



HAL
open science

Éléments pour une sémiologie des propriétés intellectuelles

Franck Macrez

► **To cite this version:**

Franck Macrez. Éléments pour une sémiologie des propriétés intellectuelles. Penser de droit de la pensée: Mélanges en l'honneur de Michel Vivant, LexisNexis / Dalloz, 2020, Études, mélanges, travaux, 978-2-247-18902-1. hal-04105662

HAL Id: hal-04105662

<https://hal.science/hal-04105662v1>

Submitted on 2 Aug 2023

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

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

Éléments pour une sémiologie des propriétés intellectuelles

par Franck Macrez

Maître de conférences au CEIPI

« L'ingénieur cherche toujours à s'ouvrir un passage et à se situer *au-delà*, tandis que le bricoleur, de gré ou de force, demeure *en deçà*, ce qui est une autre façon de dire que le premier opère au moyen de concepts, le second au moyen de signes. [...] Mais ne nous y trompons pas : il ne s'agit pas de deux stades, ou de deux phases, de l'évolution du savoir, car les deux démarches sont également valides. »

Claude LÉVI-STRAUSS, *La pensée sauvage*, ch. I, « La science du concret »
(Paris, Plon, 1962, p. 30 et 33).

I. - La « propriété intellectuelle » : une brève généalogie

A. - La « propriété » intellectuelle, simple rhétorique ?

B. - La propriété, terme polysémique

C. - La propriété intellectuelle, le lexème épuré

II. - Les objets protégés : des catégories induites

A. - L'omniprésence de l'induction

B. - Le règne du probable

C. - L'emprise de l'interprète

III. - La contrefaçon et la piraterie : une métaphore inadéquate

A. - La « piraterie », caractérisation du trope

B. - Le pirate, les métaphores et le numérique

C. - La réfutation de la métaphore

Conclusion

1.- Une « sémiologie » ? – L'analyse proposée dans la présente étude consiste en une première approche¹, à notre connaissance, de l'analyse des droits de propriété intellectuelle à l'aide des outils de la sémiologie, qui consiste en l'étude empirique des signes et des systèmes de signes². Les langages du droit et les raisonnements qui y sont à l'œuvre doivent, dans cette perspective interdisciplinaire³, être analysés comme tels, c'est-à-dire à travers le prisme des outils de la logique et des sciences du langage.

Le choix dans la désignation de ce cadre épistémique ne relève pas de l'évidence. D'une part, l'expression de « sémiotique juridique » est la plus couramment employée⁴. Mais elle nous semble, à strictement parler, relever d'un champ disciplinaire proprement théorique, ce qui n'est pas notre ambition : il s'agira ici de s'en tenir à une étude empirique du langage du droit (souvent désignée improprement par le terme de « sémiotique », sans doute en grande partie par anglicisme⁵) dans le champ des propriétés intellectuelles, objet de la sémiologie, et non de viser la constitution d'une théorie du langage⁶. D'autre part, la « sémiologie » apparaît constituer le cadre adéquat en ce qu'il ne restreint pas trop l'analyse. Elle inclut, sans s'y limiter, l'analyse du phénomène d'interprétation, c'est-à-dire l'herméneutique⁷, la linguistique⁸ ou encore la

¹ V. néanmoins l'analyse de F. Pollaud-Dulian sur le langage du droit d'auteur : F. Pollaud-Dulian, « Le langage du droit d'auteur français », in *Droit et technique. Études à la mémoire du Prof. X. Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 413. Des études ont pu être menées en s'inspirant des méthodes de la linguistique ou de la sémiotique pour l'analyse des objets de propriété intellectuelle : v. pour la marque : B. Humblot, *Étude du droit des marques au regard de la linguistique*, thèse dact. Montpellier, 2000 ; en brevet, pour s'en tenir à un exemple récent : S. Reis, A. Reis, J. Carrabina et P. Casanovas, « Semiotic Aspects in Patent Interpretation », *International Journal for the Semiotics of Law* 2019, 32/2, p. 359.

² V° « Sémiotique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993.

³ L'influence du dedicataire de ces lignes sur les pages qui suivent ne se limite pas aux références à ses travaux (pourtant nombreuses). Il a été un directeur au vrai sens du terme : celui qui donne des directions, propose des itinéraires. Il est, aujourd'hui encore, avec l'éclectisme qu'on lui connaît, un incitateur (pour ne pas dire provocateur...) à l'audace de la prise de risque et des chemins de traverse.

⁴ Par ex. : G. Kalinowski, « La sémiotique juridique », *RRJ* 1986. 111 ; B. S. Jackson, « Sémiotique et études critiques du droit », *Droit et société* 1988, 8, p. 65 ; P. Dubouchet, *Sémiotique juridique. Introduction à une science du droit*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1990.

⁵ J.-P. Gridel, *Le signe et le droit*, LGDJ, 1979, p. 23, n° 64 ; comp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2015, n° 41, qui estime que la logique fait partie intégrante de la sémiotique, au contraire de la sémiologie.

⁶ V° « Sémiotique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.* Cela relèverait d'une sémiotique structurale.

⁷ Certains opposent néanmoins deux grandes orientations épistémologiques que constitueraient la sémiotique et l'herméneutique : M. Debono, *Langue et droit. Approche sociolinguistique, historique et épistémologique*, EME Éditions, coll. « Proximités - Science du langage », 2013.

⁸ Dès Saussure, la sémiologie est définie comme la « science qui étudie la vie des signes au sein de la vie sociale » : F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, Introduction, § 3.

rhétorique⁹... Étudiant la vie des signes¹⁰, la sémiologie conduit à une activité de formalisation à visée explicative et critique, rendue possible à l'issue d'une démarche empirique¹¹. En outre, la sémiologie apparaît inclure le paradigme systémique et, partant, l'idée, pour ne pas dire la nécessité, de cohérence du droit¹².

2.- *Une sémiologie des droits de propriété intellectuelle.* – Le droit n'étant que langage, l'analyse de ce langage autorise une lecture à la fois statique et dynamique, synchronique et diachronique. Autrement dit, il ne s'agit pas de se limiter à une description du langage des droits de propriété intellectuelle, mais, dans une perspective dynamique, faire la généalogie des termes et des raisonnements employés. L'espoir est ainsi permis de réussir à entreprendre des études « qui tendraient à découvrir, dans les variations de la langue juridique, les traits les plus intimes du développement même du droit »¹³. Ce faisant, il nous semble nous situer dans le projet d'épistémologie descriptive qu'Atias appelait de ses vœux, puisque celle-ci « analyse les multiples phénomènes qui concourent à la formation du savoir juridique¹⁴ ». Les outils conceptuels offerts par la sémiologie (mais aussi, en réalité par la sémiotique) consistent à distinguer la logique, la sémantique et la pragmatique¹⁵ ; il ne s'agit pas de les opposer, mais de les concevoir et les utiliser en complémentarité. De manière très schématique, la logique juridique étudie les rapports entre les signes sans considération ni du sens ni des usagers, tandis que la

⁹ G. Kalinowski, « La logique juridique, la sémiotique et la rhétorique. À propos de *Law and Logic* de J. Horowitz », *Archives Phil. dr.*1974, p. 468 : « Sont logiques les inférences dont les prémisses sont scientifiques [...]; sont rhétoriques les inférences ayant pour prémisses des opinions juridiques, politiques, morales, philosophiques, religieuses » ; M.-A. Frison-Roche, « La rhétorique juridique », *Argumentation et rhétorique Hermès* 1995, p. 73, spéc. p. 76.

¹⁰ V° « Sémiologie », in A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 2010 (1926).

¹¹ J.-J. Nattiez, « Pour une définition de la sémiologie », *Langages* 1974, 35, p. 3.

¹² Sur cette nécessité de cohérence dans le champ des propriétés intellectuelles : F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ? Essai sur la cohérence des droits*, Paris, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2011 ; Y. Basire, *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, LexisNexis, coll. « CEIPI », 2014.

¹³ F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t.III, Sirey, Paris, 1914, p. 453.

¹⁴ C. Atias, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. « Précis Droit Privé », Paris, 2002, spéc. n° 240 et s. ; v. aussi n° 86 et, à propos de « la langue », n° 139 et s.

¹⁵ Une telle distinction a opposé les théoriciens, ce qui ne sera évidemment pas l'objet de la présente étude. Carnap et ses héritiers concevaient une sémiotique pure du langage scientifique, ce qui impliquait de ne tenir compte que de la syntaxique et de la sémantique, en excluant la pragmatique.

sémantique traite du sens sans considération des usagers¹⁶ et que la pragmatique consiste en l'étude du sens en liaison avec les usagers du langage étudié¹⁷.

3.- *Une sémiologie appliquée.* – Le caractère empirique de la démarche conduit à choisir certains lexèmes ou syntagmes structurant les droits de propriété intellectuelle pour les analyser des points de vue linguistique et logique. Il ne s'agit naturellement pas de prétendre à un discours de « vérité » que la logique formelle saurait froidement (et/ou par magie) nous apporter ; en cela la pragmatique, qui tient compte du locuteur et du contexte dans lequel une locution est formulée, est indispensable à l'analyse du discours juridique¹⁸. Le prisme proposé conduira, pour faire bref, à établir une généalogie des concepts fondamentaux de la propriété intellectuelle dans une perspective critique et, partant, épistémologique.

Les premiers jalons que nous proposons ici ne sauraient évidemment porter sur l'ensemble des occurrences linguistiques, même en les sélectionnant arbitrairement, par exemple, en fonction de leur origine. Le nécessaire cantonnement doit, à notre sens, concerner le substrat fondamental, ontologique, de tout raisonnement dans le domaine du droit : la qualification juridique. Cela revient principalement, à l'étude des catégories et, de manière centrale, des critères de qualification. L'analyse portera sur les deux piliers de la propriété intellectuelle : le droit d'auteur pour sa branche de propriété littéraire et artistique, le droit des brevets pour la propriété industrielle. Le langage du droit et le langage juridique seront tous deux objets de l'analyse, et même plus précisément l'ensemble des langages relevant du discours juridique : langage légal, langage juridique jurisprudentiel, langage juridique scientifique, langage juridique commun¹⁹.

4.- *Une objectivisation du discours.* – L'intérêt de l'analyse sémiologique nous semble particulièrement appréciable dans un contexte où les droits de propriété intellectuelle connaissent des évolutions chaotiques, sous le double effet du développement des techniques contemporaines et de l'ampleur des enjeux financiers en cause : il apparaît particulièrement indispensable de pouvoir analyser ces évolutions à l'aide d'outils

¹⁶ V. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige dicos poche », 2010 (1926), p. 964.

¹⁷G. Kalinowski, « La logique juridique, la sémiotique et la rhétorique. À propos de Law and Logic de J. Horowitz », *Archives de Philosophie du Droit* 1974, p. 455, spéc. p. 463 ; P. Dubouchet, *Sémiotique juridique*, *op. cit.*, p. 29 et s.

¹⁸ Par exemple, Carnap conclut ainsi son Introduction to Semantics : « Il est important de signaler que le concept de la vérité que nous venons d'expliquer – nous pouvons l'appeler concept sémantique de la vérité – diffère fondamentalement de concepts tels ceux de “accepté comme vraisemblable”, “vérifié”, “bien confirmé”, etc. Ces concepts appartiennent à la pragmatique et exigent la référence à une personne. »

¹⁹ Pour cette typologie, v. J. Wroblewski, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société* 1988, 8, p. 15.

conceptuels permettant d'objectiviser le discours critique. Il s'agit de mettre au jour les raisonnements des discours analysés et donc d'en mesurer leur degré de validité, ce qui peut permettre notamment d'en dénoncer des postulats non démontrés, d'identifier les inférences pour les analyser comme telles, de détecter des tautologies qui sont par hypothèse à proscrire, de discerner les prémisses au sein d'un ensemble d'inférences, ce qui modifiera la nature même de l'inférence considérée, ou encore d'analyser des figures de rhétorique en termes, précisément, de rhétorique²⁰... Car s'il est clair que « la rhétorique ne peut transformer le réel que pour ceux qui se laissent prendre aux pièges des rhéteurs²¹ », l'identification de l'emploi de tropes au sein de tout discours du droit, quel que soit le type de langage, permet l'interrogation sur leur pertinence et leur portée.

Ainsi, il est nécessaire, pour cette première approche, de s'en tenir aux termes fondamentaux de la matière : la « propriété intellectuelle » serait une propriété (I), la définition de ses catégories principales semble procéder de raisonnements inductifs (II), tandis que l'atteinte aux droits, traditionnellement dénommée « contrefaçon », est de plus en plus souvent appelée « piraterie » (III).

I. - La « propriété intellectuelle » : une brève généalogie

5.- *Un mot chargé d'affect.* – La dénomination de propriété s'agissant du droit d'auteur, du droit des brevets ou des marques a toujours fait l'objet de débats et controverses, parfois vives. La qualification, en droit positif, ne fait aucun doute à l'époque contemporaine²². Mais, sauf à céder à un positivisme légaliste quelque peu béat, on ne saurait ignorer que le débat n'est pas épuisé. Une double difficulté tient à la fois au fait que le vocable de « propriété » est chargé de connotations historiques, philosophiques, idéologiques

²⁰ L'œuvre de C. Perelman a montré que la logique juridique est affaire de rhétorique en ce qu'elle est une logique non formelle qui dépend de la constitution des prémisses du raisonnement.

²¹ M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques », *D.* 2010. 776.

²² Sans être exhaustif : la codification (prétendument à droit constant) de 1992 adopte la dénomination de « Code de la propriété intellectuelle », tandis que le Conseil constitutionnel reconnaît expressément, depuis 2006, le droit d'auteur comme étant un véritable droit de propriété au sens de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 déc. 2000 vise la propriété intellectuelle (art. 17).

puissantes²³, et que le sens qui lui est assigné est variable d'un locuteur à l'autre²⁴. La tentative d'une brève généalogie de l'emploi du terme de « propriété » nous paraît apte à contourner ce double écueil. La « propriété » intellectuelle²⁵ a, tout d'abord, été analysée comme un « slogan », c'est-à-dire un instrument purement rhétorique (A). Il n'en reste pas moins que la permanence de l'affirmation du concept est indéniable (B) et que cela semble rendu possible par l'extraordinaire polysémie du terme (C).

A. - La « propriété » intellectuelle, simple rhétorique ?

6.- *L'affirmation de la « propriété » intellectuelle comme métaphore.* – L'origine de l'utilisation du vocable de propriété est certainement à trouver dans un phénomène d'analogie, que l'on retrouve dès la plaidoirie de Marion en 1586, invoquant « une espèce de droit de patronage²⁶ ». D'Héricourt effectue, assez habilement, la translation de la propriété matérielle du manuscrit vers celle de l'ouvrage, ce qui, dans tous les cas, profitait aux libraires parisiens dont il défendait les intérêts²⁷. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'abolition des privilèges conduisent naturellement le législateur révolutionnaire à affirmer solennellement, et avec l'emphase qu'on lui connaissait, la « propriété » des auteurs d'inventions²⁸ et d'écrits en tous genres²⁹ de manière directe et non équivoque.

L'utilisation du terme de « propriété » a, selon certains, été « d'abord utilisé pour sa force symbolique »³⁰, comme « une formule de combat »³¹, un « étendard »³². Il s'agirait

²³ V. par ex. : M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 293 s.

²⁴ M. Vivant, « "Propriété" intellectuelle, plus de non-dits que de dits », *Cab. dr. entr.* 2015, 6. 38 : « Ces mots sont utilisés, chargés de présupposés philosophiques, politiques, idéologiques - et, qui plus est, chargés de présupposés variables d'un auteur à l'autre et son système de référence. »

²⁵ V., analysant la genèse de l'expression « propriété intellectuelle » : J.-C. Galloux, « Qu'est-ce que la propriété intellectuelle ? », in *Liber amicorum Georges Bonet*, 2010, p. 199.

²⁶ Plaidoyez de M. Simon Marion, 1586, in A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, Paris, Librairies Jules Renouard, 1838, p. 112.

²⁷ « Donc, un libraire qui a acquis un manuscrit [...] et obtenu un privilège pour l'imprimer doit demeurer perpétuellement propriétaire du texte de cet ouvrage, lui et ses descendants, comme d'une terre ou d'une maison qu'il aurait acquises, parce que l'acquisition d'un héritage ne diffère en rien de l'acquisition d'un manuscrit. » (Mémoire de L. d'Héricourt au Garde des Sceaux, 1725, in É. Laboulaye et G. Guiffrey, *La propriété littéraire au XVIII^e siècle : recueil de documents*, Paris, L. Hachette, 1859).

²⁸ Loi du 7 janv. 1791, art. 1^{er} : « Toute découverte ou nouvelle invention, dans tous les genres d'industrie, est la propriété de son auteur. »

²⁹ Décret des 19-24 juill. 1793.

³⁰ A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2017, p. 31.

³¹ F. Gény, *Des droits sur les lettres missives*, Sirey, 1911, n° 135, cité par A. Lucas, *ibid.*

³² P.-E. Moysse, « La nature du droit d'auteur : propriété ou monopole ? », *Rev. dr. McGill* 1998, 43, p. 507.

de faire jouer « la magie des mots »³³. Et il n'est pas étonnant que, dans le jeu politique consistant en la reconnaissance (ou non) d'un droit d'un genre nouveau, « le mot (soit) utilisé comme une machine de guerre »³⁴. C'était à l'évidence le cas pour les discours de Louis d'Héricourt ou des législateurs révolutionnaires.

L'emploi du terme de « propriété » consisterait ainsi en une métaphore : la « propriété » relève avant tout de la maîtrise d'un objet matériel, et le terme fut utilisé pour la reconnaissance de droits sur des choses incorporelles : « l'œuvre intellectuelle est une propriété comme une terre, comme une maison »³⁵. Ce caractère analogique est une source importante de critique de la propriété appliquée aux choses incorporelles : celle-ci ne pourrait « être invoquée qu'à titre de comparaison et par voie de métaphore »³⁶, mais non comme concept juridique sérieux.

Mais c'est également une source de difficulté, pour ne pas dire la source principale de non-acceptation de la qualification de propriété : celle-ci ne devrait concerner que l'univers matériel.

7.- *De la métaphore endormie à la catachrèse.* – En réalité, il nous semble que la translation de l'emploi du mot s'est réalisée de manière directe, sans qu'il soit besoin de trouver dans la genèse de l'application du terme de « propriété » un rapport d'analogie. Il s'agirait, au mieux, d'une métonymie puisqu'on vise le lien entre la « propriété » entendue objectivement (ce qui était le cas dans le langage de l'époque révolutionnaire³⁷). L'analogie (ou la métaphore) n'a qu'une fonction explicative : quand Simon Marion vient expliquer que ce qu'il décrit est une « espèce de droit de patronage », c'est pour expliquer le contenu du droit et en ayant posé explicitement en principe que chacun est propriétaire de ce qu'il fait, invente et compose³⁸. D'Héricourt affirme bien directement que « Le Roi, n'ayant aucun droit sur les ouvrages des auteurs, ne peut les transmettre à

³³ Sieyès, discours du 2 thermidor de l'an III, opinion sur plusieurs articles des titres IV et V du projet de constitution.

³⁴ M. Vivant, « "Propriété" intellectuelle, plus de non-dits que de dits », art. préc. ; comp., interrogative : É. Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété. Droits anglais, allemand et français*, Presses universitaires de Rennes, coll. « L'univers des Normes », 2013, p. 181.

³⁵ Louis Napoléon, 1844, cité in M.-A. Hermitte, « Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels », *RTD com.* 1985. 331, spéc. p. 335.

³⁶ M.-C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur*, Paris, LGDJ, 1963, p. 157.

³⁷ L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre. La formation du droit d'auteur du XVI^e siècle à la loi de 1957*, thèse dact., Strasbourg, 1999.

³⁸ « Les hommes les uns envers les autres par un commun instinct, reconnoissent tant chacun d'eux en son particulier estre seigneur de ce qu'il fait, invente et compose » (S. Marion, *Plaidoyez*, préc.). L. Pfister précise que le terme seigneur signifie « propriétaire » (*ibid.*, p. 146, n. 150). On peut ajouter que « espèce » est sans doute, même dans le langage de l'époque, ambigu : soit cela signifie que le droit dont il parle entre dans la catégorie des droits de patronage, soit il s'agit d'une relation de ressemblance.

personne sans le consentement de ceux qui s'en trouvent les légitimes propriétaires³⁹ ». Et les textes révolutionnaires proclament la propriété des auteurs sur leurs créations sans autre comparaison que pour signifier que celle-ci est d'une nature supérieure à la propriété matérielle.

Ce constat n'infirme pas totalement l'hypothèse selon laquelle la « propriété » intellectuelle serait une métaphore : elle pourrait être une métaphore endormie, c'est-à-dire qui « n'est plus perçue comme une fusion, comme accolement de termes empruntés à des domaines différents, mais comme application d'un vocable à ce qu'il désigne normalement⁴⁰ ». Il est remarquable de constater que, d'un point de vue rhétorique, c'est « un outil très supérieur à la métaphore agissante parce qu'elle a perdu son contact avec l'idée primitive qu'elle dénotait⁴¹ » : le lien est inconscient. Dès lors, le pas est aisément franchi de considérer, comme le fait D. Gutmann, qu'il s'agit d'une catachrèse⁴², figure particulièrement efficace en argumentation⁴³. Celle-ci désigne un glissement sémantique, à proprement parler un abus de sens⁴⁴, au point que nous sommes en présence d'une figure de sens qui joue un rôle lexical, qui enrichit le sens du mot⁴⁵. Il s'agirait, à notre sens, plus d'une catachrèse par métonymie que par métaphore. En effet, c'est le lien entre le livre et l'écrit qui fait concevoir la « propriété littéraire », plutôt qu'un rapport d'analogie⁴⁶. Mais peu importe : de fait, à notre époque, l'expression de « propriété intellectuelle », même à la considérer comme un trope, est rendue nécessaire par l'absence de tout terme propre, ce qui correspond à la définition de la catachrèse : la signification du mot aurait été étendue au-delà de son sens propre, principalement en considération du fait qu'il était essentiellement employé pour appréhender des choses matérielles.

8.- *De l'importance des tropes dans la formation du droit.* – Comme nous avons pu le constater, la caractérisation de métaphore de l'emploi du terme de propriété conduit celui qui la constate à, généralement, en rejeter la pertinence : ce n'est qu'une métaphore, donc pas très sérieux ; que cela se retrouve dans un texte de loi est fort regrettable et il

³⁹ L. d'Héricourt, *Œuvres posthumes*, t. 3, 1759, p. 58.

⁴⁰ C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, Université de Bruxelles, coll. « UB lire Fondamentaux », Bruxelles, 2008 (1958), p. 542 s.

⁴¹ C. Perelman, *L'empire rhétorique*, Vrin, 1999, p. 543.

⁴² D. Gutmann, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », *Archives Phil dr.* 1999, 43, p. 65 : « La métaphore s'endort, et devient catachrèse. »

⁴³ C. Perelman, *L'empire rhétorique, op. cit.*, p. 153.

⁴⁴ V^o « Catachrèse », in G. Molinié, *Dictionnaire de rhétorique*, Le livre de poche, Paris, 1992.

⁴⁵ O. Reboul, *Introduction à la rhétorique. Théorie et pratique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige manuels », 1991, p. 127.

⁴⁶ D. Gutmann, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », art. préc., p. 69, note 16.

faudrait y remédier. Outre qu'il nous paraît plus vraisemblable que nous soyons en présence d'un rapport de métonymie, cette posture est caractéristique d'une méfiance généralisée envers la rhétorique et d'une ignorance de son rôle dans la formation de la pensée en général et de la pensée juridique en particulier. À s'en tenir au domaine du droit, on remarquera que le mot « droit » lui-même est une métaphore⁴⁷... À tout le moins, une certaine ambivalence est perceptible chez les juristes⁴⁸. Pourtant, ces figures permettent considérablement d'enrichir le langage du droit et sa compréhension⁴⁹.

Cela étant, de manière générale, l'emploi de la métaphore est mis en avant pour dénoncer ce qui est perçu comme un dévoisement du concept : la propriété ne s'appliquerait qu'à des choses matérielles.

B. - La propriété, terme polysémique

9.- *L'incapacité prétendue de la propriété à saisir l'incorporel.* – L'argument est bien connu et étonnamment persistant⁵⁰. Il trouve plusieurs origines. La première serait que le *dominium* romain n'aurait pu porter que sur les choses corporelles. Il semble pourtant que cette affirmation soit historiquement erronée : « Les recherches historiques et philosophiques [...] ont permis de vérifier et approfondir l'idée que l'origine romaine de la corporéité est inexacte et de découvrir qu'elle constitue un véritable contresens historique. [...] Les *res incorporales* sont autant des objets de propriété que les *res corporales*⁵¹ ». La seconde tiendrait à choisir comme prémisse le fait que le seul modèle de « propriété » serait celui de l'article 544 du Code civil⁵². Une double erreur gît dans

⁴⁷ G. Timsit, « La métaphore dans le discours juridique », « Métaphores et analogies. Schèmes argumentatifs des sciences sociales », *Revue européenne des sciences sociales* 2000, XXXVIII-117, p. 83.

⁴⁸ H. Rottleuthner, « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », *Le système juridique, Archives Phil. dr.* 1986, p. 215 : « L'attitude envers les métaphores (même dans le sens non-illustratif) paraît avoir été toujours ambivalente. Dans un certain sens, l'aspect indésirable et inadéquat de tout transfert est relevé, mais d'un autre côté la fertilité et l'originalité des métaphores sont appréciées [...] »

⁴⁹ G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat. Droit privé », 2005, p. 123 : « Ces figures de langage ont, dans le vocabulaire juridique, une extrême importance. D'abord elles l'enrichissent, car elles ont globalement pour avantage de porter remède à l'insuffisance, en nombre, des signifiants ordinaires par emprunt métaphorique d'autres signifiants. Elles ont aussi plus spécifiquement pour fonction de rendre le langage du droit plus compréhensible. Car la vertu propre de l'image est de lancer un message plus direct et souvent plus attrayant (par son pittoresque et sa couleur), globalement plus facile à percevoir et à retenir, et donc plus accessible à un plus grand nombre. »

⁵⁰ Savatier, *JCP* 1957. I. 1398, n° 1 : « dans son sens strict, la propriété ne se conçoit que sur les choses corporelles ».

⁵¹ F. Zenati, « L'immatériel et les choses », *Archives Phil. dr.* 1999, 43, p. 79, spéc. p. 85 ; v. également : M.-C. Dock, *Étude sur le droit d'auteur, op. cit.* p. 7 s. On ajoutera du reste que les Romains n'ignoraient pas le droit moral : *ibid.*, p. 34 s.

⁵² J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 281, n° 8, p. 283.

cette proposition. D'une part, il n'est pas logiquement possible de penser les propriétés instaurées en 1791 et 1793 comme des institutions juridiques conçues par référence à un texte qui leur est postérieur. D'ailleurs lorsque le Conseil constitutionnel français reconnaît que la propriété intellectuelle est une propriété, c'est bien au visa de la déclaration de 1789 et aucun autre. Et il a été montré que « le champ de la propriété est conçu de manière suffisamment large en 1789 pour y accueillir les œuvres intellectuelles et pour leur reconnaître la qualité de biens inviolables et sacrés⁵³ ». Il ne fait, peu de temps après, aucun doute que les rapporteurs des lois de 1791 et 1793 considèrent l'œuvre et l'invention comme une « propriété » naturelle de l'auteur⁵⁴, dans une perspective jusnaturaliste⁵⁵. La reconnaissance du caractère incorporel de l'objet de la propriété avait déjà vécu une étape décisive avec le mémoire de Louis d'Héricourt, qui considérait que l'auteur était propriétaire du manuscrit, mais qu'il devait demeurer « perpétuellement propriétaire du Texte de cet Ouvrage⁵⁶ ».

Pourtant, la critique de l'emploi du terme de propriété a perduré, soit par incompréhension soit par rejet pur et simple à l'origine idéologique et partisane⁵⁷. Renouard, notamment, allait revenir à la charge, en affirmant que « l'influence de la langue a modifié à tel point la signification originaires des mots, que les seuls objets dont on dise l'homme *propriétaire* sont les objets matériels extérieurs à lui », concluant que « la langue du droit ne saurait ici l'admettre, sans le fausser [...] »⁵⁸. Outre que l'auteur semble procéder par affirmation, il est difficile de comprendre ce qui serait ainsi « faussé » si ce n'est le droit positif consacrant une propriété pour les auteurs d'œuvres et d'inventions.

10.- *Des emplois dans des univers de référence différenciés.* – La persistance de la contestation de la capacité de la notion de propriété à appréhender des choses incorporelles s'explique, à notre sens, par l'influence extraordinaire de l'article 544 du Code civil, qui

⁵³ L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre, op. cit.*, p. 432.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 450.

⁵⁵ M^{me} Ginsburg a tenté de fortement relativiser cette vision des choses : J. Ginsburg, « Histoire de deux droits d'auteur : la propriété littéraire et artistique dans la France et l'Amérique révolutionnaires », *RIDA* 1991, 147, p. 124 ; il nous semble pourtant qu'au final, « on ne peut pas faire que ce qui a été ne soit pas. Les faits (et les mots) sont têtus » (A. Lucas, « Le rapport Le Chapelier : retour vers la conception jusnaturaliste du droit d'auteur français », in *Droits de propriété intellectuelle. Liber amicorum G. Bonet*, 2010, p. 341, *in fine*. V. aussi : M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique, op. cit.*, p. 315 s.

⁵⁶ L. d'Héricourt, *Œuvres posthumes*, t. 3, 1759, p. 61 ; v. L. Pfister, *L'auteur, propriétaire de son œuvre, op. cit.*, p. 215 s.

⁵⁷ La restauration et la monarchie de Juillet auront sans doute exacerbé la nostalgie du privilège d'Ancien Régime...

⁵⁸ A.-C. Renouard, *Traité des droits d'auteurs, op. cit.*, p. 455-456.

est venue renforcer cette axiomatique. Pourtant, comme on l'a vu, la consécration par la déclaration de 1789 avait été précédée d'une profonde réflexion sur la possible nature incorporelle de l'objet de propriété. Ainsi, il est aisément concevable de se figurer qu'il y a une propriété de la Déclaration des droits qui n'ait pas exactement le même sens que celle du Code civil. Ce qu'écrivait Demolombe nous semble très révélateur : « Le mot *propriété*, dans son acception générale, exprime le pouvoir souverain et absolu qui appartient à une personne sur un bien quelconque, corporel ou incorporel, et qui le lui rend *propre*. C'est ainsi que nous venons de dire la *propriété littéraire* [...]. Mais, dans son acception spéciale et technique, le mot *propriété* ne s'applique qu'aux droits de la personne sur les objets corporels [...]. C'est uniquement suivant cette dernière acception que le droit de propriété est considéré dans le titre II du second livre du Code Napoléon ; et c'est dès lors aussi seulement du droit de propriété sur des objets corporels, que nous allons désormais nous occuper en expliquant ce titre⁵⁹. » Il distingue donc la propriété « dans son acception générale » de celle « dans son acception spéciale et technique » du Code civil, qu'il retient puisque l'objet de son cours est précisément l'étude du Code civil. On ajoutera que, par la suite, et en droit positif, l'article 544 lui-même a trouvé à s'appliquer à des choses incorporelles, en particulier le fonds de commerce⁶⁰.

Il n'y a donc pas *un* concept de propriété, mais une pluralité de propriétés que l'on peut identifier et qui peuvent se subsumer sous cette appellation, en première intention aux textes qui les ont consacrés. Le mot trouve sa signification dans son univers de référence, dans son « jeu de langage » dirait Wittgenstein, qui, pour le juriste (au moins de droit écrit) s'apparente bien souvent aux *corpus* de droit positif. Or, il apparaît bien clair qu'on ne peut « localiser dans l'orbite du Code civil » les droits de propriété intellectuelle⁶¹, en raison des limites inhérentes au modèle civiliste⁶².

11.- « *Propriété intellectuelle* » : *nécessité de linéaments*. – La permanence de l'appellation des « propriétés » intellectuelles peut être rapidement rappelée. La qualification choisie par le législateur se vérifie bien pour chaque branche. En droit d'auteur, les décrets des 13-19 janvier 1991 et des 19-24 juillet 1791 consacrent une « propriété exclusive », puis la

⁵⁹ Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. 9, Paris, 1852, n° 540.

⁶⁰ V., concluant qu'« il s'agit bien de deux modèles complètement différents et non de deux variantes d'un même modèle » : P. Gaudrat, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », *RTD com.* 2011. 562.

⁶¹ A. Lucas, « *Droit des biens et biens spéciaux, l'exemple de la propriété intellectuelle* », in *Les modèles propriétaires*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ, 2012, p. 15, *in fine*.

⁶² P. Gaudrat, *La structure juridique des propriétés intellectuelles* in *Les modèles propriétaires*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, LGDJ, 2012, p. 179, spéc. p. 183 ; P. Gaudrat, « La propriété intellectuelle : pensée unique ou modèles multiples ? », art. préc.

loi de 1957 « un droit de propriété incorporelle exclusif », disposition aujourd’hui encore en vigueur. En droit des brevets d’invention, le décret du 7 janvier 1791 dispose que « toute découverte ou nouvelle invention [...] est la propriété de son auteur » ; la loi du 5 juillet 1844 semble opérer un glissement puisque son article 1^{er} n’accorde qu’un « droit exclusif » et que l’article 20 prévoit la possibilité de céder « la propriété du brevet » (et non de l’invention)⁶³. Les lois subséquentes n’ont pas bouleversé les appellations, et le Code actuel organise la « protection des inventions » (livre VI) au sein d’une partie « Propriété industrielle ». Quant au droit de marque, il n’a pas bénéficié des faveurs du législateur révolutionnaire, mais il est notable que la loi du 27 juin 1857 « sur les marques de fabrique et de commerce⁶⁴ » début par un titre 1^{er} : « Du droit de propriété sur les marques », les articles 2 et 3 évoquant respectivement « la propriété exclusive d’une marque » et la « propriété de la marque ». Le commentateur au recueil *Duvergier* notera que « les marques constituent de véritables propriétés. L’exposé des motifs, le rapport le disent expressément [...] »⁶⁵. La loi du 31 décembre 1964 précise que « la propriété de la marque s’acquiert par le premier dépôt » (art. 4), règle analogue à celle de l’art. L. 712-1 CPI.

Cela étant rappelé, l’analyse implique de vérifier que l’affirmation législative, sauf à la prendre pour une vérité absolue insusceptible de discussion, correspond à l’idée que l’on peut se faire de la propriété en se référant à ses composants élémentaires. En d’autres termes, il convient d’en identifier les éléments essentiels pour les confronter à notre objet d’analyse : « du moment que l’essence de la propriété est respectée, peu importe la fidélité au modèle initial⁶⁶ ». À défaut, cela reviendrait à abandonner toute velléité de cohérence et de systématisation : « La propriété deviendrait une affaire de jeu de mots, un modèle tantôt “adopté” tantôt “reproduit” de façon “fidèle” ou “rudimentaire”, en bref un paradigme sur lequel on pourrait divaguer à l’infini sur le mode métaphorique⁶⁷. » Bien entendu, il convient de rester conscient que le modèle a évolué avec le temps : la polysémie, qui est d’ailleurs de manière générale un phénomène irréductible, a toujours une source historique, résultat « d’une évolution faite, pour chaque mot, d’une pluralité de faits linguistiques⁶⁸ ».

⁶³ V. aussi art. 34 et 46.

⁶⁴ Loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce, *Recueil Duvergier*, p. 185.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 187.

⁶⁶ D. Gutmann, « Du matériel à l’immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », art. préc., p. 72.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 75, se référant aux « formules poétiques » de J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », art. préc.

⁶⁸ G. Cornu, *Linguistique juridique, op. cit.*, n° 21.

Il reste que, pour que le « système linguistique⁶⁹ » et, partant, la cohérence du système juridique, soient conservés, il est nécessaire vérifier que les droits de propriété intellectuelle correspondent à ce qui peut être identifié comme l'essence de la propriété⁷⁰.

C. - La propriété intellectuelle, le lexème épuré

12.- *L'exclusivité*. – L'essence de la propriété⁷¹, qui n'est guère contestée, est qu'elle accorde une exclusivité, quelle que soit la manière dont on la nomme : monopole, réservation, maîtrise, prérogative, pouvoir d'interdire opposable *erga omnes*⁷²... Le droit d'auteur, à travers ses différents attributs, paraît bien accorder au propriétaire de l'œuvre un tel pouvoir d'exclusivité : « un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Il en est de même du brevet : « un droit exclusif d'exploitation ». Le cas des marques est moins évident : la loi se contente de disposer que l'enregistrement de la marque confère un droit de propriété. Or on sait que le droit de marque est borné par les différentes fonctions qu'on peut lui assigner, au premier rang desquelles la fonction d'exclusivité. Le problème posé est que, depuis, la décision *Arsenal*⁷³, la Cour de justice fait primer la fonction d'identification sur la fonction d'exclusivité : le titulaire doit dès lors démontrer, dans l'hypothèse de double identité, une atteinte à une fonction de la marque autre que celle d'exclusivité⁷⁴ (celle d'identification). En d'autres termes, « la fonction d'exclusivité qui apparaît comme la clé de voûte du système se trouve ramenée à un rôle secondaire⁷⁵ ». Si la constatation d'une atteinte à son droit d'exclusivité ne suffit pas à la voir sanctionnée, il nous semble difficile de considérer ce droit de marque là comme une « propriété », quand bien même on voudrait mettre en avant que ce droit n'est pas absolu.

⁶⁹ D. Gutmann, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », art. préc.

⁷⁰ Comp., pour une intéressante analyse méthodologique des définitions de la propriété : É. Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, op. cit., p. 257 s.

⁷¹ Nous choisissons ici d'insister sur le lexème « propriété ». Il convient néanmoins de garder à l'esprit que lorsque le mot « propriété » est qualifié par « intellectuelle », il prend un sens global : cela devient une espèce de collocation pas laquelle on prend le sens de deux mots pour en faire un.

⁷² J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », art. préc., n^{os} 16 s. : c'est « un invariant de la propriété ».

⁷³ CJCE, *Arsenal Football club*, aff. C-205/01, Rec. CJCE I-10273.

⁷⁴ Y. Basire, *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, op. cit., p. 128 s.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 224.

13.- *Le caractère propre*. – C’est le sens premier de la propriété : la « condition d’être propre à⁷⁶ ». C’est évidemment ce qu’impose de considérer l’étymologie du mot⁷⁷, qui rejoint d’ailleurs l’idée d’exclusivité (*proprius*⁷⁸). Le terme a sans doute été sous-estimé en droit romain, car *proprietas* était d’un usage assez rare (et désignait l’objet de la nue-propriété). Mais, comme le souligne Michel Villey, *proprius* était lui très fréquent⁷⁹. Ce caractère propre a également une source dans la pensée lockéenne⁸⁰ qui distingue entre les choses communes et la propriété de la personne, reprise par Diderot et dont on retrouve un écho plus juridique chez Linguet⁸¹ qui inspirera Le Chapelier. Ainsi, et de manière générale, le droit moral constitue une manifestation essentielle de ce qu’est la propriété. Sauf à vouloir entendre sous le terme de « propriété » une simple exclusivité commerciale et à dénier qu’il est de l’essence de la propriété de conserver le lien avec celui qui est à l’origine de l’objet de cette propriété. Il est frappant de constater que, pour arriver à ce résultat, c’est-à-dire qualifier le droit moral comme relevant de l’accessoire, il n’ait pas été besoin (ou possible) que cela soit démontré : « Toute référence au droit moral dans la qualification des droits de propriété intellectuelle et, spécialement, du droit d’auteur doit être réfutée, cette notion procédant elle-même de l’accessoire... donc du contingent⁸². » Cela ne saurait convaincre. D’abord en raison des considérations historiques et étymologiques qui précèdent, qui démontrent précisément l’inverse. Ensuite, car elle repose sur une prémisse fondamentalement erronée consistant à considérer que « le droit moral n’intervient qu’au cours d’actes d’exploitation économique de l’œuvre⁸³ », en omettant purement et simplement le premier attribut du droit moral, à savoir le droit de divulgation. En tout état de cause, il s’agit d’une *pétition de principe*, qui, en termes d’argumentation, constitue « la faute la plus grave⁸⁴ », invalide la conclusion sur le caractère accessoire du droit moral au sein du droit d’auteur. Seule l’autorité (considérable) de la plume des auteurs, qui choisissent de ne connaître que la propriété du Code civil et d’employer le vocable de « propriété » pour désigner un monopole d’exploitation, aura, à notre sens, permis que la thèse soit prise au sérieux.

⁷⁶ V° « Propriété », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit.

⁷⁷ *Proprietas* : propriété, caractère propre (Le Gaffiot, 1934).

⁷⁸ « Qui appartient en propre, qu’on ne partage pas avec d’autres » (Le Gaffiot, 1934).

⁷⁹ M. Villey, « Note sur le concept de propriété », *Critique de la pensée juridique moderne* 2009 (1975), p. 187.

⁸⁰ V. M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Évolution historique et philosophique*, op. cit., p. 284 s.

⁸¹ Opinion de Linguet touchant l’arrêt sur les privilèges, in É. Laboulaye et G. Guiffrey, *La propriété littéraire au XVIII^e siècle : recueil de documents*, op. cit., p. 221.

⁸² J.-M. Mousseron, J. Raynard et T. Revet, « De la propriété comme modèle », art. préc., p. 291.

⁸³ *Ibid.*, p. 290, n° 25 ; la même affirmation se retrouve chez l’un de ses auteurs, qui prend expressément pour modèle « la conception du copyright américain » : J. Raynard, *Droit d’auteur et conflits de lois*, Paris, Litec, coll. « Bibl. dr. entr. », 1990, n° 357, p. 325.

⁸⁴ C. Perelman, *L’empire rhétorique*, op. cit., p. 42.

14.- *Le caractère propre de l'œuvre protégée.* – En droit d'auteur, un tel caractère est évidemment important, particulièrement pour le juriste français à qui l'on a enseigné que l'œuvre protégée devait être originale, c'est-à-dire révéler l'empreinte de la personnalité de son auteur. Sans rappeler les formules révolutionnaires invoquées à l'envi, il est bien évident que ce caractère propre est intimement lié à la propriété littéraire et artistique : « Y aura-t-il jamais chose plus *propre* à un homme que la *forme* empreinte de sa *personnalité* parce que *conçue* par son esprit et *réalisée* par son corps⁸⁵ ? » La condition est également présente en droit européen, à travers la condition de « création intellectuelle propre », appliquée à l'ensemble du droit d'auteur européen, ce qui apparaît quelque peu critiquable⁸⁶. Pour le droit d'auteur, la situation actuelle est difficile et délicate : comment considérer que l'essence de la propriété est préservée lorsqu'on reconnaît un droit d'auteur à des objets utilitaires et informationnels ? La doctrine, qui recherche une rationalité *a posteriori* des textes législatifs, a unanimement constaté que le logiciel était, certes, codifié comme un droit d'auteur, mais qu'il était en réalité autre chose⁸⁷, qui relève en réalité de la propriété industrielle, « *un droit industriel masqué par une apparence de propriété littéraire et artistique*⁸⁸ ». Mais « le loup [est] dans la bergerie⁸⁹ »... L'expansion consécutive du droit d'auteur vers des objets bien éloignés de l'œuvre littéraire (le panier à salade, le boulon...) implique de constater que le droit d'auteur reconnu par les magistrats, en vertu de leur pouvoir souverain d'appréciation quant à l'originalité, n'a rien à voir avec la *propriété*. S'il apparaît impossible de trouver une solution pour « recentrer » le droit d'auteur⁹⁰, faute de ferment conceptuel suffisamment solide⁹¹, nous ne verrions pas d'inconvénient à les considérer comme de

⁸⁵ P. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », in A. Zollinger (dir.), *La création entre droit, philosophie et religion*, Presses universitaires juridiques de Poitiers-LGDJ 2016, p. 11.

⁸⁶ V. *infra*.

⁸⁷ Les formules ne manquent pas : « droit d'auteur très spécifique » (M. Vivant *et al.*, *Lamy Droit du numérique*, Paris, Lamy, 2018, n° 300), « droit d'auteur *sui generis* » (A. Strowel, « La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur : vers un droit d'auteur *sui generis* ? », *RIDA* 1995, 164, p. 173, spéc. p. 175), « “droit d'auteur” qui n'est plus lui-même » (M. Vivant, in ERCIM, *Les créations immatérielles et le droit*, Paris, Ellipses, 1998, p. 52 et 53),

⁸⁸ M. Vivant et C. Le Stanc, obs. sous Douai, 1^{er} juill. 1996, *JCP E* 1991. I. 657, n° 1. V. aussi : J. Schmidt-Szalewski et J.-L. Pierre, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Litec, 2007, p. 132 s (droit voisin du droit de brevet) ; P. Gaudrat, « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD com.* 2009. 323 ; TA Lyon, 21 nov. 1994, *JCP E* 1995. Pan. 930, *JurisData* n° 052229, *JCP E*, n° 21, 23 mai 1996, 559, obs. M. Vivant et C. Le Stanc.

⁸⁹ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Droit privé », 2016.

⁹⁰ M. Vivant, « Le philosophe, le boulonnier et le juriste », in *Mélanges en l'honneur du professeur A. Lucas*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 765.

⁹¹ *Infra*, II.

simples monopoles auxquels il n'y a pas de raison d'appliquer le droit moral⁹², quitte à assumer que la démarche est *contra legem*⁹³.

15.- *Le caractère propre de l'invention brevetée.* – En droit des brevets, le fait que le droit exclusif soit *propre* à son auteur est bien antérieur à l'époque révolutionnaire, qui ne fait que s'inscrire dans une continuité. En effet, le « principe du premier inventeur » est « sans doute la plus ancienne des règles élaborées en matière d'invention⁹⁴ », qui existait à l'époque des privilèges miniers des XIII^e et XIV^e siècles⁹⁵. Un tel lien personnel impliquant une quasi-intransmissibilité, difficile à accepter dans le cadre du développement d'un système capitaliste, et qui fut en conséquence combattue par bien des manières, par exemple par les Pays-Bas qui adoptèrent un système dans lequel la demande emportait présomption de la qualité d'inventeur⁹⁶. En France, le législateur révolutionnaire a instauré une véritable propriété, prenant en compte le fait que l'invention est propre à celui qui en est à l'origine. Le droit de brevet est même chronologiquement le premier à avoir consacré un droit de propriété, les formules du rapport du chevalier de Boufflers étant par la suite reprises par Le Chapelier et Baudin-Lakanal : « S'il existe pour un homme une véritable propriété, c'est sa pensée ; celle-là du moins paraît hors d'atteinte, elle est personnelle, elle est indépendante, elle est antérieure à toute transaction ; et l'arbre qui naît dans un champ n'appartient pas aussi incontestablement au maître de ce champ, que l'idée qui vient dans l'esprit d'un homme n'appartient à son auteur⁹⁷. » Du reste, la loi elle-même consacra le droit de brevet en des termes de droit naturel (la loi garantit quelque chose qui est constaté avant elle) : « Toute découverte ou nouvelle invention [...] est la propriété de son auteur ; en

⁹² M. Vivant, « Le philosophe, le boulonnier et le juriste », art. préc., spéc. p. 774 : « La première voie consisterait à “resserrer” le droit moral pour n'en admettre le jeu que sur les œuvres “méritant” qu'il en soit ainsi ? Ce qui impliquerait, contre notre tradition, de reconnaître un pouvoir de singularisation au juge. »

⁹³ Du reste, le droit moral est-il appliqué strictement au boulon ou au panier à salade ? Les magistrats savent faire preuve de discernement, et si les conséquences conceptuelles sont peut-être profondes, les implications concrètes sont sans doute pas si déséquilibrées. Le « pouvoir de singularisation » dont parle M. Vivant (v. note précédente) n'est-il pas déjà présent dans la pratique judiciaire ?

⁹⁴ Y. Plasseraud et F. Savignon, *L'État et l'invention. Histoire des brevets*, La Documentation française, 1986, p. 33.

⁹⁵ Le découvreur (inventeur) du gisement était un homme spécial qui avait bénéficié de l'aide de Dieu : *ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ De Boufflers, Rapport du 30 déc. 1790 sur la propriété des auteurs de découvertes et d'inventions en tout genre d'industrie, in T. Regnault, *De la Législation et de la jurisprudence concernant les brevets d'invention, de perfectionnement et d'importation*, 1825, p. 15 s.

conséquence la loi lui garantit la pleine et entière jouissance [...]»⁹⁸. » On peut considérer que la formulation jusnaturaliste est simplement dans l'air du temps et que la dénomination de « propriété » et l'insistance qui y est portée ont seulement pour vocation à éviter de parler de « privilège », ce qui aurait condamné le texte à un vote négatif de l'Assemblée. Mais on ne peut ignorer la tendance de fond formalisée par la loi de 1791 usant d'un vocabulaire dépourvu d'ambiguïté, dans le texte et l'intertexte. Le brevet SGDG (sans garantie du gouvernement) institué quelques années plus tard⁹⁹ consacrait un titre automatiquement délivré au propriétaire naturel, sans aucun examen¹⁰⁰. L'ambivalence a commencé à se faire jour avec la loi de 1844 dont l'article 1^{er} disposait : « toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie confère à son auteur [...] le droit exclusif d'exploiter à son profit ladite découverte ou invention. Ce droit est constaté par des titres délivrés par le gouvernement sous le nom de brevets d'invention ». Le terme de « propriété » disparaît à titre principal¹⁰¹... mais la logique de droit naturel selon laquelle la loi ne fait que constater par des titres ce droit de l'inventeur demeure¹⁰². Cela étant, le glissement est net : la loi consacre un droit au titre, qui revient au déposant, et la jurisprudence a considéré, de manière *contra legem* selon nous, que le principe était celui du premier déclarant¹⁰³. C'est la loi du 2 janvier 1968 qui a entériné la rupture paradigmatique, tandis que, paradoxalement, le vocable de « propriété » faisait son retour : « toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle [...] qui confère à son titulaire [...] un droit exclusif d'exploitation. Ce droit appartient au premier déposant, personne physique ou morale » (art. 1^{er}). Aujourd'hui, la règle est posée par l'article L. 611-6 du Code : « le droit au titre de propriété industrielle appartient à celle qui justifie de la date de dépôt la plus ancienne¹⁰⁴ ». La raison de cette évolution de politique législative tient à des

⁹⁸ Loi du 7 janv. 1791, relative aux découvertes utiles et aux moyens d'en assurer la propriété à ceux qui seront reconnus en être les auteurs, art. 1^{er} (*ibid.*, p. 135 s.)

⁹⁹ Décret du 5 vendémiaire an IX (27 sept. 1800) qui resta en vigueur jusqu'à la loi de 1968.

¹⁰⁰ Sauf qu'un examen officieux fut mis en place par l'administration en 1811..., v. P. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc., p. 51.

¹⁰¹ Car il demeure dans l'article 4.

¹⁰² J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, coll. « Thémis », 1990, p. 31-32 ; *Contra* : P. Gaudrat, « Les créations et le droit : balade dans l'espace et dans le temps », art. préc. : « De *déclaratif*, le dépôt étant redevenu *constitutif* de droit, l'équilibre avait été renversé au profit du privilège » ; J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Librairies techniques, 1984, nos 475 s. (« La position fondamentale du droit français n'a pas évolué »).

¹⁰³ P. Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, t. 2, Toulouse, Sirey, 1954, p. 159-160, n° 159 : « le droit est moins le droit de l'inventeur que le droit du breveté ».

¹⁰⁴ Certes, la Cour de cassation a décidé, dans le cadre d'une action en revendication, que « le droit au titre de propriété industrielle appartient à l'inventeur et les exceptions à ce principe ne résultent que de

considérations pratiques, qui prennent le poids sur les principes fondamentaux : « Le principe du premier inventeur engendre le contentieux. [...] Le principe du premier déposant a l'avantage de la simplicité¹⁰⁵. »

16.- *Le caractère propre de la marque.* – En matière de droit des marques, l'évolution est analogue à celle du droit des brevets. Sous la loi du 23 juin 1857, le système s'apparentait à un droit d'occupation, puisque le dépôt était facultatif et déclaratif de droits¹⁰⁶ : « nul ne peut revendiquer la propriété exclusive d'une marque, s'il n'a déposé [...] » (art. 2). Le rapporteur l'avait parfaitement exprimé à l'époque : « Dire qu'on ne peut *revendiquer* la propriété exclusive d'une marque qu'à la condition d'en avoir fait le dépôt, c'est supposer que la propriété existait avant que ce dépôt ne fût effectué¹⁰⁷. » Le dépôt n'était cependant pas sans avantage : non-obligation d'usage pour conserver le droit, possibilité d'agir au pénal, date certaine au droit. La loi du 31 décembre 1964 pose en principe que le droit à la marque appartient au premier déposant¹⁰⁸. On ajoutera que l'action en revendication est ouverte à celui qui peut établir un usage antérieur de la marque et non à celui qui est à l'origine de la combinaison entre le signe et le produit ou service. La marque est « propre » à l'entreprise qui en fait usage, c'est-à-dire qui associe un signe avec un produit ou un service, non à celui qui la « crée¹⁰⁹ » : elle est « la marque personnelle au commerçant ou au fabricant¹¹⁰ ».

17.- *Des propriétés spéciales : la propriété, terme plurivoque.* – Partant de ce que nous avons choisi de considérer comme participant de l'essence de la propriété, nous avons pu constater que les situations sont contrastées. Il faut certes céder au souverain poncif

la loi » (Com. 25 avr. 2006, *PIBD* 2006., III. 459. Mais il demeure qu'on ne raisonne plus désormais que sur le droit au titre et non sur le droit de propriété lui-même, c'est-à-dire celui portant sur l'invention.

¹⁰⁵ J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, *op. cit.*, p. 82 ; v. aussi : F. Pollaud-Dulian, *La propriété industrielle*, Paris, Economica, coll. « Corpus droit privé », 2011, n° 329.

¹⁰⁶ E. Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, Paris, Marchal et Billard, 1912, p. 188 s.

¹⁰⁷ *Recueil Duvergier*, préc., p. 188.

¹⁰⁸ Art. 4 : « La propriété d'une marque s'acquiert par le premier dépôt », v. aujourd'hui l'article L. 712-1 CPI : « La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. »

¹⁰⁹ Nous usons de la précaution des guillemets, tant la qualité de création est contestée s'agissant de la marque. Le dedicataire de ces lignes paraît, sur ce point, quelque peu esseulé en doctrine. M. Vivant, « Pour une épure de la propriété intellectuelle », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415, spéc. p. 418 : « La marque qui est une dénomination de fantaisie doit nécessairement dans son rapport au produit ou service marqué présenter un caractère de "distinctivité" qui s'oppose à la banalité et suppose par le fait même créativité. » Nous avons, pour notre part, inclus le nom de domaine parmi les possibles « créations informatiques » : F. Macrez, *Créations informatiques : bouleversement des propriétés intellectuelles ?*, *op. cit.*

¹¹⁰ Loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce, *Recueil Duvergier*, p. 185, préc., exposé des motifs.

consistant à dire que les propriétés intellectuelles sont des « propriétés spéciales »... Mais malgré l'appellation légale persistante et généralisée, elles ne sont parfois pas même, substantiellement, des propriétés telles qu'entendu historiquement. Ainsi, le droit de marque n'a plus de propriété que le nom, depuis la réforme de 1964 et les développements de la Cour de justice ayant débuté en 2002. Le droit de brevet, s'il est bien un droit exclusif, n'est plus *propre* à l'inventeur depuis une évolution initiée *contra legem* avec la mise en œuvre de la loi de 1844 qui a trouvé son aboutissement en 1968 en consacrant un droit au titre au premier déposant. Pourtant, l'histoire montre que l'origine de ce droit s'est de longue date réalisée en considération du *premier inventeur*, bien avant la Révolution. Le brevet est aujourd'hui une exclusivité résultant d'un monopole d'exploitation dont il manque ce trait essentiel pour que la dénomination de « propriété » soit adéquate. De Boufflers avait précédé (de peu) Le Chapelier et Baudin-Lakanal, mais la situation du droit d'auteur apparaît bien différente : la reconnaissance du droit moral¹¹¹, la condition d'originalité comme attachée à la personne de l'auteur, en font une véritable propriété... en tout cas lorsqu'on veut bien le penser ainsi, car l'influence européenne (la « création intellectuelle propre » généralisée¹¹²), l'inclusion du logiciel, des bases de données par le législateur européen, la qualification d'œuvres originales par la jurisprudence au profit d'objets insolites sont de nature à faire douter de la persistance de la propriété véritable¹¹³, si ce n'est pour quelques rares gardiens du temple.

Mais la catégorie du droit de la propriété littéraire et artistique est elle-même plurivoque, et le droit d'auteur industriel sur le logiciel ou celui reconnu sur un panier à salade ne sauraient justifier de corrompre l'ensemble de la catégorie comme une non-propriété. La manière dont sont définis les objets des droits n'est pas étrangère à ces difficultés.

¹¹¹ Lequel paraît bien relever du droit de propriété au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : v. Cons. const. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, cons. 57 ; Cons. const. 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, cons. 13 ; J.-F. de Montgolfier, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *NCCC* 2011, no 31. La décision de 2014 (Cons. const. 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC, *M. Marc S. et a.*, *JurisData* n° 2014-003800) est malheureusement plus ambivalente : quand le droit de divulgation est inclus dans la compétence du Conseil c'est pour décider qu'il s'épuise, et le Conseil choisit de faire comme si le droit au respect n'était pas concerné par la numérisation des œuvres, alors même que la question lui était expressément posée (v. notre plaidoirie dans le cadre de la procédure n° 2013-370 QPC, [<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2013370QPC.htm>]).

¹¹² V. ci-dessous.

¹¹³ Pour une belle étude de l'évolution du concept de propriété compris dans sa globalité, v. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. « Thémis droit », 2013, p. 269 s.

II. - Les objets protégés : des catégories induites

18.- *Des inférences inductives.* – La généalogie des concepts structurant les droits de propriété intellectuelle implique, du point de vue de la sémiologie (beaucoup parlent, spécialement en ce cas, de « sémiotique »), également d'analyser les raisonnements auxquels il est fait appel dans leur construction. Le trait caractéristique des objets protégés par un droit de propriété intellectuelle est qu'ils ne sont définis qu'indirectement, la loi ne donnant qu'une liste exemplative d'objets protégeables. Le droit des marques fait figure d'exception en définissant la marque à l'article L. 711-1¹¹⁴. Mais cette définition ne date que de la loi du 4 janvier 1991 : auparavant, la loi ne définissait que par l'exemple¹¹⁵. En termes de raisonnement logique, ces objets juridiques sont définis par *induction*, c'est-à-dire par « inférence par laquelle on passe d'un ensemble fini d'observations particulières à une conclusion générale, et qui n'est pas de nature démonstrative¹¹⁶ ». Ce mode de raisonnement est, en propriété intellectuelle, omniprésent (A), ce dont il convient de tirer les conséquences : les inférences utilisées relèvent de la probabilité (B), ce qui laisse une grande marge de manœuvre à l'interprétation (C).

A. - L'omniprésence de l'induction

19.- *L'œuvre de l'esprit, catégorie induite.* – L'objet du droit d'auteur présente cette particularité qu'il n'est pas défini dans la loi. L'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle définit l'œuvre protégeable par une liste exemplative des différentes œuvres que le droit d'auteur est susceptible d'appréhender¹¹⁷. La convention de Berne, en son

¹¹⁴ « La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. »

¹¹⁵ Loi du 31 déc. 1964, art. 1^{er} : « Sont considérés comme marques de fabrique, de commerce ou de service les noms patronymiques, les pseudonymes, les noms géographiques, les dénominations arbitraires ou de fantaisie, la forme caractéristique du produit ou de son conditionnement, les étiquettes, enveloppes, emblèmes, empreintes, timbres, cachets, vignettes, lisières, lisérés, combinaisons ou dispositions de couleurs, dessins, reliefs, lettres, chiffres, devises et, en général, tous signes d'une entreprise quelconque. » La technique de rédaction de l'article 1^{er} al. 3 de la loi du 23 juin 1857 était analogue.

¹¹⁶ C. Tiercellin, V^o « Induction », in D. Lecourt (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 506.

¹¹⁷ « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : 1^o Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ; 2^o Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ; 3^o Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; 4^o Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en œuvre est fixée par écrit ou autrement ; 5^o Les compositions musicales avec ou sans paroles ; 6^o Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ; 7^o Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; 8^o Les œuvres graphiques et typographiques ;

article 2 (1) procède de la même manière. Pour déterminer quel est l'objet du droit d'auteur, il faut donc procéder par *induction* : partir de cet ensemble de propositions inductrices, des exemples d'œuvres protégeables, pour arriver à une définition de l'œuvre de l'esprit comme (pour faire court) création de forme originale¹¹⁸, qui constitue la proposition induite. Pour être précis, il est possible de se demander si la définition induite provient entièrement des éléments exprimés : elle serait alors une induction complète, autrement appelée induction entière ou formelle. Mais elle n'est peut-être qu'une induction au sens ordinaire, c'est-à-dire une induction amplifiante : la relation/définition n'a été établie que pour la liste légale et est susceptible de s'appliquer à d'autres termes de la classe, d'autres types d'œuvres¹¹⁹. La seconde option nous semble la bonne, et les exemples nombreux : par exemple, le droit d'auteur a été appliqué au programme d'ordinateur par la jurisprudence, bien avant la modification de la liste légale¹²⁰.

20.- *Le « contenu » de la base de données, notion indéfinie.* – L'absence de définition de la notion de « contenu » de la base de données au sein du droit *sui generis* issu de la directive de 1996 nécessite également que l'on raisonne par induction, mais en raison du pur silence du texte, qui ne procède pas même de manière exemplative. Il est alors inévitable de rechercher une définition au regard de son opposé, qui est le « contenant ». Philippe Gaudrat a bien montré que l'idée de contenant pouvait recevoir deux acceptions : soit il s'agit de l'œuvre d'information¹²¹, soit il s'agit plus largement de la « base de données¹²² ». La difficulté est d'importance puisqu'elle conditionne directement le champ d'application du droit *sui generis* : si le contenant de référence est la base de

9° Les œuvres photographiques et celles réalisées à l'aide de techniques analogues à la photographie ; 10° Les œuvres des arts appliqués ; 11° Les illustrations, les cartes géographiques ; 12° Les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture et aux sciences ; 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ; 14° Les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. [...] »

¹¹⁸ Le sujet de cette définition est évidemment intarissable. V. par ex. M. Vivant, « Les métamorphoses de l'œuvre. Des Mythologies aux mythes informatiques », art. préc., et les références citées.

¹¹⁹ V° « Induction », in A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit. (1926). Adde : M.-L. Izorche, *Le raisonnement juridique. Initiation à la logique et à l'argumentation*, Paris, PUF, 2001, p. 320.

¹²⁰ Ce qui a pour conséquence nécessaire de modifier la définition elle-même : F. Macrez, « Vers un droit spécifique pour le logiciel ? Retour vers le futur d'une protection amphibie », *Les inventions mises en œuvre par ordinateur : enjeux, pratiques et perspectives*, LexisNexis, 2019, p. 277, spéc. p. 296.

¹²¹ Comme semble le suggérer l'article L. 112-3 qui vise les « auteurs de bases de données ».

¹²² P. Gaudrat, « Loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 portant transposition de la directive 96/9/CE du Parlement européen sur les bases de données : le champ de la protection par droit *sui generis* », *RTD com.* 1999. 86.

données, l'œuvre d'information doit être comprise dans le contenu, donc couverte par le droit *sui generis*¹²³.

21.- *Le caractère technique de l'invention, critère induit.* – Les textes de référence définissant le domaine de la brevetabilité ont pour caractéristique de définir *ce qui n'est pas brevetable*. Ainsi, après avoir énoncé les critères (nouveau, activité inventive...) de brevetabilité, la convention de Munich (le code français procède de même) nous dit, en son article 52, ce que ne sont pas les inventions brevetables : « les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ; b) les créations esthétiques ; c) 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'ordinateur ; d) les présentations d'informations ». La pratique de l'office, qu'il est bien périlleux de résumer en quelques phrases¹²⁴ a induit de cette liste que, *positivement*, l'invention relevait de ce qui est *technique*, ce qualificatif devenant le critère de qualification central. Toutes ces exclusions ont en effet en commun de présenter un « caractère abstrait et intellectuel¹²⁵ » et ne visent donc pas à la production d'un « effet technique¹²⁶ ». En d'autres termes, « l'énumération à l'article 52 (2) CBE des non-inventions typiques comprend des éléments ayant en commun d'être dénués de caractère technique¹²⁷ ». L'affirmation est décisive en ce sens qu'elle permet, par induction, en quelque sorte « à l'envers », de définir ce qui est du domaine de l'invention brevetable au sens de l'article 52 (1) en dégagant un critère implicite de la liste d'exclusion¹²⁸, qui est affirmé comme un critère implicite de la Convention elle-même¹²⁹. Cela est fondamental, car, bien que non affirmé par le texte lui-même, c'est une « condition *sine qua non* pour qu'une invention puisse prétendre à une protection par brevet au titre de la CBE¹³⁰ ».

B. - Le règne du probable

22.- *Du syllogisme dialectique : l'enthymème.* – Le constat de l'importance du raisonnement inductif pour le dévoilement d'un concept aussi essentiel que le critère de qualification

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ V. F. Macrez, « L'invention brevetable dans la pratique de l'office européen des brevets », in C. Geiger (dir.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexiNexis, 2013.

¹²⁵ CRT 3.5.1, 5 oct. 1988, *Résumé et recherche de documents c/ IBM*, T-22/85, JO OEB 1990, p. 12, pt 2.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ CRT 3.5.1, 15 nov. 2006, *Évaluation des performances de vente c/ Duns Licensing Associates*, aff. T-154/04, JO OEB 2008, p. 46, pt 8.

¹²⁸ V. par ex. : T-154/04, préc., pts 5 et 6.

¹²⁹ CRT 3.5.1, 8 sept. 2000, T-931/95, *Contrôle d'un système de caisse de retraite c/ PBS Partnership*, JO OEB 2001, 10, p. 441 : « L'existence d'un caractère technique est une condition implicite de la CBE, à laquelle une invention doit satisfaire pour être une invention au sens de l'article 52(1) CBE. »

¹³⁰ OEB, *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 8^e éd., Munich, juill. 2016 p. 2.

implique d'être réservé quant à la pertinence et la justification des définitions retenues. Le passage d'un ensemble fini d'observations particulières à une conclusion générale (le critère et sa définition) n'est évidemment pas de nature démonstrative¹³¹. Il faut considérer, comme le fait Hume et la tradition contemporaine, que les conclusions des inférences inductives sont seulement probables : l'induction ne peut, en général, être considérée comme fiable. Ainsi, il serait seulement possible d'évaluer la validité d'un raisonnement inductif en termes de probabilité, en particulier dans un sens subjectiviste de mesure du degré de croyance en une hypothèse, mais non d'en affirmer l'infailibilité. Une telle fragilité est remarquable puisqu'elle concerne la production du discours performatif menant à l'étape fondamentale de qualification juridique. En tout état de cause, la rigueur logique de l'induction amplifiante est sujette à caution : l'ensemble des exemples n'a pu être vérifié pour déterminer la proposition induite¹³².

On ajoutera que le fait qu'une prémisses – la définition de la catégorie – qui est seulement probable conduit à caractériser tout syllogisme en la matière comme étant un enthymème, c'est-à-dire, « un syllogisme du probable, portant sur l'opinion et non sur la science¹³³ ». Ainsi, à adopter la structure du syllogisme judiciaire dans lequel la majeure est constituée de la règle de droit, il s'agirait d'une abduction, syllogisme dont la majeure est certaine et dont la mineure et la conclusion sont probables. Dès lors, nous ne sommes plus dans l'ordre de l'analytique, qui étudie les règles du raisonnement démonstratif, mais dans le domaine de la rhétorique, qui va étudier l'art de persuader fondé sur des arguments relevant du probable¹³⁴ : l'enthymème est « le syllogisme de la rhétorique¹³⁵ ».

23.- *Analyse critique*. – Cela étant établi, un tel fondement logique de la matière n'est pas nécessairement inquiétant ou condamnable. De manière pragmatique, on peut considérer que nos inductions sont fiables, et qu'il est des probabilités objectives : ces inférences sont faillibles et indéfiniment corrigibles¹³⁶. N'est-ce pas la destinée du droit ? L'attachement des juristes pour la logique formelle ne doit pas faire illusion et masquer

¹³¹ C. Tiercellin, « Induction », art. préc.

¹³² M.-L. Izorche, *Le raisonnement juridique*, op. cit., p. 320.

¹³³ G. Vannier, *Argumentation et droit*, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2001, p. 49.

¹³⁴ Aristote, *Rhétorique*, 1365 a.

¹³⁵ V° « Enthymème », in G. Molinié, *Dictionnaire de rhétorique*, op. cit.

¹³⁶ C. Tiercellin, « Induction », art. préc., rapportant les positions de Pierce et Popper.

l'importance de la rhétorique¹³⁷, qui est consubstantielle au juridique, ce qui se vérifie de son histoire la plus ancienne¹³⁸ à la plus récente¹³⁹.

Du reste, les droits de propriété intellectuelle ne sont pas les seuls à se structurer autour de catégories définies par l'exemple : l'article 632 de l'ancien Code de commerce établit une liste d'actes de commerce, dont il a fallu induire des critères de commercialité qui donnent lieu à discussions et systématisations doctrinales. Force est de constater qu'à propos de l'acte de commerce par nature, il peut être estimé que l'article L. 110-1 du Code de commerce « est très mal rédigé et ne présente aucune logique¹⁴⁰ ». . . On ne saurait être aussi sévère face à l'énumération de l'article L. 112-2, sauf à revenir sur l'inclusion du logiciel dans cette liste. Le 1^o de cette liste peut interroger néanmoins puisqu'il vise les « livres », objet matériel dont la protection est indépendante de celle de l'œuvre. L'emploi de la métonymie est regrettable¹⁴¹, mais ne doit pas à notre avis laisser entendre qu'une condition de fixation pourrait en être inférée¹⁴² du fait de l'ensemble des autres éléments de la classe employant le terme d'œuvre. Mais on saisit bien le risque d'amplification de toute malfaçon que l'induction recèle.

Une remarque analogue, tenant au caractère finalement assez banal des droits de propriété intellectuelle par rapport aux autres branches du droit, pourrait être dressée à propos de la grande malléabilité des notions autorisant la qualification des créations protégées : ces notions floues ne sont pas spécifiques aux droits de propriété intellectuelle. Cela dit, le fait qu'elles ne soient pas posées par le législateur lui-même dénote une sérieuse difficulté de conceptualisation de l'objet, incorporel, à appréhender. Et l'ampleur de la polysémie est peut-être particulièrement grande, à propos de la notion

¹³⁷ M.-A. Frison-Roche, « La rhétorique juridique », art. préc.

¹³⁸ La rhétorique est née dans la Sicile grecque, vers 465, et a une source judiciaire : de nombreux procès eurent lieu après l'expulsion des tyrans, en particulier quant à la propriété des terres. Les avocats n'existant pas, les plaideurs lisaient, lors des procès, une plaidoirie préparée par des écrivains publics. Dans ce contexte, Corax et Tisias publièrent, à destination des justiciables, un « art oratoire » (*technè rhétorikè*), premier ouvrage de rhétorique. V. par ex. O. Reboul, *Introduction à la rhétorique*, op. cit., p. 14-15.

¹³⁹ L'évolution de la pensée de Perelman du *Traité de l'argumentation* vers la « nouvelle rhétorique » est caractéristique.

¹⁴⁰ J. Vallansan et R. Vabres, *J.-Cl. Com.*, fasc. 37, n° 32.

¹⁴¹ Beaucoup moins que lorsqu'une loi entière prétend réglementer, au sein du CPI, l'« exploitation numérique des livres indisponibles ». Pour la critique de cette métonymie et de ce texte, heureusement remis en cause par la Cour de justice, v. F. Macrez, « L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? », *D.* 2012. Chron. 749.

¹⁴² Comp., interrogative, V.-L. Benabou, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI* janv. 2005, 1, 1, spéc. p. 54 : « L'emploi de cette métonymie n'est-il qu'une commodité de langage ou recèle-t-il une condition informulée, à savoir l'exigence d'une "fixation" de l'œuvre dans la matière pour la désigner, et, par conséquent, la qualifier juridiquement ? »

d'originalité sans doute, et particulièrement s'agissant de celle de « contribution technique » qui finit par être définie, dans un projet de directive européenne, comme désignant « une contribution à l'état de la technique qui n'est pas évidente pour l'homme du métier¹⁴³ ». Lorsque le critère prétendu est à tel point tautologique¹⁴⁴, il n'exerce plus aucune fonction discriminante, c'est-à-dire qu'il n'est même plus un « critère »... il est heureux que le législateur n'ait pas cédé à ce genre de dérive. Une difficulté, de taille, demeure : l'érection de tels critères informes est le fait d'interprètes qui, par les possibilités offertes par l'inférence inductive, jouissent d'une grande marge de liberté dans la détermination du contenu de la norme.

C. - L'emprise de l'interprète

24.- *La Cour de justice, l'inférence amplifiante et les arrêts de règlement.* – Le constat de la malléabilité des critères ainsi que de leur généalogie inductive implique que l'interprète joue un rôle central dans la construction du système régissant les droits de propriété intellectuelle. Le critère lui-même est produit par l'interprète, non par le législateur ; il est déterminé dans sa consistance par le juge, par un mécanisme d'« induction-déduction¹⁴⁵ », c'est-à-dire d'analogie. La découverte par la Cour de justice d'un « droit commun du droit d'auteur¹⁴⁶ » auquel il faut bien assigner un critère de qualification est particulièrement symptomatique¹⁴⁷. La décision *Infopaq*¹⁴⁸ a, pour ce faire, procédé à une inférence amplifiante en choisissant d'appliquer un critère énoncé dans des directives particulières, dont l'une au moins est expressément qualifiée de *lex specialis* par la Cour elle-même¹⁴⁹, celui de « création intellectuelle propre », qui avait pourtant été formulée antérieurement à la directive 2001/29 pour des créations spécifiques, à savoir les

¹⁴³ Commission européenne, Proposition de directive concernant les inventions mises en œuvre par ordinateur, 20 févr. 2002, COM(2002)92, art. 2.

¹⁴⁴ M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 41.

¹⁴⁵ C. Zolynski, « L'élaboration de la jurisprudence de la Cour de justice en droit de la propriété littéraire et artistique », in *Mélanges A. Lucas, op. cit.*, p. 813, spéc. p. 822-823.

¹⁴⁶ CJUE 22 déc. 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace*, aff. C-393/09, pt 44, *Prop. intell.* 2011, n° 39, p. 205, note V.-L. Benabou, *CCE* 2011, n° 42, comm. C. Caron, *Prop. ind.* 2011, 4, n° 37, note J. Larrieu, *RDTI* 2011, n° 43, p. 51, note E. Derclaye, *RIDA* 2011, 227, chron. P. Sirinelli.

¹⁴⁷ Mais la découverte des notions autonomes et l'analyse précise du mode de détermination de leur contenu mériterait une analyse approfondie.

¹⁴⁸ CJUE 16 juill. 2009, *Infopaq International*, aff. C-5/08, *Rec. CJCE* I-06569, *CCE* 2009, n° 97, note C. Caron, *JCP* 2009, n° 272, note L. Marino, *Prop. intell.* 2009, n° 33, p. 379, note V.-L. Benabou ; *WIPO Journal* 2010, 1(2), p. 197, S. Vousden ; *EIPR* 2010, 32(5), p. 247.

¹⁴⁹ CJUE 3 juill. 2012, *UsedSoft GmbH c/ Oracle International Corp.*, aff. C-129/11, *EDPI* 2012, 8, p. 1, note A. Lucas., pt 56.

logiciels, les bases de données. Le raisonnement par analogie ne saurait donc être considéré comme valide : le critère formulé pour des créations utilitaires ne saurait être étendu à l'ensemble des œuvres protégeables par droit d'auteur sans plus de justification, en particulier par l'explication de ce qui est susceptible de fonder l'analogie. Il est possible de se dire que la Cour utilise ce critère « faute de mieux », car le législateur de 2001 n'a pas su harmoniser suffisamment la matière¹⁵⁰. Soit. Mais, précisément, la directive 2001/29 ne contient aucune disposition relative à l'objet ou à la condition d'accès à la protection : le législateur n'avait pas entendu harmoniser ces questions. Il nous semble clair que la Cour de justice lorsque, au considérant 36 de la décision *Infopaq*¹⁵¹, décide que la directive 2001/29 se fonde sur « le même principe » que les directives spéciales antérieures, ne fait que procéder par affirmation, c'est-à-dire de manière tout à fait arbitraire. La solution contraire aurait été manifestement plus respectueuse tant de la volonté du législateur européen¹⁵² que du principe de subsidiarité¹⁵³. Ce cas de détermination de l'objet de la protection n'est qu'un exemple, central et fondamental, parmi l'ensemble des notions autonomes du droit de l'Union que la Cour découvre¹⁵⁴.

Le fait que la Cour procède à une harmonisation, une « uniformisation “forcée” du droit d'auteur¹⁵⁵ », par de véritables arrêts de règlement¹⁵⁶, livrant des clés

¹⁵⁰ M. Vivant, « Rapport de synthèse », *Propr. intell.* 2002, 2, p. 71.

¹⁵¹ Position maintes fois réitérée par la suite. V. par ex. CJUE 9 févr. 2012, *Luksan*, aff. C-277/10, pt 43.

¹⁵² Le raisonnement de la Cour revient à « admettre que les États qui n'ont souhaité harmoniser que certains points s'agissant de certaines œuvres dans un premier temps, puis qui n'ont pas souhaité harmoniser la question de la définition de l'objet ou de la condition de l'accès à la protection par le droit d'auteur dans une directive dont l'objet est transversal ont néanmoins, comme le considère la Cour, accepté et reconnu un principe général s'agissant de cette définition et de cette condition ! » (S. Carre, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne », *La contribution de la jurisprudence européenne à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, LexisNexis, 2013, p. 1, p. 53)

¹⁵³ C. Zolynski, « L'élaboration de la jurisprudence de la Cour de justice en droit de la propriété littéraire et artistique », art. préc., p. 823.

¹⁵⁴ S. Carre, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne », art. préc ; V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *Propr. intell.* 2012, n° 43, p. 140 ; S. Carre, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne », art. préc., *passim*.

¹⁵⁵ S. Carre, « Le rôle de la Cour de justice dans la construction du droit d'auteur de l'Union européenne », art. préc., p. 58.

¹⁵⁶ V.-L. Benabou, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », art. préc., spéc. p. 143.

d'interprétation *erga omnes*, est de nature à inquiéter quant à la bonne santé de la démocratie européenne¹⁵⁷.

25.- *L'Office européen des brevets et le pouvoir de qualifier*. – La situation de l'Office européen des brevets est, institutionnellement, bien différente. Il est une organisation internationale qui relève d'une convention distincte de l'Union européenne, et est chargé de la délivrance de brevets, présumés valables dans les différents États pour lesquels ils sont délivrés, mais que les juges nationaux ont la liberté d'annuler. En d'autres termes, la délivrance des brevets se fait sur la base d'interprétations de la Convention qui ne constituent que des pratiques administratives (même si elle se nomme elle-même « jurisprudence ») et ne s'imposent pas aux juridictions judiciaires. Ces interprétations jouissent toutefois d'une autorité considérable. Une analyse comparée entre l'interprétation des conditions de brevetabilité par l'Office européen et celles des diverses juridictions nationales nous paraîtrait constituer un outil précieux et fécond pour la matière¹⁵⁸. De fait, il est possible de constater, en France, une ferme opposition entre la pratique de l'Office en matière de brevetabilité des programmes d'ordinateur et la jurisprudence judiciaire qui prononce l'annulation de tels brevets. La question a pourtant été centrale dans la construction du critère de « caractère technique¹⁵⁹ ». La genèse de ce critère telle que nous avons pu la décrire conduit à s'interroger sur le pouvoir créateur de l'interprète : en l'occurrence, le constat est que l'Office s'est donné à lui-même le critère central de qualification, qui, de plus, est hyperpolysémique. Une telle situation nous paraît anormale, puisque les conditions de la brevetabilité figurent dans la Convention elle-même et non dans son règlement d'exécution, lequel est fixé par le conseil d'administration de l'Office. En réalité, la question a été expressément posée lors des conférences diplomatiques ayant mené à la convention sur le Brevet européen de 1973 : une telle proposition a été jugée « inadmissible¹⁶⁰ ». Le sentiment demeure pourtant que l'Office s'est tout de même arrogé ce pouvoir, sous couvert d'interprétation des dispositions de la Convention.

¹⁵⁷ J. Huet, « Union européenne et démocratie : prohibition des arrêts de règlement et avis de décès de l'article 5 du Code civil », *JCP* 2011, n° 17, 473.

¹⁵⁸ V., pour cette démarche qu'il conviendrait, à notre sens de réitérer et d'amplifier : F. Pollaud-Dulian, *La brevetabilité des inventions. Étude comparative de jurisprudence France-OEB*, Litec, coll. « IRPI », 1997.

¹⁵⁹ V. F. Macrez, « Vers un droit spécifique pour le logiciel ? Retour vers le futur d'une protection amphibie », art. préc., spéc. p. 289 et les références citées.

¹⁶⁰ Conférence diplomatique, 10 sept. 1973, Munich, M/PR/I, p. 30 : proposition « inadmissible » selon la délégation allemande ; selon la délégation française, « les problèmes en matière de brevetabilité réglés dans cet article ne doivent pas être du ressort du Conseil d'administration ; celui-ci ne doit pas avoir le droit de modifier de son propre chef les différentes dispositions de la Convention, quelle que soit la procédure juridique employée ».

L'importance du pouvoir de l'instance interprétative que constitue l'Office des brevets pose, finalement, la question de la structure institutionnelle. Car, au final, l'interprète qui opère la qualification juridique apporte la « vérité » : cela nécessite que la société ait décidé d'accorder un tel pouvoir à cet interprète, c'est-à-dire en général que le jugement soit effectué par un organe étatique dûment habilité. Le système institutionnel actuel n'est pas de ce point de vue satisfaisant et présente des lacunes, comme en atteste la « saga » à propos de la brevetabilité des procédés et produits essentiellement biologiques¹⁶¹. La question est évidemment d'importance, car on sait que la qualification est un acte politique : « toute qualification se ramène à un fondamental acte d'évaluation c'est-à-dire consiste à *donner le nom* non pas qui “revient” à la chose, mais que “mérite” la chose, ou encore qui “convient” non pas à la chose elle-même, mais au sort qu'on *veut* lui faire subir en vertu de déterminations foncièrement politiques [...]»¹⁶².

L'approche sémiologique, en ce qu'elle invite à une sorte de police du langage et des raisonnements, permet une vérification de la rationalité des décisions interprétatives, nous apparaît dès lors absolument nécessaire, en conservant à l'esprit que « la qualification devrait répondre à des objectifs de raison et d'harmonie intellectuelle¹⁶³ ».

III. - La contrefaçon et la piraterie : une métaphore inadéquate

26.- « *Contrefaçon et piraterie* ». – Nous avons, il y a quelques années¹⁶⁴, analysé le terme de « piraterie » comme constituant une métaphore endormie, ce qui lui confère une puissance rhétorique particulière, tandis que l'emploi du terme nous paraît parfaitement inadéquat dans un contexte de discours juridique sur les propriétés intellectuelles¹⁶⁵,

¹⁶¹ Affaires Tomate (G1/08), Brocoli (G2/07), Tomate II (G2/12), Brocoli II (G2/13)... Et enfin la saisine G3/19 (Poivron).

¹⁶² O. Cayla, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », *Droits* 1993, n° 18, p. 3, p. 9-10 ; mais, pour être clair, cela constitue un parti pris quant à la question de savoir si l'interprétation constitue un acte de connaissance ou un acte de volonté (pour une présentation de la problématique, v. par ex. : P. Moor, *Dynamique du système juridique. Une théorie générale du droit*, Genève-Zurich-Bâle, Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2010, p. 237 s.

¹⁶³ P. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits* 1993, n° 18, p. 45. La double conclusion de cet éminent auteur nous apparaît cruciale : « que l'inévitable manipulation des qualifications n'ait pas de fins scélérates [...] ; que cette manipulation soit aussi consciente et affichée que possible afin d'éviter le trouble des esprits [...] ».

¹⁶⁴ F. Macrez, « De la “piraterie”. Brèves remarques sur une métaphore endormie », in *Mélanges en l'honneur du professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, LexisNexis, 2014, p. 221 ; D. Halbert, « Intellectual property piracy : the narrative construction of deviance », *International Journal for the Semiotics of Law* 1997, vol. X, n° 28, p. 55.

¹⁶⁵ *Contra* L. Marino, « Piratage », in *Mélanges J. Schmidt-Szalewski, op. cit.*, p. 2331 ; D. Lefranc, « La contrefaçon en droit d'auteur. Naissance - extension - scission », *Propr. intell. janv.* 2009, n° 30, p. 19.

même si l'emploi du terme paraît receler certaines vertus pédagogiques. Force est de constater que l'emploi du terme est persistant, en particulier dans les travaux de la Commission européenne et dans le langage ordinaire. Ce constat nécessite de brièvement s'interroger sur la caractérisation du trope ainsi utilisé (A), d'expliquer une raison du succès de la métaphore qui tient au contexte du développement du numérique (B) pour réfuter catégoriquement l'intérêt d'une telle métaphore pour le discours juridique (C).

A. - La « piraterie », caractérisation du trope

27.- *De la métaphore à la catachrèse ?* – Le terme de « pirate » pour désigner le contrefacteur¹⁶⁶ ne nous paraît pas aller au-delà de la métaphore, à le considérer dans un discours juridique, comme nous avons pu le faire pour le terme de propriété¹⁶⁷. Il n'y a pas extension du sens d'un mot, et l'on reste dans l'analogie. La raison en est simple : le sens du mot n'a pas été étendu en droit positif, comme ça a été le cas pour le terme de « propriété ». Dès lors, il est destiné à rester cantonné à la métaphore qu'il présente. Et encore... On a pu montrer que l'analogie ne fonctionnait pas : il postule la fusion des propriétés matérielles et immatérielles, alors qu'elles sont multiples ; il n'y a pas, dans la contrefaçon, violence, menace, destruction, ni même dépossession de bien¹⁶⁸. Le terme est donc destiné à demeurer hors du langage du droit, pour être utilisé dans le langage ordinaire : il ne saurait, en tout état de cause, être pris au sérieux lorsqu'il est utilisé au sein d'un prétendu discours de science juridique.

B. - Le pirate, les métaphores et le numérique

28.- *Les métaphores omniprésentes dans le numérique.* – Le succès du terme de « pirate » trouve une explication assez simple : l'univers numérique est empli de métaphores. L'image du pirate est centrale dans la construction politique de l'univers de l'internet, tout en étant ambivalente : détrousseur d'identité ou lanceur d'alerte œuvrant pour le bien de la société¹⁶⁹... La métaphore est nécessaire à l'emploi et à la convivialité des interfaces graphiques : chacun allume son ordinateur et y retrouve son bureau¹⁷⁰, ses dossiers,

¹⁶⁶ F. Macrez, « La dénomination de l'humain en droit d'auteur : l'auteur et le pirate », in *Nommer l'humain : Descriptions, catégorisations, enjeux. Une approche pluridisciplinaire*, PUS, à paraître [paru ?].

¹⁶⁷ V. *supra*.

¹⁶⁸ F. Macrez, « De la "piraterie". Brèves remarques sur une métaphore endormie », art. préc.

¹⁶⁹ M. Bernardot, « Plongée dans les métaphores et représentations liquides de la société numérique », *Réseaux. Communication et territoires* 2018, 32, 1/2, p. 29.

¹⁷⁰ L'idée de cette « métaphore de bureau » avait été considérée par un éditeur bien connu comme relevant de sa propriété intellectuelle, mais les juges américains ont refusé d'accéder à cette demande

fichiers, ses livres numériques¹⁷¹, sa corbeille, sa bibliothèque, etc. Navigant sur la toile (à l'aide d'un navigateur, donc), il pourra même utiliser les avantages stratosphériques du *cloud* et s'aventurer vers les profondeurs du *deepweb*... Bref, le numérique créant un univers abstrait, l'humain a besoin de la pensée métaphorique, finalement omniprésente, pour désigner ces nouveaux « objets » virtuels.

29.- « *Intelligence artificielle* ». – Une expression particulièrement en vogue relève du même phénomène, mais sans une telle nécessité de désigner une abstraction, celle d'« intelligence artificielle ». Véritable « coup de force rhétorique¹⁷² », elle a permis de poser la micro-informatique comme facteur central d'évolution de la société, alors que cela ressemblait plus à l'époque à de la machine à écrire un peu améliorée. L'expression est aujourd'hui utilisée de manière très large, alors qu'elle ne devrait viser que les algorithmes d'apprentissage... que l'on pourrait nommer ainsi. D'autant qu'on sait bien que, selon un de ses plus éminents spécialistes, « l'intelligence artificielle a moins de sens commun qu'un rat¹⁷³ ». Pourtant, nul doute que l'expression « droit de l'intelligence artificielle » va se répandre (à travers les intitulés de manuels, chroniques, formations de master, etc.), laissant croire qu'il s'agit d'une nouvelle branche de droit, et sans même se limiter à la question des algorithmes autoapprenants¹⁷⁴. Il convient donc d'être réservé quant à l'emploi du terme d'« intelligence artificielle » dans la sphère juridique¹⁷⁵, dès lors que cela n'apporte rien en termes de signification et qu'il est bien plus clair de parler d'algorithme d'apprentissage pour désigner cette technologie. Les précédents du « droit de l'internet » ou de la vague du « web 2.0 », dont on n'a jamais vraiment su ce qu'il désignait précisément, devraient convaincre de la nécessité d'une telle précaution langagière.

fondée sur le *copyright* : *Apple Computer Inc. v. Microsoft Corp.*, 24 USPQ 2d 1081 (ND Cal 1992), confirmé en appel : 35 F3d 1435 (9th Circ. 1994).

¹⁷¹ Lesquels ne sont que des fichiers. Les éditeurs semblent extrêmement attachés au terme. Pour une analyse : B. Juannais : « Le livre et le numérique : la tentation de la métaphore », *Communication et langages* 2005, 145, p. 81.

¹⁷² É. Sadin (entretien avec), « Civilisation hyper-connectée : le numérique à l'assaut du vivant », *The Epoch Times*, 20 déc. 2016 ; v. aussi, du même auteur : *La Siliconisation du monde. L'irrésistible expansion du libéralisme numérique*, L'échappée, 2016, p. 95 : l'intelligence artificielle s'inspire « d'un imaginaire ancestral de la technique, supposée, dans une extrême sophistication fantasmée, incarner un double de la figure humaine. »

¹⁷³ Y. Le Cun, *Science et avenir*, janv. 2018 ; le dédicataire de ces lignes, prend d'emblée la précaution, non sans humour : M. Vivant, « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », n° 11, nov. 2018. Étude 18.

¹⁷⁴ L'appellation adoptée par le CRIDS, « L'intelligence artificielle et le droit » nous semble plus sage : H. Jaquemin (coord.), Larcier, mars 2018.

¹⁷⁵ Et malgré le fait qu'une définition officielle existe : JO 9 déc. 2018.

C. - La réfutation de la métaphore

30.- *L'analogie dysfonctionnelle*. – Pour en revenir à la métaphore du pirate et à son analyse critique, il faut considérer que son utilisation n'est pas pertinente, car elle ne constitue pas une métaphore juridique. En effet, il est possible, comme on l'a fait, de s'interroger sur le caractère métaphorique du vocable de propriété ; nous en avons conclu que nous nous situons en quelque sorte au-delà, considérant que la « propriété » intellectuelle constituait une catachrèse. Mais, à rester au stade de l'analyse en termes de métaphore, il s'agit bien d'une métaphore juridique : la translation s'effectue bien dans le système linguistique du droit. Il n'en est rien pour la « piraterie », qui constitue un import de la langue ordinaire dans le langage du droit. La translation devrait donc être double. En termes de sens avant tout : le « pirate », c'est (entre autres choses) le *hacker* qui est capable de piller les données d'un système en s'y connectant à distance sans y être autorisé¹⁷⁶. Mais la translation doit se faire aussi du point de vue de l'univers de discours, depuis le langage ordinaire vers le langage juridique. Cela ne paraît pas possible, puisque, à la vérité, la « piraterie » constitue une qualification juridique préexistante.

31.- *La « piraterie » : un brigandage maritime*. – Peu de définitions officielles portent sur le terme de « piraterie » : la « piraterie routière » est le « vol d'un véhicule avec agression du conducteur », communément appelé « *carjacking*¹⁷⁷ ». Plus proche du droit d'auteur se situe le « piratage en salle », qui est défini comme la « captation clandestine d'une œuvre cinématographique lors de sa projection en public¹⁷⁸ ». Mais cela ne correspond pas directement à une incrimination. En revanche, force est de constater que le sens juridique le plus usuel de la « piraterie » demeure un « brigandage maritime¹⁷⁹ ». En droit positif, l'article 224-6 du Code pénal n'emploie par le vocable pour incriminer « le détournement d'aéronef [ou de] de navire ». L'article 4 du règlement de 2004 n° 785/2004 relatif aux exigences en matière d'assurance applicables aux transporteurs aériens et aux exploitants d'aéronefs vise la « piraterie aérienne¹⁸⁰ ». La seule définition positive se situe, à notre connaissance à l'article 101 de la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, dite convention de « Montego Bay¹⁸¹ ».

¹⁷⁶ V. par ex. : J. Logie, *Peers, Pirates & Persuasion. Rhetoric in the Peer-to-Peer Debates*, Parlor Press, 2006, p. 22 s.

¹⁷⁷ JO 5 avr. 2006.

¹⁷⁸ JO 23 déc. 2007.

¹⁷⁹ V° « Piraterie », in *Vocabulaire juridique*, par G. Cornu, article 101.

¹⁸⁰ Le règlement (CE) n° 725/2004 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relatif à l'amélioration de la sûreté des navires et des installations portuaires vise les « actes de piraterie » aux côtés des « actes de terrorisme » (cons. 2).

¹⁸¹ Entrée en vigueur le 16 nov. 1994 à laquelle la Communauté est partie en vertu de la décision 98/392/CE du Conseil, du 23 mars 1998 : JOCE n° L. 179, 23 juin 1998, p. 1 ; article 101 :

Si la Commission européenne utilise, dans ses travaux sur le droit d'auteur, fréquemment l'expression « contrefaçon ou piraterie », cela ne transparaît que de manière accessoire dans les textes de droit positif, c'est-à-dire dans les considérants des directives¹⁸² et reste cantonné à l'intertexte (que les considérants ne sont pas) des discussions préparatoires. Cela demeure regrettable et il convient de veiller à ce que la « piraterie » ne vienne pas polluer la matière, sauf à ce que l'on soit en mesure de déterminer ce qu'elle désigne ; pour l'heure, l'expression « contrefaçon ou piraterie » n'ajoute strictement rien à l'appellation « contrefaçon » seule.

Conclusion

32.- *Propriétés intellectuelles : le bricolage ?* – Au sein de la « boîte à outils » du jeu de langage¹⁸³, inévitablement partiel, mais fondamental, des droits de propriété intellectuelle, nous avons pu identifier que les termes essentiels sont pleins d'incertitudes, entre les omniprésentes analogies, les termes polysémiques, et les syllogismes biaisés. Il serait alors possible d'en conclure que tout ceci est un vaste « bricolage » sans aucune systématique, ou alors que ces droits n'ont de rationalité que pour ceux qui veulent leur en trouver, principalement les universitaires dont les analyses interviennent (trop) souvent *a posteriori* de la promulgation des lois et de la publication des décisions de justice.

« On entend par piraterie l'un quelconque des actes suivants :

- a) tout acte illicite de violence ou de détention ou toute déprédation commis par l'équipage ou des passagers d'un navire ou d'un aéronef privé, agissant à des fins privées, et dirigé :
- i) contre un autre navire ou aéronef, ou contre des personnes ou des biens à leur bord, en haute mer ;
- ii) contre un navire ou aéronef, des personnes ou des biens, dans un lieu ne relevant de la juridiction d'aucun État ; [...]. »

¹⁸² Cons. 62 de la directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique : « le mécanisme d'exonération de responsabilité prévu dans la présente directive ne devrait pas s'appliquer aux fournisseurs de services dont l'objectif principal est de se livrer à du piratage de droit d'auteur ou de le faciliter ». Cons. 15 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, ainsi que le cons. 22 : « Une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'œuvres culturelles contrefaites ou piratées. » Cons. 2 de la directive 2006/115/CE du 12 déc. 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle : « La piraterie constitue une menace de plus en plus grave. » Cons. 29 de la directive 2004/48/CE du 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle : « L'industrie devrait participer activement à la lutte contre la piraterie et la contrefaçon. »

¹⁸³ L. Wittgenstein, *Recherches philosophiques*, Gallimard, 2005 (1953), n° 563 : « la signification d'une pièce (d'une figure) c'est son rôle dans le jeu ». Sur le droit comme jeu de langage (au sens wittgensteinien), v., mais dans une perspective philosophique qui n'est pas la nôtre ici, E. Silva-Romero, *Wittgenstein et la philosophie du droit*, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 2002, spéc. p. 281 s.

Mais l'analogie, sans doute contestable en termes de méthodologie scientifique, « constitue un mode de raisonnement essentiel et inéliminable¹⁸⁴ ». La pensée métaphorique ne doit pas être sous-estimée dans sa puissance cognitive : elle donne à voir, beaucoup plus qu'on ne saurait démontrer à l'aide de la logique formelle¹⁸⁵. La légitimité de l'analogie¹⁸⁶ implique d'identifier quel est « le point commun décisif¹⁸⁷ », qui nous est apparu double s'agissant de la propriété, à la fois exclusive dans ses effets et propre au créateur dans son essence. Il en résulte qu'il existe bien un concept de propriété sous lequel coexistent la propriété de droit civil et la propriété intellectuelle¹⁸⁸.

La polysémie des critères de qualification n'est pas non plus un mal en soi ; elle est d'ailleurs un « phénomène irréductible¹⁸⁹ ». Mais il faut bien une forme d'arbitrage lorsque plusieurs lectures sont possibles¹⁹⁰ et c'est, dès lors, la question de la légitimité de l'interprète qui se pose. La question institutionnelle se pose avec d'autant plus d'acuité si l'on veut bien suivre l'école de pensée, fidèle à la « nouvelle rhétorique » de Perelman, selon laquelle le pragmatisme prend le pas sur le formalisme : au commencement du raisonnement juridique se trouve une orientation essentielle qui est « une sensibilité politique, morale ou personnelle » qui lui préexiste¹⁹¹, le raisonnement étant reconstruit de manière régressive en partant de la conclusion à laquelle on souhaite aboutir¹⁹². Quant au raisonnement inductif, il permet de proposer une règle générale, une notion, pas encore « concept », qui fait défaut en droit écrit. Il convient simplement d'être conscient des limites qu'elle recèle¹⁹³, ce qui participe des contraintes qui doivent s'appliquer à tout

¹⁸⁴ C. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999 (1979), n° 68.

¹⁸⁵ G. Timsit, « La métaphore dans le discours juridique », in « Métaphores et analogies. Schèmes argumentatifs des sciences sociales », *Revue européenne des sciences sociales* 2000, XXXVIII-117, p. 83 : « Que l'on s'autorise de telles métaphores sans le moins du monde opérer de vérification de la validité d'une transposition d'un domaine à l'autre manifeste clairement qu'il s'agit seulement de montrer – et souvent à peine de suggérer... – et que l'objectif de la métaphore ainsi conçue comme figure est de donner à voir plutôt que de démontrer. »

¹⁸⁶ V. G. Cornu, « Le règne de l'analogie », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 331, p. 339 s.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 343.

¹⁸⁸ En ce sens, et à l'issue d'une analyse de droit comparé, É. Bouchet-Le Mappian, *Propriété intellectuelle et droit de propriété*, *op. cit.*, spéc. n° 645, ajoutant : « ces deux régimes de propriété n'ont pas un lien de filiation, mais un lien de parenté collatérale ».

¹⁸⁹ G. Cornu, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, p. 102 ; G. Vannier, *Argumentation et droit*, *op. cit.*, p. 117 s.

¹⁹⁰ G. Cornu, « La découverte du sens en droit », in *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 313, spéc. p. 319.

¹⁹¹ G. Vannier, *Argumentation et droit*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁹² P. Partyka, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, thèse dact., Montpellier, 2004, *passim*.

¹⁹³ M.-L. Izorche, *Le raisonnement juridique*, *op. cit.*, p. 319.

interprète¹⁹⁴. Il restera une difficulté irréductible : s'entendre sur ces contraintes, ce qui peut être conçu comme une pure convention d'une communauté donnée, mais aussi comme l'obligation de fonder ces contraintes sur « l'obligation faite à tout interprète d'élaborer le sens qui puisse être reconnu comme le meilleur sens du texte, celui qui est préférable à tout autre, compte tenu des arguments que l'auditoire auquel il s'adresse reconnaît comme pertinents à ce genre de débats¹⁹⁵ ». L'identification des contraintes argumentatives et de leurs limites participe évidemment de l'établissement des règles d'acceptation ou d'acceptabilité¹⁹⁶ du *script* qui sous-tend la règle¹⁹⁷.

33.- *Vers une épistémologie des droits de propriété intellectuelle*. – La présente étude est modeste à, au moins, deux titres. Quant à son champ d'application, d'une part, elle s'est contentée d'analyser quelques lexèmes que nous avons pris pour fondamentaux, à savoir ceux désignant les catégories et le moyen de les mettre en œuvre, à savoir le critère de qualification. Il resterait, pour qui voudrait poursuivre la construction d'une sémiologie des propriétés intellectuelles, à systématiser l'analyse de l'ensemble des concepts fondamentaux du champ concerné¹⁹⁸. L'analyse comparatiste, incluant donc le plurilinguisme, constitue un champ d'investigation important et nécessaire¹⁹⁹. Quant au cadre épistémique de référence, d'autre part, la sémiologie est amenée à participer d'un projet plus global de constitution d'une épistémologie juridique. Il ne s'agirait pas seulement d'évaluer, pour les valider ou les infirmer, les assertions juridiques en référence aux conditions internes de leur production, mais également de s'intéresser à

¹⁹⁴ Sur celles-ci, v. par ex. : F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 402 s. ; P.-A. Côté, « Fonction législative et fonction interprétative : conception théorique de leurs rapports », in P. Amssek (dir.), *La théorie des actes de langage et le droit*, PUF, 1986, p. 189, spéc. p. 197.

¹⁹⁵ P.-A. Côté, « Fonction législative et fonction interprétative : conceptions théoriques de leurs rapports », art. préc.

¹⁹⁶ C. Perelman, *Logique juridique, op. cit.*, n° 44.

¹⁹⁷ A. Papaux, « Un modèle dynamique de catégorisation juridique : l'« encyclopédie » de U. Eco », *Revue internationale de sémiotique juridique* 2004, 17, p. 1, spéc. p. 22, citant U. Eco : « Aristote savait pertinemment que le paramètre de l'acceptabilité ou de l'inacceptabilité d'une histoire (au sens de *fabula*) ne réside pas dans l'histoire elle-même, mais dans le système d'opinions régissant la vie sociale. Pour être acceptable, l'histoire doit donc paraître vraisemblable, le vraisemblable n'étant autre que l'adhésion à un système d'expectatives habituellement partagé par l'auditoire » (U. Eco, *De Superman au Surhomme*, Grasset, 1993, p. 15)

¹⁹⁸ V., mais seulement dans le champ du droit d'auteur, la belle étude de M^{me} Castets-Renard : C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003.

¹⁹⁹ M. Vivant, « Le rhinocéros chauve ou l'art du malentendu », *Revue internationale des langues juridiques et de droit comparé* 2002, 1, p. 7, spéc. n° 9 ; v., en droit d'auteur, l'ouvrage collectif sous la direction de Y. Gendreau et A. Drassinower, *Langues et droit d'auteur*, Bruylant-Carswell, 2009.

celle portant sur la connaissance du droit²⁰⁰. Ainsi, ce sont également les « savants juristes²⁰¹ » qui doivent être objet de l'analyse, ce qui constituerait un préalable à l'étude du « savoir des juristes²⁰² », mais nécessite le recours à une interdisciplinarité, en particulier à la sociologie, qui ne s'intéresse pas à la validité des normes, mais à leur généalogie.

En d'autres termes, il s'agit d'identifier et de caractériser les « jeux de langage » au sein desquels les mots prennent véritablement sens : « l'application et l'interprétation des mots s'écoulent comme un fleuve, et c'est seulement dans le flot que le mot a sa signification²⁰³ ».

²⁰⁰ J.-F. Perrin, V° « Épistémologie juridique », in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit. L'auteur cite la critique de M. Miaille : « [...] le juriste se retrouve toujours en train de conforter l'idéologie dominante : celle correspondant aux rapports sociaux dominants. Et le discours universitaire, sous couvert d'indépendance et de scientificité, n'échappe pas à ces rapports sociaux » (M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, coll. « Textes à l'appui », 1976, p. 376). Il reste la question du « comment » et du « pourquoi » ce phénomène existe.

²⁰¹ C. Atias, *Épistémologie juridique*, op. cit., p. 143 s.

²⁰² *Ibid.*, p. 171 s.

²⁰³ L. Wittgenstein, *Zettel*, 135, cité par P. Dubouchet, « La théorie normative du droit et le langage du juge », *RRJ* 1994. 657 et 685.