un chercheur publie un article scientifique, il devrait lui être imposé un certificat pour prouver qu'il a le droit d'utiliser les savoirs « traditionnels » dans ses articles.

966. L'opportunité de développer les relations de collaboration entre divers organismes. Concernant la surcharge de travail pour les offices de brevet et l'effet contraignant à l'égard des demandeurs de brevet, l'OMPI[3003] tempère cette idée en soulignant que si l'obligation de divulgation de l'origine est une condition de forme, l'office de brevet aura seulement à vérifier si la divulgation a été faite dans la forme requise sans être tenue de vérifier le fond de la demande. L'office de brevet pourrait, de plus, transmettre l'examen du contenu à des autorités nationales compétentes. L'OMPI souligne notamment l'efficacité des relations de coordination et de collaboration entre les offices de brevet et les agences en matière de biodiversité[3004]. Les offices de brevet pourraient s'aider des décisions prises par les autorités en matière de biodiversité pour certifier le respect des conditions d'accès et de partage des

[3002] L'OMPI donne l'exemple du Brésil qui exige l'enregistrement ou l'autorisation pour une demande de droits de propriété intellectuelle uniquement sur le produit final ou sur les produits dérivés obtenus grâce à l'accès aux savoirs. Aussi, le dispositif d'accès et de partage des avantages ne s'applique qu'en cas de vente du produit final. Au contraire, la recherche scientifique à but non-commercial est seulement tenue à un enregistrement en ligne ne prenant que quelques minutes. (Brésil, loi No. 13.123 du 20 mai 2015). Voir OMPI, « Key questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge », *World Intellectual Property Organization,* Geneva, 2017, p. 18.

[3003] OMPI, *ibid*., p. 48.

[3004] En France, l'agence tenue à une telle mission pourrait être l'Office Français de la Biodiversité (OFB), établissement public dédié à la protection et restauration de la biodiversité en métropole et dans les outre-mer sous la tutelle du ministère de la Transition écologique et du ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation.

avantages, pour valider l'obligation de divulgation et pour autoriser la délivrance du brevet[3005]. C'est d'ailleurs ce qui est prévu au II. 2 de l'article L. 412-18 du Code de l'environnement[3006].

967. L'opportunité de prévoir l'obligation de divulgation de l'origine par des mesures contractuelles et législatives. En complément ou alternativement à l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine dans le système des brevets, une obligation contractuelle de divulgation peut être conclue[3007]. Des clauses spécifiques dans un contrat peuvent, par exemple, exiger de divulguer l'existence d'un accord d'accès et de partage des avantages ou encore d'indiquer la source des savoirs en cas de demande de brevet. Le contrat n'a cependant qu'un effet relatif car il ne vaut qu'entre les parties et n'est pas opposable à l'égard des tiers. L'obligation de divulgation de l'origine ou de la source peut, en outre, être exigée par des règles exogènes au droit des brevets et notamment par des lois et règlements du pays d'origine qui régissent l'accès et le partage des avantages[3008]. Ces législations sanctionnent le non-respect d'une telle obligation assez sévèrement par des pénalités, des sanctions ou des amendes[3009]. L'OMPI insiste toutefois sur la nécessité d'une harmonisation internationale afin qu'un acte illicite commis dans un pays soit effectivement reconnu comme tel et sanctionné dans les autres pays[3010]. À défaut, la « biopiraterie » ne sera sanctionnée que dans les pays qui sont victimes

[3005] Par exemple, au Costa Rica, l'art. 80 de la loi de 1998 sur la biodiversité donne au Bureau technique de la Commission nationale de biodiversité du Ministère de l'environnement, de l'énergie et des télécommunications le pouvoir de rendre des décisions contraignantes aux offices de propriété intellectuelle pour toutes les procédures de dépôt de droits de propriété intellectuelle liés à la biodiversité. Les décisions de cet organe de consultation obligatoire peuvent alors avoir pour effet d'interdire l'enregistrement d'un brevet.

[3006] Cet article dispose que lorsque l'utilisation de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées conduit à un produit final faisant l'objet d'une demande de brevet, alors les informations exigées à l'art. 4 du règlement (UE) n° 511/2014 du 16 avril 2014 sont adressées à l'INPI qui procède aux démarches normales de l'examen de la demande de brevet et transmet les informations sans examen à l'autorité compétente chargée de l'application des règles édictées par l'Union européenne visant à ce que chaque Etat membre contrôle que l'utilisateur a eu accès aux ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées dans le respect des dispositions législatives ou réglementaires applicables. Cependant, la déclaration de divulgation ne constitue pas une condition additionnelle de brevetabilité de sorte que les informations sont adressées à la seule initiative du déclarant. La divulgation de l'origine semble, en revanche, être une obligation pour les utilisateurs qui reçoivent un financement pour des travaux de recherche et pour ceux dont le développement final d'un produit est élaboré grâce à l'utilisation de connaissances « traditionnelles ».

[3007] OMPI, *ibid*., p. 53.

[3008] Par exemple, en France, avec l'art. L. 412-18 du Code de l'environnement. Ce texte est la traduction des obligations résultant du règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya. Aussi, en Polynésie, avec la loi du pays n° 2012-5 du 23 janvier 2012.

[3009] Par exemple, l'art. L. 415-3-1 du Code de l'environnement sanctionne d'un an d'emprisonnement et de 150 000€ d'amende le fait d'utiliser des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles sans disposer des documents mentionnés à l'art. 3 du règlement (UE) n° 511/2014 et l'amende est portée à un million d'euros lorsque l'utilisation des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles a donné lieu à une utilisation commerciale. L'article prévoit aussi des peines complémentaires telles que l'interdiction pendant 5 ans maximum de solliciter une autorisation d'accès aux ressources génétiques ou aux connaissances traditionnelles en vue de leur utilisation commerciale. Les sanctions peuvent également avoir des conséquences sur la délivrance du brevet.

[3010] OMPI, « Etude technique sur les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels », *Assemblée générale de l'OMPI*, 30ème session, WO/GA/30/7 Add.1, 2003, p. 52.

de l'acte illicite mais pas dans ceux où les produits résultant de l'acte illicite sont exploités commercialement.

968. Les éléments préalables à évaluer pour garantir l'efficacité de l'obligation de divulgation de l'origine des savoirs. L'OMPI[3011] souligne, du reste, qu'avant toute imposition d'une obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs, chaque pays doit identifier les acteurs qui seront concernés par l'obligation (agences gouvernementales, entreprises, communautés autochtones et locales, secteur de la recherche). Chaque pays doit, de plus, s'attacher à maintenir des liens légaux et institutionnels étroits entre les autorités d'accès et de partage des avantages et les autorités en matière de droits de propriété intellectuelle. Enfin, les pays devraient investir autant que possible dans la formation et la prise de conscience de l'importance de divulguer l'origine ou la source des savoirs dans une demande de brevet. Des demandes pour amender l'Accord sur les ADPIC s'affirment d'ailleurs progressivement afin d'obliger les membres de l'OMC à exiger la divulgation de la source ou de l'origine des savoirs « traditionnels » aux demandeurs de brevets[3012].

[3011] OMPI, « Key questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge », *World Intellectual Property Organization,* Geneva, 2017, p. 57.

[3012] En l'état actuel du droit, l'art. 29.1 de l'Accord sur les ADPIC exige seulement que le déposant d'une demande de brevet divulgue l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'une personne du métier puisse l'exécuter et qu'il indique la meilleure manière d'exécuter l'invention connue de l'inventeur. Voir OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et protection des savoirs traditionnels », IP/C/W/356, 24 juin 2002.

CONCLUSION DE LA SECTION II

969. Présentation et fonctionnement du dispositif d'accès et de partage des avantages. Les communautés autochtones et locales devraient bénéficier d'une compensation équitable pour avoir partagé leurs savoirs dits « traditionnels ». En raison de leur vulnérabilité par rapport aux exclosures, et particulièrement les comportements de « biopiraterie », des mécanismes spécifiques doivent être mis en œuvre. Conformément aux dispositions de la Convention sur la diversité biologique et du Protocole de Nagoya, un dispositif d'accès et de partage des avantages (APA) devrait être privilégié pour garantir une compensation équitable. Un tel dispositif présente l'avantage d'imposer le consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés autochtones et locales ainsi que la conclusion de conditions convenues d'un commun accord pour tout accès et toute utilisation des savoirs « traditionnels ». Le dispositif devrait s'inscrire dans les législations nationales accompagnées de diverses mesures, notamment une assistance légale, un organisme indépendant représentatif, des correspondants nationaux et autorités nationales, une mission interservices en tant que guichet unique ou encore la désignation de points de contrôle pour surveiller le parcours des savoirs.

970. L'importance des contreparties non monétaires. Les communautés autochtones et locales accordent autant voire plus d'importance aux intérêts extrapatrimoniaux, et particulièrement leur reconnaissance en tant que détentrices légitimes et originelles des savoirs « traditionnels ». Il apparaît alors nécessaire de privilégier des contreparties non monétaires garantissant ces intérêts. Ces contreparties se concrétisent, en premier lieu, par une dynamisation de la recherche locale en leur accordant une posture active dans la recherche et en leur faisant bénéficier de transferts de technologies. Une telle contrepartie ne doit cependant pas avoir pour conséquence de hiérarchiser les savoirs et ne doit pas poursuivre l'objectif erroné de « développement » des communautés. La contrepartie non monétaire devrait, en second lieu, garantir la paternité des savoirs par une obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs « traditionnels » à l'égard de tout utilisateur, et particulièrement dans le domaine du droit des brevets.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

971. Un droit à une contrepartie en raison du partage des savoirs. Outre un droit moral pour protéger les intérêts extrapatrimoniaux des détenteurs, ceux-ci devraient bénéficier d'un droit à une contrepartie suite au partage de leurs savoirs. Les bénéficiaires de la contrepartie seraient les détenteurs de connaissances théoriques en raison du principe de partage imposé (inclusion forcée) mais aussi les détenteurs de connaissances pratiques ayant fait le choix d'une protection inclusive (inclusion volontaire), et particulièrement des licences libres. Seuls ces détenteurs devraient bénéficier d'une contrepartie car le partage se présente comme le fondement de la contrepartie. Celle-ci devrait, par ailleurs, s'appliquer aussi bien au bénéfice des détenteurs de savoirs des pays développés qu'aux communautés autochtones et locales détentrices de savoirs « traditionnels ». La seule différence est que pour les uns, il sera recherché une rémunération équitable alors que pour les autres, il sera plutôt garanti une compensation équitable[3013].

972. La contrepartie monétaire garantie par un domaine public payant. Le domaine public payant apparaît pertinent en tant que régime garantissant une contrepartie monétaire. Il se définit comme un dispositif garantissant le libre accès et la libre utilisation des savoirs tout en prélevant une somme, à titre de contrepartie, aux tiers utilisant les éléments de ce domaine. Le domaine public payant fonctionnerait par le biais de licences légales, en s'inspirant de celles déjà existantes en matière de droit d'auteur et de droits voisins (copie privée, phonogrammes du commerce, prêt en bibliothèques) ainsi qu'en droit des brevets (licence de dépendance). La licence globale attire également l'attention dans la mesure où elle autorise toute personne à accéder, télécharger et partager des contenus culturels à des fins non-commerciales en contrepartie d'une rémunération versée aux titulaires de droits.

973. La détermination d'une contrepartie juste et équitable. Il s'avère cependant difficile de déterminer la nature du versement de la contrepartie (proportionnelle ou forfaitaire) et le montant juste et équitable à verser aux détenteurs en échange de l'accès et de l'utilisation

[3013] Effectivement, une distinction doit être opérée entre rémunération équitable et compensation équitable. La première désigne la contrepartie économique de l'utilisation de l'œuvre [ou d'une connaissance] pour concilier les intérêts du détenteur et ceux des tiers. La seconde se réfère plutôt à la réparation d'un préjudice subi par les titulaires de droits en raison du partage des connaissances. Par conséquent, cette distinction amène à parler de rémunération équitable pour les détenteurs de connaissances pratiques en général mais plutôt de compensation équitable pour les communautés autochtones et locales et les détenteurs de connaissances théoriques.

de leurs savoirs. Une redevance proportionnelle apparaît plus appropriée pour les détenteurs de connaissances théoriques tandis que la redevance forfaitaire semble plus judicieuse à l'égard des détenteurs de connaissances pratiques.

974. Le fonctionnement distinct du domaine public payant selon la forme de connaissance utilisée. Il convient en effet de différencier les connaissances théoriques et les connaissances pratiques pour déterminer le mode de fonctionnement du domaine public payant. Concernant les détenteurs de connaissances théoriques, il n'est pas justifié d'imposer le paiement d'une contrepartie aux utilisateurs créant de nouvelles connaissances théoriques. Cette forme de connaissance appartient au « patrimoine commun de l'Humanité » de sorte que l'accès et l'utilisation doivent être libres et gratuits. Néanmoins, lorsque des connaissances pratiques sont créées grâce à l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques et utilisées dans un but lucratif alors une part du revenu de l'innovation devrait être consacrée à un fonds. Ce sont alors surtout les détenteurs de connaissances pratiques subséquentes ayant fait le choix d'une protection exclusive qui devraient être soumis à une telle rémunération proportionnelle car ils seront plus susceptibles de privilégier un but lucratif dans l'utilisation des savoirs. Les sommes devraient être dédiées aux détenteurs de connaissances théoriques à travers un fonds spécifique car il s'avère impossible d'identifier les détenteurs individuellement. Au contraire, les détenteurs de nouvelles connaissances pratiques ayant fait le choix des « communs » devraient bénéficier d'un montant réduit voire être exemptés de tout paiement car ils ont privilégié une protection inclusive de leurs savoirs. Une rétribution mutualisée et forfaitaire devrait, par ailleurs, être mise en place au bénéfice des détenteurs de connaissances pratiques ayant décidé volontairement de partager leurs connaissances en choisissant une protection inclusive. Les débiteurs seront tous les détenteurs de connaissances pratiques subséquentes. Il s'avère en effet difficile d'imposer un paiement uniquement aux détenteurs subséquents ayant fait le choix d'une protection exclusive car, lorsque le détenteur initial a fait le choix d'une protection inclusive par les « communs », et particulièrement des licences libres, il a en quelque sorte paralysé toute possibilité de privatiser les connaissances pratiques subséquentes par des régimes de protection exclusive. Une telle contrepartie financière a déjà été mise en place et a démontré son efficacité[3014]. Aucune autorisation ne doit, en revanche, être demandée au

[3014] *Flattr* est un système de donation mensuel par micropaiements créé en 2010. Les utilisateurs payent une petite somme de deux euros minimum et la répartissent vers différents sites participants. En France, un système de don pour les créations collaboratives a été mis en œuvre, dénommé *Yooook*. Voir Aigrain, P., *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press, 2012, p. 170.

détenteur initial pour accéder et utiliser ses connaissances pratiques. La contrepartie monétaire pourrait d'ailleurs s'inspirer de la *Creative Contribution* proposée par P. Aigrain[3015].

975. La nécessité de prévoir un dispositif spécifique pour garantir le droit à une contrepartie des communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Les communautés autochtones et locales devraient, quant à elles, bénéficier de mesures spécifiques pour jouir d'une contrepartie suite au partage de leurs savoirs « traditionnels ». Les savoirs « traditionnels » sont généralement considérés comme ouverts à toute utilisation mais surtout à toute appropriation indue sans partage des bénéfices. Le dispositif d'accès et de partage des avantages (APA) s'avère alors nécessaire pour réguler l'accès et garantir un partage des avantages. Comme le prévoient la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Nagoya, les communautés détentrices devraient consentir préalablement et en connaissance de cause à l'accès et à l'utilisation de leurs savoirs ainsi que conclure des conditions convenues d'un commun accord. Les législations nationales devraient néanmoins toujours assurer en amont le partage des avantages. Diverses mesures (assistance légale, points de contrôle) et différents acteurs (organisme représentatif, correspondants nationaux, centre d'échange, mission interservices) devraient, en outre, être prévus pour garantir l'efficacité du dispositif.

976. L'importance des contreparties non monétaires à l'égard des communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Les détenteurs devraient bénéficier de contreparties non monétaires, et particulièrement les communautés autochtones et locales car elles privilégient la protection de leurs intérêts extrapatrimoniaux. D'un côté, des contreparties pour dynamiser la recherche locale peuvent être recherchées car elles se concrétisent par la reconnaissance d'une posture active des communautés dans la recherche et par des transferts de technologies. Cette contrepartie ne doit cependant pas avoir pour conséquence de nier les savoirs « traditionnels » au nom d'un objectif de « développement ». D'un autre côté, une contrepartie garantissant le respect de la paternité des savoirs s'avère primordiale. Une obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs devrait alors être imposée à tout utilisateur. Elle devrait s'appliquer spécifiquement en droit des brevets car ce régime présente le plus fréquemment des appropriations indues de savoirs « traditionnels ». Une telle obligation ne devrait pas présenter une surcharge de travail pour les offices de brevet ni être trop contraignante pour les demandeurs de brevets.

[3015] Aigrain, P., *op. cit*., p. 57 et s.

CONCLUSION DU TITRE II

977. L'articulation entre les principes relatifs aux savoirs et les droits des détenteurs. Puisque le titre I avait pour objectif de présenter les principes relatifs aux connaissances théoriques et aux connaissances pratiques, le titre II vise à articuler ces principes avec la reconnaissance de deux droits au bénéfice des détenteurs.

978. La reconnaissance d'un droit moral adapté au partage des savoirs. Il devrait d'abord être reconnu à tous les détenteurs un droit moral inspiré du droit d'auteur. Un tel droit devrait, en principe, s'exercer de manière raisonnable et mesurée pour ne pas empêcher le partage des savoirs. Ainsi, les prérogatives du droit moral, en particulier le droit de retrait ou de repentir et le droit au respect de l'intégrité, devraient être atténuées. Les communautés autochtones et locales ont particulièrement besoin d'un tel droit car elles sont confrontées aux exclosures de leurs savoirs et elles privilégient davantage la protection des intérêts extrapatrimoniaux. La reconnaissance du droit moral pourrait se fonder sur les droits de la personnalité, et notamment le droit au respect de la vie privée. Un tel droit devrait, de plus, être inséré dans un régime *sui generis,* et notamment un régime fondé sur les « communs » protégeant positivement et défensivement les savoirs « traditionnels » à l'échelle nationale et internationale.

979. La reconnaissance d'un droit à une contrepartie suite au partage des savoirs. Un droit à une contrepartie devrait aussi être reconnu aux détenteurs ayant partagé leurs savoirs. D'un côté, une rémunération équitable apparaît opportune pour les détenteurs de connaissances pratiques ayant choisi volontairement une protection inclusive de leurs savoirs. D'un autre côté, une compensation équitable serait judicieuse au profit des détenteurs de connaissances théoriques dont le partage est imposé mais aussi à l'égard des communautés autochtones et locales qui sont victimes des exclosures de leurs savoirs « traditionnels ». Pour ces dernières, la compensation équitable devrait prendre la forme d'un dispositif d'accès et de partage des avantages (APA), comme prévu par la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Nagoya. Le droit à une contrepartie pourrait, de surcroît, prendre deux formes. Premièrement, une contrepartie monétaire serait garantie par la mise en place d'un domaine public payant fonctionnant différemment selon la forme de connaissance concernée. Lorsqu'il s'agit des connaissances théoriques alors un paiement proportionnel devrait être imposé en prélevant proportionnellement sur les recettes des détenteurs de connaissances pratiques subséquentes

ayant fait le choix d'une protection exclusive. En revanche, lorsqu'il s'agit de connaissances pratiques alors un paiement forfaitaire et mutualisé devrait être demandé à tout détenteur subséquent de connaissances pratiques nouvelles. Deuxièmement, une contrepartie non-monétaire devrait être prévue, spécifiquement aux communautés autochtones et locales car elles privilégient la protection de leurs intérêts extrapatrimoniaux. Des mécanismes spécifiques (contreparties pour dynamiser la recherche locale, obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs) devraient ainsi être mis en œuvre pour assurer leur reconnaissance.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

980. Objectif. La deuxième partie de la thèse s'attache à proposer un régime *sui generis* visant à concilier la protection juridique et le partage des savoirs.

981. Les principes applicables aux savoirs. Les savoirs doivent d'abord répondre à des principes poursuivant cet objectif. D'un côté, les connaissances théoriques doivent toujours être partagées en raison du principe de primauté du partage sur toute protection juridique exclusive. Le partage est donc impératif (inclusion forcée) sur le fondement de la qualification juridique de « patrimoine commun de l'Humanité ». En cas de non-respect de la qualification juridique, des actions se concrétisant par des droits d'accès et d'utilisation devraient être garanties au bénéfice des tiers utilisateurs aussi bien en droit d'auteur qu'en droit des brevets. D'un autre côté, les connaissances pratiques ne sont soumises qu'à un partage éventuel (inclusion volontaire). Les détenteurs disposent en effet du choix entre une logique d'inclusion ou une logique d'exclusion (secret, droits de propriété intellectuelle) à la condition de répondre aux critères délimitant les connaissances pratiques protégeables et de ne pas relever des exceptions à toute protection exclusive.

982. L'articulation des principes applicables aux savoirs avec le droit moral. Les principes préalablement exposés doivent ensuite être articulés avec la reconnaissance d'un droit moral au bénéfice des détenteurs pour protéger leurs intérêts extrapatrimoniaux. Un tel droit se distingue de celui inscrit en droit d'auteur car il doit suivre le principe d'être raisonnable et mesuré dans ses prérogatives pour ne pas empêcher le partage des savoirs. Tous les détenteurs devraient bénéficier d'un tel droit même si sa reconnaissance est plus aisée pour les connaissances pratiques que pour les connaissances théoriques. La reconnaissance de ce droit moral particulier apparaît, par ailleurs, primordiale pour les communautés autochtones et locales car leurs intérêts extrapatrimoniaux sont généralement bafoués. Elle se fonderait sur les droits de la personnalité car les savoirs « traditionnels » peuvent être considérés comme des éléments du droit au respect de la vie privée.

983. L'articulation des principes applicables aux savoirs avec le droit à une contrepartie. Les détenteurs mériteraient aussi de bénéficier d'un droit à une contrepartie lorsque leurs savoirs ont été partagés. D'un côté, le domaine public payant garantirait

l'existence de contreparties monétaires pour rémunérer équitablement les détenteurs. Un tel domaine public payant pourrait fonctionner par des licences légales et doit distinguer la nature de la connaissance pour déterminer ses modalités de fonctionnement. Une spécificité devrait toutefois être prévue à l'égard des communautés autochtones et locales dans la mesure où elles sont particulièrement vulnérables aux appropriations indues et aux utilisations non autorisées. Un dispositif d'accès et de partage des avantages devrait en effet être mis en œuvre pour assurer une compensation équitable. D'un autre côté, des contreparties non monétaires semblent opportunes, en particulier au bénéfice des communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Des mécanismes spécifiques (dynamisation de la recherche locale, obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs) devraient ainsi être prévus pour garantir une reconnaissance des intérêts extrapatrimoniaux, et notamment assurer la reconnaissance de l'existence des communautés autochtones et locales et de leur paternité à l'égard des savoirs dits « traditionnels ».

CONCLUSION GENERALE

984. La pertinence d'une articulation entre protection et partage des savoirs. Les connaissances théoriques et les connaissances pratiques constituant les savoirs nécessitent aussi bien une protection juridique qu'un régime favorisant leur partage. Toute logique privilégiant une opposition entre protection juridique et partage devrait ainsi s'incliner devant une logique d'articulation et de conciliation. Bien que les savoirs répondent aux critères de qualification de « biens » et sont ainsi appropriables, une protection juridique par un droit de propriété individuel et exclusif n'est pas toujours justifiée. Effectivement, les savoirs présentent une nature ubiquitaire, c'est-à-dire que l'accès et l'utilisation d'un savoir par une personne n'empêchent pas le même accès et la même utilisation du savoir par une autre personne. Les savoirs gagnent, de plus, en valeur en étant partagés car ils sont créés par accumulation dans le temps et l'espace. C'est pourquoi, lorsque les savoirs sont appréhendés, il s'avère pertinent d'articuler une logique de partage avec une protection juridique. Ainsi, même si les connaissances théoriques doivent être partagées en raison de leur nature universelle, impersonnelle et préexistante, elles ont également besoin d'une protection juridique pour garantir ce partage. De même, bien que la nature plus personnelle des connaissances pratiques justifie une appropriation par le détenteur, rien n'empêche que ces connaissances soient également partagées à certains tiers particuliers voire à une large communauté d'utilisateurs. L'articulation entre protection juridique et partage relève, dans de cas, davantage d'un choix du détenteur et d'une prise de conscience d'une possible conciliation.

985. Le rejet d'une conception étroite du droit de propriété. Le raisonnement le plus courant est pourtant d'affirmer que tout régime de protection juridique s'oppose nécessairement à une logique de partage. Selon cette conception, lorsque le détenteur choisit de protéger ses savoirs par un régime juridique alors il ne peut pas les partager. *A contrario*, s'il fait le choix de partager ses savoirs à tous, alors il ne peut plus jouir d'une protection juridique. Cette conception réductrice s'est imposée au regard de la vision occidentale du droit de propriété interprété comme un droit nécessairement individuel, exclusif et absolu pour être efficace. Une telle vision semble néanmoins erronée car un droit de propriété associé à une logique inclusive peut s'avérer aussi efficace selon la ressource concernée. Il est, de plus, reproché à la vision occidentale classique du droit de propriété de favoriser les enclosures et d'avoir modifié le régime des droits de propriété intellectuelle dans ses principes originels. L'équilibre entre les intérêts du détenteur et les intérêts des tiers est en effet rompu. En droit d'auteur, le droit

exclusif d'exploitation ne porte plus uniquement sur la création matérielle mais aussi sur l'accès et l'utilisation du contenu intellectuel. Quant au droit des brevets, le droit exclusif d'exploitation garantit aussi bien la réservation du bénéfice économique que le contrôle de l'accès intellectuel aux savoirs. La conception occidentale classique du droit de propriété ne respecte du reste ni la nature ubiquitaire des savoirs ni les droits fondamentaux issus des textes relatifs aux droits de l'homme. En conséquence, l'objectif de cette thèse est de dépasser cette conception monolithique du droit de propriété pour prouver qu'une conciliation est possible entre protection juridique et partage à l'égard des savoirs.

986. Une logique de protection inclusive garantie par le régime des « communs ». Pour atteindre cet objectif, les détenteurs doivent d'abord privilégier une protection juridique qui soit inclusive. Le régime des « communs » remplira cet objectif dans la mesure où il favorise à la fois le partage et la protection. Le partage est en effet garanti par l'établissement d'un faisceau de droits distribués à une communauté d'utilisateurs sur une même ressource. Dans le même temps, une protection est toujours assurée par la création de règles préalablement définies pour gérer les droits, contrôler le fonctionnement du *pool* de ressources et garantir un partage durable de la ressource en prévoyant des sanctions contre ceux violant les règles de fonctionnement. Une typologie des « communs » a, par ailleurs, été présentée pour une meilleure compréhension. D'un côté, certains « communs » sont issus de la seule volonté du détenteur qui décide de partager ses savoirs, soit directement par le biais des licences libres, soit indirectement à travers le régime des indications géographiques et des marques collectives. D'un autre côté, d'autres « communs » existent par l'emploi de qualifications juridiques spécifiques choisies par le détenteur (le « domaine public consenti ») ou imposées au détenteur car les savoirs révèlent une valeur universelle et un intérêt collectif (le « patrimoine commun » ou « patrimoine culturel immatériel »).

987. La préférence pour une protection directe des savoirs. La protection sera, en outre, davantage pertinente si elle s'applique directement aux savoirs. Or, les droits de propriété intellectuelle n'ont pour effet que de protéger indirectement les savoirs puisqu'ils protègent directement l'invention ou l'œuvre de l'esprit. Ainsi, en plus du régime des « communs », les bases de données constituent un outil intéressant pour protéger directement, de manière défensive et positive, les savoirs. Elles permettent, dans le même temps, le partage des savoirs à l'échelle internationale. Le domaine public dans sa conception traditionnelle n'est, en revanche, pas assez fiable pour protéger les savoirs contre les appropriations indues et apparaît

décevant au regard de sa définition seulement négative. Dès lors, si le « commun » choisi est le « domaine public consenti », il s'avère nécessaire de prévoir une protection positive de ce dernier.

988. L'établissement d'un régime *sui generis* articulant protection et partage. Puisqu'une conciliation entre protection juridique et partage est rendue possible par le régime des « communs », il convient ensuite de déterminer quel « commun » est le plus adapté à telle forme de connaissance. Cette analyse permet de constituer un régime *sui generis* à l'égard des savoirs. Rappelons d'abord que la nature des connaissances théoriques impose un partage impératif tandis que la nature des connaissances pratiques ne les soumet qu'à un partage éventuel.

989. L'inclusion forcée des connaissances théoriques. Les connaissances théoriques devraient être soumises à un principe selon lequel le partage prime sur toute protection juridique, à l'exception des connaissances théoriques constituant des savoirs « traditionnels ». Un tel principe se fonde sur la qualification juridique de « patrimoine commun de l'Humanité ». Ces connaissances appartiennent nécessairement à cette forme de « communs » en raison de leur valeur universelle et de leur intérêt collectif. Le partage impératif n'empêche toutefois pas de prévoir une forme de protection contre les tiers ne respectant pas le principe de primauté du partage. Une protection des connaissances théoriques se concrétiserait par la détention de droits d'accès et d'utilisation au bénéfice des tiers. Ces derniers devraient pouvoir revendiquer leurs droits, particulièrement au sein du droit d'auteur (statut impératif des exceptions) et du droit des brevets (droit de possession personnelle antérieure renouvelé), lorsqu'ils sont empêchés d'accéder et d'utiliser les connaissances théoriques.

990. L'inclusion volontaire des connaissances pratiques. Concernant les connaissances pratiques, leur inclusion dans les « communs » dépendra du choix de leur détenteur. Un partage ne devrait pas être imposé car cette forme de connaissance relève de l'*intuitu personae*. Il ne serait pas justifié d'obliger le détenteur à partager de manière universelle une connaissance qu'il a pu créer dans son intégralité. Le détenteur devrait alors disposer d'une marge de manœuvre sur l'étendue de la communauté des tiers qui peuvent avoir accès et/ou utiliser ses connaissances pratiques. Une protection juridique exclusive pourrait ainsi être un choix libre du détenteur à la condition que la connaissance réponde aux critères délimitant les connaissances pratiques protégeables et qu'elle ne relève pas des exceptions à toute protection

exclusive. Lorsque la connaissance pratique est secrète ou peu diffusée alors le détenteur peut choisir le régime juridique de protection du secret (régime du secret des affaires associé à l'action en agissements parasitaires et à des mesures contractuelles) ou des droits de propriété intellectuelle pour maintenir une communauté restreinte d'utilisateurs. Il a toutefois été souligné l'inadaptabilité des droits de propriété intellectuelle à la protection des savoirs ainsi que les dangers et limites d'une protection par le secret, notamment en cas de découverte du secret par un tiers licitement. Par conséquent, ces différentes limites, propres aux régimes juridiques de protection exclusive, soulignent davantage l'opportunité du choix d'une protection inclusive des connaissances pratiques. Le détenteur pourrait ainsi favoriser une communauté moyenne d'utilisateurs lorsque les connaissances nécessitent d'être utilisées selon des pratiques traditionnelles particulières et dans un espace géographique précis. Le régime des indications géographiques apparaît ici opportun à l'égard des communautés détentrices de savoirs « traditionnels » en tant que protection additionnelle à une forme de protection directe et inclusive. Le choix d'une communauté mondiale d'utilisateurs devrait, par ailleurs, être privilégiée lorsque les savoirs sont largement diffusés. Le régime juridique des « communs » sera choisi par la simple volonté des détenteurs - les licences libres ou le « domaine public consenti ». Alors qu'avec les premières, le détenteur pourra interdire, par l'action en contrefaçon ou par l'action en agissements parasitaires, toutes réappropriations privatives et exclusives ainsi que décider et contrôler les utilisations autorisées ou non ; il n'aura, dans la seconde, qu'un pouvoir d'interdire et de sanctionner les seules réappropriations par l'action en agissements parasitaires ou par la violation du droit au respect de l'intégrité.

991. La nécessaire reconnaissance de droits aux détenteurs. Les principes d'un partage impératif ou éventuel des connaissances devraient, par ailleurs, être articulés avec la reconnaissance de droits aux détenteurs. La protection juridique présente ainsi deux facettes : l'une vient protéger les droits des tiers pour bénéficier d'une liberté dans l'accès et dans l'utilisation des savoirs ; l'autre protège les détenteurs pour que les tiers ne portent pas abusivement atteinte à leurs droits extrapatrimoniaux voire patrimoniaux. La seconde facette de la protection juridique est alors garantie par la reconnaissance de deux droits aux détenteurs inspirés du droit d'auteur : une sorte de droit moral et un droit à une contrepartie.

992. Un droit moral protégeant les intérêts extrapatrimoniaux des détenteurs. Même si les détenteurs de connaissances pratiques seront plus facilement identifiables individuellement, les détenteurs de connaissances théoriques devraient aussi être protégés par

un droit moral en s'inspirant du régime des œuvres composites. Ce droit moral se distingue cependant du droit moral du droit d'auteur. Il s'applique pour protéger les savoirs et non les œuvres de l'esprit. Il doit, en outre, suivre le principe d'être exercé de manière raisonnable et mesurée. Un droit moral ayant la même portée qu'en droit d'auteur aurait en effet pour conséquence d'empêcher un partage efficace des savoirs puisque le détenteur pourrait, par exemple, interdire toute modification sur le fondement de son droit au respect de l'intégrité ou pourrait retirer les savoirs des « communs » par son droit de retrait ou de repentir. Une atténuation des prérogatives du droit moral s'avère donc nécessaire pour s'adapter au régime des « communs ». Le droit moral devrait, par ailleurs, protéger les intérêts extrapatrimoniaux de tous les détenteurs de savoirs, y compris les communautés détentrices de savoirs « traditionnels ». Ces dernières ont besoin d'un droit moral pour protéger leurs savoirs des exclosures. Leurs intérêts extrapatrimoniaux sont actuellement ignorés et bafoués alors qu'ils sont étroitement liés à la vie privée. Toute appropriation indue et toute utilisation non autorisée des savoirs portent en effet directement atteinte à une multitude d'intérêts extrapatrimoniaux (droit coutumier violé, modes de vie traditionnels empêchés, préservation des savoirs remise en cause). La reconnaissance d'un droit moral, inclus dans un régime *sui generis* de protection positive et défensive des savoirs « traditionnels », permettrait ainsi de remédier à l'ensemble de ces violations.

993. Un droit à une contrepartie au bénéfice de certains détenteurs. Concernant le droit à une contrepartie, il protège, en principe, les intérêts patrimoniaux des détenteurs mais aussi potentiellement leurs intérêts extrapatrimoniaux. En premier lieu, le droit à une contrepartie monétaire devrait être garantie uniquement aux détenteurs ayant privilégié une logique de partage de leurs savoirs, c'est-à-dire une protection inclusive. Un domaine public payant devrait être mis en place et fonctionnerait par des licences légales selon différentes modalités (débiteurs concernés, contrepartie forfaitaire ou proportionnelle, financement mutualisé ou non) au regard de la forme de connaissance concernée. Aussi, puisqu'une contrepartie monétaire n'est pas toujours garantie pour les communautés autochtones et locales, un dispositif d'accès et de partage des avantages doit être mis en œuvre pour assurer une compensation équitable. En second lieu, le droit à une contrepartie non-monétaire doit être reconnu, notamment à travers l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs et la dynamisation de la recherche locale. Ce sont particulièrement les communautés autochtones et locales qui auraient besoin de telles contreparties puisqu'elles privilégient bien plus la protection de leurs intérêts extrapatrimoniaux.

BIBLIOGRAPHIE

I. ENCYCLOPEDIES [Fasc, JCP]

Binctin, N.,

- « Savoir-faire », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, janv. 2018.

Danjaume, G.,

- « La responsabilité du fait de l'information », *JCP*, I, n° 3895, 1996.

Fabre, R., Sersiron, L.,

- « Réservation du savoir-faire », *JurisClasseur Brevets,* Fasc. 4200, 2017.

Foessel, M., Ladrière, J., Gingras, Y.,

- « CONNAISSANCE », [en ligne], *Encyclopædia Universalis*, [Consulté le 2 mai 2018]. Disponible à l'adresse : http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/connaissance/

Forti, V.,

- « Enrichissement injustifié – Généralités », Fasc. 10, *JurisClasseur Civil Code, LexisNexis*, 2 juin 2016.

- « Enrichissement injustifié – Effets », Fasc. 30, *JurisClasseur Civil Code, LexisNexis*, 2 juin 2016.

- « Enrichissement injustifié – Conditions juridiques », Fasc. 20, *JurisClasseur Civil Code, LexisNexis*, 2 juin 2016.

Henriet, D.,

- « EXTERNALITÉ, économie », [En ligne], *Encyclopædia Universalis,* [Consulté le 11 février 2020]. Disponible à l'adresse : http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/externalite-economie/

Le Stanc, C.,

- « Exclusion de brevetabilité – Règles générales », *JurisClasseur Brevets*, Fasc. 4210, 2009.

Libchaber, R.,

- « Biens », *Répertoire de droit civil*, mai 2016.

Lucas-Schloetter, A.,

- « Protection juridique du folklore », *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique,*

Fasc. 1962, 2009.

Nairaud, D.,

- « ALIMENTATION (Economie et politique alimentaires) – Enjeux de politiques publiques », [En ligne], *Encyclopaedia Universalis*, [consulté le 18 janvier 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.universalis-edu.com.ezproxy.normandie-univ.fr/encyclopedie/alimentation-economie-et-politique-alimentaires-enjeux-de-politiques-publiques/

Sériaux, A.,

- « Modes d'acquisition de la propriété. Choses communes », *Jurisclasseur civil*, 2011.

Simler, P.,

- « Art. 1162 à 1171 - Fasc. 10 : Contrat. - Contenu du contrat : définition. - Objet et cause de l'obligation (C. civ., art. 1126 à 1131 anciens) », *Jurisclasseur Civil Code*, 2016.

- « Contrat - Contenu du contrat : contrepartie illusoire ou dérisoire - Absence de cause (C. civ., art. 1131 et 1132 anciens) », *JurisClasseur Civil Code*, 2016.

Szymczak, D.,

- « Droits culturels », *Jurisclasseur Libertés,* Fasc. 1220, 2007.

II. OUVRAGES GENERAUX

Aubry, C., Rau, C.,

- *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae,* Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, Paris, 1869.

Azéma, J., Galloux, J.C.,

- *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 8ème éd., septembre 2017.

- *Droit de la propriété industrielle,* 7ème éd., Dalloz, No. 509, 2012.

- *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 6ème éd., octobre 2006.

Berlioz, P.,

- *Droit des biens,* Ellipses, 2014.

Bertrand, A.R.,

- *Droit d'auteur,* Dalloz Action, 3ème éd., 2010.

Binctin, N.,

- *Droit de la propriété intellectuelle,* LGDJ, 5ème éd., 2018.

Caron, C.,

- *Droit d'auteur et droits voisins,* LexisNexis, 4ème éd., 2015.

Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., (dir.),

- *Dictionnaire des biens communs,* Quadrige, PUF, 2017.

Desbois, H.,

- *Le droit d'auteur en France,* Dalloz, 3ème éd., 1978.

Druffin-Bricca, S., Henry, L.C.,

- *Introduction générale au droit*, Manuels, Gualino éd., 2007.

Duguit, L.,

- *Traité de droit constitutionnel - La théorie générale de l'État*, T. III, 2ème éd., Paris, de Broccard, 1923.

Foyer, J., Vivant, M.,

- *Le droit des brevets,* Thémis, 1991.

Grimaldi, C.,

- *Droit des biens*, LGDJ, Lextenso, 2ème éd., 2019.

Guinchard, S., Debard, T., (dir.),

- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 18ème éd., 2011.

Lucas, A., Lucas-Schloetter, A., Bernault, C.,

- *Traité de la propriété littéraire et artistique,* LexisNexis, 5ème éd., 2017.

Mainguy, D.,

- *Contrats* spéciaux, Dalloz, 12ème éd., 2020.

Mathieu, M.L.,

- *Les biens*, Sirey, Dalloz, 3ème éd., 2013.

Passa, J.,

- *Droit de la propriété industrielle,* T. 2, LGDJ, No. 512, 2013.

Planiol, M., Ripert, G.,

- *Traité pratique de droit civil français,* 2ème éd., LGDJ, T. 3, No. 574, 1952.

Pollaud-Dulian, F.,

- *La propriété industrielle,* Economica, No. 343, 2011.

- *Droit de la propriété industrielle,* Montchrestien, Domat droit privé, No. 146, 1999.

Pouillet, E.,

- *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation,* Marchal et Billard, Paris, 1908.

Raynard, J., Py, E., Tréfigny, P.,

- *Droit de la propriété industrielle,* LexisNexis, 2016.

Robert, P.,

- *Le Petit Robert*, 2018.

Roubier, P.,

- *Le droit de la Propriété Industrielle*, T. 2, Paris, 1954.

Schiller, S.,

- *Droit des biens,* (dir.) Frison-Roche, M.A., Cours Dalloz, Série Droit privé, 7ème éd., 2015.

Terré, F., Simler, P.,

- *Les biens*, Dalloz, 10ème éd., 2018.

Vivant, M., Bruguière, J.M.,

- *Droit d'auteur et droits voisins,* Dalloz, 4ème éd., 2019.

Vivant, M.,

- *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses 1997.

III. OUVRAGES SPECIAUX

Abello, A.,

- *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle,* LGDJ, Lextenso éditions, (dir.) Frison-Roche, M.A., Coll. Droit & Economie, 2008.

Adell-Gombert, N.,

- *Anthropologie des savoirs*, Armand Colin, Coll. Sciences sociales, 2011.

Aigrain, P.,

- *Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age,* Amsterdam University Press, 2012.

- *Cause commune - L'information entre bien commun et propriété,* Librairie Arthème Fayard, 2005.

Aristote.,

- *Métaphysique*, A, Livre I, 980a, Les Echos du Maquis, 2014 (trad. éd. de 1953).
- *Organon,* IV, Vrin, 1979.

Baechler, J.,

- *Que valent nos connaissances ? – Essais et échecs cognitifs,* Hermann, 2019.

Bary, M., Lobato, A.,

- *Diversités du patrimoine*, Presses universitaires de Rennes, 2014.

Baudrillart, M.H.,

- *Manuel d'économie politique*, 3ème éd., Paris, Guillaumin et Ce, 1872, pp. 42-57.

Bellivier, F., Noiville, C.,

- *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009.

Bensoussan, H.,

- *Le droit de la franchise,* Apogée, 1999.

Bentham, J.,

- « Principles of the Civil code », *in Theory of Legislation,* London, 1894.
- *Traités de législation civile et pénale*, éd. Dumont, E., Paris, Bossange Masson et Besson, 1802, 434 p.

Bérard, L., et *al*.,

- *Biodiversité et savoirs naturalistes locaux en France*, Cirad, Iddri, Inra, 2005.

Besnier, J.M.,

- *Les théories de la connaissance*, [En ligne], Que sais-je, Presses Universitaires de France, 2016, 128 p. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/les-theories-de-la-connaissance--9782130786030.htm

Boyle, J.,

- *The Public Domain : Enclosing the Commons of the Mind,* Yale University Press, 2008.

Brown Weiss, E.,

- *Justice pour les générations futures*, Droit international, Patrimoine commun et Equité interpénétrations, éd. Sang de la Terre, Coll. Les dossiers de l'écologie, ONU Press,

UNESCO, 1993, 356 p.

Cavallier, F.,

- *Le manuel de philosophie,* Ellipses, 2003.

Centre du droit de l'entreprise,

- *Nouvelles techniques contractuelles : know-how - franchising - engineering - leasing,* Association française des juristes d'entreprise, Actualités de droit de l'entreprise, Travaux de la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier, 1971.

Chaigneau, A., (dir.),

- *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes*, Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, 198 p.

Chamoux M.N.,

- « Les Savoir-faire techniques et leur appropriation : le cas des Nahuas du Mexique », *in L'Homme*, 1981, T. 21, No. 3. pp. 71-94.

Chardeaux, M.A.,

- *Les choses communes,* LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 464, 2006.

Charters, C., Stavenhagen, R.,

- *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en oeuvre,* L'Harmattan, Paris, 2013.

Chevalier, M.,

- *Les brevets d'invention examinés dans leurs rapports avec le principe de la liberté du travail et avec le principe de l'égalité des citoyens*, Paris, Guillaumin, 1878.

Clément-Fontaine, M.,

- *L'œuvre libre,* Coll. Création Information Communication, Ed. Larcier, 2014.

Constantin, F., (dir.),

- *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002.

Coriat, B., (dir.),

- *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui Libèrent, 2015.

Cornu, M.,

- *Le droit culturel des biens : L'intérêt culturel juridiquement protégé,* Bruxelles, Bruylant, 1996.

De Potter, A.,

- *La propriété intellectuelle et de la distinction entre les choses vénales et non vénales : Examen des Majorats Littéraires de M. P.-J. Proudhon*, Bruxelles, 1863.

Descartes, R.,

- *Discours de la méthode,* Les Echos du Maquis, 2011 (1637).

Dessemontet, F.,

- *Le Savoir-faire industriel : Définition et Protection du « Know-how » en droit américain,* Université de Lausanne, 1974.

Durkheim, E.,

- *De la division du travail social*, PUF, Quadrige, 2013.

Dusollier, S.,

- *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres,* Création Information Communication, Larcier, 2007.

Eggertsson, T.,

- *Economic behavior and institutions,* Cambridge University Press, 1990.

Fabre, R.,

- *Le Know how : sa réservation en droit commun,* Librairie Techniques, Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle, Paris, 1976.

Ferrier, D.,

- *Droit de la distribution,* Litec, 2ème éd., 2000.

Foray, D.,

- *L'économie de la connaissance,* Paris, La Découverte, « Repères », 2009.

Franck, A., (dir.),

- « Propriété », *in Dictionnaire des sciences philosophiques*, 2ème éd., Hachette, Paris, 1875, pp. 1412-1416.

Gaillard, E.,

- *Générations futures et droit privé - Vers un droit des générations futures,* (dir.) Ghestin, J., LGDJ, Lextenso éditions, Bibliothèque de droit privé, T. 527, 2011, 645 p.

Grotius, H.,

- *Le droit de la guerre et de la paix,* PUF, Léviathan, Paris, 1999.

Hegel, G.W.F.,

- *Principes de philosophie du droit*, trad. Derathe, Libre. philo. J. Vrin, 1993.

Hermitte, M.A.,

- *L'emprise des droits intellectuels sur le monde vivant*, Sciences en questions, Quae, 2016, 150 p.

Hetzel, P.J.,

- *La propriété littéraire et le domaine public payant,* Bruxelles, Imprimerie de Veuve J.Van Buggenhoudt, 1860.

Jobard, M.,

- *Nouvelle économie sociale, ou monautopole industriel, artistique, commercial et littéraire, fondé sur la pérennité des brevets d'invention, dessins, modèles et marques de fabrique*. Paris, Mathias, 1844.

Josserand, L.,

- *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 2ème éd., 1939.

Kant, E.,

- *Critique de la raison pure*, trad. J., Auxenfants, 1781.

Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.,

- *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXIème siècle*, Broché, Economica, 2002.

Laboulaye, E., Guiffrey, G.,

- *La Propriété littéraire au XVIIIème siècle*, Hachette, Paris, 1859.

Latrive, F.,

- *Du bon usage de la Piraterie : Culture libre, science ouverte,* U.C.H Pour la Liberté, 2004.

Lessig, L.,

- *The Future of Ideas : The Fate of the Commons in a Connected World,* Random House, New York, 2001.

Le Tourneau, P.,

- *Le parasitisme,* Litec, Paris, 1998.

Lévi-Strauss, C.,

- *La Pensée sauvage*, Œuvres, Paris, Gallimard/Pléiade, 2008 (1962).

Lochak, D.,

- « IV. Enracinement et mutations des droits de l'homme », *in Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, « Repères », 2009.

Locke, J.,

- *Traité du gouvernement civil,* éd. Desveux et Royez*,* Paris, 1794.

Macpherson, C.B.,

- *La Théorie de l'individualisme possessif. De Hobbes à Locke,* Gallimard, Paris, 2004.

Mackaay, E., Rousseau, S.,

- *Analyse économique du droit,* Dalloz-Themis, Méthodes du droit, 2ème éd., 2008.

Magnin, F.,

- *Know-how et propriété industrielle*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Librairie Techniques, 1974.

Mauss, M.,

- *Essai sur le don,* PUF, Sociologie et anthropologie, 12ème éd., « Quadrige », 2010.

Michaélidès-Nouaros, G.,

- *Le droit moral de l'auteur : étude de droit français, de droit comparé et de droit international,* Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1935.

Montesquieu,

- *De l'esprit des lois,* Livre XXVI, Garnier, Chapitre XV, 1777, spé. p. 224.

Moine, I.,

- *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 271, 1997.

Mousseron, J.M.,

- *Le droit du breveté d'invention. Contribution à une analyse objective,* LGDJ, T. 23, 1961.

Nisard, M.,

- *Œuvres complètes de Sénèque,* éd. Firmin Didot Frères, Fils et Cie, Paris, 1869.

Ost, F.,

- *La nature hors la loi,* La Découverte, Sciences humaines et sociales, No. 138, 2003.

Ostrom, E.,

- *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action,*

Cambridge University Press, 1990.

Parance, B.,

- *La possession des biens incorporels,* T. 15, Paris, LGDJ*,* 2008.

Parance, B., De Saint Victor, J.,

- *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, 314 p.

Pedrick, C.,

- *Le pouvoir des cartes : Quand la 3D s'invite à la table des négociations,* Success stories, éd. CTA, 2016, 74p.

Pessina, S.,

- « Les savoirs traditionnels des peuples autochtones entre réservation inclusive (logique de partage) et réservation exclusive », (dir.) De Raulin, A., Pastorel, J.P., *Culture et biodiversité,* L'Harmattan, 2017.

- *Le statut des peuples autochtones. A la croisée des savoirs*, Karthala, Paris, Collection « Cahiers d'anthropologie du droit », 2012, 384 p.

Platon.,

- *La République*, trad. R. Baccou., T. IV, Garnier Frères, Classiques Garnier, Paris, 1936.

Popper, K.,

- *La logique de la découverte scientifique*, trad. N. Thyssen-Rutten, P. Devaux, Paris, Payot, 1973.

Posey, D., Dutfield, G.,

- *Beyond Intellectual Property : Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996.

Proudhon, P.J.,

- *Théorie de la propriété*, 2ème éd., Librairie internationale, A. Lacroix, Verboeckhover & Ce, 1866.

- *Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement,* Premier mémoire, Garnier Frères, Libraires, Paris, 1840.

Rifkin, J.,

- *L'âge de l'accès,* La Découverte, Essais, 2005.

Ripert, G.,

- *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949, No. 133 et s.

Rochfeld, J.,

- *Les grandes notions du droit privé,* PUF, 2013.

Rude-Antoine, E., Chrétien-Vernicos, G.,

- *Anthropologies et Droits, Etat des savoirs et orientations contemporaines*, Dalloz, 2009.

Saint Thomas d'Aquin,

- *Somme Théologique*, édition de la Revue des Jeunes, Paris, Tournai, Rome, 1925.

Thiers, A.,

- *De la propriété,* Livre premier, éd. Paulin et Lheureux, Paris, 1848.

Shiva, V.,

- *Protect or Plunder ? Understanding Intellectual Property Rights*, London/NewYork, Zed books, 2001.

Vecam (dir.),

- *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXI*^{ème} *siècle,* C&F éd, 2011, 351 p.

Vivien, F.D.,

- *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question,* Natures Sciences Sociétés & Elsevier, Paris, Environnement, 2002.

Walras, L.,

- « De la propriété intellectuelle. Position de la question économique », *Journal des économistes,* Vol. 24, No. 12, [1859] 2001, pp. 392-407, *in L'économie politique et la justice*, Vol. V, pp. 513-529.

Weniger, O.,

- *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how),* Librairie Droz, Genève, 1994.

IV. THESES ET MONOGRAPHIES

Burelli, T.,

- *Ni vues, ni connues : étude des contributions des acteurs des milieux autochtones et universitaires à l'encadrement de la circulation des savoirs traditionnels du Canada*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2019.

Chartier, F.,

- *La notion de savoir-faire et ses implications dans la franchise,* Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2002.

Clément-Fontaine, M.,

- *Les œuvres libres*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 2006.

Dargier de Saint Vaulry, Y.,

- *Le régime juridique des connaissances techniques non brevetées,* Thèse de doctorat en droit, Université de Toulouse, 1969.

Gollock. A.,

- *Les implications de l'Accord de l'OMC sur les Aspects de Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC) sur l'accès aux médicaments en Afrique subsaharienne*, Thèse d'économies et de finances, Université Pierre Mendès-France - Grenoble II, 2007.

Lucas, A.,

- *La protection juridique des créations industrielles abstraites,* Thèse de doctorat en droit, 1975.

Magnin, F.,

- *Contribution à l'étude du know-how*, mémoire de DES soutenu à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Dijon, 1967.

Peyen, L.,

- *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, thèse de doctorat en droit, Université de La Réunion, 2017.

Revet, T.,

- *La force de travail : étude juridique*, Thèse de doctorat en droit, Université de Montpellier, 1991.

Sirinelli, P.,

- *Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats*, Thèse de doctorat en droit, Paris II, 1985.

Zenati-Castaing, F.,

- *La nature juridique de la propriété ; contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse de doctorat en droit, Lyon III, 1981.

V. CONTRIBUTIONS A UN OUVRAGE

Aigrain, P.,

- « De l'accès libre à la science ouverte », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 77.

- « Innovation partagée et biens communs en biologie », *in* Bellivier, F., et *al*., *La bioéquité,* Autrement « Frontières », 2009, pp. 55-67.

Allaire, G.,

- « Indication géographique (approche économique) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 656.

Anaya, J.,

- « Le droit des peuples autochtones à l'autodétermination après l'adoption de la Déclaration », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre*, L'Harmattan, Paris, 2013, p. 194.

Aubertin, C., Pinton, F., et Grenand, P.,

- « Savoirs traditionnels, populations locales et ressources globalisées », *in* (dir.) Aubertin, C., Pinton, F., Boisvert, V., *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD éditions, 2007, pp. 165-194.

Azéma, J.,

- « Définition juridique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 13.

Barthes, R.,

- « La mort de l'auteur », *in Le bruissement de la langue. Essais critiques IV,* Paris, Seuil, 1984, pp. 63-69.

- « Au séminaire », *in Œuvres complètes*, Paris, Le Seuil, 5 tomes, III, 2002 (1974).

Bastiat, F.,

- « Discours au cercle de la librairie », 1847, *in* Œuvres Complètes, T. 2, *Le Libre-échange,* Paris, Guillaumin, 1862, pp. 328-342.

Belaïdi, N.,

- « Le modèle des conceptions cosmiques : apport de la vision du monde des peuples autochtones à la question environnementale sous l'angle juridique », *in* Fritz, J.C., *La nouvelle question indigène,* Peuples autochtones et ordre mondial, Paris, L'Harmattan, pp. 401-423.

Belaïdi, N., Euzen, A.,

- « De la chose commune au patrimoine commun : Regards croisés sur les valeurs sociales de l'accès à l'eau », *in Mondes en développement*, Vol. 145, No. 1, 2009, pp. 55-72.

Bellier, I.,

- « Retour sur la négociation de la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones : reconnaître le principe d'égalité pour avancer vers des interprétations pragmatiques », *in* Pessina-Dassonville S., *Le statut des peuples autochtones. A la croisée des savoirs,* Karthala, Paris, Cahiers d'anthropologie du droit, 2012, pp. 73-96.

Binctin, N.,

- « Base de données (Approche juridique) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 78.

Bissel, A., Boyle, J.,

- « Vers la création d'un bien commun au service de l'enseignement », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 156.

Blake, J.,

- « Patrimoine culturel immatériel », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 905.

Boidin, B.,

- « Bien public mondial », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 94.

Boisvert, V., Caron, A.,

- « Biodiversité et appropriation. Une mise en perspective du point de vue de l'économie », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Scientifiques et Médicales Elsevier, Paris, 2002, pp. 87-113.

Bollier, D.,

- « Les communs, ADN d'un renouveau de la culture politique », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 305.

Bonassies, P.,

- « La commercialisation du Know How dans le Marché Commun », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 199.

Brédif, H., Christin, D.,

- « La construction du commun dans la prise en charge des problèmes environnementaux

: menace ou opportunité pour la démocratie ? », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 287.

Burst, J.J.,

- « Commercialiser le Know How - Rapport introductif », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 133.

Capson, T.L., Guérin-McManus, M.,

- « 6. Les contrats de bioprospection : pour une bioéquité non marchande », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du vivant*, Autrement Frontières, 2009, pp. 93-113.

Cassier, M.,

- « 3. Petite histoire du domaine public dans la recherche en sciences de la vie », *in* Bellivier, F., *et al., La bioéquité,* Autrement « Frontières », 2009, spé. pp. 42-53.

Chaigneau, A.,

- « L'entreprise collaborative à la recherche d'une raison sociale », *in* Parachkénova, I., Teller, M., (dir.), *Quelles régulations pour l'économie collaborative ?*, Dalloz, 2018, pp. 89-102.

- « Commun(s) », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 215.

- « Inappropriabilité (approche philosophique) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 650.

- « Une propriété affectée au commun », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes*, Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, p. 57.

Chander, A., Sunder, M.,

- « La vision romantique du domaine public », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 235.

Chardeaux, M.A.,

- « Idée », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 640.

Clément, A.,

- « Produits immatériels », *in Dictionnaire de l'économie politique,* (dir.) MM. Ch. Coquelin et Guillaumin, 1852-1853, pp. 450-452.

Clément-Fontaine, M.,

- « L'exclusion des idées », *in* Vivant, M., (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 3ème éd., 2020, p. 57-69.

Cole, D.H., Ostrom, E.,

- « The Variety of Property Systems and Rights in Natural Resources », *in* (dir.) Cole, D.H., Ostrom, E., *Property in Land and Other Resources*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge (MA), 2012, 39p.

Compagnon, D.,

- « La conservation de la biodiversité, improbable bien public mondial », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 185.

Constantin, F.,

- « Les biens publics mondiaux, un imaginaire pour quelle mondialisation ? », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 28.

Contamine-Raynaud, M.,

- « Le secret de la vie privée », *in L'information en droit privé,* (dir.) Loussouarn, Y., Lagarde, P., Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, pp. 405-456.

Coussy, J.,

- « Théorie scientifique, réalité émergence et instrument rhétorique », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 67.

Crémieux, M.,

- « Le secret des affaires », *in L'information en droit privée,* (dir.) Loussouarn, Y., Lagarde, P., Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, pp. 457-482.

De Saint Victor, J.,

- « Généalogie historique d'une 'propriété oubliée' », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 51.

Deffairi, M.,

- « Patrimoine commun de la nation », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 893.

Desjeux, X.,

- « La réservation du Know How par le droit d'auteur », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 97.

Du Cheyron, A.,

- « Les secrets de la défense nationale », *in L'information en droit privée,* (dir.) Loussouarn, Y., Lagarde, P., Travaux de la conférence d'agrégation, LGDJ, Paris, 1978, pp. 541-589.

Dumoulin, D.,

- « Les aires naturelles protégées : de l'humanité aux populations locales, un bien composite à la recherche de son public », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 300.

Dusollier, S.,

- « Mesures techniques de protection (Droit d'auteur) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 803.

- « (Re)introducing Formalities in Copyright as a Strategy for the Public Domain », *in* (dir.) Guibault, L., Angelopoulos, C., *Open Content Licensing : From Theory to Practice,* Amsterdam University Press, 2011, spé. p. 75-105.

- « The public domain in intellectual property : Beyond the metaphor of a domain », *in Intellectual Property and Public Domain,* Jayanthi Reddy, P.L., ICFAI University Press (ed.), 2009, pp. 31-69.

- « Le domaine public, garant de l'intérêt général en propriété intellectuelle ? », *in* (dir.) Dusollier, S., Buydens, M., *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle,* Bruylant, 2008, pp. 117-147.

Dusollier, S., Benabou, V.L.,

- « Draw me a public domain », *in Copyright Law : A Handbook of Contemporary Research,* Edgar Elgar, Torremans, P. (ed.), 2007, pp. 161-184.

Dusollier, S., Rochfeld, J.,

- « Propriété inclusive ou inclusivité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 983.

Essalmawi, H.,

- « Partage de la création et de la culture : les licences Creative Commons dans le monde arabe », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle,* C&F éd, 2011, p. 145.

Fabre, R.,

- « La réservation du Know How par le droit de la responsabilité », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 69.

Faucher, L., Molinari, G.,

- « Propriété », « Propriété Littéraire et artistique », in Dictionnaire de l'économie politique : contenant l'exposition des principes de la science, (dir.) Coquelin, C., et Guillaumin, G., Librairie de Guillaumin et Cie,1852-1853. pp. 460-478.

Frison-Roche, M.A.,

- « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », *in* (dir.) Vivant, M., *Propriété intellectuelle et mondialisation,* Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2004, pp. 165-175.

Frison, C., Van Zimmeren, E.,

- « Brevet ouvert (open patent) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 153.

Galey, M.,

- « La typologie des systèmes de propriété de C.R. Noyes : un outil d'évaluation contextualisée des régimes de propriété privée, publique et commune », *in* (dir.) Eberhard, C., *Enjeux fonciers et environnementaux.* Dialogues afro-indiens, Pondicherry, Institut Français de Pondichéry (éd.), 2008, pp. 89-125.

Gaudin, M.,

- « Le secret dans la négociation », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 144.

Gauthier F.,

- « Enclosure », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 506.

Geiger, C.,

- « La fonction sociale : clef pour comprendre, améliorer et adhérer aux droits de propriété intellectuelle », *in* Vivant, M., (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Droit & Economie, 2014, p. 79.

Guédon, J.C.,

- « Connaissance, réseaux et citoyenneté : pourquoi le libre accès ? », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs* : *les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle,* C&F éd, 2011, p. 67.

Helfrich, S.,

- « Les biens communs, nouvel espoir politique pour le XXIè siècle ? », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs* : *les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle,* C&F éd, 2011, p. 335.

Hermitte, M.A.,

- « Souveraineté, peuples autochtones : Le partage équitable des ressources et des

connaissances », *in* Bellivier, F., Noiville, C., *La bioéquité : Batailles autour du partage du* vivant, Autrement Frontières, 2009, pp. 115-135.

Hess, C.,

- « Communs de la connaissance, communs globaux et connaissance des communs », *in* Coriat, B., (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui Libèrent, 2015, p. 259.

- « Inscrire les communs de la connaissance dans les priorités de recherche », *in* Vecam (dir.), Libres *savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle,* C&F éd, 2011, p. 33.

Hugenholtz, P.B.,

- « Copyright and freedom of expression in Europe », *in* (dir.) Dreyfus, R.C., First, H., et Zimmerman, D.L., *Innovation policy in an information age*, Oxford University Press, 2000.

Hugo, V.,

- *Discours d'ouverture du Congrès littéraire international*, Congrès Littéraire International de Paris, 1878, *in* Baetens, K., *Le Combat du droit d'auteur*, Les impressions nouvelles, Paris, 2001, p. 158.

Joly, P.B.,

- « 2. L'accès à l'âge du capitalisme informationnel », in Bellivier, F., et al., La bioéquité, Autrement « Frontières », 2009, pp. 24-37.

Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M.A.,

- « Biens publics mondiaux : Concepts, politiques et stratégies », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*^{ème} *siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 210.

- « La définition des biens publics mondiaux », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens* publics *mondiaux : La coopération internationale au XXI*^{ème} *siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 27.

Krikorian, G.,

- « Licence obligatoire », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 747.

Le Bris, C.,

- « Humanité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 632.

- « Patrimoine commun de l'humanité », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 889.

Le Crosnier, H.,

- « Leçons d'émancipation : l'exemple du mouvement des logiciels libres », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 175.

Le Roy, E.,

- « Sous les pavés du monologisme juridique. Prolégomènes anthropologiques », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 81.

- « De la propriété aux maîtrises foncières », *in* Vivien, F.D., *Biodiversité et appropriation : les droits de propriété en question*, Scientifiques et Médicales Elsevier, Paris, 2002, pp. 139-162.

Le Stanc, C.,

- « La réservation du Know How par le droit de possession personnelle antérieure », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 113.

Lenclud, G.,

- « Qu'est-ce que la tradition ? », *in* (dir.) Detienne, M., *Transcrire les mythologies*, Albin Michel, 1994, pp. 25-44.

Lenclud, G., Lamaison, P.,

- « Transmission », *in* (dir.) Bonte, P., Izard, M., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 712-716.

Li, X.,

- « Propriété intellectuelle, normes, domaine public et responsabilités des pouvoirs publics », in Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 250.

Libchaber, R.,

- « La propriété, droit fondamental », *in* Cabrillac, R., Frison-Roche, M.A., Revet, T., (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 12ème éd., 2006, p. 659.

Mannino, V.,

- « Le "bien commun" : la fausse impasse du droit romain et du droit savant », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 35.

Marella, M.R.,

- « The Commons Goods. A Quest For Another Relation Between Peoples And Things », *in* Chaigneau, A., (dir.), *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes,* Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, p. 37.

Mercier, S.,

- « Enclosure de la connaissance (approche pratique) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 512.

Millet, L.,

- « Comprendre la fonction sociale du droit de propriété », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes,* Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, p. 71.

Montes, A.R., Cisneros, G.T.,

- « La Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones : base d'une nouvelle relation entre les peuples autochtones, les Etats et les sociétés », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre,* L'Harmattan, Paris, 2013, spé. p. 157.

Moretti, C., Aubertin, C.,

- « Stratégies des firmes pharmaceutiques : la bioprospection en question », *in* (dir.) Aubertin, C., Pinton, F., Boisvert, V., *Les marchés de la biodiversité*, IRD Editions, Paris, 2007, pp. 27-54.

Motulsky, H.,

- « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, 1964, pp. 215-230, *in Écrits,* T. 1, *Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, pp. 85-100.

Mousseron, J.M.,

- « Rapport introductif », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 63.

- « Aspects juridiques du know-how », *in Le Know-How*, Cahier du droit de l'entreprise, No. 1, 1972.

Munoz Urena, H.,

- « Les contrats de bio-prospection, des outils pour le développement durable ? », *in* Collart Dutilleul, F., *De la terre aux aliments, des valeurs au droit*, pp. 337-364, 2012.

Negri, V.,

- « Patrimoine culturel », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 897.

Noiville, C.,

- « Biodiversité et propriété intellectuelle : l'impossible conciliation ? », *in* Vivien, F.D., Biodiversité *et appropriation : les droits de propriété intellectuelle en question,*

Scientifiques et Médicales Elsevier, Paris, 2002, pp. 115-137.

Ostrom, E., Hess, C.,

- « Private and Common Property Rights », *in* (dir.) Bouckaert, B., *Property Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

Panel, F.,

- « Importance économique du Know How », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 41.

Paquerot, S.,

- « Commun et bien commun : entre droit et politique, le regard socio-anthropologique au soutien de la comparaison », *in* Chaigneau, A., (dir.), *Fonctions de la propriété et communs – Regards comparatistes,* Société de législation comparée, Droit comparé et européen, Vol. 27, 2017, p. 17.

Parance, B., De Saint Victor, J.,

- « 'Commons, biens communs, communs' : une révolution juridique nécessaire », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., *Repenser les biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 9.

Pessina, S.,

- « Cosmovisions/Cosmogonies », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 265.

- « Peuples autochtones (droit des) », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 590.

- « Savoirs traditionnels », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 719.

Peugeot, V.,

- « Le web des données laisse-t-il une place au bien commun ? », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la* connaissance*. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 192.

Piédelièvre, A.,

- « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *in Les aspects du droit privé en fin du XXe* siècle, LGDJ, 1986, pp. 55-63.

Pointereau, P.,

- « Systèmes agroforestiers et bocagers, savoirs locaux et biodiversité », *in* Bérard, L., Cegarra, M., Djama, M., Louai, S., Marchenay, P., Roussel, B., Verdeaux,

F., *Biodiversité et savoirs* naturalistes *locaux en France*, Cirad, Iddri, Inra, 2005, spé. p. 124.

Pouillon, J.,

- « Tradition », *in* (dir.) Bonte, P., Izard, M., *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Presses Universitaires de France, 1991, pp. 710-712.

Prugnat, B.,

- « La définition du know how et des perfectionnements », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 149.

Rochfeld, J.,

- « Chose commune », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 184.

- « Quel modèle pour construire des 'communs' ? », *in* Parance, B., De Saint Victor, J., Repenser les *biens communs,* CNRS, Paris, 2014, p. 103.

- « 5. entre propriété et accès : la résurgence du commun », *in* Bellivier, F., et *al.*, *La bioéquité*, Autrement « Frontières », 2009, pp. 69-87.

Rey, A.,

- « La guerre des communs », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la* connaissance*. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 347.

Roth, A.,

- « La notion de patrimoine commun de l'humanité en droit international », *in La prohibition* de *l'appropriation et les régimes d'accès aux espaces extra-terrestres,* Graduate Institute Publications, 1992, p. 109-126.

Schemeil, Y.,

- « Les biens publics premiers : Babel, côté tour et côté jardin », *in* Constantin, F., (dir), *Les* biens *publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002.

Seube, A.,

- « La réservation du Know How par le droit des contrats », *in* Actualités du droit de l'entreprise, *Le Know How,* 5ème rencontre de Propriété Industrielle, Librairies techniques, Montpellier, 1975, p. 79.

Sheridan, L.A.,

- « La notion d'*equity* en droit anglais contemporain », *Les Cahiers du droit*, Vol. 10, No. 2, 1969, pp. 327-340.

Smouts, M.C.,

- « Du patrimoine commun de l'humanité aux biens publics globaux », [En ligne], *in* Patrimoines *naturels au Sud : Territoires, identités et stratégies locales,* Montpellier, IRD Éditions, 2005. [Consulté le 15 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://books.openedition.org/irdeditions/4056

- « Une notion molle pour des causes incertaines », *in* Constantin, F., (dir), *Les biens publics mondiaux : un mythe légitimateur pour l'action collective ?,* Logiques Politiques, L'Harmattan, 2002, spé. p. 376.

Sola, A,

- « Quelques réflexions à propos de la convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. », *in The Cultural Heritage of Mankind*, The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye*,* Brill Online, 2008, pp. 487-528.

Srinivas, B.,

- « The UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage », *in* Nafziger, J.A.R., Scovazzi, T., (eds.). *Le patrimoine culturel de l'humanité – Cultural Heritage of* Mankind, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers. 2008, pp. 529-557.

Stavenhagen, R.,

- « Comment rendre la Déclaration effective », *in* Charters, C., Stavenhagen, R., *La déclaration des droits des peuples autochtones - Genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre,* L'Harmattan, Paris, 2013, spé. p. 364.

Stiglitz, J.E.,

- « La connaissance comme bien public mondial », *in* Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M., *Les biens publics mondiaux : La coopération internationale au XXI*^{ème} *siècle*, Broché, Economica, 2002, spé. p. 157.

Stouls, J.P.,

- « La question au regard des droits de propriété industrielle et de la concurrence déloyale », *in* Bruguière, J.M., *L'articulation des droits de propriété industrielle*, Dalloz, 2011, p. 126.

Strowel, A.,

- « Droit d'auteur et accès à l'information : de quelques malentendus et vrais problèmes à travers l'histoire et les développements récents », *in Le droit d'auteur, un contrôle de l'accès* aux *œuvres ?,* Cahiers du CRID, No. 18, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 5-24.

Sultan, F.,

- « Autour du Manifeste pour la récupération des biens communs », *in* Vecam (dir.), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance. Produire collectivement, partager* et *diffuser les connaissances au XXIe siècle*, C&F éd, 2011, p. 20.

Telesetsky, A.,

- « 4. Traditional Knowledge : Protecting Communal Rights Through A Sui Generis System », in *The Cultural Heritage of Mankind*, The Centre for Studies and Research in International Law and International Relations, Académie de droit international de La Haye*,* Brill Online, 2008, pp. 297-354.

Ventelou, B., Weinstein, O.,

- « Rareté », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, p. 1035.

Vivant, M.,

- « Intellectual property rights and their functions : determining their legitimate "enclosure" », *Kritika*, Vol. 2, 2017, p. 44.

- « De la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle », *in* Vivant, M., (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 3ème éd., 2020, p. 3-15.

- « Savoir et avoir », *APD,* T. 47, *in La mondialisation : entre illusion et utopie,* Dalloz, 2003.

Wielsch, D.,

- « Partage des connaissances (Knowledge sharing) », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 881-882.

Yamthieu, S.,

- « Biopiraterie », *in Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, (dir.) Collart-Dutilleul, F., Pironon, V., Van Lang, A., Institut universitaire Varenne, 2018, p. 159.

Zenati-Castaing, F.,

- « L'immatériel et les choses », *Archives de philosophie du droit*, T. 43, 1999, pp. 79-95.

VI. MELANGES

Azzi, T.,

- « Juge et loi du savoir-faire non breveté : approche de droit international privé », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 533.

Berthet, E.,

- « La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle appliquée au médicament », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 25.

Binctin, N.,

- « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 41.

Catala, P.,

- « La "propriété" de l'information », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud,* Dalloz - Sirey, 1985, p. 97.

Clément-Fontaine, M.,

- « La convergence du droit de la propriété littéraire et artistique et du "droit des données" : une fatalité ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 97.

Cornu, M.,

- « Propriété et patrimoine, entre le commun et le propre », *in Pour un droit économique de l'environnement,* Mélanges en l'honneur de Martin, G.J., Paris, 2013, pp. 146-161.

Desantes, M.,

- « Protecting Intangible Cultural Heritage Through Intellectual Property : A Challenge For IP Classic Tools ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 557.

Dusollier, S.,

- « Du commun de l'intelligence artificielle », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 107.

Ferrier, D.,

- « Franchise et savoir-faire », *in Mélanges offerts à Burst, J.J.,* Litec, Paris, 1997, pp. 157-169.

Frison-Roche, M.A.,

- « Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre de la propriété », *in Etudes offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle,* Litec, 2001, p. 759-770.

Hermitte, M.A.,

- « FRUGALITÉ, SOBRIÉTÉ ET INNOVATION – UNE APPROCHE JURIDIQUE », *in* (dir.) Autenne, A., Cassiers, V., *Droit, Économie et Valeurs,* Hommage à Bernard Remiche, Broché, Larcier, 2015, p. 269 et s.

Koubi, G.,

- « Réflexions sur les distinctions entre droits individuels, droits collectifs et "droits de groupe'', *in* Mélanges Goy, R., *Du droit interne au droit international : le facteur religieux* et *l'exigence des droits de l'homme,* Rouen, PUR, 1999, pp. 105-117.

Loiseau, G.,

- « L'immatériel et le contrat », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux,* Dalloz, LGDJ Lextenso éditions, 2009, p. 353.

Malaurie, P.,

- « Le secret et le droit : une petite anthologie littéraire », *in Mélanges Christian Mouly,* Litec, 1998, pp. 103-114.

Mousseron, J.M.,

- « Valeurs, biens, droits », *in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida,* Dalloz, 1991, p. 277.

Remiche, B.,

- « La propriété intellectuelle : outil de développement ou arme de domination ? », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 911.

Siiriainen, F.,

- « Nouveau changement de paradigme pour le droit de la propriété littéraire et artistique », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 389.

Strowel, A.,

- « Les outils d'appropriation au service des communs numériques », *in Penser le droit de la pensée*, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, Dalloz, LexisNexis, 2020, p. 419.

Trébulle, F.G.,

- « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », *in Études offertes au professeur Malinvaud*, Paris, LexisNexis Litec, 2007, pp. 659-687.

Vivant, M.,

- « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », *in Mélanges Christian Mouly,* Litec, 1998, p. 441.

- « An 2000 : l'information appropriée ? », *in* Mélanges J.J Burst, Litec, 1997, p. 657.

Weinstein, O.,

- « Bien public », *in Dictionnaire des biens communs,* (dir.) Cornu, M., Orsi, F., Rochfeld, J., Quadrige, PUF, 2017, spé. p. 89.

Zenati-Castaing, F.,

- « La propriété collective existe-t-elle ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux,* Dalloz, LGDJ Lextenso éditions, 2009, p. 589.

VII. COLLOQUES, CONGRES, SEMINAIRES

Amarile, S., Haller, C., Peneranda, A.,

- « Communautés, auto-organisation et management des biens communs de la connaissance : principes de conception et gouvernance de l'action collective », *Consortium Communautés de pratiques,* Toulon, France, 2015.

Bavikatte, KS., Cocchiaro, G., Elan Abrell, JD., Von Braun, J.,

- « Imaging A Traditional Knowledge Commons : A Community Approach to Ensuring the Local Integrity of Environmental Law and Policy », *Thirteen Biennial Conference of the International Association for the Study of Commons (IASC),* Hyderabad, India, 2011.

Coriat, B.,

- « Des communs « fonciers » aux communs informationnels - Traits communs et différences », Séminaire *international, Propriété et communs - Les nouveaux enjeux de l'accès et de l'innovation partagés,* 2013.

Geiger, C.,

- « Les limites au droit d'auteur en faveur de la création dérivée », *in Droit d'auteur et liberté d'expression*, Actes des Journées d'études de l'ALAI, Barcelone, 2008.

Gilles, W.,

- « Libre réflexion sur le droit dit "de l'open data" - Origine, contours et évolution dans le cadre du droit de l'Union européenne », Actes du colloque à la Cour de cassation du 14 octobre 2016, « La jurisprudence dans le mouvement open data », *La Semaine Juridique Edition générale, LexisNexis,* No. 9 supplément, 2017, pp. 13-17.

Hermitte, M.A.,

- « Intérêt général et droits de propriété intellectuelle en matière pharmaceutique, l'inutilité de la notion de bien public mondial », [en ligne], Colloque 14 décembre 2007, [Consulté le 27 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.college-de-france.fr/site/mireille-delmas-marty/symposium-2007-12-14-11h30.htm

Pessina-Dassonville, S.,

- « La protection des savoirs traditionnels autochtones (associés aux ressources génétiques) et les sirènes de la propriété intellectuelle », *in* Congrès de l'International Society of Ethnobiology, (dir.) Dounias, E., *Revue Lamy Droit de l'immatériel,* 2013/93, p. 118.

VIII. ARTICLES

Abbas, M.Z.,

- « Treatment of the novel COVID-19 : why Costa Rica's proposal for the creation of a global pooling mechanism deserves serious consideration ? », *Journal of Law and the Biosciences,* Vol. 7, No. 1, January-June 2020.

Abdoolkarim, S.,

- « COVID-19 vaccine affordability and accessibility », *The Lancet,* Vol. 395, No. 10240, June 2020, p. 1822.

Aerts, R., Nyssen, J., Haile, M.,

- « On the difference between "exclosures" and "enclosures" in ecology and the environment », *Journal of Arid Environments,* Vol. 73, No. 8, 2009, p. 762-763.

Aguilar, G.,

- « Access to genetic resources and protection of traditional knowledge in the territories of indigenous peoples », *Environmental Science & Policy*, Vol. 4, No 4-5, 2001, pp. 241-256.

Alchian, A., Demsetz, H.,

- « The Property Right Paradigm, The Journal of Economic History », *The Tasks of Economic History,* Vol. 33, No. 1, 1973, pp. 16-27.

Allaire, G.,

- « Les communs comme infrastructure institutionnelle de l'économie marchande », [En ligne], *Revue de la régulation*, No. 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10546

Amblard, P.,

- « Le droit d'auteur au service d'un partage maîtrisé des contenus en ligne », [En ligne], *Bulletin des bibliothèques de France*, No. 5, 2006, p. 44-48.

Aoki, K.,

- « Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-so-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection », *Indiana Journal of Global Legal Studies,* Vol. 6, No. 1, Article 2, 1998, pp. 11-58.

Arhel, P.,

- « Propriété intellectuelle. Approche ADPIC-Plus : l'exemple de l'Accord de libre-échange entre les Etats-Unis et le Maroc », *Propriété industrielle,* LexisNexis, No. 1, 2008.

Azzaria, G.,

- « Les logiciels libres à l'assaut du droit d'auteur », *Les Cahiers de propriété intellectuelle,* Vol. 16, No. 2, 2003, pp. 405-428.

Azzi, T.,

- « *Open data* et propriété intellectuelle », *Recueil Dalloz,* 2017, p. 583.

Benabou, V.L.,

- « La loi pour une République numérique et la propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT,* 2016, p. 531.

Benkler, Y.,

- « 'Sharing Nicely' : On Shareable Goods and the Emergence of Sharing as a Modality of Economic Production », *Yale Law Journal,* Vol. 114, No. 273, 2004, pp. 273-358.

Berque, A.,

- « Tétralemme et milieu humain : la mésologie à la lumière de Yamauchi », [En ligne], *Ebisu,* Vol. 49, 2013, p. 57-71. [Consulté le 14 janvier 2020]. Disponible à l'adresse : http://journals.openedition.org/ebisu/731

- « Milieu et identité humaine », *Annales de géographie,* Persée, T. 113, No. 638-639, 2004, pp. 385-399.

Berthet, E., Dhenne, M., Vial, L.,

- « COVID-19 : Comment mettre en œuvre la licence d'office », *De Boufflers*, 2020.

Bertrand, A.,

- « Internet et droit d'auteur », *Dalloz Action, Droit d'auteur*, Chapitre 212, 2010.

Binctin, N.,

- « Le statut juridique des informations non appropriées », *LEGICOM,* Vol. 1, No. 49, 2013, pp. 29-40.

Blakeney, M.,

- « Communal Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples in Cultural Expressions », *The Journal of World Intellectual Property,* 1998, pp. 985-1002.

Bleil, S.,

- « Avoir un visage pour exister publiquement : l'action collective des sans terre au brésil », *Réseaux*, No. 129-130, 2005, pp. 123-153.

Bortolotto, C.,

- « L'Unesco comme arène de traduction. La fabrique globale du patrimoine immatériel », [En ligne], *Gradhiva,* No. 18, 2013. [Consulté le 09 décembre 2013]. Disponible à

l'adresse : http://gradhiva.revues.org/2708

Bouche, N.,

- « La protection du savoir-faire », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution,* 2015, p. 346.

Bourdarot, M.,

- « Licence globale - Echanges de contenus audiovisuels sur Internet », *Communication Commerce électronique*, No. 7-8, 2010.

Bourg, D., Buclet, N.,

- « L'économie de fonctionnalité. Changer la consommation dans le sens du développement durable », *Futuribles*, No. 313, 2005, pp. 27-37.

Bourgeois, M., Cousin, G.,

- « Les apports de la loi pour une République numérique en matière de propriété intellectuelle », *La Semaine juridique Entreprise et Affaires, LexisNexis,* No. 49, 2016, p. 32.

Boyle, J.,

- « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, 2003, pp. 33-74.

Broca, S., Coriat, B.,

- « Le logiciel libre et les communs. Deux formes de résistance et d'alternative à l'exclusivisme propriétaire », *Revue internationale de droit économique,* Tome. XXIX, No. 3, 2015, pp. 265-284.

Bromberger, C.,

- « "Le patrimoine immatériel" entre ambiguïtés et overdose », *L'Homme*, No. 209, 2014, pp. 143-151.

Bronzo, N.,

- « Le droit moral de l'inventeur », *Propriété industrielle*, No. 6, Juin 2013.

Bruguière, J.M.,

- « "Droits patrimoniaux" de la personnalité », *RTD Civ*., 2016, p. 1.

- « L'immatériel à la trappe ? », *Recueil Dalloz,* 2006, p. 2804.

Brumann, C.,

- « Comment le patrimoine mondial de l'Unesco devient immatériel », [En ligne], *Gradhiva*, No. 18, 2013. [Consulté le 09 décembre 2013]. Disponible à l'adresse : http://gradhiva.revues.org/2698

Burelli, T.,

- « Une 'aventure scientifique passionnante' d'ethnopharmacologie remise en cause par l'OEB - Brevetabilité et savoirs autochtones devant l'OEB », *Propriété industrielle,* LexisNexis, No. 7-8, étude 19, 2014.

Burst, J.J., Kovar, R.,

- « Brevets, savoir-faire et interdiction des ententes en droit communautaire », *in Brevets, Savoir-faire et Droit communautaire,* Extrait du JurisClasseur Commercial - Brevets d'invention, Paris, Litec, 1986.

Busingye, J., Keim, W.,

- « Un champ de bataille politique : négocier un espace protégé pour les savoirs autochtones et traditionnels dans le système capitaliste », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales*,* N. 195, Vol. 1, 2010, pp. 47-66.

Buydens, M.,

- « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *Revue internationale de droit économique,* Vol. XX, No. 4, 2006, p. 433-474.

Buydens, M., Dussollier, S.,

- « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *Communication Commerce électronique,* Chron. 22, No. 9, 2001.

Caron, C.,

- « République numérique rime avec exceptions et limitations au droit d'auteur », *Communication Commerce électronique, LexisNexis,* No. 11, 2016, p. 28.

- « Droit d'auteur – L'adage "les idées sont de libre parcours" utilisé pour sanctionner le plaideur paresseux », *Communication Commerce électronique*, No. 4, 2013.

- « Questions autour d'un serpent de mer », *Communication Commerce électronique*, No. 11, repère 10, Novembre 2009.

- « Le cuisinier et le droit d'auteur », *Communication Commerce électronique*, No. 3, Mars 2002, p. 35.

- « Droit moral et multimédia », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 8, 1995, pp. 44-53.

Cassier, M.,

- « Bien privé, bien collectif et bien public à l'âge de la génomique », *Revue internationale des sciences sociales*, No. 171, 2002, pp. 95-110.

Catala, P.,

- « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.,* 1984, pp. 15-31.

Cayron, J., Albarian, A.,

- « Financer la création culturelle par l'instauration d'un domaine public payant : le renouveau contemporain d'une notion ancienne », *LEGICOM,* Vol. 2, No. 36, 2006, pp. 117-131.

Chaigneau, A.,

- « Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique, T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 335-350. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-335.htm

Chan, L., Kirsop, B., Arunachalam, S.,

- « Towards Open and Equitable Access to Research and Knowledge for Development », *PLoS Medicine,* Vol. 8, No. 3, 2011.

Chanteau, J.P., et Labrousse, A.,

- « L'institutionnalisme méthodologique d'Elinor Ostrom : quelques enjeux et controverses », [En ligne], *Revue de la régulation*, No. 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10555

Chapman A.R.,

- « La propriété intellectuelle en tant que droit de l'Homme (obligations découlant de l'article 15 [1] [c] du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », *Bull. Droit d'auteur,* Unesco, Vol. XXXV, No. 3, 2001.

Chartier, R.,

- « Qu'est-ce qu'un livre ? Métaphores anciennes, concepts des lumières et réalités numériques », *Le français aujourd'hui*, No.178, 2012, pp. 11-26.

Clément-Fontaine, M.,

- « Sur la valeur juridique de la licence publique générale de GNU », *Multitudes*, No. 5, Vol. 2, 2001, pp. 78-81.

Çoban, A.,

- « Entre les droits de souveraineté des États et les droits de propriété : la régulation de la biodiversité », *A contrario,* 2004, Vol. 2, No.2, p. 138-166.

Cohen, J.,

- « Force et faiblesse de la reconnaissance », *Cités*, No. 54, 2013, pp. 164-166.

Coiffier, C.,

- « Fougères et autres éléments végétaux associés aux casse-têtes kanak ou l'art de communiquer sans parole », *Journal de la Société des Océanistes,* No. 136-137, 2013, pp. 133-148.

Collot, P.A.,

- « La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection *sui generis* », *Droit et Cultures*, Vol. 53, No. 1, 2007, pp. 181-209.

Cominelli, F.,

- « Le patrimoine culturel immatériel est-il un bien commun ? Le cas de la pierre sèche en France », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, 2012, pp. 83-92.

Coriat, B.,

- « Le retour des communs. Sources et origines d'un programme de recherche », *Revue de la régulation*, No. 14, 2013.

- « Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle », *Revue d'économie industrielle,* No. 99, 2002.

Cornu, M.,

- « La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. - Nouvel instrument au service du droit international de la culture », *Journal du droit international (Clunet),* LexisNexis, No. 3, 2006.

Cottier, T.,

- « The protection of genetic resources and traditional knowledge: towards more specific rights and obligations in world trade law », *Journal of International Economic Law*, 1998, pp. 555-584.

Cretois, P.,

- « La propriété repensée par l'accès », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique*,* T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 319-333. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-319.htm

Danaiya Usher, A.,

- « COVID-19 vaccines for all ? », *The Lancet,* Vol. 395, No. 10240, juin 2020, p. 1822.

Daragon, E.,

- « Etude sur le statut juridique de l'information », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 63.

Daverat, X.,

- « Tauromarchie et immatériel », *Communication Commerce électronique*, No. 2, étude 3, février 2014.

David, P., Foray, D.,

- « Une introduction à l'économie et à la société du savoir », *Revue internationale des sciences sociales,* Vol. 1, No. 171, 2002, pp. 13-28.

Daviet, B.,

- « Repenser le principe d'éducation comme bien public », *Recherche et prospective en éducation : réflexions thématiques*, Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture, Vol. 17, juillet 2017.

Dawkins, K.,

- « Intellectual property rights and the privatization of life », *GeneWatch,* 1999.

De Jong, F.,

- « Le secret exposé. Révélation et reconnaissance d'un patrimoine immatériel au Sénégal », [En ligne], *Gradhiva*, No. 18, 2013. [Consulté le 09 décembre 2013]. Disponible à l'adresse : http://gradhiva.revues.org/2722

De Moncuit, G.,

- « Les relations entre contrefaçon et parasitisme », *Revue Concurrentialiste,* 2014.

Del Rey, M.J.,

- « La notion controversée de patrimoine commun », *Dalloz,* 2006, pp. 388-389.

Demsetz, H.,

- « Toward a Theory of Property Rights », *The American Economic Review,* Vol. 57, No. 2, 1967, pp. 347-359.

Dinesh, S.,

- « Intellectual Property and Human Rights », *Indian Journal of Applied Research*, Vol. 5, 2015, p. 305.

Douai, A.,

- « De la dimension politique de la propriété et des institutions : apports et limites de l'approche d'E. Ostrom », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique, T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 301-317. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-301.htm

Dusollier, S.,

- « Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering », *Chicago-Kent*

Law Review, Vol. 82, No. 3, 2007, pp 1391-1435.

- « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives », *Propriétés Intellectuelles,* No. 25, 2007, pp. 443-452.

- « The master's tools v. the master's house: Creative commons v. copyright », *Columbia Journal of Law and the Arts,* Vol. 29, 2006, pp. 271-293.

- « Technology as an imperative for regulating copyright: From the public exploitation to the private use of the work », *European Intellectual Property Review*, Vol. 27, No. 6, 2005, pp. 201-204.

- « Open source and copyleft: authorship reconsidered ? », *Columbia Journal of Law and the Arts,* Vol. 26, 2003, pp. 281-296.

- « Les mesures techniques dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information : un délicat compromis », *LEGICOM*, Vol. 25, No. 2, 2001, pp. 75-86.

Dusollier, S., Pouillet, Y., Buydens, M.,

- « Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. XXXIV, No. 4, 2000.

Dutfield, G.,

- « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law,* Vol. 33, No. 2, 2001, pp. 233-275.

Edelman, B.,

- « La main et l'esprit », *Dalloz*, 1980, p. 43.

Engel, P.,

- « Peut-il y avoir des savoirs collectifs ? », *Cahiers philosophiques,* Vol. 3, No. 142, 2015, pp. 93-106.

Evers, H.D., Kaiser, M., Muller, C.,

- « Savoir et développement : les appareils épidémiques dans le contexte mondial », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 67-82.

Filoche, G.,

- « Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité : un kaléidoscope juridique », *Droit et société,* Vol. 2, No. 72, 2009, pp. 433-456.

- « Droits collectifs et ressources renouvelables. L'élaboration des plans de gestion participative, entre détours conceptuels et retours au terrain », *Natures Sciences Sociétés*, Vol. 16, No. 1, 2007, pp. 12-22.

Forman, R., Anderson, M., Jit, M., Mossialos, E.,

- « Ensuring access and affordability through COVID-19 vaccine research and development investments : A proposal for the options market for vaccines », *Vaccine*, Elsevier, Vol. 38, No. 39, september 2020, pp. 6075-6077.

Foucault, M.,

- « Qu'est-ce qu'un auteur ? », *Bulletin de la Société française de philosophie,* No. 3, 1969, pp. 73-104.

Fraser, N.,

- « Justice sociale, redistribution et reconnaissance », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 152-164.

Gallego, A.,

- « Faut-il encore le dire ? Les idées sont de libre parcours », *Petites affiches*, No. 33, 2010.

Geiger, C.,

- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle. Quels remèdes pour la propriété littéraire et artistique ? », *Revue internationale de droit économique,* Vol. XX, No. 4, 2006, pp. 389-432.

Girard-Foley, P.,

- « La protection du secret commercial aux Etats-Unis - La révolution du DTSA », *Revue Francophone de la Propriété intellectuelle,* No. 3, Décembre 2016, pp. 37-46.

Glen, E.,

- « Cartographie participative autochtone et réappropriation culturelle et territoriale », *Espace populations sociétés,* Vol. 1, 2012, pp. 29-42.

Gordon, S.,

- « The Economic Theory of a Common-Property Resource : The Fishery », *The Journal of Political Economy,* The University of Chicago Press*,* Vol. 62, No. 2, 1954, pp. 124-142.

Graff, S.,

- « Quand combat et revendication kanak ou politique de l'État français manient indépendance, décolonisation, autodétermination et autochtonie en Nouvelle-Calédonie », *Journal de la Société des Océanistes,* No. 134, 2012, pp. 61-83.

Gray, S.,

- « Vampires Round the Campfire: Indigenous Intellectual Property Rights and Patent Laws », *Alternative Law Journal,* Vol. 22*,* No. 2, 1997, pp. 60-67.

Green, E.,

- « Protecting Participants, Empowering Researchers : Providing Access to Genomic Summary Results », [En ligne], *National Human Genome Research Institute,* novembre 2018. [Consulté le 18 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.genome.gov/news/news-release/Protecting-Participants-Empowering-Researchers-Providing-Access-to-Genomic-Summary-Results

Grimonprez, B.,

- « La fonction environnementale de la propriété », *RTD Civ.,* 2015, p. 539.

Groulier, C.,

- « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA,* 2005, pp. 1034-1040.

Gutmann, D.,

- « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens - Les ressources du langage juridique », *Arch. phil. droit,* Vol. 43, *Le droit et l'immatériel,* Sirey, 1999, pp. 65-78.

Haber, S.,

- « Hegel vu depuis la reconnaissance », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 70-87.

Hardin, G.,

- « The Tragedy of the Commons », *Science, New Series*, Vol. 162, No. 3859, 1968, pp. 1243-1248.

Haugen, H.M.,

- « Traditional Knowledge and Human Rights », *The Journal of World Intellectual Property,* Vol. 8, No. 5, 2005, pp. 663-677.

Helfer, L.R.,

- « Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property », *University of California, Davis,* Vol. 40, No. 971, 2007, pp. 973-1018

Heller, M.A.,

- « The Tragedy of the Anticommons : Property in the Transition from Marx to Markets », *Harvard Law Review,* Vol. 111, No. 3, 1998, pp. 621-688.

Hess, C.,

- « The Unfolding of the Knowledge Commons », *St Antony's International Review*, Vol. 8, No. 1, 2012, pp. 13-24.

Honneth, A.,

- « Invisibilité : sur l'épistémologie de la "reconnaissance" », *Réseaux*, No. 129-130, 2005, pp. 39-57.

- « La théorie de la reconnaissance : une esquisse », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 133-136.

Honneth, A., Foessel, M., Dilmaghani, D., Genel, K.,

- « La philosophie de la reconnaissance : une critique sociale », *Esprit*, 2008, pp. 88-95.

Honneth, A., Haber, S.,

- « Réification, connaissance, reconnaissance : quelques malentendus », *Esprit*, 2008, pp. 96-107.

Honneth, A., Halpern, C.,

- « La demande de reconnaissance n'est pas toujours justifiée », *Sciences Humaines*, No. 277, 2016, p. 17.

Hontebeyrie, A.,

- « Article 1167 la contrepartie illusoire ou dérisoire », *Revue des contrats*, No. 3, p. 757.

Ivens, M.,

- « Une histoire ordinaire des artistes », [en ligne], *Marges*, No. 6, 2007, pp. 19-30. [Consulté le 31 août 2019]. Disponible à l'adresse : https://journals.openedition.org/marges/623

Jeanneney, J.N.,

- « La culture gratuite ? Illusions et hypocrisies », *Le Débat,* No. 146, 2007, pp. 165-170.

Kumbamu, A.,

- « La rencontre du savoir mondial : déqualification des agriculteurs, crise socioécologique, et diffusion de semences génétiquement modifiées à Warangal (Inde) », *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales*,* Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 31-45.

Lafargue, R.,

- « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation », *Les cahiers de la justice*, No. 2, Vol. 2, 2013, pp. 119-139.

Lallement, J.,

- « La propriété intellectuelle selon Walras : entre monautopole et majorat littéraire », *Œconomia*, Vol. 1-3, 2011, pp. 393-435.

Lankarani, L.,

- « La notion de dispersion en droit international des patrimoines culturels (immatériel, naturel et mondial) », *Journal du droit international* (Clunet), LexisNexis, No. 2, 2011, pp. 1-23.

Lask, E.,

- « La théorie des idées », *Philosophie,* Vol. 2, No. 105, 2010, pp. 9-27.

Latournerie, A.,

- « Droits d'auteur, droits du public : une approche historique », *L'Économie politique*, No. 22, 2004, pp. 21-33.

Laval, C.,

- « 'Commun' et 'communauté' : un essai de clarification sociologique », [En ligne], *Sociologies*, Dossiers, Des communs au commun : un nouvel horizon sociologique ? [Consulté le 01 juillet 2017]. Disponible à l'adresse : http://sociologies.revues.org/5677

Lazzeri, C., Caillé, A.,

- « La reconnaissance aujourd'hui. Enjeux théoriques, éthiques et politiques du concept », *Revue du M.A.U.S.S*, No. 23, 2004, pp. 88-115.

Leblic, I.,

- « Introduction : La part 'd'immatériel' dans les objets de culture dite 'matérielle' », *Le Journal de la Société des Océanistes,* No. 136-137, 2013*,* pp. 5-15.

Lemarchand, S., Fréget, O., Sardain, F.,

- « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés Intellectuelles,* No. 6, 2003.

Lemonnier, P.,

- « De l'immatériel dans le matériel… et réciproquement ! Techniques et communication non verbale », *Journal de la Société des Océanistes,* No. 136-137, 2013*,* pp. 15-26.

Lenclud, G.,

- « La tradition n'est plus ce qu'elle était », *Terrain*, 1987, pp. 110-123.

Le Stanc, C.,

- « La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste : observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des "créations réservées" », *Recueil Dalloz,*1993, p. 4.

Le Tourneau, P.,

- « L'illustre Gaudissart était visionnaire ! De la nécessité de protéger les idées apportant un avantage concurrentiel, soit indirectement par le parasitisme, soit de préférence par un droit sui generis spécifique à créer », *Communication Commerce électronique*, No. 10, 2017.

- « Folles idées sur les idées », *Communication commerce électronique*, No 2, 2001.

Lessig, L.,

- « Open Code and Open Society : Values of Internet Governance », *Chicago Kent Law Review*, Vol. 74, 1999, pp. 101-116.

Loiseau, G.,

- « Droits de la personnalité », *Légipresse*, Dalloz, 2013, p. 58.

- « Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français », *Revue de droit de McGill*, juin 1997, p. 328.

Lphelan, A., Eccleston-Turner, M., Rourke, M., Meleche, A., Wang, C.,

- « Legal agreements : barriers and enablers to global equitable COVID-19 vaccine access », *The Lancet,* Elsevier, 2020.

Maciel, M., Albagli, S.,

- « Les sociétés du savoir vues des pays du Sud : les défis de l'apprentissage et de l'innovation au niveau local », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 117-129. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-117.htm

Macpherson, C.B.,

- « Democratic Theory: Essays in Retrieval, Clarendon », *Oxford University Press*, 1973, p. 125.

Mallet-Poujol, N.,

- « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

Maranda, P., Revolon, S.,

- « La cosmologie dans l'objet. L'immatériel exprimé dans les pirogues cérémonielles lau et owa (est des îles Salomon) », *Journal de la Société des Océanistes,* No. 136-137, 2013*,* pp. 27-42.

Masuzzo, P., Martens, L.,

- « Do you speak open science ? Resources and tips to learn the language », [En ligne], *PeerJ Preprints,* 2017, [Consulté le 16 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://doi.org/10.7287/peerj. preprints.2689v1

Mendoza-Caminade, A.,

- « Biodiversité et propriété intellectuelle : à la recherche d'un modèle juridique », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, No. 105, 2014, pp. 105-111.

Moglen, E.,

- « Anarchism Triumphant : Free Software and the Death of Copyright », *First Monday,*

Peer-Reviewed Journal on the Internet, Vol. 4, No. 8, 1999.

Morin, J.F.,

- « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », *Droit et Société*, No. 58, 2004, pp. 633-656.

- « Le droit international des brevets : entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *Études internationales,* Vol. 34, No 3, 2003, pp. 537-562.

Morin. O.,

- « Qu'est-ce que le naturalisme », [En ligne], *SociologieS,* Débats, Le naturalisme social, 2012. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://journals.openedition.org/sociologies/3809

Napolitano, G.,

- « Les biens publics et les "tragédies de l'intérêt commun" », *Dr. adm.,* No. 1, 2007.

Nijar, G.S.,

- « In Defence of Local Community Knowledge and Biodiversity : A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime », Penang (Malaisie), *Third World Network Paper 1*, 1996.

Nour, S.,

- « La reconnaissance : le droit face à l'identité personnelle », *Droit et société*, No. 78, 2011, pp. 355-368.

Nurit-Pontier, L.,

- « La garantie de l'intégrité patrimoniale au travers des règles de la responsabilité civile et de l'enrichissement sans cause », *Revue Juridique de l'Ouest*, 1993, pp. 465-490.

Oguamanam, C.,

- « Local Knowledge as Trapped Knowledge : Intellectual Property, Culture, Power and Politics », *The Journal of World Intellectual Property,* Vol. 11, No. 1, 2008, pp. 29-57.

Oliveri, N.,

- « Logiciel libre et open source : une culture du don technologique », *Quaderni,* No. 76, 2011, pp. 111-119.

Orsi, F.,

- « Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ? », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique, T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 371-385. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-371.htm

- « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », [En ligne], *Revue de la régulation*, No. 14, 2013. [Consulté le 16 février 2014]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10471

Ostrom, E.,

- « The Challenge of Common-Pool Resources », *Environment*, Vol. 50, No. 4, 2008, pp. 8-21.

- « A diagnostic approach for going beyond panaceas », *Proceedings of the National Academy of Sciences,* No. 104, Vol. 39, 2007.

Ostrom, E., Hess, C.,

- « A Framework for Analyzing the Knowledge Commons : a chapter from Understanding Knowledge as a Commons : from Theory to Practice », *Libraries' and Librarians' Publications,* 2005.

Ostrom, E., Marco, J., and John, A.,

- « Going Beyond Panaceas » *Proceedings of the National Academy of Sciences,* No. 104, Vol. 39, 2007.

Passy, F.,

- « Question de la propriété des inventions », *Journal des Economistes,* 1855, pp. 262-268.

Peneranda, A.,

- « Du public aux commons regards croisés sur Ostrom et Simon », *Revue de l'organisation responsable,* Vol. 7, No. 2, 2012, pp. 24-30.

Petersen, E., Wejse, C., Alimuddin, Z.,

- « Advancing COVID-19 vaccines – avoiding different regulatory standards for different vaccines and need for open and transparent data sharing », *International Journal of Infectious Diseases,* Elsevier, Vol. 98, sept. 2020, p. 501.

Pollaud-Dulian, F.,

- « Droit moral et droits de la personnalité », *La Semaine Juridique Edition Générale,* No. 29, 27 juillet 1994.

Préfontaine, L., Drouin, N., Ben Mansour, J.,

- « Les sept jalons d'une gestion du savoir efficace », [En ligne], *Revue française de gestion*, 2009, Vol. 7, No. 197, p. 15-33. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2009-7-page-15.htm

Pushpangafhan, P.,

- « Tribal and Rural Farmer-Conservers », *Agrobiodiversity and Farmers'Rights,* MS Swaminathan Research Foundation, Proceedings No. 14, 1996.

Ram, N.,

- « Science as Speech », [En ligne], *Iowa Law Review*, Vol. 102, 2017, pp. 1187-1237, [Consulté le 12 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=3012034

Ratuva, S.,

- « La marchandisation des savoirs culturels – La science occidentale au service des grandes entreprises et les savoirs autochtones du Pacifique », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 179-190. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-179.htm

Renouard, A.C.,

- « Théorie du droit des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence,* T. 5, 1837, pp. 241-274.

Revet, T.,

- « L'incorporel en droit des biens », *Revue Lamy Droit civil,* Vol. 11, No. 65, 2009.

Rochfeld, J.,

- « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux « communs » ? », [En ligne], *in Repenser la propriété,* Revue internationale de droit économique, T. XXVIII, No. 3, 2014, pp. 351-369. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-3-page-351.htm

Rose, C.M.,

- « The Comedy of the Commons : Commerce, Custom, and Inherently Public Property », *Faculty Scholarship Series,* No. 1828, 1986.

Roué, M., Nakashima, D.,

- « Knowledge and foresight : the predictive capacity of traditional knowledge applied to environmental assessment », *International Social Science Journal*, Vol. 54, No. 173, 2002, pp. 337-347.

Samuelson, P.,

- « The Pure Theory of Public Expenditure », *The Review of Economics and Statistics,* Vol. 36, No. 4, 1954, pp. 387-389.

Savarit, I.,

- « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA,* 1998, pp. 305-314.

Schultz, J., Urban, J.,

- « Protecting Open Innovation : The Defensive Patent License as a New Approach to Patent Threats, Transaction Costs, and Tactical Disarmament », *Harvard Journal of Law & Technology,* Vol. 26, No. 1, 2012.

Shaver, L.,

- « The Right to Science and Culture », [En ligne], *Wisconsin Law Review,* No. 1, 2010, pp. 121-184. [Consulté le 15 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://ssrn.com/abstract=1354788

Stehr, N., Ufer, U.,

- « La répartition et la diffusion mondiales du savoir », [En ligne], *in Le savoir mondial*, Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 9-29, [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-9.htm

Stothers, C., Morgan, A.,

- « IP and the supply of COVID-19 related drugs. », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 15, No. 8, August 2020, pp. 590-593.

Stucke, M., Ezrachi, A.,

- « COVID-19 and competition – aspiring for more than our old normality ? », *Journal of Antitrust Enforcement,* Vol. 8, No. 2, July 2020, pp. 313-315.

Tcherkézoff, S.,

- « La valeur immatérielle des nattes fines de Samoa : une monnaie au sens maussien », *Journal de la Société des Océanistes,* No. 136-137, 2013*,* pp. 43-62.

Thibierge, C.,

- « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.*, No. 9, Chron., 2004, pp. 577-582.

Thomas, F.,

- « Biodiversité, biotechnologies et savoirs traditionnels. Du patrimoine commun de l'humanité aux ABS », *Tiers-Monde,* Vol. 47, No. 188, 2006, pp. 825-842.

Tjibaou, J.M., Guiart, J.,

- « Recherche d'identité mélanésienne et société traditionnelle », *Journal de la Société des océanistes,* Vol. 32, No. 53, 1976. pp. 281-292.

Trottein, S.,

- « L'idée des artistes : Panofsky, Cassirer, Zuccaro et la théorie de l'art », *RACAR,* No. 2, 2012, pp. 19-26.

Tsosie, R.,

- « Indigenous Peoples' Claims to Cultural Property : A Legal Perspective », *Museum Anthropology*, Vol. 21, No. 3, pp. 5-11.

Ulmer, E.,

- « La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateurs en particulier », *RIDA*, 1972, p. 47 et s.

Van Laerhoven, F., Ostrom, E.,

- « Traditions et évolutions dans l'étude des communs », [En ligne], *Revue de la régulation,* No. 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10423

Vanuxem, S.,

- « La tentative PIPRA (Public Intellectual Property Resource for Agriculture). Un "commun" en propriété intellectuelle sur les biotechnologies agricoles ? », [En ligne], *Revue internationale de droit économique,* 2014, No. 2, T. XXVIII, pp. 235-259. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2014-2-page-235.htm

- « Les choses saisies par la propriété. De la chose-objet aux choses-milieux », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 64, 2010, pp. 123-182.

Vivant, M.,

- « La propriété intellectuelle : nouvelles formes et nouveaux enjeux », *Sociétés politiques comparées*, No. 45, mai-août 2018.

- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *Revue internationale de droit économique,* T. XX, No. 4, 2006, pp. 361-388.

Von Caemmerer, E.,

- « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », *Revue internationale de droit comparé*, 1966, pp. 573-592.

Wachowicz, M.,

- « Open Access to Scientific Innovation as a Means to Combat COVID-19 », *GRUR International*, Vol. 69, No. 8, August, 2020, p. 783.

Wang, H., Thorns, D.,

- « Les différentes formes de savoir et l'adaptation des immigrés chinois qualifiés à la société du savoir néo-zélandaise », [En ligne], *in Le savoir mondial,* Revue internationale des sciences sociales, Vol. 1, No. 195, 2010, pp. 103-115. [Consulté le 13 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-103.htm

Warusfel, B., Dhenne, M.,

- « La propriété intellectuelle face à l'ingénierie inverse », *Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle,* 2016, pp. 20-32.

Weinstein, O.,

- « Comment comprendre les « communs » : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », [En ligne], *Revue de la régulation*, No. 14, 2013. [Consulté le 13 janvier 2016]. Disponible à l'adresse : http://regulation.revues.org/10452

Xifaras, M.,

- « Le *copyleft* et la théorie de la propriété », *Multitudes*, No. 41, 2010, pp. 50-64.

Yamey, G., Schäferhoff, R., Hatchett, R., Pate, M., Zhao, F., McDade, K.K.,

- « Ensuring global access to COVID-19 vaccines », *The Lancet,* Elsevier, Vol. 395, No. 10234, 2020, p. 1405.

Zenati-Castaing, F.,

- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 305 et s.

- « La propriété, mécanisme fondamental du droit »*, RTD Civ.*, 2006, p. 445.

Zerda-Sarmiento, A., Forero-Pineda, C.,

- « Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques », *Revue internationale des sciences sociales,* No. 171, 2002, pp. 111-127.

Zhou, Q.,

- « International collaboration for global accessibility of COVID-19 vaccines », *National Science Review,* Vol. 7, No. 8, August 2020, p. 1269.

IX. RAPPORTS, GUIDES, DOCUMENTS DE SYNTHESE

AIPPI (Association Internationale pour la Protection de la Propriété intellectuelle),

- « Droits des utilisateurs antérieurs », *Comité Spécial Q228 Brevets,* 23 avril 2014.

Anaya, J.,

- « Technical Review of Key Intellectual Property-Related Issues of the WIPO Draft Instruments on Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions », *WIPO*, IGC, 13th session, WIPO/GRTKF/IC/30/INF/10, 2016.

Assemblée nationale,

- « Dispositif de licence globale. perspectives », Question écrite avec réponse No. 2949, M. C. Vanesse - Ministère de la Culture et de la Communication, 13ème Législature, 14 août 2007.

Beffa, J.L.,

- *Regards sur l'économie contemporaine à travers le prisme de la propriété industrielle*, Rencontre-débat INPI, Doc. INPI, Service de la Communication, 4 décembre 2001.

Blakeney, M.,

- « Qu'est-ce que le savoir traditionnel? Pourquoi faut-il le protéger? Par qui doit-il être protégé? Pour qui? Comprendre la chaîne des valeurs », document établi pour la Table ronde sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels, *Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*, Genève, 1 et 2 novembre 1999, WIPO/IPTK/RT/99/3.

Cameron, C., Herrmann, J.,

- « Lignes directrices et renforcement des capacités pour la reconnaissance des valeurs associatives utilisant le critère (vi) du patrimoine mondial », Rapport final, *Centre du patrimoine mondial*, Janvier 2018.

CGDD (Commissariat Général au Développement Durable),

- « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en Outre-mer sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées », *Service de l'Economie, de l'Evaluation et de l'Intégration du Développement Durable (SEEIDD) du CGDD,* Etudes & documents, No. 48, 2011, 330 p.

Chapman, A.R.,

- « A Human Rights Perspective on Intellectual Property, Scientific Progress, and Access to the Benefits of Science », *in* OMPI, *Intellectual Property and Human Rights*, No. 762 (E), Genève, 1999.

Chouvin, E., Louai, S., Roussel, B.,

- « Prendre en compte les savoirs et savoir-faire locaux sur la nature - Les expériences françaises », *Institut du développement durable et des relations internationales (Iddri),* 2004, pp. 4-27.

Commission européenne,

- « H2020 Programme - Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020 », *Directorate-General for Research & Innovation,* 21 mars 2017.

- « Providing researchers with the skills and competencies they need to practice Open Science », *Open Science Skills Working Group Report,* Working Group on Education and Skills under Open Science, Juillet 2017.

- « Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au comité économique et social,* 29 novembre 2017.

- « Background Note on Open Access to Scientific Publications and Open Research Data », *Directorate General for Research and Innovation,* Brussels, 2016.

- « European Cloud Initiative - Building a competitive data and knowledge economy in Europe », *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee on the Regions,* Brussels, COM/2016/0178 final, 2016.

- « Publishing v. patenting », *European IPR Helpdesk,* 2015.

- « Tirer le meilleur parti du savoir-faire traditionnel de l'Europe : une possible extension de la protection de l'indication géographique de l'Union européenne aux produits non agricoles », Livre vert, 2014.

- « Commission Recommandation of 17 July 2012 on access to and preservation of scientific information », *Official Journal of the European Union,* 2012/417/EU, 2012.

- « Sharing knowledge : open access and preservation in Europe », *European Research Area,* 7th Framework Programme, reported by Swan, A., Brussels, 2010.

Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique,

- « Rapport de la mission sur la transposition de la directive 2012/28/UE sur les œuvres orphelines », 17 juillet 2014.

- « Rapport de la mission sur les enjeux de la définition et de la protection d'un domaine commun informationnel au regard de la propriété littéraire et artistique », 30 octobre 2015.

Convention sur la Diversité Biologique,

- « Consideration of an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance », *Group of Technical Experts on a Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance*, UNEP/CBD/GTE-ABS/1/2, 22-25 January 2007.

- « Élaboration des éléments de systèmes sui generis pour la protection des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales », *Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention sur la Diversité Biologique*, Grenade (Espagne), 4ème réunion, UNEP/CBD/WG8J/4/7, 23-27 janvier 2006.

- « Première phase révisée et deuxième phase du rapport de synthèse sur l'état et les tendances des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique », *Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée sur l'article 8 j) et les dispositions connexes à la Convention sur la Diversité Biologique*, 4ème réunion, Grenade (Espagne), UNEP/CBD/WG8J/4/4, 23-27 janvier 2006.

- « Composite Report on the Status and Trends Regarding the Knowledge Innovations and Practices of Indigenous and Local Communities - The advantages and limitations of registers », *Ad hoc open-ended inter-sessional working group on article 8 j) and related provisions of the Convention on Biological Diversity*, 4th meeting, Granada (Spain), UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9, 23-27 January 2006.

CORDIS,

- « Digital Repository Infrastructure Vision for European Research », [En ligne], *European Commission,* 2017. [Consulté le 5 juin 2020]. Disponible à l'adresse : https://cordis.europa.eu/project/rcn/86426/factsheet/fr

Correa, C.,

- « Traditional Knowledge and Intellectual Property : Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge », *Quaker United Nations Office*, Genève, 2001.

Cour des comptes européenne,

- « La conception et la gestion du système des indications géographiques garantissent-elles son efficacité ? », Rapport spécial n° 11/2011, 2011.

Creative Commons,

- « Defining "Noncommercial" – A Study of How the Online Population Understands "Noncommercial Use », [En ligne], septembre 2009, [Consulté le 10 décembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://wiki.creativecommons.org/Defining_Noncommercial

Cuntz, A.,

- « Droit d'auteur et valorisation de la créativité : aller au-delà du revenu », *OMPI Magazine*, juin 2019.

Daes, E.I.,

- « Prévention de la discrimination et protection des peuples autochtones. Souveraineté permanente des peuples autochtones sur les ressources naturelles », *Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme*, 56ème session, Conseil économique et social des Nations unies, *E/*CN.4/Sub.2/2004/30 et Add.1., 2004.

- « Document de travail sur la notion de "peuple Autochtone" », Nations unies, Commission des droits de l'homme, juin 1996.

Desaunettes, L.,

- « La transposition de la directive "secret d'affaires" en droit français : une analyse de la Proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale », *Centre d'études internationales de la propriété intellectuelle (CEIPI),* No. 2018-03, 2018.

Direction générale de la Coopération internationale et du Développement et de la Direction du Trésor,

- « Les biens publics mondiaux », *Série Partenariats*, 2002.

Drahos, P.,

- « The universality of intellectual property rights: origins and development», *in* Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Intellectual Property and Human Rights,* No. 762, OMPI, Genève, 1999.

Downes, D., Laird, S.,

- « Innovation Mechanisms for Sharing Benefits of Biodiversity and Related Knowledge - Case Studies on Geographical Indications and Trademarks », *UNCTAD Biotrade Initiative,* 1999.

Dusollier, S.,

- « Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public », *OMPI*, *Comité du développement et de la propriété intellectuelle,* septième session, Genève, CDIP/7/INF/2, 2-6 mai 2011.

- « Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain », *Committee on Development and Intellectual Property, World Intellectual Property Organization*, CDIP/4/3/REV./STUDY/INF/1, 2010.

Ernst & Young Sociétés d'Avocats (avec le soutien de la DGE et de l'Observatoire de l'immatériel),

- *La protection du savoir-faire : Réflexion sur les pistes d'évolution du cadre juridique des actifs incorporels non éligibles à la protection par le Code de la Propriété Intellectuelle*, 5 mai 2015.

Giovannuncci, D., Josling, T., Kerr, W., O'Connor, B., Yeung, M.T., (dir.),

- *Guide des indications géographiques - Faire le lien entre les produits et leurs origines,* Centre du commerce international, Genève, 2009.

Goldstein, J.A.,

- « Protéger les technologies tirées de la forêt tropicale de manière équitable », *OMPI Magazine*, février 2019.

Hadopi,

- « Accès aux œuvres sur internet : l'Hadopi engage l'analyse d'un système de rémunération proportionnelle du partage », *Actualités de l'Hadopi*, 27 juin 2013.

ICC (International Chamber of Commerce),

- « The ICC Intellectual Property Roadmap : current and emerging issues for business and policymakers », 13ème éd., 2017.

INPI (Institut National de la Propriété Intellectuelle),

- « Définition des termes essentiels », *Guide du consortium dans le numérique,* 2017.

Lescure, P.,

- « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », *Mission "Acte II de l'exception culturelle"*, mai 2013, p. 460.

Mark Devis, R., Van den Berkhof, E.,

- « Combler les lacunes dans le domaine des connaissances relatives à la propriété

intellectuelle dans les pays en développement », *OMPI Magazine*, avril 2013.

National Institutes of Health (NIH),

- « National Institutes of Health Genomic Data Sharing Policy », août 2014.

OCDE (Organisation de coopération et de développement économiques),

- *Mesurer les économies fondées sur le savoir*, OCDE, Paris, 1999.

OMC (Organisation mondiale du commerce),

- « Modification des règles de l'OMC en matière de propriété intellectuelle afin de faciliter l'accès des pays pauvres à des médicaments abordables », *Nouvelles 2017*, 2017.

- « Draft Modalities for TRIPS Related Issues », *Trade Negociation Committee,* TN/C/W/52, 19 July 2008.

- « Protection des savoirs traditionnels et du folklore », *Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce,* IP/C/W/370/Rev.1, 9 mars 2006.

- « The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity », *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,* IP/C/W/368/Rev.1, 8 February 2006.

- « Relation entre l'accord sur les ADPIC, la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels – Amendement de l'accord sur les ADPIC en vue d'instaurer une obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet », *Conseil général des ADPIC,* IP/C/W/473, 14 juin 2006.

- « Article 27.3(b), the Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity, and the Protection of Traditional Knowledge - Communication from Switzerland » and « Proposals by Switzerland Regarding the Declaration of the Source of Genetic Resources and Traditional Knowledge in Patent Applications », *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,* IP/C/W/400/Rev.1, 18 June 2003.

- « Relationship between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge », *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,* IP/C/W/356, 24 june 2002.

- « Communication from the European Communities and their Member States », *Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,* IP/C/W/383, 17 october 2002.

OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle),

- « Compilation of Information on National and Regional *Sui Generis* Regimes for the Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions », Janvier 2021.

- « WIPO Re:Search accueille un 150e membre dans la lutte contre les maladies tropicales

négligées, le paludisme et la tuberculose », [En ligne], Genève, PR/2021/873, 11 janvier 2021, [Consulté le 23 avril 2021]. Disponible à l'adresse : https://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2021/article_0001.html

- « WIPO Pearl intègre de nouveaux termes relatifs à la COVID-19 pour soutenir l'innovation dans la lutte contre la pandémie ; cette terminologie pourra être téléchargée et utilisée par des tiers gratuitement », Genève, PR/2020/864, septembre 2020.

- « Présentation de WIPO PROOF : entretien avec Francis Gurry », *OMPI Magazine*, No. 2, Juin 2020.

- « Propriété intellectuelle, innovation, accès et COVID-19 », *OMPI Magazine*, No. 2, Juin 2020.

- « Propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », Genève, 2020.

- « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles », 39ème session, Genève, 18-22 mars 2019.

- « The Geography of Innovation : Local Hotspots, Global Networks », *Publications de l'OMPI*, 2019.

- « La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes », 38ème session, Genève, 10-14 décembre 2018.

- « Recommandation commune concernant l'utilisation de bases de données pour la protection défensive des ressources et des savoirs traditionnels qui y sont associés », 38ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/38/11, 10-14 décembre 2018.

- « Documenting Traditional Knowledge – A Toolkit », *WIPO's Traditional Knowledge Division*, 2017.

- « Indications géographiques », *Publication OMPI*, No. 952F, 2017.

- « Key questions on Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge », *World Intellectual Property Organization,* Geneva, 2017.

- « Protect and Promote Your Culture - A Practical Guide to Intellectuel Property for Indigenous Peuples and Local Communities », *WIPO's Traditional Knowledge Division,* Geneva, 2017.

- « Trouver des exemples de savoirs traditionnels pour favoriser le débat sur les objets qui devraient bénéficier d'une protection et ceux qu'il n'est pas prévu de protéger », *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore,* 34ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/34/13, 12-16 juin 2017.

- « Proposition de mandat pour l'étude du secrétariat de l'OMPI sur les mesures visant à éviter la délivrance de brevets indus et sur le respect des systèmes existants d'accès et

de partage des avantages », *Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore,* 33ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/30/8, 30 mai - 3 juin 2016.

- « Participation des communautés autochtones et locales : Fonds de contributions volontaires », *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, 29ème session, Genève, 15-19 février 2016, WIPO/GRTKF/IC/29/3.

- « Propriété intellectuelle et savoirs médicaux traditionnels », *Dossier d'information,* No. 6, 2016.

- « Exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : concession de licences obligatoires et utilisation par les pouvoirs publics », *Comité permanent du droit des brevets*, 21ème session, SCP/21/4 REV, 3-7 novembre 2014.

- « La protection des savoirs traditionnels : Projets d'articles », *Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore,* 28ème session, WIPO/GRTKF/IC/28/5, 7 et 9 juillet 2014.

- « Résumé de l'analyse comparative des approches nationales en matière de renonciation volontaire au droit d'auteur », *Comité du développement et de la propriété intellectuelle*, treizième session, Genève, CDIP/13/INF/6, 23 mai 2014.

- « Document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques », [En ligne], 7 février 2014. [Consulté le 3 juin 2020]. Disponible à l'adresse : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_26/wipo_grtkf_ic_26_ref_facilitators_document_rev_2.pdf

- « Exceptions et limitations relatives aux droits de brevets : utilisation antérieure », Comité permanent du droit des brevets, 20ème session, Genève, SCP/20/6, 27 et 31 janvier 2014.

- « Guide de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur la fixation des savoirs traditionnels », [En ligne], 1er novembre 2012. [Consulté le 3 juin 2020]. Disponible à l'adresse : http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/fr/resources/pdf/tk_toolkit_draft.pdf

- « Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux expressions culturelles traditionnelles », *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore,* 19ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/19/INF/7, 18-22 juillet 2011.

- « La protection des savoirs traditionnels : synthèse des options de politique générale et des éléments juridiques », septième session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/7/6, 1er-5 novembre 2004.

- « Projet d'étude technique sur les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels », *Assemblée générale de l'OMPI,* 30ème session, Genève, 22 septembre – 1er octobre 2003.

- « Renseignements sur les expériences nationales en matière de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle », cinquième session, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2, 7-15 juillet 2003.

- « Synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental », *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore,* 5ème session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/5/12, 7-15 juillet 2003.

- « Inventaire des bases de données existantes en ligne contenant des documents sur les savoirs traditionnels », *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, troisième session, Genève, WIPO/GRTKF/IC/3/6, 13-21 juin 2002.

- « Access to the Benefits of Science », *OMPI, Intellectual Property and Human Rights*, No. 762, Genève, 1999.

- « Committee of Non-Governmental Experts on the "Domaine Public Payant" », *Copyright*, No. 6, Juin 1982.

Putz, J.L.,

- « L'immatériel et les biens »*, Rapport luxembourgeois*, 2013.

Roussel B.,

- « La Convention sur la diversité biologique : les savoirs locaux au cœur des débats internationaux »*, Les synthèses de l'Iddri* (2), Paris, Iddri, 2003.

Smith, J., Gay, R., Montagnon, R.,

- « Open innovation – Embracing collaboration », *OMPI Magazine*, No. 2, Juin 2020.

Tepedino, G., Renteria, P., et *al*.,

- « Rapport brésilien – réponses au questionnaire No. 1 : "bien et immatériel" », *Journées internationales de l'Association Henri Capitant*, 2014.

UNESCO (Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture),

- « Vers les sociétés du savoir », *rapport mondial de l'Unesco*, 2005.

- « Pour une protection juridique du folklore ? », *Bulletin du droit d'auteur,* Vol. 22, No. 4, octobre-décembre 1998.

U.S Government Publishing Office,

- « Identifications of countries that deny adequate protection, or market access, for intellectual property rights », *United States Code*, Section 2242.

Vézina, B.,

- « La propriété intellectuelle au service de la lutte contre l'appropriation culturelle dans

le secteur de la mode », *OMPI Magazine*, août 2019.

Wendland, W.,

- « Protection des savoirs autochtones : point de vue personnel sur les négociations internationales à l'OMPI », *OMPI Magazine*, No. 6, Décembre 2019.

Williams S., Quéau, P., Puri, K.,

- « Unesco, Sources - Razzia sur les idées *» Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture*, No. 117, 1999.

INDEX JURISPRUDENTIEL

(Chiffres et numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

Conseil constitutionnel

Cons. const., 27 juillet 2006, déc. No. 2006-540 DC : **182**.
[Qualification des droits de propriété intellectuelle en tant que droits de propriété]

Cons. const., 3 avril 2003, déc. No. 2003-468 DC : **822**.
[Exception au principe de l'égalité de traitement]

Cons. const., 27 juillet 1994, déc. No. 343-344 DC : **31**.
[La dignité en tant que principe à valeur constitutionnelle]

Cons. const., 25 juillet 1989, déc. No. 89-256 DC : **290**.
[Fonction sociale du droit de propriété]

Juridictions de l'ordre civil

Juridictions de première instance

TGI Paris, 20 septembre 2011, *Propr. intell*. 2011, No. 41, p. 392, obs. Lucas : **752**.
[Exclusion du savoir-faire de la protection par le régime des œuvres de collaboration]

TGI Bobigny, 28 novembre 2006, *propr. intell*. 2007, No. 23, p. 202, obs. Bruguière : **750**.
[Elaboration d'un parfum cantonnée à une opération inventive à caractère purement technique et à un savoir-faire non protégeable (non)]

TGI Paris, 3ème ch. 12 février 2003, *Légipresse*, 2003, I, p. 44. : **634**.
[La création d'images d'un jeu vidéo constitue un savoir-faire protégeable]

TGI Paris, 3ème ch. 2e sect., 14 juin 2002, *Cahen c/ Maxima*, CCE sept. 2002 : **231**.
[Protection juridique des méthodes boursières (non)]

TGI, Paris, 31 mai 2000, *Eidmann c. Strulik* : **605**.
[Droit de possession personnelle antérieure et condition de la bonne foi]

TGI Créteil, 1ère ch. 4 mai 1999, *RIDA*, 4/1999, p. 213 : **736**.
[Exclusion du savoir-faire de la protection par le droit d'auteur]

TGI Paris, 1ère ch., 26 avril 1989, *Gaz. Pal*. 1989, 2, p. 425 : **736**.
[Exclusion de la protection par le droit d'auteur d'une technique de coupe de cheveux]

TGI Créteil, 1ère ch. 22 novembre 1989, *D*. 1991, comm. p. 90, obs. Colombet : **634**.
[Exclusion du savoir-faire de la protection par les droits de propriété intellectuelle]

TGI, 1967, *Citroën c. Valestre et Auto Journal* : **741**.
[Cumul de la protection juridique du secret et du droit d'auteur (oui)]

Trib. civ. Marseille, 11 avril 1957, *D*. 1957. 369 : **229**.
[Conditions relatives à l'originalité de la création dans le domaine de la science archéologique]

Trib. civ. Seine, 26 juillet 1933 : **816**.
[Dérogation au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre de l'esprit]

Trib. com. Marseille, 19 décembre 1902, aff. *Mane c. Lafitte* : **816**.
[Dérogation au droit au respect de l'intégrité de l'œuvre de l'esprit]

Juridictions d'appel

CA Paris, 8 novembre 2016, No. 14/15008 : **229**.
[Non-brevetabilité des « découvertes scientifiques théoriques »]

CA Amiens, 29 janvier 2014, No. 13/00189 : **212**.
[Distinction entre savoir-faire pratique et savoir théorique]

CA Paris, 2ème ch., 23 mars 2012, *D.* 2012. 1060. obs. Manara : **320**.
[Objectif de rentabilisation de l'investissement par le droit sui generis reconnu au producteur d'une base de données]

CA Nouméa, 22 août 2011, 10/531 et 10/532 : **941**.
[*Personnalité juridique des kanak (oui)]*

CA Paris, 4ème ch. 13 février 2009, *RTD com*, 2009, p. 305, obs. Pollaud-Dullian : **812**.
[Interdiction pour l'auteur de renoncer à son droit moral par des mesures contractuelles contenant des termes généraux]

CA Rennes, 2ème ch., 1er avril 2008, jurisdata n° 2008-002126 : **736**.
[Exclusion de la protection par le droit d'auteur d'une mission d'ingénierie et d'études techniques]

CA Paris, 4ème ch. 24 septembre. 2008, *Propr. intell*. 2009, n° 30, p. 49. obs. J.M. Bruguière : **752**.

[Originalité au titre du droit d'auteur des conditions générales de vente de l'entreprise Venteprivée (non)]

CA Paris, 4ème ch. 12 janvier 2007, *Propr. intell*. 2007, p. 327, obs. A. Lucas : **468**.

[Autorisation d'une cession tacite des droits en matière de droit d'auteur]

CA Paris, 4ème ch. 11 janvier 2006, *Octapharma c. AETS, PIBD,* 2006 : **605**.

[Droit de possession personnelle antérieure et condition de la bonne foi]

CA Paris, 4ème ch. 22 avril 2005, *UFC Que Choisir c. Universal Pictures Video France* : **600**.

[Reconnaissance de la copie privée en tant qu'exception légale au droit d'auteur et non en tant que droit]

CA. Bruxelles, 25 mai 2004, *Test-Achats*, RG n° 2004/46/A : **600**.

[Reconnaissance de la copie privée en tant qu'exception légale au droit d'auteur et non en tant que droit]

CA Paris, 14 mai 2003, *JCP*, 2003, 1627, obs. Caron. : **500**.

[Distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale]

CA Versailles, 13ème ch. 18 novembre 1999, *Comm. com. éléctr*. 2000. comm. 16, note Caron : **634**.

[La création d'images d'un jeu vidéo constitue un savoir-faire protégeable]

CA Paris, 4ème ch. 20 septembre 1996, *RJDA*, 1996/12, 1566 : **232**.

[Constituent une idée concrétisée les données techniques dans des tableaux]

CA Lyon, 3ème ch.13 janvier 1995, Jurisdata n° 1995-043330 : **240**.

[Savoir-faire commercial]

CA Paris, 9 avril 1992, *PIBD*, 1993, 532, III, p. 570 : **697**.

[Faute constitutive d'un agissement parasitaire]

CA Paris, 4ème ch. 16 juin 1988, *SA Maison du café c/ SA Capro Brasil*, Jurisdata n° 1988-027966 : **477**.

[Nullité du dépôt à titre de marque individuelle d'une indication géographique]

CA Lyon, 24 février 1988, *RDPI,* 1988, p. 65 : **675**.

[Vol par la soustraction de formules de fabrication confidentielles]

CA Paris, 12 décembre. 1988, *RIDA*, 1989, No. 141, p. 266 : **915**.
[Constitue un délit l'absence de paiement de la rémunération pour copie privée]

CA Paris, 14ème ch., 29 octobre 1987, *JCP G*, 1988, I, 3376, No. 22, obs. Edelman : **166**.
[Cession des droits patrimoniaux du salarié à l'employeur]

CA Paris, 13 mars 1986, *Gaz. Pal*. JP, p. 239 : **537**.
[Exclusion de la protection juridique des idées]

CA Paris, 4ème ch. 19 février 1986, *Polypak c. Parrochio, Annales,* 1987, p. 113 : **605**.
[Condition territoriale du droit de possession personnelle antérieure]

CA Paris, 9 novembre 1984, *Annales*, 1984, p. 147 : **752**.
[Protection par le droit d'auteur du patinage artistique, de la natation synchronisée et d'un mouvement de plongeon et culbutes sur un trampoline]

CA Paris, 6 juin 1980 : **477**.
[Recevabilité d'un dépôt d'une marque lorsque le nom géographique ne constitue que le lieu d'établissement de l'entreprise sans aucune connotation de qualité]

CA Paris, 4ème ch., 14 février 1980, *United Artist c/ LMG*. : **231**.
[Protection juridique de l'idée d'humaniser le comportement des animaux (non)]

CA Paris, 4ème ch., 29 juin 1977, *MEO c/ Raibaut et Comité Miss France* : **231**.
[Protection juridique de l'organisation d'un concours de beauté (non)]

CA Paris, 11 mars 1977, *Ann. propr. ind*., 1977, p. 194 : **704**.
[Conclusion tacite d'un accord de confidentialité par l'apposition d'un timbre « secret »]

CA Paris, 12 juillet 1974, *Ann. propr. ind*., 1975, p. 182 : **750**.
[Exclusion du savoir-faire de la protection par le droit d'auteur]

CA Paris, 8 juillet 1972 : **750**.
[Protection juridique par le droit d'auteur d'une idée élaborée (oui)]

CA Paris, 1ère ch. 23 novembre 1970, *RIDA* 3/1971, p. 74 : **460**.
[Possibilité de revenir sur des accords librement discutés et conclus en se prévalant du caractère inaliénable du droit moral (non)]

CA Aix-en-Provence, 13 janvier 1958, *Benoît c/ Lallemand c/ Ed. de Paris* : **229**.
[Respect de la paternité des découvertes scientifiques]

CA Paris, 27 avril 1934, *DH* 1934, p. 385 : **182**.
[Obligation du propriétaire d'une œuvre d'art de la conserver ou de prêter aux opérations de la reproduction (non)]

CA Paris, 13 août 1931, *Etablissements Muller c. Masut* : **605**.
[Droit de possession personnelle antérieure et condition de la bonne foi]

CA Paris, 6 novembre 1841, *DP,* 1910, 2, 81 : **232**.
[Protection juridique d'une idée « concrète » (oui)]

Cour de cassation

Cass. civ. 1ère, 21 mars 2018, No. 17-14728 : **754**.
[Violation du droit moral relatif à une œuvre de collaboration]

Cass. com., 8 juin 2017, No. 15-22318 : **736**.
[Définition du savoir-faire]

Cass. crim., 22 mars 2017, No. 15-85.929 : **174**.
[Recevabilité du produit d'un travail intellectuel en tant qu'objet d'un abus de confiance]

Cass. com., 5 juillet 2016, No. 14-10.108 : **692**.
[Savoir-faire et agissements parasitaires]

Cass. civ. 1ère, 17 mars 2016, *Comm. Com. électr.,* 2016, comm. 38, note Caron : **890**.
[Existence d'un préjudice en l'absence d'une compensation monétaire de l'auteur en matière de copie privée]

Cass. com., 8 novembre 2016, No. 15-14.437 : **692**.
[Savoir-faire et agissements parasitaires]

Cass, com., 18 octobre 2016, No. 15-12.850 : **962**.
[Droit des brevets et contribution inventive]

Cass. crim., 20 mai 2015, No. 14-81336 : **675**.
[Vol de données informatiques]

Cass. com., 17 mars 2015, No. 13-15862 : **704**.
[Interprétation stricte de l'obligation de confidentialité]

Cass. civ. 1ère, 18 février 2015, No. 13-26.036 : **232**.
[Constitue une idée concrétisée une méthode de photofilmage dans des photographies]

Cass. com., 24 septembre 2013, No. 12-22.413 : **692**.
[Savoir-faire et agissements parasitaires]

Cass. civ. 1ère, 6 février 2013, *Propr. intell*. 2013, No. 47, p. 184, obs. Bruguière : **812**.
[Motifs sérieux et raisonnables nécessaires pour un refus de l'auteur de donner son accord pour des modifications et des adaptations de ses créations par une maison de couture]

Cass. civ. 1ère, 16 janvier 2013, No. 12-13.027 : **230**.
[Protection juridique des idées (non)]

Cass. civ. 1ère, 11 décembre 2013, *Comm. com. éléctr*. 2014, comm. 15, note Caron : **787**.
[Epuisement du droit de divulgation de l'auteur]

Cass. com., 26 juin 2012, No. 11-20.629 : **692**.
[Savoir-faire et agissements parasitaires]

Cass. com., 2 mai 2012, No. 11-14.289 : **632**.
[Relativité du secret]

Cass. com., 14 février 2012, n° 10-27.873, *Sté DCM Friesland c/ Sté Kärcher* : **695**.
[Conditions pour intenter l'action en agissements parasitaires]

Cass. crim., 16 juin 2011, No. 10-85.079 : **675**.
[Vol par la reproduction d'informations]

Cass. com., 9 mars 2010, *Propr. intell*. 2010, p. 777, obs. Passa : **500**.
[Constitue une faute le simple fait de copier le produit d'un concurrent non protégé par des droits de propriété intellectuelle et la recherche d'une économie au détriment d'un concurrent (non)]

Cass. com., 19 janvier 2010, No. 08-15338 ; 08-16459 ; 08-16469 : **459**, **692**, **695**.
[Définition du parasitisme, théorie du fait distinct entre l'action en contrefaçon et l'action en agissements parasitaires, caractéristiques des savoirs protégeables par l'action en agissements parasitaires]

Cass. soc., 3 juin 2009, No. 07-44.255 : **212**.
[Distinction entre savoir-faire pratique et savoir théorique]

Cass. crim., 4 mars 2008, No. 07-84.002 : **174**, **675**.
[Vol de données informatiques]

Cass. com., 12 juin 2007, *JCP,* 2007, 10181, obs. Malaurie-Vignal : **500**.
[Action en concurrence déloyale et protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif]

Cass. civ. 1ère, 30 janvier 2007, No. 04-15.543 : **437**.
[Protection juridique de l'auteur ayant rédigé la suite d'une œuvre au nom de la liberté de création]

Cass. crim., 19 septembre 2006, *Propr. ind*., juillet-août 2007, p. 31, note Schmidt-Szalewski, J : **673**.
[Secret de fabrique et licéité des actes d'un salarié en l'absence d'une révélation]

Cass. civ. 1ère, 5 juillet 2006, No. 04-16.687 : **230**.
[Protection juridique des idées (non)]

Cass. civ. 1ère, 13 juin 2006, No. 02-44.718 : **750**.
[Protection par le droit d'auteur de la flagrance d'un parfum (non)]

Cass, civ. 1ère, 13 décembre 2005, *JCP*, 2006, p. 1092 : **697**.
[Constitue une faute de parasitisme le détournement d'un savoir-faire]

Cass. civ. 1ère, 19 octobre 2004, No. 02-16.057 : **695**.
[Théorie du fait distinct entre l'action en contrefaçon et l'action en agissements parasitaires]

Cass. crim., 22 septembre 2004, No. 04-80.285, *Bull. crim*., No. 18, D., 2005, p. 411, note De Lamy, B : **675**.
[Le détournement d'informations en tant qu'élément matériel de l'abus de confiance]

Cass. crim., 9 septembre 2003, No. 02-87098 : **174**.
[Vol de données informatiques]

Cass. crim., 14 novembre 2000, No. 99-84.522 : **174**.
[Constitue l'objet d'un abus de confiance le produit d'un travail intellectuel]

Cass. com., 26 mars 1996, JurisData n°1996-001397 : **240**.
[Savoir-faire commercial]

Cass. com., 4 janvier 1994, *RIDA*, No. 2, 1994, p. 220 : **889**.
[Licences légales et droit d'auteur]

Cass. civ. 1ère, 17 décembre 1991 No. 89-22.035 : **809**.
[Portée du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre]

Cass. civ. 1ère, 14 mai 1991, *RIDA*, 1992, 1, p. 272, note Sirinelli : **808**.
[Interdiction d'utiliser le droit de retrait ou de repentir à des fins patrimoniales]

Cass. civ. 1ère, 2 mai 1989, No. 87-17.657 : **736**.
[Exclusion de la protection par le droit d'auteur d'un travail de compilation d'informations]

Cass. civ. 1ère, 4 février 1986, No. 83-13.114 : **468**.
[Cession automatique des droits de reproduction résultant de la propriété littéraire et artistique]

Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1983, No. 82-13.547 : **233**.
[Interdiction de monopoliser les connaissances scientifiques]

Cass. civ. 1ère, 8 novembre 1983, *D.* 1974, 533, note Colombet : **752**.
[Exclusion de la protection par le régime des œuvres de collaboration des idées scientifiques]

Cass. civ. 1ère, 14 novembre 1973, No. 71-14.709 : **754**.
[Admission d'une collaboration post mortem en droit d'auteur]

Cass. crim., 20 juin 1973, No. 72-92270 : **673**.
[Secret de fabrique et protection des procédés de fabrication]

Cass. com., 3 novembre 1971, *Bull. civ*., n° 283 : **704**.
[Conclusion tacite d'un accord de confidentialité par l'apposition d'un panneau « entrée interdite » sur la porte d'un local abritant un prototype]

Cass. com., 13 juillet 1966, *JCP* 1967, II, 15131, note Durand, P. : **244**, **632**.
[Définition du savoir-faire et caractère relatif du secret d'un savoir-faire]

Cass. com., 29 novembre 1960, *Desclée de Brouwers c/ Zurfluh* : **231**.
[Protection juridique de l'idée de personnaliser des notes de solfège (non)]

Cass. com., 31 mars 1954, *Ann. propr. ind*., 1954, p. 266 : **229**.
[Protection par le droit des brevets d'un principe purement théorique (non)]

Cass. civ., 27 février 1951, *Branly c. Turpain*, No. 35.594 : **807**.
[Protection juridique du droit de paternité par les mécanismes classiques de la responsabilité civile]

Cass, crim., 30 décembre 1931, *Dantan c. Société lyonnaise de ventilation industrielle*, Gaz. Pal., No. 30, 30 janvier 1932 : **673**.
[Protection juridique par le secret de fabrique limitée aux procédés industriels de fabrication ayant pour objet la production]

Juridictions de l'ordre administratif

CE, 6. février 2004, *RIDA*, No.3, 2004, p. 243 : **912**.
[Nature du droit à rémunération pour copie privée en tant que simple taxe fiscale (non)]

Juridictions européennes et internationales

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 23 juin 2009, *Sorguç c. Turquie*, No. 17089/02, §35 : **356**.
[Appréhension des droits culturels relatifs à la liberté académique et à la diffusion du savoir sur le fondement de la liberté d'expression]

CEDH, 17 février 2009, *Galatsanou c. Grèce,* No. 33471/06, p. 6 : **190**.
[Extension de la notion de « bien » aux droits et intérêts constituant des actifs]

CEDH, gde ch., 11 janvier 2007, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal,* No. 73049/01, § 78 : **174**, **190**.
[Qualification de « bien » d'une marque commerciale et extension de la notion de « bien » aux droits et intérêts constituant des actifs]

CEDH, 29 juin 2004, *Dogan c. Turquie*, *JCP*, 2004, p. 1582 : **190**.
[Extension de la notion de « bien » aux droits et intérêts constituant des actifs]

CEDH, 25 mars 1999, *Iatridis c. Grèce,* No. 31107/96, §54 : **190**.
[Extension de la notion de « bien » aux droits et intérêts constituant des actifs]

CEDH, 23 février 1995, *Gasus Dosier c. Pays-Bas,* No. 15375/89 : **190**.
[Extension de la notion de « bien » aux droits et intérêts constituant des actifs]

Chambre de recours de l'Office européen des brevets

Chambre de recours de l'Office européen des brevets, 28 août 2006, No. T1538/05 : **229**.
[Protection par le droit des brevets des théories scientifiques ou des découvertes (non)]

Chambre de recours de l'Office européen des brevets, 21 avril 2004, *Auction Method/Hitachi*, No. T-258/03 : **437**.
[Brevetabilité des méthodes commerciales]

Chambre de recours de l'Office européen des brevets, 8 septembre 2000, No. T931/95 : **962**.
[Droit des brevets et contribution inventive]

Chambre de recours de l'Office européen des brevets, 21 janvier 1998, *Biopolymers et MIT,* No. T. 639/95 : **302**.
[Droit des brevets et insuffisance de la description de l'invention]

Chambre de recours de l'Office européen des brevets, 27 janvier 1988, No. T. 292/85 : **303**.
[Droit des brevets et description de l'invention]

Cour de justice de l'Union européenne / Cour de justice des Communautés européennes

CJUE, 20 septembre 2017, *Darjeeling,* No. C-673/15P à C-676/15P : **478**.
[Distinction entre une marque collective et une indication géographique]

CJUE, 5 mars 2015, *Copydan*, No. C-463/12*, Propr. intell*. 2015, No. 56, p. 288 : **910**, **918**.
[Légitimité d'une compensation équitable pour indemniser les auteurs et les titulaires de droits voisins, même en cas d'autorisation de reproduction et d'inapplication des mesures techniques de protection par le titulaire des droits]

CJUE, 15 janvier 2015, *Ryanair c. P.R. Aviation*, No. C-30/14 : **319**.
[Restriction par des limitations contractuelles de la liberté d'utilisation du contenu lorsque la base de données n'est protégée ni par le droit d'auteur ni par le droit sui generis reconnu au producteur d'une base de données]

CJUE, 11 juillet 2013, *Amazon.com International Sales Inc. et autres*, No. C-521/11, *Propr. intell.* 2014. No. 50. p. 74 : **911**.
[Droit à un remboursement effectif accordé en cas de paiement indu en matière de copie privée]

CJUE, 27 juin 2013, *Propr. intell*. 2014, No. 50, p. 79 : **918**.
[Légitimité d'une compensation équitable pour indemniser les auteurs et les titulaires de droits voisins, même en cas d'autorisation de reproduction]

CJUE, 3 juillet 2012, *UsedSoft vs. Oracle*, No. C-128/11 : **460**.
[Interprétation extensive de la règle de l'épuisement des droits en matière de logiciels]

CJUE, 2 mai 2012, No. C-406/10 : **736**.
[Protection juridique du savoir-faire par le droit d'auteur (non)]

CJUE, 16 février 2012, No. C-360/10 : **368**.
[Nécessaire balance entre les droits de propriété intellectuelle et les droits fondamentaux]

CJUE, 16 juin 2011, *Comm. com. électr*. 2012, chron. 4, No. 4, obs. Daverat, X. : **892**.
[Interprétation de la contrepartie monétaire en tant qu'obligation de résultat]

CJUE, 21 octobre 2010, *Padawan*, No. C-467/08 : **890**, **910**, **911**.
[Légitimité d'une compensation équitable pour indemniser les auteurs et les titulaires de droits voisins et reconnaissance d'une présomption d'usage à des fins de copie privée]

CJUE, 14 décembre 2004, *Swedish Match AB*, C-210/03 : **290**.
[Reconnaissance de la fonction sociale du droit de propriété]

CJUE, 9 novembre 2004, *British Horseracing,* No. C-203/02 : **319**, **320**.
[Définition de l'extraction, de la réutilisation et de la notion de partie substantielle du contenu d'une base de données]

Commission des communautés européennes / Commission européenne

CCE, 23 décembre 1971, *Henkel Colgate*, No. 72/41/CEE, JOCE du 18 janvier 1972 : **741**.
[Interdiction du cumul de la protection par le secret et par le droit des brevets]

CCE, 22 décembre 1971, *Burroughs-Delplanque,* No. 72/25/CEE, JOCE 17 janvier 1972 : **631**.
[Caractère secret du savoir-faire]

Juridictions étrangères

Commission interaméricaine des droits de l'homme

CIDH, 25 novembre 2015, *peuples Kalina et Lokono c. Suriname* : **941**, **946**.
[Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique du peuple et obligation de l'Etat de garantir la conservation des réserves et le partage des bénéfices au bénéfice des communautés autochtones et locales]

CIDH, 29 novembre 2007, *peuple Saramaka c. Suriname* : **941**.
[Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique du peuple]

Juridictions américaines

Supreme Court of the United States, 13 juin 2013, *Association for Molecular Pathology vs. Myriad Genetics*, No. 12-398 : **304**.
[Brevetabilité d'un ADN complémentaire]

U.S. Court of Appeals, 15 mars 2007, *Nova Productions Ltd v. Mazooma Games* Ltd, No. A3/2006/0205 : **230**.
[Protection juridique des idées (non)]

U.S. Court of Appeals, Federal Circuit, 23 juillet 1998, *State Street Bank & Trust Co v. Signature Financial Group Inc*. No. 96-1327 : **759**.
[Protection juridique des méthodes commerciales par le droit des brevets]

Court of Appeals of Georgia, 9 juin 1981, *Monumental Properties of Georgia, Inc. v. Frontier Disposal* : **686**.

[Constitue un enrichissement injustifié l'usurpation ou l'utilisation du produit de l'intelligence par un tiers]

U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, 3 décembre 1953, *Hamilton National Bank v. Belt* : **687**.

[Protection juridique des idées par l'action en enrichissement injustifié]

U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit, 31 janvier 1947, *Mycalex Corporation of America v. Pemco Corporation*, No. 5522 : **235**.

[Définition du know how]

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 10 décembre 1946, *Matarese v. Moore Mc. Cormack Lines Inc* : **686**.

[Constitue un enrichissement injustifié l'usurpation ou l'utilisation du produit de l'intelligence par un tiers]

U.S. Supreme Court, 23 décembre 1918, *International News Services. v. Associated Press*, 248 U.S. 215 : **790**.

[Protection juridique des productions humaines telles que les idées et les savoirs (non)]

Juridictions australiennes

Federal Court of Australia, 3 septembre 1998, *John Bulun Bulun & Anor v. R&T Textiles Pty Ltd.* : **753**.

[Reconnaissance du droit coutumier par le copyright (non)]

Federal Court of Australia, 13 décembre 1994, *Milpurrurru v. Indofurn Pty Ltd.* : **754**.

[Dommages et intérêts au bénéfice des communautés autochtones et locales pour prendre en compte la propriété collective de motifs indument reproduits]

Federal Court of Australia, 25 juillet 1991, *Yumbulbul v. Bank of Australia, Aboriginal Artists Agency Ltd*. : **753**.

[Reconnaissance de la propriété communautaire des créations artistiques d'une communauté autochtone et locales (non)]

Juridictions néerlandaises

Dutch Supreme Court (Hoge Raad), 20 octobre 1995, *Dior v. Evora* : **588**.

[Possibilité de limiter l'exercice du droit d'auteur en dehors de la liste des exceptions prévues par la loi]

INDEX ALPHABETIQUE

[*Chiffres et numéros renvoient aux numéros de paragraphe*]

A

Accès : *voir droits d'accès*.

Accord sur les ADPIC

- Accords « ADPIC-Plus » : 306.
- Absence de protection des idées : 230.
- Biopiraterie : **42**, 47, 59, 140, 863.
- Marchandisation des savoirs : 309.
- Transfert de technologie : 950.

Actif : 190.

Agissements parasitaires

- Actes licites et illicites : 699.
- Adaptabilité aux connaissances pratiques : 692.
- Adaptabilité aux savoirs : **459**, 464.
- Adaptabilité aux savoirs « traditionnels » : 459, 464, **692**.
- Conditions : 695-697.
- Distinction avec l'enrichissement injustifié : 691.
- Limites : 693.
- Sanctions : 698.

Aliénabilité : *voir Biens – critères*.

Appropriation

- Absence de légitimité à l'égard des savoirs : 193-198.
- Appropriabilité : *voir Biens – critères*.
- Illicite : 858.

Autodétermination : 839, **865**.

B

Base de données

- Base de données internationale : 422-424.
- Droit *sui generis* reconnu au producteur d'une base de données : effets. : **319-320**, 437, 578-581.
- Partage des savoirs : 419-420.
- Participation des communautés autochtones et locales : 431-432.
- Protection défensive : 427-428.
- Protection des savoirs : 415-417, **427-429**.
- Protection positive : 429.

Biens

- Corporels et incorporels : 175.
- Critères : 178-190.
- Et savoirs : 151, **174-190**.
- Et valeur : 176, **184-185**.
- Meubles et immeubles : 175.
- Qualification : 200-201, 220.

Biens d'humanité : 24, 292, **651**.

Biens de dignité : 25, 292, 503, **651**.

Biens publics mondiaux : 547-554.

Biopiraterie

- Accord sur les ADPIC : **47**, 59, 140.
- Définition : 42.
- Droit de possession personnelle antérieure : 606, 613.
- Instruments juridiques protégeant les savoirs « traditionnels » : 366.
- Pertinence d'un droit moral : 863.
- Pertinence de la théorie des agissements parasitaires : 699.

- Raisons : 312, 849.
- Secret des affaires : 725.

C

Capital intangible/immatériel : 2, **89**.

CDB

- Conception de la propriété : 284.
- Consentement : 840.
- Dispositif d'accès et de partage des avantages : 933.
- Limites : 47-48.
- Objectif : 1, **46**.
- Partage des savoirs : 33.
- Transfert de technologie : 950.

Choses communes

- Connaissances théoriques : 535-544.
- Domaine public : 441.
- Présentation : 188.

Choses hors-commerce

- Présentation : 188.
- Connaissances théoriques : 566.

Clause

- D'échange de perfectionnement : 717.
- De collaboration technique : 718.
- De confidentialité : 704, 707.
- De non-concurrence : 705, 707.

Commercialité : *voir biens - critères*.

Communauté autochtone et locale

- Définition : 132.
- Modes de vie : 871.
- Protection des intérêts matériels et moraux : 366.
- Reconnaissance : **864-866**, 869.

Communs

- Adaptabilité aux savoirs : 396-410.
- Adaptabilité aux savoirs « traditionnels » : 401-404.
- Communauté : **393**, 406-407.
- Définition : 388-389.
- Domaine public consenti : *voir Domaine public*.
- Indications géographiques et marques collectives : 480.
- Licences libres : *voir Licences libres*.
- Régime : 21, 382, **390-393**.
- Patrimoine commun : *voir patrimoine commun*.
- Rejet : 272.

Connaissances pratiques

- Caractéristiques : 235-241.
- Connaissances pratiques vitales : 644-649.
- Critères constitutifs d'une protection exclusive : 627-641.
- Définition : 623.
- Détermination du détenteur : 799-800.
- Droit d'accès : 651-654.
- Et patrimoine commun de la Nation : 558, **649**.
- Exceptions à une protection exclusive : 643-666.
- Inclusion volontaire : 623 et s.
- Réservation / appropriation : **243-245**, 624.
- Vol : 675.

Connaissances théoriques

- Actions des tiers : 575-613.
- Assimilation aux découvertes : *voir découvertes*.
- Assimilation aux idées : *voir idées*.
- Caractéristiques : 224-226.
- Détermination du détenteur : 801-803.
- Inclusion forcée : 530 et s.
- Qualification juridique : 532-571.

Contrat de bioprospection : 935.

Contrat de franchise : 719.

Contrepartie
- Connaissances pratiques : 917-925.
- Connaissances théoriques : 904-916.
- *Creative Contribution* : 924-925.
- Dispositif d'accès et de partage des avantages : 930-947.
- Droit à une contrepartie : 52-53, 780, **883 et s.**
- Rétribution mutualisée : 920.
- Monétaire : 51.
- Montant équitable : 900-901.
- Non-monétaire : 949-968.
- Réelle et sérieuse : **55**, 883.
- Rémunération et compensation équitable : distinction. : **54**, 883.
- Rémunération forfaitaire : **899**, 920.
- Rémunération proportionnelle : **898**, 915.

Copyleft : *voir Licences libres*.

Convention européenne des droits de l'homme
- Droit de propriété : 277.

Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel
- Communauté : 505.
- Patrimoine commun de l'Humanité : 558.
- Présentation : 559.

Cosmovision : 283.

D

Déclaration
- de Budapest : 10, 12.
- de Berlin : 10, 12.
- de Fribourg sur les droits culturels : **357-358**, 363.
- de Mataatua : 844.
- sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures : 29.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
- Droit de propriété : 277, 296.
- Partage des savoirs : 1.

Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones
- Autodétermination : 865.
- Droits collectifs : 844.
- Droit de propriété intellectuelle : 57.
- Générations futures : 29.
- Objectifs : 1, 44, **822**, 840.

Déclaration universelle des droits de l'homme
- Droits culturels : **351,** 549.
- Droit de propriété : 277.
- Droit des générations futures : 29.
- Protection des intérêts matériels et moraux : 22, **363**.

Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme
- Droit des générations futures : 29.
- Droits culturels : 352.
- Protection des intérêts matériels et moraux des communautés détentrices de savoirs « traditionnels » : 366.

Déclaration universelle sur la diversité culturelle
- Droit des générations futures : 29.
- Droits culturels : 352.
- Protection des intérêts matériels et moraux : 363.
- Protection des savoirs « traditionnels » : 366.

Découvertes : 228-229.

Diversité biologique : 1.

Diversité culturelle : 1, **22**.

Divulgation de la source ou de l'origine : 954-968.

Domaine public
- Conception traditionnelle : 435-439.
- Domaine public consenti : **495-500**.
- Domaine public payant : 886 et s.
- Limites : 437-439.
- Nécessité d'une protection positive : **441-445,** 500.

Données : 90.

Droit au respect de la vie privée : 827-834.

Droits d'accès : 26-27, **291-293**, 295, **651-654**.

Droit d'auteur
- Adaptabilité aux savoirs « traditionnels » : 750-755.
- Adaptation des conditions légales : 750-755, 763.
- Divisibilité du fond et de la forme : 316-320.
- Droits d'accès et d'utilisation : 577-602.
- Droit de recours des utilisateurs : 600-602.
- Exceptions au droit d'auteur : 324-325, **587-602**.
- Monopolisation des savoirs : 324.
- Œuvres anonymes : 755.
- Œuvres de collaboration : 754.
- Statut impératif des exceptions au droit d'auteur : 590-593.
- Triple test : **595**, 599.

Droit de propriété
- Approche économique : 270-273.
- Approche philosophique : 266-268.
- Approche juridique : 274-278.
- Collective : 844.
- Conception des communautés autochtones et locales : 282-285.
- Conception occidentale classique : 260, **266-279**, 296.
- Conséquences négatives : 300-341.
- *Dominium* et *jus in re* : 181, **276**.
- et liberté : 266-267.
- et travail : 266.
- Exclusion : *voir protection*.
- Faisceau de droits : 295, **391**, 403, 467, 575.
- Fonction sociale : 290.
- Inclusion : *voir protection*.
- Mécanisme du *trust* : **295**, 844.
- Nécessité : 268.
- Prérogatives : 275.

Droit des brevets
- Adaptabilité aux savoirs « traditionnels » : 757-760.
- Adaptation des conditions légales : 757-760, 764.
- Caractère non-breveté des connaissances pratiques : 736-739.
- Cumul de protection avec le secret : 741-746.
- Droit de possession personnelle antérieure : 605-608.
- Droit de possession personnelle antérieure renouvelé : 610-613.
- Logique du *prospect* : 304.
- Marchandisation des savoirs : **308-313**, 647.
- Monopolisation des savoirs : **300-306**, 647.
- Publication de l'invention : limites. : 302-303.

Droit moral
- Conception lockéenne et benthamienne : 792-793.

- Connaissances pratiques : 799-800.
- Connaissances théoriques : 801-803.
- Et détenteurs de savoirs : 790.
- Et droit d'auteur : 787, 789.
- Et droit des brevets : 788-789.
- Objectifs : 779.
- Droit moral raisonnable et mesuré : 782, 794-797, **805-816**.
- Et communautés autochtones et locales : 783, **822 et s.**

Droits de la personnalité : 824-834.

Droits de l'homme
- Droits culturels : 350-360.
- Protection des intérêts matériels et moraux des détenteurs : 363-366.

Droits de propriété intellectuelle
- Adaptabilité aux connaissances pratiques : 736-765.
- Adaptabilité aux savoirs : 58.
- Adaptabilité aux savoirs « traditionnels » : 57, 59, **736-765**.
- Limitations : 372.
- Logique d'exclusion : **1**, 58.
- Principes originels : 368-372.
- Respect des droits de l'homme : 360-366.

E

Empirisme : *voir réalisme*.

Enclosure
- Définition : 3.
- Des connaissances pratiques : 381.
- Des objets matériels : 3.
- Des objets immatériels : 3.

Enrichissement injustifié : 686-689.

Exclosure
- Définition : 4.
- Des connaissances théoriques : 381.
- Des savoirs « traditionnels » : **4**, 862, 931.

Externalités : 271.

F

Faisceau de droits : *voir droit de propriété.*

Fouille de textes et de données : 12, **579**, **666**.

G

Générations futures (droit des) : 28-32.

I

Idées
- Définition : 156-158.
- Inappropriabilité : 230-232.

Idéalisme : 73.

IGC
- Création : 1.

Indications géographiques
- Adaptabilité aux savoirs « traditionnels » : 483-492.
- Et régime des « communs » : 477-480.

Informations : 90, **159-161**.

Innovation : 1-2, **34,** 336.

Institutionnalisme : 45, 288, 387, **390-392**.

L

Licence globale : 894-896.

Licences
- Adaptabilité aux savoirs : 455.
- Limites : 456.

Licences collectives étendues : 580.

Licences *Creative Commons* : 469.

Licences de dépendance : 891.

Licences de savoir-faire : 716.

Licences DPL : 472-474.

Licences légales : 888-896.

Licences libres
- Adaptabilité aux savoirs : 462-463.
- Distinction avec le domaine public consenti : 501.
- Et droit d'auteur : 466-469.
- Et droit des brevets : 471-474.
- *Copyleft* : 458.
- Irréversibilité du choix d'inclure : 460.
- Présentation : 457-460.

Licence obligatoire : 371, **580**, 585, **653-654**.

Logiciels libres : 467.

Loi pour une République numérique
- Contenu de la base de données : 579.
- Domaine commun informationnel : **442,** 539, 542, 905.
- Et *open access* : **12**, 623.
- Fouille de textes et de données : 666.

M

Marques collectives
- Adaptabilité aux savoirs : 483-487.
- Et régime des « communs : 480.
- Présentation : 478.
- Protection indirecte : 479.

Mesures techniques de protection
- Bénéfice des exceptions : 596, **601-602**.
- Droit de contourner les mesures techniques de protection : **583-585,** 599.
- Et domaine public : 437.
- Et libertés fondamentales : 589.
- Présentation : 322-325.
- Triple test : 595.

N

Naturalisme : **75**, 84.

O

Obligation de fidélité : 703.

Œuvres composites : 803.

OMPI
- IGC : 1.

Open access
- Conséquences : 13.
- Définition : 10.
- *Green open access* : 10.
- *Gold open access* : 10.

Open data : 11, **579**.

Open patent : 471.

Open science : **11**, 34.

P

Partage
- Conditions : 36.
- Conséquence : 884.
- De l'accès et de l'utilisation : *open access*. : **10**, 117-119.
- Des avantages : 420, **930-947**.
- Légitimité et utilité : 22.
- Mesures contractuelles : **715-720**, 934.

Partage des savoirs
- Conséquences : **33-34**, 201, 220.
- Création collective : 23, 94, **170**.
- Définition : 9.
- Importance des droits culturels : **350-354**, 357-359.
- Légitimité et nécessité : 22, 396-397.
- Mécanismes et acteurs : 93-94.
- Objectif national et international : 1.
- Partage et *open access* : 13.
- Partage obligatoire : 643-666.
- Pertinence des bases de données : 419-420.
- Principe originel des droits de propriété intellectuelle : 368-372.

Patent pledges : 471.

Paternité : droit de.
- Généralités : 39.
- Des communautés autochtones et locales : **41-43**, 863.
- Des découvertes : 229.
- Des détenteurs des pays développés : 49-50.

Patrimoine commun
- Et connaissances théoriques : 556-571.
- Limites : 561-567.
- Objectif : 506.
- Patrimoine commun de la Nation : 504.
- Patrimoine commun de l'Humanité : 504.
- Présentation : **503-505**, 507.
- Protection positive : 569-613.

PIDESC
- Droits culturels : 354.
- Protection des intérêts matériels et moraux : 363-364.

Préservation
- De la biodiversité : 870.
- Des savoirs traditionnels : 868.

Propriété : *voir droit de propriété*.

Protection
- Contractuelle : **701-713,** 934.
- Défensive : 427-428, **838**, 855, 956.
- Des savoirs : 1.
- Directe : 383, **412-445**.
- Diversité : 257.
- Exclusive : 14, 62, 256, **260 et s**., 627 et s.
- Inclusive : 14, 258, 289-295, **382 et s**., 530 et s.
- Positive : 429, 441, **837-861**.

Protocole de Nagoya
- Consentement préalable donné en connaissance de cause : 840.
- Dispositif d'accès et de partage des avantages : **933**, 944-945.
- Partage des savoirs : 33.
- Partage juste et équitable des avantages : 54-55.
- Protection des savoirs « traditionnels » : 866.
- Transfert de technologie : 950.
- Utilisation non commerciale : 665.

R

Rareté : **185**, 194.

Rationalisme : *voir idéalisme*.

Réalisme : **72**, 74.

Recherche et développement : 1.

Reconnaissance : *voir Paternité*.

Régime sui generis

- Des connaissances pratiques : 623 et s.
- Des connaissances théoriques : 525 et s.
- Des savoirs « traditionnels » : 44-45, **822 et s.**
- Des savoirs : 60-61.
- Droits des détenteurs de savoirs : 778 et s.
- Objectifs : 56.

Reverse engineering : rétro-ingénierie. : **27**, 336, 681, 722.

S

Saisissabilité : *voir Biens – critères*.

Savoirs

- Anthropologie des savoirs : 77-86.
- Approche naturalisante : *voir naturalisme*.
- Appropriabilité : *voir Biens*.
- Caractère dynamique : **85-86**, 92, 126.
- Composantes du savoir : 90, **155-161**.
- Créateur ou détenteur de savoirs : 163-171.
- Définition juridique : 64 ; 151, **210-220.**
- Diversité : **7**, 66.
- Economie du savoir : 2.
- Economie mondiale de la connaissance : 2, **89**.
- Enjeux national et international : 1.
- Etymologie : 7.
- Monopolisation / marchandisation / privatisation : *voir droit des brevets, droit d'auteur*.
- Pouvoir : **120**, 311.
- Savoir local : 125-141.
- Savoir mondial : **109-121**, 135, 137-138.
- Savoirs explicites : **91**, 99.
- Savoirs exposés : 83.
- Savoirs ignorés : 83.
- Savoirs implicites/tacites : **91**, 99-100, 133.
- Savoirs pratiques : 80, **82-83**, 141. *Voir connaissances pratiques*
- Savoirs scientifiques : 79-81, 83, **110-119**, 138-139, 141.
- Savoirs symboliques : 79-80.
- Savoirs théoriques : **82**, 141. *Voir connaissances théoriques*
- Savoirs traditionnels : **125-133**, 136.
- Société du savoir : 1, **117,** 352.
- Sociologie de la connaissance : 96-100.
- Théorie de la connaissance : 70.
- Valeur d'échange : **308-309**, 409.
- Valeur d'usage : 310.

Secret de fabrique : 673.

Secret des affaires

- Actes illicites : 679.
- Actes licites : 681.
- Adaptabilité aux connaissances pratiques : 682, **722-730.**
- Adaptabilité aux savoirs « traditionnels » : 682, **722-730**.
- Définition : 678.
- Droit sur les connaissances pratiques : 727-730.
- Logique d'exclusion : 1, **340**.
- Logique d'inclusion : 332, **336-337**, 339.

- Mesures provisoires et conservatoires : 680.
- *Trade secret* américain : 328-333.

Secret professionnel : 674.

STAD : 675.

T

Tradition : 126.

Tragédie
- Des communs : 17.
- Des anticommuns : 19.

Transfert de technologie : 950-951.

U

Ubiquité : 8, 196, **219**.

Unesco
- Mission : 1.
- Objectifs : 352.

Utilisation dans un but non lucratif : 656-666.

Utilité : **185**, 194.

V

Valeur : *voir Biens*.

TABLE DES MATIERES

Sommaire **5**

Liste des principaux sigles et abbréviations **7**

Introduction **13**

PREMIERE PARTIE

PROTECTION JURIDIQUE ET PARTAGE DES SAVOIRS : L'ABANDON D'UNE LOGIQUE DE L'OPPOSITION

TITRE I. DE QUELS SAVOIRS S'AGIT-IL ?

Chapitre I. Les savoirs, une notion plurielle **69**

Section I. Les définitions des savoirs selon les disciplines **70**

Paragraphe I. Les savoirs en philosophie et en anthropologie **70**

A) Les savoirs et la « théorie de la connaissance » en philosophie 70

B) Les typologies des savoirs en anthropologie 74

Paragraphe II. Les savoirs en économie et en sociologie **81**

A) La gestion des savoirs en économie 81

B) La sociologie de la connaissance 86

Conclusion de la section I ***91***

Section II. Les définitions des savoirs selon les échelles **93**

Paragraphe I. Les savoirs à l'échelle mondiale **93**

A) Savoir mondial et savoir scientifique 93

B) Le savoir mondial, source d'inégalités 97

Paragraphe II. Les savoirs à l'échelle locale **101**

A) Savoir local, savoir traditionnel et savoir tacite 101

1) L'assimilation des savoirs locaux aux savoirs "traditionnels" 102

2) Les critères communs pour identifier les savoirs "traditionnels" 107

B) Savoir local et savoir mondial, une opposition justifiée ? 111

Conclusion de la section II ***116***

Conclusion du chapitre I ***119***

Chapitre II. Proposition d'une définition juridique des savoirs **121**

Section I. L'appréhension des savoirs par le droit **122**

Paragraphe I. Les composantes du savoir **122**

A) Les savoirs, les idées et les informations : une différenciation nécessaire 122

B) Le créateur du savoir dans sa conception individuelle, une détermination envisageable ? 127

Paragraphe II. Les savoirs, un bien immatériel appropriable ? **134**

A) L'appropriation des savoirs par la qualification de « bien » 134

1) Les choses incorporelles et la qualification de « bien » 134
2) Les savoirs et les critères de qualification des biens 138
a) Savoirs et appropriabilité 138
b) Savoirs et valeur 144
c) Savoirs et commercialité 146
B) L'appropriation des savoirs, une possibilité légitime ? 149
1) Le rejet de l'appropriation individuelle des choses incorporelles 150
2) Les difficultés relatives à la détermination de la qualification des savoirs 154
Conclusion de la section I **157**
Section II. Le dédoublement des savoirs entre les connaissances théoriques et les connaissances pratiques **159**
Paragraphe I. Les connaissances théoriques et les connaissances pratiques, entre caractères communs et interdépendance **159**
A) La distinction et la complémentarité entre deux formes de connaissance constituant les savoirs 159
1) La distinction entre deux formes de connaissance constituant les savoirs 159
2) La complémentarité des connaissances théoriques et des connaissances pratiques 162
B) Les caractères communs des connaissances théoriques et des connaissances pratiques 164
Paragraphe II. Différence de nature et différence dans le rapport à l'appropriation **167**
A) La nature universelle des connaissances théoriques 168
1) Les caractéristiques principales des connaissances théoriques 168
2) Le rapprochement des connaissances théoriques aux notions de découvertes et d'idées 170
B) La nature plus personnelle des connaissances pratiques 176
1) Définition et composition des connaissances pratiques 176
2) L'appropriation individuelle des connaissances pratiques 182
Conclusion de la section II **186**
Conclusion du chapitre II **189**
Conclusion de titre I **191**

TITRE II. L'ARTICULATION ENTRE LA PROTECTION JURIDIQUE ET LE PARTAGE DES SAVOIRS : UNE CONCILIATION ENVISAGEABLE

Chapitre I. Le raisonnement à écarter : le choix irréductible entre protection juridique et partage des savoirs **195**
Section I. La finalité actuelle et prédominante : une protection exclusive des savoirs **196**
Paragraphe I. Le droit de propriété, un droit en manque d'une définition homogène **196**
A) La vision occidentale classique du droit de propriété 196
1) La conception du droit de propriété en philosophie et en économie 196
a) Le droit de propriété et la philosophie 196
b) Le droit de propriété et l'économie 199

2) La conception du droit de propriété en droit 201
B) La vision des communautés autochtones et locales 206
1) Une conception de la propriété se distinguant nettement du droit de propriété individuelle classique 206
2) L'évolution de la conception occidentale de la propriété : un rapprochement possible avec la conception des communautés autochtones et locales ? 208
Paragraphe II. Les effets et conséquences négatifs des régimes de protection : corollaires de la conception occidentale classique du droit de propriété 216
A) La monopolisation ascendante des savoirs par le droit des brevets 217
1) Des savoirs appropriés et verrouillés : l'effet de la prédominance du droit exclusif d'exploitation sur tout résultat d'un travail intellectuel 217
2) La primauté de la valeur d'échange sur la valeur d'usage des savoirs : l'imposition uniforme d'une économie de marché 224
B) Les ambiguïtés du droit d'auteur propices à l'enclosure des savoirs 228
1) La difficile voire impossible divisibilité du fond et de la forme 228
2) Les technologies assimilées au droit d'auteur comme frein à la dissémination des savoirs 232
C) La protection des savoirs par le secret : le choix d'une protection exclusive et directe des savoirs 236
1) La protection du secret commercial aux Etats-Unis : une protection pondérée par l'empreinte d'un nécessaire partage 236
2) Le secret en France et au sein de l'Union européenne : un compromis satisfaisant entre protection directe et partage des savoirs ? 239
a) La protection du secret des affaires selon la directive européenne 240
b) La protection du secret des affaires selon la loi de transposition française 242
Conclusion de la section I **..... 245**
Section II. L'incertitude sur la conformité de la conception exclusive des droits de propriété intellectuelle au regard des droits de l'homme 247
Paragraphe I. Les droits de l'homme de troisième génération et le partage des savoirs 247
A) La reconnaissance des droits culturels 247
B) La difficile reconnaissance des droits culturels 252
Paragraphe II. Les droits de l'homme et la protection des savoirs par les droits de propriété intellectuelle 257
A) La protection des intérêts matériels et moraux de chaque détenteur 257
B) L'équilibre entre les intérêts du détenteur et l'intérêt du public : principe originel des droits de propriété intellectuelle 261
Conclusion de la section II **..... 266**
Conclusion du chapitre I **..... 269**

Chapitre II. La conciliation entre les régimes juridiques de protection et de partage des savoirs 271
Section I. L'apport d'une protection directe et inclusive des savoirs 273
Paragraphe I. La protection inclusive : l'approche des « communs » pour protéger les savoirs 273
A) L'approche globale des « communs » : une théorie contre l'enclosure 273
B) L'opportunité d'appliquer la théorie des « communs » aux savoirs 281
1) L'adaptabilité des "communs" pour contrer l'enclosure des savoirs 281

2) L'adaptabilité des "communs" pour lutter contre l'exclosure des savoirs "traditionnels" 284
3) Les limites du régime des "communs" à résorber 287
Paragraphe II. L'opportunité d'une protection directe des savoirs 291
A) Une protection directe des savoirs par les bases de données 291
1) Les bases de données : des objectifs divers 291
a) L'objectif de protéger et préserver les savoirs 292
b) L'objectif de partager les savoirs 294
c) La question de la création d'une base de données à l'échelle internationale 295
2) Les bases de données : des formes de protections diverses 296
a) Une protection défensive et/ou positive des savoirs 297
b) L'importance de la participation des communautés autochtones et locales 300
B) Le recours à la notion de domaine public : une protection directe efficace des savoirs ? 303
1) Le domaine public classique, espace insuffisamment solide pour assurer un partage des savoirs sécurisé 303
2) La nécessaire modification de la conception traditionnelle du domaine public : la création d'un nouveau régime en faveur d'une protection positive du domaine public 308
***Conclusion de la section I* 314**
Section II. La protection inclusive et la distinction entre différentes sortes de « communs » 316
Paragraphe I. Les « communs » existant par la simple volonté du détenteur des savoirs 317
A) Une protection directe des savoirs par l'utilisation des outils contractuels 317
1) L'assurance d'un partage sécurisé par les licences libres 317
a) Les licences libres et les apports du *copyleft* 318
b) La pertinence d'une protection inclusive des savoirs par les licences libres 323
2) Des logiciels libres aux licences libres en droit d'auteur 326
3) L'opportunité des licences libres en droit des brevets 331
B) Une protection indirecte des savoirs par les indications géographiques et les marques collectives : des régimes articulant savoirs et aire géographique 335
1) La mise en œuvre d'une logique d'inclusion par les indications géographiques et les marques collectives 335
2) La pertinence des indications géographiques et des marques collectives pour garantir une protection inclusive des savoirs « traditionnels » 340
a) Les raisons justifiant la protection des savoirs « traditionnels » par les indications géographiques et les marques collectives 340
b) La nécessité de privilégier les indications géographiques plutôt que les marques collectives 344
3) Les limites des indications géographiques en tant que régime de protection des savoirs dits « traditionnels » 347
Paragraphe II. Les « communs » existant par l'emploi de qualifications juridiques garantissant le partage 351
A) Le domaine public consenti ou volontaire : un domaine de partage et de protection des savoirs par la subsistance du droit moral 351
B) Les « communs » imposés au détenteur au nom d'une valeur universelle : le « patrimoine commun » ou « patrimoine culturel immatériel » 358
***Conclusion de la section II* 364**
***Conclusion du chapitre II* 367**

Conclusion du titre II **..... 369**
Conclusion de la partie I **..... 371**

SECONDE PARTIE

PROPOSITION D'UN REGIME *SUI GENERIS* CONCILIANT PROTECTION JURIDIQUE ET PARTAGE DES SAVOIRS

TITRE I. LE PARTAGE IMPERATIF ET SECURISE DES CONNAISSANCES THEORIQUES OPPOSE A UN PARTAGE EVENTUEL DES CONNAISSANCES PRATIQUES

Chapitre I. L'inclusion forcée des connaissances théoriques : le principe de primauté du partage 379
Section I. Le fondement du principe de primauté du partage des connaissances théoriques 380
Paragraphe I. La qualification de « chose commune » ou de « bien public mondial » : des concepts suffisamment adaptés à la protection et au partage des connaissances théoriques ? 380
A) Les connaissances théoriques comme « choses communes » 380
1) Les arguments en faveur de la qualification des connaissances théoriques en choses communes 380
2) Les limites à la qualification des connaissances théoriques en choses communes 386
B) Les connaissances théoriques comme « biens publics mondiaux » 389
1) La concordance entre le concept de connaissances théoriques et celui de biens publics mondiaux 389
2) Les biens publics mondiaux, une qualification pertinente ? 391
Paragraphe II. La qualification de « communs » davantage adaptée à l'obligation de partage : le « patrimoine commun » 395
A) La qualification des connaissances théoriques comme « patrimoine commun de l'humanité » 396
B) Les limites du « patrimoine commun de l'humanité » et les solutions proposées 401
1) Le patrimoine commun de l'humanité, une qualification imparfaite et critiquée 401
2) Les solutions proposées dans le but de rendre plus attractive la qualification de « patrimoine commun de l'humanité » 408
Conclusion de la section I **..... 410**
Section II. Les propositions relatives aux actions des tiers pour garantir l'accès et l'utilisation des connaissances théoriques 411
Paragraphe I. Les actions des tiers en droit d'auteur 412
A) La délivrance de droits d'accès et d'utilisation 412
1) La délivrance de droits aux utilisateurs au sein du régime de protection juridique des bases de données 413
2) La délivrance de droits aux utilisateurs pour contrer les mesures techniques de protection 418

B) L'importance des exceptions au droit d'auteur comme garantie de l'exercice des droits d'accès et d'utilisation des tiers 421
1) La nature et la reconnaissance du statut impératif des exceptions au droit d'auteur 422
2) Les instruments juridiques et mesures limitant la reconnaissance d'un statut impératif des exceptions au droit d'auteur 426
3) Les solutions propres à garantir la balance des intérêts et potentiellement le statut impératif des exceptions au droit d'auteur 430
Paragraphe II. Les actions des tiers en droit des brevets 436
A) Le droit de possession personnelle antérieure dans sa conception classique... 436
B) La conception renouvelée du droit de possession personnelle antérieure . 440
***Conclusion de la section II* 445**
***Conclusion du chapitre I* 447**

Chapitre II. L'inclusion volontaire des connaissances pratiques : le principe du libre arbitre du détenteur dans le choix d'une protection inclusive ou exclusive 449
Section I. Délimitation des connaissances pratiques protégeables par une logique d'exclusion 452
Paragraphe I. Les critères des connaissances pratiques 452
A) Des connaissances pratiques secrètes et dotées d'une valeur 452
1) Le secret comme essence des connaissances pratiques ? 453
2) La valeur des connaissances pratiques 456
B) Des connaissances pratiques substantielles, identifiables et transmissibles 459
Paragraphe II. Les exceptions à la protection exclusive des connaissances pratiques 461
A) Les connaissances pratiques dites « vitales » 461
1) L'importance vitale de certaines connaissances pratiques et leurs répercussions sur le choix d'une protection juridique exclusive 462
2) La création d'un droit à l'accès des connaissances pratiques 469
B) L'utilisation des connaissances pratiques à des fins non commerciales 474
1) La liberté dans l'utilisation des connaissances pratiques à des fins non commerciales 474
2) La reconnaissance de la distinction dans le but de l'utilisation par les instruments législatifs 479
***Conclusion de la section I* 482**
Section II. Le choix du secret 483
Paragraphe I. La diversité des régimes de protection par le secret 484
A) La protection du secret en matière pénale et commerciale 484
1) La protection du savoir-faire par le droit pénal : une protection insatisfaisante 484
2) La protection du secret en matière commerciale : le secret des affaires... 488
B) La protection du secret par les actions en responsabilité civile 493
1) La question de l'adaptabilité des actions en responsabilité civile à l'égard des connaissances pratiques 493
a) L'action en enrichissement injustifié : une action décevante 494

b) La pertinence de la théorie des agissements parasitaires 497
2) Les conditions propres à l'action en agissements parasitaires 500
C) La protection du secret en matière contractuelle 506
1) Contrats et protection des connaissances pratiques 506
a) Accords ou clauses spécifiques conclus entre le détenteur et ses relations de travail 506
b) Accords ou clauses spécifiques conclus entre le détenteur et les tiers 509
c) Avantages et inconvénients d'une protection contractuelle des connaissances pratiques 511
2) Contrats et partage des connaissances pratiques 514
Paragraphe II. Opportunité et conséquences du secret comme mode de protection 518
A) La question de l'efficacité du secret comme mode de protection..... 518
B) La reconnaissance d'un droit sur les connaissances pratiques ?..... 521
Conclusion de la section II **..... 525**
Section III. Le choix des droits de propriété intellectuelle..... 526
Paragraphe I. La question de l'opportunité de protéger les connaissances pratiques par les droits de propriété intellectuelle.....526
A) Le caractère non-breveté comme essence des connaissances pratiques ? . 526
B) Le choix non-cumulatif entre la protection par le secret et la protection par les droits de propriété intellectuelle..... 529
Paragraphe II. Des solutions contradictoires pour rendre les droits de propriété intellectuelle adaptés à la protection des connaissances pratiques.....535
A) Une nécessaire souplesse dans les conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle..... 535
1) Les adaptations dans les conditions légales du droit d'auteur 535
2) Les adaptations dans les conditions légales du droit des brevets..... 542
B) Un nécessaire renforcement dans les conditions d'octroi des droits de propriété intellectuelle 546
Conclusion de la section III **..... 549**
Conclusion du chapitre II**..... 551**
Conclusion du titre I **..... 555**

TITRE II. L'ARTICULATION ENTRE LES PRINCIPES ET LA RECONNAISSANCE DE DROITS AUX DETENTEURS

Chapitre I. La reconnaissance d'un droit moral inspiré du droit d'auteur au profit des détenteurs.....559
Section I. L'exercice nécessairement raisonnable et mesuré du droit moral au sein d'une logique de protection inclusive des savoirs 560
Paragraphe I. Portée et limites d'une reconnaissance d'un droit moral sur les savoirs.....560
A) Le droit moral et la reconnaissance à tous les détenteurs 560
B) La portée du droit moral selon la forme des savoirs..... 564
C) La reconnaissance d'un droit moral plus aisée pour les connaissances pratiques que pour les connaissances théoriques..... 568
Paragraphe II. Conséquences et plausibilité d'un droit moral raisonnable et mesuré 572

A) La nécessaire atténuation de certaines prérogatives du droit moral 573
B) Un droit moral raisonnable et mesuré : une atténuation envisageable ?.... 577
Conclusion de la section I **584**
Section II. L'importance du droit moral au bénéfice des communautés autochtones et locales **586**
Paragraphe I. Le fondement et les conséquences d'un droit moral reconnu aux communautés détentrices de savoirs « traditionnels » **587**
A) La légitimité d'une protection des savoirs « traditionnels » par les droits de la personnalité 587
1) Des liens étroits entretenus entre les savoirs « traditionnels », le droit moral et le droit au respect de la vie privée 588
2) La conciliation entre droits de la personnalité et exploitation des savoirs « traditionnels » 592
B) Un droit moral soutenant la reconnaissance d'un régime de protection des savoirs « traditionnels » 597
1) L'établissement d'une protection positive des savoirs « traditionnels » .. 598
a) Des droits assurant le contrôle de l'accès et de l'utilisation des savoirs « traditionnels » 598
b) La spécificité des droits reconnus aux communautés détentrices de savoirs « traditionnels » 603
2) Protection positive et législation *sui generis* 606
3) Un régime *sui generis* à l'échelle internationale ? 609
a) Les points positifs du projet d'articles du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) de l'OMPI 610
b) Les points du projet d'articles du comité intergouvernemental (IGC) de l'OMPI à retravailler 612
Paragraphe II. L'importance du droit moral justifiée par la prévalence des intérêts extrapatrimoniaux **614**
A) Les intérêts relatifs à la reconnaissance des communautés autochtones et locales 615
B) Une demande urgente de protection des savoirs et des éléments qui en découlent 620
Conclusion de la section II **625**
Conclusion du chapitre I **627**

Chapitre II. Le droit à une contrepartie en faveur des détenteurs suite au partage des savoirs **631**
Section I. Rémunération équitable et domaine public payant **633**
Paragraphe I. Fonctionnement et limites du domaine public payant **633**
A) Domaine public payant et licence légale 633
1) L'influence des licences légales dans le fonctionnement du domaine public payant 634
2) La pertinence de la licence globale pour une rémunération équitable des détenteurs de savoirs 638
B) La difficulté relative à la nature de la contrepartie et au montant juste et équitable 641
Paragraphe II. Un fonctionnement du domaine public payant différent selon la forme de connaissance concernée **646**

A) Gratuité des connaissances théoriques et domaine public payant 647
1) Plausibilité et raisons justifiant la mise en œuvre d'un domaine public payant..... 647
2) Modalités, créanciers et débiteurs du domaine public payant 651
a) Les difficultés relatives à la détermination des créanciers et des débiteurs 651
b) La solution pour rémunérer les détenteurs de connaissances théoriques tout en respectant la qualification de « patrimoine commun de l'humanité » 655
B) Partage des connaissances pratiques et *Creative Contribution*..... 659
1) Une rétribution mutualisée à l'égard de tous détenteurs de connaissances pratiques subséquentes..... 659
2) Le modèle de la *Creative Contribution*, une rémunération équitable pour les détenteurs ayant fait le choix des "communs" 664
Conclusion de la section I*..... *668
Section II. La compensation équitable à l'égard des détenteurs initiaux les plus vulnérables..... 670
Paragraphe I. Le dispositif d'accès et de partage des avantages..... 670
A) Pertinente et faisabilité du dispositif d'accès et de partage des avantages (APA)..... 671
B) Les limites et recommandations relatives au fonctionnement du dispositif d'accès et de partage des avantages..... 678
1) Les différentes limites fragilisant l'efficacité du dispositif 678
2) Les remèdes pour contrer les limites du dispositif..... 681
Paragraphe II. L'importance des contreparties non monétaires : les mécanismes spécifiques à valoriser pour garantir la reconnaissance des communautés autochtones et locales..... 685
A) Les contreparties pour dynamiser la recherche locale 686
B) L'obligation de divulgation et la légitime reconnaissance des détenteurs initiaux 690
1) Présentation de l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine des savoirs..... 691
2) La pertinence de l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine en droit des brevets..... 695
3) Les limites et recommandations relatives à l'obligation de divulgation de la source ou de l'origine 698
Conclusion de la section II*..... *702
Conclusion du chapitre III.*..... *703
Conclusion du titre II*..... *707
Conclusion de la partie II*..... *709

Conclusion générale..... 711
Bibliographie..... 717
Index jurisprudentiel..... 773
Index alphabétique..... 785
Table des matières..... 795

RÉSUMÉ

L'importance et l'intérêt accru des savoirs, à l'échelle nationale et internationale, nécessite une analyse approfondie de leur forme actuelle de protection et des mesures mises en place pour les partager. Sur le plan de leur protection, la tendance est de privilégier une logique d'exclusion. Les savoirs sont en effet devenus un « capital intangible » qu'il faut privatiser pour renforcer la compétitivité. Le régime des droits de propriété intellectuelle, protégeant indirectement les savoirs, ou celui du secret, assurant une protection directe de ces derniers, apparaissent alors comme les régimes de prédilection pour asseoir une telle protection. Une logique de protection exclusive n'apparaît cependant être ni la plus légitime ni la plus efficace au regard de la nature ubiquitaire et dynamique des savoirs. Cette appétence pour une protection exclusive est en effet progressivement critiquée en ce qu'elle contribue à leur usurpation et à leur verrouillage par un seul individu, soit légalement lorsque l'individu en est le détenteur originel (*enclosure* des savoirs des pays développés), soit indûment lorsque l'individu s'est approprié le savoir d'un autre (*exclosure* des savoirs « traditionnels » des communautés autochtones et locales). Cette étude a, par conséquent, vocation à dépasser la vision monolithique du droit de propriété, dans sa conception individuelle et exclusive, pour prouver qu'une conciliation est possible entre protection juridique et partage au bénéfice des savoirs. La logique privilégiant une opposition entre protection et partage, en particulier le régime des droits de propriété intellectuelle et celui du secret, devrait ainsi s'incliner devant une logique d'articulation et de conciliation. La préférence pour une protection inclusive laissant un espace de liberté aux tiers dans l'accès et l'utilisation des savoirs invite alors à aborder la recherche sous le prise des « communs ». L'objectif est de proposer un régime *sui generis* propre aux savoirs contenant des principes et des droits en vue de concilier les intérêts, patrimoniaux et/ou extrapatrimoniaux, des détenteurs de savoirs et des tiers. Différents régimes juridiques seront ainsi analysés et appliqués selon la forme de connaissance concernée – les licences libres, le domaine public consenti, les indications géographiques ou encore le patrimoine commun ou patrimoine culturel immatériel.

MOTS-CLÉS : Savoirs - droit des brevets - droit d'auteur - secret des affaires - régime des communs - licences libres - indications géographiques - domaine public consenti - patrimoine commun - patrimoine culturel immatériel - *open access* - agissements parasitaires.

ABSTRACT

The growing importance and interest of knowledge, on national and international scales, requires an in-depth analysis of its actual form of protection and measures implemented to share it. The tendency is to favor an exclusive logic. Knowledge has indeed become an « intangible capital » which must be privatized to reinforce competitivity. Intellectual property rights, protecting knowledge indirectly, or trade secrets, protecting it directly, seem like predilection legal regimes to establish an exclusive protection. But, an exclusive protection logic does not seem the most legitimate nor the most efficient considering the ubiquity and dynamic knowledge's nature. This preference for an exclusive protection is, indeed, progressively criticized in that it contributes to its usurpation and locking by a sole individual, rather legally when the individual is the original holder (*enclosure* of developed countries' knowledge), or unduly when the individual claims ownership of someone else's knowledge (*exclosure* of indigenous and local people's traditional knowledge). Consequently, this study is dedicated to go over the property right's monolithic vision, in its individual and exclusive conception, to prove that a conciliation is possible between legal protection and sharing of knowledge. The reasoning opting for an opposition between protection and sharing, particularly intellectual property rights and trade secrets, should thus lean over an articulation and conciliation logic. The preference for an inclusive protection, leaving a space of freedom for third parties in the access and use of knowledge, invite us, consequently, to study the « commons ». The goal is, therefore, to propose a *sui generis* regime suitable for knowledge containing principles and rights to conciliate holders and third parties' patrimonial and/or extra patrimonial interests. Various legal regimes will, consequently, be analysed and applied according to the knowledge concerned – free licenses, agreed public domain, geographical indications, common heritage or intangible cultural heritage.

KEY-WORDS : Knowledge - patent law – copyright - trade secret – commons - free licenses - geographical indications - agreed public domain - common heritage - intangible cultural heritage - open access - anti-competitive practices.

Centre Universitaire Rouennais d'Études juridiques (CUREJ) – EA 4703
UFR de Droit, Sciences économiques et Gestion
3 avenue Pasteur CS 46186 76186 Rouen cedex 1