



HAL
open science

L'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé

Amélie Favreau

► **To cite this version:**

Amélie Favreau. L'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé : réflexion sur la valeur dans le droit des biens. Droit. Université de Grenoble, 2010. Français. NNT : . tel-03413927

HAL Id: tel-03413927

<https://hal.science/tel-03413927>

Submitted on 4 Nov 2021

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.



UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Spécialité **Droit Privé**

Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée et soutenue publiquement par

Amélie FAVREAU

le **13 décembre 2010**

L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

Réflexion sur la valeur dans le droit des biens

Thèse dirigée par **Jean-Michel BRUGUIERE**

Professeur de Droit privé

JURY

Civilité/Nom/Prénom	Fonction et lieu de la fonction	Rôle
- Mme BELLIVIER Florence	- Professeur à l'Université Paris X-Nanterre	- Rapporteur
- M. BRUGUIERE Jean-Michel	- Professeur à l'Université Grenoble II	- Directeur
- M. DUPRE DE BOULOIS Xavier	- Professeur à l'Université de Grenoble II	
- M. SIIRIAINEN Fabrice	- Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis	- Rapporteur
- M. VIVANT Michel	- Professeur à l'Institut d'Études Politiques de Paris	- Président

Thèse préparée au sein du Centre de Recherches Juridiques, dans l'École doctorale « Sciences Juridiques ».

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme étant propres à leur auteur ».

Liste des principales abréviations

Act. Pharm	Revue Actualités pharmaceutiques
ADSP	Actualités et dossier en santé publique
AJDA	Actualité juridique. Droit Administratif
Ann. Propr. ind	Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique
APD	Archives de philosophie du Droit
Bull. civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
C. civ	Code civil
C. com	Code de commerce
CA	Cour d'appel
Cah. dr. d'auteur	Cahiers de droit d'auteur
Cah. dr. entr	Cahiers de droit de l'entreprise (Suppléments au JCP E)
Civ. (1 ^{ère} , 2 ^e , 3 ^e)	Cour de Cassation (1 ^{ère} , 2 ^e , 3 ^e) chambre civile.
Ass. Plen	--, Assemblée Plénière
Com	--, Chambre commerciale
Crim	--, Chambre criminelle
Req	--, Chambre des requêtes
Soc	--, Chambre sociale
CE	Conseil d'État (décision)
Cons. Const	Conseil constitutionnel (décision)
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Chron	Chronique
CJCE	Cour de Justice des communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Coll	Collection
Comm	Commentaire
Concl	Conclusions
Conc., Consom	Revue des contrats, de la concurrence et de la consommation
C.C.E	Communication, commerce électronique
CPI	Code de la propriété intellectuelle
D	Recueil Dalloz
D. aff	Recueil Dalloz, Droit des affaires
DC	Recueil Critique Dalloz
DH	Recueil Hebdomadaire Dalloz
DP	Recueil Périodique et Critique Dalloz
Défrenois	Répertoire du notariat Défrenois
Dir	sous la direction de
D.I.T	Revue du droit de l'informatique et des télécoms
Doctr	Doctrine
Dr. Famille	Droit de la famille
Dr. social	Droit social
Dr. et patr	Droit et patrimoine
Dr. pharm	Droit pharmaceutique
Droits	Droits, revue française de théorie juridique
Éd	Edition

EIP	European intellectual property review
Exp	Expertises
Fasc	Fascicule
Gaz. Pal	Gazette du Palais
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
IIC	International Review of Intellectual property and competition Law
Inf. pharm	Les informations pharmaceutiques
<i>Infra</i>	Plus bas
J.-Cl	Jurisclasseur
JCP E	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP	Juris-classeur périodique édition générale
JO	Journal Officiel
L.P.A	Les petites affiches
n°	numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Obs	Observations
OEB	Office européen des Brevets
op. cit	<i>opere citato</i>
PIBD	Propriété industrielle, Bulletin documentaire
Préc	précité
Projet	Revue projet
Propr. Intell	Propriétés Intellectuelles
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
Rappr	Rapprochez
Droit&Sante	Revue Droit& Santé
R.D.C	Revue des Contrats
RDPI	Revue du droit de la propriété industrielle
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. Civ. Dalloz	Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil
Rev. gen. dr. med	Revue générale de droit médical
Rev. de métaph. et mor	Revue de métaphysique et morale
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RIDE	Revue internationale de droit économique
RIPIA	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
RISS	Revue Internationale de sciences sociales
R.H.P	Revue d'Histoire de la Pharmacie
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RRJ	Revue de recherche juridique – Droit prospectif
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
Somm	Sommaires commentés
Spéc	Spécialement

Supra	Plus haut
Trib. civ	Tribunal Civil
T. com	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de Grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des communautés européennes
Trad	traduction
V°	<i>Verbo</i> (au(x) mots)
Vol	volume.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	11
PARTIE 1 : LA MISE EN ÉVIDENCE DE LA VALEUR SOCIALE DANS L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	47
TITRE 1 : LE DIAGNOSTIC DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE.....	51
TITRE 2 : LES PRONOSTICS DE LA VALEUR SOCIALE SUR LA PROPRIETE INTELLECTUELLE.....	173
PARTIE 2: LA MISE EN PERSPECTIVE DE LA VALEUR SOCIALE DANS L'OBJET DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	285
TITRE 1 : LE DROIT DES BREVETS, GENERATEUR DE PROGRES MEDICAL.....	288
TITRE 2 : LE DROIT D'AUTEUR ET LE DROIT DES MARQUES, RÉCEPTEURS DU PROGRÈS MÉDICAL.....	471
TABLE DES MATIERES	709

« Notre époque agitée, pour autant qu'on puisse déjà se prononcer avec le recul nécessaire, déconcerte par tout ce qu'elle brasse pêle-mêle »¹.

Paul KLEE.

¹ P. KLEE, *Théorie de l'Art Moderne*, Genève, Éditions Gonthier, 1969, p. 31.

INTRODUCTION GENERALE

1.- « L'humanité a un trop pressant besoin de la médecine et de tout ce qui s'y rattache, pour qu'un droit exclusif puisse être reconnu à l'inventeur d'un remède »². « L'humanité », moins d'un siècle plus tard, a pourtant bien admis un monopole d'exploitation sur les produits de santé. Cette reconnaissance n'est pas sans poser des difficultés. En témoigne la décision du Conseil constitutionnel du 8 janvier 1991, sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme³, affirmant que : « Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que parmi ces derniers figure le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France »⁴ et « Considérant que l'évolution qu'a connue le droit de propriété s'est également caractérisée par des limitations à son exercice exigées au nom de l'intérêt général ; que sont notamment visées de ce chef les mesures destinées à garantir à tous, conformément au onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, "la protection de la santé" »⁵. Cette décision soulève de nombreuses questions. Doit-on considérer le droit de la propriété intellectuelle comme un droit de propriété ? Le recours au droit fondamental de la « protection de la santé » est-il un moyen efficace de protéger les produits de santé de la propriété intellectuelle ? En quoi la propriété intellectuelle répond-elle insuffisamment au besoin de « protection de la santé » ? N'existe-t-il pas des mécanismes internes à la propriété intellectuelle qui assureraient tout aussi efficacement cette protection ?

2.- Toutes ces interrogations suggèrent qu'il est nécessaire de définir les termes de « propriété intellectuelle » et « domaine de la santé » (I) avant de s'attacher à l'intérêt qui ressort de leur rapprochement (II) et à la méthode de leur rapprochement (III).

² G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, Tome 2, Paris, Marchal et Billard, 1906, p. 58, à propos de la non-brevetabilité des compositions pharmaceutiques ou des remèdes déclarée à l'article 3 de la loi du 5 juillet 1844.

³ La décision du Conseil constitutionnel, DC 90-283, du 8 janvier 1991, sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, *Journal Officiel* du 10 janvier 1991, p.524 ; *R.I.P.I.A.* 1991, n°163, p. 326 ; S. ALMA DELETTRE, *Marque : nature juridique du droit*, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, équipe de recherche en créations immatérielles, sous la direction du professeur M. VIVANT, Dalloz, 1^{er} éd., 2004, p. 339 et dans cet ouvrage, v. aussi, M. VIVANT, *Des droits « finalisés »*, p. 1.

⁴ *Au Considérant 7.*

⁵ *Au Considérant 8.*

I) Qu'entend par la « propriété intellectuelle » et le « domaine de la santé » ?

3.- L'objet de la recherche. La définition des termes est essentielle pour comprendre l'intérêt de cette étude et ses enjeux théoriques et pratiques. Par conséquent, il est tout d'abord nécessaire de préciser ce que recouvre l'expression peu commune de « domaine de la santé ». Elle apparaît comme la plus pertinente pour expliquer le questionnement que subit la propriété intellectuelle (A). Ensuite, il convient de présenter le droit de la propriété intellectuelle et plus précisément d'identifier l'objet de ce droit (B).

A) Le « domaine de la santé », un objet d'étude bigarré

4.- La définition de la santé humaine. Il est quelque peu difficile de trouver une définition unanime de la santé⁶. En effet, elle est tantôt envisagée de manière négative, mais réaliste où la santé est caractérisée par l'absence de maladie⁷ ; tantôt de manière programmatrice, mais utopiste par l'Organisation mondiale de la santé (OMS), où elle apparaît comme un « état complet de bien-être physique, mental et social »⁸. Nous retiendrons cette dernière approche dans cette étude. Malgré son manque manifeste de juridicité⁹, elle a été adoptée par une partie

⁶ Ce qui fait dire à certains auteurs que la santé n'a pas de « sens immédiat », v. notamment V. SAINT-JAMES, *Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, R.D.P. 1997, p. 457 et spéc. p. 460. Rapp. C. JOUDAIN-FORTIER, *Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006, n°1 : « toute définition précise de la notion [de santé] est vaine ». *Contra*, la définition de J. PRADEL, *La condition civile du malade*, préf. G. CORNU, LGDJ, 1963, p. 20, où la santé est définie en liaison avec la maladie, qui est un trouble interne, progressif et pathologique, très proche d'une définition scientifique de la santé.

⁷ Cela revient à avoir une approche scientifique de la notion de santé. La santé est appréhendée en médecine dans un sens large puisqu'elle recouvre aussi bien la dimension physique de la maladie, que la dimension psychique. Ce qui nous autorisera ainsi dans l'étude à envisager la question aujourd'hui particulièrement débattue de l'art brut, v. *infra*, n°474.

⁸ Il s'agit du seul texte juridique proposant une définition de la santé. Elle se situe dans le préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), du 22 juillet 1946, qui dispose de manière complète : « La santé est un état complet de bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». Elle est ainsi appréhendée par les textes ultérieurs comme en atteste l'article 12-1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 : « Les États parties au présent pacte reconnaissant le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ».

⁹ En ce sens, L. CASAUX-LABRUNEE, *Le droit à la santé*, in R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 8^e éd., Dalloz, 2002, p. 774. – C. EVIN, *La portée de la définition O.M.S. de la santé*, *Rev. dr. médical*, avril 1999, n°1, p. 117. – R.G. EVANS, M.L. BARER, T.R. MARMOR, *Être ou ne pas être en bonne santé, Biologie et déterminants sociaux de la maladie*, trad. française M. Giresse, éd. John Libbey Eurotext et Presses Universitaires de Montréal, 1996, p. 14, note n°1 (*Introduction de R.G. EVANS*) : « Aujourd'hui il est à peu près admis que la définition très large de l'OMS, " un état de bien-être complet " est d'une faible utilité opérationnelle. Selon, cette définition la " santé " c'est tout, et donc, rien en particulier » [nous soulignons]. Mais elle reçoit l'aval des professionnels de la santé, v. notamment, B.

de la doctrine¹⁰. Elle possède l'avantage de considérer la santé comme un état de la personne. De cette définition résultent deux conséquences : d'une part, nous n'étudierons pas la santé animale¹¹ et d'autre part, la santé ne peut être directement appréhendée par la propriété intellectuelle¹². Ainsi, pour étudier les relations de la propriété intellectuelle et de la santé il est possible de s'attacher soit aux droits qui protègent cet état de la personne (1), soit aux objets qui contribuent à accéder à l'« état complet de bien-être physique, mental et social » (2). Cette dernière approche a notre préférence.

1) L'occasion pour la propriété intellectuelle d'autres confrontations.

5.- La protection de la santé à travers un droit. L'étude de la propriété intellectuelle et de la santé peut conduire à un entrecroisement normatif. En effet, plusieurs droits protègent cet état de la personne : la santé publique, le droit de la santé et le droit à la santé. Ils révèlent les dimensions individuelle et collective de la santé¹³. Si la santé publique met particulièrement en évidence le caractère collectif de la santé et le droit de la santé une dimension

HOERNI, *L'Ordre national des médecins et les droits des patients*, in *Actes du Colloque national, Le droit des patients : enjeux et défis*, 29 mai 1997, *Gaz. Pal.* 1998, 1, doctr. p. 215. – A. KAHN, *Et l'homme dans tout ça ? Plaidoyer pour un humanisme moderne*, éd. Nil, Paris, 2000, p. 362.

¹⁰ En ce sens, v. notamment, C. SAUVAT, *Réflexions sur le droit à la santé*, PUAM, 2004, n°29, p. 29 : « La santé est donc un état variant du bien-être au mal-être du fait de l'existence ou non d'une maladie physique ou psychique réelle ou imaginaire, d'un handicap ou, plus largement, d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique ». – J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, PUF, 1981, p. 11 « L'état d'une personne non atteinte de maladies, ou d'imperfections organiques ou fonctionnelles susceptible de limiter son activité physique ou mentale.

¹¹ Les études de Mme DESMOULIN sont particulièrement riches de ces interrogations que soulève la santé animale et de sa rencontre avec la propriété intellectuelle, comme elle l'a exhaustivement étudié dans sa thèse, S. DESMOULIN, *L'animal entre science et droit*, préf. C. LABRUSSE-RIOU, PUAM, 2006.

¹² En ce sens, D. FOLSCHIED et J.J. WUNENBURGER, *La finalité de l'action médicale*, in *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, D. FOLSCHIED, B. FEUILLET-LE MINTIER et J.-F. MATTEI, *Thémis philosophie*, PUF, 1997, p. 143 : « la santé ne peut être réellement objectivée, sous peine de la dissocier de la personne elle-même ». Rapp. C. JOUDAIN-FORTIER, *Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006, n°19 : « En tant qu'état de la personne, la santé se situe nécessairement hors du champ de l'avoir : on ne peut à l'évidence acheter ou vendre une bonne santé ». *Contra* G. MENAHEM, *La santé est-elle un bien économique public ou privé ?* in, *La santé, usage et enjeux d'une définition*, éd. Cahiers d'étude et de réflexion éd. par la coopérative d'édition de la vie mutualiste, 1996, p. 167.

¹³ En ce sens, v. notamment J.-S. CAYLA, *La santé et le droit*, *R.D.S.S.* avril-juin 1996, p. 278. – S. JUAN, *L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif*, *R.D.P.* 2/2006, p. 439.

individuelle¹⁴, le droit à la santé serait un subtil mélange des deux. Ces confrontations avec la propriété intellectuelle possèdent une part d'intérêt, mais elles revêtent également certaines insuffisances qu'il convient de souligner.

6.- La propriété intellectuelle et santé publique. La notion de santé publique prendrait sa source dans les grands préceptes hygiéniques religieux¹⁵. Elle est en outre souvent synonyme de l'hygiène publique¹⁶. D'une mission ecclésiastique, elle est devenue un objectif politique de protection, de préservation et de conservation de la santé¹⁷. Les orientations politiques en matière de santé publique sont dressées par l'État, sur le fondement de l'article L. 1411- 1 du Code de la santé publique, sous forme d'« objectifs pluriannuels »¹⁸.

Le croisement de la santé publique avec la propriété intellectuelle ne présente guère d'intérêt. En effet, il a pour seule conséquence de considérer la propriété intellectuelle comme un instrument au service de politique publique en faveur de la santé. Par exemple, le droit d'auteur est sollicité pour limiter les publicités en faveur de l'alcool ou du tabac, dans le cadre des politiques de lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme. Le caractère très restreint de cette délimitation du champ de la recherche rend le questionnement de la propriété intellectuelle inefficace. En effet, le droit de la propriété intellectuelle n'étant mobilisé que de manière parcellaire, aucune réflexion globale sur son influence sur la santé ne peut être engagée.

¹⁴ Le Code de la santé publique regroupe ces deux approches que certains nomment droit public de la santé et droit privé de la santé. En ce sens, v. notamment, O. GARREAU, *Droit de la santé, Droit à la santé*, th. dactyl., Montpellier I, 2004, p. 14.

¹⁵ En ce sens, J.-M. CLEMENT, *Les grands principes du droit de la santé*, éd. Les Études Hospitalières, 2005, p. 19. – J. MOREAU et D. TRUCHET, *Droit de la santé publique*, Dalloz, coll. *Mémentos*, 2004, pp. 3 et s. – D. TABUTEAU, *Risque thérapeutique et responsabilité hospitalière*, Berger-Levrault, 1995, p. 19.

¹⁷ Par le glissement, après la Révolution française, vers la notion d'ordre public, la présence de l'État sur ces questions va s'opérer. En 1953 a été codifié le Code de la santé publique. Ces principes ont été intégrés à l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946 qui dispose : « Elle (*la nation*) garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé (...) » [nous ajoutons].

¹⁸ Toujours sur le fondement de l'article L. 1411-1 du Code de la santé publique, il peut s'agir notamment de la surveillance et l'observation de l'état de santé de la population et de ses déterminants ; de la lutte contre les épidémies ; de la prévention des maladies, des traumatismes et des incapacités ; de l'information et l'éducation à la santé de la population et l'organisation de débats publics sur les questions de santé et de risques sanitaires ; de l'identification et la réduction des risques éventuels pour la santé liés à des facteurs d'environnement et des conditions de travail, de transport, d'alimentation ou de consommation de produits et de services susceptibles de l'altérer ; de la réduction des inégalités de santé, par la promotion de la santé, par le développement de l'accès aux soins et aux diagnostics sur l'ensemble du territoire ; de la qualité et la sécurité des soins et des produits de santé ; de l'organisation du système de santé et sa capacité à répondre aux besoins de prévention et de prise en charge des maladies et handicaps ; de la démographie des professions de santé.

7.- La propriété intellectuelle et droit de la santé. Discipline moderne¹⁹, le droit de la santé peut être défini comme « l'ensemble des règles applicables aux activités dont l'objet est de restaurer la santé humaine, de la protéger et d'en prévenir les dégradations »²⁰. La rencontre de la propriété intellectuelle et du droit de la santé révèle l'occasion pour la propriété intellectuelle de rendez-vous manqués. L'étude perdrait tant sur le plan technique que sur le plan politique.

Sur un plan technique, la confrontation de ces deux droits serait circonscrite aux dispositions communes du Code de la propriété intellectuelle et du Code de la santé publique. Alors que la plupart des objets mis en évidence dans le domaine adopté de la santé se trouvent énoncés par le Code de la santé publique²¹, toutes les discussions sur la circulation de l'objet de la propriété intellectuelle ne pourraient pas être envisagées. Ainsi, les mécanismes régulateurs du droit de la concurrence ou correcteur du droit des contrats ou bien, tout le dispositif des licences obligatoires, n'auraient pas été abordés puisque ne résultant pas des dispositions communes aux deux Codes.

Cette limitation des sources rejailit politiquement sur la propriété intellectuelle. Le résultat d'une telle rencontre aboutirait au simple constat de la soumission d'un droit par rapport à l'autre. Nous aurions très certainement assisté à la flexion des intérêts des titulaires de droits intellectuels face aux intérêts individuels et collectifs défendus par les dispositions du Code de la santé publique²². Cependant, cette confrontation ne permet pas de mettre en évidence les finalités de la propriété intellectuelle. En effet, par certains mécanismes internes, la propriété intellectuelle contribue tout aussi efficacement à la protection de la santé.

¹⁹ En ce sens, J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, PUF, 1981, p. 13 : « Ce n'est cependant qu'à l'époque contemporaine que le droit de la santé, entendu comme *l'ensemble des règles juridiques applicables aux actions de santé* a pris les dimensions considérables qui sont les siennes ».

²⁰ J.-M. de FORGES, *Le droit de la santé*, 6^e éd., PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2006, p. 7.

²¹ La remarque était d'autant plus vraie depuis l'intégration dans le Code de la santé publique de l'ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010, qui a introduit à l'article L. 1243-3 du Code de la santé publique, une définition des collections d'échantillons biologiques, ou *biobanques* (v. *infra* n°515). Même si la plupart des objets étudiés dans la partie consacrée au droit d'auteur ne sont pas mentionnés dans le Code de la santé publique.

²² Une telle problématique et une telle conclusion se retrouvent lors de la confrontation de la propriété intellectuelle avec le droit de la consommation à travers l'étude de Mme NISATO (V. NISATO, *Le consommateur et les droits de propriétés intellectuelles*, th. dactyl. Avignon, 2005). La prise en compte des intérêts du consommateur conduit même, selon l'auteur, à un changement de « nature » de la propriété intellectuelle.

8.- Propriété intellectuelle et droit à la santé. Le droit à la santé se résume pour l'État à deux principaux devoirs : « protéger la santé, que ce soit de manière préventive ou curative, voire prédictive, et instaurer un système de remboursement des frais de santé afin de rendre la protection de la santé réellement effective »²³. À travers cette orientation, le droit à la santé pourrait présenter un moyen d'élévation de la propriété intellectuelle. Pourtant, plusieurs arguments militent à l'encontre d'une telle confrontation, qu'ils tiennent à la valeur ou à la teneur des droits en présence²⁴.

La rencontre entre le droit à la santé et le droit de la propriété intellectuelle est peu fructueuse en raison des incertitudes pesant sur la valeur de ces droits. Si la « fondamentale » du droit à la santé ne peut guère subir de discussion²⁵, son assimilation aux droits subjectifs, sous l'impulsion de certains auteurs²⁶, n'est pas encore unanimement admise. Inversement, si la « subjectivité » du droit de propriété intellectuelle ne soulève pas de difficultés²⁷, sa qualification en droit de l'homme serait moins évidente²⁸. Ces incertitudes ne profitent guère à une confrontation de ces deux droits.

²³ En ce sens, v. C. SAUVAT, *Réflexions sur le droit à la santé*, op. cit., n°96, p. 80 : « Le droit à la santé signifie que l'État a le devoir de respecter, de protéger, la santé de tous les sujets de droit en légiférant en matière de respect du corps d'autrui, de santé publique, de sécurité sanitaire, etc. et de permettre l'élaboration d'un système de soins, notamment en règlementant la formation des médecins et en laissant les médecins diplômés s'installer et exercer librement. Il a également l'obligation de participer activement à la mise en place de ce système de soins, notamment par la création et la gestion des hôpitaux publics, et à son financement grâce au système de sécurité sociale ».

²⁴ Sur la rencontre entre les droits fondamentaux et la propriété intellectuelle, v. *infra* n°194.

²⁵ Principalement au regard de ses sources. L'article 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose que « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » et l'article 11 de déclarer que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ». Or, le caractère fondamental de ce texte est expressément mentionné dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁶ En général, pour un rapprochement des droits et libertés fondamentaux et des droits subjectifs, v. notamment, X. DUPRE de BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 42. Sur la consécration du droit à la santé en droit subjectif, v. notamment O. GARREAU, *Droit de la santé, Droit à la santé*, th. dactyl., Montpellier I, 2004, p. 14. – C. SAUVAT, *Réflexions sur le droit à la santé*, PUAM, 2004, pp. 85 et s. Mais bien avant ces deux thèses sur le droit à la santé ont été soulevés les risques liés à une « subjectivisation » du droit. En ce sens, v. notamment, D. COHEN, *Le droit à...*, *Mélanges en l'honneur de François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 393, et spéc. p. 395 : « le fait que le concept [droit à...] soit devenu d'usage courant est susceptible d'entraîner une balkanisation des droits subjectifs. S'il doit y avoir, à terme, autant de droits subjectifs distincts que d'objectifs de bien-être jugés dignes de protection légale, la physionomie de nos systèmes juridiques ne s'en trouvera-t-elle pas modifiée dans un de ses aspects importants ? Précisément sur cette question, v. *infra* n°99.

²⁷ Par son rapprochement avec le droit de propriété, v. *infra* n°39.

²⁸ Elle ne s'opère que par un rapprochement de la propriété intellectuelle avec le droit de propriété. Si nous partageons le constat de ce rapprochement avec une majorité d'auteurs, nous devons également convenir qu'il

La teneur même du droit de la propriété intellectuelle ne semble pas pouvoir donner lieu à une réelle « confrontation ». Pourtant, certains auteurs militent pour le recours à ces droits fondamentaux susceptibles de donner un équilibre à la propriété intellectuelle²⁹. Selon eux, s'opérerait au cas par cas un calcul de proportionnalité des intérêts en présence³⁰. Une telle démonstration ne nous semble pas convaincante, et ce, pour trois raisons. Tout d'abord, elle impose d'admettre au préalable qu'aucune disposition du Code de la propriété intellectuelle ne soit inspirée – ou fondée – sur le droit à la santé³¹. Or, de nombreuses règles intègrent cette problématique « fondamentale ». Qu'il s'agisse en droit des brevets du mécanisme des licences d'office dans l'intérêt de la santé publique³² ; en droit des marques, des atteintes consenties au besoin de reconditionnement des produits³³ ; ou encore, en droit d'auteur par la limitation des publicités de certains produits au nom d'une protection de la santé³⁴. De cette ignorance rapidement supposée pour les droits fondamentaux, d'autres droits s'en défendent, à l'instar du droit des contrats³⁵, ou même du droit des personnes³⁶. Ensuite, en admettant le

existe encore de vives discussions sur la reconnaissance du droit d'auteur en droit de propriété, du fait de la singularité des prérogatives morales accordées à l'auteur. Sur cette question, v. *infra* n°39.

²⁹ Cette thèse est notamment défendue avec vigueur par M. GEIGER. De cet auteur, v. notamment : C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004 ; *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité*, in *Liber amicorum George Bonet*, Litec, coll. IRPI droit des affaires-propriété intellectuelle, n°36, 2010, p. 249.

³⁰ MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE expliquent que ce n'est pas « familier au juriste français (...) d'opposer deux droits dont rien ne justifie que l'on préfère l'un à l'autre (...), mais d'apprécier concrètement, par rapport à une situation donnée bien précise ce à quoi peut conduire tel ou tel choix. Comme (...) savent le faire les juridictions allemandes » (in M.VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. *Précis*, n°616, p. 421). Et plus spécialement en droit d'auteur, à l'encontre d'un tel calcul, MM. les professeurs LUCAS expliquent : « cela équivaldrait à introduire subrepticement dans les systèmes de droit d'auteur une sorte de *fair use*, c'est-à-dire un système d'exception ouvert dans lequel il reviendrait au juge de dire, au vu des circonstances de l'espèce, si la prétention de l'utilisateur d'échapper au droit exclusif est raisonnable. Ce n'est pas notre tradition et il faut, croyons-nous, éviter de s'engager dans cette voie » (in, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, coll. *Traités*, 2006, n°327, p. 266).

³¹ Ou bien insuffisamment. En ce sens, pour le droit du public à l'information, v. notamment, N. MALLET-POUJOL, *Le double langage du droit à l'information*, D. 2002 chron. p. 2420, et spéc. n°45, p. 2427. – S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Th. dactyl. Montpellier I, 2004.

³² Sur les licences d'office dans l'intérêt de la santé publique v. *infra* n°348.

³³ Sur le reconditionnement des produits, v. *infra* n°441.

³⁴ Tel est notamment le cas pour la publicité des marques en faveur de l'alcool et du tabac, v. *infra* n°382.

³⁵ À ce propos, MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE, expliquent : « L'on ne doit cependant pas occulter le fait que le Code civil n'a pas attendu le Conseil constitutionnel ou la Convention européenne des droits de l'homme pour réaliser le danger, par exemple d'engagements perpétuels. Qu'on relise l'article 1780 du Code civil. Autrement dit, ici comme ailleurs le droit intègre ces préoccupations fondamentales » (in, M. VIVANT, J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n°616, p. 419 (note n°5)).

recours aux droits fondamentaux dans l'équilibre de la propriété intellectuelle, ceux-ci ne seraient appelés que pour rééquilibrer l'exercice de la propriété intellectuelle. Ils ne permettent pas de s'interroger sur l'existence de la propriété intellectuelle³⁷. Enfin, et plus généralement, la catégorie des droits fondamentaux pourrait souffrir d'une fréquence de sollicitation contribuant, comme le souligne M. le professeur DUPRE de BOULOIS, à « l'obésité » de la catégorie³⁸.

En conclusion, la confrontation de la propriété intellectuelle avec les droits qui protègent la santé apparaît inopportune. Elle évite de s'interroger sur le droit de la propriété intellectuelle, lui-même, en suppléant des solutions externes. En adoptant une entité plus vaste, aux contraintes juridiques faibles, le domaine de la santé, toute latitude est alors laissée pour penser les ressorts internes de la propriété intellectuelle³⁹.

2) La préférence en l'analyse de la propriété intellectuelle dans le « domaine de la santé ».

9.- Le contenu du « domaine de la santé ». Le domaine de la santé n'a pas d'existence juridique propre. Il est une sorte d'universalité de fait, formé d'éléments les plus disparates et sans lien indivisible les unissant. Il a simplement vocation à regrouper toutes les choses qui ont une influence sur l'état de la personne, cet « état complet de bien-être physique, mental et

³⁶ De la même manière, l'article 9 du Code civil répond aux attentes en matière de vie privée sans qu'il ne soit systématiquement nécessaire de recourir à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³⁷ Nous expliquerons dans le cadre de cette introduction que la propriété intellectuelle est un régime d'exception qui définit l'existence de ses objets par une loi spéciale. V. *infra* n°21.

³⁸ En ce sens, v. notamment les remarques de M. le professeur DUPRE de BOULOIS : « Il peut en effet être tentant pour le juge de recourir sans excès de rigueur à l'adjectif pour régler les conflits de prétentions et d'attribuer cette qualification à n'importe quel droit invoqué devant lui. Cette circonstance explique largement l'obésité qui caractérise cette catégorie en droit privé » (*in*, X. DUPRE de BOULOIS, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé*, JCP G 2007, I, 211 et du même auteur, v. aussi *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 39, les droits et libertés fondamentaux représentent une « catégorie aux contours incertains »). L'auteur explique que le recours à la notion de droits et libertés fondamentaux est plus libéré pour le juge judiciaire que pour le juge administratif. En effet, en droit administratif, ces notions sont employées avec parcimonie, pour limiter les pouvoirs de l'administration par les procédures de la voie de fait ou du référé-liberté. La preuve en est que, le droit à la santé n'a pas été considéré comme une liberté fondamentale par le juge administratif permettant le jeu de l'article L. 521-2 du Code de Justice Administrative, relatif au référé-liberté. Pour des commentaires de l'ordonnance de référé rendue par le Conseil d'État, le 8 septembre 2005, v. notamment, C. SAUVAT, *Précision normative sur le droit à la santé*, RTD civ. 2006, p. 24. – E. PUTMAN, *Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale justiciable du référé-liberté*, RJPF, janvier 2006, p. 12.

³⁹ Ce qui ne nous empêche pas au sein de l'étude de proposer quelques réflexions ponctuelles sur ces mécanismes juridiques externes. Ils sont compris dans le champ large de la recherche.

social ». Le point commun les unissant est donc cette vocation qu'ils ont sur la santé, sur la vie⁴⁰. Comme le souligne M. SAUVAT : « la santé, c'est la vie. Faute d'une bonne santé, la vie sera désagréable, le plus souvent douloureuse et assez fréquemment écourtée »⁴¹. Ce lien vital permet de mesurer l'importance de ces objets.

Seront notamment étudiés le produit phare le médicament⁴², mais également les produits cosmétiques⁴³, les aliments diététiques⁴⁴, les matières premières servant à l'usage pharmaceutique, comme les excipients⁴⁵. À côté de ces produits bénéfiques existent des objets qui peuvent détériorer l'état de santé. Si cette dernière catégorie peut troubler par son immensité, au final peu d'objets rencontrent la propriété intellectuelle. Elle n'intervient que pour la mise en œuvre de politiques de santé publique ciblées. L'alcool, le tabac et les objets qui atteignent à l'environnement⁴⁶ sont les principaux exemples.

⁴⁰ Tout en relativisant avec le philosophe, A. COMTE-SPONVILLE, que l' « on n'a droit qu'au possible » (*in*, A. COMTE-SPONVILLE, *A propos de la vie, du droit et de la morale*, *in Éthique médicale et droits de l'Homme*, éd. Actes-Sud- INSERM, 1988, p. 275).

⁴¹ C. SAUVAT, *Réflexions sur le droit à la santé*, PUAM, 2004, n°3, p. 16. L'auteur ajoute : « Ces conséquences de la santé sur la vie permettent de mieux comprendre pourquoi la santé est devenue une des préoccupations principales des individus dans nos sociétés modernes. La recherche d'un confort de vie toujours meilleur se doit de passer par une maîtrise de la santé toujours plus poussée. D'autant que l'état de santé peut avoir une influence, tant en amont qu'en aval, sur un niveau de vie donné, puisque, d'une part, elle peut empêcher l'acquisition des moyens nécessaires à l'obtention du niveau de vie recherché et d'autre part, elle peut empêcher la jouissance du niveau de vie obtenu » (*Ibid.*, n°9, p. 19).

⁴² La définition du médicament est donnée à l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique (sur cette définition, v. *infra* n°252). Le médicament est obtenu à l'issue de préparations qu'elles soient magistrales, hospitalières, ou officinales (v. notamment l'article L. 5121-1 du Code de la santé publique). Il est élaboré à partir de substances diverses, chimiques (y compris les substances nanoparticulaires encadrées à l'article L. 5161-1 du Code de la santé publique), biologiques (humaine, végétale ou animale), microbiologiques (matériel génétique).

⁴³ Les dispositions relatives aux produits cosmétiques sont les articles L. 5131-1 à L. 5131-11 du Code de la santé publique.

⁴⁴ Alors que certains produits diététiques sont considérés comme des médicaments, selon l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique, d'autres aliments diététiques destinés à des fins médicales spéciales sont considérés comme de simples produits de santé selon les articles L. 5137 et s. du Code de la santé publique.

⁴⁵ Le régime de ces matières est organisé à l'article L. 5138-1 du Code de la santé publique.

⁴⁶ Aujourd'hui, les liens entre l'environnement et la santé sont très clairement établis. La protection de l'environnement concourt à la protection de la santé. En ce sens, v. les dispositions du Livre III intitulé *Protection de la santé et environnement*, de la Première partie sur la protection générale de la santé du Code de la santé publique. Deux exemples d'objets au croisement de la protection de l'environnement et de la santé interpellent la propriété intellectuelle : d'une part sur les inventions portant sur des organismes génétiquement modifiés (en ce sens, v. notamment, J. PASSA, *La protection par le brevet des semences génétiquement modifiées. À propos de l'arrêt Monsanto de la Cour suprême du Canada*, *Environnement*, mars 2005, étude n°3, v. *infra* n°103) et d'autre part, ce qu'il convient d'appeler aujourd'hui les « inventions vertes » (en ce sens, v. notamment, P. ARHEL, *La contribution du droit des brevets à la protection de l'environnement*, *Propr. ind.* septembre 2010, p. 8).

Seront également abordés les objets qui existent en amont de la recherche appliquée, c'est-à-dire ceux qui sont indispensables à l'apparition des produits de santé. À ce titre, interroge la protection de la propriété intellectuelle un panel très varié allant du « banal » ouvrage médical aux florissantes collections d'échantillons biologiques, en passant par les traditionnelles pharmacopées.

10.- L'intérêt du « domaine de la santé ». Tout d'abord, le « domaine de la santé » représente un support à une analyse plus vaste sur la propriété intellectuelle et n'étrique en rien toutes les subtilités de cette matière. Il nous est alors permis de rechercher la capacité de la propriété intellectuelle à répondre à une protection de la santé. Ensuite, il est généralement admis que le droit, bien que construit, germe des faits⁴⁷. L'étude de la propriété intellectuelle est alors confrontée au dynamisme du domaine de la santé, sans contraintes normatives. La cadence soutenue de la recherche médicale est un facteur d'interrogation de la propriété intellectuelle. Enfin, le domaine de la santé invite la propriété intellectuelle à dépasser le cadre juridique. Au croisement de questions économiques, sociologiques ou même philosophiques, les objets du domaine de la santé permettent de penser la propriété intellectuelle à travers une démarche pluridisciplinaire.

Tendant moins à l'exhaustivité qu'à la diversité, le « domaine de la santé », tel qu'il sera appréhendé dans cette étude, dévoile ses traits bigarrés. Déconcertant par tout ce qu'il « brasse pêle-mêle », en référence à la proposition de KLEE, il interroge l'unité de la propriété intellectuelle.

B) La propriété intellectuelle, un droit unifié

11.- Premières vues sur la propriété intellectuelle. Il est généralement admis de dire que la propriété corporelle porte sur un objet corporel et que l'objet de la propriété intellectuelle est incorporel. Cette qualification est importante, car il s'agit de l'objet de notre étude. Toutefois, une telle proposition ne nous renseigne pas sur la définition à donner à ce bien incorporel. Il se rencontre au détour du droit commercial avec les créances⁴⁸ ou le fonds libéral⁴⁹, au détour

⁴⁷ Cette question de la relation du droit au fait est approfondie dans l'étude, v. *infra* n°184.

⁴⁸ Il faut pour reconnaître l'incorporalité puis la possibilité d'appropriation des créances se reporter aux importants travaux de GINOSSAR (S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système*

du droit pénal avec les questions relatives au vol d'information⁵⁰, ou encore, en croisant le chemin du droit des personnes par notamment l'image qu'elles détiennent d'elles-mêmes⁵¹. De cette réalité protéiforme découle pourtant une acception unitaire. Partant de la définition de MOUSSERON du bien, à savoir « tout élément matériel ou non, suscitant un double souci de réservation et de commercialisation chez son maître du moment qui appelle et obtient la sollicitude de l'organisation sociale »⁵², nous nous attacherons dans un premier temps à l'identification du bien incorporel (1) afin, dans un second temps, de mettre en évidence son appréhension par les mécanismes de la réservation (2)⁵³.

rationnel des droits patrimoniaux, LGDJ, 1960, p. 34 et s.). L'auteur démontre que sur une créance, il est possible tant de jouir que de disposer de ce bien, ce qui n'est pas incompatible avec son incorporelité.

⁴⁹ Reconnu à partir de la cessibilité de la clientèle civile, Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, *Bull. civ. I*, n° 283 ; *D.* 2002, p. 930, obs. TOURNAFOND ; *JCP G* 2001, II, n° 10452, note VIALLA ; *JCP G* 2001, I, n° 301, n° 16, obs. ROCHFELD ; *JCP E* 2001, n° 419, note LOISEAU ; *RTD civ.* 2001, p. 130, obs. MESTRE ; *RTD civ.* 2001, p. 167, obs. REVET ; *Rev. contrats conc., consom.* 2001, comm. n° 18, note LEVENEUR ; *Defrénois* 2001, art. 37338, note LIBCHABER. Et déjà, CEDH, 26 juin 1986, disponible sur le site <http://cmiskp.echr.coe.int>. Aux termes de cet arrêt, « la Cour estime que le droit invoqué par les requérants peut être assimilé au droit de propriété consacré à l'article 1^{er}. Grâce à leur travail, les intéressés avaient réussi à constituer une clientèle ; revêtant à beaucoup d'égard le caractère d'un droit privé, elle s'analysait en une valeur patrimoniale, donc en un bien au sens de la première phrase de l'article 1, lequel s'appliquait dès lors en l'espèce ».

⁵⁰ Sur le vol d'information, v. notamment, J. DEVEZE, *Le vol de biens informatiques*, *JCP G*, 1985, I, 3210, selon qui le vol ne peut avoir pour objet qu'un bien meuble corporel. La question est approfondie dans l'étude, v. *infra* n°117.

⁵¹ V. notamment, B. GLEIZE, *La propriété intellectuelle et le droit à l'image, in la propriété intellectuelle entre autres droits*, J.-M. BRUGUIERE (sous la dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 81. Et plus précisément sur l'image des biens, v. la thèse de Mme GLEIZE (B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Defrénois, coll. *de Thèses*, t. 33, 2008), dans laquelle elle démontre les limites de la propriété à appréhender ce bien incorporel particulier qu'est l'image et les vertus du modèle de la responsabilité. Sur le refus de considérer l'image d'un bien comme un bien incorporel, v. notamment, exemple F. ZENATI, *RTD civ* 1999, p. 859, spéc. p. 866 : « l'image n'est pas un bien. Tant qu'aucun droit n'a été créé sur elle par la loi ou par la convention, elle n'est qu'une dimension et une utilité de la chose. Il faut se garder ici de toute métaphysique : tant qu'elle n'est pas érigée en droit, l'image fait partie de la matière ».

⁵² J. M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits, in Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 et s., spéc. n°7

⁵³ Nous n'oublions pas la position de M. le professeur LIBCHABER, consistant à entrevoir, en plus, dans la définition du bien une nécessaire circulation licite entre les particuliers (*in*, R. LIBCHABER, *Biens, Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n°7, p. 3 et n°89, p. 19). *Adde*, N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, préf. G. BONET et M. GERMAIN, Litec, coll. *Bibl. dr. entr.*, 2007, n°75, p. 24 : « Un apport en nature peut être constitué par tout bien, pourvu que ce dernier soit dans le commerce, appréciable en argent ».

1) L'identification du bien incorporel

12.- L'identification du bien incorporel passe par la connaissance préalable des concepts de chose et de chose incorporelle.

13.- Une chose. Il est des questions déroutantes en droit des biens et notamment celle-ci : « qu'est-ce qu'une chose ? »⁵⁴. La réponse : la chose n'est pas une personne⁵⁵ semble aujourd'hui de plus en plus difficile à soutenir⁵⁶. Quant à la définition courante de la notion de chose, elle offre un autre intérêt⁵⁷. Le terme de chose recouvre « ce qui existe de manière identifiable et isolable »⁵⁸, ce qui *est*. Deux pistes s'ouvrent alors pour appréhender le réel⁵⁹ : largement, en désignant « de manière indéterminée, tout ce qui est inanimé »⁶⁰ ou plus strictement, en présentant une « réalité matérielle non vivante »⁶¹. Deux conceptions usuelles

⁵⁴ Ainsi l'expriment F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 7^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006, n°3, p. 3 « Si ancienne soit-elle la question déroute l'esprit parce que le mot *chose* a de multiples sens ». L'entreprise étant, pour certains auteurs, même vouée à l'échec : C. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, A.P.D., Les biens et les choses, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 259, spéc. p. 260 : « Si on essaie de partir de la " chose ", d'immenses difficultés se présentent immédiatement. La " chose " est n'importe quel objet, existant ou non, c'est " l'objet en cause ", autant réel que théorique, matériel ou non. La " chose " est un concept dont l'extension englobe la classe universelle de tous les objets (et l'expression " quelque chose " en témoigne) ». Ou encore, Y. THOMAS, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, *Annales – Histoire, Sciences Sociales*, novembre-décembre, 2002, p. 1431, spéc. 1449 : « Toute enquête engagée d'un point de vue ontologique, depuis la question " qu'est-ce qu'une chose ? ", bloquerait la possibilité d'accéder aux choses du droit (romain) ou plutôt au concept de " chose " qui les saisit abstraitement ».

⁵⁵ Autrement dit, « obéissant à la logique du tiers exclu, les choses et les personnes s'opposent, en principe, sans juste milieu possible : tout ce qui est personne n'est pas chose et inversement, tout ce qui est chose n'est pas personne » (in, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, T. 464, 2006, p. 59). Ce lemme sert de base notamment aux théories du Patrimoine.

⁵⁶ Sur cette difficulté, v. *infra* n°132.

⁵⁷ En ce sens, J.-C. GALLOUX, *Essai d'une définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. dactyl., Bordeaux I, 1988, pp. 154-155 : « la chose est une notion première qui préexiste au droit et peut même exister avant le droit, et sans le droit ».

⁵⁸ *Le Grand Robert de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, 2^e éd., 2001, V° *Chose*.

⁵⁹ *Réelle*, la chose est ainsi définie par opposition à l'apparence (*Le Grand Robert de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, 2^e éd., 2001, V° *Chose*). Rappr. de la définition de D. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de Droit civil, commercial, criminel et administratif, de Droit des gens et de Droit public*, Bureau de la jurisprudence générale du royaume, 1845-1873, vol. 8, V° *Choses* : « Se dit de tout ce qui existe dans la nature ».

⁶⁰ *Le Nouveau Littré*, 2009, V° *Chose*.

⁶¹ *Le Grand Robert de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, 2^e éd., 2001, V° *Chose*.

de la chose, qui n'ont d'autre intérêt⁶², que celui de mettre en évidence le tiraillement séculaire⁶³ de la chose juridique entre un concept réduit à sa corporalité⁶⁴ ou augmenté de son incorporelité.

14.- La conception restrictive : la chose réduite à sa corporalité. La constatation du réel, où la chose juridique se déduit de la chose physique⁶⁵, a conduit à faire admettre la nécessaire corporalité de la chose. En d'autres termes, les choses qui n'ont pas de substance matérielle ne peuvent pas émerger dans les relations juridiques. Les plus grands auteurs se sont confrontés à cette définition⁶⁶, en recherchant dans les origines historiques du concept des éléments de réponse. Néanmoins, de la définition romaine de la *res* a été déduite la nécessaire corporalité de la chose⁶⁷. Le statut des choses, tel qu'énoncé par GAIUS au II^e siècle de notre ère, distingue les *res corporales* et les *res incorporales*⁶⁸. Alors que les premières sont déduites de

⁶² Abondant ainsi dans le sens de M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, T. 464, 2006, p. 56 : « À vrai dire, il n'y a guère plus d'enseignements à tirer du sens commun du terme de chose, tant son domaine paraît immense et ses acceptions multiples, celles-ci variant au gré des différentes disciplines de l'action humaine, chacune d'elles déterminant le sens de ce mot selon des schèmes et des valeurs qui lui sont propres ».

⁶³ Sur ce point, v. J.-P. LEVY, *Cours d'histoire des institutions privées. La propriété. – Les biens, Licence 3^e année*, Paris, Les cours de droit, 1963, p. 19.

⁶⁴ En ce sens, v. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 8, p. 26 : « Le vertige peut conduire à une approche très restrictive : les choses sont les objets matériels ».

⁶⁵ Sur la déduction de la chose juridique à partir de la chose physique, v. J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II : Les biens, Les obligations*, PUF, 1^{ère} éd. en *Quadrige Manuels*, 2004, n° 707, p. 1595 : « Si en principe, les biens sont le décalque des choses – *comme le monde juridique est le reflet du monde physique* – en fait, cependant, la coïncidence n'est pas entière » [nous soulignons]. *Contra*, La conception idéaliste de la chose juridique empêche de la concevoir dans l'état de nature, leur ordination est inscrite par Dieu. L'influence chrétienne de cette conception est décrite par Ph. ANDRE-VINCENT, *Le concept juridique de chose dans la pensée de LAS-CASAS, A.P.D.*, t. XXVI, *L'utile et le juste*, 1981, p. 255.

⁶⁶ En atteste l'exhaustive étude : *Les biens et les choses, A.P.D.*, t. XXIV, Sirey, 1979. V. aussi : J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. dactyl., Bordeaux I, 1988, p. 7 et s.

⁶⁷ Et comme le note Mme ROBIN : « C'est par l'analyse du droit romain qu'une partie non négligeable de la doctrine française a constaté que le système juridique antique ne connaissait pas la propriété des biens incorporels. Or, directement inspiré de la conception romaine de la propriété, le système français ne pouvait tolérer cette figure juridique » (*in*, A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, éd. Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, T. 23, 2006, p. 68).

⁶⁸ En ce sens, R.-M. RAMPELBERG, *Pérennité et évolution des res incorporales après le droit romain, A.P.D.* t. XLIII, *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 35 et spéc. p. 36 : « les *res incorporales*, les biens corporels que l'on peut physiquement appréhender (...). Matière tangible par excellence, elles sont destinées à être objet de maîtrise matérielle directe de l'être humain. (...) les *res incorporales*, nées de la construction intellectuelle des hommes. Elles regroupent les relations de droit permettant à ceux-ci de maîtriser les choses sans exercer la propriété (...) ».

la contemplation de la nature⁶⁹, et sont matériellement tangibles, les secondes ne sont que des vues de l'esprit, c'est-à-dire les droits, autres que le droit de propriété⁷⁰. En effet, le droit de propriété ne peut être envisagé comme un droit, puisqu'il est contenu dans la *res corporales*. La conclusion s'impose alors, les choses incorporelles n'existent pas, seuls les droits sont incorporels. Le bien approprié est donc une chose « infesté(e) de matérialisme »⁷¹. Une telle conception restrictive de la notion de bien est largement remise en cause par la doctrine.

15.- La conception élargie : la chose augmentée de son incorporalité. Les travaux préparatoires au Code civil faisaient figurer au côté des biens corporels, les biens incorporels⁷². Sous l'impulsion des travaux de GINOSSAR⁷³ et de M. le professeur ZENATI⁷⁴, la chose a pu, peu à peu, se défaire de ce « dogme de la matérialité des biens »⁷⁵. Ce dernier a notamment démontré que l'interprétation du droit romain sur les *res corporales* et les *res incorporales* était erronée⁷⁶. Les *res incorporales* sont susceptibles de

⁶⁹ Elles sont une « réalité primordiale » selon M. VILLEY, *Gaius et le droit subjectif*, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1962, p. 177.

⁷⁰ En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n°45, p. 59 : « le droit de propriété est corporel, dit-on parce que, contrairement aux autres droits, il est éludé par le langage (ma chose, au lieu de mon droit de propriété sur la chose). La naïveté de cette explication n'a d'égale que son indéfectibilité dans le droit civil contemporain ».

⁷¹ M. VILLEY, *Préface historique*, A.P.D., T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 1, spéc. p. 2.

⁷² P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome Premier, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 38 : « 15. Les biens considérés relativement à leur essence se divisent en biens meubles, biens immeubles, biens corporels et biens incorporels » et p. 39 : « 19. Les biens incorporels sont ceux qu'on ne peut ni voir, ni troubler. Les uns sont réputés meubles, et suivent en tous points la condition des effets mobiliers ; les autres sont réputés immeubles, et suivent en tous points la condition des choses immobilières. 20. Les biens meubles incorporels réputés meubles sont l'usufruit et l'usage des choses mobilières ; les obligations et les actions qui n'ont pas pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers les rentes perpétuelles et viagères sur la République et sur les particuliers. 21. Les biens incorporels réputés immeubles sont l'usufruit et l'usage des choses immobilières, les services fonciers et les rentes foncières ».

⁷³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.

⁷⁴ De cet auteur et sur cette question, v. notamment, F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. dactyl., Lyon III, 1981. – *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTD civ. 1993, p. 305. – *L'immatériel et les choses*, A.P.D., t. XLIII, *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 79. Et avant lui, v. notamment, POTHIER, *Traité du droit du domaine de propriété*, Paris 1772, p. 5, qui considérait déjà que les choses incorporelles pouvaient être revendiquées ou usucapées.

⁷⁵ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, préc. p. 79, spéc. p. 85

⁷⁶ Cette interprétation est celle héritée des romanistes médiévaux, issue de leur conception des propriétés simultanées. Le droit médiéval confondait le *dominium* et le *jus*. Ils ont dès lors conduit à affirmer que toute chose corporelle est un droit de propriété. Autrement dit, le droit de propriété par la théorie de l'incorporation est présent dans chaque chose, chose corporelle nécessairement.

faire l'objet d'un *dominium*, au sens romain de « puissance attachée à la personne s'exerçant sur toutes les formes de choses incorporelles comme corporelles »⁷⁷ et non au sens des glossateurs médiévaux de droit sur la chose d'autrui. La chose ne serait donc pas nécessairement « *res quae tangi possunt* ». Une telle conception de la chose a été retenue dans l'avant-projet de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens, à l'article 520 : « sont des biens, au sens de l'article précédent, les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels ou personnels tels que définis aux articles 522 et 523 »⁷⁸.

Cette analyse, qui détache la chose de sa corporalité, est confortée par l'acception romaine de la *res*⁷⁹. En droit romain, la chose, ou *res*, ne désigne pas l'objet⁸⁰, mais plus *l'affaire*⁸¹, l'intérêt en litige, ou *causa*⁸². Son existence est donc entièrement soumise à la tenue d'un procès, qui permet sa qualification et son évaluation. Or, toutes les *res* n'accèdent pas au procès et à l'évaluation, exceptionnellement certaines sont sanctuarisées, frappées

⁷⁷ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, A.P.D., T. XLIII, *L'immatériel et le droit*, Sirey, 1999, p. 79, spéc. p. 85.

⁷⁸ *Avant-projet de réforme du droit des biens*, Association H. CAPITANT, sous la présidence de M. le professeur H. PERINET-MARQUET, le 31 octobre 2008, présentée au colloque de Lyon, le 4 décembre 2008, et disponible sur <http://www.henricapitant.org>. Et l'auteur, lui-même, justifiant cette place, v. notamment, H. PERINET-MARQUET, *La place de l'incorporel dans l'avant-projet de droit des biens*, in *L'appréhension par le droit de l'incorporalité. Le droit commun est-il apte à saisir l'incorporel ?* Actes du colloque du 21 novembre 2008, Université de Rennes, *Lamy Droit civil*, novembre 2009, p. 19.

⁷⁹ La *res* romaine ne fait pas obstacle à la reconnaissance de la chose incorporelle comme objet de droit. En ce sens, v. notamment, P. CATALA, *L'immatériel et la propriété*, A.P.D. t. XLIII, *Le droit et l'immatériel*, 1999, p. 61

⁸⁰ En ce sens, J.-L. VULLIERME, *La chose, (le bien) et la métaphysique*, A.P.D., T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 31, spéc. p. 44 : « la *res* des Romains signifie non pas une “ chose substantielle », mais précisément ce qui est en question ».

⁸¹ En ce sens, G. ROMEYER-DHERBEY, *Chose, cause et œuvre chez Aristote*, A.P.D., t. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 127 : « (...) le sens moderne du mot “ chose ” : il signifie aussi “ l'affaire », et peut même se traduire par la “ cause », à condition de ne pas donner à ce concept son sens causal, mais son sens juridique tel qu'on le trouve dans l'expression “ mettre en cause », “ plaider la cause », “ juste cause », etc. ». Pour une étude plus globale du même auteur, v. *Les choses mêmes, la pensée du réel chez Aristote*, Lausanne, l'Age d'homme, *Dialectica*, 1983.

⁸² Y. THOMAS, *Causa. Sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, th. dactyl., Paris II, 1976. Et du même auteur, v. *Res, chose et patrimoine* (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain), A.P.D., t. XXV, *La loi*, Sirey, 1980, p. 416 ; *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, *Annales – Histoire, Sciences Sociales*, novembre-décembre, 2002, p. 1431, spéc. 1449 : « Le droit appelait *res* les choses auxquelles il avait affaire : la *res* romaine n'était conçue ni comme *Sache* ni même comme *Gegenstand*, mais plus précisément comme “ affaire ” (*res* correspondant alors au grec *ta pragmata*), comme procès (*res*) comportant qualification et évaluation de la chose litigieuse (*res*) ».

d'indisponibilité par le droit sacré ou public⁸³. À partir de ce constat, l'aspect patrimonial et marchand tient une place fondamentale dans l'appréhension des *res*. La notion même de *res* a évolué vers celle de *pecunia*⁸⁴, qui « désigne la monnaie et la valeur monétaire des choses, mais tout autant les choses en ce qu'elles ont nécessairement une valeur monétaire à laquelle elles se réduisent »⁸⁵. De nos jours, détachée d'un contexte procédural, la *res* ne l'est pas de la valeur économique, qui demeure au centre de sa qualification en bien⁸⁶.

À l'issue de cette démonstration, nous pouvons conclure que la chose incorporelle existe. À quoi sert alors la valeur économique ?

16.- L'importance de la « valeur économique » dans le processus de dématérialisation des choses. D'ordinaire pudibond à la notion de « valeur »⁸⁷, le droit va s'ouvrir sans réserve à la valeur économique. De nombreuses branches du droit sont aujourd'hui parcourues par la valeur économique⁸⁸ : que ce soit dans des disciplines qui semblent aux antipodes de ces

⁸³ Les termes de sacré et public sont, à l'époque romaine, voisins et désignent les choses qui sont soustraites à la maîtrise individuelle. Sur ce point, v. Y. THOMAS, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, préc., p. 1431, spéc. 1433. L'auteur explique dans le paragraphe consacré à la « sanctuarisation des choses inappropriables » que GAIUS, dans les *Institutes*, vers les années 160 de notre ère, a posé une distinction entre les choses patrimoniales et les choses extrapatrimoniales. Au sein des choses extrapatrimoniales existe une sous-distinction entre les choses de *droit humain*, « évaluables, appropriables et disponibles » et les choses de *droit divin* qui sont « retranchées de l'aire d'appropriation et d'échange, puis affectées aux dieux ou à la cité ».

⁸⁴ Puis, vers celle de *bona*, qui signifie l'ensemble des choses qui composent l'actif d'un patrimoine, v. Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine* (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain), préc., p. 423. Le terme de *bona* vient du verbe *beare*, qui signifie être heureux.

⁸⁵ Y. THOMAS, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, préc. p. 1450. L'auteur ajoute : « Il en allait de même avec *pretium*. Les juristes pensaient banalement que le prix était une mesure de la valeur des choses, qui se réalisait dans l'échange d'une chose contre une quantité de monnaie ». Notons, le *pretium doloris* est encore employé de nos jours pour désigner le prix du préjudice à indemniser, dans le cadre d'une responsabilité civile.

⁸⁶ Les biens sont aujourd'hui, appréhendés secondairement pour ce qu'ils sont et prioritairement pour ce qu'ils valent, en ce sens, E. LEVY, *Les fondements de la valeur*, Felix Alcan, coll. *bibl. de philosophie contemporaine*, 1939, p. 54 et s. Sur l'importance de la valeur économique dans la qualification des choses v. *infra* (chap. I)

⁸⁷ En ce sens, v. les très récentes remarques de M. le professeur ATIAS, « Le droit privé français se défie de toute référence à la valeur. La philosophie des valeurs a sans doute influencé la pensée juridique ; mais elle n'est guère ouvertement évoquée. Quant à la valeur pécuniaire des biens, elle semble demeurer extérieure au droit », in Préface de C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français Essai sur les biens, la propriété et la possession*, éd. L'Harmattan, 2009, p. III.

⁸⁸ Cette notion est ultérieurement approfondie, et sur l'analyse économique du droit, v. *infra* n°40.

questions marchandes, tel le droit public⁸⁹; ou que ce soit plus évident comme en droit civil, avec notamment le droit des obligations de la formation⁹⁰ à l'extinction du contrat⁹¹, en passant naturellement par son exécution⁹². Loin d'être épargné par cette influence, le droit des biens est pénétré par ce critère jusque dans ses classifications, la *summa divisio* en meubles et immeubles en est illustrative⁹³ ou pour établir le lien entre le droit et l'immatériel⁹⁴. Et pourtant, la valeur, cette notion empruntée à la science économique, demeure bien mystérieuse. Nous retiendrons, pour l'instant, qu'elle est caractérisée par l'utilité et la rareté des choses⁹⁵.

Ainsi, la chose incorporelle utile et rare devient une valeur économique qui va intéresser le droit. Autrement dit, « dépourvues de substance matérielle, ces choses [incorporelles] ne sont jamais naturelles. Elles sont le fruit de conceptions de l'esprit, qui émergent dans les relations juridiques par la valeur qui leur est conférée »⁹⁶. Elle apparaît donc comme un élément clé

⁸⁹ En ce sens, J.-M. BRUGUIERE, *Les données publiques et le droit*, Litec, coll. *Droit@Litec*, 2002. Les données publiques « entendues comme l'ensemble des données produites dans le cadre de l'activité du service public » (p. 5), constitue une « richesse économique pour les opérateurs privés et publics » (p. 7).

⁹⁰ Alors que l'article 1110 du Code civil admet l'erreur sur la substance, qualitativement appréciée, comme une cause de nullité, l'erreur sur la valeur, quantitativement appréciée, n'est pas recevable (Com. 26 mars 1974, *Bull. civ. IV*, n°108).

⁹¹ Une diminution de la valeur économique peut bouleverser l'équilibre des prestations voulues par les parties. La révision du contrat pour imprévision se heurte alors au principe de la force obligatoire des conventions. La Cour de cassation rejette la théorie de l'imprévision depuis un ancien et célèbre arrêt : Civ., 6 mars 1876, *canal de Craponne*, D. 1876, chron. p. 193, note GIBOULOT. Sur l'actualité de la question, v. notamment : Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *Bull. civ. I*, n°86 ; *Lamy Droit civil*, mai 2004, p. 11, note DOIREAU. *Adde*, D. MAZEAUD, *Du nouveau sur l'obligation de renégocier*, D. 2004, chron. p. 1754) et encore plus dans le contexte actuel de crise, en ce sens, v. J.-A. ROBERT et Q. CHARLUTEAU, *La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels*, *Lamy droit civil* juillet-août 2009, p. 51.

⁹² L'article 1234 du Code civil cite neuf causes d'extinction du contrat, au titre desquelles on retrouve le *paiement*.

⁹³ V. notamment l'adage, marquant le dédain à l'égard des meubles dû à leur faible valeur économique : *res mobilis, res vilis*. Mais encore, en droit des régimes matrimoniaux, v. les règles sur la détermination du régime des biens des époux : « Comme la composition de la communauté, la répartition des pouvoirs sur les biens communs est au moins partiellement fondée sur la nature des biens. La loi place les immeubles et les plus importants des meubles sous couvert de la cogestion (pour les actes graves) (art. 1424 Code civil), laissant tous les autres à la gestion individuelle : le type de gestion d'un bien est principalement fondé sur un critère économique de valeur » (in, G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 5^e éd., PUF, 1989, p. 455).

⁹⁴ La dématérialisation du droit est liée à l'évolution de l'économie, en ce sens F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, A.P.D., T. XLIII, *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 79.

⁹⁵ En ce sens, notamment, J. M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits*, in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 et spéc. n°6 : « Utile et rare, tout élément matériel (...) ou tout élément immatériel (...) constituent des valeurs et l'économie les reconnaît comme telles ».

⁹⁶ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Defrénois, coll. *de Thèses*, t. 33, 2008, n°67, p. 47, à partir de la définition de R. LIBCHABER, *Rép. civ. Dalloz*, mars 1997, V°*Biens*, spéc. n°38. Nous reviendrons très

dans le processus de dématérialisation des choses⁹⁷. La justification de cette proposition tient à la nature des échanges et à leur degré d'abstraction. La propriété intellectuelle apparaît comme le terreau privilégié à son essor. Les actifs immatériels étant de plus en plus nombreux sur le marché, la propriété intellectuelle est devenue le moyen le plus efficace de leur protection. Pour cette raison et parce qu'elle est un élément essentiel dans la qualification du bien incorporel, la valeur est un élément clé de cette étude.

La valeur économique révèle la chose incorporelle à la sphère juridique. Cette dernière pourra-t-elle être appréhendée comme objet de droit ?

17.- La distinction du bien incorporel et des droits. Toujours en quête d'une définition du bien incorporel et par voie de conséquence de l'objet de notre étude, il convient d'éclaircir encore un point : le bien incorporel doit être dissocié des droits qui s'exercent sur lui.

L'ambiguïté ressort encore de la distinction des *res coporales* et des *res incoporales*, selon laquelle le bien incorporel ne pourrait consister qu'en des droits⁹⁸. Dès lors, pour certains auteurs, la valeur économique serait attachée non à la chose incorporelle, mais aux droits qui portent sur la chose⁹⁹. Concrètement, ce serait le brevet ou le droit d'auteur qui aurait une valeur économique et non la forme (l'œuvre) ou la règle technique (l'invention)¹⁰⁰.

largement sur ces éléments dans nos développements consacrés à la valeur économique dans le processus de qualification du bien du domaine de la santé, v. *infra* n°76.

⁹⁷ En ce sens, A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel, Essai d'approche de la notion de biens*, in *Aspects du droit privé à la fin du XX siècle, Études en l'honneur de M. de Juglart*, LGDJ Montchrestien, Éditions Techniques, 1986, p. 55, spéc. p. 61 : « comme elle se réduit à une abstraction le clivage entre matériel et immatériel devient indifférent ». Rappr. F. ZENATI, *L'immatériel et les choses, A.P.D.*, t. XLIII, Sirey, 1999, p. 79, et spéc. p. 81 : « Les deux processus, valorisation et dématérialisation des biens, semblent à première vue séparés. Mais ils sont, au vrai, solidaires ». Il est, en effet, courant de relier l'apparition de l'immatériel au développement de l'économie.

⁹⁸ En ce sens, v. notamment, C. CARON et H. LECUYER, *Le droit des biens*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2002, p. 12 et s.

⁹⁹ En ce sens, v. notamment, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 2003, p. 6 : le mot « bien » désigne tous les droits ayant une valeur patrimoniale : les droits réels, les propriétés incorporelles et les créances. Rappr. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Colin, 11^e éd., 2004, n°4 : « logiquement les choses ne devraient pas être considérées comme des biens. Car ce qui a une valeur, ce qui est un facteur de richesse, ce ne sont pas les choses en soi, mais les droits dont elles sont l'objet ».

¹⁰⁰ Où la forme et la règle technique, sont les choses incorporelles des biens œuvres et inventions. En ce sens, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Litec, 2001, n°25, p. 31 pour qui « l'objet de la propriété incorporelle est ce droit lui-même ».

Même s'il est difficile dans le cadre limité de cette introduction de confronter les positions pour élire une approche¹⁰¹, nous retiendrons que, ne pouvant en toute logique approprier le rapport d'appropriation, le droit de propriété ne peut porter que sur la chose. Sinon, il y aurait une confusion entre l'objet et le contenu du droit¹⁰². Ainsi, le bien incorporel peut être l'objet d'un droit de propriété (ou autres) indépendamment des droits qui s'exercent sur lui¹⁰³. La catégorie des biens incorporels est donc plus large que celle des droits¹⁰⁴. Un bien incorporel, qu'il s'agisse de créance, d'invention ou d'œuvre, existe par « la constitution de droits réels, l'appropriation, n'est pas en effet, la seule forme de l'intervention juridique et la reconnaissance d'une valeur comme bien n'impliquent pas son appropriabilité¹⁰⁵ ». Enfin, puisque l'existence du bien incorporel dépend de la constitution de ces droits réels, il convient de s'y attacher.

2) La réservation du bien incorporel

18.- Définition. Paraphrasant la célèbre proposition de CARBONNIER, il est possible de dire que c'est de la réservation que les biens incorporels tirent leur essence¹⁰⁶. Le terme de

¹⁰¹ Comme l'a exhaustivement fait par Mme TOSI dans son étude sur l'acte translatif. En effet, elle explique avec une grande clarté que : « Dans la théorie traditionnelle du droit des biens, seul le droit est un bien, non la chose qui en est l'objet, ce qui emporte qu'on ne transfère jamais qu'un droit. Dans une autre approche de la matière, sont des biens les choses appropriées (le droit de propriété n'est pas un bien), mais également les autres droits que la propriété (droits sur la chose d'autrui et droits personnels), car eux aussi sont des propriétés » (*in*, I. TOSI, *Acte translatif et titularité des droits*, LGDJ, 2006, n°39, p. 22). Elle conclut « même si elle présente diverses imperfections, la théorie de la propriété-pouvoir du sujet paraît intellectuellement supérieure à la théorie classique » (*Ibid.* n°87, p. 53).

¹⁰² En ce sens, V. J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, *De la propriété comme modèle, in Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s., spéc. n°13, p. 286 : « La perception du " bien " objet du droit de propriété, renvoie en effet au contenu du droit parce que l'objet, le bien, constitue l'assiette directe du pouvoir conféré par le droit. Mais l'œuvre de l'esprit et l'invention sont bien l'objet direct du pouvoir effectif conféré par les droits d'auteur et de brevet, ainsi que le rappellent les premiers articles des lois du 11 mars 1957, et du 2 janvier 1968 ».

¹⁰³ La dénomination des droits de propriété qui s'exercent sur ce bien incorporel est affectée par cette position.

¹⁰⁴ En ce sens, B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Defrénois, coll. de Thèses, t. 33, 2008, n°75, p. 54 : « Appliqué au bien, le qualificatif d'incorporel renvoie alors soit à la nature (nécessairement incorporelle) des droits, soit à la nature (éventuellement incorporelle) des objets de droit (...) Il résulte de ces différentes conceptions une véritable confusion entre les biens et les droits. Les biens désignent les droits, notamment pour certains le droit de propriété, mais aussi les choses susceptibles de faire l'objet d'un droit (de propriété). En d'autres termes, le mot " bien " renvoie à la fois à la notion de droit, et à celle d'objet de droit ».

¹⁰⁵ J. M. MOUSSERON, *Valeurs, biens, droits, in Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277, spéc. n°9.

¹⁰⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II : Les biens, Les obligations*, PUF, 1^{ère} éd. en *Quadrige Manuels*, 2004, n° 729, p. 1637 : « Les biens n'ont de sens que par rapport à l'homme. Le droit n'étudie pas les natures mortes,

« réservation », recouvre non seulement la propriété intellectuelle (*b*), mais également les différents mécanismes qui l'imitent (*a*). Il ne s'agit pas d'« une alternative aussi brutale »¹⁰⁷ entre des moyens de fait pour la protection du bien incorporel et des moyens de droit¹⁰⁸. Sans présumer des développements qui suivent, l'objet de la propriété intellectuelle n'existe qu'à partir des mécanismes de réservation privative. Seront donc exclus les mécanismes de réservation non privative.

a) L'exclusion des mécanismes de réservation non privative

19.- Le contenu de la réservation non privative. Une chose incorporelle reçoit la qualification de bien incorporel lorsque par des mécanismes qui imitent la propriété, le droit organise la réservation et la commercialisation de sa valeur¹⁰⁹. Ces mécanismes sont notamment le droit commun des contrats¹¹⁰, le droit pénal¹¹¹, les actions en responsabilité civile¹¹². Toutefois, ils demeurent dans l'imitation, car ils ne s'assimilent pas au « symbole de

ni les paysages vides de marmousets. C'est de l'appropriation dont ils sont susceptibles que les biens tirent leur essence, les droits individuels dont ils peuvent être l'objet ».

¹⁰⁷ J.M. MOUSSERON, M. VIVANT, *Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le "terrain" occupé par le droit*, JCP 1988, éd. E., suppl. n° 1, p. 2.

¹⁰⁸ Comme les auteurs l'expliquent la progression du secret vers la propriété suit un processus chronologique, où le secret précède le plus souvent la propriété : « A l'origine, règne certainement le secret, et exclusivement : sans propriété. C'est par le secret qu'est réservée l'information, comme l'est le bien matériel, le trésor ou la cassette, par l'enfouissement. (...) Un deuxième temps de l'évolution vers une protection plus élaborée consistera à offrir au maître de l'information une propriété, et une propriété sans secret, sans recours à la technique du secret » (*in*, J.M. MOUSSERON, M. VIVANT, *Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le "terrain" occupé par le droit*, préc., p. 2).

¹⁰⁹ Le terme est celui employé par J.M. MOUSSERON, *Valeurs, Biens, Droits, in Mélanges à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277. Nous reviendrons sur sa définition dans cette introduction.

¹¹⁰ Selon A. SEUBE, *La réservation du Know How par le droit des contrats, in Le Know How, 5^{ème} rencontre de propriété industrielle*, Montpellier 1975, Litec, Paris, 1976, p. 80 : « Par la liberté qu'il confère aux contractants dans la détermination du contenu de leurs obligations, le contrat apparaît comme une technique d'une grande plasticité et d'une grande efficacité pour adapter la réservation du savoir-faire à chaque cas d'espèce ». Par exemple, le secret pourra être protégé par un « contrat de communication de savoir-faire » intégrant des clauses de confidentialité.

¹¹¹ La condamnation en droit pénal peut intervenir sur le fondement de plusieurs délits : pour violation du secret professionnel, divulgation du secret de fabrication, abus de confiance ou corruption passive. L'immatérialité de la chose se trouve souvent au centre des discussions, v. *infra* n°117.

¹¹² Lorsque l'obligation contractuelle protégeant l'accès à un savoir-faire n'est pas honorée, sont alors sollicitées les sanctions de la responsabilité civile. Toutefois, il faut relativiser cette sanction à l'importance du secret. Comme le notent M. le professeur VIVANT et Mme JOLY (*in*, M. VIVANT (sous dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, coll. *Le droit en questions*, Paris, 1997, p. 19), « aucune condamnation à des dommages et intérêts ne pourrait par exemple couvrir le dévoilement de la recette du Coca-Cola », mais ajoutant « les mécanismes du droit de la responsabilité peuvent cependant permettre dans bien des cas d'obtenir une réparation raisonnable ». Les mécanismes de la responsabilité civile seront soit mobilisés pour sanctionner un

la protection juridique absolue », la propriété¹¹³. Ils ne sont qu'un « ersatz de protection »¹¹⁴. Ils vont permettre au bien incorporel d'entrer dans le commerce sans pour autant qu'un lien d'appropriation, opposable *erga omnes*¹¹⁵, ne soit établi, ni qu'une loi ne le consacre.

20.- La justification de l'exclusion de la réservation non privative. La question ne manque pas d'intérêt puisqu'aujourd'hui les mécanismes de réservation non privative dans le domaine de la santé sont notamment employés comme un relai très efficace d'une propriété expirée. M. le professeur AZEMA suggère, par exemple, le cas d'un médicament dont la protection aurait pris fin et pour lequel des laboratoires fabriqueraient et commercialiseraient un équivalent générique. Ne pouvant les assigner en contrefaçon, puisqu'il ne détient plus de monopole, ne pourrait-il pas les accuser d'agissements parasitaires ? Après tout, ils s'inscrivent dans son « sillage »¹¹⁶. Ces mécanismes de réservation non privative sont également sollicités pour la protection de savoir-faire¹¹⁷, particulièrement présent dans l'industrie pharmaceutique¹¹⁸. C'est pourquoi, parfaitement pertinente dans le domaine de la santé, la question mérite une

acte de concurrence déloyale (v. notamment, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence*, *RTD com.*, 1994, p. 455), ou des agissements parasitaires (v. notamment, Ph. LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, Litec, 1998).

¹¹³ Ch. ATIAS, « Destins du droit de propriété, Ouverture », *Droits* 1985, n°1, p. 5, spéc. p. 9.

¹¹⁴ R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, et spéc. n°42 : « trois techniques de droit commun peuvent contribuer à les garantir, dont l'efficacité est loin d'équivaloir à celle des propriétés intellectuelles ». Rapp. P. CATALA, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, *D.* 1984, chron. p. 97, spéc. n°31, l'auteur qualifie cette réservation non privative de « chétive ».

¹¹⁵ La réservation n'a pas la puissance de la propriété, car par le biais du contrat, par exemple, son effet ne sera que relatif entre les parties. Les pouvoirs « chétifs » (P. CATALA, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, *D.* 1984, chron. p. 97, et spéc. p. 103) qu'elle confère en fait une propriété « embryonnaire » (P. CATALA, *La propriété de l'information*, in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97, et spéc. p. 110). Rapp. J.M. MOUSSERON, M. VIVANT, *Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le "terrain" occupé par le droit*, in *L'entreprise, l'information et le droit*, *JCP* 1988, éd. E., suppl. n° 1, p. 2 : « la situation de réservation la plus forte (est) celle où est constitué un droit privatif ».

¹¹⁶ En ce sens, J. AZEMA, *L'incidence des dérives du parasitisme sur le régime des droits de propriété industrielle (à propos de quelques décisions récentes)*, in *Études de droit privé offertes à Paul Didier*, Economica, 2008. – J. LARRIEU, *Le savoir-faire de la sage-femme*, *Prop. ind.* mai 2010, comm. 33, sur CA Versailles, 14^e ch., 27 janvier 2010, à propos de concurrence déloyale et parasitaire.

¹¹⁷ En ce sens, J. AZEMA, *Définition juridique du Know How*, in *Le Know How*, 5^{ème} rencontre de propriété industrielle, Montpellier, 1975, Litec, Paris, 1976, p. 15. L'auteur retient comme définition du savoir-faire : « les connaissances et des expériences acquises non seulement pour l'application pratique d'une technique, mais encore pour l'exploitation industrielle, commerciale, administrative et financière d'une entreprise ». Il ajoute que ces connaissances ont comme caractéristique d'être transmissibles, non immédiatement accessibles au public et non brevetées. Sur la qualification de bien pour le savoir-faire, v. N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, *C.C.E.* 2005, étude 32.

¹¹⁸ V. notamment, E. FOUASSIER, *Du parasitisme en matière de parapharmacie*, *D.* 1999, p. 661.

étude à part entière. Elle se distingue en de trop nombreux points de la propriété intellectuelle. Les mécanismes de réservation non privative confèrent allègrement la qualification de bien incorporel, alors que le droit de la propriété intellectuelle encadre la naissance de son objet. Ce qui explique la différence de régime qui existe entre ces mécanismes. L'étude aurait perdu en lisibilité.

b) Les mécanismes de réservation privative

21.- L'objet de la propriété intellectuelle : la création. L'objet du droit de propriété intellectuelle est : la création¹¹⁹. La réservation privative de la création dépend, de l'existence d'une loi spéciale¹²⁰. En d'autres termes, l'appropriation des choses incorporelles ne peut se faire sans disposition légale la prévoyant. En cela, que la propriété intellectuelle constitue un régime d'exception. Dès lors, les créations apparaissent dans le Code de la propriété intellectuelle en nombre limité. La chose incorporelle dématérialisée est alors confrontée aux catégories de l'œuvre, de l'invention, du signe, des dessins et modèles (etc.) pour vérifier son caractère appropriable. Ce n'est qu'après avoir analysé les conditions d'appropriation, l'originalité par exemple pour l'œuvre de l'esprit, qu'elle sera considérée comme un bien approprié. Si la qualification de tels objets est essentielle pour autoriser un monopole temporaire d'exploitation elle est également très importante pour le dénier et préserver certaines choses incorporelles de toute emprise monopolistique. Autrement dit, dessiner les

¹¹⁹ Selon les droits de propriété intellectuelle considérés, l'objet du droit d'auteur sera la forme (forme logicielle éventuellement); l'objet des dessins et modèles, une forme bi- ou tridimensionnelle; l'objet du brevet, l'invention; l'objet des topographies de semi-conducteurs, les dessins topographiques; l'objet des obtentions végétales, les variétés végétales; l'objet des marques, le signe (*in*, M. VIVANT (sous dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, coll. *Le droit en questions*, Paris, 1997, p. 22). Rapp. J. PASSA, *Traité de la propriété industrielle*, LGDJ, 2006, n°12 : « l'objet du droit de propriété industrielle est la chose incorporelle – invention, apparence d'un produit, signe distinctif de produits ou services déterminés – sur laquelle il porte et pour laquelle le titulaire détient un monopole d'exploitation ». Sur la notion même de création, précisons que certains auteurs lui ajoutent le qualificatif « intellectuelle » pour bien accentuer l'intervention humaine qui est nécessaire à sa production (en ce sens, P.-Y. ARDOY, *La création intellectuelle*, th. dactyl. Pau, 2006). Nous pensons que la démonstration acquise, celui-ci pourrait apparaître pléonastique.

¹²⁰ En ce sens, M. le professeur LIBCHABER souligne à ce sujet l'objet de notre problématique : « Pour ces derniers, la difficulté procède de l'organisation même des propriétés intellectuelles, et plus exactement de leur substrat législatif : il faut une loi pour garantir l'appropriation de tel ou tel bien ; et il ne saurait y avoir de reconnaissance en l'absence d'un commandement législatif. Que faire lorsque le marché est prêt à valoriser des biens, des idées ou des informations qui ne sont pas protégées ? On touche du doigt la principale différence entre biens corporels et incorporels : pour ceux-là, c'est l'évidence qui commande l'identification des biens, par le désir que suscitent les choses ; pour ceux-ci à défaut de toute reconnaissance *propria sensibus*, c'est le marché qui fait office de révélateur : le commerce de fait appelle une reconnaissance du droit, *qui n'a néanmoins rien d'obligatoire* » [nous soulignons] (*in*, R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, et spéc. n°39).

contours de l'objet de la propriété intellectuelle induit le tracé du domaine corrélatif de l'inappropriable.

En somme, l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé peut alors être identifié comme toute chose incorporelle affectant l'état de santé d'une personne et défini par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle.

22.- De la diversité des droits de propriété intellectuelle... Traditionnellement, on divise la propriété intellectuelle en deux grandes branches : la propriété littéraire et artistique, pour les œuvres de l'esprit, les logiciels et les bases de données et la propriété industrielle pour le brevet d'invention, les marques, les dessins et modèles, les obtentions végétales et les topographies de semi-conducteurs. Ne seront étudiés que les droits de propriété intellectuelle qui présentent un intérêt suffisant pour le domaine de la santé. Le droit « roi » sera bien évidemment, le brevet dont l'objet, l'invention, est à l'origine d'une majorité des objets qui compose le domaine de la santé. En lien étroit avec le brevet, les obtentions végétales participent également à cette production à travers la protection des variétés végétales. Le signe distinctif approprié par le droit des marques accompagne la circulation du produit de santé¹²¹. Enfin, le droit d'auteur, même si la place de l'œuvre de l'esprit dans le domaine de la santé est marginale, ne devra pas être évincé de cette étude. En effet, le droit d'auteur protège des œuvres qui seront le plus souvent employées pour nourrir la recherche médicale de base. Seront, par ailleurs, écartés les topographies de semi-conducteurs¹²² et les dessins et modèles¹²³ qui présentent des aspects anecdotiques pour le domaine de la santé.

¹²¹ On distingue parmi les signes distinctifs, les marques, les appellations d'origine et les indications de provenance. Mais la place principale revient aux marques (en ce sens, v. notamment, P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^{ème} édition, Gualino, Paris, 2007, n° 436, p. 347), les autres signes distinctifs seront étudiés dans son sillage.

¹²² Les topographies de semi-conducteur sont définies à l'article L. 622-1 du Code de la propriété intellectuelle. Il existerait éventuellement un lien de notre étude avec les puces RFID (dispositifs d'identification de fréquence par radio) et les risques qu'elles présentent pour l'état de santé des personnes. Elles sont souvent évoquées à travers le débat sur l'appréhension des nanotechnologies par le droit, en ce sens, v. notamment, D. GAZAGNE, *État de l'art des nanotechnologies et cadre juridique européen et français (1^{ère} partie)*, *Gaz. Pal.* 23 avril 2009, n°113, p. 23. Sur les RFID, v. notamment, M. ALBERGANTI, *Sous l'œil des puces. La RFID et la démocratie*, éd. Actes Sud, 2007 et sur leur impact pour la santé, v. l'avis du Groupe Européen d'Éthique auprès de la Commission européenne, *Aspect éthique des implants TIC dans le corps humain*, avis n°20, adopté le 16 mars 2005. Notons que le plus souvent de tels dispositifs obtiendront une protection par le brevet (v. notamment, le brevet de Microsoft n° 6 754 472 du 22 juin 2004 qui permet au corps de devenir un transmetteur de donnée par ces puces RFID). Ainsi, que l'expliquent, J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, *Droits et libertés corporels*, *D.* 2006, n° 18, panorama, p. 1200 et spéc. p. 1206 : « Deux grandes familles de produits sont identifiées: les implants destinés à un usage médical, comme les implants prothétiques corticaux (pour les aveugles) ou les biocapteurs permettant de transmettre aux thérapeutes les données relatives à l'état du patient;

23.-...vers l'unité de la propriété intellectuelle. La diversité des objets de la propriété intellectuelle présents dans le domaine de la santé pourrait conduire à une scission dans le régime de la propriété intellectuelle. Plus précisément, la particularité des prérogatives morales accordées à l'auteur d'une œuvre de l'esprit, pourrait justifier à sa mise à l'écart ; de même, la difficulté à reconnaître une création dans le signe du droit des marques pourrait diviser l'édifice. Et pourtant, la propriété intellectuelle, cette nébuleuse¹²⁴, est « une et indivisible comme la République »¹²⁵. Elle se trouve unifiée sous les traits d'une épure élaborée par M. le professeur VIVANT, où la création apparaît comme source de renommée, source d'enrichissement collectif et source de profit¹²⁶.

En conclusion, la chose incorporelle révélée par sa valeur économique peut être appréhendée comme objet de droit. Mais son appropriation n'est possible que par l'existence d'une loi spéciale. Ce qui signifie que, par principe, les choses incorporelles ne peuvent pas être appropriées, demeurent hors de la propriété et que, par exception, par les dispositions de la propriété intellectuelle, elles y entrent.

les implants non médicaux tels que l'hippocampe artificiel (qui améliore la mémoire), les interfaces cerveau/ordinateur permettant un contrôle cérébral direct ou l'implant téléphonique dentaire, conçu depuis 2002 qui permet de transmettre les sons directement dans l'oreille interne par résonance osseuse ».

¹²³ Les dessins et modèles sont définis à l'article L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle. Le seul lien qu'ils possèdent avec le domaine de la santé tient dans la protection qu'ils permettent des emballages ou des flacons des produits de santé. Les discussions que cette rencontre suscite sont dérisoires.

¹²⁴ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 9 : « Le recours au droit des brevets, qui doit ainsi être tenu pour *figure d'exception*, permet (...) à celui qui entend s'en prévaloir de disposer d'un droit privatif opposable *erga omnes* dont la traduction concrète réside en une action en contrefaçon qui permet au breveté de rester maître de sa technique en pourchassant tout tiers qui prétendrait l'exploiter. Avec la propriété littéraire et artistique dont le droit d'auteur est l'archétype et les autres droits de propriété industrielle (le tout formant, dans la terminologie française, la propriété intellectuelle, avec les autres droits de propriété industrielle tels que marques ou dessins et modèles, le brevet suggère de la sorte quelques images : celle d'un archipel où chaque droit privatif chacun constitué sur une création de l'esprit particulière émerge comme une île d'un océan soumis au régime de la liberté, ou celle, peut-être plus heureuse, car préservant mieux un certain flou qu'on peut constater dans la réalité, d'une nébuleuse dans laquelle ces mêmes droits privatifs apparaissent comme autant de noyaux plus ou moins durs, interagissant parfois, perdus dans un nuage de poussière, évoluant librement ».

¹²⁵ M. VIVANT (sous dir.), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, coll. *Le droit en questions*, Paris, 1997, p. 23. Sur cette question, v. notamment, S. ALMA-DELETTRE, *Unité ou pluralité des propriétés intellectuelles ?*, th. dactyl, Montpellier I, 1999. – J. RAYNARD, *Propriété intellectuelle : un pluriel bien singulier*, in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 527.

¹²⁶ M. VIVANT, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415.

II) Pourquoi s'intéresser à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ?

24.- L'intérêt de la recherche. Les objets qui composent le domaine de la santé questionnent l'emprise monopolistique qu'organise la propriété intellectuelle. L'intérêt de cette étude est né de l'actualité des enjeux théoriques et pratiques qui entourent la constitution de ces monopoles (B). Pour autant, la ferveur actuelle ne doit pas occulter le fait que ces interrogations sur les besoins de « l'humanité » et les désirs d'exclusivité de cette même « humanité », sont anciennes (A). Cette démonstration nous permet de mesurer la nécessité d'une réflexion sur la propriété intellectuelle dans ce domaine.

A) Une propriété intellectuelle historiquement discutée dans le domaine de la santé

25.- 1791, ou les balbutiements de l'exclusivité. Même s'il n'est possible de parler véritablement de propriété intellectuelle qu'à partir de 1791¹²⁷, il existe dans l'histoire des produits de santé quelques traces d'une parentèle de la propriété intellectuelle. Dans l'Antiquité, bien qu'aucune loi grecque ou romaine ne protège les droits de propriété intellectuelle en tant que tels, les accusations de vol et de plagiat étaient fréquentes¹²⁸. *Vitruvius*, grand défenseur de la cause des « auteurs » et des « inventeurs », l'explique par deux raisons. D'une part, le respect doit être dû aux créateurs passés qui par leur trait de génie ont offert à la collectivité de belles innovations¹²⁹. En matière pharmaceutique, elles se sont transmises de génération en génération par divers écrits, comme les pharmacopées ou même

¹²⁷ Les Décrets du 31 décembre 1790 et du 7 janvier 1791, relatifs aux auteurs de découvertes utiles, ont été adoptés par l'Assemblée Nationale Constituante. Même si cela reste isolé, il est tout de même important de citer la première loi généralisant le brevet, adoptée par le Sénat vénitien le 19 mars 1474. Il était nécessaire que la personne ait inventé une nouvelle et ingénieuse machine qui n'avait pas été faite avant dans le domaine vénitien pour obtenir un monopole. Ce dernier durait dix ans et les contrevenants qui s'aventureraient à fabriquer une telle machine devaient s'acquitter d'une amende de 100 ducats et leur production « contrefaisante » était détruite.

¹²⁸ En ce sens, P. O. LONG, *Invention, Authorship, « Intellectual property » and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History, Technology and Culture*, préc. p. 854: “Neither Greek nor Roman laws included any notion of intellectual property. Yet accusations of theft or plagiarism were commonplace in both Hellenistic and Roman worlds” (traduit dans le texte). Selon les écrits rapportés par Mme LONG, il n'y avait dans l'Antiquité pas qu'une simple sanction attachée au vol du support, mais une réelle protection du « savoir-faire » contenu dans de tels ouvrages.

¹²⁹ On pourrait notamment citer la “thériaque”, qui est un médicament élaboré à Rome au I^{er} siècle de notre ère, et qui est demeurée dans les pharmacopées jusqu'en 1908, dans l'édition de l'Officine ou répertoire général de la pharmacie de Dorvault (sur ce médicament, v. notamment, D. KASSEL, *La thériaque : 20 siècles d'histoire*, disponible sur <http://www.ordre.pharmacien.fr>).

la poésie¹³⁰. D'autre part, les œuvres et les inventions confèrent source de renommée aux auteurs – *Vitruvius* regrettant les honneurs faits aux athlètes alors que les auteurs et les inventeurs sont parfois ignorés et peu rétribués¹³¹. Il est possible de retrouver dans ces plaintes antiques, deux des éléments fondamentaux de l'épure précédemment décrite de la propriété intellectuelle¹³². Au XIII^e siècle sont apparues des formes de « brevet »¹³³. Une loi adoptée en 1297 devant le Grand Conseil de Venise illustre cette pratique pour la fabrication et la vente des médicaments dans les corporations¹³⁴. Cette disposition prévoyait non seulement les modalités de régulation de la vente des médicaments, mais également les moyens locaux d'encouragement à l'innovation¹³⁵. Ainsi, les physiiciens de l'époque

¹³⁰ De tout temps, les civilisations ont compris le caractère indispensable de la transmission des connaissances scientifiques aux générations futures par des moyens les plus variés. Le plus commun était celui de la pharmacopée, alors qu'aujourd'hui, de plus en plus, les monopoles tendent à envahir cette information essentielle pour l'avenir. Sur cette question, v. *infra* n°513. Sur l'importance des anciens écrits dans la recherche de thérapeutiques, v. notamment, G. DILLEMANN, *La pharmacopée au Moyen-Age*, *Rev. d'Histoire de la pharmacie*, n°199, 1968, p. 163. Sur l'histoire des pharmacopées de l'Antiquité à la Renaissance en passant par les temps médiévaux, v. A. FABRE, *Utilisation des textes de l'Antiquité à la recherche thérapeutique : l'exemple des épices médicinales*, *Rev. d'Histoire de la pharmacie*, n°338, 2003, p. 239. Ou encore sur la transmission du savoir médical par la poésie, v. E.-H. GUITARD, *Pharmacien poètes français de la Renaissance*, *Rev. d'Histoire de la pharmacie*, n°143, 1959, p. 237.

¹³¹ P. O. LONG, *Invention, Authorship, « Intellectual property » and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History, Technology and Culture*, préc. p. 856: "There is little evidence that either writings or inventions were viewed as commodities with a market place value in the ancient world. *Vitruvius* himself insisted that he had not studied to make money from skill. He believed that small means with good *repute* (*bona fama*) was better than wealth and infamy. Thus little celebrity had followed. Nevertheless, he hoped that "by publishing these volumes, I will be known even to posterity" Elsewhere, *Vitruvius* lamented the honors bestowed on athletes, while authors were ignored". Traduction par : *Vitruvius* lui-même insistait sur le fait qu'il n'avait pas étudié pour gagner de l'argent sur ses connaissances. Il pensait que des moyens limités, mais honorables valaient mieux que la richesse assortie d'une mauvaise réputation. Peu de notoriété s'ensuivit. Néanmoins, il espérait qu'en "publiant ces ouvrages, je gagnerais ma place dans la postérité".

¹³² En ce sens, M. VIVANT, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, préc. p. 415.

¹³³ Nous nuancions ce propos, car le "brevet" médiéval que décrit Mme LONG, n'a pas les traits du brevet tel qu'institué en 1791. P. O. LONG, *Invention, Authorship, « Intellectual property » and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History, Technology and Culture*, préc. p. 875 : "Patents and patent laws emerged as an aspects of medieval urban economic policies associated with maintaining control over the crafts, maintaining possession of the benefits of craft knowledge, and encouraging innovation". Traduction : « Les brevets et le droit les régissant sont apparus en tant qu'instruments de politique économique dans les villes médiévales face à la nécessité d'assurer à l'homme de métier le contrôle et la jouissance des avantages tirés de son savoir-faire, ainsi que pour promouvoir l'innovation ». L'auteur ajoute que le monopole accordé était limité à un lieu – déjà la territorialité des propriétés intellectuelles.

¹³⁴ P. O. LONG, *Invention, Authorship, « Intellectual property » and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History, Technology and Culture*, préc. p. 876.

¹³⁵ P. O. LONG, *Invention, Authorship, « Intellectual property » and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History, Technology and Culture*, préc. p. 876 : "Yet the invention of new medicines was encouraged by the following provision : " And if any physician wishes to make any of his own medicine in secret, he may be empowered to make it, if only, of course, of the best materials, and all may hold in confidence and all guild members may swear not to interject themselves into the above mentioned [matter]" Traduction : L'invention de

recevaient des droits de monopole sur leurs propres inventions, avec le droit de protéger leur secret et de vendre leur préparation, aussi longtemps qu'ils pouvaient garantir une bonne qualité de ces médicaments¹³⁶. Progressivement, les objets du domaine de la santé sont devenus objets d'inventions.

26.- 1844, ou le besoin de l'accessibilité. L'année 1844 marque le tournant de la jeune brevetabilité des médicaments. Alors que le génie inventif des pharmaciens est en plein essor¹³⁷, l'article 3 de la loi du 5 juillet 1844 dispose : « Ne sont pas susceptibles d'être brevetés les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce, lesdits objets demeurant soumis aux lois et règlements spéciaux sur la matière et notamment au décret du 18 août 1810, relatif aux remèdes secrets ». Il s'agit de la première prise de conscience législative de la spécificité de certains objets d'une invention, jamais la propriété intellectuelle n'avait ainsi expressément exclu de toute une catégorie d'objets. Justifiant cette exceptionnelle position, il a été avancé « en outre que l'humanité a un trop pressant besoin de la médecine et de tout ce qui s'y rattache, pour qu'un droit exclusif puisse être reconnu à l'inventeur d'un remède »¹³⁸. Au final, les débats qui ont entouré l'adoption de la loi de 1844 sont d'une étonnante actualité. Entre ceux qui louaient l'absence de monopole sur les produits pharmaceutiques, ceux qui la combattaient, ceux qui auraient préféré la mise en œuvre d'une expropriation publique, ceux qui estimaient que la limitation de l'usage des droits de propriété intellectuelle aurait suffi à la protection de ces objets et enfin, ceux qui résignés se tournent d'ores et déjà vers des protections parallèles, les discussions étaient vives¹³⁹.

nouveaux médicaments était pourtant encouragée par la disposition suivante : « Si un physicien entend fabriquer son propre médicament en secret, il peut être habilité à le faire, à condition bien sûr que ce soit à partir des meilleurs produits. Tous lui accorderont leur confiance et les membres de la corporation s'engageront à ne pas s'interposer dans le processus ».

¹³⁶ P. O. LONG, *Invention, Authorship, « Intellectual property » and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History, Technology and Culture*, préc. p. 876 : « The Council gave the physician monopoly rights over his own invention by allowing him to protect his secret – and sell it – as long as he used high quality ingredients » (traduit dans le texte).

¹³⁷ En ce sens, T. LEFEBVRE, *Le génie inventif des pharmaciens, brevets d'invention 1836-1852*, *Revue d'Histoire de la pharmacie*, 1994, n°302, p. 277.

¹³⁸ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, préc., p. 58. Rapp. J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1990, p. 155 : « le législateur avait été guidé par un double souci, celui de ne pas encourager le charlatanisme et celui d'éviter une spéculation sur un produit qui pourrait se révéler d'une particulière utilité ».

¹³⁹ Sur ces discussions, v. *infra* n°247 et s.

27.- 1959, ou la tempérance dans la propriété. L'essor de l'industrie pharmaceutique des pays voisins, dans une économie qui progressivement se mondialise, relance l'antienne sur la brevetabilité des médicaments¹⁴⁰. Si l'interdiction totale de la brevetabilité ne correspond plus aux besoins des chercheurs, les réticences sur l'exclusivité demeurent. C'est alors que, de l'acceptation progressive de la brevetabilité des médicaments, a émergé un compromis à travers l'ordonnance du 4 février 1959 et du décret du 30 mai 1960¹⁴¹, avec l'introduction d'un Brevet Spécial de Médicament. Il était dissocié du droit commun des brevets tant par des éléments de fond que de forme, avec notamment une procédure de délivrance spéciale du titre. La loi n° 68-1 du 2 janvier 1968, tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, sonne le glas de la spécificité de traitement des médicaments dans la brevetabilité¹⁴².

L'histoire de la brevetabilité dans le domaine de la santé est le parfait miroir de nos interrogations contemporaines : entre une indispensable défense d'un objet qui ne peut être considéré comme les autres et une nécessaire récompense accordée au créateur pour l'amélioration de la santé qu'il procure à la société. Le temps n'a fait qu'amplifier ces tensions entre la propriété intellectuelle et le domaine de la santé.

B) Une propriété intellectuelle actuellement contestée dans le domaine de la santé

28.- La propriété intellectuelle en question dans le domaine de la santé. Aujourd'hui, la « mécanique » de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé fonctionne mal. Sur

¹⁴⁰ En ce sens, P. CLAVIER, *L'accès au médicament breveté*, in *Cahiers Droit Sciences & Technologies*, CNRS Éditions, n°3, 2010, p. 179 : « l'idée que le médicament n'est pas brevetable pour des motifs de santé publique peut être aisément soutenue aussi longtemps que l'on ne dispose pas d'une industrie pharmaceutique performante ».

¹⁴¹ Ordonnance n° 59-250 du 4 février 1959, *Journal Officiel* 8 février 1959 et le décret n° 60-507 du 30 mai 1960, *Journal Officiel* 31 mai 1960. Notons que cette ordonnance mit fin à l'assimilation des notions de médicament et de monopole pharmaceutique. Pour un commentaire de cette ordonnance, v. M. de HAAS, *Originalité de l'invention pharmaceutique*, *Mélanges Daniel Bastian*, Litec, 1974, t. 2, p. 237. Sur cette question, v. *infra* n°248.

¹⁴² La loi du 2 janvier 1968 abrogea les dispositions spéciales relatives aux médicaments et les intégra dans la brevetabilité de droit commun. Toutefois, elle conservait encore quelques dispositions qui conféraient au brevet pharmaceutique un certain particularisme. Sur cette loi, v. notamment P. MATHELY, *La réforme apportée par la loi de 1968 dans l'appréciation de la brevetabilité*, in *Mélanges Daniel Bastian*, Litec, 1974, t. 2, p. 269. La loi du 13 juillet 1978 modifiant celle du 2 janvier 1968 amorce au contraire une intégration du brevet pharmaceutique dans le droit commun (J. AZEMA, *Existe-t-il encore une spécificité du brevet pharmaceutique ?* *JCP E* 1990, II, 15744).

un plan pratique, l'octroi de monopoles d'exploitation sur des objets si essentiels à la vie occulte bien souvent son rôle moteur de l'innovation. La propriété intellectuelle est alors vivement dénoncée pour le mouvement de marchandisation de la santé qu'elle crée autour des objets qui contribuent à la maintenir (1). Sur un plan théorique, le débat est alimenté par un droit dont rien ne semble freiner l'impérieuse expansion (2).

1) Les facteurs pratiques de la contestation

30.- L'essor fulgurant de l'industrie pharmaceutique. Sur un plan mondial comme national, le marché de l'industrie pharmaceutique est en forte croissance. La propriété intellectuelle par l'incitation à l'innovation qu'elle instaure constitue un des facteurs de cet essor. La consommation mondiale de médicament augmente d'environ 8% tous les dix ans¹⁴³. Les produits de santé vont qualitativement évoluer. En effet, de chimique le médicament tend de plus en plus à devenir biologique, c'est-à-dire, élaboré à partir de la matière vivante. Les biotechnologies apparaissent comme les nouvelles ressources du siècle¹⁴⁴. Ainsi, dans le domaine de la santé, le médicament cèderait progressivement sa place au biomédicament¹⁴⁵. Alors que la recherche pour l'élaboration d'un médicament « traditionnel » était estimée entre huit et douze ans¹⁴⁶, il est recueilli aujourd'hui en biotechnologie les efforts consentis en matière de recherche depuis plus de quarante ans¹⁴⁷. Le marché du biomédicament est en

¹⁴³ En ce sens, A. MOREAU, S. REMONT, N. WEINMANN, *L'industrie pharmaceutique en mutation*, La documentation française, 2002, p. 15 et s.

¹⁴⁴ J. RIFKIN, *L'âge de l'accès*, La découverte, 2008, p. 88, « Certes, les produits chimiques ne vont pas disparaître dans un avenir prévisible, mais ils vont certainement passer au second plan face au progrès des biotechnologies ».

¹⁴⁵ Le Biomédicament peut être défini comme : « Faisant appel, directement ou indirectement, aux connaissances sur le vivant, et particulièrement au fonctionnement du génome humain, les biomédicaments, issus de procédés biotechnologiques pour leur recherche et/ou leur production répondent à des besoins importants qui, jusqu'ici, ne pouvaient être qu'imparfaitement satisfaits par les médicaments classiques » (in, Conseil Économique, social et environnemental, *Les biomédicaments : des opportunités à saisir pour l'industrie pharmaceutique*, avis du 10 juin 2009, La documentation Française).

¹⁴⁶ Mme RAVILLON le résume ainsi : « Les étapes du développement d'un médicament sont nombreuses et le parcours est semé d'embûches. Ce processus débute par la découverte au cours de la phase de *recherche fondamentale*, qui est complexe, coûteuse, risquée et longue. Viennent ensuite les essais pré-cliniques, cliniques avant la fabrication-production, c'est-à-dire la fabrication des matières actives et la mise en forme pharmaceutique, correspondant à la finalisation du médicament et sa commercialisation. Ces différentes phases sont organisées contractuellement » (L. RAVILLON, *Les contrats internationaux relatifs aux médicaments*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, I. MOINE DUPUIS (sous la dir.), Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 53 et spéc. p. 57).

¹⁴⁷ En ce sens, v. J. RIFKIN, *L'âge de l'accès*, La découverte, 2008, p. 88.

pleine explosion¹⁴⁸, comme pour les anticorps monoclonaux, pour la thérapie génique, pour les vaccins recombinants¹⁴⁹.

À cela, il faut ajouter que l'investissement moyen pour la mise sur le marché d'une nouvelle molécule oscille entre 500 millions de dollars et 1.5 milliard de dollars lorsqu'elle a une vocation internationale¹⁵⁰. De la même manière, la valeur économique se déplace. Les chiffres annoncés de manière spectaculaire sur le coût des produits de santé « finis » ne semblent être rien à côté de la valeur commerciale potentielle de ressources génétiques qui pourraient tenir des pans entiers de l'économie en dépendance¹⁵¹. Déconnectées de cet aspect économique, ces ressources génétiques nourrissent d'immenses espoirs pour de nouveaux traitements, tels que ceux des maladies rares et neuromusculaires. À la lumière de ces éléments, faudrait-il attendre, comme en 1844, désintérêt et philanthropie des « industriels » du secteur ? La propriété intellectuelle par l'aménagement d'un retour sur investissement suscite judicieusement le souci de son prochain. En contrepartie, elle est également le facteur de la marchandisation des objets qui composent le domaine de la santé.

31.- Du médicament à la marchandise. La quantité des produits de santé présents sur le marché révèle le développement du secteur. Dès lors, le nombre a entraîné une progressive banalisation de ces objets¹⁵². Il n'est plus choquant de lire qu'un produit de santé est une « marchandise »¹⁵³, certes pas comme les autres¹⁵⁴. La marchandise définie comme un

¹⁴⁸ Avec une croissance de plus de 10% par an, de plus en plus de molécules proviennent des sociétés de biotechnologies. Notons aussi que 39% des demandes de brevets pour des médicaments concernaient entre 1997 et 2004 des biomédicaments (*in*, 4^{ème} rencontre INPI de l'Innovation, *Du médicament au biomédicament : tendance de l'innovation*, étude disponible sur <http://www.inpi.fr>).

¹⁴⁹ Sur ces éléments, v. notamment le rapport *Technologies clés 2010*, publications du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, novembre 2006, n°52

¹⁵⁰ En ce sens, v. notamment, A. MOREAU, S. REMONT, N. WEINMANN, *L'industrie pharmaceutique en mutation*, La documentation française, coll. *Économie*, 2002, p. 87.

¹⁵¹ Nous ne pensons ici, pas seulement au secteur pharmaceutique. Les biotechnologies s'immiscent également dans les fibres pour les vêtements, dans les matériaux de construction, dans le secteur agricole, etc.

¹⁵² En ce sens, v. notamment, F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, A.P.D., T. XLIII, *L'immatériel et le droit*, Sirey, 1999, p. 79spéc. p. 80 : « L'économie marchande fait la part belle à l'immatériel pour une autre raison. Sa généralisation progressive atteint des domaines matériels comme immatériels qui, jusqu'à présent, lui échappaient. La marchandise ne se réduit pas à un trivial objet matériel, manufacturé ou non, elle devient potentiellement et à des degrés variables la quantité de tout horizon humain ».

¹⁵³ Nous reviendrons sur cette question en étudiant le caractère fétiche des marchandises, v. *infra* n°135.

« meuble corporel faisant l'objet d'un contrat commercial »¹⁵⁵, serait ainsi parfaitement intégrée dans la sphère économique. Mme JOURDAIN-FORTIER a parfaitement démontré, à travers la qualification des produits de santé et des services en marchandises, leur intégration dans le commerce international, au point même de constater l'existence d'un véritable « marché international de la santé »¹⁵⁶.

Cet aperçu des mutations qu'engendre l'industrie pharmaceutique révèle les liens intimes que ce secteur entretient avec l'économie. Selon J. RIFKIN, « ce sont d'ailleurs les sciences de l'information et les sciences de la vie – les ordinateurs et les gènes – qui vont dominer une bonne partie de l'activité économique du XXI^e siècle »¹⁵⁷.

34.- Une marchandisation de la santé dénoncée. L'entrée des objets du domaine de la santé dans la sphère des marchandises, sous l'impulsion de la propriété intellectuelle, a été constatée par de nombreux auteurs. De ce constat, certains en ont fait un leitmotiv : dénoncer l'emprise monopolistique pour revendiquer une accessibilité plus grande à ces biens essentiels, comme on le soulignait en 1844, à destination de « l'humanité ». Toutes les sciences sont aujourd'hui mobilisées pour faire prendre conscience de l'absence de limites à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. En sociologie, M. CASSIER porte haut l'étendard des besoins sanitaires collectifs face aux individualismes des titulaires de droits de propriété intellectuelle¹⁵⁸. En économie, un tel constat sur la propriété intellectuelle est établi par J. RIFKIN dans « l'âge de l'accès ». Il remarque que les sciences de la vie et les sciences de l'information, « se fondent non plus tant sur la détention d'un patrimoine matériel que sur

¹⁵⁴ En ce sens, A. MARTIN, *Le médicament, une marchandise pas comme les autres*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 279.

¹⁵⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V^o *Subjectif*. Rapp. , A. MARTIN, *Le médicament, une marchandise pas comme les autres*, préc. p. 286 : « car il va de soi que la marchandise ne peut être conçue que dans la perspective d'un échange et plus précisément d'une circulation monnayée ».

¹⁵⁶ C. JOUDAIN-FORTIER, *Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006, n°19 (pour la qualification de marchandise). Les règles du commerce international se sont d'ailleurs adaptées à la réception de cet objet singulier au regard de sa valeur.

¹⁵⁷ J. RIFKIN, *L'âge de l'accès*, La découverte, 2008, p. 76 : « Quand les spéculateurs se mettent à investir des centaines de milliards de dollars dans le capital purement intellectuel, c'est le signe que l'esprit du capitalisme, qui s'est longtemps identifié à la puissance matérielle est en train de changer ».

¹⁵⁸ De cet auteur, v. notamment : M. CASSIER, *Propriété industrielle et santé publique, Projet 2002*, p. 47.

l'accès à un capital informationnel, qu'il s'agisse du logiciel ou du "biologique" »¹⁵⁹. Enfin, D. COHEN dans *Le Monde*, de conclure que « La propriété intellectuelle, c'est le vol »¹⁶⁰.

Les juristes ne sont pas les spectateurs muets de cette situation¹⁶¹. Le poids de la contestation se trouve dans les intitulés, si concis, des écrits des plus éminents auteurs de la matière. « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles »¹⁶², « L'impérialisme du brevet d'invention »¹⁶³, « Réinventer l'invention »¹⁶⁴ « L'homme aux cellules d'or »¹⁶⁵ et « De la propriété-personne à la valeur-désir »¹⁶⁶ jalonnent, entre de nombreuses autres, les lectures les plus engagées. Un dénominateur commun ressort de cette large dénonciation : l'expansion des monopoles distribués allègrement par la propriété intellectuelle ne connaît plus de limite. « L'air du temps est au "tout protection" »¹⁶⁷. À tel point que tout objet du domaine de la santé, potentielle source de profit, devrait se soumettre à une emprise exclusive.

Loin d'atténuer les facteurs pratiques de ces contestations, le droit a parfois nourri les vives attaques de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé.

2) La teneur théorique de la contestation

32.- Une contestation encouragée par la loi. À n'importe quel niveau de la hiérarchie, certaines normes ont contribué aux vifs reproches qui peuvent être adressés à la propriété

¹⁵⁹ J. RIFKIN, *L'âge de l'accès*, La découverte, 2008, p. 88.

¹⁶⁰ D. COHEN, *La propriété intellectuelle, c'est le vol*, in *Le Monde*, 8/9 avril 2001. En référence, au texte proudhonien, *Les Majorats littéraires, Examen d'un projet de loi ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole perpétuel*, par J. P. PROUDHON, Bruxelles, 1862, notamment, p. 6.

¹⁶¹ Nous n'approfondirons pas cet élément qui sera naturellement déployé tout au long de l'étude.

¹⁶² M. VIVANT, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, coll. *Centre du droit de l'entreprise*, 1998, p. 441.

¹⁶³ J.-C. GALLOUX, *L'impérialisme du brevet d'invention*, in *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal-Paris, Thémis-Litec, 1991, p. 111.

¹⁶⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Réinventer l'invention ? Propr. Intell.* juillet 2003, p. 286.

¹⁶⁵ B. EDELMAN, *L'Homme aux cellules d'or*, D. 1989, p. 225.

¹⁶⁶ B. EDELMAN, *De la propriété-personne à la valeur désir*, D. 2004, Chron. p. 155.

¹⁶⁷ M. VIVANT, *Contre la logique de l'instant, Le droit et l'air du temps à travers l'exemple de la propriété intellectuelle*, in *Droit et actualité : études offertes à Jacques Beguin*, Paris, Litec, 2005, p. 769, et spéc. p. 772.

intellectuelle dans le domaine de la santé. Il est possible de le constater à travers trois exemples.

Au niveau national, les dispositions relatives aux bases de données sont aujourd'hui largement sollicitées par un objet bien singulier les biobanques, ou collections d'échantillons biologiques¹⁶⁸. La qualification de ces biobanques en bases de données est tentante. S'ouvrent alors deux régimes distincts. D'une part, le droit d'auteur sur de telles bases qui n'est guère inquiétant, puisqu'il n'a pas vocation à monopoliser le contenu informationnel¹⁶⁹. D'autre part, la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 instaure à l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle un droit *sui generis* au bénéfice du producteur de bases de données, entendu comme celui « qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants ». Ainsi, la protection *sui generis* de la base de données prive toute extraction ou réutilisation du contenu. Par exemple, les informations que contiennent les collections d'échantillons biologiques sont des outils précieux pour la recherche médicale. Toute entrave posée à l'accessibilité du contenu revient à limiter cette recherche qui constitue la base pour de nombreuses innovations.

Au niveau communautaire, les craintes sont venues de l'interprétation de la Directive communautaire 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques et spécialement de l'article 5¹⁷⁰. Aux termes de ce texte, il semblerait que, du simple fait de l'isolement, la séquence puisse être qualifiée d'invention, après vérification des conditions de brevetabilité¹⁷¹. Un tel assentiment donné à des revendications larges dans le secteur de la brevetabilité des séquences génétiques augmente l'emprise monopolistique

¹⁶⁸ V. notamment, F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, PUF, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 111-112. Sur ces discussions, v. *infra* n°515.

¹⁶⁹ L'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle ne protège que la *forme* reflétée par le choix ou la sélection des données, v. *infra* n°507 et s.

¹⁷⁰ L'article 5 de la Directive 98/44 du 6 juillet 1998 dispose : « le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle de gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables. Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ». Comme le souligne l'avis du CCNE, du 8 juin 2000, avis n°64 : « ce texte aboutit à dire que tout gène ou séquence serait brevetable, à condition d'être cloné, accordant ainsi un rôle déterminant à des techniques de clonage qui ne répondent à aucun critère de nouveauté vidant ainsi quasiment de sens l'alinéa précédent ».

¹⁷¹ Sur cette question et sur l'interprétation de l'article 5 de la Directive 98/44 du 6 juillet 1998, v. *infra* n°267.

d'un seul, décourageant de ce fait toute innovation concurrente. Certains auteurs soutiennent cette directive en dépit de la distance prise par le législateur français lors de sa transposition par la loi n°2004-800 du 6 août 2004, à l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle¹⁷².

Au niveau international, ce sont les dispositions des ADPIC¹⁷³, vues comme le parangon des pays industrialisés¹⁷⁴, qui fondent les accusations des pays en voie de développement pour une meilleure accessibilité aux médicaments de première nécessité¹⁷⁵. Même la récente licence obligatoire visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation prévue à l'article L. 613-17-1 du Code de la propriété intellectuelle répond insuffisamment à l'urgence sanitaire qui affecte tant de populations. Les questions de contrefaçon de médicaments sont récurrentes au niveau international. En effet, elles cristallisent le conflit entre la protection des intérêts privés des laboratoires et l'obligation de transgression qui s'impose au pays en voie de développement pour se munir de ces produits de première nécessité¹⁷⁶.

33.- Une contestation vivifiée par la jurisprudence. De grandes affaires ont jalonné la rencontre de la propriété intellectuelle et du domaine de la santé. Elles ont largement contribué, à raison, à l'image négative que la matière transporte actuellement. Nous l'illustrerons à travers trois affaires célèbres.

Tout d'abord, le destin de la souris surnommée oncogène a révélé la tendance de la propriété intellectuelle à entrer dans une logique utilitariste¹⁷⁷. Concrètement, il s'agissait d'introduire dans le patrimoine génétique d'une souris le gène de prédisposition à un cancer du sein, afin qu'elle développe cette affection et les souffrances qui l'accompagnent, pour permettre à la

¹⁷² Toutes les positions doctrinales seront exposées, v. *infra* n°268.

¹⁷³ Il s'agit des « Accords relatifs aux aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (ADPIC ou *TRIPS* en anglais).

¹⁷⁴ Sur ce point, v. *infra* n°108.

¹⁷⁵ Sur cette question, v. *infra* n°350.

¹⁷⁶ Sur cette question, v. M. BARRE-PEPIN, *La mondialisation du système de brevet et la contrefaçon de médicaments*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 185.

¹⁷⁷ Sur la logique utilitariste, v. *infra* n°122.

communauté scientifique d'entreprendre des recherches pour de nouveaux traitements¹⁷⁸. Au nom de l'utilité – encore elle – de l'invention, l'Office Européen des Brevets a opéré un calcul, souffrance de l'animal/bénéfice thérapeutique pour l'homme¹⁷⁹. Rapide et sommaire sur la question de la brevetabilité des animaux *per se*, cette logique a suscité l'émoi et les interrogations d'une partie de la doctrine. Dès lors, un compromis plus acceptable semble avoir été trouvé lors du dernier épisode judiciaire de cette affaire¹⁸⁰.

De plus, l'invention dans le domaine de la santé a été vivement critiquée à l'issue de l'affaire *Myriad Genetics*¹⁸¹. Cette affaire concentre le débat sur la brevetabilité des séquences génétiques totales ou partielles d'un gène prises en tant que telle¹⁸². L'ampleur du brevet accordé sur les gènes BRCA1 et BRCA2, qui ont la propriété de révéler une prédisposition au cancer du sein et de l'ovaire, privait d'existence toutes autres méthodes de diagnostic de ces maladies, même si elles s'avéraient plus efficaces et moins onéreuses.

¹⁷⁸ Le brevet US n°4736866 (1988), appartient à l'Université d'Harvard, pour "un mammifère transgénique non humain dont les cellules germinales et les cellules somatiques contiennent une séquence oncogène activée recombinée, introduite dans ledit mammifère...", *Nature* 1988, vol. 332, p. 668.

¹⁷⁹ OEB, 3 octobre 1990, T. 19/90, *Souris oncogène de Harvard*, *JO OEB* 1990, p. 476 ; *PIBD* 1991, III, p. 96. Sur cette décision, v. tout particulièrement, J.-C. GALLOUX, « *Fabrique-moi un mouton...* » *Vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français*, *JCP G* 1990, I, 3430, et du même auteur, v. aussi *Éthique et brevet ou le syndrome bioéthique*, *D.* 1993, chron. p. 83. Décisions rendues sur le recours du demandeur (l'Université de Harvard) après la décision négative de la division d'examen de l'OEB, le 14 juillet 1989, *Journal Officiel OEB* 1989, p. 451.

¹⁸⁰ Les développements judiciaires de cette affaire se sont étalés sur environ une quinzaine d'années. C'est ainsi que la division d'opposition de l'OEB a été saisie le 7 novembre 2001, *JO OEB* 2003, p. 473 ; *Propr. Intell.* avril 2004, n°11, p. 654, obs. GALLOUX. Et enfin, la chambre de recours technique de l'OEB, le 6 juillet 2004, T. 0315/03, *RTD com.* 2006, p. 342, n°2, note GALLOUX, alors que la priorité américaine datait de juin 1984 et que le brevet est expiré (décision disponible sur <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t030315ex1.pdf>).

¹⁸¹ Sur cette affaire, v. *infra* n°112 et n°349. V. également, M. CASSIER et D. STOPPAT-LYONNET, *L'opposition contre les brevets de Myriad genetics et leur révocation totale ou partielle en Europe : premiers enseignements*, *Médecine et Sciences*, 2005, n°6-7. – J.-C. GALLOUX, *La brevetabilité des gènes humains, Précisions sur le séquençage des gènes*, *Aff. Des gènes BRCA 1 et BRCA 2*, *Propr. Intell.* avril 2006, p. 191. – J. PEUSCET, *Brevetabilité de la biologie en France en 2006*, *Litec*, 2006, p. 78. Et les développements récents : OEB, ch. rec. tech. déc. T0666-05, 19 novembre 2008, *propr. ind.* janvier 2009, alerte 11. J.-Y. NAU.

¹⁸² Comme le souligne M. le professeur VIVANT, « la démarche pouvait se résumer d'un mot : "Money". (...) le débat fut et est encore davantage d'ordre moral » (*in*, M. VIVANT, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles*, *in Mélanges Christian Mouly*, *Litec*, coll. *Centre du droit de l'entreprise*, 1998, p. 441, et spéc. p. 443).

Enfin, dans l'affaire *IMS Health*, des listes présentant des statistiques de médicaments ont été qualifiées de bases de données¹⁸³. Cette protection nourrit le débat sur l'appropriation des « biens informationnels »¹⁸⁴ et plus précisément, la question du monopole conféré sur des informations essentielles¹⁸⁵. Dénaturée dans cette espèce, la base de données est qualifiée par un simple travail de collecte de statistiques sur la vente de certains médicaments. Elle a pour conséquence d'ouvrir ces listes à la fois à la protection du droit d'auteur et au droit *sui generis*. Tout d'abord, cette affaire contribue à fondre la frontière, déjà peu lisible, entre le fond et la forme et à perdre de vue l'objet du droit d'auteur. Ensuite, la protection *sui generis* des bases de données a vocation à monopoliser l'information en tant que telle, pourtant essentielle dans le domaine de la santé¹⁸⁶. En définitive, comme le souligne M. le professeur SIIRIAINEN, « le personnage central, le sujet, de la propriété intellectuelle n'est plus le créateur ou l'investisseur, mais l'investisseur : producteur, éditeur, industriel... »¹⁸⁷.

Surmonter ces contestations, tant pratiques que théoriques, est le défi posé à cette étude. Pour le relever, il devient nécessaire d'exposer notre démarche.

¹⁸³ Il s'agit en réalité de la décision TGI Paris, ord. réf., 18 janvier 1989, n° *JurisData* : 1989-043760. Dans cette affaire, les sociétés I.M.S. et I.S.E.E., qui ont pour objet le traitement de données statistiques sur la vente de produits pharmaceutiques à partir d'informations fournies par des officines pharmaceutiques réparties sur le territoire français, contestent la publication dans la revue mensuelle *Sciences et Vie* d'un article utilisant « leurs » données statistiques.

¹⁸⁴ Sur la notion, v. notamment : M. VIVANT, *À propos des biens informationnels*, *JCP G*, 1984, I, 3132 : « il n'y a pas de propriété intellectuelle sans la reconnaissance du bien-information. – A. LUCAS, *L'adaptation du droit aux biens informationnels*, in *L'appropriation de l'information*, sous la dir. de J.-P. CHAMOIX, Librairies techniques, 1986, p. 80.

¹⁸⁵ Sur cette question, qui fait appel au concept de « facilités essentielles » du droit de la concurrence, v. *infra* n°377.

¹⁸⁶ Sur cette question, v. *infra* n°512. La question a été portée devant les instances communautaires pour une structure modulaire d'informations relatives aux médicaments. En ce sens, v. TPICE, ord. réf., 26 octobre 2001, *JCP E*, 2002, p. 952 ; Propr. intell. 2002, n° 3, p. 117, note BENABOU et CJCE 29 avril 2004, *C.C.E.* 2004, comm. 69, note CARON ; *D.* 2004, jur. p. 2366, note SARDAIN ; *Legipresse* 2004, n°220, III, p. 57, note BERGE ; *Propr. Ind.*, 2004, comm. 56, obs. KAMINA. Et sur la protection du droit *sui generis* des bases de données, v. notamment, N. MALLET-POUJOL, *La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative*, *D.I.T.* 1996/1, p. 6. – M. VIVANT, *An 2000 : L'information appropriée ? in Mélanges J.-J. Burst*, 1997, p. 651.

¹⁸⁷ F. SIIRIAINEN, *Les réalités immatérielles et le Droit*, in *Immatériel, nouveaux concepts*, sous la dir. de J. De BANDT et de G. GOURDET, éd. Economica, 2001, p. 39.

III) Comment traiter la question de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ?

35.- La démarche de la recherche. Pour traiter la question de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, il est nécessaire de se concentrer sur l'objet de la propriété intellectuelle (A) et d'engager une réflexion sur les valeurs dans le droit des biens (B).

A) Le nœud de la question : l'objet de la propriété intellectuelle.

36.- L'insuffisance des limites apportées au « droit » de la propriété intellectuelle.

L'exercice de la propriété intellectuelle consiste en la mise en œuvre des prérogatives accordées au titulaire. Ces prérogatives sont essentiellement patrimoniales, seul le droit d'auteur cultive la spécificité d'accorder des prérogatives morales à l'auteur d'une œuvre de l'esprit¹⁸⁸. L'octroi d'un monopole temporaire d'exploitation au créateur l'autorise à mettre en circulation sur un marché les objets du domaine de la santé. Puisque nous avons signalé que les objets du domaine de la santé sont des marchandises singulières, des limites sont posées aux prérogatives du titulaire de droit de propriété intellectuelle. Elles procèdent de l'idée ancienne que le droit de propriété doit être exercé pour remplir une certaine fonction¹⁸⁹. La fonction sociale¹⁹⁰, hier comme aujourd'hui¹⁹¹, est appelée en secours d'une propriété en quête de légitimité. Les limites émanent du droit de la propriété intellectuelle, lui-même, avec notamment tous les mécanismes de licences qui restaurent ou imposent l'accès aux objets du domaine de la santé. Elles pourront également être posées à la propriété intellectuelle par des mécanismes extérieurs de régulation, comme le droit de la concurrence, ou de correction, comme le droit des contrats.

¹⁸⁸ Définies aux articles L. 121-1 à L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle, le droit moral de l'auteur est composé du droit à la paternité, du droit au respect et à l'intégrité de l'œuvre, du droit de retrait et repentir et du droit à la divulgation.

¹⁸⁹ En ce sens, v. F. SIIRIAINEN, *L'appropriation, in Droit et marchandisation* (sous la dir.) de E. LOQUIN et A. MARTIN, Litec, 2010, p. 137 et spéc. p. 148 : « L'observateur du droit positif dans le cadre de l'appropriation ne peut que constater une résurgence de l'idée de fonction de la propriété, en tout cas une tendance forte en ce sens. Tout se passe comme si le droit de propriété, dans certains domaines, sortait de sa superbe autarcie pour être "finalisé" dans son *exercice*, notamment à des fins d'intérêt général » [nous soulignons].

¹⁹⁰ Cette notion est approfondie dans l'étude (v. *infra* n°198).

¹⁹¹ V. notamment, les actes du beau colloque organisé par le Centre Universitaire d'Enseignement et de Recherche en Propriété Intellectuelle (CUERPI), le 4 décembre 2009, intitulés : *Fonction(s) des droits de propriété intellectuelle*, *Propr. ind.* octobre 2010, pp. 8 et s.

Toujours est-il que cet arsenal de limitations posées à l'exercice de la propriété intellectuelle ne permet pas d'apaiser les contestations dont elle est la cible dans le domaine de la santé. En d'autres termes, elles ne résolvent pas la difficulté actuelle de la propriété intellectuelle à résister à l'afflux d'objets d'un domaine de la santé en constant mouvement. L'action doit donc se produire en amont, c'est-à-dire sur l'objet du droit de la propriété intellectuelle.

37.- La nécessité d'interroger « l'objet » de la propriété intellectuelle. La démarche d'une analyse sur l'objet de la propriété intellectuelle est rare. Ainsi, le constate M. le professeur BINCTIN : « L'étude des propriétés intellectuelles passe usuellement par l'analyse des régimes de propriété et rarement par un exposé de l'objet de ces dernières, allant même jusqu'à nier l'existence d'un objet »¹⁹². D'ailleurs, la récente étude de Mme CARREAU sur « Santé et droits de propriété intellectuelle » témoigne de cet attachement au seul exercice¹⁹³.

Pourtant, une réflexion sur l'objet de la propriété intellectuelle nous semble naturelle puisque sa qualification est la première étape dans l'attribution du monopole temporaire d'exploitation. Au surplus, elle apparaît comme la seule manière de « désamorcer » les dérives de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. En effet, les affaires *Myriad Genetics* ou *IMS Health* auraient-elles tant suscité les critiques si les contours de l'objet protégé par un droit de propriété intellectuelle avaient été clairement dessinés ?

Pour mener cette étude sur l'objet de la propriété intellectuelle, il est alors nécessaire d'identifier les valeurs qu'il recèle.

B) Le dénouement de la question : une réflexion sur la valeur dans le droit des biens.

38.- Le pluralisme juridique de la démarche. Selon M. MORET-BAILLY, « la mode est au pluralisme juridique »¹⁹⁴ et notre étude ne le démentira pas. Elle a pour ambition de

¹⁹² N. BINCTIN, *Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses*, C.C.E. juin 2006, étude n°14. - Constat renouvelé dans sa thèse, N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, préf. G. BONET et M. GERMAIN, Litec, coll. *Bibl. dr. entr.* n°75, p. 25. Rapp. H. BATIFFOL, *Problèmes contemporains de la notion de biens*, A.P.D. t. XXIV, *Les biens et les choses*, 1979, p. 8 et spéc. p. 13 : « la notion de bien paraît se dissoudre : ce n'est plus la chose corporelle dont le propriétaire est maître, elle se ramène à des prérogatives déterminées reliées par une idée – tout en concernant un objet qui peut lui-même résulter d'une idée ».

¹⁹³ C. CARREAU, *Santé et droits de propriété intellectuelle*, in *Liber amicorum G. Bonet*, Litec, coll. *IRPI*, 2010, p. 133. L'auteur s'attache, en effet, d'une part, à la limitation des droits de propriété intellectuelle en faveur de la santé, et d'autre part, à leur extension.

¹⁹⁴ J. MORET-BAILLY, *Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques*, *Droits*, n°35, 2002, p. 195.

rechercher les valeurs qui influencent l'objet de la propriété intellectuelle. Ainsi, pour appréhender l'objet de la propriété intellectuelle il est nécessaire de recourir au droit commun des biens. Ce dernier révèle l'importance de la valeur économique dans le processus de qualification du bien (1). Or, elle n'est pas la seule valeur présente dans ce bien. D'autres disciplines, telles que la philosophie du droit et la théorie générale du droit permettent de mettre en évidence la valeur sociale des objets du domaine de la santé (2).

1) La valeur économique : une valeur connue

39.- La nécessité d'un retour au droit commun des biens. Au premier abord, la méthode peut sembler incongrue. En effet, pour retrouver les contours de l'objet d'un droit pourquoi appeler un autre droit en secours ? Surtout en sachant que la proximité des termes ne prouve en rien l'évidence du rapprochement entre la propriété intellectuelle et le droit commun des biens. En ce sens, Mme SIMLER souligne : « l'emploi du concept de propriété pour désigner les droits de l'auteur sur son œuvre exprime-t-il une réalité ou n'est-il qu'une commodité de langage ? (...) La propriété intellectuelle ne serait-elle que l'une de ces " fausses propriétés ", l'emploi de ce terme n'exprimant qu'un hommage rendu à la noblesse de l'art ? »¹⁹⁵. L'auteur conclut que la question sémantique ne constitue pas un obstacle à ce rapprochement. Nous la suivons dans cette analyse.

Ces propriétés présentent le trait commun de la répartition des richesses entre les personnes, même à travers des fondements normatifs distincts. Le droit commun des biens est régi par le Code civil et la propriété intellectuelle par le Code de la propriété intellectuelle. La décision du Conseil constitutionnel du 8 juin 1991, sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, conforte ce rapprochement, comme celle de la même institution pour le droit d'auteur, le 27 juillet 2006, sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information¹⁹⁶. Cette « nature » de la propriété intellectuelle est une question

¹⁹⁵ C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, coll. *CEIPI*, n°55, 2010, p. 17. Comme elle le souligne très justement, la « propriété commerciale » désigne la situation du titulaire d'un *bail* commercial, ou la « propriété culturale » en matière de *bail* rural.

¹⁹⁶ DC 27 juillet 2006, sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, v. notamment, V.- L. BENABOU, *Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006*, *Prop. intell.* 2006, n° 20, p. 240. – C. CARON, observations sous la décision, *C.C.E.* 2006, comm. 140. – C. CASTET-RENARD, *La décision du 27 juillet 2006*, *D.* 2006, p. 2157. –L. De GAULLE, *Le Conseil constitutionnel réduit considérablement l'obligation d'interopérabilité des DRM*, *Décideurs, Stratégie, Finance & Droit*, n° 79- 80, 15 septembre -15 novembre 2006, p. 158. – L. THOUMYRE, *Loi DAVDSI : éclipse et scintillements au Conseil constitutionnel*, *Legipresse* 2006, n° 234, I, 129. – J. E. SCHOETTL, *La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ?*, *L.P.A.*, n° 161,162, 163, 14 août

ancienne¹⁹⁷ et semble être définitivement tranchée par ces deux importantes décisions qui font foi pour une propriété intellectuelle dont nous avons décrit l'image unitaire. Il convient alors d'expliquer les modalités d'un tel rapprochement.

La propriété de l'article 544 du Code civil ce serait une inspiration pour la construction de la propriété intellectuelle. En cela, elle lui sert de « modèle »¹⁹⁸. Nous avons pu remarquer que les réflexions sur la notion de bien incorporel influencent l'identification de l'objet de la propriété intellectuelle¹⁹⁹. Si le droit commun des biens sert d'appui à l'élaboration des catégories de la propriété intellectuelle, leurs relations sont particulièrement complexes²⁰⁰. Ils entretiennent les rapports d'un droit spécial à son droit commun.

La propriété intellectuelle est effectivement un régime spécial au regard du droit commun des biens. Exorbitantes du droit commun, les dispositions de la propriété intellectuelle doivent être interprétées comme dérogatoires, ce qui signifie que le droit commun des biens continue à s'appliquer par principe²⁰¹. En cela, nous signons notre adhésion à ce qu'il est convenu d'appeler les travaux de l'École de Montpellier²⁰².

2006. – T. VERBIEST et P. REYNAUD, *Adoption de la loi DAVDSI et décision du Conseil constitutionnel*, *RLDI* sept. 2006, n° 587, p. 47. – M. VIVANT, *Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété...Propri. Intell.* avril 2007, p. 193. Elle nous semble pouvoir être appliquée à tous les droits qui composent la propriété intellectuelle, au regard de la conception unitaire que nous retenons de ce droit. Et plus, généralement sur la nature du droit d'auteur, v. C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, coll. *CEIPI*, n°55, 2010. – J. RAYNARD, *Droit d'auteur et conflits de lois*, Litec, coll. *Bibl. dr. entr.*, 1990. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°23, p. 32.

¹⁹⁷ Sur les différents courants qui l'anime, v. *infra* n°115.

¹⁹⁸ En référence à cet article majeur : J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, *De la propriété comme modèle*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

¹⁹⁹ V. *supra* n°15 et s.

²⁰⁰ En ce sens, l'important ouvrage *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, préf. M. VIVANT, PUAM, 2007, p. 15, tend à illustrer ces « rapports de complémentarité, d'opposition, de rivalité, d'incompatibilité ou bien de principal à subsidiaire, ou encore de général à spécial » à travers la rencontre de la propriété intellectuelle avec le droit des biens, le droit des successions, le droit de la responsabilité, le droit du contrat, le droit des sûretés, l'ordre public, etc.

²⁰¹ Le droit commun est « ce qui s'applique par principe » (in, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V° *Commun*).

²⁰² Parce que MOUSSERON, professeur à l'Université de Montpellier I, a été un des principaux initiateurs de cette thèse, v. notamment, J.M. MOUSSERON, *Traité des Brevets*, t. 1 *L'obtention des brevets*, avec le concours de J. SCHMIDT et P. VIGAND, éd. Librairies Techniques, 1984, n°51, pp. 45-46 ; J.M. MOUSSERON, *Valeurs, Biens, Droits*, in *Mélanges à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 ; J.M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, n°23, 1961, p. 290. Un des apports essentiels de sa thèse consiste à démontrer que le droit du breveté d'invention est un droit de propriété, inspiré de la propriété civiliste : « La qualification du droit du breveté comme droit de propriété incorporelle répond ainsi à travers l'étude de sa naissance et de son contenu à la définition de l'objet et du problème de droit posé par son existence » (p. 289) ; et enfin, J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, Th.

En effet, il est impossible pour la propriété intellectuelle, au regard des horizons divers auxquels elle s'affecte, de tout prévoir. Au-delà même de l'impossibilité, cela est inutile, le Code civil a des dispositions efficaces et éprouvées, sur lesquelles elle peut s'appuyer. Nous pouvons à cet effet citer plusieurs exemples. Le droit commun des successions, tout d'abord, permet de suppléer les dispositions du Code de la propriété intellectuelle lorsque devront être organisées la transmission des droits patrimoniaux et la dévolution de ces droits, en dehors du droit de suite, aux héritiers de droit commun²⁰³. Ou encore, quand la spécificité de l'œuvre ou des droits transmis, tels que les droits moraux, impliquent une particulière attention, le droit spécial intervient par exemple sur l'aménagement de la dévolution du droit de divulgation des œuvres posthumes²⁰⁴. De plus, le régime de droit commun de l'indivision permet de compenser l'absence de dispositions spéciales en dehors de la copropriété des brevets²⁰⁵. Enfin, mais les exemples pourraient être beaucoup plus nombreux²⁰⁶ et pour boucler notre détour par les autres branches du droit civil, le régime des choses communes, défini par l'usage commun, est d'un utile secours pour une propriété intellectuelle particulièrement orientée sur l'établissement des monopoles²⁰⁷. Ou encore, la définition des choses hors du

REVEY, *De la propriété comme modèle*, préc., p. 281. Et plus récemment, v. notamment : C. CARON, *Du droit commun des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle*, JCP G 2004, I, 262. – A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, éd. Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, T. 23, 2006.

²⁰³ Le droit commun des successions fournit une réponse adaptée à ces droits notamment au regard du principe de la continuation de la personne du défunt. En ce sens, v. notamment, S. HOVASSE-BANGET, *La propriété littéraire et artistique en droit des successions*, Th. dactyl. Rennes, 1990.

²⁰⁴ À cet effet, l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle qui prévoit dans le second alinéa un ordre d'attribution du droit de divulgation des œuvres posthumes différent du droit commun des successions.

²⁰⁵ La copropriété des brevets est organisée à l'article L. 613-29 et s. du Code de la propriété intellectuelle. À côté, le régime de droit commun de l'indivision a vocation à régir toute autre situation non expressément prévue par le Code de la propriété intellectuelle. Et la question de la reconnaissance de l'œuvre de collaboration comme une propriété collective alimente encore des débats doctrinaux passionnants (A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, éd. Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, T. 23, 2006, *Contra*, G. SALORD, *La propriété collective des œuvres*, Th. dactyl. Paris II, 2007).

²⁰⁶ Nous pensons, notamment, à la rencontre de la propriété intellectuelle et de l'usufruit dans l'étude de B. LARONZE, *L'usufruit des droits de propriété intellectuelle*, PUAM, 2006, ou encore avec le droit des sûretés, par N. MARTIAL-BRAZ, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, PUAM, 2007.

²⁰⁷ En ce sens, v. notamment, J.-M. BRUGUIERE, *Propriété intellectuelle et choses communes*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, préf. M. VIVANT, PUAM, 2007, p. 39. – M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, 2006. – S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, coll. IRPI, n°22, 2002.

commerce de l'article 1128 du Code civil permet une qualification des objets contrefaits²⁰⁸. Dans cette étude, nous aurons l'occasion d'adopter ces dernières qualifications.

40.- La prudence avec le retour au droit commun des biens. D'un utile secours pour fournir à la propriété intellectuelle des catégories formelles éprouvées, le recours au droit commun dans la recherche sur l'objet de la propriété intellectuelle du domaine de la santé doit être modéré. En effet, la catégorie de bien doit rester un « modèle » pour des objets incorporels définis par une loi spéciale. Toutefois, les catégories spéciales de l'œuvre de l'esprit, de l'invention ou du signe ne seraient-elles pas en train de céder sous la pression de la multitude d'objets du domaine de la santé ? Marchandises ayant mobilisé de lourds investissements pour leur élaboration, utiles et rares, leur valeur économique les soumet sur la scène juridique. Leur protection semble *a priori* acquise. Pourquoi alors, ne pas envisager l'objet de la propriété intellectuelle comme un bien issu du droit commun, répondant à la protection de toute valeur économique, c'est-à-dire permettant l'appropriation de toutes choses utiles et rares ? La proposition est aujourd'hui soutenue par d'éminents auteurs, à l'instar de M. le professeur REVET²⁰⁹. Or, n'a-t-elle pas pour conséquence de faire perdre à la propriété intellectuelle sa place de droit spécial ? La conclusion n'aboutirait-elle pas à l'inutilité des dispositions du Code de la propriété intellectuelle définissant l'objet de la propriété intellectuelle ? De plus, avant d'abattre ces bastions de spécificité au profit d'un droit commun des biens omnipotent, a-t-on ne serait-ce que pris le temps de la définition de la « valeur économique » ? Cette notion extrajuridique dont l'importance grandit de la dématérialisation à la qualification du bien implique un nécessaire détour par la science économique. Une fois seulement les subtilités déjouées de cette notion, nous pourrions discuter son influence sur l'objet de la propriété intellectuelle. Et plus précisément, nous envisagerons si une telle assimilation de l'objet de la propriété intellectuelle au droit commun des biens sous l'impulsion de la valeur économique ne représente pas un danger pour la création dans le domaine de la santé. Serait-il réellement profitable pour la santé humaine

²⁰⁸ En ce sens, Com. 24 septembre 2003, *Sté CCP c/ Sté Ginger*, pourvoi n°01-11504, *D.* 2003, p. 2683, note CARON ; *RTD civ.*, 2003, p. 703, note MESTRE et FAGES ; *RTD civ.* 2004, p. 117, note REVET ; *L.P.A.*, 28 mai 2004, n°107, p. 13, note PARANCE et TRICOIRE ; *R.D.C.* 1^{er} avril 2004, n°2, p. 337, note BRUN ; *R.D.C.* 1^{er} avril 2004, n°2, p. 263, note STOFFEL-MUNK.

²⁰⁹ Cette proposition est portée par M. le professeur REVET, v. notamment, Th. REVET, *Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, Dr. et patr.* 2004, n°124, p. 20 ; et Th. REVET, *L'incorporalité en droit des biens, in L'appréhension par le droit de l'incorporalité. Le droit commun est-il apte à saisir l'incorporel ?* Actes du colloque du 21 novembre 2008, Université de Rennes, *Lamy Droit civil*, novembre 2009, p. 5 et s.

d'accroître de manière exponentielle la sphère marchandisable au détriment de l'usage commun ? Au final, ne retrouve-t-on pas ici les germes fécondant la contestation de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ?

Une résistance pour maintenir la qualification de l'objet de la propriété intellectuelle dans le giron du droit spécial doit se construire. Elle implique de reconnaître l'existence d'autres valeurs révélées par le domaine de la santé.

2) La valeur sociale : une valeur à découvrir

41.- La création et son support, les nouvelles interrogations. Il semblerait que nous ayons changé d'époque. Hier, il fallait revendiquer haut et fort l'indépendance de la chose incorporelle de son support pour affirmer qu'elle pouvait être l'objet d'un lien exclusif. Mme GLEIZE l'a particulièrement bien démontré pour l'image des biens, c'est l'image en tant que chose incorporelle, objet de reproduction qui entre dans les relations juridiques et non, l'image indissolublement liée à la chose corporelle²¹⁰. Il faudrait tenir cette proposition pour acquise, afin de passer au stade supérieur. En effet, sans remettre en cause l'autonomie de la chose incorporelle par rapport à son support on ne peut négliger leur influence réciproque. Par exemple, c'est par le brevet sur une substance aux propriétés pharmacologiques qu'un médicament sera commercialisé. Et inversement, lors de la qualification du bien incorporel il serait nécessaire de considérer la sensibilité de l'objet. Pour autant, il ne s'agit pas de revenir sur les traces du Brevet Spécial de Médicament, qui dans le régime adopté de la propriété intégrait la spécificité de l'objet. Ici, la différence de régime ne se justifie pas par une différence de nature du bien considéré²¹¹. Nous sommes toujours, qu'il s'agisse de produits de santé ou de tout autre support, comme nous l'avons montré, en présence d'un bien incorporel spécial, nommé création. Or, cette création serait-elle le siège de valeurs autres que la valeur économique ?

42.- Le domaine de la santé, révélateur d'une « valeur sociale ». La notion de « valeur sociale » s'est, par le passé, montrée utile pour la protection de tout bien incorporel sensible. En ce sens, M. le professeur BRUGUIERE l'a employée pour défendre l'information

²¹⁰ B. GLEIZE, *La protection de l'image des biens*, Défrenois, coll. de Thèses, t. 33, 2008, n°67, p. 48. *Contra*, Th. REVET, *RTD civ* 2001, p. 618, spéc. p. 623 : « l'image est consubstantielle au bien et n'en est pas dissociée par sa reproduction ».

²¹¹ En ce sens, J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, *RTD civ.* 1984, p. 255.

publique contre les dérives monopolistiques de la puissance publique ou privée²¹². De surcroît, elle devient une notion centrale lorsque l'on est amené à travailler sur la santé. Ainsi, Mme JOURDAIN-FORTIER l'a utilisée dans sa recherche consacrée à « Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international »²¹³. L'étymologie du mot valeur annonce l'évidence de ce rapprochement : « le verbe *valere* veut dire être fort et aussi être en bonne santé »²¹⁴ !

Néanmoins, l'étude consacrée à la mise en évidence de la valeur sociale dans les objets domaine de la santé, si elle apparaît essentielle, soulève de nombreuses questions.

D'une part, qu'est-ce que cette valeur sociale ? En quoi la sensibilité et l'importance vitale des objets qui affectent la santé génèrent-elles une valeur sociale ? Concrètement, il s'agira de découvrir la valeur sociale notamment, d'une substance ayant des propriétés pharmacologiques, d'une séquence génétique ou d'une collection d'échantillons biologiques. Alors, comment procéder pour la découvrir ? Doit-on adopter une démarche subjective en référence aux intérêts humains qui se tournent vers ces choses ? Ou, doit-on préférer une approche objective, se concentrant sur les qualités de cet objet déconnectées de tout sentiment humain ? Il apparaîtra nécessaire de recourir à la philosophie du droit pour découvrir cette valeur sociale.

Néanmoins, quel est l'intérêt de rechercher la valeur sociale des objets du domaine de la santé ? En quoi considérer la valeur sociale de ces objets pourrait-elle « désamorcer » les

²¹² V. notamment J.-M. BRUGUIERE, *Les données publiques et le droit*, Litec, coll. *Droit@Litec*, 2002 et du même auteur, *La diffusion de l'information publique : le service public face au marché de l'information*, th. dactyl. Montpellier I, 1995, p. 20 : « La diffusion de l'information publique à des fins marchandes, qu'elle soit le fait d'opérateurs privés ou publics, ne doit en aucun cas occulter la dimension sociale qui préside à la constitution de cette information » et p. 34 : « Plus que de savoir si l'information est commercialisable, par qui et comment, il importe donc de manière objective et neutre de savoir au préalable si toute diffusion de l'information est commercialisable, s'il n'existe pas une autre forme de diffusion de cette ressource. Dit autrement et plus fondamentalement, si notre société n'entend pas également préserver un certain mode de gestion sociale pour cette information ».

²¹³ C. JOURDAIN-FORTIER, *Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006. Même si nous ne retiendrons pas la même acception de la valeur, son étude présente un grand intérêt pour la nôtre.

²¹⁴ L. LAVELLE, *Traité des valeurs, I : Théorie générale de la valeur*, PUF, 1950, p. 7. L'auteur ajoute : « Elle [cette acception de la valeur] désigne, au niveau de la nature, l'idée d'une participation aussi pleine que possible à l'être et à la vie, qui assure notre équilibre intérieur et nous permet d'exercer avec plus de liberté les fonctions supérieures de la conscience, au lieu de les entraver » [nous soulignons].

vives contestations de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ? Nous permettra-t-elle d'élire parmi les choses incorporelles du domaine de la santé celles qui pourront accéder au rang d'objet de la propriété intellectuelle ? En d'autres termes, comment la valeur sociale des objets du domaine de la santé oriente-t-elle le processus d'appropriation ? L'identification de la valeur sociale ne serait-elle pas le point de départ d'une recherche plus large sur la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ? Pour réceptionner les enseignements de cette recherche dans le droit de la propriété intellectuelle, il sera fait appel à la théorie générale du droit.

D'autre part, ces interrogations résolues, nous confronterons les propositions théoriques sur la valeur sociale et la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé à la pratique. Ainsi, comment les principaux objets de la propriété intellectuelle – l'invention, le signe et l'œuvre de l'esprit – intègrent-ils la valeur sociale ? Leur appropriation correspond-elle à la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ? En définitive, la légitimité de la propriété intellectuelle est-elle restaurée par la considération de la valeur sociale des objets du domaine de la santé ?

43.- Plan. Pour répondre à ces différentes interrogations, l'étude consacrée à l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé et à une réflexion sur la valeur dans le droit des biens s'articule en deux parties.

La première partie de ce travail consiste à s'interroger sur l'influence des valeurs sur l'objet de la propriété intellectuelle. La dénonciation du jeu de la valeur économique dans le processus de qualification du bien laissera alors la place à la découverte d'une nouvelle valeur, la valeur sociale.

La seconde partie de ce travail propose redessiner les contours de l'objet de la propriété intellectuelle en fonction de leur valeur sociale et au regard des principaux droits, le brevet, la marque et le droit d'auteur. Il sera alors nécessaire de constater si l'appropriation répond à la finalité que la propriété intellectuelle poursuit dans le domaine de la santé.

PARTIE 1 : LA MISE EN ÉVIDENCE DE LA VALEUR SOCIALE DANS LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

PARTIE 2 : LA MISE EN PERSPECTIVE DE LA VALEUR SOCIALE DANS LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

PARTIE 1

LA MISE EN ÉVIDENCE DE LA VALEUR SOCIALE DANS L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

« Rien ne peut effacer de notre esprit l'idée de la valeur, idée mère, idée-force, qui actionne tout le mécanisme des échanges et qui dans l'ordre ou le désordre, soutient et prolonge la société humaine, soit pour l'aider à vivre, soit pour l'empêcher de mourir »²¹⁵.

Ch. TURGEON

44.- « Notre économie a déjà basculé dans l'immatériel »²¹⁶. Le rapport de MM. LEVY et JOUYET édité en 2006 s'ouvre sur cette forte constatation. On ne peut la récuser. Les actifs immatériels prennent dans l'entreprise une place de plus en plus importante²¹⁷. Le niveau macroéconomique révèle également que les investissements sur des éléments incorporels génèrent une croissance spectaculaire. En atteste, la place de la Chine aujourd'hui, premier

²¹⁵ Ch. TURGEON, *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, T.IX, *La valeur*, Rennes, Plihon et Hommay, 1925. La valeur passionne au premier plan les économistes, qui sont loin d'avoir tari la réflexion sur la théorie de la valeur. Comme le prouve le « prix Nobel » d'économie, en 1984, décerné à G. DEBREU, pour son analyse axiomatique de l'équilibre de marché concurrentiel, décrit in G. DEBREU, *Théorie de la valeur*, Dunod, coll. *théories économiques*, 2001 (1^{ère} publication : 1959).

²¹⁶ M. LEVY et J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, La croissance de demain, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel*, 2006, p. 11. Rapp. P. TABATONI, *L'incorporel comme ressource économique. Propos introductifs*, A.P.D., T. XLIII, *L'immatériel et le droit*, Sirey, 1999, p. 149.

²¹⁷ Dans ce rapport (*Ibid.* p. 11) les actifs immatériels consistent notamment, pour l'immatériel technologique, dans les brevets, le savoir-faire, les dessins et modèles, les logiciels ; pour l'immatériel lié à l'imaginaire dans la propriété littéraire et artistique et les marques ; pour l'immatériel organisationnel dans le capital humain, les fichiers clients, les fichiers fournisseurs, les fichiers abandonnés, etc.

déposant de brevet dans le monde en 2008 et qui enregistrait, en même temps, des niveaux de croissance records²¹⁸. L'immatériel et l'économie sont un couple indissociable. HAYEK démontrait déjà que les libertés intellectuelles et économiques étaient indissociables²¹⁹.

Mais si la propriété intellectuelle s'exporte fructueusement dans l'économie qu'en est-il de l'exportation de l'économie dans la propriété intellectuelle ? La valeur est aujourd'hui un concept clé pour comprendre la logique commune au droit commun des biens et au droit de la propriété intellectuelle²²⁰. En effet, elle sous-tend les rapports entre les hommes et les richesses. Elle est leur lien. On le ressent parfaitement dans la proposition de TURGEON, la valeur, au-delà des échanges, doit être comprise comme une notion essentielle pour la société humaine, une idée « mère », une idée « force ».

45.- La valeur, une idée « mère ». La notion de valeur, par son acception économique, pénètre le droit des biens. Elle ressort d'une tendance actuelle à analyser économiquement le droit de propriété. L'économie pourrait donc « aider le juriste à retrouver une cohérence perdue »²²¹. Les initiateurs de cette pensée ont été en premier lieu, les économistes, avec les travaux de R. COASE²²² ou de POSNER²²³. La *Theory of Property Rights* peut être résumée

²¹⁸ C. QUATRAVAUX, *Pour la première fois en 2008, le premier déposant de demande internationale de brevet est chinois, propr. ind.* Mars 2009, alerte n°50.

²¹⁹ En ce sens, v. notamment P. LEGE, *Le mirage du libéralisme hayékien, Rev. Française de socio-économie*, 2009/1, n°3, p. 77.

²²⁰ Et même au-delà, l'analyse économique dépasse le simple droit de propriété pour devenir un facteur d'explication de tout le droit. M. le professeur CHEROT, d'après ce constat, propose une mise en ordre de l'influence économique sur la théorie générale du droit par l'exposé des trois principales thèses, une sur le comportement des hommes face à la règle de droit et sur le rôle de la règle de droit ; une sur le rôle de l'État face au droit ; et enfin, une sur les critères de décision de l'État dans la détermination du contenu de la règle de droit (in, J.-Y. CHEROT, *Trois thèses de l'analyse économique du droit, R.R.J.-Droit prospectif*, 1987/2, p. 443). Pour une meilleure compréhension de ces systèmes complexes : M. le professeur GARELLO propose à la fin de son étude une synthèse par des tableaux de l'analyse économique du droit (in, J. GARELLO, *Droit et Économie : Quel droit ? Quelle Économie ?*, R.R.J.-Droit prospectif, 1987/2, p. 624). Enfin, v. E. MACKAAY, *Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? R.R.J.-Droit prospectif*, 1987/2, p. 419.

²²¹ C. ATIAS, *La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face-à-face, RRJ-Droit prospectif*, 1987-2, p. 477, spéc. n°10.

²²² R. COASE, *The Nature of the Firm, Economica*, Novembre 1937; *The problem of Social Cost, Journal of Law and Economics*, 3, 1960. Père fondateur de la théorie des coûts de transaction, il obtint le Prix Nobel d'économie en 1991. Le théorème de COASE sur les coûts de transaction peut se définir ainsi : « dans un monde où les coûts de transaction sont nuls et où les droits de propriété sont correctement définis, le jeu des échanges et des marchandages auxquels les agents procèdent aboutit à l'allocation optimale des droits, et ceci, quelle que soit leur répartition initiale » (cité par Y. MENIERE, *Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie, propr. ind.* octobre 2010, p. 12).

²²³ R. POSNER et W. LANDES, *The Economic Structure of Intellectual Property Law, The Belknap Press of Harvard University Press*, Cambridge, Massachusetts, 2003.

en ces termes : « partant de l'idée hayékienne qu'à l'image des espèces biologiques et végétales, les organisations humaines subissent une sorte de sélection naturelle qui, par un lent processus d'essais et d'erreurs, conduit à l'élimination des formes institutionnelles les moins adaptées à leur environnement »²²⁴. Est-ce véritablement cette logique que l'on souhaite imprimer au droit de propriété intellectuelle ? Oui, ont répondu certains juristes pour le droit commun des biens²²⁵. Ainsi, « la propriété s'est dégagée progressivement à la fois comme procédé de gestion des biens et comme mécanisme économique »²²⁶. La propriété apparaît alors en priorité comme un droit d'exclure les autres des utilités de sa chose²²⁷.

Dans le giron de cette « idée mère », se développerait le caractère juridique des choses incorporelles, pour que le droit puisse les saisir²²⁸. De ce processus de dématérialisation sortiraient des objets juridiques qui se présenteraient aux portes de la qualification de l'objet de la propriété intellectuelle, la création. Tout cela serait parfait si seulement, la valeur ne devenait pas, dans notre droit de la propriété intellectuelle, un peu trop « forte ».

46.- La valeur, une « idée-force ». La force de la valeur économique est telle qu'elle a réussi à s'imposer aux qualifications les plus fondamentales de notre droit sans que l'on ait pris le temps de sa définition.

Que recouvre-t-elle exactement ? Où puise-t-elle les origines de son existence ? Quels sont ses liens précis avec le droit commun des biens ? Plus important encore, est-elle présente dans

²²⁴ Cette théorie est un résumé effectué par H. LEPAGE, économiste, qu'il a appliqué à la propriété privée dans la suite de son étude, H. LEPAGE, *Analyse économique et théorie du droit de propriété*, Droits, 1985, p. 91.

²²⁵ SAVATIER le prédisait en ces termes : « que ce soit un devoir et une nécessité, pour les juristes, d'ouvrir leurs fenêtres sur l'économie politique, s'ils veulent voir clair chez eux, et comprendre les transformations de la vie juridique, cet ouvrage s'emploie à en montrer l'évidence. Mais nous pensons qu'aujourd'hui cette nécessité a trouvé l'audience auprès des juristes, et leur deviendra de plus en plus familière » (*in*, R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, t. 2, Dalloz, 1964, n°61, p. 92). Son Chapitre est d'ailleurs intitulé « Pour que se comprennent et collaborent économistes et juristes ». Rapp. M. SIMONNOT propose une analyse intéressante de la théorie économique du droit de propriété par l'intermédiaire du droit romain. Il en dégage d'ailleurs l'efficiency du droit romain au sens économique du terme (*in*, P. SIMONNOT, *Économie du droit, t.2 : Les personnes et les choses*, éd. Belles Lettres, 2004, spéc. p. 163). – R. SEVE, *Droit et Économie : quatre paradigmes*, A.P.D. t. XXXVII, *Droit et Économie*, 1992, p. 63, l'auteur y distingue quatre modèles du rapport du droit et de l'économie.

²²⁶ C. ATIAS, *Ouverture, Destins du droit de propriété*, Droits, 1985, p. 5.

²²⁷ En ce sens, H. LEPAGE, *Analyse économique et théorie du droit de propriété*, Droits, préc. p. 92 : « Détenir des droits, c'est avoir l'accord de autres membres de la communauté pour agir d'une certaine manière et attendre de la société qu'elle interdise à autrui d'interférer avec ses propres activités, à la condition qu'elles ne soient pas prohibées ».

²²⁸ Sur la définition de la chose juridique, v. *infra* n°91.

notre si sensible domaine de la santé ? Voici, les toutes premières questions que nous devons nous poser. Ensuite, seulement, nous pourrions mesurer sa force de pénétration dans notre propriété intellectuelle et analyser les conséquences qu'elle engendrera à la fois sur l'objet de la propriété intellectuelle et sur la logique même de ce droit. Nous établirons, en quelque sorte le diagnostic de la valeur économique sur l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé (*Titre 1*).

Sans abandonner ce concept, qui nous semble essentiel au droit, la valeur deviendra force de proposition, en nous obligeant à nous questionner sur les spécificités des objets du domaine de la santé. Mais également, à réfléchir au sens que doit avoir la propriété intellectuelle dans ce domaine qui la questionne tellement. OPPETIT le suggérait, « la règle est légitime si le but vaut la peine d'être atteint et par là même, s'établit un lien nécessaire entre but et valeur »²²⁹. Cette quête de légitimité de la propriété intellectuelle est indispensable pour le domaine de la santé. Elle permettrait d'éviter les mouvements de contestations vives qu'elle subit actuellement, dans un domaine auquel elle pourrait tant apporter. À cet effet, nous pronostiquerons les bienfaits de la valeur sociale des objets du domaine de la santé sur l'objet de la propriété intellectuelle (*Titre 2*).

²²⁹ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 205 (Chap.4 : *Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international*). Rappr. J. ELLUL, *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, *A.D.P.* n°8, *Le dépassement du droit*, Sirey, 1963, p. 21 et spéc. p. 23 : « L'intervention juridique suppose (...) une volonté d'imposer une certaine orientation au corps social pour réaliser (...) certaines valeurs ».

TITRE 1

LE DIAGNOSTIC DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

47.- La présence de la valeur économique dans l'étude de la propriété intellectuelle du domaine de la santé. Étudier l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé à travers le prisme de la valeur économique peut surprendre à un double niveau.

Tout d'abord, au niveau du domaine de la santé. En effet, il est loin d'être évident que les objets du domaine de la santé, vitaux, soient imprégnés de valeur économique. Et pourtant, ces objets entourent, dans le commerce, des marchandises autrement plus banales. Or, si tant est que l'on admette l'existence d'une valeur économique sur ces objets, il semble également difficile que l'on puisse les évaluer. Cette question interroge l'origine de la valeur économique, c'est-à-dire les modalités de son apparition, mais également ses limites. Concrètement, quelle est la valeur d'un séquençage de 140 000 gènes ?²³⁰ Nos méthodes de découverte de la valeur des choses et de comptabilité permettent-elles de donner une valeur d'échange à de tels objets ? Ce qui nous conduit au second niveau d'analyse.

Au niveau de la propriété intellectuelle, ensuite, nous tenterons de répondre à l'interrogation de M. DANET, « La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ? »²³¹. En effet, il a déjà été expliqué que la valeur économique était indispensable dans le processus de dématérialisation des choses²³². En d'autres termes, c'est elle qui permet d'appréhender les choses incorporelles dans un droit des biens, baigné de corporalité. Est-ce que la valeur économique a seulement ce rôle de révélateur de l'incorporalité des choses ou va-t-elle au-delà en devenant force de proposition des biens juridiques ? On serait tenté à la lumière des précédentes limites exposées en matière de génétique, de dire que, puisque l'on n'est pas capable de déterminer la valeur de certains biens, il ne serait pas question d'en déduire leur catégorie juridique. Ou alors, formerait-on, en toute conscience, un colosse aux pieds d'argile ?

²³⁰ Cet exemple est inspiré des propositions de J. RIFKIN, *L'âge de l'accès*, La découverte, 2008, pp. 73-74.

²³¹ D. DANET, *La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ?*, R.I.D.E. 1993, p. 5.

²³² V. *supra* n°16.

La valeur économique est donc bien présente tant dans le domaine de la santé que dans le domaine de la propriété intellectuelle. Reste alors à déterminer la portée de son rayonnement.

48.- L'influence de la valeur économique sur l'étude de la propriété intellectuelle du domaine de la santé. Depuis, SAVATIER il ressort un consensus : « Le “ bien ” des juristes doit rejoindre, aussi exactement que possible, la “ richesse ” des “ économistes ” »²³³. Nous serions en présence d'une notion, qui fonderait une des catégories juridiques les plus importantes de notre droit, celle de bien, alors que nous ne savons même pas ce qu'elle recouvre exactement. On pourra toujours arguer que la définition de la valeur économique est une « tâche (...) impossible »²³⁴ ou que l'on peut se contenter du constat de l'utilité et de la rareté. Rares sont les écrits de juristes qui ont pris le temps de s'intéresser aux origines de ce concept économique, en lien si étroit avec notre discipline²³⁵. Est-ce alors par la simplicité de la question que nous l'avons délibérément occultée ? Quelle prétention, lorsque l'on sait que la notion de valeur économique a été façonnée pendant des siècles par la réflexion des plus grands penseurs de la science économique. Elle aurait même été pour MARX la base de tout son système. Elle mérite par conséquent que l'on s'y attarde, modestement, ne serait-ce que pour mettre en évidence sa présence dans le domaine de la santé (*Chapitre 1*). Mais rechercher l'origine de la valeur économique ira bien au-delà de cette identification. La proposition de SAVATIER le laisse pressentir. En effet, des liens étroits seront tissés entre l'acception que nous avons aujourd'hui de la notion de bien et les concepts qui forment la valeur économique. Nous remarquerons alors, à quel point la valeur économique n'est pas seulement utile dans un processus de dématérialisation des choses, mais qu'elle sert de fondement à la notion de bien, ce qui ne sera pas sans influence sur l'objet de la propriété intellectuelle (*Chapitre 2*).

²³³ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3^e série, Dalloz, 1959, n°497, p. 171.

²³⁴ E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. dactyl., Toulouse I, 2002, p. 53), en considérant que la question est bien plus philosophique que juridique. Certains se sont confrontés à cette difficile, mais obligatoire définition, v. notamment R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. MAYER, LGDJ, 1992, T. 225, n°48, p. 39 : « La valeur est un mode de rapport, de comparaison, entre les différents biens en circulation, qui permet de dépasser leurs caractères hétérogènes ». La valeur est donc pour cet auteur, le critère de comparaison des biens dont l'étalon sera la monnaie. Mais rechercher une telle définition n'interroge pas les origines du concept, à savoir, comment la valeur économique apparaît.

²³⁵ Nous espérons le trouver dans le récent ouvrage de Mme KRIEF-SEMITKO (*in*, C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français Essai sur les biens, la propriété et la possession*, éd. L'Harmattan, 2009, pp. 66-69, où l'auteur définit la valeur économique comme une valeur d'échange, ce qui nous semble lacunaire.

CHAPITRE 1

LA DÉFINITION DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

49.- La valeur économique des objets du domaine de la santé. Dans le langage courant, on avance avec aisance que, « la santé n'a pas de prix ». La difficulté surgit lorsqu'il s'agit de rechercher une valeur économique à ces produits essentiels à l'homme. Or, les choses incorporelles ayant comme support un produit de santé apparaîtront à la vie juridique par leur valeur économique. Que recouvre-t-elle ? Quels sont les facteurs de son apparition ?²³⁶ Et surtout, en quoi cette définition aura une influence sur les objets du domaine de la santé ? Un détour extrajuridique, pour découvrir les théories économiques des XIX^e et XX^e siècles qui ont forgé ce concept de valeur, s'impose. Mais au préalable, il convient de procéder à une élection sur la méthode d'appréhension de cette valeur économique.

50.- La décomposition rejetée : valeur d'usage et valeur d'échange. Réminiscence aristotélicienne²³⁷, la définition de la valeur chez l'économiste SMITH prend un double sens : « quelquefois, elle signifie l'usage d'un objet particulier, et quelquefois elle signifie la faculté que donne la possession de cet objet d'en acheter d'autres marchandises. On peut appeler l'une *valeur en usage*, et l'autre, *valeur en échange* »²³⁸. Toutefois, la neutralité de cette

²³⁶ Qui seront, de fait, les facteurs de la mise en lumière des choses incorporelles.

²³⁷ ARISTOTE, *Politique*, Trad. Française par J. Barthélemy Saint-Hilaire, 2^e éd., Paris, Dumont, 1848, Livre I, Chap. III, p.30, §11 : « Toute propriété a deux usages, qui tous deux lui appartiennent essentiellement, sans toutefois lui appartenir de la même façon : l'une est spéciale à la chose, l'autre ne l'est pas. Une chaussure peut à la fois servir à chausser un pied ou à faire un échange. (...) ». Voir également l'étude de G. ROMEYER-DHERBEY, *Chose, cause et œuvre chez Aristote, A..P.D.*, T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 127 et spéc. p. 136 : « Aristote interprète la différence entre valeur d'usage et valeur d'échange à l'aide de la différence ontologique entre essence et accident ; le manteau considéré dans sa valeur d'usage est considéré comme ce qu'il est vraiment en soi, mais pris dans sa valeur d'échange, il n'est alors utilisé que selon l'accident ». Relatant toujours la pensée d'Aristote, l'auteur souligne que la valeur d'usage est « propre à la chose » tandis que la valeur d'échange est « non propre à la chose ».

²³⁸ A. SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, Livre I, *Des causes qui ont perfectionné les facultés productives du travail , et de l'ordre suivant lequel ses produits se distribuent naturellement dans les différentes classes du peuple*, p. 33. Les valeurs d'usage et d'échange au sein d'un même bien sont à la fois « irréductibles », car l'une ne pouvant remplacer l'autre, et « profondément liées », car l'une sans l'autre n'existerait pas, c'est ce que l'on désigne comme *l'unité dialectique de la marchandise*, comme l'explique C. MOUCHOT, *Les théories de la valeur*, Economica, 1994, p. 8.

conception, qualitative et quantitative²³⁹, ne permet pas d'engager de réflexion sur l'influence de la valeur économique dans la délimitation de l'appropriable en matière de santé.

51.- La décomposition retenue : « valeur-travail », « valeur-utilité » et « valeur-rareté ».

Les théories de la « valeur-travail » et de la « valeur-utilité », qui constituent les deux principaux courants de la pensée économique, offrent une dynamique intéressante. Prenant la valeur d'usage d'une chose comme première condition²⁴⁰, elles cherchent les déterminants essentiels à la valeur d'échange²⁴¹. Or l'origine de la valeur économique se trouve soit dans le travail – la théorie de la « valeur-travail » - soit dans l'utilité et la rareté – les théories de la « valeur-utilité » et « valeur-rareté ». La recherche sur l'origine de la valeur d'échange a pour but d'expliquer l'apparition de la valeur dans les choses incorporelles et de comprendre son traitement par le droit des biens²⁴². Cette approche, plus engagée, nous permettra, par la suite, de mettre en lumière la frontière tracée entre l'inappropriable et l'appropriable dans le domaine de la santé²⁴³.

Il est par conséquent nécessaire de définir, selon l'ordre chronologique de leurs apparitions²⁴⁴, la « valeur-travail » (*section 1*) et la « valeur-utilité et rareté » (*section 2*).

²³⁹ Qualitative, d'une part, parce que la valeur d'usage d'une chose se révèle en fonction des qualités intrinsèques d'une chose (v. *infra*, avec la notion d'*utilité*). Et quantitativement, d'autre part, parce que la valeur d'échange est souvent confondue avec la notion de *prix*, c'est-à-dire le rapport entre les quantités de choses échangées (en ce sens, L. DEVIÉS, *La détermination de la valeur vénale*, Sirey, 1937, spéc. p. 5 : « Identité de la notion de valeur et de la notion de prix »). Rappr. K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique, Livre premier : Le développement de la production capitaliste*, t. I, 1867, Trad. française J. Roy, Paris, Éditions sociales, 1969, p. 53 : « Comme valeur d'usage, les marchandises sont avant tout de qualité différente ; comme valeur d'échange, elles ne peuvent être que de différente quantité ».

²⁴⁰ Cet élément est très important : la valeur d'usage, l'usage des propriétés physiques d'une chose, sert aussi bien de point de départ à la théorie de la « valeur-travail » qu'à la théorie de la « valeur-utilité-rareté ».

²⁴¹ Cette théorie n'est aucunement en contradiction avec la dichotomie « valeur d'usage » et « valeur d'échange » ; elle la complète, en recherchant l'origine de la valeur (sur ce point v. A. WALRAS, *Mémoire sur l'origine de la valeur d'échange*, 1849, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002.).

²⁴² Sachant effectivement, que seul le droit est celui qui rendra effective la valeur sur un marché.

²⁴³ *Felix qui potuit rerum cognoscere causas* ((Heureux celui qui a pu pénétrer les causes secrètes des choses)...

²⁴⁴ L'importance de l'*utilité* d'un bien est soulignée depuis des millénaires, puisqu'elle se rapproche de la notion de *valeur d'usage* employée par Aristote. Elle ne constituera un fondement à une théorie de la valeur qu'à partir de SAY, v. *infra* n°66 et s.

Section 1

La « valeur-travail »

52.- De l'École anglaise à la théorie marxienne. La valeur fondée sur le travail²⁴⁵ incorporé à la chose tient une place éminente dans les théories économiques. Enseignée pour la première fois par l'École anglaise (*paragraphe 1*), la « valeur-travail » retentira en économie et en sociologie dans l'interprétation livrée par MARX²⁴⁶, à la fin du XIXe siècle (*paragraphe 2*). Enfin, il sera nécessaire de recentrer cette question sur le domaine de la santé, afin de connaître son impact (*paragraphe 3*).

Paragraphe 1

La « valeur-travail » par l'École anglaise

53.- Contexte. Au cœur de la révolution industrielle en Angleterre se construit la pensée classique, un des plus importants courants de la théorie économique. Analysant avec une grande acuité son époque, le « père du libéralisme », SMITH²⁴⁷, accompagnera les

²⁴⁵ Le terme de *travail* trouve son origine dans le mot latin *trepalium*, qui désigne un instrument de torture. En ce sens, les premières définitions présentées par le Grand Robert de la Langue française (*in, Le Grand Robert de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, 2^e éd., 2001, *V°Travail*) décrivent « l'état d'une personne qui souffre » ou encore le « travail de l'accouchement »... Mais le sens courant de ce terme est celui retenu dans l'approche sur la « valeur-travail » : « Ensemble des activités humaines coordonnées en vue de produire ou de contribuer à produire ce qui est utile ou jugé tel ; état, situation d'un homme qui agit avec suite en vue d'obtenir un résultat ». Ainsi, on remarque que le travail se situe en amont de l'utilité, et qu'il en est la source, comme l'argumentation de l'École anglaise le démontre.

²⁴⁶ K. MARX (1818-1883) dont la principale œuvre est : *Le capital. Critique de l'économie politique*, 1867, Trad. française J. Roy, Paris, éd. Sociales, 1975.

²⁴⁷ A. SMITH (1723-1790) dont la principale œuvre est : *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002. Cet ouvrage est majeur dans la science économique et en est considéré comme « une pierre fondatrice », en ce sens, B. PREVOST, *Adam Smith : vers la fin d'un malentendu ?*, *L'Économie Politique* 2001/1, n°09, p. 101. Il défend un hymne au marché et au capitalisme autorégulé par la concurrence. Il développa les concepts encore utilisés et discutés aujourd'hui, tels que la concurrence pure et parfaite, la rationalité des agents, *l'homo œconomicus*, etc. Il est également le penseur de la *main invisible*, qui guide les individus vers des fins qui coïncident avec le bien commun. Ainsi, génératrice de l'harmonie sociale, son rayonnement dépasse le marché économique (Rappr. O. GARNIER, *La théorie néo-classique face au contrat de travail : de la « main invisible » à la « poignée de main invisible »*, *Le Travail, Marché, Règles, Conventions*, Economica, 1986, p. 315). Cette théorie de la main invisible est finalement remise en cause par les travaux de J.F. NASH, prix Nobel d'économie en 1994, pour la « théorie des jeux ». Résumée très sommairement, cette théorie ne fait pas concourir les joueurs pour un gain optimal (main invisible), mais de l'orientation de choix de chaque joueur qui pourrait leur permettre d'obtenir un gain individuel supérieur. Naîtra alors un équilibre entre les joueurs.

changements profonds de la société²⁴⁸ et transmettra son idéologie à ses pairs, notamment à RICARDO²⁴⁹.

54.- La « valeur-travail » selon SMITH. C'est à la suite d'une visite dans une manufacture d'épingles²⁵⁰ que SMITH formule sa théorie sur la division du travail. Les gains de productivité obtenus par la parcellisation du travail mettront en évidence que la source de la valeur d'un bien se trouve dans le *travail* nécessaire à sa production²⁵¹. Il s'agit d'un *travail productif*, « qui ajoute à la valeur de l'objet sur lequel il s'exerce »²⁵², à la différence du *travail improductif*, « ne produit aucune valeur ; il ne se fixe ni ne se réalise sur aucun objet ou chose qui puisse se vendre, qui subsiste après la cessation du travail et qui puisse servir à procurer par la suite une pareille quantité de travail »²⁵³. Ainsi, la quantité de travail

²⁴⁸ Le philosophe écossais a joué un rôle moteur lors de la révolution industrielle en Angleterre – qui contribue à expliquer sa précocité par rapport aux autres pays européens – et ses écrits conservent une certaine actualité en cette période de crise économique et sociale mondiale. Certains les dénoncent, comme ayant servi de base à l'ultralibéralisme, et notamment à l'École de Chicago, sur ce point : P. LEGE, *Le mirage du libéralisme hayékien*, *Revue Française de Socio-économie*, 2009, n° 3, p. 77 ; d'autres les plébiscitent et trouvent en eux les outils pour une économie de marché dynamique réalisant l'harmonie sociale (en ce sens, v. notamment, G. RAVEAUD, *Réhabiliter Adam Smith, Alternatives économiques*, n°280, mai 2009, p. 88).

²⁴⁹ D. RICARDO (1772-1823) dont la principale œuvre est : *Les principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1817, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002.

²⁵⁰ Surannées pour nos esprits du XXI^e siècle, les manufactures d'épingles ont constitué de véritables modèles pour l'essor de l'économie industrielle et de riches objets d'étude pour les philosophes et économistes de l'époque, en ce sens, v. J.-L. PEAUCELLE, *Les innovations techniques et organisationnelles dans la fabrication des épingles*, *Innovations*, 2008/1, n°27, p. 27.

²⁵¹ C. ECHAUDEMAISON, *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Nathan, 2006, V° *Théorie de la valeur* et V° *Valeur travail*.

²⁵² A. SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, p. 52.

²⁵³ *Ibid.* p. 53. L'auteur cite au titre des illustrations du travail improductif : « Le souverain, par exemple, ainsi que tous les autres magistrats civils et militaires qui servent sous lui, toute l'armée, toute la flotte (...) les ecclésiastes, les gens de loi, les médecins, et les gens de lettres de toute espèce, ainsi que les comédiens, les farceurs, les musiciens, les chanteurs, les danseurs d'Opéra, etc. (...) La plus noble et la plus utile [de ces professions] ne produisent par son travail rien avec quoi on puisse ensuite acheter ou faire pareil quantité de travail ». Selon SMITH, les résultats de cette industrie ne sont pas des *produits*, mais des *richesses*.

Contra. J.-B. SAY, *Traité de l'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent ou se consomment les richesses, Livre I : De la production des richesses*, 1803, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001, p. 109 : « Cependant l'industrie d'un médecin et si l'on veut multiplier les exemples, l'industrie d'un administrateur de la chose publique, d'un avocat, d'un juge, qui sont du même genre, satisfont à des besoins tellement nécessaires, que sans leurs travaux nulle société ne pourrait subsister. (...) Ils sont tellement réels, qu'on se les procure au prix d'un autre produit qui est matériel, auquel Smith accorde le nom de richesse, et que, par ces échanges répétés, les producteurs de produits immatériels acquièrent des fortunes ».

Cette comparaison est d'autant plus riche, qu'elle renseigne sur l'avènement des propriétés intellectuelles. En effet, à l'époque à laquelle SMITH écrivait la *Richesse des Nations* (publiée en 1776), bien qu'empreint d'un libéralisme précurseur et dans un contexte capitaliste favorable, l'homme n'avait pas atteint le paroxysme de sa

incorporée dans les choses leur donnera un prix naturel, nécessairement inférieur au prix de marché. Ce dernier étant le prix de la chose librement négociée²⁵⁴.

Cette théorie de la « valeur-travail » est dite *objective*²⁵⁵, car le facteur travail est totalement détaché de la conscience humaine, de ses désirs ou de ses besoins²⁵⁶. Plus facilement perceptible et aisément compréhensible, la « valeur-travail » séduit à l'époque, plus que la valeur fondée sur *l'utilité*²⁵⁷. En effet, les premières théories sur la valeur, notamment celles des physiocrates²⁵⁸, se fondaient sur *l'utilité*, et avec beaucoup de bons sens considéraient que

liberté et donc de l'expression de sa propriété, ni en Angleterre, ni en France. Ce n'est que sous la plume d'un Français postrévolutionnaire, tel que, notamment, J.-B. SAY, que les produits, qu'il nomme immatériels (ayant quelques différences avec les propriétés intellectuelles), ont pris en économie leur légitime ampleur (v. notamment, le « Chapitre XIII : Des produits immatériels ou des valeurs qui sont consommés au moment de leur production, in J.-B. SAY, *Traité de l'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent ou se consomment les richesses, Livre I : De la production des richesses*, 1803, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001, p. 108).

²⁵⁴ Cet argument servira à la défense des salaires du travail, qui doivent être traités comme le prix de n'importe quelle marchandise. L'importance de ces questions a traversé les 250 années qui nous séparent des propos alors tenus par A. SMITH, *Lectures on jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 495-6, citée par A. LAPIDUS, *Détour de valeur*, Paris, Economica, p.58 « Un homme a donc le prix naturel de son travail quand il suffit à le faire subsister pendant le temps de travail, à couvrir les dépenses d'éducation, et à compenser le risque d'une vie trop brève et d'un échec dans les affaires. Quand un homme a ceci, le travailleur est suffisamment stimulé, et la marchandise sera fabriquée en proportion de la demande ».

Et pour une analyse contemporaine de ces questions, v. Th. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préf. F. ZENATI, Litec, coll. *bibl. dr. entreprise*, t. 28, 1992, spéc. p. 365 : « La force de travail est source de valeur. Son existence comme objet de contrat suffit à l'attester : elle est une valeur d'échange parce qu'elle est source de valeurs pour celui en obtenant la jouissance. Et elle est aussi source de valeurs pour le salarié conférant à un tiers la jouissance de sa force de travail : la rémunération obtenue en contrepartie constitue, pour lui, le produit de sa force de travail ».

²⁵⁵ Par opposition à la théorie *subjective* des néo-classiques : la « valeur-utilité ». Pour d'autres définitions de ces notions v. P. BEZBAKH et S. GHERARDT, *Dictionnaire de l'économie*, Larousse, 2008, V° *Valeur*. – M. LAKEHAL, *Dictionnaire d'économie contemporaine et des principaux faits politiques et sociaux*, Vuibert, 2001, V° *Théorie de la valeur*.

²⁵⁶ D. RICARDO, *Les principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1817, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, p. 9, affirme que « ce n'est pas l'utilité qui est la mesure de la valeur échangeable, quoiqu'elle lui soit absolument essentielle ».

L'offre, la production, créera le besoin et non l'inverse. Référence est ici faite à la loi de « l'offre et de la demande ». Quant à la préférence entre la théorie de l'offre – l'offre crée la demande développée par J.-B. SAY, *Traité de l'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent ou se consomment les richesses*, 1803, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001 – et celle de la demande – à travers la demande effective, théorisée par J.-M. KEYNES, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, 1936, Trad. Française, 1942, éd. Payot, p. 34 et s. – elle dépasse notre objet d'étude.

²⁵⁷ En ce sens, C. GIDE, *Principes d'économie politique*, 1931, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2004, p. 51 : « Dire qu'une montre vaut cent fois plus qu'une chemise parce qu'elle a coûté cent fois plus de travail, tout le monde comprend ; mais dire qu'elle est cent fois plus utile ou plus rare, on n'y comprend rien. En outre, dire que la valeur est créée par le travail, c'est répondre, semble-t-il, à une idée de justice ».

²⁵⁸ L'illustre représentant de ce courant était F. QUESNAY (1694-1774), dont l'ouvrage majeur est *Tableau économique*, 1758, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2006. Les physiocrates ont l'originalité

plus une chose satisfaisait certains besoins – était utile – plus elle valait. SMITH souhaitait dépasser le concept d'*utilité*²⁵⁹ au motif qu'il ne permettait pas d'expliquer le « *Paradoxe de l'eau et du diamant* »²⁶⁰. Ce paradoxe se traduit en ces termes : il n'y a rien de plus utile que l'eau, mais elle ne peut presque rien acheter ; elle ne suscite aucun échange. Un diamant, au contraire, n'a presque aucune valeur quant à l'usage, mais on trouvera fréquemment à l'échanger contre une très grande quantité d'autres marchandises²⁶¹. Et c'est précisément à partir de ce constat que SMITH affirmera sa préférence en la « valeur-travail »²⁶².

55.- La « valeur-travail » selon RICARDO. La conception de RICARDO de la « valeur-travail » prolonge et complète celle de SMITH. Elle la prolonge, car selon lui : « la valeur d'une marchandise, ou la quantité de toute marchandise contre laquelle elle s'échange, dépend de la quantité relative de travail nécessaire pour la produire »²⁶³.

d'expliquer l'économie comme le corps humain – QUESNAY était médecin avant de devenir économiste – c'est-à-dire, par une analyse globale des flux, des circulations d'échanges, etc. (Le *Tableau économique* se présente d'ailleurs comme un enchevêtrement de flèches liant les phénomènes macroéconomiques entre eux).

²⁵⁹ Et non, le nier. Ainsi, l'explique J. GENEREUX, *Les vraies lois de l'économie*, « ce qui a de la valeur n'a pas de prix », *Alternatives économiques*, n°185, octobre 2000, p.78 « Smith et Ricardo, tout en reconnaissant que l'utilité des biens constitue la nature de la valeur, pensent qu'elle ne permet pas d'expliquer la formation de la valeur dans les échanges ».

²⁶⁰ M. LAKEHAL, *Dictionnaire d'économie contemporaine et des principaux faits politiques et sociaux*, Vuibert, 2001, V° *Paradoxe de l'eau et du diamant*.

²⁶¹ A. SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, Livre I, *Des causes qui ont perfectionné les facultés productives du travail, et de l'ordre suivant lequel ses produits se distribuent naturellement dans les différentes classes du peuple*, p. 33. Dit autrement par l'auteur : « Des choses qui ont la plus grande valeur en usage n'ont souvent que peu ou point de valeur en échange ; et au contraire, celles qui ont la plus grande valeur en échange n'ont souvent que peu ou point de valeur en usage ». Pour l'auteur, ce qui constituera la valeur d'échange de l'eau, c'est le travail qu'aura l'homme pour la puiser, et de la même manière pour extraire les pierres précieuses. Autrement dit, la valeur d'échange de l'eau ou du diamant sera proportionnelle à la difficulté que l'on aura à amener l'eau ou le diamant et sa valeur d'usage (l'eau pour boire, et le diamant pour... être le meilleur ami de la femme) sur un marché.

²⁶² L'abandon par A. SMITH de l'*utilité* au profit du *travail* pour entrevoir l'origine de la valeur, provoquera les attaques les plus féroces de la part de théoriciens de la valeur subjective (utilité). Considérant qu'il ne résout en rien le paradoxe (que seule la théorie marginaliste y arrive, v. *infra* n°71), ils l'accusent d'avoir : « fourvoyé les sciences économiques », « fait perdre un siècle », « barrer pour les deux ou trois générations suivantes la porte ouverte de façon si prometteuse par ses prédécesseurs Français et Italiens [des mercantilistes de la renaissance à F. Quesnay] » (*nous ajoutons*). Ces propos des plus grands économistes (J. Schumpeter, E. Kauder, etc.) sont rapportés par E. PRIES, *Le paradoxe de la valeur chez Adam Smith*, *Revue économique*, 1978, vol. 29, n°4, p. 713.

²⁶³ D. RICARDO, *Les principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1817, *op. cit.*, p. 8.

A ce postulat de base, il ajoute que la valeur d'une marchandise est non seulement constituée par le *travail direct*, qui lui est incorporé, mais aussi, par le *travail indirect*. L'auteur entend par *travail indirect*, le travail nécessaire pour réaliser la marchandise c'est à-dire, la fabrication des outils, la conception des machines, la construction des bâtiments, etc.²⁶⁴

Avec SMITH, il convient également que, ce n'est pas l'utilité qui est la mesure de la valeur échangeable, même si elle lui est essentielle. Toutefois, et cela constitue une différence majeure entre les deux auteurs, il sépare les biens en deux groupes : ceux, dont la valeur ne dépend que de la quantité de travail incorporée, et ceux, dont la valeur ne dépend que de leur rareté²⁶⁵. Pour ces derniers, « nul travail ne pouvant en augmenter la quantité, leur valeur ne peut baisser que par suite d'une plus grande abondance »²⁶⁶. Mais peu d'objets entrent dans cette catégorie.

Il faudra attendre l'École néo-classique, à la fin du XIXe siècle pour voir resurgir la notion de *rareté*. En effet, ce courant édifié en réaction aux analyses de MARX nous conduit naturellement à les aborder.

Paragraphe 2

La « valeur-travail » par Marx

56.- La spécificité de l'analyse marxienne²⁶⁷. La théorie de la valeur développée par MARX se rapproche de celle de l'École anglaise, formulée un siècle plus tôt, dans le sens, où elle

²⁶⁴ En ce sens, D. RICARDO, *Les principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1817, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, p. 18. Ce travail hétérogène incorporé à la marchandise s'avère en réalité très difficile à mesure. Certains le taxeront même « d'imbroglia impossible à démêler, et surtout inutile ». Rapp. J. GENEREUX, *Les vraies lois de l'économie*, « ce qui a de la valeur n'a pas de prix », *Alternatives économiques*, n°185, octobre 2000, p.78.

²⁶⁵ D. RICARDO, *Les principes de l'économie politique et de l'impôt*, *op. cit.* p. 9 : « Les choses, une fois qu'elles sont reconnues utiles par elles-mêmes, tirent leur valeur échangeable de deux sources, de leur rareté, et de la quantité de travail nécessaire pour les acquérir ». Pour la coïncidence entre le niveau de production et le niveau de demande d'une chose (le juste milieu entre l'abondance et la rareté), il faudra attendre J.-B. SAY et sa loi des débouchés (*toute offre crée sa propre demande*).

²⁶⁶ D. RICARDO, *Les principes de l'économie politique et de l'impôt*, *op. cit.* p. 9. Il cite à titre d'illustration : les tableaux précieux, les statues, les livres et les médailles rares, les vins d'une qualité exquise, etc.

²⁶⁷ Il ne s'agit point d'un néologisme. Le terme *marxien* présente le double avantage de ne traiter que la pensée de MARX, ce qui est, pour cette étude, amplement suffisant, et non de tous ceux qui se déclareront « marxistes » - MARX lui-même ne se reconnaissait pas parmi les *marxistes* ; mais aussi de se concentrer sur la méthode scientifique de MARX, évitant ainsi toute apologétique de la doctrine marxiste.

reprend l'idée que la valeur se fonde sur le travail²⁶⁸. Toutefois, si le *travail* est, pour l'École anglaise, la *cause* de la valeur, pour MARX, le travail est bien au-delà, puisqu'il constitue la *substance* même de la valeur²⁶⁹. Autrement dit, le travail ne sert pas seulement à expliquer la valeur des choses, il est essentiellement lié à la valeur, sans lui, elle n'existerait pas.

Concrètement, l'École anglaise considérait que des quantités de travail égales donnaient aux choses une valeur égale, en tout temps, en tous lieux²⁷⁰. L'apport de la théorie marxienne de la valeur va permettre de préciser pour la première fois *quel* travail forme la valeur et comment et pourquoi il la forme²⁷¹. Ainsi, pour reprendre ces interrogations avec le plus de fidélité et de concision que possible²⁷², il faudra examiner la valeur à travers une double démarche quantitative, la grandeur de la valeur, et qualitative, la forme de la valeur.

57.- La grandeur de la valeur. L'approche quantitative de la valeur est, ce que MARX appelle, la *grandeur de la valeur*. C'est-à-dire, la quantité de travail détermine la valeur des

²⁶⁸ En ce sens, K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique, Livre premier : Le développement de la production capitaliste*, t. I, 1867, Trad. française J. Roy, Paris, Éditions sociales, 1969, p. 26 (dans la postface de la deuxième édition allemande) : « Déjà en 1871, N. I. Sieber professeur d'économie politique à l'université de Kiev, dans son écrit intitulé : *Téoria tsennosti i Kapitala D. Ricardo* (Théorie de la valeur et du capital de Ricardo) avait démontré que ma théorie de la valeur, de l'argent et du capital était, dans ses traits fondamentaux, le développement nécessaire de la doctrine Smith-Ricardo ».

²⁶⁹ K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique, Livre premier : Le développement de la production capitaliste*, *op. cit.* p. 56 : « Nous connaissons maintenant la substance de la valeur : c'est le travail ». Cette approche de la valeur-travail aura un développement essentiel dans la théorie du fétichisme de la marchandise, v. *supra.* n°139. En ce sens, I. I. ROUBINE, *Essai sur la théorie de la valeur de Marx*, 1^e éd., trad. par J.-J. Bonhomme, Paris, éd. F. Maspero, 1978, p. 111 : « La théorie de la valeur-travail n'a pas découvert la condensation matérielle du travail dans les objets qui sont les produits du travail ; cela a lieu dans toutes les formations économiques, c'est la base technique de la valeur (...). La théorie de la valeur-travail a découvert le fétiche, l'expression réifiée du travail social dans la valeur des choses ».

²⁷⁰ Par exemple, 100 heures de travail d'un cordonnier, pour des souliers, valent 100 heures de travail de l'ébéniste, pour une table en bois. Ils peuvent alors les échanger, les souliers et la table ont la même valeur, car ils nécessitent la même dépense de travail en force humaine. Un des prédécesseurs d'A. Smith disait avec beaucoup plus de justesse : « Un homme s'est occupé pendant une semaine à fournir une chose nécessaire à la vie... et celui qui lui en donne une autre en échange ne peut pas mieux estimer ce qui est en l'équivalent qu'en calculant ce qui lui a coûté exactement le même travail et le même temps. Ce n'est en effet que l'échange d'un travail d'un homme dans une chose durant un certain temps contre le travail d'un autre homme dans une autre chose durant le même temps » (cité par K. MARX, *Ibid.* p. 57)

²⁷¹ C'est précisément cette explication du « caractère double du travail », qui fait apparaître la *grandeur* de la valeur, son aspect *quantitatif*, et la *forme* de la valeur, son aspect *qualitatif*, que K. MARX considère « comme le cœur de sa théorie de la valeur » (in I. I. ROUBINE, *Essai sur la théorie de la valeur de Marx*, *op. cit.*, p. 109, citant une correspondance entre de Marx à Engels du 24 août 1867, in *Lettres sur « Le Capital »*, Paris, Ed. sociales, 1964, p. 174).

²⁷² Pour cela, les ouvrages de I. I. ROUBINE, *Essai sur la théorie de la valeur de Marx*, *op. cit.* et de R. ARON, *Le marxisme de Marx* (Ed. de Fallois, 2002) auront été d'une précieuse utilité.

marchandises²⁷³. Elle est la mesure de la valeur. Ainsi, toutes les marchandises deviennent le produit de la cristallisation du travail humain et la valeur d'échange est proportionnelle à la quantité de travail humain ou social qui a été investie dans chacune des marchandises. À travers cette citation, il apparaît que le travail chez MARX a un double caractère : il est utile et social²⁷⁴. Utile, car le travail est le *générateur* de la valeur d'usage des choses²⁷⁵. En effet, sans la force de travail de l'homme, une chose ne serait pas utile, et ne répondrait à aucun besoin, donc n'aurait pas de valeur d'échange²⁷⁶. Ce critère est toutefois très insuffisant, car identique au critère de l'École anglaise, il ne prend en compte que le travail individuel, le travail concret fait sur la chose²⁷⁷. Or, MARX considère que pour avoir une vision exacte du travail qui forme la substance de la valeur, il faut s'attacher au *travail social*. Le travail social est « la force de travail de la société tout entière », il va servir de base pour calculer « le temps de travail nécessaire en moyenne ou le temps de travail socialement nécessaire »²⁷⁸. Le travail

²⁷³ K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique, Livre premier : Le développement de la production capitaliste, op. cit.* p. 56 : donne une définition de la marchandise : « Une chose peut-être une valeur d'usage sans être une valeur. Il suffit pour cela qu'elle soit utile à l'homme sans qu'elle provienne de son travail. Tels sont l'air des prairies naturelles, un sol vierge, etc. Une chose peut être utile et produit du travail humain sans être une marchandise. Quiconque, par son produit, satisfait ses propres besoins ne crée qu'une valeur d'échange personnelle. Pour produire des marchandises, il doit non seulement produire des valeurs d'usage, mais des valeurs d'usage pour d'autres, des valeurs d'usage sociales. Enfin, aucun objet ne peut être une valeur s'il n'est une chose utile. S'il est inutile, le travail qu'il renferme est dépensé inutilement et conséquemment ne crée pas de valeur ».

²⁷⁴ *Ibid.* p.61 : « Il n'y a pas à proprement parler, deux sortes de travail dans la marchandise, cependant le même travail y est opposé à lui-même, suivant qu'on le rapporte à la valeur d'usage de la marchandise comme à son produit, ou à la valeur de cette marchandise comme à sa pure expression objective. Tout travail est d'un côté dépense, dans le sens physiologique, de force humaine et à ce titre de travail humain égal, il forme la valeur des marchandises. De l'autre côté, tout travail est dépense de la force humaine sous telle ou telle forme productive, déterminée par un but particulier, et à ce titre de travail concret ou utile, il produit des valeurs d'usage ou utilités. De même que la marchandise doit avant tout être une utilité pour être une valeur, de même le travail doit être avant tout utile, pour être censé dépenser de la force humaine, travail humain, dans le sens abstrait du mot ».

²⁷⁵ *Ibid.* p. 57 : « Le travail qui se manifeste dans l'utilité ou la valeur d'usage de son produit, nous le nommons tout simplement travail utile ».

²⁷⁶ *Ibid.* p. 52 : « La valeur d'échange apparaît d'abord comme un rapport *quantitatif*, comme la proportion dans laquelle des valeurs d'usage d'espèce différente s'échangent l'une contre l'autre, rapport qui change constamment avec le lieu et le temps. La valeur d'échange semble donc être quelque chose d'arbitraire et de purement relatif ; une valeur d'échange intrinsèque, immanente à la marchandise, paraît être, une *contradictio in adjecto* ».

²⁷⁷ Reprenons l'exemple de l'École anglaise : 100 heures de travail d'un cordonnier, pour des souliers, valent 100 heures de travail de l'ébéniste, pour une table en bois. Mais cela aboutit à l'incohérence suivante : « si la valeur d'une marchandise est déterminée par le *quantum* de travail dépensé pour sa production, plus un homme est paresseux ou inhabile, plus sa marchandise a de la valeur », *Ibid.* p. 54.

²⁷⁸ Pour le calculer plus précisément, le travail socialement nécessaire dépend de deux mesures : la mesure de la force sociale moyenne de travail et la mesure de la productivité du travail. *Pour mesurer la force sociale moyenne de travail*, K. MARX sépare la force de travail simple à la force de travail complexe, sur le schéma de la société civile dans laquelle « un général ou un banquier joue un grand rôle, tandis que l'homme pur et simple fait triste figure » (*Ibid.* p.59). C'est ainsi que, selon lui, « le travail complexe

socialement nécessaire est un concept abstrait, qui permet d'approcher au plus près l'aspect quantitatif de la valeur des marchandises.

58.- La forme de la valeur. Jusqu'à présent, seul l'aspect quantitatif de la valeur a été abordé. Mais elle recèle une dimension qualitative tout aussi importante nommée, *forme de la valeur*. Toute la théorie économique, selon MARX, repose sur deux concepts fondamentaux, en liaison constante, les forces productives de la société et les rapports sociaux de production entre les hommes. Ainsi, la valeur n'est pas seulement une grandeur, mais aussi l'expression des rapports sociaux entre les hommes²⁷⁹. Bien plus que son simple prix ou que la quantité d'autres marchandises contre laquelle elle pourra être échangée, la valeur indique que le produit était destiné à l'échange, à être introduit sur un marché, et que son producteur était lié aux autres membres de la société par des rapports de production, qui les définissent comme propriétaires des marchandises²⁸⁰. En définitive, la valeur d'échange d'une marchandise ne représente pas le travail accompli pour sa production, mais un travail rendu abstrait, débarrassé des considérations concrètes qui vient grossir le capital. La valeur est avant tout un rapport social et devient le pivot de l'analyse capitaliste. C'est précisément en cette dernière formulation, que l'analyse marxienne de la valeur, d'économique devient sociologique²⁸¹.

n'est qu'une puissance du travail simple ou plutôt n'est que le travail simple multiplié » (*Ibid.* p. 59). Le travail simple étant toujours inférieur quantitativement au travail complexe. Par exemple, le travail d'un tailleur va représenter un certain multiple du travail du tisserand.

Pour mesurer la productivité du travail, il faut avoir recours à une notion qui a pris un essor tout particulier au moment des révolutions industrielles : celle de productivité. La quantité de travail nécessaire pour fabriquer une marchandise dépendra de la répartition du travail, de la division du travail. Par exemple, l'augmentation de la productivité du travail, avec l'achat d'une machine, va faire diminuer la quantité de force de travail humaine nécessaire à la production de la marchandise, et partant, la valeur d'échange de la marchandise.

²⁷⁹ I. I. ROUBINE, *Essai sur la théorie de la valeur de Marx*, op. cit. p. 104 : « De ce point de vue, la valeur est une *forme sociale* que les produits du travail acquièrent dans le contexte de certains rapports de production entre les hommes ».

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 105 : Au-delà même, « ce n'est pas le travail en lui-même qui donne de la valeur au produit, c'est seulement ce travail qui est organisé sous une forme sociale déterminée ».

²⁸¹ *Ibid.* p. 112 : « Quand Marx considère la valeur comme une forme sociale du produit du travail, conditionnée par une forme sociale déterminée du travail, il met en avant l'aspect *qualitatif, sociologique*, de la valeur. Quand le procès de répartition du travail et le développement de la productivité du travail s'accomplissent sous une forme sociale donnée (...) c'est alors l'aspect *quantitatif* de la valeur » (nous soulignons). ROUBINE ajoute « L'erreur fondamentale de la plupart des critiques de Marx réside en ceci : 1) ils sont totalement incapables de comprendre l'aspect qualitatif, sociologique de la théorie de la valeur de Marx ; 2) ils limitent l'étude de l'aspect quantitatif à l'examen des proportions d'échange, c'est-à-dire aux rapports de la valeur quantitatifs entre les choses ; ils négligent les interrelations quantitatives entre les quantités de *travail social* qui se répartissent entre les différentes branches de la production » (nous soulignons). Il est d'ailleurs intéressant de trouver ce même passage chez de grands économistes contemporains. À l'instar de K. POLANYI (*in, La grande transformation. Aux origines politique et économique de notre temps* (1944) Gallimard, 2009). L'idée peut être résumée ainsi : c'est à la société de réguler les marchés et non aux marchés de réguler la société.

En conclusion, l'intérêt de la riche et complexe théorie marxienne de la valeur tient dans le fait que le travail social²⁸² est la substance de la valeur d'une marchandise. Or, il n'est possible de saisir ce travail social que sous son double aspect : quantitatif, où il représente la grandeur de la valeur, et qualitatif, où il exprime la forme sociale de la valeur.

Paragraphe 3

Les manifestations de la « valeur-travail » dans le domaine de la santé

59.- La mise en évidence d'un lien. En plus de la célèbre citation de Rousseau dans *l'Émile* : « La tempérance et le travail sont les deux vrais médecins de l'homme : le travail aiguise son appétit, et la tempérance l'empêche d'en abuser », il est comme évident de dire que le travail est indissolublement lié le domaine de la santé. Qu'est-ce que *l'art thérapeutique* sinon qu'une activité humaine orientée vers le soin et la guérison ? Comme le souligne Mme RASMUSSEN : « L'histoire de la pharmacie a toujours fait de la préparation du médicament et de sa mise en forme l'activité cardinale du professionnel, qui s'incarne dans un « art » et une science, valorisant un ensemble de gestes et de savoir-faire »²⁸³. De même, il est impossible d'obtenir des produits de santé sans l'intervention de la main de l'homme, qui permettra de dégager l'utilité médicinale d'une chose²⁸⁴. Enfin, distinguer que cette activité soit à destination de celui qui l'exerce ou d'autrui importe peu. Le travail étant effectué, la science économique, à travers les conceptions vues précédemment, permettra de comprendre s'il s'agit une finalité exclusivement privée, sans valeur, ou si l'activité est économique elle dégage une valeur d'échange.

²⁸² Travail social étant synonyme de travail humain ou de travail abstrait, dans l'œuvre de MARX.

²⁸³ A. RASMUSSEN, *Préparer, produire, présenter des agents thérapeutiques, Histoires de l'objet médicament, in Histoire et médicament, aux XIXe et XXe siècles*, sous la dir. de C. Bonah et A. Rasmussen, éd. Glyphe, 2005, p. 159, et spéc. p. 163. Du même auteur, v. aussi : *Les enjeux d'une histoire des formes pharmaceutiques : la galénique, l'officine et l'industrie (XIXe-début, XXe siècle)*, in *Entreprise et histoire, Industries du médicament et du vivant*, 2004, n°36, p. 12.

²⁸⁴ En ce sens, A. ASTRUC, *Précis des opérations pharmaceutiques à l'usage du pharmacien et de l'élève en pharmacie*, Montpellier, Coulet et fils, 1908, p. 14 : « On ne peut faire prendre à un malade des feuilles d'oranger, l'écorce de quinquina, l'aloès, l'iodure de potassium, tel que les pharmaciens se les procurent ; on est obligé de faire revêtir à ces drogues une forme, dire forme pharmaceutique, sous laquelle elles pourront être administrées. La tisane d'oranger, le vin de quinquina, les pilules d'aloès, le soluté de potassium représentent ces formes pharmaceutiques ».

60.- Hier. La conscience du besoin de se soigner²⁸⁵, et par voie de conséquence des premières formes de médicament est apparue dès le paléolithique. La nature est alors utilisée dans sa forme brute. M. DOUSSET explique que « l'homme primitif, ayant découvert très vite l'utilité ou la nocivité de certains végétaux, utilise déjà des plantes telles que la Valériane, la Camomille, l'Achillée, le Lin ou le Pavot »²⁸⁶. Les règnes animal et minéral sont aussi employés à la guérison et sont enrichis de la découverte du feu permettant d'extraire les principes actifs, par décoction ou par tisanes²⁸⁷. Ainsi, depuis les origines de l'art thérapeutique, l'activité humaine emploie les vertus d'une nature luxuriante.

61.- Aujourd'hui. La puissance de l'industrie pharmaceutique est le fruit d'un développement qui a commencé au XIX^e siècle²⁸⁸. En 1844²⁸⁹, l'interdiction d'obtenir un droit de brevet pour une invention pharmaceutique cantonne l'activité pharmaceutique à la réalisation par les apothicaires, droguistes, et pharmaciens des seules préparations admises au Codex²⁹⁰. Ainsi, « l'industrie du médicament était à l'origine un empilement de petites exploitations indépendantes et quasi artisanales cherchant à réparer la santé des particuliers »²⁹¹. L'industrie pharmaceutique moderne est apparue avec le développement des médicaments de synthèse issus de la chimie, au début du XX^e siècle. La fabrication des

²⁸⁵ Ce besoin est présent également chez les animaux, comme l'explique O. LAFFONT, *L'évolution de la législation pharmaceutique des origines à la loi de Germinal an XI*, R.H.P. n°339, 2003, p.361 : « Lorsque le chimpanzé se sent malade, il cueille des plantes purgatives qu'il s'administre lui-même, jouant à la fois le rôle de médecin, de pharmacien et de patient. Cela dans une parfaite indifférence à toute législation. Les premiers hommes agiront peu différemment ». Et aussi, J.-C. DOUSSET, *Histoire des médicaments, des origines à nos jours*, éd. Payot, Paris, 1985, p. 13, qui nous enseigne sur l'utilisation des hommes du paléolithique du sel ou de l'argile servant notamment à la cautérisation des plaies, de l'utilisation des cendres de certaines plantes, ou encore des capsules surrénales de gibier, riche en adrénaline à effet vasoconstricteur.

²⁸⁶ J.-C. DOUSSET, *Histoire des médicaments, des origines à nos jours*, op. cit., p. 13.

²⁸⁷ L'instinct et la magie étaient, à l'époque, indispensables à la pratique de cette médecine. En ce sens, J.-C. DOUSSET, op. cit., p. 14 : « Pour expliquer l'origine des maladies, leurs conséquences, la propagation de l'épidémie, l'homme a recours à la croyance en des forces naturelles : astres, soleil, lune, dieux ou les déesses. Croyances et superstitions jouent un rôle important dans l'art de guérir ». Instinct et magie à l'époque du Neandertal rappellent nécessairement le célèbre Sorcier Dansant dans les grottes de l'Ariège.

²⁸⁸ A. MOREAU, S. REMONT, N. WEINMANN, *L'industrie pharmaceutique en mutation*, La documentation française, 2002.

²⁸⁹ L'article 3 de la loi du 5 juillet 1844 excluait de la protection par brevet "les compositions ou remèdes de toute espèce", règle que l'on avait prétendu justifier par "l'incompatibilité entre une composition utile à l'humanité et une exploitation exclusive au profit d'un seul".

²⁹⁰ Le Codex est une pharmacopée.

²⁹¹ G. MENAHEM, *L'industrie pharmaceutique soumise aux logiques du capital*, in *La santé mondiale entre racket et bien public*, éd. Charles Léopold Mayer, 2004, p. 89, et spéc. p. 90.

médicaments s'envisage à plus grande échelle et reçoit l'appui du droit des brevets²⁹². La main de l'homme se porte de plus en plus de la chimie vers les biotechnologies, qui produisent plus de la moitié des médicaments sur le marché.

62.- Demain. Et si demain, justement, les médicaments issus des biotechnologies n'étaient plus intégralement fabriqués de la main de l'homme ? Si le vieux débat sur la Création Artistique Assistée par ordinateur²⁹³ était relancé à travers le programme BioIntelligence²⁹⁴. Ce programme associe l'éditeur de logiciel Dassault Systèmes, de grands laboratoires pharmaceutiques français et des organismes de recherche, pour modéliser sur ordinateur les réactions du corps humain au médicament, ce qui permettrait de connaître son efficacité et ses effets secondaires avant de le tester sur l'homme. L'enjeu est considérable, car il permettrait de réduire substantiellement les coûts de recherche et développement. Que l'activité humaine actionne directement ou indirectement la machine en vue d'une création industrielle, ou artistique, importe au final peu.

63.- Conclusion de la Section 1 : La « valeur-travail ». Ce serait la quantité de « travail » nécessaire à la production des choses qui leur conférerait leur valeur. L'industrie pharmaceutique est riche de savoir-faire dans l'élaboration et la fabrication des produits de santé. Le développement des biotechnologies nous informe que le travail peut s'exercer sur tout support, y compris sur l'homme. Il n'existe plus aucun doute sur le fait que les produits

²⁹² Tout d'abord avec le Brevet Spécial de Médicament (BSM) créé par l'ordonnance n° 59-250 du 4 février 1959 (*Ord. n° 59-250, 4 févr. 1959 : Journal Officiel 8 Février 1959*) et le décret n° 60-507 du 30 mai 1960 (*D. n° 60-507, 30 mai 1960 : Journal Officiel 31 Mai 1960*). Sur la forme, la délivrance du titre spécial est soumise à des exigences de procédures particulières et sur le fond, à un régime dérogatoire au droit commun. Puis, les lois du 2 Janvier 1968 et du 13 juillet 1978 amorcent l'intégration du Brevet de médicament au droit commun des brevets. V. *infra* n°272.

²⁹³ La question finalement porte plus sur l'objet du droit d'auteur, l'œuvre qui est caractérisée par une intervention humaine. Mais il a été admis que l'intervention humaine était toujours nécessaire pour la réalisation de l'œuvre. Et venu ensuite la recherche de l'originalité et l'empreinte de la personnalité de l'auteur... Un autre débat, parfaitement mené par M.-C. PIATTI et Y. GAUBIAC, *La création artistique assistée par ordinateur, Problèmes de droit d'auteur, R.I.D.A.* 1983, n°118, p. 109. – M. VIVANT, *La création générée par ordinateur, Cahiers Lamy Informatique*, février 1989, p. 2. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. *Précis*, 1^{ère} éd., n°45, p. 57.

²⁹⁴ Le 24 octobre 2007, l'Agence de l'Innovation Industrielle valide le projet BioIntelligence de Dassault Systèmes : « Il a pour objet de créer un environnement logiciel permettant d'optimiser la R&D pharmaceutique. Alors que les moyens qui y sont consacrés ne cessent de croître, la recherche pharmaceutique peine à faire face à la demande de traitements efficaces et sûrs. Ce projet permettra d'anticiper les échecs de nouveaux produits en phase d'essais cliniques, et donc d'accélérer le développement des molécules pharmaceutiques. La nature hétérogène des connaissances du vivant explique le caractère très innovant de la mise en place d'une base de données biologiques et d'un outil de simulation et de modélisation ». En ce sens, *BioIntelligence, le programme qui veut révolutionner la fabrication des médicaments*, *Le Monde*, 28 octobre 2009.

de santé valent, économiquement, ce qui emporte deux conséquences. La première, issue de l'analyse anglaise de la « valeur-travail », les produits de santé sont destinés à l'échange. Cela devient le fondement économique de l'entrée des objets du domaine de la santé dans la sphère des marchandises, hypothèse que nous avons avancée dans nos propos introductifs²⁹⁵. La seconde, inspirée de la conception marxienne de la « valeur-travail », consiste à considérer les produits de santé à partir de leur valeur économique comme des enjeux sociaux entre les hommes. L'expression des rapports sociaux sur ces objets se mesurera notamment dans les rapports Nord/Sud sur les produits de santé, mais également dans le rapport de l'homme aux choses. Il convient alors de s'attacher aux définitions de la « valeur-rareté » et de la « valeur-utilité ».

Section 2

La « valeur-utilité » et la « valeur-rareté »

64.- De la « valeur-utilité » à la « valeur-rareté ». Le courant néo-classique s'est développé vers la fin du XIXe siècle, en réaction aux analyses marxistes. Une des principales oppositions entre l'École classique et l'École néo-classique porte sur la théorie de la valeur. Pour ces derniers, le pivot de la notion de valeur n'est pas le *travail*, mais plutôt l'*utilité* et la *rareté*. Ainsi, est apparue, la théorie de la « valeur-utilité », qui doit son nom à l'économiste précurseur SAY²⁹⁶, voyant dans l'*utilité* le critère principal de la valeur économique (*paragraphe 1*). Montrant les lacunes de ce seul déterminant²⁹⁷, l'économiste français WALRAS²⁹⁸, a pondéré l'utilité d'une chose par son niveau de *rareté*, affinant ainsi l'appréhension de la valeur économique (*paragraphe 2*).

²⁹⁵ V. *supra* n°31.

²⁹⁶ J.-B. SAY, *Traité de l'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent ou se consomment les richesses, Livre I : De la production des richesses*, 1803, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001, p. 42 et s. et Livre II, *De la distribution des richesses*, p. 7 et s, souligna, pour la première fois, les lacunes de la théorie classique de la « valeur-travail » et érigea l'utilité en déterminant essentiel de la valeur économique. Voir aussi l'œuvre de son contemporain : E. B. De CONDILLAC, *Œuvres Complètes*, t. IV, *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre* (1776), Slatkine Reprint, 1970. Dans la continuité de ces auteurs, les économistes français du début du XIXe siècle s'accordent généralement à placer dans l'*utilité* l'origine ou le fondement de la valeur.

²⁹⁷ A. WALRAS, *Mémoire sur l'origine de la valeur d'échange*, 1849, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, p. 5. L'auteur expose dans ce mémoire les deux opinions principales sur l'origine de la valeur d'échange (travail et utilité) afin de mieux imposer ses vues sur la *rareté*.

²⁹⁸ A. WALRAS, *De la nature de la richesse et de l'origine de la valeur*, 1831, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, p. 40 et s. Expliquant que la valeur provient plus de la rareté que de l'utilité, il

Paragraphe 1

La « valeur-utilité »

65.- Deux facettes de l'utilité. L'économiste TURGEON résume ainsi le lien entre utilité et valeur : « L'utilité : c'est l'âme de la valeur »²⁹⁹. Il ajoute que : « Mû par son instinct de vivre, éclairé par son discernement et son expérience, l'homme distingue les choses propres à satisfaire ses besoins de celles qui ne le sont pas »³⁰⁰.

Cette définition révèle les deux facettes intrinsèquement liées de *l'utilité*³⁰¹ à savoir d'une part, les facultés *objectives* (A) qu'ont certaines choses et d'autre part, les besoins *subjectifs* (B) qu'elles soient susceptibles de satisfaire ou de créer grâce à ces facultés.

A) La conception objective : l'usage de la chose

66.- Présentation théorique. Naturellement, l'utilité d'une chose renvoie à ses qualités intrinsèques et son usage dépendra de ses propriétés physiques³⁰². Le théoricien de la

influence particulièrement son fils : L. WALRAS, *Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Economica, *Œuvres complètes*, vol. 8, 1988. À son tour, Léon Walras s'illustre comme un des plus grands théoriciens de « l'utilité marginale », c'est-à-dire l'utilité attribuée à une unité supplémentaire du bien. Véritable évolution – révolution – marginaliste, il a fondé l'École du même nom avec l'économiste anglais, S. JEVONS, *L'économie politique*, 1^{ère} éd., Librairie Germer Baillière et Cie, 1876, et l'économiste polonais C. MENGER, *Principes de l'économie politique*, 1871, Traduction anglaise, *Principles of economics*, 1976, New York University Press. Ce dernier attache une particulière importance à la conception subjective de l'utilité, où la valeur est associée au désir.

²⁹⁹ C. TURGEON, *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, T.IX, *La valeur*, Rennes, Plihon et Hommay, 1925, p. 72.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Le sens générique du terme *utilité* est assez proche de la définition de TURGEON : « Qualité d'être utile, de servir à quelque chose », *Le Nouveau Littré*, éd. Garnier, 2007, V° *Utilité*. Voir aussi la définition de C. CORNELISSEN, *Traité général de science économique*, T.1, *Théorie de la valeur*, 2^e éd., Paris, M. Giard, 1926, p. 20 : « la valeur que nous attribuons aux choses, provient de la collaboration de deux causes, d'une part, des choses mêmes et de leurs qualités intrinsèques et d'autre part, de notre désir de les posséder (...) », et de A. WALRAS, *Théorie de la richesse sociale ou résumé des principes fondamentaux de l'économie politique*, Paris, Guillaumin et Cie, 1849, p. 10 : « la faculté qu'ont certaines choses de pouvoir satisfaire un besoin quelconque, ou de procurer une jouissance quelle qu'elle soit ». On sent aussi ce mouvement subtil de l'objectif vers le subjectif, en lisant les anciennes définitions de la notion d'*utile* : profitable, avantageux, qui sert à l'homme, in *Dictionnaire de l'Académie française*, 6^e éd., t. II, 1835, V° *Utile*.

L'emploi du sens générique de *l'utilité* est quant à lui plus éloigné des sciences économiques. En effet, on l'oppose d'une part à *nuisible* et d'autre part à *superflu*. Ces notions sont empreintes de jugement moral sur l'objet, auquel se refuse l'économiste, V. la conception subjective de l'utilité. Présentation théorique.

³⁰² À titre secondaire, précisons qu'il existe plusieurs types d'*utilités*. L'utilité peut être *directe* ou *indirecte*. L'utilité *indirecte* renvoie aux qualités de la chose obtenues après des opérations de transformation. En ce sens, A. WALRAS, *Mémoire sur l'origine de la valeur d'échange*, *op. cit.*, p. 6 et 7. Il illustre ainsi ces notions : la mine de fer, qui ayant une utilité indirecte, doit subir des transformations avant de donner un couteau un sabre,

« valeur-utilité », SAY, l'illustre ainsi : « La valeur que les hommes attachent aux choses a son premier fondement dans l'usage qu'ils peuvent en faire. Les unes servent d'aliments, les autres de vêtements ; d'autres nous défendent de la rigueur du climat, comme les maisons (...) »³⁰³.

Or, l'usage, bien que nécessaire dans la définition de l'utilité³⁰⁴, s'avère insuffisant pour déterminer la valeur économique d'une chose. En effet, le critère objectif déconnecte la chose de l'homme pour mettre en lumière ses seules caractéristiques physiques. Par conséquent aucun acte d'évaluation, de comparaison ne sera porté sur la chose, ne lui permettant donc pas d'entrer dans la sphère de l'échange³⁰⁵. Au-delà même, l'usage d'une chose serait antinomique de l'échange renvoyant plus à l'idée d'une *durée*, d'une *conservation*³⁰⁶. Et même si le *temps* apparaît souvent comme un facteur de l'évolution de la valeur d'une chose, en augmentant ou en affaiblissant ses qualités intrinsèques et substantielles, il ne permet pas, seul, de mesurer la valeur d'échange³⁰⁷. Donc, comprendre la valeur économique par le seul usage des choses est lacunaire.

une clef, une serrure... Le couteau, le sabre, la clef et la serrure auront, quant à eux, une utilité directe. Il existe aussi l'utilité *matérielle* ou *immatérielle*, ou encore l'utilité *durable* ou *éphémère* v. A. WALRAS, *Théorie de la richesse sociale ou résumé des principes fondamentaux de l'économie politique*, *op. cit.* p. 13.

³⁰³ J.-B. SAY, *op. cit.*, Livre I, *De la production des richesses*, p. 43. Citons aussi les propos de K. MARX, *Le capital, Critique de l'économie politique*, Livre I, *Le développement de la production capitaliste*, 1867, Trad. française J. Roy, Paris, éd. Sociales, 1975, p. 51 : « Les choses ont une vertu intrinsèque qui en tout lieu ont la même qualité, comme l'aimant, par exemple, attire le fer ».

³⁰⁴ J.-B. SAY, *op. cit.*, Livre I, *De la production des richesses*, p. 43 : « Toujours est-il vrai que les hommes attachent de la valeur à une chose, c'est en raison de ses usages : ce qui n'est bon à rien, ils n'y mettent aucun prix ».

³⁰⁵ En ce sens, C. TURGEON, *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, T.IX, *La valeur*, Rennes, Plihon et Hommay, 1925, p. 63 : « Et si naturelle, si instinctive même est cette estimation, qu'on la peut affirmer contemporaine de la primitive humanité. Comment concevoir, sans elle, le choix continu que les nécessités de la vie nous obligent à faire entre les divers biens susceptibles de procurer une satisfaction plus ou moins complète à nos besoins ? ».

³⁰⁶ Cette « durée de l'emploi » est contenue dans de nombreuses expressions : *en faire bon usage*, *une chose usagée*, ou encore le vieil emploi du terme « user » : *une étoffe d'un bon user...* Or la valeur d'échange est indifférente au fait qu'une chose puisse servir plusieurs fois ou qu'elle serve une seule fois, elle n'en satisfait pas moins un besoin, qui est le critère essentiel.

³⁰⁷ En économie, cette idée a été largement défendue par l'École autrichienne, mais toujours en complément de la conception subjective de l'utilité. Elle trouve un écho aussi bien dans les dépréciations monétaires que dans la bonification du bon vin !

67.- Vérification pratique. Il est fascinant de constater à quel point nos sociétés ont, à toutes époques, trouvé un usage en chaque chose au profit de la santé. Aux confins de l'humanité, l'homme primitif, récemment enrichi de la découverte du feu, savait extraire les principes actifs qu'offrait la nature luxuriante qui l'entourait³⁰⁸. Tout au long de la longue histoire de l'apprentissage thérapeutique, chacun s'obligeait à consigner dûment les usages constatés et avérés de chaque chose, pour la postérité, dans des *pharmacopées*³⁰⁹. Héritière³¹⁰ de cette quête interminable au sein de l'*alma mater*³¹¹, notre société contemporaine repousse toujours plus loin les limites de la connaissance sur l'usage des choses. Alors qu'*hier* les propriétés physiques essentielles de l'homme, notamment son sang ou son plasma, trouvaient un usage comme produits de santé³¹²; qu'*aujourd'hui* les séquences génétiques dévoilent des potentialités inespérées; *demain*, les manipulations nanométriques révéleront de nouveaux outils thérapeutiques et diagnostiques³¹³.

Mais s'il est aisé de démontrer que dans le domaine de la santé toutes choses, y compris celles que nous ne connaissons pas encore, sont susceptibles de procurer un usage, il est autrement plus difficile de déduire leur valeur d'échange à la lumière de cette seule constatation. En effet, le lien qui existe entre l'homme et la chose n'est pas établi. Une chose peut avoir des propriétés bénéfiques pour la santé humaine, si l'homme ne la sollicite pas, elle sera totalement dépourvue de valeur d'échange. Le cas topique serait celui d'un remède dont l'efficacité thérapeutique a été dépassée par un plus performant. Les propriétés curatives de ce

³⁰⁸ J.-C. DOUSSET, *Histoire des médicaments, des origines à nos jours*, éd. Payot, Paris, 1985, p. 13, v. *supra* n°60.

³⁰⁹ L'apparition de l'écriture dans le monde méditerranéen, vers 3500 avant J.-C., a permis cette diffusion des connaissances médicales. Parcourons rapidement cette lointaine époque : en Inde, l'*Ayurveda*, la « *Science de la longévité* », est dictée et recueillie par *Brahma* ; en Chine, est écrit le premier Traité d'acupuncture, le *Noi Kihm*, inspiré de la cosmogonie chinoise (les forces du *Yin* et *Yang*). On citera aussi l'exceptionnelle découverte des 20 000 tablettes de Nippur à Babylone, écrites vers 2100 avant J.-C., recueillant plus de 250 usages de plantes et 120 de minéraux ; le papyrus d'Ebers, en Égypte, riche de 700 substances d'origines végétales, animales et minérales.

³¹⁰ « *Héritière* » soulignant exactement ici l'idée d'une *durée*, d'une *conservation*, propre à l'usage d'une chose.

³¹¹ Cette *mère nourricière*, si chère à LUCRECE, *De rerum natura*.

³¹² À l'article L.1221-8 du Code de la santé publique. Sur ce thème, v. D. JACOTOT, *L'inclusion des produits sanguins labiles dans le régime du médicament, RD sanit. soc.*, 1998, p. 558 et s.

³¹³ Le Comité Consultatif National d'Éthique a pénétré ce « nanomonde », à l'échelle du milliardième de millimètre, pour rendre l'avis n°96, le 1^{er} mars 2007, sur la rencontre de l'éthique et de la santé avec les nanosciences. Élaborée dans l'incertitude d'un lendemain imprévisible, la consigne est donc à la prévention et à l'information. De manière prospective, le Comité a évalué les risques encourus par ces manipulations nanométriques, pour proposer des pistes afin de mieux anticiper et contrôler les conséquences de ces avancées scientifiques.

produit sont démontrées et pour autant la relativité de l'époque le confinerait dans l'oubli d'une demande autrement satisfaite³¹⁴. Ce remède suranné est donc dépourvu de toute valeur économique. Ou encore, l'exemple d'un produit de santé destiné à guérir une maladie qui a totalement disparu³¹⁵. Ses propriétés thérapeutiques sont indéniables, mais aucun laboratoire ne mobilisera ces connaissances, et surtout les fonds nécessaires, s'il n'a pas la certitude de pouvoir l'échanger sur un marché³¹⁶.

En conclusion, l'origine de la valeur d'échange est principalement conditionnée par la dimension subjective de l'utilité, même si l'usage de la chose reste un préalable important et que les deux dimensions sont indissolublement liées dans la chose.

B) La conception subjective : le besoin de la chose

68.- La valeur d'échange fondée sur le besoin. Rassurant, en un sens, la source de l'utilité se trouve dans l'homme. Les choses gravitent autour de lui, éveillent son intérêt et deviennent des « objets de désirs »³¹⁷. L'anachorète n'existant pas, chaque chose sera susceptible

³¹⁴ Nous retrouverons ces discussions à propos de l'invention de procédé et de la seconde application thérapeutique (v. *infra* n°290 et s.). Un argument de plus pour dire que cette notion ne peut fonder la définition de l'invention.

³¹⁵ Cet exemple recouvre une réalité, celle de la maladie de la variole, une affection cutanée virale infectieuse et souvent mortelle. Le dernier cas de variole a été déclaré en 1977 en Somalie. En 1980, l'OMS a annoncé que la variole avait été totalement éradiquée. Un chirurgien anglais JENNER (1749-1823) avait remarqué que la maladie du bétail (ou *cow pox* ou *vaccine*) protégeait contre la variole. Il expérimenta d'inoculer cette maladie du bétail, bénigne, pour lutter contre la variole. Son expérimentation réussit et il publia ses résultats en 1798 (la *variolisation* devint rapidement la *vaccination*). Sur cette invention de la vaccination, *Encyclopédie Universalis*, V° *Invention de la vaccination*.

Objectivement, les propriétés thérapeutiques de ce procédé biologique sont avérées, son usage est sans conteste. Toutefois, il n'a aucune valeur d'échange, car personne sur la planète n'en manifeste le besoin, le désir d'échanger le procédé contre autre chose. Si un jour la maladie refait son apparition, l'utilité de ce vaccin retrouvera toutes ses dimensions. Enfin, on notera simplement à travers cet exemple historique la dimension de durée et de conservation inhérente à l'usage.

³¹⁶ Ce dernier argument conforte également le choix initial de ne pas s'en tenir à la combinaison trop restrictive « valeur d'usage » et « valeur d'échange » pour cerner les déterminants de la valeur économique.

³¹⁷ R. LIBCHABER, *Biens, Rép. civ. Dalloz*, 2002, n°9, p. 3. V. aussi : K. STOYANOVITCH, *Les biens selon Marx, A.P.D.*, T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 197, et spéc. p. 200 : « tout objet matériel propre à satisfaire un besoin humain : l'air atmosphérique, un animal, une plante, une parcelle de terre, un cours d'eau » et « Ce par quoi les objets, les choses et les biens se définissent, c'est leur utilité ou usage, mais cette utilité ou cet usage sont concrets au même titre qu'eux » (*Ibid.*, p. 210).

Dépassant notre objet d'étude, soulignons simplement la différence faite entre le *besoin* et le *désir* par certains auteurs. En ce sens, G.-H. De RADKOWSKI, *Les jeux du désir, De la technique à l'économie*, Presses Universitaires de France, 2002, in *Chap. XII : Exorcisme d'un fantôme nommé besoin*, p. 144 et s, qui remarque que la raison d'être de l'échange ne gît pas dans la recherche de la satisfaction d'un besoin, mais dans la poursuite de l'assouvissement d'un désir. Explicitement, l'auteur dit : « Là où n'apparaît pas le désir, il n'y a

d'éveiller un intérêt humain. BOUGLE le soulignait ainsi : « Où qu'elle se loge, une valeur est une possibilité permanente de satisfaction »³¹⁸. Autour de ce postulat, un consensus se crée entre les économistes³¹⁹, les philosophes³²⁰, mais aussi les juristes³²¹. Ainsi, la propension humaine à la satisfaction du désir devient le *spiritus movens* de l'échange³²². Autrement dit, la valeur économique trouve son origine principale dans le besoin des hommes. De plus,

point d'échange ». D'autres comme C. TURGEON, *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes, op. cit.* p. 142 et s., considèrent le besoin comme la première composante du triptyque besoin, désir, volonté, où le désir n'est que la révélation et l'appel du besoin et la volonté, la réalisation du désir par la satisfaction du besoin.

³¹⁸ G. BOUGLE, *Leçons de sociologie sur l'Évolution des mœurs*, Paris, A. Colin, 1922, p. 19. La valeur, et incidemment l'utilité, est des phénomènes humains.

³¹⁹ K. MARX, *Le capital, op. cit.* p. 51 : « La marchandise est d'abord un objet extérieur, une chose qui par ses propriétés satisfait des besoins humains de n'importe quelle espèce ». – WALRAS, *De la nature de la richesse et de l'origine de la valeur, op. cit.* p. 37 : « (...) l'utilité ne peut pas se trouver ailleurs que dans le rapport qui existe entre nous et les choses extérieures. C'est parce que nous sommes soumis à des besoins, et susceptibles d'éprouver des jouissances, que les choses propres à la satisfaction de nos besoins et à la production de nos plaisirs, nous deviennent utiles, quelquefois même nécessaires ». Enfin, soulignons les remarques contemporaines et percutantes de G.-H. De RADKOWSKI, *Les métamorphoses de la valeur, Essai d'anthropologie économique*, Presses Universitaires de Grenoble, 1987, p. 18 : « Posez du côté du sujet les besoins (...) consciemment ou inconsciemment, en tant que force motrice sous-jacente propulsant, qu'ils le veuillent ou non, toutes les activités économiques des humains, conjoignez-les avec le concept qui lui fait face du côté de l'objet, celui de l'utilité et qui renvoie à la « satisfaction » des dits besoins en établissant une convenance naturelle et nécessaire entre ceux-ci et celle-là, placez le tout dans le contexte de l'échange marchand, et vous obtiendrez immanquablement la valeur (...) ».

³²⁰ J. LOCKE, *Deuxième Traité du gouvernement civil* (1690), 5^e éd., 1728, trad. française par D. Mazel, 1795, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001, n°44, p. 36 : « Il est certain, qu'au commencement, avant que le désir d'avoir plus qu'il n'est nécessaire à l'homme eût altéré la valeur naturelle des choses, laquelle dépendait uniquement de leur utilité par rapport à la vie humaine ».

³²¹ A. De MADAY, *Essai d'une explication sociologique de l'origine du droit*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1911, p. 12 : « L'expérience universelle nous enseigne la vérité suivante : les besoins forcent les individus d'agir rationnellement en se procurant des valeurs ». – Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, volume IX, Traité De la distinction des biens. De la propriété. De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, T. I, Paris, éd. A. Durand et L. Hachette et Cie., 1866, n°8, pp. 4-5 : « Les biens sont les choses qui peuvent être utiles à l'homme pour la satisfaction de ses besoins ou de ses jouissances ». – R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992, T. 225, n°48, p. 39 : « l'utile est le sentiment d'abord personnel par lequel un individu exprime l'attachement ou le besoin qu'il a d'une chose ».

³²² Robinson sur son île ou Philoctète à Lemnos démontre l'éminence sociale du besoin. Dévot de ses désirs, l'homme n'hésite pas à entrer en lutte avec ses congénères. Le fictif état de nature chez T. HOBBS, *Léviathan*, Trad. Française par F. Tricaud et M. Pécharman, Paris, J. Vrin, Dalloz, *Bibliothèque des textes philosophiques*, T. XXXV, p. 15, décrit cette « guerre de tous contre tous » lors de laquelle l'homme ne répond qu'à son instinct de conservation, son *conatus*, son désir et « l'homme devient un loup pour l'homme ». Dans une démarche plus réaliste, MARX a lui aussi mis en avant ce « besoin social » pour démontrer la lutte des classes, v. I. I. ROUBINE, *Essai sur la théorie de la valeur de Marx*, 1^e éd., Trad. par J.-J. Bonhomme, éd. F. Maspero, 1978, p. 246 et s.

Pour un rapprochement avec le droit, voir l'ouvrage de A. de MADAY, *Essai d'une explication sociologique de l'origine du droit, Théorie de la valeur des droits, op. cit.* L'auteur introduit le chapitre II sur « L'origine naturelle du droit » par ces propos : « L'expérience universelle nous enseigne la vérité suivante : les besoins forcent les individus d'agir rationnellement en se procurant des valeurs. Tout ce qui est susceptible de satisfaire des besoins a de la valeur et comme toute notre vie consiste dans la satisfaction de nos besoins multiples, toute notre vie se réduit à une activité procurant ou voulant procurer des valeurs ».

l'appréciation subjective de l'utilité d'une chose, et donc de sa valeur d'échange, trouve dans la santé un domaine privilégié d'expression. En effet, cet *état* physique ou mental passe obligatoirement par le sentiment de soi et ne peut être déconnecté de l'homme et de son appréciation. Seul lui pourra opérer un choix rationnel entre un objet de santé et un autre objet utile.

Or, il est nécessaire de se demander comment les besoins³²³, par nature, illimités en nombre, vont devenir un outil pour déterminer la valeur d'échange des choses. Deux conceptions complémentaires des besoins se profilent : l'une qualitative (1) et l'autre quantitative (2).

1) L'approche qualitative

69.- Qu'entend-on par approche qualitative ? Elle permet de mesurer la valeur d'échange de la chose à l'aune de la qualité des besoins. Ce rapport de l'échange au besoin est expliqué par CONDILLAC : « la valeur est moins dans la chose que dans l'estime que nous en faisons, et cette estime est relative à notre besoin : elle croît et diminue, comme notre besoin croît et diminue lui-même ». Dès lors, plusieurs perspectives d'organisation des besoins dans le domaine de la santé s'offrent à notre analyse.

D'une part, il serait envisageable de dissocier « bons » des « mauvais » besoins, ces derniers ne pouvant légitimement prétendre à avoir une valeur économique. Mais qui irait nier que l'opium, l'alcool ou le tabac, néfastes pour la santé, n'ont pas de valeur économique ? À partir du moment où l'on reconnaît une origine psychologique à la valeur, on ne peut pas discerner

³²³ La notion de besoin, prise en son sens générique, est illustrée ainsi par A. WALRAS, *Théorie de la richesse sociale ou résumé des principes fondamentaux de l'économie politique*, p. 1 : « Considéré comme un être sensible, l'homme est soumis depuis sa naissance jusqu'à sa mort, à une série de phénomènes physiques, intellectuels et moraux que nous appelons des *besoins* ».

le besoin normal du besoin pathologique³²⁴. L'économiste s'impose, à ce sujet, une grande neutralité³²⁵.

D'autre part, les besoins seraient susceptibles d'être hiérarchisés selon l'urgence de leur satisfaction. Il existe, en effet, différents niveaux de besoin : les besoins nécessaires, les besoins agréables et les besoins superflus³²⁶. Or, ces besoins interagissent entre eux. Selon l'expression économique consacrée, ils sont *concurrents*³²⁷ ; c'est-à-dire, que le plus souvent la satisfaction d'un besoin se développera au détriment d'autres, qu'il abolit ou absorbe. Les besoins primaires seront naturellement assouvis par priorité aux besoins somptuaires³²⁸. La

³²⁴ En ce sens, v. C. TURGEON, *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, T.IX, *La valeur*, Rennes, Plihon et Hommay, 1925, p. 42 et s. L'auteur explique clairement ce choix : « Dès que l'homme tire d'un produit une satisfaction quelconque qu'il tient, à tort ou à raison, pour utile ou agréable, bien qu'elle soit pour d'autre vaine ou nuisible (nous soulignons), il lui confère par cela même une valeur d'usage, qui se prolongera sur le marché en valeur d'échange. Besoins, désirs, jouissances sont inséparables de la notion de valeur ». Mais encore, p. 54 : « Nous tenons donc pour irrationnel de faire dépendre une définition économique des « finalités » variables ou contraires que les consommateurs peuvent assigner à un produit ».

³²⁵ En ce sens, A. WALRAS, *Théorie de la richesse sociale ou résumé des principes fondamentaux de l'économie politique*, op. cit. p. 10 : « L'Économie politique n'est pas la Morale. Elle accepte l'homme tel qu'il est, avec ses passions et ses caprices. Elle reconnaît en lui des besoins qui sont plus ou moins moraux, des désirs qui peuvent aller jusqu'à être criminels. L'Économie politique joue ici un rôle analogue à celui que jouent la Chimie et la Botanique, lorsqu'elle constate parmi les minéraux et parmi les végétaux, l'existence de certaines substances vénéneuses, dont elles se gardent bien toutefois de recommander l'usage ou d'approuver l'emploi ». Comme nous le verrons par la suite, ce détachement sera l'objet d'une des principales critiques adressées à la valeur économique lors de sa pénétration du domaine de l'inappropriable, v. *infra* n°111.

³²⁶ Ceci est une nomenclature simplifiée, il en existe plusieurs autres. Nous signalerons celle de A. SMITH, *Lectures on jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 487, reprise et détaillée par A. LAPIDUS, *Détour de valeur*, Paris, Economica, p.57. Elle vise à édifier une construction à plusieurs étages représentative des aspirations individuelles sur différents biens. Le premier étage distingue trois types de biens « nourriture, vêtement et logement », attribuant les suivants à la « délicatesse de l'homme » qui opte à souhait entre les « délicatesses du corps », *delicacey of body*, ou les « délicatesses de l'esprit », *delicacey of mind*. Et aussi, celle de N. MASSIAS, *Rapport de la nature à l'homme et de l'homme à la nature, Essai sur l'instinct, l'intelligence et la vie*, Paris, F. Didot, 1821, T. III, p. 298 et s., l'auteur distingue les valeurs de première nécessité, des valeurs d'agrément, des valeurs de luxe et des valeurs de fantaisie ou de caprice. Enfin, soulignons qu'il est unanimement reconnu que cette classification des besoins est éminemment sociale, en ce sens, T. ADORNO et A. HELLER, *Par-delà le vrai et le faux. Deux textes sur la théorie des besoins, Mouvements*, 2008/2, n°54, p.13 et s. Ce constat est le point de départ d'une réflexion de deux auteurs, aux sensibilités différentes, sur la « réification marchande » ; au juste consensus à trouver, selon ses aspirations, entre l'aliéné et l'authentique.

³²⁷ Les économistes ont théorisé cette concurrence des besoins dans la loi dite de substitution. Comme l'explique C. GIDE, *Principes d'économie politique*, 1931, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2004, p. 40 : « Cette loi de substitution a une importance capitale en ce qu'elle fonctionne comme une sorte de soupape de sûreté pour le consommateur, lorsque la satisfaction d'un besoin devient trop onéreuse pour les moyens habituels (...) Quand il s'agit de besoins d'ordre physiologique, le champ des substitutions possibles est assez borné, mais quand il s'agit de produit de luxe, il est illimité ».

³²⁸ Facilitant son ultérieure réception, la notion de *besoin* est déjà utilisée par le droit des biens, notamment, à travers la notion d'impenses. Dans l'accession immobilière, les sommes investies sur une construction existante et appartenant à autrui en vue de sa conservation, de son amélioration, ou de son agrément, suivront le régime d'indemnisation d'origine romaine, les impenses, qui distingue entre les impenses nécessaires, utiles et voluptuaires selon l'utilité de l'opération et donc le besoin ressenti (en ce sens, v. Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 2^e éd., Defrénois, 2005, p.126).

valeur économique d'une chose dépend donc du sacrifice d'autres utilités, et elle se mesurera qu'à proportion de l'importance des sacrifices nécessaires. C'est ainsi que le besoin sanitaire, indispensable pour sa survie, sera par l'homme considéré comme prioritaire par rapport à tout autre³²⁹. Le maintien en bonne santé est une préoccupation essentielle, qui est principalement rendue possible par les progrès de la médecine.

Or, peut-on réellement mesurer la valeur économique de ces biens, dont l'impérieuse nécessité les érige au premier rang sur l'échelle des besoins ? Que serait prêt à échanger un homme pour obtenir le seul bien de santé qui lui permet de rester en vie ? Dans ce sens, l'économiste SAY considérerait que certains objets « sont si nécessaires à notre existence, que leur privation ne saurait être compensée par un autre objet », et que, « comme nous n'avons aucun moyen d'atteindre leur prix, nous n'avons, non plus, aucune raison d'en céder l'usage »³³⁰. La valeur incommensurable de ces biens les rendrait... gratuits. Mais cette équation ne se vérifie pas dans la réalité, surtout lorsque 80% de la population mondiale consomme seulement 10% des produits de santé, principalement à cause de leurs coûts prohibitifs. Il faudrait pondérer cette approche qualitative par le nombre de personnes qui éprouvent le besoin ; « quoiqu'il soit vrai, de dire que les besoins les plus urgents sont en général les plus nombreux »³³¹.

2) L'approche quantitative

70.- Qu'entend-on par l'approche quantitative ? Elle conduit à considérer que la valeur économique varie en fonction du nombre de personnes qui ressentent le besoin. Autrement dit, le volume de besoin social – ou la demande – aurait une influence sur la valeur des marchandises. Or, reste à déterminer dans quel sens : l'augmentation du besoin fera-t-elle baisser la valeur des choses ou, au contraire, verra-t-on augmenter proportionnellement la valeur des choses ? On trouve, notamment dans le domaine de la santé, les deux cas, ce qui

³²⁹ M. EYQUEM de MONTAIGNE, *Essais*, II, 37 : « C'est une précieuse chose que la santé et la seule qui mérite à la vérité qu'on s'y emploie, non le temps seulement, la sueur, la peine, les biens, mais encore la vie à sa poursuite ».

³³⁰ V. les notes de J.-B. SAY in D. RICARDO, *Les principes de l'économie politique et de l'impôt*, Chap. XX : *Des propriétés distinctives de la valeur et des richesses*, op. cit. note n°17 et s.

³³¹ M. WALRAS, *Théorie de la richesse sociale ou Résumé des principes fondamentaux de l'économie politique*, Paris, éd. Guillaumin et Cie, 1849, p. 18.

altère la généralité et donc la portée de cette proposition. D'une part, dans les pays développés, les besoins communs en matière de santé trouvent une prise en charge médicale³³² pour un moindre coût supporté par la population notamment grâce au système d'assurance sociale. De même, des besoins rares, comme pour des maladies orphelines, feront grimper les coûts de recherche et développement, et la valeur de ces produits sur le marché sera d'autant plus importante que peu de personnes réaliseront l'achat. D'autre part, pour les pays en voie de développement, la logique est de fait inversée. Aux besoins massifs, on répond par une augmentation de la valeur économique. Les facteurs sont complexes et un exemple en est révélateur. Des maladies comme la dengue ou la leishmaniose qui sévissent essentiellement, voire exclusivement, dans les pays en voie de développement³³³ ont une lourde charge de morbidité et ne peuvent être soignées faute de l'existence même de traitement. Comme le souligne le Rapport de la Commission sur les Droits de la Propriété intellectuelle, l'Innovation et la Santé publique : « l'absence d'incitation à innover est particulièrement manifeste »³³⁴ et la faible probabilité de profit multiplie la valeur des produits, les rendant totalement inaccessibles à la population.

En conclusion, l'utilité n'est pas seulement une qualité inhérente des choses, elle provient de la concordance entre la qualité matérielle du produit et la satisfaction du volume des besoins. Elle est un critère nécessaire, mais non suffisant à la détermination de la valeur économique. En effet, en survolant l'importante problématique de la santé dans les pays en voie de développement, nous remarquons que « là où le pouvoir d'achat est inexistant – au niveau de l'État ou du patient, *le besoin social – la demande* – [nous ajoutons] n'est pas un bon déterminant de la valeur »³³⁵. Il convient donc de la coupler avec un autre critère, celui de la rareté.

³³² Par *prise en charge médicale*, il faut comprendre plus les solutions de soins proposées au patient plutôt que celle de guérison, qui sont parfois bloquées par l'avancée de la médecine.

³³³ Ces maladies sont classées de type III. Voir le classement opéré par la Commission Macroéconomie et Santé de l'OMS dans le Rapport de la Commission sur les Droits de la Propriété intellectuelle, l'Innovation et la Santé publique, *Santé Publique, Innovation et droits de propriété intellectuelle*, avril 2006, p. 26.

³³⁴ *Ibid.* p. 29.

³³⁵ *Ibid.* p. 30.

Paragraphe 2

La « valeur-rareté »

71.- Une « utile rareté ». L'intérêt de la réflexion sur la rareté porte sur le fait qu'il manquait une étape dans le raisonnement précédent. En effet, entre l'usage et le besoin, SAY et CONDILLAC n'ont pas suffisamment pointé l'« *état de manque* », qui fait naître le besoin par l'absence d'usage. M. le professeur MACKAAY le formule ainsi : « une chose devient rare lorsqu'il n'y en a plus assez pour que tous ceux qui en veulent puissent s'en servir à volonté »³³⁶. Or, cet état de manque n'apparaît pas dans une situation d'abondance et d'opulence, mais au contraire dans les circonstances de rareté, qui peuvent faire naître le conflit ou des différends³³⁷.

Ce qui prouve la nécessité de démontrer l'existence d'un besoin préalable, tel que le souligne l'économiste GIDE : « la rareté, à elle seule, ne serait pas suffisante, pour créer la valeur, car si rare que soit une chose et fût-elle même unique au monde, si elle ne peut servir à rien il est clair qu'elle ne vaudra rien. (...). Mais si chacun de ces deux éléments, à lui seul, est insuffisant, il semble que combinés ils suffisent »³³⁸. WALRAS précisera ce point en énonçant que : « l'utilité est la condition de la valeur d'échange, mais elle n'en est pas la cause (...). La valeur grandit avec la rareté et diminue au sein de l'abondance »³³⁹. Il s'agit d'une véritable rupture dans l'histoire de l'analyse économique de la valeur, car le concept de rareté était loin d'être admis par l'École anglaise représentée par RICARDO qui reconnaissait

³³⁶ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Thémis-Daloz, coll. *Méthodes du droit*, 2008, p.25.

³³⁷ *Ibid.* p. 26-27. L'auteur suggère que la maîtrise de la rareté ne peut prendre que deux voies : celle de résolution des différends par la violence ou bien par la reconnaissance de droits : « l'établissement de droit est une réponse à la rareté qui permet la constitution d'une société basée sur autre chose que la possession matérielle des objets et la violence pour la défendre ».

³³⁸ C. GIDE, *Principes d'économie politique*, 1931, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2004, p. 47-48. Certains auteurs emploient indifféremment les termes *d'utilité rare*, *d'utilité finale*, ou simplement de *rareté*, comme l'économiste français A. WALRAS, qui estime que le terme de rareté recouvre nécessairement celui d'utilité, car ce qui est inutile ne saurait être rare (in A. WALRAS, *De la nature de la richesse et de l'origine de la valeur*, 1831, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, p. 29 et s.).

³³⁹ A. WALRAS complète son propos en réfutant l'idée la valeur d'échange d'une chose serait « composée de l'utilité et de la rareté (...) Or, je soutiens que la valeur d'échange ni ne grandit ni ne diminue avec l'utilité. L'utilité est la condition de la valeur d'échange, mais elle n'en est pas la cause » (in A. WALRAS, *Mémoire sur l'origine de la valeur d'échange*, 1849, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, p. 22). C'est pourquoi dans cette étude, le terme seul de *rareté* sera préféré.

que certes, certaines choses puisaient leur valeur échangeable dans leur seule rareté, mais que cela n'était pas la majorité des choses³⁴⁰.

72.- Qu'est-ce que la rareté ? Cette notion a été insuffisamment définie et traditionnellement on s'attache simplement à démontrer que des volumes de production insuffisants sont la principale cause de la rareté ou de la raréfaction des produits dans le temps³⁴¹. L'économiste TURGEON propose une nomenclature des différentes raretés³⁴². Il commence par décrire les deux principales causes de la rareté : elle peut être le fait de la nature, et il s'agira d'une rareté *physique*, telle la rareté du diamant ou de l'or, ou bien procéder du fait de l'homme, nommée rareté *technique*, telle la rareté des objets de santé. À l'intérieur de ces deux grandes catégories de rareté, il existe des subdivisions. D'une part, la rareté physique ou technique peut être *mathématique*, et dépendre du nombre d'exemplaires mis sur le marché ; et d'autre part, la rareté physique ou technique peut être *économique*, c'est-à-dire que l'offre d'une chose est inférieure à la demande qui en est faite. Dite autrement, la rareté économique ajoute une dimension *subjective* à l'approche mathématique – *objective* – de la rareté. En effet, « une chose n'est pas rare dans l'absolu, mais toujours par rapport à la diversité des usages connus dans une société donnée et aux préférences des usagers »³⁴³. Cette double dimension objective et subjective intéresse précisément cette étude, car la demande révèle l'utilité et le besoin social ou individuel et sa confrontation avec l'offre – rare ou abondante – permet de découvrir la valeur d'échange des choses.

³⁴⁰ En ce sens, D. RICARDO, *Les principes de l'économie politique et de l'impôt*, 1817, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, p. 9 : « Il y a des choses dont la valeur ne dépend que de leur rareté. Nul travail ne pouvant en augmenter la quantité, leur valeur ne peut baisser par suite d'une plus grande abondance. Tels sont les tableaux précieux, les statues, les livres et les médailles rares, les vins d'une qualité exquise, qu'on ne peut tirer que de certains terroirs très peu étendus, et dont il n'y a par conséquent qu'une quantité très bornée (...) Ils ne forment qu'une très petite partie des marchandises qu'on échange journellement ».

³⁴¹ En ce sens, C. TURGEON, *Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes*, T.IX, *La valeur*, Rennes, Plihon et Hommay, 1925, p. 178.

³⁴² *Ibid.* p. 179-180.

³⁴³ E. MACKAAY, *La propriété est-elle en voie d'extinction ?*, in *Nouvelles technologies et propriété*, Acte du colloque tenu le 9 et 10 novembre 1989 à la faculté de droit de l'Université de Montréal, présenté par E. Mackaay, Litec diffusion, Thémis, 1991, p. 217. Du même auteur, v. aussi E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, *op. cit.*, pp.23-27. À travers l'exemple du pétrole et de l'exploitation dans le temps de cette ressource, l'auteur démontre que « la rareté n'est pas historiquement fixe » et que, ce qui hier existait en abondance diminue par la multiplication de nouveaux besoins. Il conclut par : « on peut même prétendre que l'histoire de l'Occident est marquée par la découverte progressive de la rareté des choses qui nous entourent et par la mise en place des institutions nous permettant de gérer la rareté. En prenant conscience de la rareté d'une chose, nous perdons en quelque sorte notre innocence à son égard » (p. 25).

73.- Évaluation des choses en fonction de leur niveau de rareté. La valeur économique d'une chose dépend du besoin de cette chose et de sa rareté. Pour l'évaluer, il faut déterminer *l'utilité finale* ou *l'utilité marginale*³⁴⁴ de la chose ou mesurer l'intensité du dernier besoin satisfait. GIDE en donne la raison : « parce que, quoi qu'il advienne, c'est par cette dernière unité, acquise ou perdue, que nous mesurons notre jouissance ou notre privation »³⁴⁵. En prenant l'exemple de produits de santé, on cerne les applications pratiques de cette théorie. Un produit, phytopharmaceutique, qui se cueille en abondance et qui s'emploie par simple décoction, comme la verveine, aura une faible valeur, car les besoins seront rapidement assouvis et la dernière feuille de verveine possédée sera peu désirée, peu utile. En revanche, pour les médicaments issus des biotechnologies, et notamment pour cellules souches humaines, leur quantité limitée, leur spécificité et leur prélèvement strictement conditionné font que la satiété, tant de la recherche que de la médecine, ne sera presque jamais réalisée. Il en résulte que l'utilité finale de la dernière cellule souche humaine sera très grande, sa valeur économique très élevée et elle maintiendra au même degré la valeur économique de toutes les autres³⁴⁶. Pour conclure sur la théorie de la « valeur-rareté », l'utilité finale de la dernière portion disponible permet de déterminer la valeur de n'importe laquelle des portions.

74.- Conclusion de la section 2 : La « valeur-utilité » et la « valeur-rareté ». Deux enseignements doivent être résumés de cette étude. D'une part, les notions d'« utilité », de « rareté » sont nécessaires l'une à l'autre. En d'autres termes, l'utilité ne peut se concevoir

³⁴⁴ Les deux termes, mais aussi celui d'*utilité-limite*, peuvent être employés indifféremment. Dans les années 1870, la « Révolution marginaliste » désigne la mise en évidence du principe de l'utilité marginale, par trois principaux auteurs : l'économiste anglais, S. JEVONS, *L'économie politique*, 1^{ère} éd., Librairie Germer Baillière et Cie, 1876, l'économiste polonais C. MENGER, *Principes de l'économie politique*, 1871, Traduction anglaise, *Principles of economics*, 1976, New York University Press, et enfin, L. WALRAS, *Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale*, Economica, *Œuvres complètes*, vol. 8, 1988. Pour l'importance de cette théorie, v. CORNELISSEN, *Traité général de science économique*, T.1, *Théorie de la valeur*, 2^{ème} éd., Paris, M. Giard, 1926, p. 61, qui cite M. Böhm-Bawerk (*Kapital und Kapitalzins*, tome II, Livre III, ch. I, III, p. 247 et 248) : « la doctrine de l'*utilité-limite* est la pierre angulaire, non seulement de la théorie de la valeur, mais véritablement de toute explication des actions économiques des hommes, et par suite de toute la théorie de l'économie ».

³⁴⁵ C. GIDE, *Principes d'économie politique*, *op. cit.* p. 49. L'auteur donne un exemple très explicite : une fois l'objet fractionné en dose, « nous avons constaté que la satisfaction procurée par chacune des doses successives va décroissant ; de sorte que, si l'utilité de la première dose, par exemple, est représentée par 10, l'utilité de la deuxième dose ne sera plus que de 9, celle de la troisième dose, 8, et ainsi de suite jusqu'à la dixième dose, dont l'utilité ne sera plus que de 1 – et si on ajoute une onzième, l'utilité de celle-ci sera zéro, parce que la satisfaction sera éteinte par satiété » (p. 48).

³⁴⁶ En ce sens, C. GIDE, *Principes d'économie politique*, *op. cit.* p. 49 : « En effet, c'est un axiome en économie politique que toutes les fois que deux ou plusieurs choses sont interchangeables, elles ont la même valeur. Si donc la dernière vaut zéro, il en sera de même pour toutes les autres ». Et si tant est que nous admettions que ces cellules souches sont dans le commerce, ce qui est ici, un autre débat.

sans la rareté et inversement. D'autre part, elles possèdent toutes deux une dimension objective, qui permet de cerner ces notions dans l'absolu, et une dimension subjective. Cette dernière est essentielle pour envisager la valeur de l'objet dans une époque et dans un lieu considéré. Appliquée au domaine de la santé, « l'utile rareté » trouve largement des supports à son expression. Le besoin en matière de santé est vital. Il se fait d'ailleurs de plus en plus pressant selon les populations considérées ou l'affection traitée. De plus, l'évolution des produits de santé à partir des sciences de la vie accentue leur rareté et oblige à considérer que leur utilité marginale est infinie. Le couple indissoluble « utilité-rareté » est un générateur performant de valeur économique dans le domaine de la santé.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 : LA DÉFINITION DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE

75.- L'importance de la recherche. La valeur économique est une notion ancienne. Elle est incontournable dans la science économique et a fondé les études des plus grands penseurs de cette science. Il est donc impossible de se contenter de son approximation pour fonder les qualifications de notre droit. Avant toute chose, l'origine de la valeur économique est double, le travail ou l'utilité et la rareté. L'adoption de ces notions dans le droit implique l'adhésion à une École de pensée, ce dont nous n'avions pas conscience avant d'entreprendre cette recherche. Que faut-il alors retenir de la valeur économique ?

76.- L'apport relatif à la « valeur-travail ». Lorsque l'on évoque la « valeur-travail », il est intéressant d'y voir, derrière, les pères du libéralisme. Il est plus aisé alors de comprendre que la chose, issue d'un travail productif, soit propulsée sur le marché. Il n'existe pas de nuance dans l'expression de la valeur d'une chose révélée par le travail : un *produit* de santé, même élaboré à partir du corps humain, sera une marchandise comme les autres. Seule la quantité de travail sert à son évaluation³⁴⁷. Plus tard, l'analyse marxienne apportera un autre regard sur la « valeur-travail ». Elle l'inscrira dans une approche sociologique, puisqu'elle est issue du constat d'un déséquilibre entre les forces productives et les rapports sociaux de production. Pour MARX, le travail humain ce n'est pas la cause de la valeur, *c'est la valeur*. En effet, toute production cristallise les parts de travail humain. Cette théorie confère une toute nouvelle dimension à des choses « ensorcelées » dans une économie qui, entière, se réifie. Même les choses qui sont intrinsèquement liées à la personne, comme les objets du domaine de la santé, subissent cette évolution.

77.- L'apport relatif à la « valeur-utilité » et à la « valeur-rareté ». En contrepoint des théories sur la « valeur-travail », ont été développées celles relatives à la « valeur-utilité » et à la « valeur-rareté ». L'assimilation des objets « utiles » à des « objets de désirs »³⁴⁸ est connue en droit, même si la déduction, parfois rapide, ne contient pas les nuances quantitatives et qualitatives pourtant nécessaires. Mais il est particulièrement important de souligner que,

³⁴⁷ Au sens de sa transformation en valeur.

³⁴⁸ En ce sens, v. notamment les travaux de M. le professeur LIBCHABER (*in*, R. LIBCHABER, *Biens, Rép. civ. Dalloz*, 2002, n°9, p. 3. V. aussi : K. STOYANOVITCH, *Les biens selon Marx, A.P.D.*, T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 197, et spéc. p. 200).

« l'utilité » ne doit pas, dans son appréhension, être déconnectée de la « rareté ». L'analyse économique nous apprend que les choses n'ont pas une valeur économique à la suite du constat de leur désirabilité *puis* de leur abondance/rareté, mais bien à raison de leur « utile-rareté », de leur « utilité marginale ». Ce qui est différent en pratique, car le nombre de choses incorporelles qui affectent l'état de santé d'une personne, à avoir une valeur économique, va littéralement « exploser ». La sollicitation au droit sera d'autant plus pressante, qu'il convient alors de s'attacher à leur réception par la propriété intellectuelle.

CHAPITRE 2

LA RÉCEPTION DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

78.- Évolution de la création vers le droit commun des biens, sous l'impulsion de la valeur économique. L'objet de notre étude est la création. Nous avons précisé dans nos propos introductifs qu'une loi était nécessaire à l'entrée de la création, dans la sphère du droit³⁴⁹. À côté, à travers la recherche d'une définition de la valeur économique, il a été mis en évidence la présence de la valeur économique dans le domaine de la santé.

Or, aujourd'hui si l'on continue à affirmer qu'une disposition légale est nécessaire, l'argument paraît de plus en plus fragile. La multiplication des valeurs sur les objets du domaine de la santé ne conduit-elle pas à un alignement de la création sur le droit commun des biens ? À y regarder de plus près, d'ailleurs, il est possible de retrouver dans la définition du droit commun des biens toutes les composantes de la valeur économique. Comme si ces deux notions étaient intrinsèquement liées. Comme si le constat de l'une suffisait à établir l'existence de l'autre. N'y aurait-il pas une évidence alors à assimiler la création dans le domaine de la santé au droit commun des biens ? De fait, cette assimilation, ne se réalise-t-elle pas déjà ? Ne recherche-t-on pas dans l'objet de la propriété intellectuelle son utilité, sa rareté ou qu'il émane de la force de travail ? Or, si tel est le cas quelles sont les conséquences pour le droit de la propriété intellectuelle, d'une part, et sur le domaine de la santé, d'autre part ?

Dans un premier temps, il sera nécessaire de démontrer à quel point la notion de bien intègre la définition dégagée de la valeur économique. Cette démonstration permet de considérer qu'actuellement, un objet pourvu d'une valeur économique devient nécessairement un bien (*section 1*). Dans un second temps, nous évaluerons les conséquences sur la création et sur le droit de la propriété intellectuelle de cet alignement sur le droit commun des biens. De telles

³⁴⁹ Sur ce point, v. *supra* n°21.

conséquences seront d'autant plus appréciées en considération de la sensibilité du domaine de la santé (*section 2*).

Section 1

Le principe de la réception de la valeur économique dans le droit commun des biens

79.- La valeur économique : un outil dans la délimitation du domaine de la propriété. Il est surprenant de constater à quel point même dans les travaux préparatoires du Code civil, et plus précisément, dans l'exposé des motifs de PORTALIS sur la propriété, cette dernière est imprégnée de la définition de la valeur économique : « le besoin et l'industrie sont les deux principes créateurs de la propriété »³⁵⁰. On y retrouve les deux concepts à l'origine de la valeur économique, la « valeur-travail » et la « valeur utilité-rareté ». Or, faire entrer une notion économique dans le giron du droit des biens et l'ériger en pivot de la définition du bien nécessite de le prouver (*paragraphe 1*). Au-delà, une grande majorité de la doctrine considère que la valeur économique peut se résumer dans les lacunaires termes d'utilité et de rareté³⁵¹. Or, la décomposition de cette notion sous la loupe des théories économiques a permis précédemment d'en cerner quelques subtilités supplémentaires qui affineront notre connaissance sur la notion de bien et par voie de conséquence sur celle, alternative, de chose commune (*paragraphe 2*).

³⁵⁰ PORTALIS, *Discours relatif au titre du Code civil consacré à la propriété*, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 11, Paris, Videcoq, 1836, p. 112. Rappr. C. COMTE, *Traité de la propriété*, t. 1^{er}, Paris, Chamenot et Ducollet, 1834, p. 54 : « Les choses dont la quantité est bornée, et qui sont destinées à satisfaire des besoins individuels ou de famille, n'existent généralement que par le moyen d'un travail humain et par le concours des forces de la nature ». Dans cette proposition ressortent les trois origines de la valeur, travail utilité, rareté.

³⁵¹ *Ibid.*

Paragraphe 1

La définition du bien d'après la valeur économique

80.- La place de la valeur économique. La définition du bien par la valeur ressort d'une tendance contemporaine à placer cette notion économique au centre du débat juridique³⁵². Ce que certains ont appelé le « stade suprême du raffinement de la théorie des biens »³⁵³, avait été annoncé par le Doyen SAVATIER, dans une formulation visionnaire : « le bien patrimonial le plus incorporel s'appellera finalement valeur »³⁵⁴. Son rayonnement inonde aujourd'hui la réflexion d'un grand nombre d'auteur³⁵⁵. Il convient donc d'en étudier le fondement (A) et les modalités de la qualification du bien par sa valeur économique (B).

³⁵² En ce sens, G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, 2^e vol., *Les Biens*, Sirey, 1965, n°3, p. 10 : « la notion de chose matérielle tend à passer au second plan et même à s'effacer derrière celle de bien, pris comme synonyme de « valeur ». La réalité économique prend le pas sur la structure juridique traditionnelle ».

³⁵³ F. ZENATI, *Le droit des biens dans l'œuvre du Doyen Savatier*, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^{ème} journées R. Savatier, PUF, 1991, p. 16.

³⁵⁴ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, 3^{ème} série, *Panorama des mutations*, Dalloz, 1964, p. 166. L'auteur ajoute que : « la valeur patrimoniale exprimerait le réalisme juridique. Car le « bien » des juristes doit répondre, aussi exactement que possible, à la « richesse » des « économistes » » (p. 171).

³⁵⁵ En ce sens, v. notamment : P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. AYNES, LGDJ, coll., *Bibl. dr. privé*, T. 489, 2007, p. 151 : « L'institution de la valeur comme élément central de la notion de bien s'est faite en deux temps, par un double mouvement, d'abord de la chose vers le droit, puis du droit vers la valeur ». – G. CORNU, *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, p. 14 : « Dans le patrimoine même s'affirment des valeurs nouvelles. Ainsi, prend-on aujourd'hui conscience qu'une information constitue elle-même un bien, et que, pour celui qui la recueille régulièrement, elle est l'objet d'appropriation (elle est dans son patrimoine) ». L'auteur citant, sur ce point, P. CATALA, *La propriété de l'information*, in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 97. – D. GUTMANN, *Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique*, A.P.D., T. XLIII, *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 65 et spéc. p. 68 : « Il suffit, pour s'en convaincre, de faire valoir que la notion de bien n'est pas dépendante de facteurs matériels, car elle désigne plus largement les valeurs économiques susceptibles de figurer dans le patrimoine. Toute chose utile et rare, donc douée de valeur, serait donc un bien ». – M.-L. IZORCHE, *Droit civil, Les biens*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Sirey Université*, 2006, p. 11 : « On doit l'étendre [la définition du bien] aux « choses » matérielles ou non, qu'il est utile de s'approprier, parce qu'elles représentent une valeur ». – R. LIBCHABER, *Biens, Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n°5, p. 3 : « De façon absolue, au fond non juridique, on peut donc approcher la notion de bien en constatant qu'elle se situe au carrefour de l'utilité et de la rareté, c'est-à-dire qu'elle est définie par l'idée de valeur » [nous soulignons]. – Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 2^e éd., Defrénois, 2005, n°8, p. 6 : « (...) elles [les choses] ne sont des biens que si elles ont une valeur et sont susceptibles d'appropriation ». – J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD, et Th. REVET, *De la propriété comme modèle*, in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 281 : « Utile et rare, une valeur, au sens économique du terme, devient un bien, au sens juridique du mot, lorsque la société répond, par le Droit, aux soucis complémentaires de réservation et de commercialisation de son maître du moment ». Rapp. J.M. MOUSSERON, *Valeurs, Biens, Droits*, in *Mélanges à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277. – A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ-Montchrestien-Ed. Techniques, 1986, p. 55 et spéc. p. 56 : « la caractéristique essentielle du bien est sa valeur patrimoniale ». – A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle*, éd. Faculté de Droit de Clermont Ferrand, T. 23, 2006, p. 68 : « L'appropriation n'est pas un critère suffisant pour la définition du bien juridique, dont seule la valeur économique et sociale permet de mesurer la réalité ». – E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. dactyl.,

A) Le fondement à la qualification du bien incorporel d'après la valeur économique

81.- L'inspiration naturaliste. La philosophie naturaliste propose d'envisager le Droit comme le reflet, à l'identique, de la *nature des choses*³⁵⁶. Il existe deux grandes conceptions de la nature des choses, l'une normative et l'autre factuelle.

Pour la conception normative, les impératifs du *droit naturel* fixent la « nature juridique » de la chose³⁵⁷. Pour la conception factuelle, il faut rechercher la nature *réelle* de la chose. Cette dernière conception est celle qu'adopte une doctrine majoritaire, considérant que ce sont les éléments physiques composant une chose qui permettront sa qualification de bien ou de chose commune. Le critère qui permet de dissocier ces deux catégories serait donc contenu dans la chose elle-même, il est donc nécessaire de le découvrir.

82.- La valeur économique, une nature de la chose ? Dans la pensée axiologique, plusieurs écoles interprètent la relation de la valeur à la chose³⁵⁸. En simplifiant, il existe, d'un côté, les cognitivistes, qui observent les valeurs dans la réalité des choses et d'un autre côté, les non-

Toulouse I, 2002, p. 51 : « La valeur d'une chose est le signe de son utilité et de sa rareté. Ces deux concepts sont aussi, en droit des biens, présentés comme des raisons qui poussent une personne à constituer, sur un bien, ce droit absolu que constitue la propriété ». – F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 18 : « Les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation. (...) La rareté impose donc l'appropriation des choses utiles ». – F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, A.P.D., t. XLIII, *L'immatériel et le droit*, Sirey, 1999, p. 79, et spéc. p. 90 : « On peut rechercher la valeur, plus que dans l'enfance des biens, dans leur genèse, en sorte que les biens existeraient à l'état de valeur avant même que d'être consacrés juridiquement ».

³⁵⁶ Sur la notion de nature des choses, v. notamment, H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1997, p. 53 et s. V. aussi *Droit et nature des choses, Travaux du colloque de philosophie du droit comparé, Toulouse 16-21 septembre 1964*, Paris, Dalloz, 1965 et notamment M.-L. HUSSON, p. 37 : « en tout domaine, quelque contenu précis qu'elle [la nature des choses] doive finalement recevoir (...) un donné primordial, extérieur à l'esprit, qui lui oppose une résistance irréductible, mais aussi à fournir à ses constructions un point d'appui inébranlable ».

³⁵⁷ Pour les choses communes, v. principalement, A. SERIAUX, *La notion de choses communes, nouvelles considérations sur le verbe avoir*, in *Droit et Environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23. Sur une conception idéale de la valeur, v. N. A. POULANTZAS, *Nature des choses et droit, Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, préf. M. VILLEY, LGDJ, coll. *Bibliothèque de philosophie du droit*, T. 5, 1965, p. 82.

³⁵⁸ Pour une analyse *résumée* de ces courants axiologiques, v. C. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, A.P.D., Les biens et les choses, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 259, spéc. p. 265 et s. Et pour une étude plus approfondie du même auteur, v. C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, vol. XXV, 1982. Ils seront repris dans la suite de l'étude, v. *infra* n°82.

cognitivist³⁵⁹, qui considèrent que l'appréhension des valeurs ne se trouve pas dans la réalité du monde extérieur, mais dans la propre perception du sujet. Cette dernière approche consiste à bannir la capacité du sujet à fournir un jugement de valeur, il n'est conduit que par ses émotions et ses justifications axiologiques ne sont « que des mouvements d'humeur, totalement arbitraires »³⁶⁰. Ce courant ne permet donc pas de cerner la présence de la valeur économique dans les choses. En revanche, l'intérêt de l'approche cognitive autorise à penser que « les valeurs sont dans le monde, elles sont immanentes aux choses (un peu comme les couleurs appartiennent aux objets), et il est donc de notre tâche de les découvrir »³⁶¹. Ce courant, qui s'attache soit aux propriétés naturelles des choses³⁶² soit aux propriétés non naturelles des choses³⁶³, met en évidence la relation de la valeur économique aux choses. Mais dans les deux Écoles, l'appréhension de la valeur passe par la perception du sujet.

Comme le souligne M. le professeur PIEDELIEVRE « la caractéristique essentielle du bien est sa valeur patrimoniale »³⁶⁴, elle ne se confond donc pas avec la chose. La chose devient

³⁵⁹ Représentant notamment ce courant : A. J. AYER, *Language, Truth and Logic*, London, Victor Gollancz Ltd, 1964. – C. L. STEVENSON, *Ethics and Language*, Yale Univ. Press., New Haven, 1944, et du même auteur, *Facts and Values*, Yale Univ. Press, New Haven CT, 1963, disponible également en version électronique sur <http://www.questia.com/library/book/facts-and-values-studies-in-ethical-analysis-by-charles-l-stevenson.jsp>.

³⁶⁰ C. GRZEGORCZYK, art. préc. p. 267.

³⁶¹ C. GRZEGORCZYK, art. préc. p. 265.

³⁶² Telle est notamment l'approche de R. B. PERRY, *General Theory of value : Its meanings and basic principles construed in Terms of Interest*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press 1926, qui consiste à voir les caractéristiques naturelles des choses, que l'on découvre par une observation normale du monde.

³⁶³ En ce sens, la valeur s'observe par un moyen intellectuel, que l'on appelle souvent « intuition ». Dans ce courant *intuitionniste*, on classe traditionnellement les penseurs de la phénoménologie juridique, qui prennent comme point de départ l'intuition sensible des phénomènes afin d'en dégager la structure fondamentale de leur essence, v. notamment : E. HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, 7^e éd., trad. par P. Ricoeur, Paris, Gallimard, coll. *Bibl. de philosophie*, 1950.– M. SCHELER, *Formalisme en éthique et éthique matérielle des valeurs : essai pour fonder un personnalisme éthique*, 5^e éd., trad. par M. Gandillac, Paris, Gallimard, coll. *Bibl. de philosophie*, 1955. Sur la philosophie de SCHELER, v. notamment F. VANDENBERGHE, *L'archéologie du valoir, Amour, don et valeur dans la philosophie de Max Scheler. En hommage à Paul Ricœur(1913-2005)*, *Revue du MAUSS*, n°27, 2006-1, p. 138. Avec quelques nuances v. aussi la philosophie de N. HARTMANN, *Les principes d'une métaphysique de la connaissance*, trad. par R. Vancourt, Paris, Aubier, 1945. Pour une application en droit, v. P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, préf. C. EISENMANN, LGDJ, coll. *Bibl. de phil. du droit*, 1964 ; et du même auteur, *La phénoménologie et le droit*, A.P.D., L'interprétation dans le droit, t. XVII, Sirey, 1972, p. 185 et s.

³⁶⁴ A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ-Montchrestien-Ed. techniques, 1986, p. 56.

alors le simple porteur, substrat matériel et la valeur, son essence, sa substance³⁶⁵. Ainsi, elle apparaît comme une composante de la chose en lui fournissant ses principaux caractères et la notion de bien dépend donc de la valeur économique.

83.- La réception de la valeur économique dans la notion de bien incorporel. En théorie, la majorité des auteurs estime que la valeur économique justifie la qualification de la chose en bien et considère que cette naturalité ne s'impose pas au droit³⁶⁶. Comme le souligne Mme le professeur PELISSIER, « Toute valeur ne constitue pas un bien de par ce simple intérêt qui lui est porté. En effet, la valeur décrite en philosophie et reconnue par l'économie n'accède à la qualification de bien que lorsque le Droit intervient, la valeur devenant ainsi l'essence du bien »³⁶⁷. Reste que la multiplication des objets utiles et rares sollicitant le Droit a tendance à le rendre plus – trop ? – flexible³⁶⁸. Au point que, la reconnaissance de la chose en bien acquiert un caractère systématique, dès ces qualités identifiées. Pour certains auteurs, la « réservation de principe de toute chose incorporelle utile et rare »³⁶⁹ irait de soi, au point que

³⁶⁵ C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, vol. XXV, 1982, p. 55. L'auteur prolonge le raisonnement sur le statut de la valeur : « soit toutes les choses sont des valeurs, auquel cas, la notion même de valeur n'a aucun sens comme étant un autre nom de la chose, ou toutes les choses peuvent devenir des valeurs lorsqu'un intérêt se concentre sur elles ». Il est rejoint dans la seconde possibilité par l'auteur R. B. PERRY, *General Theory of value : Its meanings and basic principles construed in Terms of Interest*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press 1926, Chap. 5 : "Any object, whatever it be, acquires value when any interest, whatever it be, is taken in it...". Rappr. A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibl. de thèses*, 2001, n°238, p. 238 : « parce qu'il existe une différence de degré entre la valeur et la chose ; la valeur est contenue dans la chose. Lorsque le bien est appréhendé comme la vision juridique de la chose, c'est moins la chose qui est prise en compte par le Droit que la valeur représentée par cette chose ».

³⁶⁶ Le droit est un phénomène de construction par rapport à la réalité et non de simple conformation, sur ce point v. *infra* n°189.

³⁶⁷ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels, op. cit.*, n°239, p. 240. Rappr., R. LIBCHABER, *Biens, Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n°6, p. 3 : « Mais on ne saurait en demeurer à cette vision économiste et naturaliste des biens, qui conduirait à identifier les « choses » aux objets du monde réel. Car la notion de biens qui seule nous importe est une notion juridique, ce qui signifie que si elle entretient des relations d'affinité avec la réalité, elle ne se ramène pas purement et simplement à un référent matériel. Les biens sont certes des objets de désirs, mais s'ils nous intéressent, c'est en tant qu'ils sont immergés dans les relations juridiques et non en ce qu'ils permettent de satisfaire des besoins individuels ».

³⁶⁸ Ce qui nous interpelle sur une remarque de CARBONNIER dans le célèbre *Flexible Droit* sur la « décadence » de la propriété du fait de ces « monopoles parasites », de ces « faux droits » (*in*, J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6^e éd. LGDJ, pp. 240-247).

³⁶⁹ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 20. Notons le doute qu'émettent ces auteurs sur cette impossibilité de réservation de principe : « Encore que cette doctrine soit très répandue, il est loisible de ne pas y souscrire. (...) A l'époque moderne, le refus de principe de la propriété incorporelle est un non-sens économique. La liberté du commerce et de l'industrie commande l'appropriation des choses issues de sa mise en œuvre. Le commerce, qui n'est qu'un échange de propriétés, ne peut être que faussé par la possibilité de jouir sans contrepartie des valeurs utiles et rares issues de l'activité d'autrui, sous prétexte qu'elles ne sont pas matérielles ».

« le seul constat de l'existence d'une nouvelle catégorie de chose incorporelle suffit à la reconnaissance de son appropriabilité chaque fois qu'elle est porteuse d'utilité et objet de convoitise »³⁷⁰. Ce caractère automatique de la réception apparaît clairement dans la jurisprudence européenne³⁷¹. La notion de bien au sens de la Convention européenne des droits de l'homme³⁷², et plus précisément sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme a une portée autonome³⁷³. De fait, elle autorise la considération des éléments incorporels dans le domaine de la propriété³⁷⁴ et admet que la seule valeur patrimoniale d'une chose suffit à la qualification d'un bien³⁷⁵. Cette réception de principe de la valeur économique interroge au

³⁷⁰ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 20.

³⁷¹ En ce sens, v. CEDH, 26 juin 1986, n°8543/79, *Van Marle et autres c/ Belgique*, sur la qualification d'une clientèle d'expert-comptable, v. spéc. §41. – CEDH, 23 févr. 1995, n° 15375/89, *Gasus Dossier und Fördertechnik c/ Pays-Bas*. – CEDH, 30 nov. 2004, n° 48939/99, *Öneryildiz c/ Turquie*, AJDA, 2005, p. 1133 ; RTD civ. 2005, p. 422, obs. REVET. – CEDH, 11 janv. 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Busch inc. c/ Portugal*, C.C.E. 2007, comm. n° 67, note CARON. – CEDH, 18 septembre 2007 n°s 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, *Paeffgen GMBH c/ Allemagne* : www.echr.coe.int (non disponible en français) ; RTD civ. 2008, p. 503, obs. REVET ; C.E.E. 2008, comm. n° 88, p. 26, note CARON ; C.C.E. 2008, chron. n° 11, p. 26, obs. MARINO. On retrouve ce critère de la valeur économique dans quelques décisions des juridictions françaises : sur la qualification de bien pour un numéro de carte bancaire v. Crim. 14 novembre 2000, D. 2001, p. 1423, note De LAMY ; RTD civ. 2001, p. 912, note REVET, qui reprend la motivation des juges du fond : « les juges d'appel retiennent qu'en conservant le numéro de la carte et l'autorisation de prélèvement, et en les remettant à une entreprise sous-traitante, alors qu'il ne pouvait ignorer que cette autorisation, Bernard Graeff a détourné cette autorisation, laquelle constitue une valeur patrimoniale » et fournit l'élément constitutif du délit d'abus de confiance, protection pénale de la propriété.

³⁷² Plus généralement, sur l'influence de la CEDH sur le droit de propriété, v. notamment, G. COHEN-JONATHAN, *Convention européenne des droits de l'homme, Droits garantis, J.-Cl. Europe*, fasc. 6522, n°109 et s. – H. PAULIAT, *Le droit de propriété devant le Conseil c et la Cour européenne des droits de l'homme*, RTD pub. 1995, p. 1445. – C. BIRSAN et J.-F. RENUCCI, *La Cour européenne des droits de l'homme*, RTD civ. 2005, p. 870. – F. SUDRE, *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme*, D. 1988, chron. P. 71. – A.-F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001, t. 351.

³⁷³ L'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». Le droit au respect des biens que propose l'article n'est en aucun cas une définition de la notion de *bien*, ni même de la *propriété*. Cette absence de définition « figée » confère aux juges européens une grande liberté pour l'utilisation de ces concepts.

³⁷⁴ Et qui surtout se déconnecte de toutes qualifications nationales.

³⁷⁵ On notera qu'une telle différence de qualification de la notion de bien entre les instances européennes et nationales s'explique par la différence de but que poursuivent les deux juridictions. Le premier, pour la CEDH, est de pouvoir se saisir de tous les arrêts relatifs aux intérêts économiques des particuliers. Le second, fort de la logique de la CEDH, le régime de la protection des biens au niveau européen a été pensé contre l'ingérence des États. En ce sens, v. E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. dactyl., Toulouse I, 2002, n°34, p. 47.

plus haut point la propriété intellectuelle dans la mesure où, elle élargit considérablement son objet³⁷⁶.

En conclusion, il semblerait que la valeur économique, nature de la chose, devienne un critère automatique pour la qualification de bien incorporel. Il n'y aurait donc plus de caractère spécial, notamment pour la création. Elle serait qualifiée sur le modèle du droit commun de tous les autres biens. Il convient donc d'approfondir cette relation à la lumière des origines de la valeur économique.

B) Les modalités de la qualification de bien d'après la valeur économique

84.- La « valeur-utilité » et la notion de bien. La doctrine appréhende de manière dissociée la « valeur-utilité » d'une chose et la « valeur-rareté » de cette chose. Nous avons par l'analyse économique montré que cette dissociation est erronée. Mais pour bien mettre en évidence l'appréhension de la valeur économique dans la notion de bien, il est nécessaire de le faire, en conscience de cause et en suivant les propositions doctrinales émises à ce sujet. La « valeur-utilité » s'avère, avec la « valeur-rareté », les conceptions les plus partagées par la doctrine. Il a été démontré précédemment que l'utilité recouvrait une double dimension, objective qui dépend des utilités propres de la chose et subjective qui est relative aux besoins des hommes. Dans les analyses juridiques, les deux aspects sont très présents et également complémentaires³⁷⁷.

85.- La dimension subjective de l'utilité. La prédominance de la dimension subjective de l'utilité dans la science économique³⁷⁸ se retrouve en droit des biens. M. le professeur

³⁷⁶ En ce sens, v. A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibl. de thèses*, n° 870 : « La différence entre les deux normes, appréciées en tant que principe d'interprétation, réside dans le fait que le droit de chacun au respect de ses biens est plus vaste que le droit de propriété garanti par l'article 544 du Code civil ». Et selon, l'auteur l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 de la CEDH servira au plus de guide dans l'interprétation des normes nationales.

³⁷⁷ R. LIBCHABER, *Biens, Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n°5, p. 3, s'interroge : « Pourquoi ces choses importent-elles au point que l'analyse juridique s'en empare ? Parce qu'elles sont utiles, bien sûr ; et encore, le mot d'utilité est presque déjà excessif : le seul fait que les choses soient des objets de désir implique, sinon leur utilité objective, du moins le besoin que l'on peut en éprouver ».

³⁷⁸ Il a été démontré précédemment que la dimension subjective, le besoin de la chose, tenait une place plus importante que la dimension objective, l'usage de la chose, dans la détermination de la valeur économique. A la lumière de l'analyse juridique, cette hiérarchie tient à une explication chronologique : le besoin de la chose permet la propriété et donc l'usage de la chose.

GALLOUX souligne même que « la subjectivité semble envahir totalement la notion de bien »³⁷⁹. DEMOLOMBE désigne « sous le nom de *biens*, dans la langue des jurisconsultes, les choses qui sont susceptibles de procurer à l'homme une utilité exclusive et de devenir l'objet d'un droit de propriété »³⁸⁰. Nous pressentons donc que cette dimension subjective de l'utilité est la clé de l'évolution de la qualification de chose vers celle de bien.

L'explication tient au fait que le besoin consiste en un état de manque³⁸¹ et que son assouvissement ne passera que par une relation individuelle entre l'homme et « les objets de son désir »³⁸², en excluant l'autre³⁸³. Le besoin apparaît ainsi comme le pivot de l'appropriation exclusive. Or, l'exclusivité est de fait partie de la définition de la propriété³⁸⁴

³⁷⁹ Une partie de son étude montre l'importance de l'utilité dans le processus d'appropriation, J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. dactyl., Bordeaux I, 1988, p. 168. Son propos est relativisé par le nécessaire critère de l'appropriation : « L'utilité reste un critère cardinal du passage de la chose au bien : l'utilité explique la valeur et justifie l'appropriation. Tout demeure lié sans que l'un ou l'autre explique *seul* la catégorie du bien par rapport à celle de chose » (nous soulignons).

³⁸⁰ Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, volume IX, Traité De la distinction des biens. De la propriété. De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, T. I, Paris, éd. A. Durand et L. Hachette et Cie., 1866, n°8, p. 4-5. Rappr. G. BAUDY-LACANTINERIE et M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique du droit civil. Des biens.*, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1^{ère} éd., 1896, n°10, p. 10 : « Toutes les choses qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité, sont susceptibles d'appropriation privée ». Selon J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, coll. *Quadrige Manuel*, T. 2, 2004, n°708, p. 1596, la définition du bien par Ch. DEMOLOMBE « donne à entendre que l'essentiel est surtout dans l'utilité économique. Et de fait, nul n'a mieux montré comment le droit avait repétri la nature ».

³⁸¹ En ce sens, N. A. POULANTZAS, *Nature des choses et droit, Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, préf. M. VILLEY, LGDJ, coll. *Bibliothèque de philosophie du droit*, T. 5, 1965, p. 140. Il ajoute que le besoin consiste « en une privation de la conscience de l'intérieur de son propre être renfermé en soi, et en une tension vers l'extérieur, vers ce qui lui fait défaut ».

³⁸² R. LIBCHABER, *Biens, Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n°5, p. 3.

³⁸³ N. A. POULANTZAS (*Ibid.* p. 144) le formule ainsi : « C'est ainsi que nous constatons que l'homme étant à partir du premier moment de son existence, être-avec-l'autre, le besoin, même le plus primaire, de l'homme envers une chose quelconque se présente « déjà » sous une forme socialisée et historiquement déterminée ». Rappr. J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, *op. cit.* p. 167 : « Une chose juridique est un bien en raison de l'utilité qu'il procure à un agent juridique. Le droit se contente de prendre acte de ce mouvement des choses autour des personnes, d'organiser le partage des biens que les hommes désirent et dont ils usent ». En ce sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 21 : « Le droit sait, ainsi trouver les adaptations nécessaires à l'établissement d'un rapport d'exclusivité dès qu'une chose présente une utilité ». Ils rappellent avec ULPIEN (D. 50, 16, 49) qu'étymologiquement la notion de bien exprime le *bonheur*.

³⁸⁴ Jusqu'à pour certains auteurs en constituer l'essence, F. ZENATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, *RTD civ.* 1993, p. 305. Rappr. de R.-J. POTHIER, *Œuvres complètes*. Tome 14. *Traité des donations, du domaine de propriété*, éd. Chez Thomine et Fortic, 1821, §4 : « Le droit par lequel une chose m'est propre et m'appartient privativement à tous autres ». Cette conception de la propriété est défendue par l'École *personnaliste*, dont les illustres représentants sont notamment : R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, 1^{ère} éd., Paris, Rousseau, 1911.– S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960.– H. MICHAS, *Le droit réel considéré comme une obligation passive universelle*, Thèse Paris, 1900.– G. RIPERT, *L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, Rousseau, 1902.– C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 10^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009.

et elle autorise le propriétaire à empêcher les tiers d'avoir une part à l'utilité de la chose³⁸⁵. Ce cheminement intellectuel conduit à considérer que dès qu'une chose cristallise les besoins d'un homme et qu'elle éveille son intérêt³⁸⁶ alors, elle pourra être promue à la catégorie des biens et faire l'objet d'une relation exclusive³⁸⁷.

En filigrane transparaît une question fondamentale du droit des biens, dont la résolution dépasserait le cadre de notre étude, à savoir celle sur la notion de droit subjectif. En effet, dans une acceptation commune³⁸⁸, il se définit comme « la prérogative accordée à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger une prestation »³⁸⁹. Que l'on prenne comme critère du droit subjectif, le *besoin* de la chose³⁹⁰, *l'intérêt* de l'homme sur cette chose³⁹¹, la *volonté* de la faire sienne³⁹², l'« *appartenance*-

³⁸⁵ Telle est la définition de *l'exclusivité* donnée par G. CORNU *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n°30, p. 72.

³⁸⁶ Les notions de *besoin* et *d'intérêt* sont en réalité très proches ou, au moins, consécutives. En effet, si on prend les définitions de ces termes dans *Le Grand Robert de la langue française* (sous la dir. de A. REY, 2^e éd., 2001, V^o *Besoin* et V^o *Intérêt*) on s'aperçoit que l'homme va « rechercher l'avantage personnel » (définition de *l'intérêt*) en se procurant les « choses considérées comme nécessaires à son existence » (définition du *besoin*).

³⁸⁷ Le paragraphe consacré aux modalités de la réception de la valeur économique par le droit des biens nous permettra d'approfondir la notion d'appropriation, concept clé pour l'accueil des biens dans l'univers juridique.

³⁸⁸ Bien qu'il soit difficile de trouver une définition consensuelle du *droit subjectif*, tellement celle-ci a été traversée par de nombreux courants doctrinaux, souvent opposés.

³⁸⁹ R. GUILLIEN et J. VINCENT, sous la dir. de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, 12^{ème} éd., Dalloz, 1999, V^o *Droit*. V. aussi, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V^o *Subjectif* : « Qui appartient à une personne ».

³⁹⁰ Il a été envisagé que le besoin puisse constituer un fondement du droit par la création d'une nouvelle catégorie de droits subjectifs, les « droits-besoin ». En ce sens, A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1969.

³⁹¹ « Car un intérêt [est] à la base de tout droit subjectif », in P. GERARD, F. OST, M. Van de KERCHOVE, *Droit et Intérêt*, vol.2, *Entre droit et non droit : L'intérêt, Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Facultés universitaires de Saint-Louis, T. 49, 1990, p. 18. Il existe dans cette appréhension de l'intérêt comme droit subjectif plusieurs courants doctrinaux. Nous soulignerons évidemment celui de IHERING (ou JHERING), qui définit le droit subjectif comme « l'intérêt juridiquement protégé » (in R. von IHERING, *L'esprit du droit romain, dans les différents stades de son développement*, t. IV, trad. par O. Meulanaere, 3^{ème} éd., Librairie Chevalier-Maresq, Paris, 1888, n°70, p. 325, cité par J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 65). Dans le même sens de H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruxelles, T. III, 1939, p. 894 : « Qu'est-ce qu'un « intérêt » ? Si l'intérêt n'est pas juridiquement protégé, c'est, en droit, le néant. Et s'il l'est, c'est un droit » (cité par : P. GERARD, F. OST, M. Van de KERCHOVE, *Ibid.* p. 9). Mais encore, la théorie de A. GERVAIS, *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts »*, *Mélanges offerts à P. Roubier*, Paris, 1961, t. 1, p. 243, à laquelle adhèrent P. GERARD, F. OST, M. Van de KERCHOVE, *Ibid.* p. 10. *Contra* (notamment) : F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. dactyl., Lyon III, 1981, p. 747 et s. La définition du droit subjectif par l'intérêt de l'objet sur lequel il porte est aussi combattue par M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*, A.P.D. t. IX, *Le droit subjectif en question*, 1964, p. 97, et spéc. p. 101 : le droit subjectif ne peut être « un objet, quelque chose, quelque avantage que l'on pose en face du sujet, qu'on lui octroie de l'extérieur (...). Le droit

maîtrise » qu'elle procure³⁹³ ou le *rapport exclusif* qu'elle instaure³⁹⁴, on se rend compte du lien entre chaque critère et de surcroît de leur gradation vers l'établissement de la propriété, dans lesquels le besoin apparaît comme une prémisse incontournable.

Au demeurant, il serait possible de reconnaître avec M. TRICOIRE que « plus le bien sera utile, plus il sera reconnu et protégé par le droit »³⁹⁵. Mais à partir de l'étude économique précédente, le constat impose de reconnaître que la *quantité* et à la *qualité* des besoins importent peu sur la qualification de bien. En effet, que les besoins soient « bons » ou « mauvais », « nécessaires » ou « superflus » ou enfin, « massivement » ou « rarement » ressentis, le simple fait qu'ils soient ressentis par un homme suffit. Et seule la commercialité de ces biens sera affectée par l'augmentation ou la diminution consécutive de leur valeur économique.

86.- La dimension objective. La dimension objective de l'utilité est directement présente dans le droit positif des biens. L'idée d'user des qualités intrinsèques de son bien a été codifiée à l'article pilier du droit des biens, l'article 544 du Code civil, selon lequel, le propriétaire de la chose est celui qui a la possibilité de jouir et de disposer de la chose. Possédant des utilités quasi-infinies, certains biens sont appelés frugifères, parce que l'emploi par le propriétaire des utilités de sa chose génère la production de nouveaux biens, nommés,

subjectif est une *qualité* du sujet, une de ses *facultés*, plus précisément une franchise, une liberté, une possibilité d'agir ».

³⁹² En ce sens, C. de SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, trad. par Ch. Guenoux, 1840, p. 7, cité par J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 57 : « Le droit subjectif est un pouvoir de volonté. Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne et règne du consentement de tous ».

³⁹³ En ce sens, J. DABIN, *Droit subjectif et subjectivisme juridique*, A.P.D., t. IX, *Le droit subjectif en question*, 1964, p. 19, et spéc. p. 27 : « le droit subjectif avec la *res* qui en fait l'objet, est à la disposition de son titulaire. Le droit subjectif est propriété, maîtrise et par déviation, liberté ». C'est par le lien d'appartenance, entre l'objet et le sujet, et la maîtrise qui en est la conséquence que se forme le droit subjectif. V. aussi, Ch. EISENMANN, *Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin*, *Rev. Dr. pub.* 1954, p. 753.

³⁹⁴ Dans une toute autre conception de la propriété, le rapport privatif peut lui-même être dénommé droit subjectif. En ce sens, v. notamment la dernière partie de la novatrice thèse de F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. dactyl., Lyon III, 1981, p. 750 : « La propriété peut se voir attribuer une nature juridique particulière parce qu'elle constitue une notion fondamentale du droit privé, qui se confond avec le droit subjectif lui-même (...) la propriété n'est pas un droit subjectif mais le droit subjectif ».

³⁹⁵ E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. dactyl., Toulouse I, 2002, n°75, p. 109.

*fruits*³⁹⁶. Ces nouveaux biens appartiendront au propriétaire par le mécanisme de l'accession³⁹⁷, sur le fondement de l'article 547 du Code civil. Les utilités de la chose peuvent être naturelles, lorsque le propriétaire utilise les propriétés physiques de la chose³⁹⁸, ou civiles, lorsqu'il accomplit des actes juridiques sur son bien qui lui permettront d'accroître sa valeur économique³⁹⁹. En conclusion, le bien serait donc l'objet qui par les différents usages qu'il présente cristallise les besoins individuels, et au-delà, qui, par son appropriation ultérieure répondra à une utilité sociale.

87.- La « valeur-rareté » et la notion de bien. La « valeur rareté » est complémentaire à la « valeur-utilité ». Ce critère élude même, pour certains auteurs, celui d'utilité, qui devient simplement présumé⁴⁰⁰. Ils l'expliquent par le fait que « l'usage d'une chose se présente dès lors que la chose n'est plus abondante, ne peut plus être gaspillée »⁴⁰¹. Ceci a déjà été souligné dans la précédente analyse économique de la rareté. Il existe deux manières de l'appréhender.

³⁹⁶ Les fruits sont « des biens de toute sorte (somme d'argent, bien en nature) que fournissent et rapportent périodiquement les biens frugifères (sans que la substance de ceux-ci ne soit entamée, comme elle l'est pour les produits au sens strict) », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V^o *Fruits*. V. aussi, du même auteur, *Droit civil, Les biens*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n^o17, p. 44-45 : la distinction entre les fruits *naturels* (qui sont le produit spontané de la terre, sans effort de mise en valeur), les fruits *industriels* (ce sont les fruits apparus grâce au travail de l'homme) et les fruits *civils* (qui comprennent les loyers de maisons, les fermages, etc.).

³⁹⁷ Les dispositions sur l'accession suivent directement celles sur la propriété, à l'article 546 et s. du Code civil. Elle est défini comme un « mode légal d'acquérir la propriété par extension du droit du propriétaire d'une chose aux produits de cette chose, à tout ce qui s'y unit ou s'y incorpore », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V^o *Accession*. Elle est également d'un grand secours dans la détermination de l'objet de la propriété (en ce sens, F. ZENATI, *Étendue de la propriété foncière*, RTD civ. 1999 (chron.) p. 142).

³⁹⁸ En ce sens, C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 10^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n^o103, p. 77 : « le plus souvent il [le propriétaire] s'en tient aux utilisations que lui dicte la nature ». L'auteur poursuit par une illustration : « S'il s'agit d'une maison d'habitation, il s'y loge. S'il s'agit d'un moyen de transport, il en use pour se déplacer ; s'il est propriétaire d'une machine, il en tire la production à laquelle elle est appropriée ». Voir aussi les explications de R. THERY sur l'utilisation de la chose par le travail ou l'activité concrète des hommes et devenant la condition, voire le fondement de la maîtrise des choses (in, R. THERY, *De l'utilisation à la propriété des choses*, *Études offertes à G. RIPERT*, T. 2, Paris, LGDJ, 1950, p. 20).

³⁹⁹ *Ibid.* n^o104, p. 79.

⁴⁰⁰ En ce sens, R. LIBCHABER, *Biens, Rép. civ. Dalloz*, 2002, n^o5, p. 3 : « leurs relations ne vont pas de soi, car curieusement c'est l'utilité qui est à la remorque de la rareté ».

⁴⁰¹ E. MACKAAY, *La propriété est-elle en voie d'extinction ?*, in *Nouvelles technologies et propriété, Acte du colloque tenu le 9 et 10 novembre 1989 à la faculté de droit de l'Université de Montréal*, présenté par E. Mackaay, Litec diffusion, Thémis, 1991, p. 219. Sur la gestion des ressources rares par le droit de propriété, v. les analyses de H. LEPAGE, *Pourquoi la propriété ?* Hachette, 1985, p. 18 : « Cette description ne permet cependant pas de saisir ce qui, fondamentalement, du point de vue de l'organisation sociale, définit le régime de la propriété privée. Pour cela, il faut dépasser la simple présentation juridique et repartir d'un constat très simple. À savoir que nous vivons par définition dans un univers marqué par un phénomène général de *rareté* : rareté du sol et de l'espace, des ressources naturelles, mais aussi rareté du temps (la plus rare de toutes nos ressources).

La première, une rareté *objective*, consiste en l'évaluation mathématique des objets issus de la nature et du fait de l'homme. La seconde, une rareté *subjective*, met directement l'individu face à l'offre qui lui est faite par la société. C'est en ce sens que la rareté prend « une dimension sociale »⁴⁰² et va susciter les désirs d'appropriation. Cette dimension sociale empêche d'entendre le concept de bien dans le domaine de la santé de manière uniforme dans toutes les sociétés. De plus, l'étude de la rareté nous apprend que la propriété naît dans le combat⁴⁰³. L'insuffisance de biens sur le marché oblige à « éliminer de la course au bien rare tous les excédentaires, il faut non seulement se l'approprier et le conserver pour soi, mais encore l'accaparer, en priver les autres »⁴⁰⁴. Dans le cas contraire, toutes les choses pour lesquelles ce combat serait inutile, car elles existent en un tel état d'abondance, n'atteindront pas le statut de bien et seront cantonnées, en attendant leur raréfaction, dans la catégorie de choses communes⁴⁰⁵. Enfin, le niveau de rareté qui permet de déterminer l'utilité finale d'une chose n'aura pas d'incidence sur la qualification de bien (erreur doctrinale), mais seulement sur l'évaluation de ce bien et le désir d'emprise qu'il va susciter.

88.- La « valeur-travail » et la notion de bien. La justification de la propriété d'un individu sur le produit de son travail est souvent rattachée à la réflexion de LOCKE au XVII^e siècle⁴⁰⁶.

⁴⁰² K. STOYANOVITCH, *Les biens selon Marx, A.P.D.*, T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 197 (et spéc. p. 200). Cette dimension sociale est encore plus mise en évidence lorsque l'on étudie la corrélation entre la rareté et le niveau de développement d'une société. Le concept de bien serait relatif dans le temps et l'espace. Pour un rapprochement de cette idée avec le droit des brevets v. notamment, J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, coll. *Thémis*, 1991, p. 14 : « Rareté : celle-ci n'est évidemment pas la même selon les besoins et l'état de développement d'une société (...) et il n'est pas surprenant que le brevet apparaisse, au moins de manière significative, avec la grande révolution industrielle ».

⁴⁰³ Tel est précisément l'axe majeur des développements de E. MACKAAY, *La propriété est-elle en voie d'extinction ?*, *op. cit.*, p. 219. Dans une explication particulièrement didactique, l'auteur démontre à quel point la chute « divine » d'une seule bouteille vide de Coca-Cola, dans une tribu reculée, a pu générer le conflit. L'accaparement exclusif de cette bouteille de manière consensuelle ou conflictuelle est de « l'essence des droits privés ». Cette situation évoque inévitablement l'avènement de l'État dans les sociétés à l'état de nature décrite par HOBBS (*in*, HOBBS, *Traité de la matière, de la forme et du pouvoir ecclésiastique et civil* (1651), trad. française par P. Folliot, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002)

⁴⁰⁴ K. STOYANOVITCH, *Les biens selon Marx, op. cit.*, p. 200. Rapp. H. LEPAGE, *L'analyse économique et la théorie de la propriété, Droits*, 1985, n°1, *Destins du droit de propriété*, p. 91, et spéc. p. 92 : la propriété doit être envisagée « pour accéder au contrôle et à l'usage des ressources rares ».

⁴⁰⁵ Pour une étude plus approfondie sur les choses communes dans le domaine de la santé, v. *infra* n°90 et n°228 et s.

⁴⁰⁶ En ce sens, v. J. TRULLY, *Locke, Droit naturel et propriété*, trad. française par C. J. HUTNER, PUF, 1992, p. 141 et p. 187.– G. A. COHEN, *Marx and Locke on Land and Labour, Proceedings on the British Academy*, 1985, vol. 71, pp. 357 à 388, où l'auteur analyse les rapports entre la valeur naturelle, la valeur ajoutée par le travail et la justice distributive chez Marx et Locke. L'importance de la « valeur-travail » chez Locke ne déconnecte pas pour autant son analyse d'une conception subjective de l'utilité en restaurant la notion de besoin dans ses développements : « Ce qui fait la valeur naturelle d'une chose, c'est la propriété qu'elle a de satisfaire

Sa pensée sur le droit de propriété peut ainsi être résumée : « bien que la nature ait donné toutes choses en commun, l'homme néanmoins, étant le maître et le propriétaire de sa propre personne, de toutes ses actions, de tout son travail, a toujours en soi le grand fondement de la propriété ; et que tout ce en quoi il emploie ses soins et son industrie pour le soutien de son être et pour son plaisir, surtout depuis tant de belles découvertes ont été faites, et que tant d'arts ont été mis en usage et perfectionnés pour la commodité de la vie, lui appartient entièrement en propre, et n'appartient point aux autres en commun »⁴⁰⁷. Mais nul n'est besoin de cette justification lockienne de la propriété, la prémisse incontournable à ce postulat est ancrée dans la philosophie du Siècle des Lumières et implique que l'homme soit propriétaire de sa personne⁴⁰⁸. L'anachronisme est fréquent. L'Homme a un droit naturel à posséder tout ce qui présente une nécessité pour sa subsistance⁴⁰⁹. Et la légitimité de l'appropriation individuelle ne s'explique que par l'exercice de sa force de travail sur les choses de la Nature, un don de Dieu aux hommes. Par ailleurs, il serait possible d'étendre cette réflexion à l'appropriation des droits de la personnalité. En effet, la propriété naturelle des attributs de la personnalité, comme l'image ou le nom est la condition indispensable à leur patrimonialisation et à leur transformation en bien.

Les relations entre la force de travail et la propriété ont été particulièrement approfondies par M. le professeur REVET⁴¹⁰. Il démontre que la force de travail est incontestablement une

les besoins et les convenances de la vie humaine » (in, J. LOCKE, *Some Considerations on the Consequences of the Lowering of Interest*, 1691, in *Works*, Londres, 1777, t. II, p. 28).

⁴⁰⁷ J. LOCKE, *Deuxième Traité du gouvernement civil* (1690), 5^e éd., 1728, trad. française par D. Mazel, 1795, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001, n°44, p. 39.

⁴⁰⁸ En ce sens, J. LOCKE, *Deuxième Traité du gouvernement civil* (1690), 5^e éd., 1728, trad. française par D. Mazel, 1795, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001, n°27, p. 32 : « Le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains, nous pouvons le dire, sont son bien propre. Tout ce qu'il a tiré de l'état de nature, par sa peine et son industrie, appartient à lui seul : car cette peine et cette industrie étant sa peine et son industrie propre et seule, personne ne saurait avoir droit sur ce qui a été acquis par cette peine et cette industrie, surtout s'il reste aux autres assez de semblables et d'aussi bonnes choses communes ». À cette conception naturaliste de la propriété, on peut aisément opposer la conception volontariste de ROUSSEAU.

⁴⁰⁹ Et au-delà, si on prend cette référence de la propriété naturelle de l'homme sur le fruit de son travail, v. notamment LE CHAPPELLIER rapportant à l'Assemblée constituante sur les décrets des 13-19 janvier 1791 : « La plus sacrée, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain » (cité, entre autres, dans : Ouvrage collectif, *Les créations immatérielles et le droit*, sous la dir. de M. VIVANT, Ellipses, coll. *Le droit en questions*, 1997, p. 33).

⁴¹⁰ Th. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préf. F. ZENATI, Litec, coll. *bibl. dr. entreprise*, t. 28, 1992.

« source de valeurs »⁴¹¹, parce que d'une part, elle donne contre sa mise à disposition lieu au versement de revenus, et que d'autre part, de cette force de travail peuvent être issus de nouveaux biens⁴¹². Lorsque les nouveaux biens émanent du seul travail⁴¹³, leur régime juridique dépend de leur source, c'est-à-dire, qu'ils appartiennent à celui qui les a fait, *is qui fecit*⁴¹⁴.

A la lumière de ces précédentes analyses, nous comprenons que le bien n'apparaît pas *ex nihilo* et souvent, la chose est travaillée pour donner naissance à un bien susceptible d'appropriation. Autrement dit, « toutes les valeurs qui s'ajoutent aux objets tels qu'ils sont donnés par la nature sont créées par l'activité humaine ; toutes ces richesses sont l'œuvre du travail d'invention, de transformation, de déplacement »⁴¹⁵. C'est pourquoi le processus trouve en la propriété intellectuelle un terrain privilégié d'expression. La création à l'échelle humaine « n'est jamais que recreation et toujours recreation »⁴¹⁶. La propriété s'établit donc naturellement entre le créateur et sa création⁴¹⁷.

⁴¹¹ Et au-delà : « Elle est même jugée par certains comme la seule source de valeur nouvelle » *in*, Th. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préf. F. ZENATI, Litec, coll. *bibl. dr. entreprise*, t. 28, 1992, n°330, p. 365, citant R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz, 1969, n°65, p. 93 : « il nous paraît impossible de nier que la seule production véritable de valeurs nouvelles soit déjà fondamentalement humaine par sa source ».

⁴¹² Rappr. G. RIPERT, *Aspect juridique du capitalisme moderne*, 2^e éd., 1951, qui explique le processus de transformation du travail en capital, et notamment à travers les créations immatérielles.

⁴¹³ Au sein de cette dernière catégorie, l'auteur distingue entre les biens nés de l'exploitation ou de la transformation de biens préexistants (les produits du seul capital et les produits procédant de la force de travail (les produits du seul travail). C'est ainsi que la création d'un nouveau bien peut soit prendre appui soit sur une création préexistante, comme pour les œuvres dérivées, soit sur des choses communes, qui par leur transformation, vont générer un nouveau bien, comme un ouvrage médical (*in*, Th. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, préf. F. ZENATI, Litec, coll. *bibl. dr. entreprise*, t. 28, 1992, p. 489 et s.).

⁴¹⁴ Si le rattachement de la réservation s'effectue en principe au profit de celui qui opère le travail, au profit du créateur, il peut arriver que le rattachement bénéficie à une autre personne que le créateur, qui loue la force de travail et devient l'attributaire originaire des valeurs nées du travail (*in*, Th. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, préf. F. ZENATI, Litec, coll. *bibl. dr. entreprise*, t. 28, 1992, n°494, p. 546).

⁴¹⁵ E. LEVY, *Les fondements du droit*, Felix Alcan, coll. *Bibl. de philosophie contemporaine*, 1939, p. 57.

⁴¹⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°63, p. 69. Rappr. S. BECQUET, *La spécification, Essai sur le bien industriel*, th. dactyl., Lyon III, 2002, n°15, p. 41 : la créativité fonctionne « d'après une logique du réinvestissement, en vertu de laquelle la production utile de valeurs immatérielles se fait davantage à partir de matériaux d'apparition récente et dès lors appropriés qu'en contemplation d'un fonds commun des idées, œuvres ou techniques tombées dans le domaine public ». Adde, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., PUF, coll. *Droit fondamental*, n°26, p. 50 : « La création obéit finalement aux mêmes principes que la matière : « rien ne se crée, tout se transforme » ». Notons qu'il existe des cas dans lesquels, de nouvelles ressources apparaissent du seul fait du travail, comme les clientèles civiles, en ce sens, v. Th. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, préf. F. ZENATI, Litec, Coll. *Bibl. dr. entreprise*, T. 28, 1992, n°487, p. 539. Tel est le cas pour la plupart des choses incorporelles, en ce sens, v. R.

89.- La « valeur d'échange » et la notion de bien. Si l'on abandonne la nomenclature préférée pour mettre en évidence l'origine de la valeur économique et que l'on préfère la traditionnelle distinction valeur d'usage et valeur d'échange alors, une définition du bien devient évidente : le bien est tout ce qui a une valeur d'échange. En d'autres termes, « toute chose évaluable en argent serait alors une chose dans le commerce »⁴¹⁸, ce qui implique sa qualification en tant que bien. Dans cette perspective, la sphère de la commercialité économique coïncide avec la sphère de la commercialité juridique⁴¹⁹, telle que disposée à l'article 1128 du Code civil⁴²⁰. Le raisonnement invite à considérer que, la qualification de bien, du fait de sa valeur d'échange et de sa commercialité, implique de manière systématique sa préalable appropriation⁴²¹. Les biens dans le commerce seraient donc nécessairement des biens appropriés. Il sera toujours possible de justifier cette proposition par la fonction sociale

LIBCHABER, *Biens, Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n°42, p. 9 : « Ces choses [incorporelles] ne naissent pas de rien : à peine venues au jour, elles appartiennent à celui qui les tire de lui-même, de son travail ou de ses efforts ».

⁴¹⁷ Sur la nécessité de cette « valeur-travail » dans le processus de qualification de la création, v. *infra* n°132.

⁴¹⁸ E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. dactyl., Toulouse I, 2002, n°37, p. 52. L'auteur note effectivement que l'argent, la monnaie, est précisément ce qui va permettre de faire entrer une chose dans la sphère de patrimonialité.

⁴¹⁹ *Contra*, E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. dactyl., Toulouse I, 2002, n°24, p. 35 : « Si la valeur vénale d'une chose est un élément efficient de la volonté des parties qui s'appêtent à contracter, *elle est cependant insuffisante à caractériser la commercialité des choses* » [nous soulignons]. Les notions sont distinctes dans leur but, la valeur est la fin alors que la commercialité est un moyen. Ce qui explique que certaines valeurs apparaissent indépendamment de leur circulation, comme la « valeur-travail ». Ainsi, l'auteur considère que le seul fondement de la commercialité est l'appropriation de la chose.

⁴²⁰ L'article 1128 du Code civil est un texte clé du droit des obligations, qui dispose : « Il n'y a de choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Mais d'être le fondement légal de l'extracommercialité en droit des obligations, elle était dans l'Antiquité une notion essentielle du droit des biens, car regroupant les choses de droit divin (à l'inverse des choses de droit humain dans la nomenclature de Gaïus, v. Y. THOMAS, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion, Annales – Histoire, Sciences Sociales*, 2002, vol. 57, n°6, p. 1431 et spéc. p. 1434). De ce fait, elle est devenue « un instrument d'appréciation de la licéité des conventions », avec le Code civil et sous l'influence de POTHIER (*in*, E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. dactyl., Toulouse I, 2002, n°3, p. 5).

⁴²¹ G. LOISEAU, *Typologie des choses hors du commerce, RTD civ.* 2000, p. 47, et spéc. p. 55 : « La commercialité décrivant l'aptitude à la circulation juridique, elle présuppose que la chose soit appropriable privativement. Au vrai, nul ne saurait disposer d'une chose que l'on ne peut s'approprier, c'est-à-dire sur laquelle on ne peut exercer aucune réservation privative ». – R. LIBCHABER, *Le recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, spéc. n°44, p. 346 et R. LIBCHABER, *Biens, Rép. Civ. Dalloz*, 2002, n°69, p. 13 : « L'insertion des choses dans les relations commerciales est nécessaire à leur acceptation comme bien, pour la double raison que le commerce est un des moyens de satisfaire le désir juridique que l'on peut avoir d'un bien, et qu'inversement la possibilité de céder participe des utilités attendues d'une chose. – E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. dactyl., Toulouse I, 2002, n°23, p. 33 : « La commercialité est plus proche de la propriété. Elle est directement liée à l'aptitude d'une chose à faire l'objet d'une appropriation. (...) L'extracommercialité apparaît alors comme une notion originale, une notion qui, face au mécanisme contractuel, est la seule qui permette de dire l'inappropriable ».

que remplit le droit de propriété⁴²², dont l'effectivité se manifeste dans la commercialité. Autrement dit, l'exercice de la propriété aurait une utilité sociale qui implique son existence. Pour M. VINCENTE : « Toute valeur économique ne devient pas systématiquement un bien grâce à l'appropriation, encore faut-il que cette dernière soit possible juridiquement et matériellement. L'impossibilité juridique résulte notamment de l'article 1128 du Code civil qui institue la catégorie des choses hors du commerce, c'est-à-dire celles insusceptibles de faire l'objet de conventions. Autrement dit, seules pourront devenir des biens, les valeurs susceptibles d'appropriation et de négociation sur un marché »⁴²³.

En conclusion, l'éclairage apporté par la valeur économique sur la notion de bien est tout aussi fondamental pour la notion de chose commune. Cette perspective sera étudiée lors de la recherche de la qualification de chose commune à travers la valeur économique.

Paragraphe 2

La définition de la chose commune d'après la valeur économique

90.- Définition textuelle de la chose commune. La définition de la chose commune est donnée par l'article 714 du Code civil, à savoir des « choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous »⁴²⁴. La notion est particulièrement en vogue aujourd'hui, notamment sollicitée pour la qualification de biens nouveaux qui interrogent le droit⁴²⁵. Mais

⁴²² Sur la fonction sociale du droit de propriété, v. *infra* n°202.

⁴²³ S. VINCENTE, *L'activité en tant que bien, Réflexion sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner*, th. dactyl., Grenoble, 1999, n°53 ou n°115.

⁴²⁴ Telle est d'ailleurs la définition que l'on retrouve dans la plupart des dictionnaires juridiques, v. notamment, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V° *Chose commune*. – Sous la dir. de S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, V° *Chose commune*. – Sous la dir. de R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec, coll. *Objectif Droit-Dico*, V° *Chose commune*.

⁴²⁵ Sans mettre pour autant en avant le critère de la valeur économique, la notion de chose commune a été employée dans de brillantes études portant sur des objets nouveaux. Citons quelques objets confrontés à cette qualification : l'espèce humaine, par X. LABBEE, *Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine*, D. 1999, chron. P. 437 ; le matériel génétique à travers les études de F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain. Étude juridique*, th. dactyl., Paris I, 1997 et de J.-C. GALLOUX, *Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. dactyl., Bordeaux, I, 1988 ; les œuvres de l'esprit tombées dans le domaine public par S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, avant-propos P.-Y. GAUTIER, Litec, IRPI, n°22, 2002 ; et les biens environnementaux par G. BRAMOULLE, *L'appropriation des biens environnementaux*, in *Droits de propriété et environnement*, actes du colloque international, 27-29 juin 1996, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, organisé par le Centre d'analyse économique d'Aix-en-Provence, Dalloz, 1997, p. 51. – B. JADOT, *L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police en règlent la manière d'en jouir*, in *Quel avenir pour le droit de*

elle est fragile⁴²⁶, car particulièrement difficile à cerner⁴²⁷, elle se laisse aisément pénétrer de considérations extérieures, économiques, par exemple. Et pourtant, aucune référence directe à la notion de valeur économique n'est présente dans la lettre du texte et son esprit même semble aux antipodes de la privatiste et individualiste valeur économique. Mais le rapprochement de la valeur économique avec la notion séculaire⁴²⁸ de chose commune a fourni l'étude et révélé l'intérêt de la doctrine sur ces questions. La valeur économique permet déjà d'approcher la notion de chose commune de manière négative, en l'éliminant de certaines catégories juridiques, comme celle des biens (A). À partir de ce premier constat, elle permet de préciser positivement le contenu de la notion de chose commune au regard de ses différentes facettes (B).

A) Approche négative de la chose commune

91.- La chose commune est une chose. Si le rapprochement de la chose commune avec la catégorie des choses sonne comme une évidence, sa démonstration s'annonce autrement plus difficile considérant la définition extensive de la notion de chose⁴²⁹.

l'environnement ? Actes du colloque organisé par le CEDRE et le CIRT, sous la direction de F. OST et de S. GUTWIRTH, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1996 – M. REMOND-GOUILLOU, *Ressources naturelles et choses sans maîtres*, D. 1985, chron. p. 27. – A. SERIAUX, *La notion de choses communes, nouvelles considérations sur le verbe avoir*, in *Droit et Environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23. – M. TORRE-SCHAUB, *Existe-t-il un modèle dans la classification des biens ? L'exemple des biens de l'environnement*, in *Code civil et modèles : des modèles du Code au Code comme modèle*, ouvrage collectif sous la direction de Th. REVET, LGDJ, Tome 6, 2005, p. 139.

⁴²⁶ Notons qu'elle ne figure même pas dans l'avant-projet de réforme du droit des biens, envisage la suppression de l'article 714 du code civil (in, *Avant-projet de réforme du droit des biens*, Association H. CAPITANT, sous la présidence de M. le professeur H. PERINET-MARQUET, le 31 octobre 2008, présentée au colloque de Lyon, le 4 décembre 2008, et disponible sur <http://www.henricapitant.org>). V. notamment, quelques premières réactions sur ce texte : J.-L. BERGEL, *Vers une réforme du droit des biens dans le Code civil : L'essentiel*, D. 2008, p. 2783. – W. DROSS et B. MALLET-BRICOUT, *Avant-projet de réforme du droit des biens, premier regard critique*, D. 2009, chron. p. 508. – F. ZENATI-CASTAING, *La proposition de refonte du Livre II du Code civil*, RTD civ. 2009, p. 211.

⁴²⁷ V. l'étude de référence M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, 2006.

⁴²⁸ Comme l'explique Mme CHARDEAUX (in, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, op. cit. n°13, p. 15), les catégories de choses communes et de choses publiques ont été confondues pendant des siècles. Alors que la distinction entre *res communes* et des *res publicae* avait été éclaircie sous l'époque romaine, elle redevient confuse au début de l'époque médiévale, principalement parce que l'époque est propre à un oubli du droit romain. De nouvelles tentatives de distinction peu de temps avant le Code civil (notamment par le décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790), pour finalement être consacrée dans le Code civil, par deux articles : l'article 714 pour les choses communes et les articles 538 à 541 pour le domaine public.

⁴²⁹ En ce sens, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, op. cit., n°57, p. 55 : « Qu'est-ce que la chose ? Rien n'est sans doute plus malaisé à définir s'agissant du terme à la fois le plus riche, le plus vague et le plus

En effet, dans le langage courant, la chose renvoie à des situations multiples et variées en désignant de manière très large tout ce qui est inanimé⁴³⁰. Apportant peu d'enseignement sur le concept fuyant de chose juridique⁴³¹, elle autorise néanmoins à admettre la chose comme extérieure au sujet de droit et de conclure que le sujet ne peut pas être une chose. La connaissance sur la chose commune dans l'univers des choses peut être affinée à la lumière du droit romain. Alors que JUSTINIEN, a dans les *Institutes* posé en premier le principe de séparation des choses patrimoniales et extrapatrimoniales⁴³², GAIUS, vers les années 160 de notre ère⁴³³, énonça une *summa divisio*, entre les choses de droit divin et les choses de droit humain. Plus précisément, il existerait : les choses de droit humain, « évaluables, appropriables et disponibles » et les choses de droit divin qui sont « retranchées de l'aire d'appropriation et d'échange, puis affectées aux dieux ou à la cité ». Même si cet illustre auteur n'a pas attaché les *res communes omnium* (choses communes) à la catégorie des choses extrapatrimoniales, ses successeurs et notamment, MARCIEN, l'ont fait expressément, en désignant « les choses produites en tout premier lieu par la nature et qui ne sont tombées sous la propriété de personne »⁴³⁴. Perpétuée à travers les siècles, cette hiérarchie entre la chose juridique et la chose commune fait de cette dernière une sous-catégorie pouvant s'énoncer ainsi : les choses communes sont toutes des choses, mais toutes les choses ne sont pas des choses communes. *Quid* de la catégorie des biens ?

92.- La chose commune n'est pas un bien. Critère de dissociation⁴³⁵ entre choses communes et bien : la valeur économique. Que ce critère soit extérieur au droit et emprunté

ambigu de la langue française, ce dont témoignent les maintes études doctrinales sur le sujet et les mises en garde dénonçant l'échec prévisible de toute tentative de définition ».

⁴³⁰ Dans le sens commun, la chose est « ce qui existe de manière identifiable et isolable » et aussi ce qui a « une réalité matérielle non vivante » (V° Chose, *Le Grand Robert de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, 2^e éd., 2001.) Cette définition entretient la croyance en la matérialité de la chose. Ce corporalisme se retrouve également dans la définition juridique de la Chose : « Objet matériel considéré sous le rapport du Droit ou comme objet de droits », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V° Chose.

⁴³¹ Sur le concept de chose et plus précisément de chose juridique v. *supra* n°91.

⁴³² Y. THOMAS, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, *Annales – Histoire, Sciences Sociales*, 2002, vol. 57, n°6, p. 1431.

⁴³³ Y. THOMAS, *La valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, préc. p. 1432.

⁴³⁴ MARCIANUS 3, Inst. D., 1, 8, 2, cité par M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, *op. cit.* n°17, p. 18.

⁴³⁵ Les catégories alternatives s'opposent par l'absence ou par l'existence d'un élément particulier qui aura une influence suffisante pour dissocier leurs natures et par voie de conséquence leurs régimes. Ce critère de détermination dans les catégories alternatives est appelé : critère de dissociation. Sur la notion de catégorie

à la discipline économique ne surprendra pas, considérant la logique de marché qui tend à imprégner le droit⁴³⁶. Précédemment définie par la combinaison de l'utilité et de la rareté d'une chose ou par la quantité de travail nécessaire à la valorisation d'une chose, la valeur économique transforme la simple chose en objet de désir⁴³⁷. Suscitant le besoin d'emprise et d'exclusivité, l'homme, pour la satisfaction de ce besoin, mobilise les techniques juridiques nécessaires à son appropriation voire à sa réservation. La valeur économique devient donc le trait commun de l'ensemble des biens⁴³⁸ et par opposition, marque de son absence les choses communes. Autrement dit, les choses sont communes précisément par ce qu'elles sont dépourvues de valeur économique ou que leur valeur économique n'est pas encore découverte⁴³⁹. Et inversement, nous l'avons constaté, une chose sera qualifiée de bien précisément parce qu'elle est le support d'une valeur économique⁴⁴⁰.

En conclusion, ne pouvant être une chose et son contraire, les catégories de choses communes et de biens de apparaissent comme alternatives : toute chose n'étant pas le support d'une valeur économique sera insusceptible d'appropriation et n'accèdera pas à la qualification de bien.

alternative, v. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003, n°200, p. 227 et du même auteur, v. aussi : J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, *RTD civ.* 1984, p. 255.

⁴³⁶ En ce sens, v. notamment : P. CATALA, *Les lois du marché*, in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 201, et v. *infra* n°40, l'analyse économique du droit.

⁴³⁷ On retrouve cette idée de plaisir dans les origines romaines de la *res*, où elle est employée comme synonyme des *bona*, v. *infra* n°12. Citant le *Digeste* (livre 50, titre 16, loi 49) : *bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt*, S. GOYARD-FABRE (*La philosophie du droit de Kant*, Vrin, 1996, p. 120) explique que la *res* désigne tout ce qui, susceptible de procurer une utilité à l'homme, peut être objet d'acquisition.

⁴³⁸ En ce sens, A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*. Art. préc. P. 62 : « La notion de valeur est donc essentielle, toute valeur doit être considérée comme un bien. ». Dans le même sens, F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, *A.P.D.*, t. XLIII, Sirey, 1999, p. 79, et spéc. p. 90 : « C'est cette valeur d'usage qui crée le besoin de l'échange, lequel à son tour crée celui de la propriété, condition de sa sécurité juridique : par ce cheminement nécessaire, la chose, du stade de valeur, passe à celui de bien ».

⁴³⁹ P.-M. DUPUY, *Technologie et ressources naturelles nouvelles et partagées*, in *Études offertes à C. A. Colliard, Droits et Libertés à la fin du XX^e siècle*, Paris, Pedone, 1984, p. 207, l'auteur constate que le développement des techniques et des progrès scientifiques fait « reculer les limites du monde fini », amenuisant proportionnellement la quantité de choses sans valeur, de choses communes. Il est intéressant de noter qu'ici le progrès scientifique est envisagé comme un moyen pour la réalisation finale d'une valorisation de la chose. Cela recevra un écho dans la suite de l'étude.

⁴⁴⁰ V. notamment les développements de A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ-Montchrestien-Ed. techniques, 1986, p. 55 et s.

B) Approche pratique de la chose commune dans le domaine de la santé

93.- Déduction de la définition de la chose commune. A la lumière de ces explications, il apparaît que la qualification de la chose commune peut être déduite des différents éléments qui composent la valeur économique des choses. En effet, puisque *l'utilité*, la *rareté*, le *travail* sont à l'origine de la valeur économique et que la valeur économique est un élément de la nature du bien qui prédétermine son régime, à savoir sa possible appropriation, il ne reste qu'à déduire la définition de la chose commune de ces différentes qualités. La chose commune serait donc une chose inutile et inépuisable, improductive, et s'il l'on revient à la nomenclature valeur d'échange et valeur d'usage, ce serait une chose hors du commerce.

94.- La chose commune, une chose inutile et inépuisable. Depuis l'époque romaine, la notion de chose commune est corrélée à celle d'abondance. La mer, l'air, etc. sont des choses communes car il est naturellement impossible de se les approprier. Une grande partie de la doctrine adhère à cette qualification de la chose commune au regard de sa nature totalement rétive à une appropriation⁴⁴¹. C'est précisément leur caractère inépuisable qui décourage tout désir d'exclusivité. De la même manière, les choses inutiles ne créent pas ce désir d'appropriation. Il n'y aurait alors, aucun arbitrage à effectuer, par l'outil du droit de propriété, pour l'administration des ressources rares⁴⁴². Pour les économistes, ces types de

⁴⁴¹ Comme le souligne BACQUET, la solution est ancienne (in, J. BACQUET, *Des biens qui n'appartiennent à personne (res nullius) et des biens dont l'usage est commun à tous les hommes (res communes)*, LGDJ, 1921, p. 2 : « aussi dit-on souvent que si ces [les *res communes*] choses n'appartiennent à personne elles appartiennent à tout le monde. Il serait plus correct de dire simplement que la nature les a rendues rebelles à toute propriété privée, les ayant destinées à mettre leur utilité au service de l'humanité entière. La question de la propriété des *res communes* ne doit donc pas se poser : ces choses sont réservées à l'usage public, elles ne doivent pas être distraites de leur affectation naturelle. (...) Pour nous l'air, l'eau courante et la mer ne sont pas les seules *res communes* : nous voulons par conséquent que le sens de cette expression dépasse la signification étroite que lui accordent le droit romain et l'opinion générale (...). À côté de la mer, de l'air et de l'eau courante il existe donc d'autres *res communes* que l'homme complétant l'œuvre de la nature a cru utile d'aménager et d'affecter à un usage collectif ». L'auteur vise les biens du domaine public). Rappr. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, coll. *Quadrige Manuel*, T. 2, 2004, n°707, p. 1595 : « Il est des choses qui, par leur nature, répugnent à toute appropriation. Ce sont les choses communes (*res communes*), auxquelles fait allusion l'a. 714 : l'air, la lumière, la mer, l'eau courante ». – R. LIBCHABER, *Biens, Rép. civ. Dalloz*, 2002, n°5, p. 3. – Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 2^e éd., Defrénois, 2005, n°164, p. 51. – A. PIEDELIEVRE, *Droit des biens*, Masson, 1977, n°7, p. 17. – F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 19.

⁴⁴² En ce sens, v. notamment : R. LIBCHABER, *Biens, Rép. civ. Dalloz*, 2002, n°5, p. 3 : les choses utiles qui sont en tel état d'abondance que l'on peut se les approprier sans contestation ne sont pas des biens : ainsi l'air que l'on respire ». – Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 2^e éd., Defrénois, 2005, n°164, p. 51 : « Les choses communes sont celles qui sont si abondantes que l'usage en est commun à tous les hommes (art. 714 du Code civil) ; l'appropriation n'aurait pas alors de sens : l'air, la lumière, l'eau de pluie, les eaux courantes et la chaleur solaire ». – A. PIEDELIEVRE, *Droit des biens*, Masson, 1977, n°7, p. 17 : « elles n'ont pas d'intérêt d'être appropriées, car elles existent en telle quantité qu'il n'y a pas nécessité à acquérir sur elles un droit

choses portent la qualification de biens collectifs qui se caractérisent par leur non-excluabilité et non-rivalité⁴⁴³.

95.- La chose commune, une chose improductive⁴⁴⁴. Les biens naissent par le fait d'une force de travail qui s'exerce sur eux. De là est déterminé leur régime juridique. *A contrario*, une chose commune serait une chose sur laquelle ne s'est pas exercée la force de travail, soit par le *désintérêt* du créateur, soit par l'*impossibilité* que rencontre le créateur. D'une part, la chose demeurerait commune si elle ne présente aucun intérêt économique pour le créateur. Des substances qui ne présentent pas d'intérêt économique pour les industries pharmaceutiques resteront inexplorées et donc inappropriées. Leur statut oscillerait d'ailleurs entre celui de la *res communes* et celui de la *res nullius*. D'autre part, la chose peut être improductive du seul fait de l'impossibilité de s'en saisir. L'insaisissabilité d'une chose s'explique par des considérations matérielles qui ne peuvent se limiter à l'abondance⁴⁴⁵. De la

privatif ».- M. REMOND-GOUILLOUD, *Ressources naturelles et choses sans maître*, D. 1985, chron. p. 27, et spéc. p. 30, qui par de jolies expressions illustre l'inappropriabilité physique des choses : « On n'enclot pas le saumon d'un ruisseau, les ondes porteuses de bruit ; on ne numérote pas les nuages. (...) De fait, rares sont les choses qui, bien que leur utilité soit certaine, sont par nature insusceptibles d'appropriation : l'air, l'eau, le paysage et les ondes, la liste se confond semble-t-il avec celle des éléments que l'on englobe usuellement sous le terme d'environnement ».- K. STOYANOVITCH, *Les biens selon Marx, A.P.D.*, T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 197, et spéc. p. 210 : « Dire, par exemple, comme on l'a fait qu'une chose, un objet ou un bien est un découpage de la matière ou du réel, c'est à la fois insuffisant et erroné. (...) Erroné, parce qu'il y a des parties de la nature qui ne sauraient être découpées : par exemple, la lumière nécessaire à la bonne exposition d'un logement ». F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 19 : « L'air est utile, mais pour l'heure, il n'est pas rare et ne constitue donc pas, juridiquement un bien ; il ressortit aux *res communes*, qui sont des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ».

⁴⁴³ Sur cette question, v. *infra* n°220.

⁴⁴⁴ C'est une vieille idée qu'avait déjà développée par SMITH, qui considérait que certaines formes de travail n'ajoutaient pas ou pas suffisamment à la valeur de l'objet, et devaient donc être considérées comme improductives (*in*, A. SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations*, 1776, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2002, Livre I, *Des causes qui ont perfectionné les facultés productives du travail, et de l'ordre suivant lequel ses produits se distribuent naturellement dans les différentes classes du peuple*, p. 52). Il les nommait *richesse*, car leur valeur échangeable est conservée. Autrement dit, la consommation de ces produits a lieu au moment même de leur création. Peu de temps après, SAY, nommera de tels produits, immatériels, *in* J.-B. SAY, *Traité de l'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent ou se consomment les richesses, Livre I : De la production des richesses*, 1803, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001, p. 110, l'auteur illustre : « Un médecin vient visiter un malade, observe les symptômes de son mal, lui prescrit un remède, et sort sans laisser aucun produit que le malade ou sa famille pourra transmettre à d'autres personnes, ni même conserver pour la consommation d'un autre temps. L'industrie du médecin a-t-elle été improductive ? Qui pourrait le penser ? Le malade a été sauvé. Cette production était-elle incapable de devenir la matière d'un échange ? Nullement, puisque le conseil du médecin a été échangé contre ses honoraires ; mais le besoin de cet avis a cessé dès le moment qu'il a été donné. Sa production était de le dire ; sa consommation, de l'entendre ; il a été consommé en même temps que produit. C'est ce que je nomme un *produit immatériel* ».

⁴⁴⁵ En ce sens, v. notamment : M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes, op. cit.*, n°95, p. 112 : « En raison de leurs caractéristiques physiques singulières – dont l'abondance ne constitue qu'une facette – il serait matériellement impossible d'appréhender et de maîtriser physiquement les choses communes. La question de

sorte, l'incorporalité de la chose peut également faire obstacle à son appropriation⁴⁴⁶, voire à sa simple possession, qui nécessite une maîtrise de fait⁴⁴⁷. Ainsi, le classement des idées ou des informations, non mise en forme, dans la catégorie des choses communes, se trouve justifié par leur insaisissabilité.

96.- La chose commune, une chose sans valeur d'échange. Abandonnant la nomenclature préférée sur l'origine de la valeur économique, on peut également expliquer la qualification des choses communes à la lumière de la traditionnelle distinction valeur d'échange et valeur d'usage⁴⁴⁸. D'un point de vue économique, les choses communes présenteraient certes une valeur d'usage incontestable, mais n'auraient aucune valeur d'échange, du fait de leur nature abondante ou improductive. Ainsi, « l'inaliénabilité est la belle-fille des recherches en « droit et économie » »⁴⁴⁹, précisément parce que retirer des objets du marché ne participe pas à la logique de l'économie. D'un point de vue juridique, comme la catégorie des choses communes est une catégorie alternative à celle des biens, définis par leur commercialité, les choses communes sont nécessairement des choses hors du commerce. En d'autres termes, les choses hors du commerce seraient des choses inappropriables et l'extracommercialité serait réductible à l'inappropriabilité⁴⁵⁰. Ce raisonnement implique de faire coïncider non seulement les sphères de commercialité économique et juridique, mais également celles de propriété et

l'intérêt d'avoir sur elles un droit privatif aurait donc un caractère secondaire dans la mesure où celui-ci serait, par hypothèse, impossible à établir ». Rappr. M. REMOND-GOUILLOUD, *Ressources naturelles et choses sans maître*, D. 1985, chron. p. 27, et spéc. p. 29-30 : « De certaines ressources, l'appropriation est impossible, pour des raisons physiques : faute de pouvoir appréhender leurs limites, l'homme se trouve incapable de les enclorre, donc d'en exclure les autres pour se les réserver ».

⁴⁴⁶ Sur la propriété des choses incorporelles, v. *supra* n°14-15.

⁴⁴⁷ *Contra*, v. la thèse de Mme le professeur A. PELISSIER (in, A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibl. de thèses*, 2001), dans laquelle l'auteur démontre la possibilité de possession des biens meubles incorporels.

⁴⁴⁸ SAY crée une identité entre la valeur d'usage et la valeur d'échange ; C'est ainsi que, puisque l'intérêt vient de la valeur d'usage de la chose, et que la valeur d'usage implique nécessairement que la chose ait une valeur d'échange, alors « la satisfaction ne peut provenir que de l'extension perpétuelle de la valeur marchande » Donc tout ce qui est utile a une valeur d'échange (in, J.-M. HARRIBEY, *La richesse au-delà de la valeur, Alterdémocratie, Alteréconomie*, n°26, 2005/2, p. 361)

⁴⁴⁹ S. ROSE-ACKERMAN, *L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété*, RRJ, 1987/2, n°14, p. 533. Par cette analyse l'auteure américaine explique que les choses hors du commerce présenteraient de tels coûts de transaction qu'il serait inutile de les approprier. L'économie détermine alors le régime de nos objets juridiques...

⁴⁵⁰ En ce sens, v. notamment I. MOINE, *Les choses hors du commerce, une approche de la personne humaine juridique*, préf. E. LOQUIN, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, T. 271, 1997, n°449, p. 295 et s.– R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, préf. P. ROUBIER, Paris, LGDJ, 1939, p. 418, selon qui les choses hors du commerce sont « des choses insusceptibles d'appropriation privée et d'aliénation ». Rappr. I. COUTURIER, *Remarques sur quelques choses hors du commerce*, L.P.A., 6-13 septembre 1993, p. 7.

de commercialité. Au titre des illustrations, pour certains auteurs, il existe des choses qui ont comme particularité d'être communes à tous les hommes, comme les données génétiques de l'espèce humaine, ou même l'espèce humaine⁴⁵¹ et qui, de ce fait, méritent d'être classées dans la catégorie des choses communes. Un tel classement pourrait trouver sa justification dans leur extracommercialité, qui s'expliquerait d'une part, par la proximité avec la personne, considérée comme hors du commerce et d'autre part, par l'inutilité d'envisager le commerce d'une chose partagée naturellement par tous.

On rattache alors le désarroi qu'inspire cette approche à l'interrogation d'OPPETIT : « La généralisation de la valeur d'échange conduit-elle inéluctablement à une indifférenciation de cette valeur et à une disparition de la notion de bien commun ? »⁴⁵². Que nous développerons ultérieurement pour la propriété intellectuelle du domaine de la santé.

97.- Et le droit positif ? Il doit s'analyser comme le reflet fidèle et asservi de la nature des choses, peu important la conception juridique ou factuelle que l'on retienne. Dans le Code civil, la définition de l'article 714, selon laquelle les choses communes sont « des choses qui n'appartiennent à personne », s'explique par le fait que personne n'a sollicité l'intervention du droit en vue d'une appropriation ou d'une réservation et qu'elles demeurent « à l'usage de tous », jusqu'au moment où elles deviendront « objet de désir », que leur valeur économique sera révélée. La catégorie des choses communes apparaît alors comme un vivier dans lequel l'homme puisera au gré de la relativité et de la contingence de ses besoins. On a pu alors qualifier, à juste titre la catégorie, de « biens en puissance »⁴⁵³. Cette analyse est confortée par la place même de l'article 714 au dans le Livre Troisième du Code civil, intitulé « Des

⁴⁵¹ En ce sens, v. notamment, J.-N. MAZEN, *Problèmes juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique*, *RRJ*, 1990, p. 365, pour qui toutes les données issues du séquençage du génome humain ne doivent pas nécessairement être qualifiées de choses communes, et notamment ne pourront être ainsi qualifiées celles qui sont purement individuelles : « le matériel génétique n'est une chose commune que dans la mesure où il concerne l'ensemble de l'espèce humaine » (*Ibid.*, p. 370). L'auteur l'explique par l'impossibilité d'établir un lien d'exclusivité avec une chose partagée par tous. Nous ajoutons que dans ce raisonnement, le lien d'exclusivité ne pouvant être établi, la chose ne pourra être commercialisée, si l'on considère que les sphères de commercialité économique et juridique coïncident (v. *supra* n°100). Rappr. de la qualification de chose commune pour l'espèce humaine, par X. LABBEE, *Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine*, *D.* 1999, chron. p. 437. Sur la délimitation des choses hors du commerce par rapport à la catégorie des personnes, v. A. DAVID, *Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses*, PUF, 1955. – G. LOISEAU, *Typologie des choses hors du commerce*, *RTD civ.* 2000, p. 47.

⁴⁵² B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 207 (Chap. 4 : *Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international*).

⁴⁵³ J. BARALE, *Le régime juridique de l'eau, richesse nationale (Loi du 16 décembre 1964)*, *R.D.P.* 1965, p. 587.

différentes manières dont on acquiert la propriété ». La chose commune serait donc un statut temporaire de la chose qui, une fois la valeur économique découverte, se prolonge naturellement vers la catégorie des biens, par le seul fait de l'homme. L'intérêt humain devient moteur dans la création d'un droit subjectif sur la chose⁴⁵⁴.

98.- Conclusion de la section 1 : Le principe de la réception de la valeur économique dans le droit commun des biens. Il est stupéfiant de constater à quel point la valeur économique est présente dans les différentes acceptions que l'on a du bien. Concrètement, cela signifie que les origines du bien et de la valeur économique sont les mêmes, à savoir, le travail, l'utilité, la rareté ou éventuellement le commerce. Le choix entre ces différentes conceptions dépend des affinités de chacun. Inversement, la définition de la chose commune se découvre en miroir. Elle est alors caractérisée par toute chose incorporelle inutile, inépuisable, improductive ou hors-commerce. Cette imprégnation de la valeur économique dans le droit commun des biens est remarquée également chez les économistes. Ainsi, M. HARRIBEY l'explique parfaitement : « Les fondateurs de l'économie politique ont cru découvrir alors les lois universelles et intemporelles gouvernant la production et l'échange des richesses : la propriété privée est un droit naturel, les hommes ont une propension à l'échange, leurs intérêts individuels coïncident avec l'intérêt général et le contrat marchand fonde la société »⁴⁵⁵. Il s'agit dorénavant d'analyser cette influence sur l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé.

Section 2

Les limites à la réception de la valeur économique dans la propriété intellectuelle du domaine de la santé

99.- La recherche sur les conséquences de l'assimilation de la création au droit commun des biens. Dans la précédente analyse sur l'influence de la valeur économique sur le droit des biens, nous pouvons conclure que « pour le juriste tout ce qui est traductible en argent

⁴⁵⁴ Rappel : La valeur serait donc une chose vers laquelle se tourne l'intérêt humain. Dans ce sens, v. R. B. PERRY, *General Theory of value : Its meanings and basic principles construed in Terms of Interest*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press 1926, Chap. 5, cité par C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, vol. XXV, 1982, p. 54 et : "Value is any object of any interest".

⁴⁵⁵ J.-M. HARRIBEY, *La richesse au-delà de la valeur*, *Alterdémocratie, Alteréconomie*, n°26, 2005/2, p. 354.

constitue un bien »⁴⁵⁶. Il semble même que « désormais, tout a un prix, tout se transforme en objet marchand »⁴⁵⁷. Mais l'intégration de la vie économique dans la qualification juridique de la création ne l'altère-t-elle pas ? Selon LEVY « on n'y considère pas les biens en eux-mêmes et pour la jouissance qu'ils donnent, on les considère au point de vue des bénéfices qu'ils procurent. Les choses n'y sont pas ce qu'elles sont, mais ce qu'elles valent »⁴⁵⁸. Est-ce véritablement la logique de la propriété intellectuelle, qui plus est dans le domaine de la santé ? Ne sera-t-elle pas faussée par ce jeu de la valeur économique qui l'a déjà pénétrée en forçant ses catégories ? En d'autres termes, quels seront alors les impacts de la valeur économique sur la délimitation de l'objet de la propriété ? Le droit de la propriété intellectuelle en sera-t-il modifié dans son exercice ?

Ainsi, si la valeur d'échange est totalement inefficace pour qualifier l'objet de la propriété intellectuelle (*paragraphe 1*), la « valeur utilité-rareté » est particulièrement présente et s'avère dangereuse (*paragraphe 2*). Enfin, en ce qui concerne la « valeur-travail », si elle est la révélatrice de la création, elle ne doit pas être envisagée comme l'unique moyen de qualification d'une chose incorporelle en création (*paragraphe 3*).

Paragraphe 1

L'inefficace « valeur d'échange » pour la propriété intellectuelle

100.- La valeur d'échange, un outil inefficace pour définir les catégories juridiques en droit des biens. La valeur économique, essence de la chose, représente pour une partie de la doctrine le pivot des qualifications de chose commune ou de bien. Pourtant, il semblerait que les sphères de commercialité juridique et économique ne puissent se réduire l'une à l'autre.

⁴⁵⁶ A. PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien*, in *Aspects du droit privé en fin du 20^e siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ-Montchrestien-Ed. techniques, 1986, p. 55. L'auteur ajoute que « la perception immédiate et la réalité juridique font des biens une représentation économique ».

⁴⁵⁷ C. GOLDFINGER, *L'utile et le futile : l'économie de l'immatériel*, éd. O. Jacob, 1994, p. 11. Selon l'auteur, « Sous la poussée de l'immatériel, l'économique étend son emprise au monde affectif. Les nouvelles structures d'échange et de transaction valorisent les sentiments et les perceptions ». Ce monde affectif, qu'il évoque, envahit par le marchand recouvre l'éducation, la culture, l'art, la création, jusqu'au bonheur. Rapp. F. DAGOGNET, *Philosophie de la propriété, L'avoir*, PUF, 1992.

⁴⁵⁸ E. LEVY, *Les fondements du droit*, Felix Alcan, coll. *Bibl. de philosophie contemporaine*, 1939, p. 54.

En effet, on doit entendre par la commercialité économique, ce qui est dans le marché, les choses qui ont une valeur d'échange. Au-delà, la commercialité juridique vise non seulement les échanges commerciaux, mais également les actes juridiques qui ne conduiront pas obligatoirement à faire entrer la chose dans le commerce, comme les actes à titre gratuit⁴⁵⁹. À l'inverse, il faut aussi distinguer les choses hors-marché (hors de la commercialité économique) des choses hors-commerce (hors de la commercialité juridique). Ainsi, « l'absence de valeur pécuniaire d'une chose n'est pas le signe de son extracommercialité » juridique⁴⁶⁰. M. le professeur LOISEAU illustre ce propos avec les éléments et produits du corps humain⁴⁶¹. Le corps vivant est soustrait du commerce juridique pour sa proximité avec la personne, mais ses éléments – le sang, le sperme, les tissus – détachables et instrumentalisés pourront être considérés comme des « choses »⁴⁶². Ces éléments sont dans le commerce juridique, car peuvent faire l'objet de disposition à titre gratuit, mais ils sont hors du marché, car ils ne peuvent entrer dans un circuit commercial. Ainsi, le Code de la santé publique prévoit que certains éléments peuvent être donnés (article L. 1244-1, notamment), cédés (article L.1243-1 notamment), importés ou exportés (article 1245-4) conservés ou transformés (article 1243-3). Notons que traditionnellement, on reconnaît comme synonymes les choses hors du commerce et les choses indisponibles⁴⁶³. On le comprend, le domaine de la commercialité juridique est plus vaste que celui de la commercialité économique⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ M. le professeur REVET en donne une définition : « Le commerce juridique désigne le cadre symbolique dans lequel se réalisent les modifications dans la situation juridique des biens à l'égard des personnes : sa fonction est de renseigner sur la possibilité ou l'impossibilité de procéder à la modification de la situation juridique des différents types de choses », *in* note sous Com. 24 septembre 2003, *RTD civ.* 2004, p. 117.

⁴⁶⁰ E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, th. dactyl., Toulouse I, 2002, p. 32. Pour cet auteur, la valeur est une justification à la formation du contrat et non à l'institution d'une propriété.

⁴⁶¹ G. LOISEAU, *Typologie des choses hors du commerce*, *RTD civ.* 2000, p. 47, et spéc. n°12, p. 53. Rapp. M.-A. HERMITTE, *Le corps hors du commerce, hors du marché*, A.D.P., t. XXXIII, *La philosophie du droit aujourd'hui*, Sirey, 1988, p. 325. – L. JOSSERAND, *La personne humaine dans le commerce juridique*, *D.* 1932, chron. p. 1. Ce raisonnement est également valable pour les éléments de la personnalité, v. notamment G. LOISEAU, *Le nom, objet d'un contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, T. 274, 1997, n°8, p. 8.

⁴⁶² Leur réification en droit français ne ferait plus de doute, en ce sens, v. notamment, G. MEMETEAU, *Statut du corps humain, de ses éléments et de ses produits*, *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, juin 2000, fasc. 2360, p. 23, n°12. Et déjà, A. DAVID, *Structure de la personne humaine*, PUF, 1955, p. 3 : « deux parties de l'homme : un noyau original, constituant la personne et d'autre part, un noyau protoplasmique, composé de machines matérielles, non originales et anonymes ».

⁴⁶³ V. notamment sur la notion d'indisponibilité, D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil*, Th. Nancy, 1969. – B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, T. 272, 1996. – R. BERAUD, *L'indisponibilité juridique*, *D.* 1952, chron. p. 187. En ce sens, citons l'arrêt de principe sur l'indisponibilité du corps humain, pour des conventions de maternité de substitution : Ass. Plen. 31 mai 1991, *D.* 1991, p. 417, rapp. CHARTIER et note THOUVENIN, *JCP G* 1991, II, 21752, concl. DONTENWILLE et note TERRE, qui sera plus tard confortée par les premières lois de bioéthique, introduisant l'article 16-7 du Code civil, qui dispose : « Toute convention portant sur la

Autre argument, qui rend la « valeur d'échange » totalement inefficace dans le processus de qualification du bien, et plus précisément de la création intellectuelle : si l'invention et le signe sont soumis à une indispensable exploitation commerciale⁴⁶⁵, l'œuvre dans le droit d'auteur ne reçoit pas de telles contraintes⁴⁶⁶. Elle existe par le fait juridique de sa création, mais peut parfaitement demeurer dans les alcôves de l'artiste. Ce qui fait qu'elle ne recevra

procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Cette indisponibilité fait, à l'heure de la révision des lois de bioéthique, fait débat, v. notamment : A. SERIAUX, *Maternité pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? D.* 2009, chron. p. 1215. – A. MIRKOVIC, *Mère porteuse : maternité indéterminée, Dr. famille*, 2009, étude 24.

⁴⁶⁴ En ce sens, v. G. LOISEAU, *Typologie des choses hors du commerce, RTD civ.* 2000, p. 47, et spéc. n°10, p. 52 : « Il en résulte que si une chose hors du commerce est nécessairement hors du marché, à l'inverse une chose hors du marché n'est pas forcément hors du commerce si elle peut faire l'objet de conventions à titre gratuit ». La notion de commercialité économique, dans le marché, ne doit même pas être confondue avec celle d'aliénation, qui recouvre la circulation de la chose tant à titre onéreux (vente) que gratuit (donation). L'aliénation est définie comme l'« opération (translative) par laquelle celui qui aliène transmet volontairement à autrui la propriété d'une chose soit à titre onéreux (la vente est une aliénation) soit à titre gratuit (donation), soit entre vifs (don manuel) soit à cause de mort (legs), soit à titre particulier (transfert de titres nominatifs), soit à titre universel (legs universels) » (*in*, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitain, 7^e éd., 2005, V° *Aliénation*). Notons toutefois qu'une partie de la doctrine tient comme synonyme les notions d'extracommercialité et d'inaliénabilité, J.-C. GALLOUX, *Réflexion sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français, Les cahiers de Droit*, 4 décembre 1989, vol. 30, n°4, p. 1011. – F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, T. 377, 2002, n°148, p. 123. *Contra*, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, 2006, n°69, p. 74 : « l'extracommercialité est une notion plus large que celle d'inaliénabilité ou celle d'incessibilité. Elle s'apparente à une véritable indisponibilité ». L'auteur explique que « la chose hors du commerce échappe encore aux conventions non translatives de propriété, telles que, par exemple, le prêt à usage ou commodat » (*Ibid.* n°70, p. 79).

⁴⁶⁵ Pour l'invention, la condition d'application industrielle est même prévue au moment de l'appropriation (article L. 611-15 du Code de la propriété intellectuelle). Mais à tout moment, un tiers peut obtenir une licence obligatoire d'un brevet qui n'aurait pas été exploité, tel en dispose l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle : « Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause : a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un État membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français. Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans. Pour l'application du présent article, l'importation de produits objets de brevets fabriqués dans un État partie à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce est considérée comme une exploitation de ce brevet ». En ce qui concerne le signe, il est lui aussi frappé de déchéance en cas de non-exploitation (en ce sens, v. l'article 714-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans ». Une marque inexploitée ne saurait donc être protégée indéfiniment).

⁴⁶⁶ Une liberté de l'auteur sur la divulgation ou pas de son œuvre, qui ne retire en rien ni son droit ni la qualité d'œuvre à la création, tel que prévu à l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle : « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de sa réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ».

aucune évaluation sur un marché. Voici donc une illustration où la commercialité juridique est possible, mais la commercialité économique n'est pas choisie.

101.- Conséquence de l'inefficacité de la valeur d'échange sur la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Ainsi, si l'on ne fait plus coïncider le domaine de la commercialité économique avec celui de la commercialité juridique, il est des choses qui seront dans le commerce (juridique) mais non évaluables sur un marché. De ce fait, les choses données à titre gratuit (commercialité juridique) ne seront-elles plus qualifiées de bien ? La qualification de bien ne doit évidemment pas se limiter à la sphère marchande de la commercialité et s'étendre à toute chose qui a vocation à circuler, y compris gratuitement. Cette déduction fait donc entrer, notamment, les éléments et produits du corps humain dans la catégorie des biens, puisqu'ils peuvent faire l'objet d'actes à titre gratuit, mais demeurent hors du marché⁴⁶⁷. Ce qui n'est d'ailleurs pas sans danger sur leur mercantilisation, que ce soit par le biais de la propriété corporelle ou de la propriété intellectuelle. « A tout le moins, la disponibilité gratuite du corps, de ses éléments ou produits révèle qu'un marché est possible, si elle n'incite pas à la créer ; elle réalise déjà une certaine circulation de biens »⁴⁶⁸. Autre exemple, hors de notre domaine de prédilection, le choix opéré de soustraire les licences de logiciels *freeware* et *shareware*⁴⁶⁹ des lois du marché et d'en permettre une utilisation libre, ne les fait pas pour autant entrer dans la catégorie des choses communes, elles restent des biens⁴⁷⁰. Ceci explique que l'on pourra poser des limites à la circulation d'une invention

⁴⁶⁷ Sur la commercialité juridique des éléments et produits du corps humain, v. *supra* n°100-101. V. aussi, Th. REVET, *L'argent et la personne, A.P.D.*, t. 42, *L'argent et le droit*, Sirey, 1997, p. 43 et spéc. p. 54 : « ces choses sont admises dans la logique d'objectivation, tant il est vrai que si un don n'a pas de contrepartie monétaire, 'il n'en concerne pas moins un bien ».

⁴⁶⁸ Th. REVET, *L'argent et la personne, A.P.D.*, t. 42, *L'argent et le droit*, Sirey, 1997, p. 43 et spéc. p. 54. L'auteur note que déjà la vente des produits dérivés du sang humain ou les inventions élaborées à partir de composantes de la personne humaine, sont dans le marché.

⁴⁶⁹ La licence *shareware* est un « contrat par lequel l'auteur d'un progiciel en autorise la reproduction à titre gratuit afin de le diffuser et de permettre à tous les utilisateurs de l'essayer avant de l'acheter », in J.-M. BRUGUIERE, *Propriété intellectuelle et choses communes, in Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, préf. M. VIVANT, PUAM, 2007, p. 39.

⁴⁷⁰ En ce sens, v. notamment M. CLEMENT-FONTAINE, *Singularités et pluralités des licences libres, Cahiers Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux*, 2003, n°157, p. 14 et du même auteur, v. aussi M. CLEMENT-FONTAINE, *Les œuvres libres*, Th. dactyl. Montpellier I, 2006. Gardons-nous de l'amalgame trop fréquent, de la gratuité et des œuvres libres, même si tel est souvent le cas. Le caractère libre de ces œuvres permet d'en faire usage en toute liberté et non d'en disposer gratuitement.

particulièrement essentielle, notamment par le biais d'un contrat qui en ménage l'accès, sans que pour autant l'invention soit disqualifiée de son rang de création⁴⁷¹.

Au-delà, la chose hors du marché (commercialité économique) et hors commerce juridique (commercialité juridique), recevra-t-elle la qualification de bien ? Plusieurs auteurs ont lié la qualification de bien à sa commercialité, laquelle se fondant sur sa nécessaire appropriation privée préalable⁴⁷². Ce qui implique qu'une chose hors du commerce et *a fortiori*, hors du marché, ne puisse être considérée comme un bien, car non approprié ou appropriable. La qualification de chose commune s'imposerait, alors⁴⁷³. Mais plusieurs arguments vont à l'encontre d'une telle déduction⁴⁷⁴.

Tout d'abord, comme l'explique Mme CHARDEAUX, « la chose *hors du commerce* ne s'identifie pas à la chose *hors propriété*. Il existe des choses hors du commerce qui sont appropriables »⁴⁷⁵. Tel est le cas où, la chose indisponible sera tout de même qualifiée de bien. Dans un arrêt du 24 septembre 2003⁴⁷⁶, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, sur les fondements des articles 1128 et 1598 du Code civil, que la vente de marchandises contrefaites devait être prohibée. Les droits de la propriété corporelle ont ici été neutralisés pour protéger ceux de la propriété intellectuelle. On remarque d'ailleurs que l'utilité sociale est justement, préservée, par la limitation de la commercialité⁴⁷⁷. On est ici dans le cas où des produits sont à la fois soustraits du domaine de la commercialité économique et de la commercialité juridique, se pose alors la question de leur qualification en

⁴⁷¹ Sur le contrat comme limite à la circulation de certaines inventions, v. *infra* n°391 et s.

⁴⁷² Sur le courant doctrinal attachant à commercialité à l'appropriation, v. *supra* n°100 et s.

⁴⁷³ La qualification de personne ou de domaine public pourrait également répondre aux critères d'extracommercialité et d'inappropriabilité privée.

⁴⁷⁴ Même si nous reconnaissons avec M. le professeur REVET que « la figure du droit de propriété portant sur une chose qui n'est pas dans le commerce, est altérée », *in* note sous Com. 24 septembre 2003, *RTD civ.* 2004, p. 117.

⁴⁷⁵ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, 2006, n°70.

⁴⁷⁶ Com. 24 septembre 2003, *Sté CCP c/ Sté Ginger*, pourvoi n°01-11504, *D.* 2003, p. 2683, note CARON ; *RTD civ.*, 2003, p. 703, note MESTRE et FAGES ; *RTD civ.* 2004, p. 117, note REVET ; *L.P.A.*, 28 mai 2004, n°107, p. 13, note PARANCE et TRICOIRE ; *R.D.C.* 1^{er} avril 2004, n°2, p. 337, note BRUN ; *R.D.C.* 1^{er} avril 2004, n°2, p. 263, note STOFFEL-MUNK.

⁴⁷⁷ L'utilité sociale est considérée comme une justification efficace de l'association de la propriété et de la commercialité (v. *infra* n°127).

tant que bien, et partant leur appropriation. L'important étant finalement d'établir le lien d'exclusivité entre l'individu et l'objet, pour autoriser la qualification de bien. « C'est pourquoi la non-commercialité d'une chose ne saurait être assimilée à son inappropriabilité, ni en résulter ni l'entraîner »⁴⁷⁸, l'indisponibilité ne doit se concevoir que comme une restriction du droit de propriété. Ce qui signifie donc que le domaine de la propriété est plus large que celui de la commercialité⁴⁷⁹.

Tel est le cas également pour le droit d'auteur dans le domaine de la santé. Retirer un ouvrage dangereux pour la santé des rayons des librairies, décoller une affiche de Gainsbourg dans le métro, ne prive pas l'existence d'un droit d'auteur, d'un droit de propriété. Et pour autant, on en a limité sa circulation⁴⁸⁰.

De plus, justifier la commercialité sur la propriété peut être réducteur, au regard de toutes les techniques de réservation non privative⁴⁸¹.

Un dernier argument corroborant l'abandon de la valeur d'échange dans la qualification du bien se trouve dans la reconnaissance des biens à valeur d'échange négative. Cette idée est quelque peu difficile à concevoir, tant le bien est considéré comme une « source d'enrichissement et ne peut donc jamais être pensé comme une charge »⁴⁸². En l'occurrence, l'entreprise de biotechnologie accablée de dettes contractées pour l'obtention de licences nécessaires à l'élaboration d'une invention, dont la valeur de marché ne sera pas celle escomptée⁴⁸³, a produit un bien à valeur négative. Qualification qui serait impossible si la

⁴⁷⁸ Th. REVET, note sous Com. 24 septembre 2003, précitée.

⁴⁷⁹ En ce sens, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes, op. cit.*, n°70, p. 77 : « En somme, l'extracommercialité n'est pas réductible à l'inappropriabilité. Les sphères de l'inappropriabilité et de l'extracommercialité peuvent être liées ou déliées. Autrement dit, elles ne se superposent pas l'une à l'autre, ni ne s'excluent l'une l'autre. En réalité, elles ne se recoupent qu'imparfaitement. Par conséquent l'extracommercialité est susceptible de traverser aussi bien la sphère des choses appropriables que celle des biens. L'extracommercialité est donc une qualité que peut revêtir la chose qu'elle soit appropriable ou non ».

⁴⁸⁰ Cette question est traitée dans la partie relative au droit d'auteur, v. *infra* n°495 et s.

⁴⁸¹ Sur cette question, v. nos remarques en introduction, v. *supra* n°19 et s.

⁴⁸² D. CHILSTEIN, *Les biens à valeur vénale négative, RTD civ.* 2006, p. 663. L'auteur cite comme exemple des droits sociaux ou les immeubles pollués. Une telle qualification remettrait en cause des nombreux acquis dans le processus de qualification des choses en bien. Et notamment, la qualification reposant sur la nature du bien, constituée par sa valeur économique. Ou encore, l'idée héritée de Ulpien, que le bonheur est dans le bien (ULPIEN, *Digeste*, 50, 16, 49).

⁴⁸³ Ajoutons, l'argument d'évidence énoncé par MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE, in M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°65, p. 71 : « Et critique bien plus

notion était toujours corrélée à la valeur économique, et plus précisément à la valeur d'échange.

Déconnectée de sa commercialité, la qualification de la création s'en remet exclusivement aux autres dimensions de la valeur économiques : l'utilité-rareté et le travail.

Paragraphe 2

Le danger de la valeur « utilité-rareté » pour la propriété intellectuelle

102.- « Le brevet « impérial » »⁴⁸⁴. Si l'impossibilité de considérer la valeur d'échange dans les grandes qualifications du droit des biens, ressort de l'analyse précédente, il semblerait que ce soit plus le danger qu'inspire la notion de « valeur utilité ou rareté » appliquée à la propriété intellectuelle. Ce danger va s'exprimer à la fois dans l'expansion du domaine de la propriété intellectuelle (A) que dans la dénaturation du droit de la propriété intellectuelle (B).

A) L'expansion du domaine de la propriété intellectuelle.

103.- Rappel : les valeurs « utilité » et « rareté », moteurs de l'exclusivité. L'utilité, tant dans sa dimension objective – l'usage de la chose – que dans sa dimension subjective – le besoin de la chose – justifie le mécanisme de l'appropriation et favorise le passage de la chose au bien. De la même manière, la propriété est souvent décrite comme le mécanisme de gestion des ressources rares. Il a déjà été démontré comment le droit des biens était sollicité pour l'établissement d'un lien exclusif entre le sujet et les choses utiles et rares.

Il est dès lors nécessaire d'en avoir une approche dynamique afin de comprendre les menaces que cette prise en compte de la valeur économique fait peser sur l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Il faut partir du constat que l'infinité des besoins, du fait de la rareté des choses, accroît considérablement le domaine de l'appropriable, et plus

sérieuse, les économistes se rient de cette naïveté des juristes qui croient pouvoir déceler *a priori* une « valeur », alors que celle-ci est construite par le marché avec la grande imprévisibilité qu'est la sienne ».

⁴⁸⁴ M. VIVANT, *Le système des brevets en question, in Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?*, sous la dir. de B. REMICHE, Acte du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Larcier, 2006, p. 19 et spéc. p. 20. L'auteur ajoute : « le brevet, triomphant avec près de 120000 demandes faites auprès de l'Office européen des Brevets en 2003 et autour de 350000 auprès de l'Office américain, est partout... ».

particulièrement dans le secteur de la santé (1). Pour cela, c'est le critère de l'utilité qui va être directement intégré aux conditions d'appropriation de la propriété intellectuelle (2).

1) Le besoin, facteur du « tout appropriable »

104.- Le sujet démiurge pour la satisfaction infinie de ses besoins. Le risque que présente le rapprochement de la valeur-utilité avec la notion de bien est alors évident : existe-t-il des choses qui ne suscitent aucun besoin ? Le besoin serait par nature inextinguible, s'exprimant chez le sujet par son éternelle insatisfaction. De surcroît dans le domaine de la santé, domaine vital, si une chose a un usage thérapeutique déterminé – conception objective de l'utilité – comment ne pourrait-elle pas devenir cet objet de désir ? Il est peu concevable de laisser hors de la catégorie de bien, c'est-à-dire insusceptible d'appropriation, des choses qui présentent un intérêt médical. « Rien ne semble devoir résister, depuis que l'homme s'est érigé en mesure de toutes choses à la vague débordante de l'appropriation et de la manipulation »⁴⁸⁵. En ce sens, déjà, Portalis soulignait : « L'Homme en naissant, n'apporte que des besoins ; il est chargé du soin de sa conservation ; il ne saurait exister ni vivre sans consommer : il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien »⁴⁸⁶. C'est alors, un « point de vue subjectiviste-volontariste⁴⁸⁷ dominant qui s'emploie à transformer en droit ces multiples intérêts »⁴⁸⁸. L'appel fait au droit subjectif⁴⁸⁹ – et partant au droit de propriété⁴⁹⁰ –

⁴⁸⁵ P. GERARD, F. OST, M. van de KERCHOVE, *Droit et intérêt*, vol. 2 : *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 125.

⁴⁸⁶ PORTALIS, *Discours relatif au titre du Code civil consacré à la propriété*, in P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 11, Paris, Videcoq, 1836, p. 112.

⁴⁸⁷ Dans la thèse volontariste, « les normes juridiques comme d'ailleurs toutes les autres normes – sont considérées comme étant le produit de la volonté humaine. Elles existent non seulement pour cette volonté, mais aussi par cette volonté », in R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 45. Ce qui explique que la règle de droit soit conçue par l'homme et voulue par l'homme.

⁴⁸⁸ P. GERARD, F. OST, M. van de KERCHOVE, *Droit et intérêt*, vol. 2 : *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 125.

⁴⁸⁹ Sur la notion de droit subjectif, v. *supra* n°85.

⁴⁹⁰ Le rapprochement est, comme à l'habitude, très clairement énoncé par J. CARBONNIER, in *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 121 : « Le droit objectif est fait des règles, des institutions du droit ; la notion coïncide pratiquement avec celle de système juridique. Les droits subjectifs sont les prérogatives que le droit reconnaît aux individus, les aires d'action qu'il leur découpe. Ainsi, la propriété est une institution du droit objectif, le propriétaire a un droit de propriété qui est un droit subjectif ».

autorise la satisfaction de ces besoins⁴⁹¹. Autrement dit par MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE : « Tout peut-être dit utile suivant l'angle selon lequel on considère la chose. Et spécialement d'un point de vue économique, dans une société où tout est « marchandisable ». On ne peut ignorer ce mouvement qui pousse certains à tout admettre comme objet virtuel de propriété »⁴⁹². Dans le même sens, M. le professeur SIIRIAINEN constate : « toute chose ayant une valeur, même non pécuniaire, présentant un intérêt quelconque, donc susceptible d'être échangée, gérée, voire évaluée, « valorisée », peut potentiellement devenir un bien, c'est-à-dire une chose appropriée »⁴⁹³.

Mais cette satisfaction est normale, jusque dans une certaine mesure. S'il est des besoins essentiels, qui s'imposent à la conscience humaine du seul fait de leur nécessité, d'autres sont susceptibles d'être créés. Selon Mme HERMITTE, « la logique de marché est illimitée parce que c'est une logique du désir et que rien n'est plus facile que de créer le désir, dès que l'on ouvre une nouvelle porte dans le domaine du possible »⁴⁹⁴.

Or, les inquiétudes sur la montée des droits subjectifs, leur « balkanisation »⁴⁹⁵ même exacerbée par les volitions individuelles⁴⁹⁶, ne sont pas récentes dans l'histoire du droit et a

⁴⁹¹ En ce sens, v. J. CARBONNIER, *in*, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 125 : « Le risque est que tout besoin demande à être reconnu comme droit subjectif ». Et pourtant, la thèse du droit subjectif de M. VILLEY (*in* M. VILLEY, *La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, A.P.D. t. IX, Le droit subjectif en question*, 1964, p. 97) tend à justifier cette reconnaissance naturelle de la propriété. En effet, en replaçant le droit subjectif dans son contexte historique, il retrouve sa juste définition, à savoir : « cette espèce de droit qui serait en dernière analyse tirée de l'être même du sujet, de son essence, de sa nature » (*Ibid.* p. 100). Il illustre avec la propriété, qui naît de « l'essence de l'homme » (*Ibid.* p. 101), le droit subjectif trouvant dans le sujet sa source première.

⁴⁹² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE (sous la direction), *Protéger les inventions de demain, Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La documentation française, INPI, 2003, p. 53-54.

⁴⁹³ F. SIIRIAINEN, *L'appropriation*, *in* *Droit et marchandisation* (sous la dir.) E. LOQUIN et A. MARTIN, Litec, 2010, p. 137 et spéc. p. 139.

⁴⁹⁴ M.-A. HERMITTE, *Les concepts mous de la propriété industrielle : passage du modèle de la propriété foncière au modèle de marché*, *in* *L'homme, la nature et le droit*, éd. Christian Bourgois, 1988, p. 85, et spéc. p. 97.

⁴⁹⁵ Cette expression est empruntée à D. COHEN, *Le droit à..., Mélanges en l'honneur de François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 393, et spéc. p. 395 : « le fait que le concept [droit à...] soit devenu d'usage courant est susceptible d'entraîner une balkanisation des droits subjectifs. S'il doit y avoir, à terme, autant de droits subjectifs distincts que d'objectifs de bien-être jugés dignes de protection légale, la physionomie de nos systèmes juridiques ne s'en trouvera-t-elle pas modifiée dans un de ses aspects importants ? ». L'auteur ajoute que la caractérisation de cette balkanisation dépend non seulement du nombre de droits subjectifs, mais également de la fréquence de leur implication dans le contentieux. D'autres auteurs formulent un tel constat, v. notamment B. BEIGNIER et C. BLERY, *Manuel d'introduction au droit*, PUF, 2004, n°29, p. 54, parlant d'« une kyrielle infinie de droit à ».

éveillé les recentrages sociaux d'éminents auteurs comme COMTE ou DUGUIT⁴⁹⁷. Le besoin analysé comme une simple donnée devient une véritable norme. Dès lors, il est nécessaire d'« évoquer la tendance du juriste de propriété intellectuelle à découvrir celle-ci en toute chose »⁴⁹⁸ et d'identifier les risques que cela présente dans le domaine de la santé.

105.- De nouveaux besoins, de nouveaux objets de propriété intellectuelle. Si la propriété intellectuelle était hier largement cantonnée aux domaines industriels⁴⁹⁹, elle est aujourd'hui largement sollicitée dans la protection de la matière vivante ; une « irrésistible ascension »⁵⁰⁰ à laquelle n'échappe pas le domaine de la santé. En effet, hier les besoins thérapeutiques étaient satisfaits par les techniques « classiques » d'élaboration (production chimique), ils sont aujourd'hui portés par les nouveaux espoirs venus des biotechnologies⁵⁰¹. Or la fabrication et la manipulation du vivant ne semblent pas avoir de limites et offrent une infinité de nouveaux objets à la propriété intellectuelle, et plus précisément à la propriété industrielle à travers le droit des brevets ou les obtentions végétales.

106.- Vers l'appétition des besoins virtuels ? Ou comment les droits de propriété intellectuelle peuvent-ils protéger des objets dont les utilités ne sont pour l'instant que virtuelles ? M. le professeur GAUTIER définit l'utilité virtuelle d'une chose comme « *ce qui est actuellement inutile, mais pourrait déboucher, à moyen ou long terme sur un intérêt* »

⁴⁹⁶ Autrement et tellement mieux dit, par J. CARBONNIER, in, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 124 : « La passion du droit dans la société s'enflamme d'être la projection désordonnée d'une infinité de passions individuelles, en rivalité entre elles, *ego* contre *ego* ».

⁴⁹⁷ Sur les thèses avancées par ces auteurs, v. *infra* n°202.

⁴⁹⁸ M. VIVANT, *Synthèse des débats, Cycle de conférences de la Cour de Cassation, Droit de propriété intellectuelle : approches juridique et économique, Lamy de la concurrence*, Avril/Juin 2007, n°11, p. 222. L'auteur ajoute que la propriété intellectuelle suit le mouvement décrit par CARBONNIER, le « panjurisme », qui consiste pour le juriste à voir le droit partout, y compris dans d'innocentes colombes affublées de la qualification d'immeuble par destination.

⁴⁹⁹ M. Le professeur VIVANT remarque également cette évolution : « La machine a vu ou fait naître le brevet : la valeur était désormais dans la force de la vapeur, dans le rouage d'horlogerie, et non plus dans les bras humains. Le brevet naît – propriété sur la technique – quand meurt l'esclavage – odieuse propriété sur les hommes. Le double « renversement » dans l'économie que constituent aujourd'hui la globalisation à l'instant évoquée comme l'irruption des nouvelles technologies sont très clairement à l'origine de l'éclatement extraordinaire des propriétés intellectuelles qui se déclinent à présent sous les formes les plus diverses et s'immiscent partout », in M. VIVANT, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles*, in *Mélanges Christian Mouly, Litec*, coll. *Centre du droit de l'entreprise*, 1998, p. 441, et spéc. p. 443.

⁵⁰⁰ En référence à, M. VIVANT, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles*, préc. p. 443.

⁵⁰¹ Sur le médicament issu des biotechnologies, plus couramment appelé *biomédicament*

pratique ; en d'autres termes on se propose de rechercher si la surabondance peut-être un investissement pour l'avenir, ce qu'on pourrait exprimer dans la formule suivante « *On ne sait jamais... »* »⁵⁰². Les droits de propriété intellectuelle sont alors employés pour effectuer cette « mise en réserve »⁵⁰³. Prenons l'exemple du droit des marques. La validité d'une marque tient à son enregistrement⁵⁰⁴, auprès de l'INPI, qui doit comprendre, entre autres⁵⁰⁵, la classe des produits ou services que la marque va désigner. C'est le principe de spécialité de la marque. Ainsi, pour les marques pharmaceutiques, l'enregistrement s'effectue traditionnellement dans les classes 5⁵⁰⁶ et 10⁵⁰⁷. L'enjeu consiste alors à « faire enregistrer son signe distinctif dans un *maximum* de classes : *toutes celles où il n'exclut pas d'intervenir plus tard*, ou qui pourraient tenter des personnes peu scrupuleuses »⁵⁰⁸. Admettons, comme exemple, que société DIM, fabricant de sous-vêtements pour hommes et femmes, qui enregistre traditionnellement ses produits en classe 25 – vêtement, chaussures, chapellerie – décide d'anticiper une éventuelle production de bas de contention ou de sous-vêtements exclusivement destinés aux salles d'opération. La société aura donc tout intérêt à faire enregistrer sa marque dans la classe 10 également. On pourra toujours lui imposer la déchéance de son droit sur la marque, sur le fondement de l'article 714-5 du Code de la propriété intellectuelle⁵⁰⁹, s'il s'avère qu'il ne fait pas un usage sérieux des produits et

⁵⁰² P.-Y. GAUTIER, *Contre Bentham, l'inutile et le droit*, RTD civ. 1995, p. 797, et spéc. p. 825.

⁵⁰³ P.-Y. GAUTIER, *Contre Bentham, l'inutile et le droit*, préc., p. 828.

⁵⁰⁴ Sur le fondement de l'article 712-1 *in limine* du Code de la propriété intellectuelle : « La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement ».

⁵⁰⁵ Avec l'identité du déposant et la représentation graphique de la marque avec sa description.

⁵⁰⁶ Dans la classification de Nice, la classe 5 comprend : « Produits pharmaceutiques et vétérinaires ; produits hygiéniques pour la médecine ; substances diététiques à usage médical ; aliments pour bébés ; emplâtres, matériel pour pansements ; matières pour plomber les dents et pour empreintes dentaires ; désinfectants ; produits pour la destruction des animaux nuisibles ; fongicides, herbicides. Bains médicinaux ; bandes, culottes ou serviettes hygiéniques ; préparations chimiques à usage médical ou pharmaceutique ; herbes médicinales ; tisanes ; parasitocides ; sucre à usage médical ; alliages de métaux précieux à usage dentaire ».

⁵⁰⁷ Dans la classification de Nice, la classe 10 comprend : « Appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires, membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques ; matériel de suture. *Bas pour les varices* ; biberons ; tétines de biberons ; *vêtements spéciaux pour salles d'opération* ; appareils de massage ; appareils pour massages esthétiques ; prothèses ; implants artificiels ; fauteuils à usage médical ou dentaire ; draps chirurgicaux ; bassins hygiéniques ou à usage médical ; mobilier spécial à usage médical, coutellerie chirurgicale, chaussures orthopédiques » [nous soulignons].

⁵⁰⁸ P.-Y. GAUTIER, *Contre Bentham, l'inutile et le droit*, préc., p. 829.

⁵⁰⁹ L'article 714-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans ». Une marque inexploitée ne saurait

services désignés à l'enregistrement durant une période ininterrompue de cinq ans⁵¹⁰. Mais la santé attendra-t-elle cinq années ? Comme le souligne M. LE BIHAN, « les marques inexploitées, dans certains cas appelées marques de défense, de réserve ou de barrage (sans que cette distinction n'ait d'ailleurs le moindre impact juridique), sont un véritable fléau économique, qu'il faut combattre »⁵¹¹.

107.- Constat de cet « illimitisme » dans le domaine de la santé. Prenons deux exemples pour illustrer ce phénomène l'un dans les biotechnologies végétales et l'autre dans les biotechnologies humaines.

Pour le premier, comment ne pas penser dans le domaine des biotechnologies végétales au géant controversé Monsanto⁵¹² ? En effet, répondre à des besoins que l'on a soi-même créés est une démarche que le géant semencier pratique allègrement. Après avoir mis au point un herbicide « superpuissant », le « Roundup », la société a naturellement conçu les semences (transgéniques) qui résistent à l'utilisation de ce produit, les organismes génétiquement modifiés appelés « Roundup ready canola »⁵¹³. La semence est stable, ce qui signifie que sa reproduction naturelle aura également le gène protecteur. Le marché est donc ouvert aux agriculteurs : éliminer toutes les autres plantes tout en préservant la production⁵¹⁴.

donc être protégée indéfiniment. Mais la déchéance n'est pas automatique, elle doit être expressément demandée par toute personne intéressée.

⁵¹⁰ Ce délai est calculé à rebours du jour de l'assignation ou de la demande reconventionnelle en déchéance, depuis un arrêt Com., 31 Mars 2004, *D.* 2004, p. 1312 ; *R.J.D.A.* 2004, p. 960.

⁵¹¹ E. LE BIHAN, *J. Cl. Marques – Dessins et Modèles*, Fasc. 7405 : *Perte du droit sur la marque : renonciation, forclusion, déchéance, nullité*, 2009, n°72. Pourquoi est-ce un fléau ? Tout simplement, car à cause de la prolifération des signes et de leur étendue, la recherche de signes disponibles ou l'achat de leur libération devient pour les entreprises particulièrement difficile. Ainsi, pour sauvegarder le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, l'auteur préconise d'ailleurs des mesures simples pour l'éviter : « comme la possibilité d'initier une demande de déchéance pour non-usage devant l'INPI pour un coût raisonnable et une plus grande rapidité (comme cela est déjà le cas devant l'OHMI) nous semble inéluctable, tout en conservant une possibilité d'un recours juridictionnel évidemment ».

⁵¹² V. notamment, l'ouvrage de M.-M. ROBIN, *Le Monde selon Monsanto : De la dioxine aux OGM, une multinationale qui vous veut du bien*, éd. La Découverte, coll. Poche n°300, 2009.

⁵¹³ Quelques éléments scientifiques : le gène introduit dans certaines plantes comme, le soja, la tomate, le coton, la luzerne, le canola, le riz etc., confère une résistance au glyphosate, l'herbicide en question.

⁵¹⁴ Sur le refus de ce brevet par les autorités canadiennes, V. notamment J. PASSA, *La protection par le brevet des semences génétiquement modifiées. À propos de l'arrêt Monsanto de la Cour suprême du Canada*, *Environnement*, Mars 2005, étude n°3. La Cour n'aurait admis au titre de la brevetabilité que le procédé qui couvrirait qui permettait l'obtention de la semence.

Pour le second, en anticipant un peu des discussions sur le droit des brevets sur l'information génétique, on remarque que, prise dans cette spirale de satisfaction des besoins, la propriété intellectuelle se présente aussi comme l'outil de leur anticipation. Il n'est malheureusement pas rare aujourd'hui qu'une information génétique soit protégée pour très grande quantité de fonctions, y compris celles qui n'auraient pas encore été mises à jour. Tel est le cas, par exemple, du large brevet accordé à la firme *Human Genome Sciences* (HGS) qui couvre toutes les fonctions du gène codant pour CCR5⁵¹⁵. Il s'agit d'un récepteur à la surface des cellules. Mais la société au moment de l'obtention du brevet ne connaissait pas l'application bien plus grande : les personnes dont ce gène était défaillant présentaient une résistance naturelle au VIH⁵¹⁶. Ce gène était donc un vecteur de la maladie dans le corps. Le brevet de HGS couvre toutes les fonctions de ce gène codant⁵¹⁷ et crée de ce fait sur le marché une situation de dépendance, car toutes les entreprises qui travaillent sur la recherche de traitements contre la maladie du SIDA seront obligées d'obtenir des licences auprès de HGS et lui assurant de confortables revenus. Cet effet « bloquant » de certains brevets et aujourd'hui une des causes de la propriété intellectuelle en question dans le domaine de la santé⁵¹⁸.

On touche donc à l'infini, lorsque l'on commence à considérer non seulement les besoins présents, mais également les besoins futurs dans le domaine de la santé. Et cet inaccessible assouvissement impose une adaptation dangereuse des règles relatives à l'appropriation. Cela a des conséquences délétères pour la propriété intellectuelle tant, sur la qualification de bien que sur celle de chose commune.

⁵¹⁵ Sur cet exemple, v. notamment : C. HENRY, M. TROMMETTER, L. TUBIANA, *Innovation et droits de propriété intellectuelle : quels enjeux pour les biotechnologies*, in *Propriété intellectuelle*, Conseil d'Analyse économique, éd. La documentation française, 2003, p. 49 et spéc. p. 51. – T. HOLLON, *Gene patent revisions to remove some controversies*, *Nature Medecine*, 2000, 6-362. – J. SULSTON, *Le génome humain sauvé de la spéculation*, *Le Monde diplomatique*, décembre 2002. -

⁵¹⁶ La controverse dans cette affaire est que ce n'est pas la société HGS qui a mis au jour la première cette fonction du gène CCR5, c'est un groupe de chercheur d'une université, financé par des fonds publics. Une fois cette fonction vérifiée par la société, elle l'a protégée par un brevet, créant une situation de dépendance pour les autres entreprises.

⁵¹⁷ Nous aurons l'occasion d'y revenir, mais pour comprendre ce point il est nécessaire de savoir que l'USPTO (*US Patent and Trademark Office*) et l'OEB (avec quelques récentes nuances), à la différence de la conception française, que le brevet sur un gène est comme un brevet sur n'importe quelle molécule. Le gène n'est alors qu'une simple composition de matière, ce qui implique que les entreprises obtiennent tous les droits sur leurs fonctions présentes et futures.

⁵¹⁸ Prendre des brevets très en amont pour couvrir un maximum des potentialités de l'objet approprié est ce que l'on appelle des Brevets *up stream*.

2) L'utilité, moteur du « tout appropriable »

108.- L'utilité : l'hybris du droit de la propriété intellectuelle. L'exemple du droit des brevets. On remarque que cette considération quasi-automatique des besoins par le droit de propriété nécessite obligatoirement un forçage des critères d'appropriation, tant au niveau de l'objet que des conditions. Prenons l'exemple du droit des brevets. À quel niveau la valeur économique, par ses manifestations d'« utile rareté », va-t-elle contraindre la propriété intellectuelle pour l'entrée de ces nouveaux biens ? Principalement, on va retrouver son influence sur la qualification de l'objet, l'invention, ou sur la condition de l'application industrielle. Mais le raisonnement pourrait de la même manière s'appliquer au droit d'auteur ou au droit des obtentions végétales⁵¹⁹. *En d'autres termes, plus une création immatérielle présentera les critères d'utilité et de rareté, plus les critères de la propriété intellectuelle fléchiront pour la laisser entrer dans la sphère monopolistique.*

C'est ainsi que l'on remarquera que l'utilité est à la fois, cause de la multiplication des objets pour le droit des brevets (a) mais aussi, cause de l'élargissement de l'objet (b). Cette réponse sans fin de la propriété à la sollicitation des besoins ne peut se faire qu'au sacrifice de la notion de chose commune (c).

a) L'utilité, cause de la multiplication des objets en droit des brevets.

109.- Le constat : la multiplication des usages sur une même chose. La propriété intellectuelle autorise sur un même support à créer une multitude d'objets incorporels. L'inconvénient d'une appréhension de l'objet par son usage est que la chose (matérielle) peut revêtir une quantité illimitée d'usages immatériels. Ainsi, dans le domaine de la santé naîtront « non pas un seul brevet, comme c'est le cas pour une molécule chimique ou pour une machine simple, mais par dix, cent, voire mille brevets »⁵²⁰. M. le professeur LEVEQUE, économiste, explique que cela aura pour conséquence de restreindre la liberté de concevoir et

⁵¹⁹ Les contours flous de la notion d'œuvre, en font une catégorie accueillante, avec de la même manière le raisonnement sur l'originalité, reflet de l'usage de la chose. Ou encore en droit des obtentions végétales, dont le schéma intellectuel est assez proche (la confusion entre la variété végétale comme objet ou comme condition à côté de la nouveauté et de la stabilité), v. *infra* n°467.

⁵²⁰ F. LEVEQUE, *Droits de propriété intellectuelle et innovation ; le brevet favorise-t-il l'innovation ?* in, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC, Vuibert, 2009, p. 43 et spéc. p. 44. L'auteur développe également cette idée dans F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Propriété intellectuelle, frein ou moteur d développement économique*, R.I.P.I.A. avril 2004, n°216, p. 78. Les auteurs constatent que la surprotection finit par freiner les efforts de recherche et de création.

« celle d’innover, en exposant un nouvel entrant à une sorte de champs de mines »⁵²¹. Et d’autre part, cela prive la communauté de toutes les innovations qui se bâtissent les unes sur les autres, dont le domaine du médicament est particulièrement illustratif. Il s’agit donc bien d’ « un effet anti-innovation du brevet »⁵²². L’auteur conclut par quelques chiffres, qui ne reflètent pas seulement dans le domaine de la santé, la multiplication des objets de propriété intellectuelle « on recensait en 2007, 1.5 million de dépôts de demandes de brevets et à ce jour, on compte plus de 3 millions de brevets actifs. Le nombre de brevets a doublé en l’espace de huit ans aux États-Unis et de cinq ans en Chine »⁵²³. Ou encore, « la Nuffield Foundation » évalue, en 2002, à plus de 50 000 le nombre de brevets accordés ou demandés sur des séquences génétiques »⁵²⁴. La cause serait à notre sens la trop rapide considération de l’usage des choses pour admettre leur protection. Nous allons le démontrer tant au niveau de l’objet que des conditions d’appropriation.

110.- L’utilité en droit américain. Le critère d’utilité (*usefull*) est à la base du système américain des brevets⁵²⁵. Pour être admise, l’utilité doit être : « *specific*⁵²⁶, *substantial*⁵²⁷ and

⁵²¹ F. LEVEQUE, *Droits de propriété intellectuelle et innovation ; le brevet favorise-t-il l’innovation ?* in, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, préc. p. 44

⁵²² F. LEVEQUE, *Droits de propriété intellectuelle et innovation ; le brevet favorise-t-il l’innovation ?* in, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, préc. p. 45

⁵²³ F. LEVEQUE, *Droits de propriété intellectuelle et innovation ; le brevet favorise-t-il l’innovation ?* in, *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, préc. p. 45

⁵²⁴ M. TROMMETER, *Construire une propriété intellectuelle pour inciter et faciliter l’accès aux inventions est-elle économiquement et socialement suffisante ?* in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, éd. CNRS, n°3, 2010, p. 41.

⁵²⁵ La notion est définie à l’article 101 du *United States Code Title 35*. Elle a été précisée notamment depuis la célèbre décision *Brenner v. Manson* (148 U.S.P.Q. 689-693 (1966)), qui en fit une condition première face aux exigences de nouveauté ou de non-évidence. Dimension confirmée avec la décision *State Street Bank (v. Trust Co v. Signature Financial Group. INC)*, 47 U.S.P.Q. 1596, 1601 (1998)), concernant la brevetabilité de méthodes commerciales. Aux États-Unis, l’origine de l’utilité appliquée aux inventions est ancienne. En effet, la Constitution du 17 septembre 1787, plaçait dans les attributions du Congrès : « celle de favoriser le développement de la science et des arts utiles, en garantissant pour une période de temps déterminée aux auteurs et aux inventeurs le droit exclusif à leurs livres et à leurs inventions » (cité par P. ROUBIER, *Droits intellectuels ou droits de clientèle, RTD civ.* 1935, p. 251, et spéc. p. 257). Trois ans plus tard, en 1790, les pouvoirs publics étaient chargés de vérifier si les inventions étaient utiles et importantes (*useful and important*) pour que des lettres patentes soient délivrées.

⁵²⁶ L’utilité doit être *specific* par rapport à la demande formulée, au contraire d’une demande générale, qui serait valable pour toute une catégorie d’invention. Par exemple, des marqueurs chromosomiques ne seront pas considérés comme *specific* (in *Guidelines for Examination of Applications for Compliance with the Utility Requirement*, disponibles sur <http://www.uspto.gov/web/menu/utility.pdf>, page 5).

⁵²⁷ L’utilité doit être *substantial*, c’est-à-dire qu’elle doit inscrire l’usage de l’invention dans un “*real world*”. C’est ainsi que ne sont pas *substantial* des inventions qui reposent sur des méthodes pour traiter des maladies qui

*credible*⁵²⁸». Ces trois critères cumulatifs de l'utilité permettent, principalement, de qualifier une invention brevetable, sur le fondement des articles 101 et 112 de l'*United States Code title 35*, et cela, malgré la présence de deux autres, comme la non-évidence (*non-obviousness*) ou la nouveauté (*novelty* et *prior arts*)⁵²⁹. Mais alors qu'à une époque le système a pu apparaître comme rigoureux, le relâchement général des critères de brevetabilité lui fait perdre cette qualité. Pour s'en convaincre il suffit de consulter les *Guidelines for Examination of Applications for Compliance with the Utility Requirement*, qui sont la ligne de conduite à tenir pour l'interprétation de « l'utilité », en particulier dans le secteur de la santé⁵³⁰. Ainsi, comme

n'existent pas ou qui ne seraient pas encore avérées ou encore tous les matériaux qui servent de base à la recherche (*in Guidelines for Examination of Applications for Compliance with the Utility Requirement*, disponibles sur <http://www.uspto.gov/web/menu/utility.pdf>, page 6).

⁵²⁸ Il faut pour que la demande soit *credible*, qu'elle soit comprise par une personne raisonnablement intelligente du secteur concerné (*in Guidelines for Examination of Applications for Compliance with the Utility Requirement*, page 5).

⁵²⁹ V. notamment dans le domaine pharmaceutique : *In re Krimmel*, 130 USPQ 215-219 (1961)– *Campbell v. Wettstein*, 177 USPQ 376-379 (1973) : "Moreover, the interference counts contain no limitation relating to intended use or to discovered properties of the claimed compounds. Accordingly, under well-established precedent, evidence establishing substantial utility for any purpose is sufficient to show reduction to practice". (Traduit par : De plus, les critères d'appréciation ne contiennent aucune limite liée à l'utilisation envisagée ou aux propriétés connues des composants revendiqués. Ainsi, en vertu d'une jurisprudence bien établie, la preuve d'une utilité avérée dans un but quelconque suffit à démontrer l'application industrielle). – *Rey-Bellet v. Engelhardt*, 181 USPQ 453, 454 (1974) : "Since the count contains no limitation related to any utility, evidence which would establish a substantial utility for any purpose is sufficient to show its reduction to practice". (Traduit par : Comme aucun critère d'évaluation de l'utilité n'est posé, toute preuve d'une utilité substantielle qui peut être rapportée pour un but quelconque suffit à démontrer l'application industrielle). – *Nelson v. Bowler*, 206 U.P.S.Q. 881-883 (1980) : "it is inherently faster and easier to combat illnesses and alleviate symptoms when the medical profession is armed with an arsenal of chemicals having known pharmacological activities. Since it is crucial to provide researchers with an incentive to disclose pharmacological activities in as many compounds as possible, we conclude that adequate proof of any such activity constitutes a showing of practical utility" (Traduit par : Il est intrinsèquement plus rapide et plus facile de combattre les maladies et de soulager les symptômes quand la profession médicale est armée d'un arsenal de produits chimiques liés à des activités pharmacologiques connues. Comme il est crucial de fournir aux chercheurs une incitation à divulguer les activités pharmacologiques de manière la plus claire et complète que possible, nous concluons que l'attestation pertinente de n'importe laquelle de ces activités constitue une preuve d'application industrielle).

⁵³⁰ Les *Guidelines for Examination of Applications for Compliance with the Utility Requirement* ont été adoptés pour la première fois en 1995 et ils établissent la procédure et la politique qui doit être suivie par le personnel des Offices durant les évaluations des demandes de brevets, et vérifier leur conformité avec le critère d'utilité. Elles ont récemment été modifiées en 2001, la nouvelle version est disponible en intégralité sur <http://www.uspto.gov/web/menu/utility.pdf> et commentée au *Federal Register*, vol. 66, n°4, 5 janvier 2001, p. 1092. Mme le professeur ORSI (*in*, F. ORSI, *La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis, Origine et signification économique d'un dépassement de frontière*, *Rev. d'économie industrielle*, n°99 *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, 2002, p. 81) constate un relâchement dans les critères d'appréciation de l'utilité entre 1995 et 2001 et principalement à travers deux types de brevets : « les brevets sur les séquences partielles d'ADN et les brevets sur les gènes impliqués dans la survenue des maladies, offrant ainsi une protection très large et située à des phases très préliminaires du processus de recherche ».

le souligne B. CORIAT : « Il a suffi, pourrait-on dire, de relâcher ou de déplacer la signification de « l'utilité », pour que des domaines non brevetables le deviennent »⁵³¹. La santé est un de ces domaines, avec notamment la mobilisation des biotechnologies dans l'élaboration des médicaments. Ce qui hier était non brevetable, va le devenir sous l'impulsion du critère de l'utilité. Pour cela, l'interprétation de l'utilité est parfois surprenante. De cette manière, la CCPA⁵³² a estimé, dans la décision *In re Krimmel*⁵³³, que l'efficacité d'un anti-inflammatoire n'avait pas nécessairement à être établie sur l'homme, mais que des tests en laboratoire sur des animaux pouvaient suffire⁵³⁴.

111.- Quid du critère de l'utilité en France ? Le cas de l'invention, une approche qualitative. Les contours de la notion d'invention vont être élargis pour pouvoir y faire entrer, presque mécaniquement, tous les objets qui sont susceptibles d'assouvir un besoin. Pour cela, l'invention doit être vue comme une condition de brevetabilité, au côté des trois autres généralement reconnues, à savoir l'application industrielle, la nouveauté et l'activité inventive. L'autre possibilité consisterait à la reconnaître comme l'objet, distinct des conditions et sur lequel on va rechercher l'existence des trois conditions précédemment énoncées⁵³⁵. La première conception est partagée par une partie de la doctrine⁵³⁶, sur le

⁵³¹ B. CORIAT, *Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle, contours et caractéristiques clés*, *Rev. d'économie industrielle*, n°99 *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, 2002, p. 17, et spéc. p. 24.

⁵³² La CCPA est : *The United States Court of Customs and Patent Appeals*, la Cour d'appel des décisions en matière de brevets, anciennement nommée la CAFC.

⁵³³ *In re Krimmel*, 130 U.P.S.Q. 215 (1961), pour un commentaire de cette décision, v. *Biotechnology Law Report*, sept./oct. 1994, vol. 13, n°5, 633.

⁵³⁴ Confirmé par la célèbre affaire *In re Brana*, pour des médicaments anti-cancéreux : *In re Brana*, 34 USPQ 1437 (1995), commentaire K. BASTIAN et J. STORELLA, *Ease burden of proving utility for pharmaceutical inventions*, *Biotechnology Law Report*, Novembre/décembre 1995, vol. 14, n°6, p. 953, selon lequel : « *That is not necessary to provide the results of human clinical trials on pharmaceutical inventions in order to get a patent* » (Traduit par, « Il n'est pas nécessaire de fournir les résultats des essais cliniques humains sur les inventions pharmaceutiques afin d'obtenir un brevet »).

⁵³⁵ Telle sera la conception retenue, v. *infra* n°215.

⁵³⁶ En ce sens, notamment, v. J.-J. BURST et A. CHAVANNE, *Droit de la propriété industrielle*, 5^e éd., Dalloz, 1998, n° 15, p. 30. – A. BERTRAND, *La propriété intellectuelle, livre II, Marques et brevets dessins et modèles*, Delmas, 1994, p. 99. – J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, Paris, 2007, n° 78, p. 37. Et plus largement, sur la notion d'invention brevetable en droit européen, v. notamment : D. BURNIER, *La notion d'invention en droit européen des brevets*, Genève, Droz, 1981. – J. SCHMIDT SZALEWKI, *La notion d'invention face aux développements technologiques, in Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 243. – F. POLLAUD-DULIAN, *La brevetabilité des inventions, Étude comparative de la jurisprudence France-OEB*, Litec, 1998. – P. VIGAND, *L'invention brevetable en droit européen des brevets*, Th. dactyl. Montpellier I, 1979. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain, Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La documentation française, INPI, 2003.

fondement de l'article 52 de la convention de Munich⁵³⁷. Mais l'inconvénient d'une telle proposition oblige à appréhender la notion d'invention à travers les éléments qualitatifs – la nouveauté, l'activité inventive ou l'application industrielle – et non, à travers des éléments substantiels⁵³⁸. Or, appréhender l'invention non à travers sa substance, mais à travers ses qualités, permet de réserver les inventions dont les qualités répondent aux besoins des individus, peu important si par exemple, il s'agit d'une véritable invention ou d'une simple découverte⁵³⁹. L'objet ne peut donc s'en trouver que multiplié, puisque rien ne fait obstacle à la réalisation du désir.

112.- Quid du critère de l'utilité en France ? Le cas de la condition de l'application industrielle. L'utilité en droit américain est donc bien à l'origine d'une expansion de la brevetabilité de la matière biologique⁵⁴⁰. Et l'on ne peut se consoler du cantonnement du critère de l'utilité outre-Atlantique. Le modèle américain est un modèle destiné à l'exportation⁵⁴¹. Ainsi, on pourrait retrouver les traces de l'utilité américaine dans la condition

Et, sur la révision de la CBE, v. notamment, J.-C. GALLOUX, E. GUTMANN, B. WARUSFEL, *L'entrée en vigueur de la CBE 2000*, *Propr. intell.* 2008, n° 26, pp. 77-84.

⁵³⁷ L'article 52 de la convention de Munich (CBE) dispose, dans son premier alinéa : « Les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle », se trouve dans sa formulation identique à l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. Le texte révisé de ladite Convention du 5 octobre 1973 est entré en vigueur le 13 décembre 2007. On citera dans le domaine thérapeutique, la décision de la Grande chambre de recours de l'OEB, illustrant cette proximité de l'invention et des autres conditions de brevetabilité : OEB, 5 décembre 1984, n°G0001/83.

⁵³⁸ L'approche qualitative de la notion d'invention est également dénoncée par Mme le professeur SCHMIDT-SZALEWSKI, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La notion d'invention face aux développements technologiques*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 243, et spéc. p. 263.

⁵³⁹ En ce sens, v. F. ORSI, *La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis, Origine et signification économique d'un dépassement de frontière*, *Rev. d'économie industrielle*, n°99 *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, 2002, p. 65, et spéc. pp. 76-77, qui explique le critère d'utilité est la base du régime de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis et « c'est qui va être à l'origine d'une extension apparemment sans limites de la brevetabilité de la matière biologique. Ceci va trouver à s'exprimer clairement avec la question de la brevetabilité des gènes où le concept d'utilité comme critère de brevetabilité apparaît pleinement et où l'interchangeabilité des termes « inventions » et « découvertes » revêt sa pleine signification » [nous soulignons]. Cette interchangeabilité des mots « invention » et « découverte » est insérée dans la loi, contrairement à notre position française.

⁵⁴⁰ En ce sens, R. S. EISENBERG, qui considère que tout est brevetable excepté « *useless abstraction* » (in R. S. EISENBERG, *Analyse this : A Law and Economics Agenda for the Patent System*, *Vanderbilt Law Review*, vol. 53, p. 2081 et spéc. p. 2085).

⁵⁴¹ En ce sens, v. notamment B. CORIAT, *Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle, contours et caractéristiques clés*, *Rev. d'économie industrielle*, n°99 *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, 2002, p. 17, et spéc. p. 18 : « Dans la mesure où, en la matière, tout ou presque vient des États-Unis, c'est du changement de régime opéré dans ce pays qu'il faut partir. Le nouveau droit américain de la PI doit par-dessus tout retenir l'attention, car c'est le droit par excellence qui, par « imitation » ou par « contagion », va s'imposer comme nouvelle norme et progressivement se diffuser au niveau international ». Ou

de l'application industrielle⁵⁴². Telle en dispose une note attachée à l'article 27 des ADPIC (Accords relatifs aux aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce), qui tient pour synonyme les expressions « activité inventive » et « susceptible d'application industrielle » avec les expressions « non évidente » et « utile »⁵⁴³. Dans le domaine de la santé, ces exigences se confondent selon MM. les professeurs GALLOUX, GUTMANN et WARUSFEL⁵⁴⁴. D'autres auteurs se sont laissés tenter par un rapprochement⁵⁴⁵. Néanmoins, l'assimilation de l'utilité à l'application industrielle, en tant que critère de la brevetabilité,

encore, S. VON LEWINSKI, *Américanisation de la propriété intellectuelle*, *Prop. Intell.* janvier 2004, n°10, p. 482. – *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?* (Actes du Colloque de Montpellier organisé par l'ERCIM, 2002), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2004. – M. VIVANT, *Le système des brevets en question*, in *Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?*, sous la dir. de B. REMICHE, Acte du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Larcier, 2006, p. 19 et spéc. p. 23.

⁵⁴² Il ne s'agit ici que d'une approche globale de la condition d'application industrielle. Soulignons en attendant une analyse plus détaillée qui se trouve dans cette étude (v. *infra* n°293 et s.). Les apports du Code de la propriété intellectuelle : article L. 611-10, 1° : « Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle » et l'article L. 611-15 : « Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ». On remarque d'ailleurs à la lecture de ces textes qu'aucune référence explicite n'est formulée dans le sens d'un quelconque rapprochement avec l'utilité. Le terme n'en est pas pour autant banni du Code de la propriété intellectuelle, on le retrouve notamment pour les certificats d'utilité (article L. 611-2, 2°), pour les inventions de salariés (article L. 611-7, 2°).

⁵⁴³ L'expression exacte de la note de bas de page est : « Aux fins du présent article, les expressions « activité inventive » et « susceptible d'application industrielle » pourront être considérées par un Membre comme synonymes, respectivement des termes « non évidente » et « utile » ». Ce qui autorise toute exégèse possible, notamment sur l'emploi du verbe « pourront » qui n'exprime que la potentialité de la correspondance. De plus, la synonymie, n'implique pas une identité de contenu, en ce sens, v. A. PILLIET, *La place du concept d'utilité dans le droit des brevets*, Mémoire Master II Recherche, ERCIM, Montpellier I, 2005.

⁵⁴⁴ Sur la convergence de l'utilité américaine et de l'application industrielle européenne dans le domaine de la santé, v. la Chronique de J.-C. GALLOUX, E. GUTMANN, B. WARUSFEL, in *Propr. intell.* juillet 2006, p. 340. Nous reprendrons le point 6. de la décision qu'ils citent : OEB ch. rec. tech. déc. 0870/04 11 mai 2005, aff. *BDP1 phosphatase/Max-Planck* : « si la jurisprudence a tendance à se montrer généreuse en faveur du demandeur, une limite (*borderline*) doit exister entre ce qui peut être accepté et ce qui ne peut être catégorisé qu'en tant que résultat de recherche intéressant qui, en soi, ne permet pas l'identification d'une application industrielle pratique » [nous soulignons].

⁵⁴⁵ En ce sens, v. notamment, J. SCHMIDT, *L'invention protégée*, Litec, 1972, n°44, s'interrogeant sur le fait que la brevetabilité puisse être réservée « aux seules propositions visant une perspective utilitaire et plus spécialement utile au processus de la production lui-même ». Il est important aussi de distinguer nombre d'auteurs établissent un rapprochement entre le droit des brevets et la notion « d'utilitaire ». En ce sens, v. notamment J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 123 : « Le brevet est de l'ordre de la technique. La création [artistique] est d'un autre ordre, celui du Beau, ce qui peut s'entendre sous un autre aspect, du gratuit, par opposition, sinon à l'utile du moins à l'utilitaire ». – A. LUCAS, *Invention et caractère industriel*, *J.-Cl. Brevets*, fasc. 4230, 1997, n°15 et n°16 : l'invention industrielle s'entend comme une invention « utilitaire, opérationnelle et tangible ». Mais « Il a toujours été admis que l'invention n'est brevetable que si elle a une vocation utilitaire. La proposition coule de source, ce qui explique qu'on ait pu la fonder, dans la Convention de Munich et dans la rédaction actuelle de la loi française, sur la définition de l'invention. Il ne s'agit pas de subordonner la protection à l'utilité ». En effet, « l'utilité » ne peut être réduite à son caractère seul « utilitaire ».

n'est pas admise en France, ni par la doctrine⁵⁴⁶ ni dans la jurisprudence⁵⁴⁷. Les conséquences d'une éventuelle intégration dans le droit français des brevets seraient particulièrement menaçantes pour la logique d'ensemble, comme le rappelle MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE : « Mais il faut être clair : si ce critère [de l'utilité] devait être adopté en France, ou pire, à l'échelle européenne, nous changerions de système »⁵⁴⁸. Et pourtant, même si elle n'apparaît pas clairement, elle sous-tend quelques argumentations et raisonnements, notamment dans le secteur des biotechnologies⁵⁴⁹. La fonction, les applications thérapeutiques trouvées à une séquence génétique, procède de la recherche de son utilité⁵⁵⁰. On citera en ce

⁵⁴⁶ En ce sens, v. notamment, AIPPI, *Rapport du Congrès de Genève, Rapport Q. 180 : Le contenu et la pertinence des critères d'application industrielle et/ou de l'utilité comme condition de brevetabilité* (disponible sur le site de l'AIPPI : <http://www.aippi.asso.fr>). L'association souligne : « Il est généralement admis en France que la condition d'application industrielle se distingue nettement de la condition d'utilité, que le droit français ne connaît pas et qui ne se superpose pas à celle d'application industrielle » (*Ibid.*, p. 1). Rapp. J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°241, pp. 152-153 : « Il suffit qu'elle [l'invention] puisse être fabriquée industriellement pour qu'elle soit brevetable ; peu importe, par conséquent, qu'elle n'ait aucune utilisation industrielle (...) Pas plus, que sous l'empire du droit antérieur le droit actuel ne pose aucune condition relative au progrès ou à l'utilité de l'invention ; la condition est remplie indépendamment de la qualité de l'objet et du résultat ». – A. LUCAS, *La protection juridique des créations industrielles abstraites*, Librairies Techniques 1975, n° 105, note 29. – J. M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec 1984, n° 190.

⁵⁴⁷ En ce sens, v. notamment : TGI Paris, 3^e ch., 25 avr. 1985, PIBD 1985, III, p. 246. – TGI Paris, 11 mars 1998, *P.I.B.D.* 1998, n°659, III, 398 : « La loi ne tient compte ni du résultat de l'usage de l'invention breveté, ni de la qualité de ce résultat, un résultat imparfait, ou même constituant une régression ne conduit pas au sens de la loi, à un défaut d'application industrielle ».– TGI Paris, 3^e ch., 16 juin 2000, *P.I.B.D.* 2000, n°710, III, 605, qui souligne qu'un résultat imparfait peut conduire à la brevetabilité de l'invention. – TGI Strasbourg, 14 février 2005, *P.I.B.D.* 2005, n°810, IIIB, 359 : qui précise que « l'activité inventive n'implique ni le progrès technique, ni l'utilité de l'invention ». – CA Paris, 30 Juin 1967, *Annales de la propriété industrielle*, 1967, p. 250, qui une des premières fois confirme que le résultat de l'invention peut-être lointain. Ces différents éléments nous éloignent des exigences de spécificité, substantialité et de crédibilité que doit recouvrir l'utilité.

⁵⁴⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE (sous la direction), *Protéger les inventions de demain, Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, La documentation française, INPI, 2003, p. 53-54. « Mais si l'utile devait servir de référence et de seule référence, cela voudrait dire : 1/ qu'on sortirait de la logique « technique » du brevet, et voilà pourquoi il faudrait parler d'un autre système de droit ; 2/ que le système échapperait à toute prévisibilité ce qui sur le terrain de la sécurité juridique est grandement inquiétant ; 3/ que, dans le prolongement des deux précédentes observations, il faudrait attendre une expansion démesurée du système, ce qui cette fois, poserait un sérieux problème de préservation de la libre concurrence ».

⁵⁴⁹ En ce sens, v. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE (sous la direction), *Protéger les inventions de demain, Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires, op. cit.*, p. 54-55 : « si l'« utile » nous paraît difficilement pouvoir être un critère, il reste... que le brevet est attaché à l'utile ou, plus précisément, à l'utilitaire. (...) Sur ce point, le domaine du vivant est exemplaire ».

⁵⁵⁰ En ce sens, v. H. GAUMONT-PRAT, *Les tribulations en France de la directive 98/44 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, D. 2001, p. 2882 : « Les considérants 23 et 24 de la directive illustrent cette obligation [exigence d'une fonction] en insistant sur l'importance de la fonction, c'est-à-dire l'utilité pratique, des séquences revendiquées devant apparaître comme des outils commerciaux ».

sens, la célèbre décision *Relaxine*⁵⁵¹, dont le principal apport consiste à préciser la notion d'invention, mais qui ajoute au titre des conditions de brevetabilité la justification suivante : « La relaxine H2 humaine était inconnue auparavant. Le titulaire a mis au point un procédé permettant d'obtenir la relaxine H2 et l'ADN qui code pour cette dernière, *a caractérisé ces produits par leur structure chimique et trouvé un usage pour la protéine*. Par conséquent les produits sont brevetables en vertu de l'article 52 de la CBE » [nous soulignons]. La seule utilité ne peut servir au processus de qualification de l'invention dans le domaine génétique.

Un tel rapprochement, invite donc à la prudence lors du traitement des demandes de brevets, afin qu'elles ne subissent pas le même mouvement d'élargissement, que celui constaté en droit américain, dû à une compréhension extensive de l'utilité⁵⁵².

113.- Introduction de la relativité dans l'appréciation de la brevetabilité. D'une manière générale, la pénétration de l'utilité dans les critères de brevetabilité introduit dans l'appréciation de la création une dose de relativité. SAY l'expliquait avec une pointe d'humour : « une peau d'ours et un renne sont des objets de première nécessité pour un Lapon, tandis que le nom même en est inconnu au portefaix de Naples. Celui-ci, de son côté, peut se passer de tout, pourvu qu'à ait son macaroni »⁵⁵³. La formulation de l'article 27 des ADPIC où, « Américains et Européens peuvent retrouver leurs traditions respectives »⁵⁵⁴, oblige les autres pays à un certain conformisme. On constate dès lors que cette multiplication des objets qu'implique la considération de l'utilité n'est absolument pas faite pour répondre à une demande (des besoins mondiaux), de manière uniforme. En effet, il est évident que le

⁵⁵¹ Div. Opp. OEB 8 décembre 1994, *Howard Florey Institute v. Fraktion der Grünen im Europäischen Parlament et Paul Lannoye*, JOOEB 1995, p. 388 ; D. 1996, Jur. p. 44, note GALLOUX, v. point 5.2. Sur l'apport de cette décision à la notion d'invention et aux conditions de brevetabilité, v. *infra* n°265.

⁵⁵² Prudence qui incita le député A. CLAEYS (*in*, A. CLAEYS, *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée Nationale, n°3502, 20 décembre 2001) dans ses conclusions (p. 93) : « Il me semble qu'il est absolument nécessaire de maintenir cette interdiction [de la brevetabilité des séquences génétiques en « tant que telles »] pour faire obstacle à la « marchandisation » qui s'empare actuellement de toute chose ».

⁵⁵³ J.-B. SAY, *Traité de l'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent ou se consomment les richesses, Livre II : De la distribution des richesses*, 1803, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001, p. 9.

⁵⁵⁴ M. VIVANT, *le système brevet en question*, *in* *Brevet, innovation, intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?*, Actes du colloque du Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Bruxelles, éd. Larcier, sous la dir. de B. REMICHE, 2007, p. 19, et spéc. p. 23. Soulignant aussi, que les États-Unis diffusent leur modèle par le biais des négociations multilatérales ou bilatérales, en ce sens, v. J.-F. MORIN, *La nouvelle frontière de l'économie du savoir : les traités bilatéraux américains*, Louvain-la-Neuve, Larcier, 2007 ou du même auteur, *La brevetabilité dans les récents traités de libre-échange américains*, R.I.D.E. 2004, p. 483.

retour sur investissement permis par le brevet se fera sur des populations ayant le pouvoir d'achat d'y répondre, y compris dans le domaine de la santé⁵⁵⁵. La part des ventes de produits pharmaceutiques en atteste, en schématisant, on peut avancer que 20% de la population mondiale consomme 80% des produits de santé⁵⁵⁶. Les nouveaux objets seront donc développés prioritairement à leur attention. La commission Macroéconomie et santé de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a classé les maladies en trois grands types⁵⁵⁷ : les maladies de type I, sévissent autant dans les pays riches que dans les pays pauvres, comme le diabète, le cancer ; les maladies de type II, telles que le VIH, sévissent à la fois dans les pays riches que dans les pays pauvres, mais les pays pauvres accusent une charge de morbidité plus conséquente ; enfin, les maladies de types III, comme la dengue ou la leishmaniose, sont celles qui sévissent essentiellement ou exclusivement dans les pays pauvres⁵⁵⁸. Or, on remarque que pour les maladies de type I, les firmes déploient d'importants investissements ; pour les maladies de type II, la demande des pays développés permet de pallier les déficits d'investissement dans les pays qui le sont moins⁵⁵⁹ ; enfin, pour les maladies de type III, l'absence d'incitation à innover s'avère particulièrement problématique⁵⁶⁰. De ces conclusions

⁵⁵⁵ En ce sens, v. Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, Avril 2006, n°1 : *Le cycle de l'innovation en santé, comment faire bénéficier les populations démunies*, p. 28 : « Cela indique d'autre part que les structures d'incitation existantes encouragent les firmes à investir essentiellement dans la mise au point de produits axés sur les populations dotées d'un pouvoir d'achat, principalement dans les pays développés ».

⁵⁵⁶ Plus précisément, les pourcentages de ventes mondiales de produits pharmaceutiques laissent apparaître clairement que le marché est orienté vers les pays développés : en 2005, la part des ventes mondiales de produits pharmaceutiques, représentait pour l'Amérique du Nord, l'Europe et le Japon environ 85.6%, alors que cela ne représente qu'environ 20% de la population mondiale (*in*, Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, Avril 2006, n°1 : *Le cycle de l'innovation en santé, comment faire bénéficier les populations démunies*, p. 28).

⁵⁵⁷ *Report of the Commission Macroeconomics and Health, Macroeconomics and Health : Investing in Health for economic development* (2001), chaired by J. D. SACHS, éd. OMS, p. 78 (disponible en version électronique : <http://whqlibdoc.who.int/publications/2001/924154550x.pdf>). En français, le titre serait : « Commission Macroéconomie et Santé, *Macroéconomie et Santé : Investir dans la santé pour le développement économique* » [nous traduisons]. Ce rapport est d'une particulière importance, car il démontre que l'investissement dans le domaine de la santé est non seulement une obligation sanitaire et morale, mais efficace sur le long terme économiquement. Progrès économique et progrès sanitaire sont intimement liés.

⁵⁵⁸ *Report of the Commission Macroeconomics and Health, Macroeconomics and Health : Investing in Health for economic development* (2001), préc. p. 78.

⁵⁵⁹ L'exemple des antirétroviraux est caractéristique : y aurait-il eu une telle recherche si le VIH n'avait concerné que les pays en voie de développement (maladie de type III) ?... Même si l'accès à ces médicaments est aujourd'hui particulièrement difficile pour les pays en voie de développement, ils peuvent bénéficier d'une recherche, qui n'aurait certainement pas eu lieu si la maladie était classée en type III.

⁵⁶⁰ La conclusion formulée par la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, Innovation et la Santé publique (*in*, Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, Innovation et la Santé

il ressort que conserver l'utilité comme moteur de l'appropriation pour le brevet dans le domaine de la santé s'avère dangereux, car fortement inégalitaire.

b) L'utilité, cause de l'étendue de l'objet en droit des brevets.

114.- Un exemple à travers la brevetabilité du vivant. Il a été longuement discuté que le brevet sur un gène puisse couvrir toutes les applications potentielles de ce gène, sans qu'elles ne soient démontrées. Aux États-Unis le débat a été relancé avec le dépôt de brevet par le *National Institute of Health* (NIH) sur 2500 séquences d'ADN, en 1991⁵⁶¹. Les applications de ces gènes n'étaient pas connues, pour la simple raison, que ce sont des gènes EST (*express sequences tags*) qui n'ont d'autre but que de révéler les fonctions des autres gènes⁵⁶². Ce qui, quelque part, dénote une certaine utilité⁵⁶³. Ce brevet n'a pas été accordé par l'USPTO, mais si la question devait se poser aujourd'hui, à la lumière des *Guidelines*, il n'est pas certain qu'ils reçoivent le même refus⁵⁶⁴. Comme Mme le professeur ORSI le fait savoir clairement :

publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, Avril 2006, n°1 : *Le cycle de l'innovation en santé, comment faire bénéficier les populations démunies*, p. 30), est parfaitement claire et mérite d'être énoncée : « Il est donc vraisemblable que peu de ressources seront consacrées à la mise au point de médicaments, de vaccins et de produits diagnostiques adaptés aux besoins des habitants des pays en voie de développement parce que cette activité est en soi non rentable ou que le rapport entre l'investissement et le risque, par rapport au profit éventuel, n'est pas intéressant pour le secteur privé ».

⁵⁶¹ Sur cette affaire, v. notamment : R. S. EISENBERG, *Gene, Patents, and Product Development*, *Science*, n°257, p. 903.

⁵⁶² Plus précisément : ce sont « de courtes séquences d'ADN, en général de l'ADN complémentaire (ADNc) comportant 100 à 150 nucléotides correspondant à une des extrémités d'un ARNm. Celles-ci servent à « étiqueter » les gènes et à permettre de décoder de longues séquences d'ADN » (in, A. CLAEYS, *Rapport au nom de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, sur la brevetabilité du vivant*, Assemblée Nationale n°3502, du 20 décembre 2001, p. 74).

⁵⁶³ Selon Kiley (T.-D. KILEY, *Patents on random Complementary DNA fragments ?*, *Science*, vol. 232, August 1992, pp. 915-918, cité par F. ORSI, *La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis, Origine et signification économique d'un dépassement de frontière*, *Rev. d'économie industrielle*, n°99 *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, 2002, p. 65, et spéc. p. 77), ces gènes peuvent donc être utilisés comme marqueurs ou comme sonde pour isoler des séquences codantes du génome, mais également dans des gènes entiers et être mis en correspondance avec des sites chromosomiques.

⁵⁶⁴ Tel est l'avis de Mme le professeur ORSI (in, F. ORSI, *La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis, Origine et signification économique d'un dépassement de frontière*, préc. p. 82-83) qui remarque que les *Guidelines* sont clairs sur « la possibilité d'obtenir un brevet couvrant non seulement un gène mais aussi toutes ses applications potentielles avant même que la réalisation de celles-ci ait été démontrée ». A de tels commentaires, l'USPTO répond : « *When a patent claiming a new chemical compound issues, the patentee has the right to exclude others from making using, offering for sale, selling, or importing the compound for a limited time. The patentee is required to disclose only one utility, that is, teach others how to use the invention in at least one way. The patentee is not required to disclose all possible uses, but promoting the subsequent discovery of other uses is one of the benefits of the patent system. When patents for genes are treated the same as for chemical, progress is promoted because the original inventor has the possibility to recoup*

« dans de tels brevets, c'est souvent la mise en avant de l'utilisation potentielle des mutations du gène pour la détection de prédispositions génétiques chez les individus qui permet de satisfaire au critère d'utilité »⁵⁶⁵. Ce n'est pas la condition de description en droit des brevets qui viendra freiner de telles revendications⁵⁶⁶. Comme le souligne M. le professeur VIVANT : « N'a-t-on pas vu présenter des demandes de plusieurs milliers de pages, proprement illisibles, au point de que l'OEB a parfois renoncé à la publier comme dans ce cas où en présence de deux « méga-demandes », l'une de 10 000 pages, l'autre de 50 000 pages, il a finalement été publié que la première page de la liste des séquences ADN »⁵⁶⁷.

115.- Étendre l'objet du brevet ou le brevet *up stream*. Cela relance le débat sur les justifications des brevets vues comme un droit à « prospecter »⁵⁶⁸, et non un droit à être « récompensé ». Un des principaux intervenants au débat est M. KITCH⁵⁶⁹, qui explique que pour atteindre toute son efficacité économique, le brevet doit non seulement être très étendu (*large scope*), mais également être délivré très en amont (*up stream*) du processus de

*research costs, because others are motivated to invent around the original patent, and because a new chemical is made available as a basis for future research. Other inventors who develop new and nonobvious method of using the patented compound have the opportunity to patent those methods'' (in, Federal Register, vol. 66, n°4, 5 janvier 2001, p. 1094, comment (5)) (Traduit par : Lorsqu'un brevet revendiquant sur un nouveau composé chimique, le titulaire du brevet a le droit d'exclure les autres personnes de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer la substance pour une durée limitée. Le titulaire du brevet est tenu de divulguer un seul usage, c'est-à-dire, d'enseigner aux autres au moins une manière d'utiliser l'invention. Le titulaire du brevet n'est pas tenu de divulguer toutes les utilisations possibles, mais de favoriser la découverte ultérieure d'autres utilisations est l'un des avantages du système des brevets. Lorsque les brevets sur les gènes sont traités de la même manière que les brevets pour les produits chimiques, le progrès est encouragé parce que l'inventeur originel a la possibilité de récupérer ses frais de recherche, parce que d'autres sont incités à inventer autour du brevet initial, et parce qu'un nouveau produit chimique est mis à disposition pour servir de base aux futures recherches. D'autres inventeurs qui développent une méthode nouvelle et « non évidente » de l'utilisation des composés brevetés ont la possibilité de breveter ces méthodes). Telle est ici, la justification à la largesse de cette appropriation, et qui correspond à la position de l'économiste E. W. KITCH (v. *infra* n°115).*

⁵⁶⁵ F. ORSI, *La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis, Origine et signification économique d'un dépassement de frontière*, préc., p. 83.

⁵⁶⁶ Sur cette question, v. *infra* n°275.

⁵⁶⁷ En ce sens, M. VIVANT, *Le système des brevets en question*, préc. p. 33.

⁵⁶⁸ *Prospecter* doit être entendu dans le sens anglais de *to prospect*, qui signifie examiner soigneusement une chose dans le but de découvrir. On comprend donc l'intérêt à élargir le plus possible le champ du prospect.

⁵⁶⁹ V. notamment : E. W. KITCH, *The nature and the function of patent system*, *Journal of law and Economics*, vol. 20, octobre 1977, p. 265. Rapp. S. SCOTCHMER, *Standing on the shoulders of giants : cumulative research and the patent law*, *Journal of economics perspective*, vol.5, n°1, Hiver 1991, p. 29. – H. CHANG, *Patent scope, antitrust policy, and cumulative innovation*, *RAND Journal of economics*, vol. 26, n°1, printemps 1995, p. 34. – K. W. DAM, *Intellectual property in an Age of software and biotechnology*, *Law & Economics working paper*, University of Chicago, n°35.

recherche⁵⁷⁰. Trois arguments peuvent être avancés à l'appui de ces larges brevets⁵⁷¹ : d'une part, ils constituent de bonnes incitations à innover assurant un retour sur investissement conséquent ; d'autre part, ils maintiennent une cohérence et augmentent l'efficacité du brevet puisque le breveté aura en charge tout le processus de la recherche à l'exploitation ; enfin, le marché morcelé est ainsi mieux signalé aux concurrents, qui orienteront différemment leurs recherches. A l'inverse, pour certains auteurs comme l'économiste A. K. RAI, la concentration n'est pas synonyme de compétition⁵⁷². Au vrai, le système de rétribution de ces larges brevets repose entièrement sur l'octroi de licence. Or, ces licences sont soit négociées *ex ante*, lorsque la seconde génération d'inventeur n'a pas encore de résultat à produire pour l'amélioration de la première invention, soit *ex post*, lorsque la seconde génération d'inventeur arrive avec une amélioration de la première invention, dont le résultat est

⁵⁷⁰ En ce sens, F. ORSI, *La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis, Origine et signification économique d'un dépassement de frontière*, préc. p. 80. Rapp. M. VIVANT, *le système brevet en question*, in *Brevet, innovation, intérêt général*, préc. p. 29.

⁵⁷¹ Deux sont déjà énoncés par A. K. RAI, *Fostering cumulative innovation in the biopharmaceutical industry : the role of patent and anti-trust*, *Berkeley Technology Journal*, Spring 2001, n°16, p. 815 : "Patent scholar Edmund Kitch has argued that broad, monopoly-conferring patent rights on "prospects" that is, upstream research far removed from commercial use are necessary for two reasons: first, to provide incentives for development by allowing the firm that owns the prospect to appropriate fully the benefits of such development; and second, to allow the prospect owner to coordinate development efforts, thereby reducing duplicative investment in development" (Traduit par: Le théoricien du brevet Edmund Kitch a fait valoir que le monopole conférant des droits de brevets larges sur les « revendications » c'est-à-dire la recherche en amont loin de l'utilisation commerciale sont nécessaires pour deux raisons: premièrement, d'inciter le développement en permettant à l'entreprise qui dirige le projet de s'approprier pleinement les avantages d'un tel développement et deuxièmement, pour permettre au propriétaire du projet de coordonner les efforts de développement, réduisant ainsi les investissements faisant double emploi dans le développement »).

⁵⁷² A. K. RAI, *Fostering cumulative innovation in the biopharmaceutical industry : the role of patent and anti-trust*, *Berkeley Technology Journal*, Spring 2001, n°16, p. 813 : "In the context of the biopharmaceutical industry, broad patents, particularly on upstream invention, represent the main threat to competition. Thus patent law needs to take the lead in preserving competition, primarily by limiting the scope of patents on upstream invention" (Traduit par : Dans le contexte de l'industrie biopharmaceutique, les brevets larges, en particulier sur l'invention en amont, représentent la principale menace pour la concurrence. Ainsi, le droit des brevets doit prendre les devants en préservant la concurrence, principalement en limitant la portée des brevets sur les « inventions en amont » et p. 815 : "other patent theorists, including Robert Merges and Richard Nelson, have argued that although coordination of research by a single patentee may slightly reduce duplication, swift progress in innovation requires competition" (Traduit par : "En revanche, les théoriciens de brevet, y compris Robert Merges et Richard Nelson, ont fait valoir que, bien que la coordination de la recherche par un brevet unique peut réduire légèrement les doubles emplois, des progrès rapides en matière d'innovation exige la concurrence"). Pour information, P. MERGES et R. R. NELSON, *On the Complex Economics of Patent Scope*, *Columbia Law Review*, 1990, p. 839. Rapp. A. CLAEYS, *Rapport au nom de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, sur la brevetabilité du vivant*, Assemblée Nationale n°3502, du 20 décembre 2001, p. 76 : « J'estime que les réglementations actuelles en matière de brevets ne permettent pas de stimuler l'innovation, car elles encouragent, malgré les mesures prises aux États-Unis, des dépôts de demandes trop en amont des applications. Les demandeurs ont donc normalement tendance, compte tenu de la situation, à « tenter leur chance » devant les offices de brevets avec des revendications exagérées ».

brevetable⁵⁷³. Quels sont les inconvénients de telles licences ? La licence *ex ante*, présente l'avantage pour le second inventeur d'évincer plus tôt la concurrence. Cette licence ne sera pas aussi lucrative pour l'inventeur dominant qu'une licence *ex post*, compte tenu de l'incertitude du résultat de la recherche pour la seconde génération d'inventeur, d'autant plus dans le domaine de la santé où ces investigations sont particulièrement longues et aléatoires⁵⁷⁴. Au contraire, la licence *ex post* se négocie une fois le résultat de la recherche mis à jour, la société va donc avoir besoin de cette licence pour être autorisée à exploiter. En position de force, le breveté sera donc enclin à augmenter le prix de la licence, sa marge de négociation est donc nettement plus élevée que pour une licence *ex ante*.

En conclusion, ces deux situations constituent des effets pervers à l'octroi d'un large brevet, elles ne conduisent pas à une optimisation du « bien-être social ». De tels rapports de force aboutissent le plus souvent à une surévaluation des produits, et tout particulièrement pour les matières biologiques dont l'élaboration est particulièrement difficile. C'est ce que certains économistes ont appelé la « tragédie des anticommunaux »⁵⁷⁵. Elle peut être ainsi définie :

⁵⁷³ Sur les licences *ex post* et *ex ante*, v. notamment, C. HENRY, M. TROMMETTER, L. TUBIANA, *Innovation et droits de propriété intellectuelle : quels enjeux pour les biotechnologies*, in *Propriété intellectuelle*, Conseil d'Analyse économique, éd. La documentation française, 2003, p. 53. – A. K. RAI, *Fostering cumulative innovation in the biopharmaceutical industry : the role of patent and anti-trust*, *Berkeley Technology Journal*, Spring 2001, n°16, p. 832 et s.

⁵⁷⁴ En ce sens, A. K. RAI, *Fostering cumulative innovation in the biopharmaceutical industry : the role of patent and anti-trust*, *Berkeley Technology Journal*, Spring 2001, n°16, p. 833 : “Disagreement about the value of the patented invention relative to the value of the improvement might make it very difficult for the negotiating parties to reach an agreement” (Traduit par : Le désaccord sur la valeur de l'invention brevetée relative à la valeur de l'amélioration pourrait rendre la tâche très difficile aux deux parties en négociation pour parvenir à un accord). L'auteur souligne également, à travers les propos de S. SCOTCHMER (S. SCOTCHMER, *Standing on the shoulders of giants : cumulative research and the patent law*, *Journal of economics perspective*, vol.5, n°1, Hiver 1991, p. 29), que le licencié pour conclure, dans ce type de licence un accord avec le breveté, devra lui révéler des informations sur ses potentielles améliorations, alors qu'il ne bénéficie, pour l'heure, d'aucune protection par un brevet. La protection qu'il pourra envisager est celle du secret avec des clauses de confidentialité dans l'accord de licence, mais cela ajoute à la dose déjà bien présente d'incertitude dans ce genre de système.

⁵⁷⁵ Expression que l'on doit à G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, *Science*, 1968, vol. 162, p. 1243, elle a été développée à propos de la surpopulation, de la pollution de l'air et des espèces en voie de disparition. Il avait mis en évidence que la surexploitation des ressources naturelles en libre accès aboutissait à des résultats défavorables. A l'inverse, la « *Tragedy of the anticommons* » correspond au cas où les créations sont sous-utilisées à cause du morcellement de la propriété intellectuelle. Rappr. M. A. HELLER et R. S. EISENBERG (in, M. A. HELLER et R. S. EISENBERG, *Can patent deter innovation ? The anticommons in biomedical research*, *Science*, 1998, n°280, Issue 5364, p. 698) expliquent : “Although the metaphor highlights the cost of overuse when governments allow too many people to use a scarce resource, it overlooks the possibility of underuse when governments give too many people rights to exclude others. Privatization can solve one tragedy but cause another” (Traduit par : Bien que la métaphore mette en évidence le coût de la surconsommation lorsque les gouvernements permettent au plus grand nombre d'utiliser une ressource rare, cela éclaire la possibilité de sous-utilisation, lorsque les gouvernements donnent droits à de nombreuses personnes d'exclure les autres. La privatisation peut résoudre une tragédie, mais en causer une autre).

« Ce concept qualifie une situation dans laquelle plusieurs acteurs étant détenteurs d'une fraction de ressource, ils ont la possibilité de s'exclure les uns les autres, ce qui se traduit finalement par le fait que personne n'obtient le privilège de l'exploitation de la ressource »⁵⁷⁶. La tragédie des anticommons est d'autant plus sensible dans le domaine pharmaceutique et biotechnologique que dans d'autres domaines, du fait de l'absence de substituts à certaines inventions biomédicales, augmentant dès lors le levier en la possession de certains brevets⁵⁷⁷. Un écho sera donné, dans la suite de cette étude, à la conclusion formulée par HELLER et EISENBERG à savoir : « la privatisation doit être employée plus prudemment si elle doit servir les intérêts publics de la recherche biomédicale » [nous traduisons]⁵⁷⁸.

116.- Étendre l'objet du brevet, l'affaire *Myriad Genetics*. Cette affaire est hautement symbolique dans le domaine de la génétique⁵⁷⁹. Elle cristallise les tumultueuses relations qu'entretient la propriété intellectuelle dans l'information génétique. La société *Myriad Genetics* a revendiqué une invention ayant pour support les gènes BRCA1 et BRCA2 qui ont la propriété de révéler une prédisposition au cancer du sein et de l'ovaire. Ces demandes de

⁵⁷⁶ F. ORSI, *La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis, Origine et signification économique d'un dépassement de frontière*, préc. p. 81. V. aussi la définition très claire de F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Économie de la propriété intellectuelle*, éd. La découverte, coll. *Repères*, 2003, p. 21 : « Le morcellement de la propriété intellectuelle est un obstacle à l'échange que les économistes qualifient de tragédie des anticommons. Ce terme décrit la situation de plusieurs propriétaires disposant d'un droit d'exclusion. En l'exerçant, ils restreignent l'accès, et partant l'usage, des ressources communes ».

⁵⁷⁷ En ce sens, M. A. HELLER et R. S. EISENBERG, *Can patent deter innovation ? The anticommons in biomedical research*, *Science*, 1998, n°280, Issue 5364, p. 700. Les auteurs ajoutent un argument important : "Because patents matter more to the pharmaceutical and biotechnology industries than to other industries, firms in these industries may be less willing to participate in patent pools that undermine the gains from exclusivity" (Traduit par : Parce que les brevets comptent davantage pour les industries pharmaceutiques et biotechnologiques que pour d'autres industries, les entreprises de ces industries peuvent être moins disposées à participer à des *patent pools* qui minent les gains de l'exclusivité).

⁵⁷⁸ M. A. HELLER et R. S. EISENBERG, *Can patent deter innovation ? The anticommons in biomedical research*, *Science*, 1998, n°280, Issue 5364, p. 702 : "Privatization be more carefully deployed if it is to serve the public goals of biomedical research" (Traduit par : La privatisation doit être plus prudemment employée si elle doit servir les objectifs publics de la recherche biomédicale). Sur le développement de cette tragédie, v. *infra* n°229.

⁵⁷⁹ Sur cette affaire, *Myriad Genetics*, v. notamment M. CASSIER et D. STOPPAT-LYONNET, *L'opposition contre les brevets de Myriad genetics et leur révocation totale ou partielle en Europe : premiers enseignements*, *Médecine et Sciences*, 2005, n°6-7. – J.-C. GALLOUX, *La brevetabilité des gènes humains, Précisions sur le séquençage des gènes*, *Aff. Des gènes BRCA 1 et BRCA 2, Propr. intell.* avril 2006, p. 191. – J. PEUSCET, *Brevetabilité de la biologie en France en 2006*, Litec, 2006, p. 78. V. également le document de travail distribué du colloque *Propriété intellectuelle, biotechnologies et enjeux sociaux, à l'heure de la globalisation*, établi par E. R. GOLD, *Myriad Genetics, In Eye of the Policy Storm*, organisé par la Chaire Régulation de SciencesPo Paris, 13 et 14 novembre 2008. Durant son intervention, le professeur GOLD a mis l'accent sur les problèmes juridiques, mais surtout politiques que cette affaire soulevait. Pour une solution à ce contentieux à travers la procédure des licences d'office dans l'intérêt de la santé publique, v. *infra* n°352.

brevets ont été accordées par la Divisions d'examen de l'OEB, malgré des revendications très larges⁵⁸⁰. Et du fait de cette largesse, le brevet accordé couvre toutes les méthodes de diagnostic d'une prédisposition à un cancer du sein et de l'ovaire, qui empêche donc la commercialisation de tests concurrents, et notamment celui de l'Institut Curie, pourtant moins cher et plus efficace. En plus d'un monopole étendu sur l'invention, la société *Myriad Genetics* se réservait l'exclusivité des échantillons prélevés pour pratiquer elle-même les tests. Par ce moyen, elle limitait l'accès à la technologie pour les concurrents, mais en plus, conservait des données de santé lucratives⁵⁸¹. Une forte mobilisation des communautés de scientifiques et de juristes avait conduit la Division d'opposition de l'OEB à réduire considérablement la portée de ces brevets⁵⁸². Le calme revenu, la Chambre de recours technique de l'OEB s'est rétractée de cette position le 19 novembre 2008, en rétablissant la société *Myriad Genetics* dans ses droits⁵⁸³. L'OEB a donc maintenu cette politique de compréhension large de l'objet breveté. Comme le souligne M. MARTEU : « Ni les impératifs d'encouragement à l'innovation, ni l'intérêt des malades ne semblent justifier l'octroi de tels monopoles »⁵⁸⁴.

c) L'utilité, vecteur du « rien inappropriable »

117.- Conséquence de « l'omnimarchandisation ». Rappelons une nouvelle fois que les catégories de bien et de choses communes sont des catégories alternatives. Or, il a été démontré, au moins en droit des brevets, mais le système de la propriété intellectuelle serait

⁵⁸⁰ Il s'agissait des brevets : EP 0 699 754 intitulé « Méthode de diagnostic pour la prédisposition au cancer du sein et de l'ovaire ; EP 0 705 903 intitulé « Mutation du gène conférant une susceptibilité au cancer du sein et des ovaires ; EP 0 705 902 intitulé « gène de susceptibilité du cancer du sein et des ovaires ; EP 785 216 pour un test de diagnostic basé sur le gène BRCA2. Les revendications portaient sur toute reproduction de la séquence ADN et tous les produits qui en étaient dérivés (anticorps, animaux transgéniques, etc.). Ces brevets ont été déposés le jour précédant la publication des résultats par une autre équipe de chercheurs dans la revue scientifique *Nature* (en ce sens, v. E. R. GOLD, *Myriad Genetics, In Eye of the Policy Storm*, préc.)

⁵⁸¹ En ce sens, M. FRANCESCHI, *Droit et marchandisation de la connaissance sur les gènes humains*, éd. CNRS, Paris, 2004, p. 186 et s.

⁵⁸² Sur la procédure, v. M.-C. CHEMTOB-CONCE, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, éd. Lavoisier, Tec&Doc, 3^e éd., 2006. Et pour une approche plus nuancée, notamment, E. R. GOLD, *Myriad Genetics, In Eye of the Policy Storm*, préc. qui met en avant la « naïveté » de la brevetabilité de la société.

⁵⁸³ OEB, ch. rec. tech. déc. T0666-05, 19 novembre 2008, *propr. ind.* janvier 2009, alerte 11. J.-Y. NAU, *Myriad Genetics obtient gain de cause devant l'office européen des brevets*, *Le Monde*, 20 novembre 2008.

⁵⁸⁴ T. MARTEU, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, Th. dactyl, Nice, 2009, p. 238.

de la même manière affecté, que la « valeur-utilité-rareté » est un facteur du « tout appropriable », qui plus est dans le domaine de la santé. La conséquence est que la catégorie des choses communes se trouve réduite à « peau de chagrin ». Puisque l'on peut trouver l'utilité et la rareté en toute chose, les choses communes ne seraient rien d'autre que des « biens en puissance »⁵⁸⁵. Comme le note Mme CHARDEAUX, « à suivre cette opinion, les choses communes ne formeraient pas à proprement parler une catégorie juridique, mais une sorte *d'enclave originaires* »⁵⁸⁶. Considérons cette approche d'un autre point de vue : c'est parce que précisément il n'existe pas de protection forte de la notion de chose commune en droit des brevets que l'on s'est autorisé à rechercher l'utilité en toute chose. C'est seulement de ce fait, que l'utilité a accru la sphère de l'appropriable en multipliant les objets ou en élargissant leur domaine.

Or, cette place démesurée laissée à la propriété intellectuelle pour l'appropriation de nouveaux objets n'est pas sans conséquence sur la logique même du droit de la propriété intellectuelle.

B) L'altération du droit de la propriété intellectuelle

118.- Une fragilité à dénoncer. La pénétration de la valeur économique dans le droit de la propriété intellectuelle, à travers ses deux composantes *l'utilité* et la *rareté*, le fragilise, d'autant plus lorsqu'il s'exerce sur des objets d'une particulière sensibilité, tels que les produits de santé. Cette fragilité s'observe à l'encontre de sa nature (1), de son régime (2) et au-delà même, de sa logique (3).

1) L'exacerbation de la nature économique des droits de propriété intellectuelle

119.- Les droits de propriété intellectuelle, des droits de clientèle. La nature juridique des « droits intellectuels »⁵⁸⁷ est un sujet qui passionne les juristes de la matière et bien au-delà. Si

⁵⁸⁵ J. BARALE, *Le régime juridique de l'eau, richesse nationale (Loi du 16 décembre 1964)*, R.D.P. 1965, p. 587. Mme CHARDEAUX (in M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, op. cit. n°101) souligne d'ailleurs que cela revient à confondre les *res communes* et les *res nullius* : « Tandis que les *res communes* sont inappropriables, les *res nullius*, simplement inappropriées, sont appropriables ». La catégorie des biens sans-maître ne se fonde d'ailleurs pas sur l'article 714 du Code civil.

⁵⁸⁶ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, op. cit. n°103.

⁵⁸⁷ Cette notion doit être employée avec précaution, car elle est précisément le nom donné à une autre catégorie de droits patrimoniaux, par le juriconsulte PICARD. Elle sert, selon lui de référence à l'origine de ces droits, qui prennent naissance dans une création de l'esprit.

celle que nous avons retenue dans cette étude se rapporte à la théorie de la propriété⁵⁸⁸, telle n'est pas la conception de plusieurs auteurs qui tentent d'en faire une catégorie à part. Alors que certains ont attaché une importance particulière à la nature de l'objet considéré, tels que DABIN et PICARD⁵⁸⁹, ou même KOHLER⁵⁹⁰, d'autres se sont attachés à la fonction des droits, comme FRANCESCHELLI⁵⁹¹ ou ROUBIER⁵⁹². Ce dernier considère que les droits intellectuels sont des droits de clientèle. Si l'on recherche, comme nous venons de le faire, « l'utilité économique de ces droits, la réponse ne peut être douteuse : ils tendent tous à la conquête de la clientèle, soit pour un bien immatériel (invention, œuvre d'art), soit à l'aide d'un bien immatériel (marque, nom enseigne) »⁵⁹³. Par une telle démarche, on se rapprocherait plus de l'établissement d'un droit de créance que de la constitution d'un droit

⁵⁸⁸ Voir notamment l'introduction à cette étude (v. *supra* n°38), soulignant le rapprochement entre la théorie de la propriété et les « droits intellectuels ».

⁵⁸⁹ E. PICARD, *Embryologie juridique, Journal du droit international privé*, 1883, p. 565 ou encore, du même auteur, *Le droit pur*, Bruxelles, Paris, 1899, p. 121. Pour cet auteur la nature des droits de l'auteur et de l'inventeur ne peut s'apparenter ni à un droit réel, ni à un droit de créance. Il convient donc de créer une catégorie intermédiaire, à savoir les « droits intellectuels ». Mais il donna peu d'indications sur le contenu de cette nouvelle catégorie. Il faudra attendre J. DABIN (in, J. DABIN, *Les droits intellectuels comme catégorie juridique, Rev. crit. législ. et jurisp.* 1939, p. 413 et du même auteur, v. aussi : *Le droit subjectif*, Paris, 1952, p. 189) pour avoir une idée du contenu. Pour lui, les « droits intellectuels » ne peuvent se concevoir que comme une emprise sur une chose incorporelle, comme la maîtrise d'une chose. Par cette définition, on ne peut s'empêcher de noter la proximité avec la propriété incorporelle, pourtant rejetée.

⁵⁹⁰ Pour KHOLER (in, J. KHOLER, *Forschungen aus dem Patentrecht*, Mannheim, 1888, p. 116; *Handbuch des deutschen Patentrechts*, Mannheim, 1900, p. 58, cité par P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, T. II, *Partie spéciale*, Sirey, 1954, n°22, p. 100) ces droits sont des *droits sur les biens immatériels (Immaterialgüterrechte)*, fondés sur l'idée de droit naturel et de justice, ils se confondent sur l'objet, les biens immatériels, sur lesquels ils s'appliquent. Il faut donc créer une autre catégorie de droit en considération de la spécificité des biens sur lesquels ils s'appliquent. Ainsi, le droit tend à l'établissement d'un monopole d'exploitation sur ces objets particuliers. Ce qui a fait dire à de nombreux auteurs (v. entre autres, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, T. II, *Partie spéciale*, Sirey, 1954, n°22, p. 102. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°23, p. 31), qu'« il n'est pas si loin qu'il le croit de la conception de la propriété incorporelle » (P. ROUBIER, *ibid.* p. 102).

⁵⁹¹ V. notamment, R. FRANCESCHELLI, *Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur*, in *Mélanges P. Roubier*, Dalloz, 1961, p. 453, qui trouve la nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur dans la qualification de « droits de monopole », car « l'expression porte aussi en soi une trace au moins de l'élément fonctionnel de ces droits, c'est-à-dire du fait que (...) les brevets, les modèles, les droits d'auteur, les marques exercent une fonction de concurrence ; et cela aussi bien parce qu'ils sont des moyens pour mieux conduire la lutte commerciale qui s'appelle justement concurrence que parce qu'ils en expriment dialectiquement la négation par l'octroi à leur auteur, du droit de faire seul, d'être seul à pouvoir fabriquer et offrir les choses qui constituent l'objet de l'invention, ou du modèle, ou du droit d'auteur (représentation de la pièce théâtrale, disque, etc...) ou à user sur des produits le signe qu'il a déposé comme marque » (*Ibid.*, p. 454). Ils se rattachent à ce qu'une autre époque on a pu nommer les privilèges, qui confèrent la possibilité d'exercer une activité industrielle en excluant toute concurrence.

⁵⁹² P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, T. II, *Partie spéciale*, Sirey, 1954, n°23, p. 104. – Et du même auteur, *Droits intellectuels ou droits de clientèle, RTD civ.* 1935, p. 251.

⁵⁹³ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n°23, p. 104.

réel. L'apparition des « droits de clientèle » est liée à l'économie dans laquelle nous nous trouvons⁵⁹⁴, confortant les doctrines utilitaires⁵⁹⁵ – la satisfaction des besoins du plus grand nombre – les industriels ont la tentation de rechercher toujours plus l'intérêt des consommateurs. Or, « la clientèle constitue une « valeur », c'est-à-dire un bien au sens juridique du mot »⁵⁹⁶, et seuls les droits de clientèle peuvent la réceptionner dans l'ordre juridique. En effet, l'objet, la clientèle, qui donne prise aux droits, subit les fluctuations économiques, c'est un objet mouvant⁵⁹⁷. Or, selon ROUBIER : « tandis que la propriété et la créance se classent dans la statique juridique, les droits dont nous parlons se meuvent dans le dynamisme juridique : il y a là une différence primordiale, qui permet de comprendre pourquoi le vêtement de la propriété habillait si mal nos droits privatifs ».

Toutefois, on pourrait opposer à ROUBIER, le même argument que celui qu'il avait avancé aux théories de KOHLER ou de DABIN et PICARD à savoir, que la qualification des droits sur la nature de l'objet ou, pour son cas, sur la fonction qu'exerce l'objet –réserver une clientèle – n'enseigne en rien sur le contenu du droit. Concrètement, qu'est-ce qui nous permettra de différencier le contenu des droits de l'inventeur, titulaire d'un brevet, de celui d'une invention tenue secrète, ou encore du propriétaire d'un fonds de commerce ou d'une créance sur autrui, sachant que tous exercent ces droits dans le but de mobiliser une clientèle⁵⁹⁸ ? Nous pourrions rapidement conclure à l'inanité de cette théorie, si elle n'était pas également justificative d'un changement de régime de la propriété intellectuelle.

⁵⁹⁴ En ce sens, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n°23, p. 104 : « On ne saurait être surpris de ce qu'une forme nouvelle d'économie engendre des droits nouveaux, inconnus dans d'autres sociétés. La société féodale a connu, elle aussi, des types originaux de droits et d'obligations, qui ont aujourd'hui entièrement disparu ».

⁵⁹⁵ V. *infra* n°126.

⁵⁹⁶ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n°23, p. 105. L'instabilité de la valeur s'explique par le fait que la clientèle dans le patrimoine est bien souvent indéterminable et sa valeur dépend de l'instant où elle va être déterminée. L'auteur donne l'exemple très illustratif du fonds de commerce : la valeur de ce fonds est déterminée par la clientèle qui y est attachée au jour de la vente, mais rien n'assure au cessionnaire de la continuité de cette clientèle. Notre régime étant un régime de concurrence économique et de liberté, il ne peut donc assurer la stabilité de la valeur d'une clientèle.

⁵⁹⁷ Et ne peut, comme chez KOHLER, servir de base à l'appellation même du droit. En ce sens, v. P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n°23, p. 105 : « Ils [les droits] sont du droit en mouvement, et non pas du droit à l'état de repos ; de la fortune en formation, et non pas de la fortune acquise ».

⁵⁹⁸ Sur les critiques de la théorie de ROUBIER, comme une théorie non discriminante sur le contenu des droits, v. notamment : J. M. MOUSSERON, *Traité des Brevets*, t. 1 *L'obtention des brevets*, avec le concours de J. SCHMIDT et P. VIGAND, éd. Librairies Techniques, 1984, n°51, pp. 45-46. Et du même auteur : J. M. MOUSSERON, *Valeurs, Biens, Droits, in Mélanges à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277, et spéc. n°11 : « Observons bien, tout d'abord, qu'il s'agit de droits de propriété. L'adjonction de branches tierces («

2) La fin d'un régime d'exception pour la propriété intellectuelle

120.- De « l'archipel des propriétés intellectuelles »... Il est généralement admis que l'appropriation d'une chose incorporelle nécessite une disposition légale spécifique⁵⁹⁹. Si la justification à un tel régime d'exception de la propriété intellectuelle pouvait s'expliquer par la réticence à accorder des droits de propriété sur des choses matériellement insaisissables⁶⁰⁰, aujourd'hui cette limitation repose plus sur une protection de la liberté – du commerce et de l'industrie, d'expression, etc. – qui entoure ces monopoles. C'est ce que FOYER et M. le professeur VIVANT désignent par la jolie expression de « l'archipel des propriétés intellectuelles »⁶⁰¹, où les propriétés « émerge(nt) comme une île d'un océan soumis au régime de la liberté »³⁸³. De cette expression découlent deux conséquences importantes.

droits immatériels », « droits de clientèle », « droits intellectuels »...) à la distinction classique des droits réels – dont, selon nous, les propriétés intellectuelles- et des droits personnels affadit, sans grande utilité à nos yeux, la force et l'efficacité de la *summa divisio* classique ». – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°23, p. 32.

⁵⁹⁹ J. M. MOUSSERON, *Valeurs, Biens, Droits*, préc. p. 277, et spéc. n°9 : « Pour parler plus clair encore, le système de l'appropriation, en voie de généralisation pour les biens matériels, n'a pas vocation nécessaire à commander la réservation et la commercialisation de tous les biens ». Et fournissant une explication à ce principe qu'ils ne partagent pas v. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 20 : « (...) une loi serait donc indispensable à l'appropriation de nouvelles espèces de choses incorporelles, toutes issues, par définition, d'une activité créatrice humaine ; et le législateur devrait intervenir avec prudence et parcimonie, car la multiplication des monopoles heurterait le principe de la liberté du commerce et de l'industrie».

⁶⁰⁰ En ce sens, v. notamment R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, et spéc. n°39 : « Il faut une loi pour garantir l'appropriation de tel ou tel bien ; et il ne saurait y avoir de reconnaissance en l'absence d'un commandement législatif. (...) On touche du doigt la principale différence entre bien corporel et incorporel : pour ceux-là c'est l'évidence sensible qui commande l'identification des biens, par le désir que suscitent les choses ; pour ceux-ci, à défaut de toute reconnaissance *proprii sensibus*, c'est le marché qui fait office de révélateur : le commerce de fait appelle une reconnaissance du droit, qui n'a néanmoins rien d'obligatoire » [nous soulignons]. En cette proposition, on reconnaît bien la tendance à fonctionner de la même manière que le droit commun et à reconnaître, sous réserve de la construction juridique, toute chose ayant une valeur économique.

⁶⁰¹ J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 9 : « Le recours au droit des brevets, qui doit ainsi être tenu pour *figure d'exception*, permet (...) à celui qui entend s'en prévaloir de disposer d'un droit *privatif* opposable *erga omnes* dont la traduction concrète réside en une action en contrefaçon qui permet au breveté de rester maître de sa technique en pourchassant tout tiers qui prétendrait l'exploiter. Avec la propriété littéraire et artistique dont le droit d'auteur est l'archétype et les autres droits de propriété industrielle (le tout formant, dans la terminologie française, la propriété intellectuelle, avec les autres droits de propriété industrielle tels que marques ou dessins et modèles, le brevet suggère de la sorte quelques images : celle d'un archipel où chaque droit privatif chacun constitué sur une création de l'esprit particulière émerge comme une île d'un océan soumis au régime de la liberté, ou celle, peut-être plus heureuse, car préservant mieux un certain flou qu'on peut constater dans la réalité, d'une nébuleuse dans laquelle ces mêmes droits privatifs apparaissent comme autant de noyaux plus ou moins durs, interagissant parfois, perdus dans un nuage de poussière, évoluant librement ».

D'une part, il est nécessaire de respecter les modalités de constitution de ces propriétés qui préservent ce régime exceptionnel. En effet, les modes d'acquisition de la propriété intellectuelle sont spécifiques : si le droit d'auteur naît du seul fait juridique de la création, le droit sur les propriétés industrielles est acquis après l'établissement d'un acte juridique tel que le dépôt ou l'enregistrement. On remarque donc leurs spécificités par rapport aux modes de constitution des droits de propriété dits « classiques », comme l'accession, la prescription acquisitive ou l'occupation des biens.

D'autre part, l'autre conséquence de ce régime d'exception est, de tenir des objets hors de l'intervention du droit, comme les idées ou les propositions scientifiques. Il est important à cet effet de souligner les propos du célèbre penseur de l'École de Montpellier : « L'observation rapide du droit positif révèle que la première voie⁶⁰² représente toujours, le régime de droit commun applicable aux biens intellectuels et que les voies de l'appropriation sont autant de régimes d'exception »⁶⁰³. En somme, « le résultat est le refus d'assurer une réservation de principe à toute chose incorporelle utile et rare »⁶⁰⁴. Et finalement, tout le danger réside dans la prospective de cette proposition.

121.- ...Au continent de la propriété. L'expansion de l'objet de la propriété intellectuelle précédemment décrite a permis de mettre en lumière comment le droit fait œuvre d'adaptation pour accueillir tout objet susceptible de répondre à une valeur économique⁶⁰⁵. Cette expansion marque la fin du régime d'exception de la propriété intellectuelle. L'utile et le rare incitent à une reconnaissance de principe de toute chose incorporelle. Elle est même justifiée par certains auteurs comme un « non-sens économique »⁶⁰⁶, car « le seul constat de l'existence

⁶⁰² Les mécanismes de la responsabilité civile.

⁶⁰³ J.M. MOUSSERON, *Valeurs, Biens, Droits*, préc. p. 277, et spéc. n°11, p. 281. On ne sait pas à la lecture de la dernière phrase de cette citation, si elle marque chez l'auteur l'interrogation ou le regret. En effet, plus tard, il sera possible de lire sous sa plume le « souhait de voir la généralisation des appropriations des biens intellectuels rejoindre celle des biens matériels pour fusionner en un concept juridique unique les modes de réservation et corrélativement, de commercialisation de toutes les formes de biens et de valeurs », in J.M. MOUSSERON, *Responsabilité civile et droits intellectuels, Mélanges offerts à A. Chavanne*, Litec, 1990, n°30, p. 247, et spéc. p. 249.

⁶⁰⁴ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 20.

⁶⁰⁵ Si nous avons besoin encore d'un exemple, hors du domaine de la santé, nous citerions les logiciels, pour lesquels le droit de la propriété intellectuelle a créé une place avec la loi n°85-660 du 3 juillet 1985.

⁶⁰⁶ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 2, p. 20.

d'une nouvelle catégorie de chose incorporelle suffit à la reconnaissance de son appropriabilité chaque fois qu'elle est porteuse d'utilité et objet de convoitise »⁶⁰⁷. Une proposition de loi sans lendemain a été avancée dans ce sens, le 30 juin 1992, loi *Godfrain*, visant à protéger tous les biens incorporels non visés par une loi⁶⁰⁸. Tout comme le juge judiciaire appelé en renfort pour la création de nouveaux droits privatifs sur des objets immatériels. Tel a été le cas pour le célèbre arrêt Bouquin, sur le vol d'information⁶⁰⁹. Nous mesurons l'impact d'un tel rapprochement. Pour reprendre la formulation imagée de l'archipel, les îles qui le composent vont s'unir pour ne former qu'un seul et même ensemble avec la propriété de droit commun. L'espace maritime, qui bordait ces îles et représentait la

⁶⁰⁷ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 2, p. 20.

⁶⁰⁸ Proposition de loi *Godfrain*, du 30 juin 1992, *Journal Officiel de l'Assemblée Nationale*, n°2858. Pour un commentaire de cette proposition, v. Ch. LE STANC, *La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste, Observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des créations réservées*, D. 1993, chron. p. 4. Le droit à la protection était obtenu pour une durée de dix ans et il conférait à son titulaire un droit d'exploitation exclusif opposable *erga omnes*. On pourra également citer la proposition de M. le professeur LE TOURNEAU, de reconnaître un droit de la personnalité sur toutes les idées et singulièrement, « un droit moral de paternité à tout auteur d'une idée qu'il a exprimée en premier, obligeant les tiers à citer son nom ou en cas de non-respect, à verser une indemnité » (in, Ph. LE TOURNEAU, *Le parasitisme*, Litec, 1998, n°156, p. 122 et Ph. LE TOURNEAU, *Folles idées sur les idées*, C.C.E. 2001, chron. n°4). Adde, A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE, *de l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle. À propos de la proposition de loi Godfrain sur les créations réservées*, D.I.T. 1993/2, p. 25.

⁶⁰⁹ Crim. 12 janvier 1989, *Bull. crim.*, n°14 ; D.I.T. 1989, n°3, p. 34, note DEVEZE ; *Gaz. Pal.* 14-15 juillet 1989, p. 23, obs. DOUCET ; *Expertises* 1989, p. 269 ; *Dossiers Brevets*, 1990, II, 1 ; *JCP E*, 1990, II, 15761, n°18, obs. VIVANT et LUCAS. Et M.-P. LUCAS de LEYSSAC, *L'arrêt Bouquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constituent pas des contrefaçons*, RSC 1990, p. 507. En l'espèce, deux salariés qui s'étaient livrés à deux séries de copies de disquettes informatiques à l'insu de leur employeur et dans le dessein de créer une entreprise concurrente, avaient été déclarés coupables du vol des disquettes ainsi que du vol « du contenu informationnel des disquettes reproduites durant le temps nécessaire à leur reproduction ». La chambre criminelle avait rejeté le pourvoi formé à l'encontre de la décision rendue par les premiers juges en énonçant qu'ils avaient « relevé sans insuffisance à l'encontre des deux prévenus l'ensemble des éléments constitutifs des délits dont ils avaient été reconnus coupables ». En faisant porter le vol sur le contenu informationnel des disquettes, l'arrêt Bourquin semble bouleverser considérablement la règle traditionnelle selon laquelle le vol ne peut porter que sur une chose matérielle. Il est nécessaire toutefois de relativiser l'apport de cette décision, le principe de la matérialité de l'élément constitutif du délit est préservé puisque l'information était contenue dans un objet matériel. Cette décision souleva de vives critiques de la part de MM. les professeurs DEVEZE, VIVANT et LUCAS, mais aussi une ferme adhésion de la part de Mme LUCAS de LEYSSAC qui admet que le juge civil puisse créer de nouveaux droits de propriété sur des biens nouveaux, même immatériels. Rapp. CA Grenoble, 4 mai 2000, *JCP G* 2001, IV, 1473, obs. MURAT : « le vol d'informations ne se conçoit pas en l'absence d'une soustraction d'un support ». – Crim., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-84.002, D. 2008, p. 2213, note DETRAZ. Dans cette décision, la chambre criminelle approuve une Cour d'appel d'avoir condamné un futur dirigeant de société pour le « vol du contenu informationnel d'au moins neuf syquests » : « Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué, partiellement reproduites aux moyens, mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisée apparaît en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnels, les délits dont elle a déclaré le prévenu coupable et a ainsi justifié l'allocation, au profit de la partie civile, de l'indemnité propre à réparer le préjudice en découlant ». L'auteur souligne que « c'est une nouvelle occasion manquée, pour la Cour de cassation, de clarifier sa position en matière de vol d'informations. (...) La Cour omet de poser une quelconque règle applicable au vol de choses incorporelles, souhaitant sans doute ne pas se prononcer » (*Ibid.* p. 2214).

liberté, se réduit considérablement, pour finalement s'effacer. La constitution des droits est d'autant plus difficile si le fonds commun dans lequel les créateurs puisent leur inspiration devient alors réservé. Ainsi, « il serait vain et probablement dangereux de déclarer dans un texte de loi que toutes les formes nouvelles feront l'objet d'un monopole ; indépendamment de toutes autres considérations, le temps n'est pas à l'extension du droit de propriété »⁶¹⁰. Au-delà, la commercialisation des objets de la propriété intellectuelle d'autant plus ténue dans un marché engorgé. Nous le constaterons à propos des marques pharmaceutiques⁶¹¹.

Ce changement de nature et de régime influe sur la logique même de la propriété intellectuelle.

3) Le changement de logique pour les droits de propriété intellectuelle

122.- Le changement de logique de la propriété intellectuelle sous l'influence de la valeur économique, se mesure par la pénétration de considérations consuméristes (a) et utilitaristes (b).

a) Un droit consumériste.

123.- Le consumérisme⁶¹² : cause et conséquence de la qualification en droits de clientèle. Envisager les droits de « propriété intellectuelle » comme des droits de clientèle, révèlent les liens, non évidents⁶¹³, qui existent entre le droit de la consommation⁶¹⁴ et la propriété

⁶¹⁰ X. DESJEUX, *Quelle protection pour le modèle « fonctionnel » ?*, *Gaz. Pal.* 1981, p. 298.

⁶¹¹ V. *infra* n°406 et s.

⁶¹² Si un des sens courant du *consumérisme* est : « le terme d'origine anglo-saxonne désignant l'action des consommateurs face aux pouvoirs publics et aux fabricants pour défendre leurs droits et la qualité des produits » (*in, Lexique des sciences sociales*, sous la dir. de M. GRAWITZ, 8^e éd., Dalloz, 2004, V^o *Consumérisme*), pourrait convenir à cette étude sur l'influence des « diktats » du besoin sur le droit. Le « consommateur-roi », y compris dans le domaine de la santé, est effectivement l'image que nous donne la qualification des droits de propriété en droit de clientèle. Cette conception du consumérisme, que l'on pourrait rattacher au courant de pensée économique néoclassique, introduite par SAMUELSON (*in*, P.A. SAMUELSON et W.D. NORDHAUS, *Économie*, 16^e éd., Economica, 2000, p. 28) a été relativisée par G. K. GALBRAITH (*in*, G.K. GALBRAITH, *L'ère de l'opulence*, Calmann-Lévy, coll. *Liberté de l'esprit*, 1968). En résumé, le célèbre économiste considère que le consommateur n'est pas « roi » sur la distribution et que ses besoins sont maîtrisés et orientés par la publicité ou le marketing, en bref que la « filière est inversée ». Mais que l'on soit dans l'un ou dans l'autre cas, la propriété intellectuelle apparaît comme un outil de prédilection. Nous retiendrons aussi l'acceptation dans son sens péjoratif désignant : « la consommation avec une connotation d'excès » (*in*, Y. BERNARD et J.-C. COLLI, *Vocabulaire économique et financier*, 8^e éd., Seuil, 2003, V^o *Consumérisme*.).

⁶¹³ Les rapports entre la propriété intellectuelle et le droit de la consommation sont assez similaires à ceux de la propriété intellectuelle et du droit de la santé. En effet, les aspirations individualistes de la propriété intellectuelle et collectives qu'imposent la santé ou la consommation ne conduisent à *a priori* qu'à un rejet réciproque de ces

intellectuelle⁶¹⁵. Et pourtant, ces liens peuvent être expliqués par la valeur que représente la clientèle et dont jouit le titulaire. Comme l'indique M. le professeur ZENATI, la « jouissance est économique, elle consiste à exploiter la chose ou à la commercialiser, ce qui peut faire acquérir à celle-ci un caractère consommable. L'extension de la valeur occasionne une extension sans précédent de la consommabilité civile »⁶¹⁶. Cette extension est d'ailleurs présente dans des secteurs qui en étaient jusqu'alors étrangers, comme celui de la santé. On ne sera donc point étonné de lire qu'il existe une clientèle de produits de santé ou de soins. Tel est d'ailleurs le cas dans la définition du médicament par présentation, qui fait référence pour qualifier la « présentation » du « consommateur moyennement avisé » [nous soulignons]⁶¹⁷. Elle semble bien éloignée l'image du « paternalisme éclairé » qui voulait que le médecin, détenant le savoir, décide plus ou moins unilatéralement ce qui est bien pour son patient⁶¹⁸. Ainsi, comme le souligne M. PELLERIN : « l'assimilation de l'acte médical, résultat d'un assentiment aux soins proposés, au contrat passé avec n'importe quel fournisseur ou prestataire de service, s'inscrit bien dans l'évolution de la relation patient-médecin ramenée à

deux matières. Ce rejet étant confirmé par le peu – voire l'absence – de coïncidences qui existent dans les codes respectifs. Et pourtant, dans l'un ou dans l'autre cas, l'influence est bien réelle.

⁶¹⁴ Il est particulièrement difficile de délimiter le droit de la consommation, comme le précisent MM. les professeurs CALAIS-AULOY et STEINMETZ (in, J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, n°17, p. 15). Ces auteurs adoptent donc une conception large du droit de la consommation, à laquelle nous adhérons, qui consiste d'une part, à retenir les règles qui régissent les relations entre les professionnels et les consommateurs dans un but de protection du consommateur et d'autre part, toutes les règles qui ne sont pas établies dans un but consumériste et qui ont des effets, positif ou négatif, sur les consommateurs.

⁶¹⁵ Ces liens ont été particulièrement approfondis dans l'étude de référence : V. NISATO, *Le consommateur et les droits de propriétés intellectuelles*, th. dactyl. Avignon, 2005, qui met justement en relief la présence et l'influence du consommateur sur les droits de propriété intellectuelle. Dans la seconde partie de la thèse, il est avancé que le consommateur dans les propriétés intellectuelles agit sur le régime des propriétés intellectuelles, mais surtout dévoile la nature de ces droits, en les qualifiant de droits de clientèle. Sur ce thème, v. aussi, J.-M. BRUGUIERE et V. NISATO, *Propriétés intellectuelles et consommation*, in *Les Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°32, p. 421. – C. CARON, *Le consommateur en droit d'auteur*, in *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 245. – *Le consommateur au pays des propriétés immatérielles*, publication collective, sous la dir. de M.-Ch. PIATTI, R.L.D.A. décembre 2004, supplément n°77.

⁶¹⁶ F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, A.P.D., t. XLIII, *L'immatériel et le droit*, Sirey, 1999, p. 79, et spéc. p. 92.

⁶¹⁷ Sur la définition du médicament par présentation, v. *infra* n°256et s.

⁶¹⁸ En ce sens, v. notamment, le rapport EVIN, devant le Conseil Économique et social en 1996, sur les droits de la personne malade : « Le fondement philosophique de l'obligation d'informer est le droit de chacun à être traité dans le système de soins en citoyen et en adulte responsable. (...) Il s'identifie insensiblement aux droits du consommateur vis-à-vis des fournisseurs de soins et prestataires de services de santé ».

celle d'un consommateur avec son fournisseur »⁶¹⁹. Une réflexion a même été engagée sur le fait de savoir comment aujourd'hui il fallait nommer la personne malade : le patient ? Le client ? L'utilisateur du système de soins ? Le consommateur ?⁶²⁰ Ce statut du « patient-client »⁶²¹ a été acquis grâce au développement de son information et au prix de son implication dans le processus de soin⁶²². Enfin, une telle qualification semblerait ouvrir les portes aux actions en responsabilité des produits défectueux⁶²³. Il existe donc bien une clientèle dans le domaine de la santé et sa captation par la propriété intellectuelle va avoir des conséquences sur sa propre logique.

124.- Consumérisme et effets pervers dans le domaine de la santé. En qualifiant la tendance du droit de la propriété intellectuelle de « consumériste », on présume sa soumission à l'influence du droit de la consommation et donc aux intérêts des consommateurs. Si les effets sur la médecine en général sont très contrastés⁶²⁴, il en va de même pour le droit de la propriété intellectuelle. Positivement, le droit de la propriété intellectuelle en sort enrichi par

⁶¹⁹ D. PELLERIN, *La médecine de demain : consumérisme ou humanisme ? Problèmes économiques* 27 février 2002, n°2750, p. 1. L'auteur explique que le changement dans le contenu du consentement donné par le patient est une des causes de ce consumérisme ambiant en médecine. Rappr. F. BELLIVIER, Ch. NOUVILLE, E. SUPIOT, *Le consommateur de tests génétiques, un patient avisé ou berné ?*, R.D.C. octobre 2009, p. 1573.

⁶²⁰ En ce sens, v. notamment A. LAUDE, *Le consommateur de soins*, D. 2000, p. 415. L'auteur souligne qu'indépendamment de l'acception retenue, force est de constater que le patient a évolué. Il a cessé d'être passif pour devenir un acteur à part entière du système de soins. V. aussi, B. PITCHO, *Le statut juridique du patient*, éd. Les études Hospitalières, coll. *Thèses*, 2004. – A. LAMBOLEY, B. PITCHO, F. VIALLA, *Le consumérisme dans le champ sanitaire, un concept dépassé ?* in, *Études de droit de la consommation*, liber amicorum Jean Calay-Auloy, Dalloz, 2004.

⁶²¹ Qui est pour les économistes une notion presque acquise, en ce sens, v. notamment : C. MORNET, *Le patient-client à l'hôpital. Contribution à la formulation d'une métaphore*, th. dactyl, Gestion, Lyon III, 2000.

⁶²² G. ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, éd., Les études hospitalières, coll. *Thèses*, 2009. L'auteur démontre dans cette riche étude que, l'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé est réelle et qu'elle se manifeste soit durant la phase de formation de l'acte de santé, à travers l'information et le consentement, soit dans sa phase d'exécution, par les spécificités que le domaine impose au contenu de l'acte de santé.

⁶²³ En ce sens, v. CJCE 10 mai 2001, D. 2001, p. 3065, note KAYSER : un patient danois devait subir une transplantation rénale, mais le produit utilisé pour le rein l'a rendu défectueux et la transplantation n'a pas pu avoir lieu. Le patient a agi en responsabilité. Les juges danois ont posé une question préjudicielle à la CJCE quant aux conditions d'application de la directive du 25 juillet 1985, sur les produits défectueux dans le cadre d'un acte médical. Les juges ont conclu à son application.

⁶²⁴ La vision de M. PELLERIN est dichotomique sur le devenir de la médecine dans cette logique consumériste. D'un côté, il existerait une médecine d'État, définissant et imposant règles, normes et référentiels, dans le souci de l'efficacité au meilleur coût, dans la recherche inaltérable de solidarité et de justice sociale, dans l'éthique « téléologique ». Et d'un autre côté, « une médecine offerte comme un bien de consommation, soumise aux aléas du marché et aux exigences du consommateur des soins » (D. PELLERIN, *La médecine de demain : consumérisme ou humanisme ? Problèmes économiques* 27 février 2002, n°2750, p. 1. et spéc. p. 3).

la révélation des fonctions de qualité et de garantie de certaines propriétés⁶²⁵. Mais un aspect négatif surgit lorsque les phénomènes de « consumérisation » et de marchandisation viennent modifier la logique interne de la propriété intellectuelle et rompre le subtil équilibre qu'elle crée entre les intérêts individuels et collectifs⁶²⁶.

Pour en trouver une illustration, retournons vers l'Entreprise Monsanto, qui ne semble disposée qu'à offrir des contre-exemples au bénéfice d'une présence de la valeur économique dans le processus de qualification des biens. L'entreprise a mis au point une semence génétiquement modifiée par un gène appelé « Terminator ». La semence est une « arme à un seul coup », c'est-à-dire qu'elle s'autodétruit dès la première génération, obligeant alors les agriculteurs à réinvestir dans des semences l'année suivante⁶²⁷. Le bien immatériel, ici un brevet⁶²⁸, a vocation à conquérir une nouvelle clientèle qui est, en plus, régulièrement renouvelée chaque fois que la plante arrivera à sa maturité. Le consommateur est un simple intermédiaire entre l'investisseur et son investissement, occultant la logique de la propriété intellectuelle. La réservation économique accordée au titulaire ne consiste absolument pas à conduire les petits producteurs des pays en voie de développement à la ruine.

L'imprégnation économique des droits de propriété intellectuelle conduit à leur qualification en droits de clientèle. Or, cette qualification ne convient pas à la propriété intellectuelle qui tend dès lors vers un consumérisme aux effets pervers. L'espoir d'une influence positive de la valeur économique s'amenuise avec l'introduction des aspirations utilitaristes.

⁶²⁵ Tel est d'ailleurs le sens des propos de J.-M. BRUGUIERE et V. NISATO, *Propriétés intellectuelles et consommation, op. cit.*, pp. 428-433. Si cette fonction était connue du droit des marques, l'originalité de l'approche consumériste permet de la mettre en évidence dans le droit d'auteur.

⁶²⁶ En ce sens, v. de J.-M. BRUGUIERE et V. NISATO, *Propriétés intellectuelles et consommation, op. cit.*, p. 434, précisant l'équilibre de la propriété intellectuelle, réalisé entre « d'une part, l'intérêt individuel, égoïste du titulaire du droit et d'autre part, l'intérêt général de ceux qui souhaitent user librement d'un droit reconnu au créateur », est menacé par le phénomène de consumérisation dans lequel entre les activités sociales, la culture, la santé.

⁶²⁷ Alors que les semences végétales ont la possibilité de se répliquer sans l'intervention de l'homme, les agriculteurs pouvant alors réensemencer leurs champs après une culture.

⁶²⁸ Le brevet de cette technologie, est appelé TPS, *Technology protection system*, a été déposé conjointement par le Ministère américain de l'agriculture (USDA) et l'entreprise Delta and Pine Land (aujourd'hui *Monsanto*). La technologie a été développée pour des plantes non alimentaires (les plantes alimentaires ayant levé une véritable protestation). Sur ces questions, v. notamment : <http://www.greenpeace.org/france/news/ogm-monsanto>.

b) Un droit utilitariste.

125.- Il convient dans un premier de temps de donner une définition de l'utilitarisme (α) avant de s'attacher à sa description dans le domaine de la santé (β).

α) Qu'est-ce que l'utilitarisme ?

126.- Aux sources de l'utilitarisme. Il y a comme une évidence, lorsque l'on introduit la « valeur-utilité-rareté » dans le processus de qualification du bien immatériel, à s'intéresser aux éventuelles conséquences d'une doctrine utilitariste sur les droits de propriété intellectuelle⁶²⁹. L'utilitarisme a été conceptualisé par BENTHAM⁶³⁰, puis par (J.S.) MILL⁶³¹. Il se base sur trois thèses⁶³². La première est que l'individu recherche naturellement son propre bonheur par un calcul entre les plaisirs et les peines⁶³³. Cela ne peut s'opérer qu'en

⁶²⁹ Pour une approche économique de la notion de l'utilitarisme et de son rapprochement avec la notion d'intérêt, v. notamment : A. STROWEL, *A la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique*, in *Droit et Intérêt*, P. GERARD, F. OST, M. van de KERCHOVE, vol. 1, *Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 37.

⁶³⁰ V. notamment, J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale, Vol. 1 ; Théorie*, 1834 (ouvrage posthume, revu, mis en ordre et publié par J. Bowring), trad. française, B. Laroche, 1834, Paris, éd. Charpentier. BENTHAM est considéré comme le père de l'utilitarisme, par l'ampleur de la systématisation entreprise autour de ce concept. N'oublions pas HUME qui consacra de longues réflexions au concept d'utilité. Il fait partie avec JEVONS (S. JEVONS, *L'économie politique*, 1^{ère} éd., Librairie Germer Baillière et Cie, 1876), de ce que l'on nomme le courant pré-marginaliste qui précède les théories de WALRAS. Pour HUME, le but de l'utilité est spécifié, il s'agit de la vertu, et c'est elle qui permet la justice. Ce principe d'utilité chez HUME fait l'objet de prolongement dans le domaine de la justice et de la santé, en ce sens, v. notamment : L. R. CHURCHILL, *Looking to hume for justice : On the utility of Hume's view of justice for american health care reform*, Hume et la justice: l'utilité de la conception de la justice de Hume au regard de la réforme de la santé publique aux États-Unis [nous traduisons], *The journal of medecine and philosophy*, 1999, vol. 24, n° 4, p. 352. Dans cet article, l'auteur compare la Théorie de la justice, reposant sur le contrat social de RAWLS et la théorie de HUME qui repose sur une conception beaucoup plus réaliste, et selon l'auteur plus adaptée pour la réforme du système de santé américain.

⁶³¹ L'ouvrage clé de cet auteur porte le nom de sa philosophie, J. S. MILL, *De l'utilitarisme*, 1871, trad. française par Le Monnier, 1889, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2008. Dès les premières pages de son ouvrage il constate l'ancienneté de la recherche du *criterium* entre le bien et le mal, permettant d'accéder au *summum bonum*. Mais on pourrait également citer l'inspiration de BENTHAM à SMITH, qui a traduit cette satisfaction des intérêts individuels comme cause de l'harmonie sociale à l'économie, et plus précisément au marché, qui dès lors, acquiert une autorégulation du seul fait de l'égoïsme des agents économiques. C'est ce que le célèbre penseur du libéralisme économique appelait la « main invisible ».

⁶³² Elles ont été développées par A. CAILLE, *Préface, De l'anti-utilitarisme, Anniversaire, bilan et controverses, Revue du MAUSS*, 2006/1, n°27, p. 7.

⁶³³ J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale, Vol. 1 ; Théorie*, 1834 (ouvrage posthume, revu, mis en ordre et publié par J. Bowring), trad. française, B. Laroche, 1834, Paris, éd. Charpentier, p. 344. L'auteur donne une définition de ce qu'il entend par le bonheur, la vertu et le vice : « Qu'est-ce que le bonheur ? C'est la possession du plaisir avec exemption de peine. Il est proportionné à la somme des plaisirs goûtés et des peines

associant l'homme à la figure économique abstraite de *l'homo oeconomicus*⁶³⁴, qui apparaît comme un condensé de rationalité dans l'utilisation optimale des ressources rares. La seconde est que la justice repose sur une « maximisation du bonheur » du plus grand nombre de gens possible - ou principe d'utilité, qui fonde le postulat « qu'une chose n'est utile qu'en proportion qu'elle augmente le bonheur de l'homme ». Enfin, la troisième est la coordination des intérêts des individus dans la société. Selon BENTHAM, « si chaque homme, agissant avec connaissance de cause, dans son intérêt individuel obtenait la plus grande somme de bonheur possible, alors l'humanité arriverait à la suprême félicité, et le but de toute morale, le bonheur universel serait atteint »⁶³⁵. En d'autres termes, la somme des intérêts individuels forme l'intérêt collectif⁶³⁶. C'est ainsi que la « maximisation du bonheur » devient la finalité que doit poursuivre toute règle de droit⁶³⁷. L'utile est ainsi devenu le fondement du droit de propriété, notamment pour l'économiste français DUPUIT, qui défend une conception

évitées. Et qu'est-ce la vertu ? C'est ce qui contribue le plus au bonheur, ce qui maximise les plaisirs et diminue les peines. Le vice au contraire est ce qui diminue le bonheur et contribue au malheur ». Pour cela, l'auteur met en place une méthode d'évaluation « le calcul du bonheur et des peines qui consiste pour chaque action à rechercher sept critères : la durée, l'intensité, la certitude, la proximité, l'étendue, la fécondité, la pureté ». L'action morale sera celle qui réunit le plus de critères.

⁶³⁴ Sur cette figure économique, v. notamment P. DEMEULENAERE, *Homo oeconomicus*, PUF, coll. *Quadrige*, 2003, du même auteur, v. aussi *Le dictionnaire des sciences humaines*, sous la dir. de S. MESURE et P. SAVIDAN, PUF, 2006, V° *Homo oeconomicus*. Rappr. J.-Y. CHEROT, *Trois thèses de l'analyse économique du droit*, *R.R.J.-Droit prospectif*, 1987/2, p. 443 et spéc. p. 444 : « la première thèse, base de l'approche économique du droit, et commune à l'ensemble des travaux qui s'en inspirent, est celle du *comportement rationnel* de l'homme comme individu poursuivant ses propres objectifs sous contrainte ».

⁶³⁵ J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale, Vol. 1 ; Théorie*, 1834 (ouvrage posthume, revu, mis en ordre et publié par J. Bowring), trad. française, B. Laroche, 1834, Paris, éd. Charpentier, pp. 18-19.

⁶³⁶ Sur ce point, HUME apporte un éclairage précieux : « Quand on considère les sociétés, on a de la peine à y trouver une action isolée et entièrement complète en elle-même. Les hommes y dépendent si fort les uns des autres qu'ils ne sauraient presque rien faire qui ne tiennent à leurs rapports mutuels ; nul agent n'y peut parvenir à son but sans être secouru des autres. Le pauvre artisan, qui travaille seul dans son atelier, s'attend à jouir tranquillement du fruit de ses travaux, sous la protection du magistrat. Il s'attend, qu'en donnant ses ouvrages à un prix raisonnable, il trouvera des acheteurs et qu'il pourra échanger l'argent qu'il aura gagné contre des denrées nécessaires à sa subsistance. À mesure que nous avons des liaisons plus ou moins étendues, des communautés d'intérêts plus ou moins compliquées, notre plan de vie embrasse plus ou moins de ces actes coopérants qui, bien que procédant de leurs motifs propres, viennent pourtant seconder nos intentions » (*in*, D. HUME, *Œuvres philosophiques*, t. 1, *Traité de la nature humaine : De l'entendement*, pp. 232-233, cité par A. SCHATZ, *L'œuvre économique de David Hume*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, éd. A. Rousseau, 1902, p. 39).

⁶³⁷ J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale, Vol. 1 ; Théorie*, 1834 (ouvrage posthume, revu, mis en ordre et publié par J. Bowring), trad. française, B. Laroche, 1834, Paris, éd. Charpentier, pp. 17-18 : « Toute loi aura pour objet le bonheur des gouvernés, devra tendre à ce qu'ils trouvent leur intérêt, à faire ce dont elle leur impose le devoir ». Dans le même sens, l'auteur écrivait au début du XIXe siècle : « l'art juridique est annexé dans l'économie politique sous la dictature de l'utile », *in* M. VILLEY, *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*, 1962, p. 73.

benthamienne de la propriété⁶³⁸. Par exemple, ce principe d'utilité a inspiré la législation américaine sur le *Copyright*, en 1909 : « Le *copyright* est accordé au premier chef non pas au bénéficiaire de l'auteur, mais au bénéfice du public (...). En promulguant la loi sur le *copyright*, le Congrès doit envisager deux questions : premièrement dans quelle mesure la loi stimulera-t-elle le producteur (*producer*) et quel en sera le bénéfice pour le public ? Et deuxièmement, en quoi le monopole conféré à l'auteur pénalisera-t-il le public ? »⁶³⁹. En ce sens, Mme le professeur FARCHY applique cette conception utilitariste au droit de la propriété littéraire et artistique. Elle explique : « c'est l'approche utilitariste qui sera le terreau des théories économiques contemporaines des Droits de propriété intellectuelle (DPI) appréhendés essentiellement à travers la question des incitations »⁶⁴⁰. Une telle conception a inéluctablement pour conséquence de rapprocher les logiques du *Copyright* du droit d'auteur à la française, imprégné de la personnalité de l'auteur.

Mais l'utilitarisme à travers sa figure de proue qu'est *l'homo oeconomicus*, se heurte à de vives critiques⁶⁴¹. La complexité du maillage – économique et juridique – qui existe entre les

⁶³⁸ J. DUPUIT, *Du principe de la propriété*, *Journal des Économistes*, t. XXX, n°1, janv. 186, p. 53 (cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat du droit d'auteur au milieu du XIXe siècle*, *L'Économie politique*, 2004/2, n°22, p.34, et spéc. p. 42) : « Le but de la société est le bien-être des membres qui la composent. Elle ne peut exister qu'en vertu de certaines lois ou conventions (...) Le principe de ces conventions, c'est de procurer la plus grande somme de bien-être à l'universalité de chacun de ses membres. Quand les choses sont ainsi réglées, personne n'a le droit de se plaindre, attendu que, quelle que soit sa part, elle ne pourrait être augmentée qu'en diminuant la richesse générale de beaucoup plus qu'il n'aurait à recevoir ». Sa conception est minoritaire en France et s'oppose catégoriquement à la doctrine faisant résulter le droit de propriété d'un droit naturel développé notamment par LOCKE ou de BASTIAT (in, F. BASTIAT, *Œuvres complètes*, t. II, *Le libre-échange*, Paris, Guillaumin et Cie, 1862).

⁶³⁹ *House Report on the Copyright Act of 1909*, n°2222, 60th Congress, 2nd session, cité par B. EDELMAN, *L'adieu aux arts*, Aubier, 2001, 78.

⁶⁴⁰ J. FARCHY, *L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable*, *Propri. intell.* octobre 2006, n°21, p. 388 et spéc. p. 389. L'auteur rappelle d'ailleurs que si l'on a naturellement tendance à envisager le droit des brevets comme inspiré par l'économie, le droit d'auteur n'en est pas épargné. Elle cite à cet effet les travaux de A. PLANT, *The Economic aspects of Copyright in books*, *Economica*, 1934, p. 167.

⁶⁴¹ On pense notamment aux vives critiques de M. VILLEY (in, M. VILLEY, *Critiques de l'utilitarisme juridique*, *RJJ*, 1981-1982, p. 166. Un argument est particulièrement saillant : on reproche souvent aux utilitaristes l'omission des fins que doit poursuivre le droit (in, M. VILLEY, *Préface*, *A.D.P.*, t. XXVI, *L'utile et le juste*, 1981, pp. 6-7). De la confrontation avec les droits de l'homme, l'utilitarisme éveille également de vives controverses, en ce sens, v. B. BINOCHE et J.-P. CLERO, *Bentham contre les droits de l'homme*, PUF, coll. *Quadrige*, 2007. Et sans omettre de citer la riche littérature de la Revue du MAUSS (Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales, qui trouve sa source dans les œuvres de M. MAUSS ou de K. POLANYI, proposant une nouvelle vision de la réalité sociale, fondée sur le don et sur le lien social. V. spécialement, le numéro spécial consacré à : *De l'anti-utilitarisme, Anniversaire, bilan et controverses*, *Revue du MAUSS*, 2006/1, n°27, et notamment le vif débat entre O. ROMANO (*Pour une critique anti-utilitariste de l'anti-utilitarisme*, p. 217) et le fondateur de la revue A. CAILLE (*Critique de la critique anti-utilitariste, Critique de l'anti-utilitarisme, en réponse à Onofrio Romano*, p. 229).

individus rend très complexe l'équation selon laquelle l'intérêt collectif est la somme des intérêts individuels. De plus, il est difficile de soutenir que l'homme n'agit que dans son strict intérêt personnel, que deviendrait l'acte pour autrui, que connaît notre Code civil ou le Code de la santé publique à travers le mécanisme du don. Enfin, dans le prolongement de cette idée, il est nécessaire d'imaginer que la satisfaction de l'intérêt collectif ne passe pas obligatoirement par la satisfaction de l'intérêt individuel, ou en d'autres termes par l'octroi d'une propriété. C'est d'ailleurs, ce qui nous permettra dans la suite de cette étude de revaloriser la catégorie des choses communes. Une telle idée avait été défendue par DUPUIT, pour la propriété industrielle, à laquelle il accordait un régime différent de la propriété littéraire et artistique. Il explique : « une invention se complète, se modifie, se perfectionne, de mille manières différentes, en empruntant à des sciences, à des industries qui paraissent quelque fois très éloignées, soit des principes, soit des procédés déjà connus et usités, mais inconnus de l'inventeur qui ne peut pas tout savoir »⁶⁴². Il est ainsi intéressant de voir que l'utilitarisme peut servir certaines propriétés et pas d'autres.

Certains ont tenté de justifier cette maximisation du bonheur du plus grand nombre par l'utilité sociale que cela conférerait.

127.- Une tentative inefficace de justification par l'utilité sociale. Pour se convaincre du bien-fondé de la notion d'utilité dans la recherche de l'équilibre des lois, certains auteurs ont forgé le concept *d'utilité sociale*. Pour reprendre les expressions utilitaristes, les intérêts individuels convergent vers l'utilité sociale. En ce sens, HUME considère que « l'utilité sociale devient la fin suprême. Le bonheur de l'individu devient le but, mais ce bonheur dépend de celui de la société »⁶⁴³, et il transpose cette idée au droit de propriété : l'utilité sociale devient une justification de la propriété⁶⁴⁴.

⁶⁴² J. DUPUIT, *Du principe de la propriété*, *Journal des Économistes*, t. XXX, n°1, janv. 186, p. 53 (cité par D. SAGOT-DUVAUROUX, *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat du droit d'auteur au milieu du XIXe siècle*, *L'Économie politique*, 2004/2, n°22, p.34, et spéc. p. 44). Mme le professeur SAGOT-DUVAUROUX ajoute sur la pensée de cet auteur que « Limiter la diffusion de cette innovation par un système de brevet est donc particulièrement préjudiciable à l'intérêt général, car cela ralentit le rythme du progrès technique ».

⁶⁴³ A. SCHATZ, *L'œuvre économique de David Hume*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, éd. A. Rousseau, 1902, p. 45. Nous utilisons de préférence cet ouvrage qui présente une plus grande clarté et une grande fidélité à la pensée de HUME, dont l'appréhension de l'œuvre s'avère particulièrement complexe à cause les multiples publications sous des titres différents et dans des ordres mélangés.

⁶⁴⁴ A. SCHATZ, *L'œuvre économique de David Hume*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, éd. A. Rousseau, 1902, p. 94 et s.

Or, l'utilité sociale ne semble pas apporter de limites concrètes à l'individualisme possessif⁶⁴⁵, mais au contraire, l'encourager en le justifiant. On en trouve un exemple dans la pratique condamnable de mise en réserve des droits de propriété intellectuelle décrite précédemment. La maximisation du bonheur du titulaire de droits de propriété intellectuelle ne concourt pas à l'intérêt général lorsqu'il s'inscrit dans une logique d'accumulation des utilités, même virtuelles, d'une chose.

Le phénomène de déliaison sociale, auquel conduit la philosophie utilitariste dans la propriété intellectuelle, est encore plus flagrant dans le domaine de la santé.

β) L'utilitarisme dans le domaine de la santé

128.- Critique anti-utilitariste dans le domaine de la santé. Le domaine de la santé regorge d'exemples où l'utilitarisme conduit à des résultats négatifs ou contestables. Nous ne retiendrons que ceux qui sont en rapport avec la propriété intellectuelle, même si la recherche biomédicale sur l'embryon offre une belle illustration⁶⁴⁶. La principale étant qu'établir des règles de droit qui procurent « le plus grand bonheur du plus grand nombre », amène nécessairement à des compromis, à délaissier une catégorie au profit d'une autre, que l'on remarque à travers trois cas.

129.- La souris oncogène de Harvard, parangon de l'utilitarisme. Il est des animaux dont le destin jurisprudentiel éveille toujours autant d'intérêt, tel est le cas pour la souris

⁶⁴⁵ Si l'on devait définir l'individualisme possessif, on se reporterait obligatoirement à l'ouvrage majeur de C. B. MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif, De Hobbes à Locke*, Paris, Gallimard, Folio, 2004. L'individualisme se définit ainsi : « Nous désignons ainsi la tendance à considérer que l'individu n'est nullement redevable à la société de sa propre personne ou de ses capacités, dont il est au contraire, par essence, le propriétaire exclusif » (p. 18). Ce principe donne sa cohérence et son unité à la tradition libérale.

⁶⁴⁶ Nous aurions pu citer l'exemple de la recherche sur l'embryon. Les dernières lois de bioéthique ont autorisé les recherches sur l'embryon à titre dérogatoire grâce aux progrès thérapeutiques majeurs que ces recherches permettent d'espérer (L. n°2004-800, 6 août 2004, *J.O.* 7 août 2004). Mais l'ouverture conditionnée de la recherche sur l'embryon soulève la perplexité de la communauté des chercheurs sur des débouchés qui semblent pouvoir être atteints par d'autres moyens, comme des recherches sur des embryons de primates. Ce régime dérogatoire a été instauré, pour certains, au prix de leurs convictions éthiques sur le statut juridique de l'embryon, statut d'une rare complexité (v. notamment, C. LE GAL, *Le statut de l'embryon humain et sa place dans la recherche au regard du droit*, Th. dactyl., Montpellier I, 2004. Sur les discussions éthiques v. notamment : J.-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique, Commentaire et analyse de la loi n°2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique*, Litec, coll. Carré Droit, 2005. – A. DORSNER-DOLIVET, *De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain*, *JCP G* 2004, I, 172). Or, ce sacrifice des principes éthiques de certains s'est fait sur l'autel de l'utilitarisme. Il est, de ce fait, encore plus difficile à admettre que la « maximisation du bonheur » espérée de certains (espoirs pour les malades), au détriment d'autres (la personne humaine potentielle que représente l'embryon), ne soit pas au rendez-vous (sur cette question, v. *infra* n°324 sur les cellules souches embryonnaires).

transgénique, surnommée oncogène. Dans une décision du 3 octobre 1990⁶⁴⁷, la Chambre de recours technique de l'Office européen des brevets a reconnu la possibilité de breveter des animaux transgéniques *per se*, à condition de la revendication ne porte pas sur une race animale, qui elle est exclue de la brevetabilité sur le fondement de l'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle⁶⁴⁸. Concrètement, il s'agissait d'introduire dans le patrimoine génétique d'une souris le gène de prédisposition à un cancer du sein afin qu'elle développe cette affection et pour que la communauté scientifique puisse entreprendre des recherches pour de nouveaux traitements⁶⁴⁹. La brevetabilité des animaux-chimères s'explique par le fait que « l'homme détient désormais le pouvoir de fabriquer un bestiaire adapté à ses *besoins* » [nous soulignons]⁶⁵⁰. Si cette décision sera plus longuement étudiée pour ses éventuelles frictions avec le domaine de l'inappropriable au titre de la protection des races animales⁶⁵¹, il convient de s'attacher ici à la démarche utilitariste de la décision. Pour cela, avançons dans le temps pour se reporter au dernier chapitre de ce long épisode judiciaire, avec la décision de la Chambre de recours technique de l'Office européen des brevets en date du 6 juillet 2004⁶⁵².

⁶⁴⁷ OEB, 3 octobre 1990, T. 19/90, *Souris oncogène de Harvard*, JO OEB 1990, p. 476 ; PIBD 1991, III, p. 96. Sur cette décision, v. tout particulièrement, J.-C. GALLOUX, « *Fabrique-moi un mouton...* » *Vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français*, JCP G 1990, I, 3430, et du même auteur, v. aussi D. 1993, chron. p. 83. Décision rendue sur le recours du demandeur (l'Université de Harvard) après la décision négative de la division d'examen de l'OEB, le 14 juillet 1989, JO OEB 1989, p. 451. Les développements judiciaires de cette affaire se sont étalés sur environ une quinzaine d'années C'est ainsi que la division d'opposition de l'OEB a été saisie le 7 novembre 2001, JO OEB 2003, p. 473 ; *Propr. Intell.* avril 2004, n°11, p. 654, obs. GALLOUX. Et enfin, la chambre de recours technique de l'OEB, le 6 juillet 2004, T. 0315/03, RTD com. 2006, p. 342, n°2, note GALLOUX, alors que la priorité américaine datait de Juin 1984 et que le brevet est expiré (décision disponible sur <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t030315ex1.pdf>).

⁶⁴⁸ La révision introduite par la loi n°2004-1338, du 8 décembre 2004, a inscrit ce principe à l'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle : « Nonobstant les dispositions du I, les inventions portant sur des végétaux ou de animaux sont brevetables si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale ».

⁶⁴⁹ Le brevet US n°4736866 (1988), appartient à l'Université d'Harvard, pour "un mammifère transgénique non humain dont les cellules germinales et les cellules somatiques contiennent une séquence oncogène activée recombinée, introduite dans ledit mammifère...", *Nature* 1988, vol. 332, p. 668.

⁶⁵⁰ J.-C. GALLOUX, « *Fabrique-moi un mouton...* » *Vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français*, JCP G 1990, I, 3430. L'auteur inventorie les avancées prometteuses : « les bénéfices attendus dans le domaine agricole apparaissent évidents : animaux à croissance accélérée et au poids augmenté ; animaux produisant des aliments de composition prédéterminée ; animaux résistants aux maladies. La recherche biomédicale aperçoit dans ces chimères de nouveaux matériels d'expérimentation pour les maladies humaines dont on aura artificiellement affecté leurs structures génétiques. L'industrie pharmaceutique, enfin, s'efforce de leur faire synthétiser des substances chimiques à usage thérapeutique aisément récoltables dans leurs liquides physiologiques ».

⁶⁵¹ Sur les races animales, v. *infra* n°329.

⁶⁵² OEB, 6 juillet 2004, T. 0315/03, *précitée*.

Sur le fondement des dispositions de l'article 6.2 d) de la directive du 6 juillet 1998⁶⁵³ et de la règle 23 quinquies d) (nouvelle règle 28) du règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens (CBE)⁶⁵⁴, et devant l'émotion qu'avait suscité la décision de brevetabilité de la souris oncogène⁶⁵⁵, il était d'autant plus nécessaire de justifier le principe d'utilité en faveur d'une majorité aux dépens d'une minorité. Les juges, au point 9. de la motivation de leur décision, ont donc procédé à une triple vérification : la possible souffrance de l'animal (minorité), le bénéfice médical escompté (majorité) et l'établissement d'un lien de causalité⁶⁵⁶. Pour apprécier la souffrance de l'animal, seule la probabilité de cette souffrance compte et non une très subjective évaluation du degré de souffrance ou de l'existence d'autres possibilités de recherche sans animaux⁶⁵⁷. Enfin, cette souffrance doit être appréciée au moment du dépôt de la demande de brevet ou de priorité, comme toute condition de brevetabilité, et non au moment du jugement, même s'il s'avère vrai que, dans certains cas, cette souffrance se révèle dans le temps avec la pratique⁶⁵⁸. Si l'utilitarisme peut ici être

⁶⁵³ L'article 6.2 d) de la directive du 6 juillet 1998 dispose que « Ne sont pas brevetables : (...) d) les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés ».

⁶⁵⁴ La Convention sur la délivrance de brevets européens (ou Convention sur le brevet européen ou Convention de Munich de 1973) a été révisée en 2000 (*Journal Officiel OEB* 12/2001, n° spécial n° 4, p. 1). Mais la forme actuelle est entrée en vigueur avec la loi n° 2007-1475 du 17 octobre 2007 (*Journal Officiel* 18 Octobre 2007) et le décret n° 2008-428 du 2 mai 2008 (*Journal Officiel* 4 Mai 2008).

A la lumière de ces différentes actualisations du texte européen, il est important de souligner que la décision de 2004 ne fait pas référence à la règle 28 du règlement d'exécution de la CBE, mais à l'article 23 quinquies (d). Enfin, notons que l'article L. 611-19-I, 4° du Code de la propriété intellectuelle a une formulation identique aux dispositions communautaire et européenne : « I. - Ne sont pas brevetables : (...) 4° les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés ».

⁶⁵⁵ En ce sens, J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006, n°220, p. 138 : « On notera que si le champ de la brevetabilité se trouve désormais largement ouvert pour les animaux transgéniques, il n'en demeure pas moins que ce type de création suscite des réactions émotionnelles et éthiques que le droit des brevets ne peut méconnaître : les limitations apportées aux possibilités de brevetabilité dans ce domaine ont été introduites, qui renforcent l'exigence de compatibilité à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

⁶⁵⁶ OEB, 6 juillet 2004, T. 0315/03, *précitée*, p. 89, point 9.1 : “*The Board makes the following further observations on questions of evidence in an assessment using the Rule 23d(d) EPC test. First, this test requires three matters to be evaluated namely, whether animal suffering is likely; whether likely substantial medical benefit has been established; and whether the suffering and the medical benefit both exist in relation to the use of the same animals*” (traduit dans le texte).

⁶⁵⁷ OEB, 6 juillet 2004, T. 0315/03, *précitée*, p. 89, point 9.7 : “*Since only a likelihood of suffering need be shown, other matters such as the degree of suffering or the availability of non-animal alternatives need not be considered*” (traduit dans le texte).

⁶⁵⁸ OEB, 6 juillet 2004, T. 0315/03, *précitée*, p. 89, point 9.7 : “*Evidence need not be limited to that available at the filing or priority date but evidence becoming available thereafter must be directed to the position at that date*”. Et point 9.5 : “*It must be acknowledged that some information about certain inventions will only emerge*”.

dénoncé, l'éthique a parfois permis de renverser les dispositions sur la modification de l'identité génétique de l'animal en faveur de la protection de son statut si particulier⁶⁵⁹. Ainsi, en est-il du refus avancé au brevet de l'entreprise Upjohn, qui avait pour objet l'introduction d'un gène provoquant la perte de poils chez la souris, afin de développer des recherches sur l'alopecie. L'office européen des brevets a considéré que l'invention n'était pas brevetable au motif que l'utilité de la recherche pour l'homme ne justifiait pas la souffrance engendrée pour les animaux⁶⁶⁰. Le calcul « bénéfice-risque » ne s'équilibrait pas⁶⁶¹, car il ne s'agissait pas d'une « grande cause » de santé publique⁶⁶².

after, and on occasions some considerable time after, patent applications have been filed” (traduit dans le texte). Ce qui, comme le soulignent MM. les professeurs AZEMA et GALLOUX (in, J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006, n°224, p. 140), oblige le juge à des conjectures : « les modifications induites dans le génome de l'animal breveté « sont de nature à provoquer » des souffrances ... ».

⁶⁵⁹ Si l'on s'en tient à notre Code civil, l'animal est vulgairement un bien meuble au sens de l'article 528 (ou même un immeuble par destination, selon sa destination, sur le fondement des articles 522 et 524). Pourtant, il s'agit d'une chose/bien pas comme les autres, que la loi doit protéger pour sa sensibilité (ainsi en est-il de l'ancienne « loi Grammont », de 1850, sur les mauvais traitements infligés aux animaux ou des différentes dispositions des Codes rural et pénal sur la cruauté envers les animaux). C'est l'article 9 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, qui pose la qualité d'« être sensible » de l'animal. Sur le statut de l'animal, v. notamment, S. ANTOINE, *Le droit de l'animal, évolution et perspectives*, D.1996, Chron. p. 127. – J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, préf. Cl. Lombois, PUF, 1992. – A.-M. SOHM-BOURGEOIS, *La personnalisation de l'animal : une tentation à repousser*, D. 1990, chron. p. 36.

En soi, l'expérimentation animale ne peut pas être considérée comme une preuve *a priori* de la souffrance animale. Elle est admise au niveau international avec la Convention du Conseil de l'Europe du 18 mars 1986, sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques ; au niveau communautaire, par la directive n°86-609, du 24 novembre 1986, sur le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la protection des animaux utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques ; et au niveau national le Décret n° 2001-131 du 6 février 2001 portant publication de la Convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques, adoptée à Strasbourg le 18 mars 1986 et signée par la France le 2 septembre 1987, *JORF* n°37 du 13 février 2001 p. 2369. Sur ces textes, v. le récent Rapport de l'office parlementaire d'Évaluation des choix scientifiques et technologiques n°2145-n°155, de M. LEJEUNE et J.-L. TOURAINE, le 9 décembre 2009 sur, *L'expérimentation animale en Europe. Quelles alternatives ? Quelle éthique ? Quelle gouvernance ?*

On soulignera aujourd'hui la tendance au cantonnement de l'expérimentation animale et notamment dans le domaine des cosmétiques. En effet, Directive n°76/768/CEE du Conseil du 27 juillet 1976 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques (directive «Cosmétiques» modifiée par la Directive 2003/15/CE du Conseil du 27 février 2003 et transposée dans la loi n° 2008-337 du 15 avril 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-613 du 26 avril 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament). La directive met fin à l'expérimentation animale, en créant deux interdictions concernant : les tests des produits cosmétiques finis et des ingrédients sur les animaux (interdiction de l'expérimentation) ; la commercialisation de produits cosmétiques finis qui ont été testés sur des animaux ou qui contiennent des ingrédients testés sur animaux (interdiction de mise sur le marché).

Les rapports de la science et du droit avec l'animal ont été particulièrement approfondis dans l'étude de référence, S. DESMOULIN, *L'animal entre science et droit*, préf. C. LABRUSSE-RIOU, PUAM, 2006.

⁶⁶⁰ Sur cette affaire, v. OMPI, *Bioéthique et droit des brevets : l'affaire de l'oncosouris*, *Magazine de l'OMPI*, 2006/3. Or, cette décision datant de 1992, serait certainement aujourd'hui plus discutée. En effet, les désordres « de confort » sont de moins en moins délaissés au profit de la condition animale. Serait-ce parce l'utilitarisme ouvre les portes d'un marché en expansion ? En tout cas, il est possible de mentionner l'octroi d'un brevet ayant pour objet une invention concernant l'utilisation d'une souris transgénique qui permet d'examiner l'effet d'un agent à tester sur la dermatite, notamment, la dermatite auto-immune qui est un exemple typique ou l'alopecie ou

S'il est des cas, comme les exemples murins précédents, où l'application d'une philosophie utilitariste peut prêter à discussion sur ses éventuels effets pervers, d'autres cas, dans le domaine de la santé, sont incontestablement moins défendables, comme celui des maladies orphelines.

130.- De l'utilitarisme dans les maladies orphelines. Les maladies rares ou orphelines affectent moins d'une personne sur 2000, soit en France moins de 30 000 personnes⁶⁶³. Principalement d'origine génétique, on dénombre environ 7000 maladies rares, mais la plupart ne sont pas encore répertoriées. Il est triste de le présenter ainsi, mais à la lumière de ces chiffres, ces maladies ne présentent pas des débouchés intéressants pour les firmes pharmaceutiques considérant les recherches longues et coûteuses – qui consiste la plupart du temps en l'identification de la maladie et en la mise au point d'un traitement – et le faible retour sur investissement qu'elles procurent. La priorité des investissements sera donc donnée, selon le principe d'utilité, au plus grand nombre. Afin de pallier ce déséquilibre du marché, l'État va mettre en place des politiques de santé publique encourageant la recherche dans ces domaines « à faible pouvoir d'achat ». C'est ainsi qu'en France, le Plan national maladies rares 2005-2008 pour « assurer l'équité pour l'accès au diagnostic, au traitement et à la prise

les démanagements (Brevet WO/2004/093907, au nom de T. HOSHINO). En relativisant on remarquera que l'identité génétique animale est le plus souvent modifiée pour l'expérimentation de nouveaux traitements anticancéreux ou, comme récemment de maladie neuro-dégénérative, comme la maladie d'Alzheimer. En ce sens, v. notamment, *Le Quotidien du Médecin*, n°8586 du 10 Juin 2009, *informations médicales*, sur la manipulation d'une souris avec des protéines tau prions impliquées dans la maladie d'Alzheimer. Ou encore, citons le brevet WO/2006/004306, au nom de NEUROTECH PHARMACEUTICALS CO., LTD. L'objet de l'invention porte sur une souris transgénique présentant la maladie d'Alzheimer engendrée par micro-injection du vecteur (BETACTF99) dans un pronucleus d'un ovocyte fécondé, suivie par la génération de souris. La souris transgénique de cette invention présente des symptômes cliniques de la maladie d'Alzheimer, tels que des diminutions de la capacité cognitive et de la mémoire, un accroissement de l'anxiété, et une perte neuronale dépendant de l'âge. De ce fait, la souris transgénique constitue un modèle animal utile dans la recherche sur la maladie d'Alzheimer. Notamment, comme cette souris transgénique présente une perte neuronale plus grave que tout autre modèle animal transgénique pour la maladie d'Alzheimer connu dans la technique antérieure de l'art, la souris transgénique de ladite invention peut être utilisée comme modèle animal dans la prévention de perte neuronale qui débouche sur des maladies liées aux déficiences cognitives et psychiatriques.

⁶⁶¹ Sur la pratique d'un tel calcul en droit américain, v. notamment : M. D. SHTILERMAN, *Pharmaceutical inventions : a proposal for risk-sensitive rewards*, *Intellectual property law review*, vol. 46, n°3, p. 337.

⁶⁶² En ce sens, v. J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006, n°224, p. 140 : « Il suffirait donc que l'invention se rapportât à un fléau sanitaire et que l'inventeur crût en l'utilité de l'apport de son invention à la science médicale pour que le brevet fût conforme aux exigences de l'article 23 quinquies. Est-ce à dire que les maladies orphelines ou les affections ne causant que des désordres « de confort » seront sacrifiées sur l'autel de la protection animale pour n'être pas assez « substantielles » ? ».

⁶⁶³ C. LE PEN, *Les maladies rares ou orphelines*, *Cahiers français*, n°324 : *La santé*, janvier-février 2005, p. 78.

en charge »⁶⁶⁴. Au niveau communautaire, on peut signaler également des politiques en faveur du développement du médicament orphelin⁶⁶⁵, à travers le Règlement du Parlement et du Conseil du 16 décembre 1999⁶⁶⁶. Enfin, au niveau International, l'exemple américain, avec l'*Orphan drugs Act*, est particulièrement représentatif de cette prise de conscience précoce – puisqu'il date de janvier 1983 – d'un encouragement nécessaire des recherches pour l'élaboration de nouveaux traitements pour les maladies orphelines⁶⁶⁷.

En définitive, le concept de valeur « utilité-rareté » ouvre la porte du droit de la propriété intellectuelle à de nouveaux objets et notamment à des objets qui ne devraient pas se prêter à une telle protection⁶⁶⁸. Il est donc nécessaire d'arrêter de penser le droit de l'appropriation comme fondé sur les propriétés utile et rare de la chose incorporelle. Tout au plus, pourront-elles justifier une ouverture plus ou moins grande du marché et de la valeur d'échange de la chose.

⁶⁶⁴ Le plan était organisé autour de 10 axes : Mieux connaître l'épidémiologie des maladies rares ; Reconnaître la spécificité des maladies rares ; Développer l'information pour les malades, les professionnels de santé et le grand public concernant les maladies rares ; Former les professionnels à mieux les identifier ; Organiser le dépistage et l'accès aux tests diagnostiques ; Améliorer l'accès aux soins et la qualité de la prise en charge des malades ; Poursuivre l'effort en faveur des médicaments orphelins ; Répondre aux besoins d'accompagnement spécifique des personnes atteintes de maladies rares et développer le soutien aux associations de malades ; Promouvoir la recherche et l'innovation sur les maladies rares, notamment pour les traitements ; Développer des partenariats nationaux et européens dans le domaine des maladies rares. Il prévoit le déblocage de 108 millions d'euros pour financer les différents axes. Un second Plan national est prévu pour la période 2010-2014.

⁶⁶⁵ Au niveau européen, sont qualifiés de médicaments orphelins ceux qui sont destinés au diagnostic, à la prévention ou au traitement de maladies potentiellement mortelles ou très graves touchant moins de 5 personnes sur 10 000 dans la Communauté.

⁶⁶⁶ Ce Règlement (CE) n°141/2000 du 16 décembre 1999 permet à l'industrie de rentabiliser aussi correctement que possible son investissement en obtenant notamment des aides ou incitations, à condition de veiller à ce que les exigences de sécurité, de qualité et d'efficacité soient satisfaites. Ce règlement est opérationnel depuis le 27 avril 2000. Le critère de désignation du médicament orphelin est accordé par un comité des médicaments orphelins (COMP) qui siège à l'Agence Européenne des Médicaments (EMA, European Medicines Agency). Les avantages donnés au statut de médicament orphelin sont : enregistrement communautaire, éligibilité aux aides et incitations prévues au niveau communautaire et national, diminution voire suppression des droits d'enregistrement, collaboration technique au cours du développement et de l'enregistrement, en cas de succès, droit exclusif d'exploitation du produit pour cette indication pendant 10 ans. En ce sens, v. aussi : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité de région : *Les maladies rares : un défi pour l'Europe*, le 11 novembre 2008, n° CELEX 52008DC0679.

⁶⁶⁷ Au niveau des mesures prises par cette loi, on retiendra, entre autres, qu'elle permet d'augmenter l'exclusivité commerciale de 7 ans et une remise fiscale de 50% du coût des tests cliniques et de l'ensemble des recherches qui ont conduit à l'élaboration de ces nouvelles thérapies pour les maladies orphelines. En ce sens, v. notamment, C. R. REIDER, *The orphan drug act, Provisions and considerations*, *Drug information journal*, 2000, vol. 34, n°1, p. 295.

⁶⁶⁸ Le titre suivant a notamment pour but de mettre en avant ces dévoiements et de les corriger.

Paragraphe 3

La prudence avec la « valeur travail » dans le processus d'appropriation

131.- L'industrie pharmaceutique en pleine mutation. Cette révolution de la recherche et des technologies sur l'élaboration des médicaments du futur bouscule l'organisation des processus de production, et de fait la compréhension de la « valeur-travail ». Si, dans un modèle classique, un même laboratoire réalise dans son centre de recherche, presque toutes les étapes nécessaires à la fabrication du médicament⁶⁶⁹, l'arrivée des biomédicaments, rend le processus plus diffus, dans le sens où plusieurs « *start up* » en biotechnologies vont effectuer des recherches, parfois en dépendance les unes de autres⁶⁷⁰, pour aboutir à une production et une commercialisation⁶⁷¹. Ce mécanisme est expliqué par A. K. RAI⁶⁷², dans les années 1970-80, les industries pharmaceutiques et de biotechnologies fonctionnent de manière relativement indépendante. Elles ne collaborent pas dans les phases de recherche pré-clinique. Aujourd'hui, les deux types d'industries sont intimement liés. Par exemple, une industrie pharmaceutique travaillant sur la maladie d'Alzheimer, devra nécessairement avoir accès à des gènes ou des séquences de gènes détenus par une entreprise biotechnologique. C'est pourquoi chacune de ces industries a tendance à développer en son sein le secteur qui lui fait défaut⁶⁷³.

Nécessaire dans le domaine de la santé, la « valeur-travail » devient un élément clé dans la qualification de la création (A) mais qui doit générer une certaine prudence (B).

⁶⁶⁹ Comme, notamment : la synthèse chimique du produit, les tests de *screening* et de toxicité et l'organisation des premiers essais cliniques à l'hôpital.

⁶⁷⁰ L'externalisation des activités est particulièrement présente dans les secteurs des biotechnologies. C'est ainsi que l'on voit fleurir tout au long de la vie du médicament des contrats : de recherche, développement – *CRO* : *Contract research organization* ; de production – *CMO* : *Contract manufacturing organization* ; de commercialisation – *CSO* : *Contract sales organization*.

⁶⁷¹ En ce sens, v. Conseil Économique, social et environnemental, *Les biomédicaments : des opportunités à saisir pour l'industrie pharmaceutique, avis du 10 juin 2009*, La documentation Française, 1^{ère} partie, p. 8 : « Cela conduit à la multiplication des acteurs tout au long du processus. (...) La mise au point de nouveaux médicaments dépend désormais de la coopération entre les composantes d'un triangle vertueux : recherche fondamentale/valorisation et maturation/industrie pharmaceutique ».

⁶⁷² A. K. RAI, *Fostering cumulative innovation in the biopharmaceutical industry : the role of patent and anti-trust*, *Berkeley Technology Journal*, Spring 2001, n°16, p. 813.

⁶⁷³ En ce sens, A. K. RAI, *Fostering cumulative innovation in the biopharmaceutical industry : the role of patent and anti-trust*, préc. p. 813.

A) La nécessité de la « valeur travail »

132.- L'importance de l'acte de créer : l'apparition de la création. Il y a, au regard des précédentes explications sur la valeur économique, comme une évidence à identifier dans le travail humain la cause de l'entrée de la création intellectuelle dans la catégorie juridique des biens⁶⁷⁴. La force de travail est une source primordiale de valeurs⁶⁷⁵. En effet, l'acte de créer va faire apparaître la création, et comme le dit parfaitement M. le professeur GAUDRAT : « sans création pas d'œuvre »⁶⁷⁶. De la même manière, M. le professeur VIVANT souligne « il est un ou plusieurs créateurs sur qui se cristallise une création : celui qui a fixé l'idée, finalisé l'invention, arrêté la forme »⁶⁷⁷. Dans la terminologie, on notera qu'une fois le travail créatif caractérisé, la *chose immatérielle* pourra être nommée *création*. En définitive, l'acte de créer revêt une importance particulière dans la mesure où il constitue l'origine de la création, lui conférant une spécificité par rapport aux autres biens intellectuels, comme la créance ou le fonds de commerce⁶⁷⁸ et sans créer de différence entre les objets au sein de la propriété intellectuelle. Cela conforte l'approche unitaire de la création, pour laquelle nous avons opté au début de cette étude⁶⁷⁹. Mais si cet acte de créer est aussi fondamental pour être à l'origine de la qualification de la création, il convient d'en rechercher un sens plus précis.

⁶⁷⁴ En ce sens, v. A. COMTE-SPONVILLE, *Dictionnaire philosophique*, PUF, coll. *Perspectives critiques*, 2001, p. 136, V° *Création* : « au sens strict ou absolu ce serait produire quelque chose à partir de rien, ou plutôt à partir de soi seul ».

⁶⁷⁵ En ce sens, Th. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, préf. F. ZENATI, Litec, coll. *bibl. dr. entreprise*, t. 28, 1992, p. 365. Citant R. SAVATIER, l'auteur explique qu'elle serait même jugée par certains comme la seule source de valeur nouvelle : « Il nous paraît impossible de nier que la seule production véritable de valeurs nouvelles soit déjà fondamentalement humaine par sa source » (*in*, R. SAVATIER, *Le droit comptable au service de l'homme*, Dalloz, 1969, n°65, p. 93).

⁶⁷⁶ Ph. GAUDRAT, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134 : L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2)*, 2009, n°7. Se fondant sur l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'auteur complète cette idée par : « La création est une condition d'existence du droit parce qu'elle est une condition d'existence de l'œuvre ».

⁶⁷⁷ M. VIVANT, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, *in Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415 et spéc. p. 419.

⁶⁷⁸ En ce sens, P.-Y. ARDOY, *La notion de création intellectuelle*, th. dactyl. Pau, 2006, n°291, p. 149 : « La création intellectuelle pourrait être appréhendée en tant que telle, en tant que résultat en soi. Pareille approche suppose donc l'analyse de la création en tant qu'objet, ce qui pose la condition préalable de son existence. Il s'avère toutefois qu'une pure étude de la création en soi aboutisse au résultat paradoxal d'en nier la qualité de création. En effet, ce qui en marque sa spécificité c'est son origine. Occulter le lien entre le créateur et la création c'est nier cette particularité ».

⁶⁷⁹ V. *supra* n°21.

133.- La signification de l'acte de créer. Il est prégnant de constater comme la dimension biblique se révèle dès les premières acceptions de la définition courante du verbe *créer*⁶⁸⁰ : « donner l'être, l'existence, la vie à... »⁶⁸¹. Mais même si la proximité des termes⁶⁸² et la même ferveur génésiaque, inviterait à un rapprochement entre création divine et création intellectuelle, l'essence de cette dernière ne se conçoit que dans une dimension éminemment laïque⁶⁸³. C'est ainsi que le sens l'acte de créer se rapproche de celui « de faire, de réaliser ce qui n'existait pas avant »⁶⁸⁴. Pour caractériser l'œuvre ou l'invention, il est donc nécessaire de rechercher « le travail de l'homme, par opposition au « travail » de la nature »⁶⁸⁵. Opposition

⁶⁸⁰ En ce sens, les premières lignes de D. COHEN, *La liberté de créer*, sous la dir. de R. CABRILLAC, M. A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, Dalloz, 10^e éd., 2004, p. 407 : « Au sens premier du mot, créer n'est rien moins que tirer du néant, donner existence à ce qui n'était pas. C'est déjà beaucoup. Ce fut plus considérable encore et proprement inconcevable lors de la création initiale, c'est-à-dire de la Création, dont les sociétés polythéistes avaient fait plus modestement une œuvre collective. Le modèle créateur élève l'homme qui crée au rang de démiurge ; même privée de sa majuscule, la création ne perd pas tout à fait son essence divine ».

⁶⁸¹ *Le Grand Robert de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, 2^e éd., 2001, V^o *Créer*.

⁶⁸² Ce qui nous rappelle une des si jolies formules de D. PENNAC, *Monsieur Malaussène*, Folio, p. 30, qui dans sa longue interrogation procréatoire se demande enfin, si « Le Divin Parano mérite-t-il que l'on ajoute à son œuvre ? » [nous soulignons]. Plus sérieusement, citons l'expression désignant la propriété pour LE CHAPPELLIER dans son rapport à l'Assemblée constituante : « la plus sacrée » (in, LE CHAPPELLIER rapport à l'Assemblée constituante sur les décrets des 13-19 janvier 1791 : « La plus sacrée, la plus inattaquable et la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain », cité, entre autres, dans : Ouvrage collectif, *Les créations immatérielles et le droit*, sous la dir. de M. VIVANT, Ellipses, coll. *Le droit en questions*, 1997, p. 33).

⁶⁸³ Doit-on déduire de ce rapprochement, la volonté aujourd'hui de resserrer la notion d'œuvre autour d'une absolue conviction du Beau et d'un ontologique domaine de l'art ?

⁶⁸⁴ La spécificité de l'acte de créer, exercée dans le domaine de l'art ou de l'industrie, est de faire apparaître des objets nouveaux, des valeurs nouvelles. En ce sens, Th. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, op. cit., n°441, p. 504 : « L'action humaine a pour effet d'introduire dans la sphère de patrimonialité des valeurs qui n'y résidaient point. Elles étaient, jusqu'alors, situées hors de la sphère de patrimonialité : *res nullius, res communis, facultés personnelles* ». Comme le souligne M. le professeur GAUDRAT (in, Ph. GAUDRAT, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134 : L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2)*, 2009, n°11, l'exigence de nouveauté serait fondée sur l'article L. 113-2, alinéa 2, du Code de la propriété intellectuelle, qui permet de « distinguer la création composite de la création première, mais qui vaut identiquement pour distinguer la création première des matières premières ».

Cette idée de nouveauté attachée à l'objet de la protection issu d'un travail créatif est certainement à l'origine de la confusion de l'originalité et de la nouveauté dans l'analyse des conditions d'appropriation. Nous aurons l'occasion lors de l'étude précise de ces conditions d'y revenir (v. *infra* n°286 et s.). Mais nous pouvons d'ores et déjà affirmer que la nouveauté, loin de se confondre avec l'originalité, revêt une plus grande importance pour l'objet de la protection que pour l'analyse de ses conditions. Autrement dit, la nouveauté est prise en compte avant celle d'originalité. Mais cela ne peut se remarquer qu'en procédant à une séparation claire entre ce que nous nommons *objet* et *condition* de la protection. À côté, il est possible de s'interroger en droit des brevets sur la référence légale à la nouveauté dans les conditions d'appropriation, en plus de sa nécessaire existence dans la qualification de l'objet de la protection, l'invention. Une redondance salutaire ou forfaitaire ?

⁶⁸⁵ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°44, p. 56. Les auteurs soulignant, à juste titre, que l'on retrouve cette considération aussi bien en droit d'auteur qu'en droit des brevets, et plus précisément dans l'appropriation du vivant, lors du délicat passage de la découverte à l'invention, v. *infra* n°264 et s.

ou continuation, on remarque avec SAVATIER que « c'est le travail humain qui féconde économiquement les forces de la nature »⁶⁸⁶. Or, le domaine de la santé est particulièrement riche d'exemples.

134.- L'importance de l'acte de créer dans le domaine de la santé. Nous choisirons à titre d'illustration deux exemples révélateurs de la nécessaire présence de la « valeur-travail » dans le domaine de la santé.

D'une part, le travail créatif peut être effectué à titre originaire avec pour base les « forces de la nature », tel est le cas de la brevetabilité sur la matière vivante. Même si le processus de création sera plus longuement abordé lors de la qualification de l'invention – et son rapport à la notion de découverte – il est important de souligner l'histoire même de cette brevetabilité. En effet, c'est par le travail exercé sur des choses immatérielles qu'a progressivement été admise l'appropriation sur le vivant. Le premier exemple que l'on pourrait donner est celui du brevet de Louis Pasteur, obtenu vers 1873 auprès de l'Office américain des brevets, pour une « levure exempte de gènes pathogènes » destinée à la brasserie⁶⁸⁷. Et pourtant, cet octroi ne marque pas le début d'une appropriation massive du vivant. En effet, le travail effectué par un horticulteur pour la sélection d'une variété d'œillets avait clairement fait l'objet d'un refus par le Tribunal de commerce de Nice en 1921⁶⁸⁸. Puis, de nouvelles créations peuvent émerger du travail de créations précédentes, tel est le cas dans le domaine de la santé de la seconde application thérapeutique.

D'autre part, la reconnaissance de la « valeur-travail » peut-être essentielle lorsque le brevet a pour support de la matière vivante. Au vrai, cette « non-reconnaissance » peut laisser une place inopportune aux revendications du matériel biologique, support de l'invention. Tel était

⁶⁸⁶ À cette occasion, on remarque qu'il s'agit moins d'une *opposition* que d'une *continuation* avec la nature. Ce qui explique que la ligne de partage soit si difficile à tracer. Or, cette progression presque « naturelle » est décrite par R. SAVATIER, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, RTD civ., 1958, n°29, p. 23.

⁶⁸⁷ A. CLAEYS, *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée Nationale, n°3502, 20 décembre 2001, 1^{ère} partie, *Le vivant et la brevetabilité*, p. 15.

⁶⁸⁸ Sur cette question, v. notamment M.-A. HERMITTE, *Histoires juridiques extravagantes la reproduction végétale*, in *L'homme, la nature et le droit* (sous la dir.) B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE, éd. Ch. bourgeois, 1988, p. 40 et spéc. p. 45 et s. V. *infra* n°325 et s., sur la protection des variétés végétales.

la motivation des appelants à la célèbre affaire *Moore*⁶⁸⁹, et à la moins célèbre, mais tout aussi importante, affaire *Greenberg*⁶⁹⁰. L'intérêt de ces affaires pour notre étude n'est pas tant le statut juridique des éléments et produits du corps humain qu'elles viennent renseigner, mais bien, comment la propriété de ces éléments peut primer lorsqu'il s'agit de déterminer la titularité des droits. Si l'affaire *Moore* ne s'est pas soldée par la reconnaissance de la *Conversion* (acte non autorisé privant quelqu'un de sa propriété)⁶⁹¹, l'affaire *Greenberg* prospère à travers l'argument de *l'Unjust Enrichment*, un enrichissement personnel injuste. Que les motivations soient matérielles (intéressement au brevet ou octroi de dommages et intérêts) ou bien thérapeutiques (ou comment obtenir par la propriété des éléments du corps humain une meilleure information et des soins prioritaires), elles interrogent nécessairement la propriété intellectuelle, au point de remettre en cause le paradigme de la propriété⁶⁹². L'intérêt d'évaluer la force de travail contenue dans la chose incorporelle, est qu'elle permet comme l'a démontré M. le professeur REVET d'attribuer les droits de propriété intellectuelle à l'inventeur (ou à l'entreprise si celui-ci en est salarié)⁶⁹³, sans concession des droits préexistants. La ligne de partage semble alors rétablie entre une « propriété corporelle » sur les éléments et produits du corps humain et une propriété intellectuelle sur l'invention.

En conclusion, il est indispensable de reconnaître que le travail est à l'origine de la notion de création. Nous aurons l'occasion de le constater par la suite, tant à travers la propriété

⁶⁸⁹ Cette décision de la Cour de Californie en 1988 est tout aussi connue par le célèbre commentaire de B. EDELMAN, *L'homme aux cellules d'or*, D. 1989, p. 225.

⁶⁹⁰ Southern District Court of Florida, n°02-22244-CIV, Moreno, 29 mai 2003, aff. *D. Greenberg et al. v. Miami Children's Hospital Research Institute*, commentée par M. le professeur BRUGUIERE, in *Propr. Intell.* juillet 2004, p. 838.

⁶⁹¹ M. EDELMAN explique : « l'action en conversion vise l'hypothèse où un tiers s'est emparé du bien d'autrui, sans y être autorisé ni par le propriétaire de ce bien, ni par une disposition légale. Le propriétaire peut alors revendiquer le bien dont il a été indument dépouillé » (B. EDELMAN, *L'homme aux cellules d'or*, op. cit. p. 226).

⁶⁹² En ce sens, M. le professeur BRUGUIERE convient : « Que penser de cette décision sinon qu'elle démontre toutes les limites du modèle de la propriété. (...) *l'Unjust Enrichment* de la Cour de Floride sanctionnerait ici en définitive une propriété irresponsable. Le droit – ne l'oublions pas – est aussi affaire de responsabilités » (Décision *Greenberg*, *Ibid.*, p. 840). Et citant Mme le professeur BELLIVIER « comme si c'était moins le travail (l'invention des scientifiques) ou le donné préexistant (l'ADN à l'état brut) qui déterminait la titularité des droits qu'une certaine responsabilité matérielle et intellectuelle (conservation de la collection, organisation du droit d'accès, des échanges de la recherche) qui présidait à l'attribution du droit de propriété » (in, F. BELLIVIER, *Matériaux et résultats de la recherche en génétique humaine : richesses sans propriétaires ? Dr. et Pat.* mars 2001, p. 56 et spéc. p. 58). Cette dernière position est approfondie par l'auteure, in F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, *La circulation du vivant humain : Modèle de la propriété ou du contrat ? in, Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle* (sous la dir.) Th. REVET, LGDJ, 2005, p. 101.

⁶⁹³ Th. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, op. cit., n°441, p. 504.

littéraire et artistique que la propriété industrielle. À travers l'étude économique, nous avons également mis en évidence que ce travail confère la valeur à la chose. Or, il est nécessaire d'adopter une attitude prudente avec la « valeur-travail » dans le domaine de la santé, car d'une part, il peut s'avérer dangereux qu'elle s'exerce sur toutes choses, leur conférant dès lors le statut de création, et d'autre part, qu'elle confère une valeur à des objets qui devraient demeurer hors de la sphère patrimoniale.

B) La méfiance envers la « valeur travail »

135.- Cette méfiance envers la « valeur-travail » provient à la fois de la confusion qu'elle peut générer entre l'homme et la chose (1) et également, par le désagréable sentiment d'une domination des choses sur les hommes (2).

1) La « valeur travail » et la confusion de la chose et de l'homme.

136.- Quand l'inanimé s'anime... Il ressort parfois une sensation d'habiter dans un monde de choses où l'homme, tant par sa singularité que par sa pluralité, ne s'y retrouverait plus⁶⁹⁴. À tel point que, par anthropomorphisme, il est possible de juger de *l'animation* des choses. Qu'elle soit imprégnée de l'intervention humaine ou qu'elle porte en elle les germes de l'animation, nous en revenons au même constat *l'inanimé s'anime*⁶⁹⁵. Dans la première proposition, c'est l'exclusivité qui va donner naissance au mouvement prêté à la chose. Cette exclusivité en droit s'exerce par le droit de propriété⁶⁹⁶ qui, selon la nature de l'objet

⁶⁹⁴ En ce sens, v. B. EDELMAN, *De la propriété-personne à la valeur-désir*, D. 2004, chron. p. 155 : « nous avons le sentiment de pénétrer dans un univers étrange où les personnes et les choses se chevauchent se permutent, échangent des signes de reconnaissance ».

⁶⁹⁵ Sur cette belle expression, v. J. CARBONNIER, *Les choses inanimées ont-elles une âme ?*, in *Anthropologie juridique, Mélanges P. Braun*, textes réunis par J. Hoareau-Dodineau et P. Tixier, PULIM, 1998, p. 135 : « *Animula, vagula, blandula*, comme disait Hadrien, très chère hôtesse de mon corps : pourquoi ne serait-elle pas également présente dans le bien corporel ? »

⁶⁹⁶ En ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRE-FORNACCIARI, *Quelques remarques sur le droit de propriété*, A.P.D. T. XXXV, *Vocabulaire fondamental du droit*, 1990, p. 233 et spéc. p. 239 : « Mais le droit de propriété, lien magique entre l'être et l'avoir, isole le propriétaire du reste des mortels ». Sur le caractère exclusif de la propriété, v. notamment, C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 10^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°123. – J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et C. CIMAMMONTI, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2010, n°95, p. 109 – R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, et spéc. n°9. – Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 2^e éd., Defrénois, 2005, p.126. – G. MARTY et P. RAYNAUD, par P. JOURDAIN, *Les biens*, Dalloz, 1995, n°40. – F. ZENATI, *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, *RTD civ.* 1993, p. 314. À côté, on retient traditionnellement, les caractères absolu et perpétuel de la propriété. (Sur la perpétuité en droit de propriété intellectuelle, v. *infra* n°337).

considéré, sera qualifié de corporel ou incorporel⁶⁹⁷. Dans la seconde proposition, c'est la chose, elle-même, qui va porter en elle des liens étroits avec la personne. Il est des objets qui apparaissent indispensables à la survie de l'être humain, tels que ceux qui comblent le besoin de se soigner. Certains de ces objets sont même élaborés à partir de l'homme, de son sang, de ses cellules, de ses séquences génétiques, etc. La principale *summa divisio* de l'époque moderne⁶⁹⁸ se floute et se sont nos compréhensions de l'être et de l'avoir⁶⁹⁹ qui se perdent. On pourra toujours arguer que la civilisation romaine ne s'est pas éteinte du fait de la méconnaissance de la *res* dans l'opposition du sujet et de l'objet⁷⁰⁰. Que ce soit en droit archaïque romain ou plus tard, avec les *Institutes* de GAIUS⁷⁰¹, « le naturalisme [des romains]

⁶⁹⁷ Si le droit des biens était amené à appréhender le caractère incorporel de certains biens, c'est le droit de la responsabilité qui défendrait les éléments incorporels de la personne. En ce sens, v. E. AGOSTINI, *Corporel et incorporel, Être, voir et avoir, D.* 2004, p. 821.

⁶⁹⁸ En ce sens, Ph. MALAURIE et L. AYNES (*Droit civil. Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, par Ph. Malaurie, Defrénois, 4e éd., 2009, n° 4, p. 4), la division de l'univers juridique en deux catégories, les personnes et les choses, constitue le « fondement principal de notre civilisation ». Et à la question, la *summa divisio* est-elle un postulat – une évidence relative – ou un axiome – une évidence absolue – du droit ?, J.-C. GALLOUX (*Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique*, th. dactyl., Bordeaux I, 1988, pp. 5 et 6) expose sa préférence en une approche axiomatique, plus sécurisante.

⁶⁹⁹ Sur ce point, v. notamment : Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil. Les biens*, 2e éd., Defrénois, 2005, n° 3, p. 3 « L'être, l'avoir ; la démesure. (...) La richesse n'est pas que l'avoir, elle est aussi l'être : l'avoir, le pouvoir et le savoir ».- M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Droit civil, Les biens*, Dalloz-Sirey, coll. *Université*, 2006, n° 3 p. 2 : « Le droit des biens constitue sans doute la manifestation la plus évidente de ce clivage fondamental : le droit des personnes organise les règles indispensables à l'être, le droit des biens, et plus largement, le droit du patrimoine organise les règles essentielles à l'avoir ». Rapp. F. DAGOGNET, *Philosophie de la propriété. L'avoir*, PUF, 1992, p. 7 : « La bourse ou la vie ? Sous cette forme facile, la réponse ne laisse aucun doute. Mais avoir ou être ? Il faut assurément "être" pour "avoir", comme le répètera inlassablement le défenseur de l'"être", encore que l'avoir assure sa visibilité et sa présence » et p. 19 « Objets et personnes – l'avoir et l'être – vont donc ensemble ».- E. AGOSTINI, *Corporel et incorporel, Être, voir et avoir, D.* 2004, chron. p. 821. Mais encore pour dépasser la dichotomie de l'être et de l'avoir et dans le même temps, le rapprocher des propriétés intellectuelles, v. M. VIVANT, *Savoir et avoir, A.P.D.*, t. XLVII, *La mondialisation entre illusion et utopie*, Sirey, 2003, p. 333 : « Si le savoir est de l'ordre de l'être, l'avoir s'oppose à l'être. (...) La mondialisation est un jeu de pouvoir et ce n'est donc plus un simple binôme qui appelle l'examen, mais un trinôme : savoir – avoir – pouvoir ».

⁷⁰⁰ En ce sens, G. ROMEYER-DHERBEY, *Chose, cause et œuvre chez Aristote*, art. préc. p. 128 : « Et si la chose aristotélicienne n'est pas interprétée de façon moderne comme « objet » c'est que l'homme, pour Aristote, n'est pas encore essentiellement défini comme « sujet », comme pour-soi, si l'on veut se servir à nouveau d'une notion sartrienne ». Au-delà même de l'opposition, les choses et les personnes en droit romain peuvent être intégrées. Rapp. Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine* (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain), *A.P.D.*, t. XXV, *La Loi*, Sirey, 1980, p. 416 et spéc. p. 418 et p. 422 : le *patrimonium* correspond au « statut légal du *pater*, tout comme *matrimonium*, mariage désigne le statut légal de la mère », ou encore la *familia* est à la fois sujet, par les choses et les droits qu'elle détient en la personne de son représentant, et objet parce qu'elle est précisément tout ce sur quoi le *pater* exerce sa direction ».

⁷⁰¹ Vers les années 160 de notre ère, Gaius a exposé (GAIUS, *Institutes*, trad. française par J. Reinach, Paris, les Belles lettres, 2003, I.8) dans un ordre logique une division tripartite du droit romain : le *jus personarum* (statut des personnes), le *jus rerum* (droit des choses, qui sera lui-même divisé en sous catégories, telles que les *res corporales* et les *res incorporales*) et le *jus actionum* (actions en justice).

est objectiviste : l'élaboration du droit se fait à partir d'une contemplation du réel »⁷⁰². Ainsi, il faudra attendre la philosophie *jusnaturaliste*, qui par la subjectivation du droit⁷⁰³, révélera la dichotomie et l'interdépendance des notions de chose et de personne⁷⁰⁴. Notre époque la connaît, y est attachée, il convient de travailler à la respecter en identifiant tout d'abord la cause de cette dispersion.

137.- La cause de la perte de frontière entre la personne et la chose. L'accusation ne vient pas de nous : « Or les théories économiques de la valeur ont rapproché la chose de la personne et renouvelé l'analyse de leur relation »⁷⁰⁵. L'intervention humaine toujours plus pointue dans

⁷⁰² F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd. PUF, 2008, n° 6, p. 24. Objectivisme qui sera largement critiqué par LEIBNIZ, dans la *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, cité par J.-L. GARDIES, *La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant, A.P.D., t. XXIV, Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 139, et spéc. p. 142 : « celui-ci [Leibniz] reprochait à cette division en personnes, choses, et actions de ressortir au domaine du fait, alors qu'une organisation rationnelle de l'ordre juridique aurait dû, selon lui, de par la nature de son objet, s'appuyer sur les concepts de droit, comme ceux de pouvoir et d'obligation ».

⁷⁰³ La genèse des droits subjectifs ne se situe pas à l'époque romaine, mais a reçu ses premières consécutions par les glossateurs et romanistes de l'Ancien droit. En ce sens, M. VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif, A.P.D., t. II., Déontologie et discipline professionnelle*, Sirey, 1954, p. 163. Cette relation des personnes et des choses est d'autant plus importante aujourd'hui, qu'elle se trouve être la base d'une rénovation de la théorie de la propriété, où la propriété, lien privatif entre une personne et ses biens, devient « une notion fondamentale du droit privé, qui se confond avec le droit subjectif lui-même » (F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. dactyl., Lyon, 1981, p. 750).

⁷⁰⁴ En ce sens, J.-L. GARDIES, *La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant, A.P.D., t. XXIV, Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 139, et spéc. p. 143 : l'auteur cite C. WOLFF (*Discours préliminaire sur la philosophie en général*, trad. par Th. Arnaud et al., Vrin, 2006) et G. ACHENWALL (*Jus naturae*, 8^e éd. Goettingae, 1781) : « les choses extérieures, écrit le premier, à savoir les êtres corporels situés en dehors de nous, c'est-à-dire les substances situées en dehors de nous, qui peuvent être perçues par le sens externe, sont appelées au sens juridique tout simplement choses (parfois choses corporelles), et ainsi les choses sont-elles opposées aux personnes ». Dans le même sens, leur célèbre successeur immédiat E. KANT confirme « La chose est ce qui n'est pas susceptible d'imputation. Tout objet du libre arbitre qui n'est pas lui-même pourvu de liberté s'appelle donc chose » (in *Métaphysique des mœurs, 1^{ère} partie : Doctrine du droit*, préf. M. Villey, trad. par A. Philonenko, 5^e éd., Vrin, 1993, cité par J.-L. GARDIES, *La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant, A.P.D., t. XXIV, Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 139, et spéc. p. 143). Pour dater ce rapport des hommes aux choses, qui en matière de droit des biens sera nommé *exclusivisme*, v. notamment A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, p. 141 : « A partir de la renaissance (mais le mouvement a des racines plus lointaines et chrétiennes) le puissant courant de l'individualisme bouscule cette perspective objective. L'individu devient le centre du monde. C'est à partir de lui que les juristes déduisent désormais le système de droit et en particulier le droit de la propriété ».

⁷⁰⁵ F. TERRE, *L'être et l'avoir ? La personne et la chose, Responsabilité civile et assurances : Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 459 et spéc. p. 463. L'auteur analyse successivement deux mouvements : la réification de la personne : « il a bien fallu admettre, même sans le dire, que la personne humaine n'était pas désincarnée, que le corps qui compose est une chose, ce qui naturellement, conduit à la situer à proximité fondamentale des biens attachés à la personne » ; et la personification de la chose « S'il y a une réification des personnes, il y a, en effet, inversement, une personification des choses, variant selon qu'il s'agit de choses inanimées ou de choses animées ». En ce sens, B. EDELMAN, *De la propriété-personne à la valeur désir*, D. 2004, Chron. p. 155.

la manipulation de l'homme à travers sa matière vivante sera stimulée pour y trouver toujours de nouvelles potentialités pour la santé. Les secteurs pharmaceutiques de pointe sont aujourd'hui ceux du biomédicament qu'il émane de la thérapie génique, cellulaire, etc⁷⁰⁶. Ou comment l'homme valorise-t-il l'homme par le travail qu'il exerce sur lui. Et comme le souligne M. le professeur REVET : « La personnalité intègre de plus en plus la logique patrimoniale, et résulte d'une soumission croissante de l'être à l'avoir. Ce phénomène n'est-il pas ce qui pourrait bien, en effet, constituer le cheval de Troie d'une patrimonialisation de la personne ? »⁷⁰⁷. Le jeu des mots⁷⁰⁸, personne ; corps humain ; éléments détachés du corps humain ; ne cache rien à une certaine réalité qu'il est nécessaire de maîtriser : la pénétration de la propriété privée, par la « valeur-travail » sur les bastions sacrés de la personne. Il semblerait que, pour la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, cette question atteigne son paroxysme dans ce que l'on appelle couramment l'affaire *Diamond v. Chakrabarty*.

138.- « Est potentiellement brevetable tout ce qui est fait par l'homme sous le soleil »⁷⁰⁹.

Nous avons choisi la décision *Diamond v. Chakrabarty* pour mettre en évidence la « valeur-travail » dans ce qu'il est convenu d'appeler la « brevetabilité du vivant »⁷¹⁰. Le mouvement amorcé sur les plantes s'est prolongé par la brevetabilité de la bactérie *Chakrabarty*, du nom du chercheur qui l'avait obtenu. General Electric déposa un brevet sur cette bactérie, que l'Office américain des brevets accepta partiellement. Le procédé d'obtention de la bactérie est brevetable, mais non les revendications sur la bactérie obtenue. En 1980, la Cour suprême trancha ce conflit pour admettre la brevetabilité de la bactérie. La motivation est célèbre « Est potentiellement brevetable tout ce qui est fait par l'homme sous le soleil ». Elle est surtout

⁷⁰⁶ Sur les avancées médicales sur la matière biologique, v. *infra* n°179.

⁷⁰⁷ Th. REVET, *L'argent et la personne*, A.P.D., t. 42, *L'argent et le droit*, Sirey, 1997, p. 43 et spéc. p. 51.

⁷⁰⁸ Parfaitement décrit par D. BOURG, *Sujet, personne, individu, Droits*, 1991, p. 87.

⁷⁰⁹ USA, 447 US.303, 206 USPQ 193 (16 juin 1980), *Diamond v. Chakrabarty*. Pour un commentaire, v. notamment, B. EDELMAN, *Vers une approche juridique du vivant*, in *L'homme, la nature et le droit* (sous la dir.) B. EDELMAN et M.-A. HERMITTE, éd. Ch. bourgeois, 1988, p. 27.

⁷¹⁰ Nous l'aborderons tout au long de cette étude. Sur cette question, v. notamment, M. CASSIER, *Les débats sur la brevetabilité du vivant et du génome humain*, *Revue Regard sur l'actualité*, n°291, mai 2003, p.45. A. LAUDE, *L'encadrement juridique de l'innovation*, *Les Tribunes de la santé* 1/2004 (n° 2), p. 37-46.

révélatrice que la « valeur-travail » possède un pouvoir important dans la qualification des biens⁷¹¹. Nécessaire à l'identification de la création, il sera indispensable de la contenir.

2) La « valeur travail » et la domination de la chose sur l'homme.

139.- Le « caractère fétiche de la marchandise et son secret ». Pour rappel, la théorie marxienne de la valeur part du constat que les hommes travaillent ensemble et que leur travail acquiert ainsi une forme sociale. Cette forme sociale est l'expression des rapports sociaux de productions qu'entretiennent les producteurs. Or, la théorie du fétichisme de la marchandise décrit la manière dont le travail, dit social, se « cristallise »⁷¹² dans les marchandises⁷¹³. Les marchandises, possèdent alors quelque chose de fétiche, de magique⁷¹⁴, car elles sont les porteurs matériels de cet abstrait travail social ; elles sont « l'expression réifiée du travail social dans la valeur des choses »⁷¹⁵. En d'autres termes, ce qui à l'origine était un rapport entre les hommes apparaît, dans le contexte de l'économie marchande, et par fétichisme de la marchandise, comme un rapport entre les choses.

⁷¹¹ En atteste la toute première citation du rapport LEVY-JOUYET : « Il est une richesse inépuisable, source de croissance et de prospérité : le talent et l'ardeur des femmes et des hommes » (in, M. LEVY et J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, La croissance de demain, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel*, 2006, p. 1)

⁷¹² I. I. ROUBINE, *Essai sur la théorie de la valeur de Marx*, 1^e éd., trad. par J.-J. Bonhomme, Paris, éd. F. Maspero, 1978, p. 111, explique que l'expression *sich darstellen* est souvent employé par MARX et qu'elle signifie très exactement, que le travail « se représente » dans la valeur (*sich darstellt*).

⁷¹³ Pour mémoire, la définition de la marchandise de MARX, pourrait se résumer par l'équation : une marchandise est une chose sociale.

⁷¹⁴ En ce sens, lorsque K. MARX (*Le capital. Critique de l'économie politique, Livre premier : Le développement de la production capitaliste*, t. I, 1867, Trad. française J. Roy, Paris, Éditions sociales, 1969, p. 84.) : « D'où provient donc le caractère énigmatique du produit du travail, dès qu'il revêt la forme d'une marchandise ? Évidemment de cette forme elle-même ». On le comprend encore mieux, lorsque l'auteur donne la parole aux marchandises : « Les marchandises diraient si elles pouvaient parler : notre valeur d'usage peut bien intéresser l'homme ; pour nous, en tant qu'objets, nous nous en moquons bien. Ce qui nous regarde c'est notre valeur. Notre valeur entre nous comme chose de vente et d'achat le prouve. Nous ne nous envisageons les unes les autres que comme valeurs d'échange » (*Ibid.* pp. 93-94).

⁷¹⁵ Autrement dit, par K. MARX (*Le capital. Critique de l'économie politique, Livre premier : Le développement de la production capitaliste, op. cit.* p. 54.) : « Métamorphosés en sublimés identiques, échantillon d'un même travail indistinct, tous ces objets manifestent plus qu'une chose, c'est que dans leur production une force de travail humaine a été dépensée, que du travail humain y est accumulé. En tant que cristaux, de cette substance sociale commune, ils sont réputés valeurs ». Rapp., I. I. ROUBINE, *Essai sur la théorie de la valeur de Marx, op. cit.* p. 111, qui souligne que : « La réification du travail dans la valeur est la conclusion la plus importante de la théorie du fétichisme ; elle explique le caractère inévitable de la « réification » des rapports de production entre les hommes dans une économie marchande ».

Ainsi, le fétichiste va attribuer à la marchandise, des propriétés internes ou naturelles qu'elle n'a pas, par exemple sa valeur d'échange alors que, ces propriétés, et notamment la valeur d'échange, ont leur origine dans les rapports sociaux, dans lesquels entrent les hommes au cours du procès de production⁷¹⁶. Et cela devient le grand « secret » de la marchandise, qui, vidée de son utilité et réduite à sa valeur d'échange, donne aux hommes l'illusion que son prix [valeur d'échange] va de soi, qu'il est fixé par les lois du marché, alors qu'il dissimule toutes les subtilités de la « valeur-travail ». Les enjeux de cette grandiose tromperie sont que « les pseudos pouvoirs attribués à la marchandise fétiche masquent en quelque sorte la réalité et la vérité des rapports de pouvoir entre les hommes que sont les rapports de propriété »⁷¹⁷.

140.- La conséquence de la théorie du fétichisme de la marchandise et de son secret dans le domaine de la santé. La principale conséquence de cette théorie dépasse la formulation marxienne, qui a conduit MARX à dénoncer, dans un contexte industriel, l'aliénation de la classe ouvrière par la classe bourgeoise, pour retentir d'une autre façon dans le domaine de la santé. En effet, si le travail humain se réifie dans les biens, alors, le produit de santé sera réduit au simple et fétiche état de *marchandise*. Déconnectée de toute son utilité, seule sa valeur d'échange comptera. Et il deviendra vulgairement échangeable et interchangeable avec toutes autres marchandises, et notamment avec « la forme la plus aboutie du processus de marchandisation qui est la mesure de la valeur et qui est finalement la valeur de la valeur »⁷¹⁸ : l'argent. Les fétichistes croiront alors que les produits de santé tirent leur valeur d'échange des lois du marché. Illusionnés, ils ne verront pas le grand « secret » des produits de santé, c'est-à-dire, celui qui révélera la forme sociale de ces produits.

Il faut nuancer de tels propos notamment au regard des travaux de Mme JOURDAIN-FORTIER sur la santé dans le commerce international⁷¹⁹. L'auteur y démontre que certes les objets du domaine de la santé ont pénétré dans la sphère marchande, au point de former un

⁷¹⁶ En ce sens, K. KAUTSKY, *The Economic Doctrines of Karl Marx*, A. et C. Black, Londres, 1925, p. 11, cité par I. I. ROUBINE, *Essai sur la théorie de la valeur de Marx*, op. cit., p. 22 : « de même que le fétichiste attribue à son fétiche des caractéristiques qui ne découlent pas de sa nature, l'économiste bourgeois prend la marchandise pour une chose sensible qui possède des propriétés suprasensibles ».

⁷¹⁷ J.-P. SYLVESTRE, *Marchandisation et société*, intervention dans le cadre du colloque du CREDIMI, *Droit et marchandisation* (sous la dir.) E. LOQUIN et A. MARTIN, Dijon, 18 et 19 mai 2009, Litec, 2010, p. 27.

⁷¹⁸ J.-P. SYLVESTRE, *Marchandisation et société*, préc. p. 27.

⁷¹⁹ C. JOUDAIN-FORTIER, *Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006.

véritable « marché international de la santé ». Mais ce marché intègre ces objets tout en tentant de s'adapter. L'auteur donne notamment l'exemple des accords en faveur des pays en voie de développement consentis pour leur permettre une meilleure accessibilité. OPPETIT le soulignait également, « les valeurs marchandes tendent certes à devenir dominantes dans un monde contemporain régi par l'économie monétaire, mais le caractère relativiste qu'elles impriment à l'être provoque en retour des mises en garde contre la surévaluation de l'économie et du marché »⁷²⁰.

141.- Conclusion de la Section 2 : Les limites à la réception de la valeur économique dans la propriété intellectuelle du domaine de la santé. Nous avons pu mesurer les limites de la réception de la valeur économique dans l'objet de la propriété intellectuelle en reprenant les composantes de la valeur économique. Tout d'abord, la décomposition non retenue de la valeur économique, à savoir sa valeur d'échange, est inefficace puisque ne peuvent coïncider les sphères de commercialité économique et juridique. Les explications sont simples : la commercialité juridique est plus large que celle économique puisqu'elle regroupe les actes à titre gratuit et le caractère hors du commerce d'une chose n'implique pas qu'elle soit nécessairement hors propriété. De plus, la valeur « utilité-rareté » s'avère être autrement plus pernicieuse. Car même si l'on ne veut pas reconnaître une appropriation automatique de la création, il semble que les critères de rareté et d'utilité pénètrent incidemment les conditions de l'appropriation. L'objet se perd alors dans la qualification de ses conditions. L'objet de la propriété est prié de s'ouvrir à toute chose utile et rare du domaine de la santé. Ainsi pénétré, il devient difficile de le cerner tant par sa multiplication quantitative que par son étendue qualitative – la largesse des revendications accordées en matière de brevet, par exemple. C'est alors qu'un nombre d'objets incommensurable émanant du domaine de la santé va s'imposer à la protection par le droit de la propriété intellectuelle. Au-delà, la valeur économique altère le droit de la propriété intellectuelle. Elle cesse alors d'être un régime d'exception en reconnaissant toutes choses utiles et rares, remettant y compris en question sa nature – elle deviendrait un droit de clientèle. L'image si pure de l'épure s'éloigne lorsque l'on vient à constater que la propriété intellectuelle devient un droit consumériste et utilitariste. Enfin, la « valeur-travail » si elle est nécessaire à l'apparition des choses incorporelles, elle apparaît insuffisante à la caractérisation des choses incorporelles en création. L'inverse aurait

⁷²⁰ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 206.

d'ailleurs dans le domaine de la santé pour conséquence de nous faire perdre encore plus nos repères dans la distinction des choses et des personnes.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 : LA RÉCEPTION DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

142.- Identification du bien et de la chose commune à partir de la valeur économique. La définition de la valeur économique obtenue à partir de l'étude de son origine nous enseigne sur sa proximité avec la notion de bien. Le bien incorporel est approprié pour la valeur qui constitue son essence, sa substance. L'idée même de bien se perd derrière celle de valeur qui tend à devenir l'unique entité considérée. Dès lors, le bien est automatiquement constaté derrière toute chose incorporelle dotée d'une valeur économique. Ce qui nous autorise à dire que le processus de production de la valeur économique est le même que le processus de production du bien. Il ne faudra donc pas s'étonner de trouver derrière chaque bien, une chose produite par l'homme (« valeur-travail ») ou possédant une utile rareté (valeur « utilité-rareté ») ou commercialisée (valeur d'échange). L'enseignement de la valeur économique ne s'arrête pas au seul constat de la définition du bien. Il est également riche de conséquences sur la notion de chose commune. En effet, puisque le bien est une catégorie juridique alternative à celle de chose commune, la valeur économique deviendra le critère de dissociation. C'est pourquoi la chose commune, d'après ce constat, peut être perçue comme toute chose qui ne possède pas de valeur économique, c'est-à-dire, les choses inutiles et abondantes (valeur « utilité-rareté »), les choses improductives (valeur « travail ») ou bien encore les choses hors du commerce (valeur d'échange).

143.- Remise en cause de la généralisation de la création dans le droit commun des biens. Face à la sollicitation de la protection par la propriété intellectuelle de toujours nouveaux objets, particulièrement dans le domaine de la santé, il est possible de remarquer sa progressive conformation au droit commun des biens. Ce serait l'irrésistible tentation de la valeur économique qui serait la cause de la perte de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. La cause des maux est identifiée. La valeur « utilité et rareté » contribue à une expansion sans fin de l'objet de la propriété intellectuelle. À tel point que, les limites du domaine de l'appropriation deviennent impossible à tracer. La chose commune ne devient qu'un résidu dont le destin est suspendu à la découverte de son éventuelle valeur économique. Ce fonds commun des connaissances nourrissant une recherche scientifique de base est, par le prisme de la valeur économique, composé de « biens en puissance ». Ce changement de l'objet aura pour conséquence un changement du droit. De sa nature, en droit de clientèle, à sa

logique, consumériste et utilitariste, les dangers que nous avons pointés pour le domaine de la santé sont grands. Et si, raisonnablement, on décide d'abandonner les critères d'utilité et rareté pour qualifier la création, pour ne retenir que celui de la « valeur-travail », on réalisera qu'il ne permet pas une telle qualification. Tout au plus, le travail contribuera à la sensation des choses incorporelles, y compris dans des domaines d'une particulière sensibilité, comme ceux du vivant.

En définitive, l'objet de la propriété intellectuelle ne peut être déduit, comme tous les autres biens, d'une valeur économique. La menace est d'autant plus grande dans le domaine de la santé.

CONCLUSION DU TITRE 1 : LE DIAGNOSTIC DE LA VALEUR ECONOMIQUE SUR LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

144.- Le diagnostic d'une valeur économique tentaculaire Le domaine de la santé apparaît comme un domaine privilégié pour une réflexion sur la pénétration de la valeur économique et l'objet de la propriété intellectuelle. En effet, si au premier abord, il ne semble pas évident d'associer la valeur économique aux objets pouvant affecter l'état de santé d'une personne, au motif, qu'il serait difficile de donner un prix à la vie elle-même, nous avons démontré, qu'au contraire, puisant dans des origines diverses, les objets du domaine de la santé valent. Ils valent par le travail qui s'exerce sur eux, et aussi, par l'« utile-rareté » qu'ils recèlent. On rejoint l'observation de SAVATIER selon qui : « Tout se vend, tout s'achète, tout se monnaie, même les valeurs les plus hautes »⁷²¹. Mais de cette révélation découle une autre conséquence. La valeur économique dématérialise les objets du domaine de la santé pour les soumettre au droit. Elle apparaît comme une nature de la chose qui est réceptionnée par le droit, en principe, par l'intermédiaire d'une loi. Or, aujourd'hui devant la sollicitation pressante d'une multitude d'objets du domaine de la santé, le droit spécial sur les biens incorporels tend à céder. Notre jeune propriété intellectuelle ne résisterait pas aux sirènes économiques l'entraînant dans les tréfonds du droit commun des biens. Droit commun des biens, qui lui, en revanche, se trouve parfaitement « taillé » pour une telle réception. Dès lors, ces objets pourvus d'une valeur économique vont faire perdre la nécessité d'une loi. L'urgence de la satisfaction de certains besoins en matière de santé ne laisse pas le temps nécessaire au droit pour se construire sans se confondre⁷²². La science juridique serait donc la servante de la science économique⁷²³. Nous constatons avec M. le professeur BRUGUIERE que « les auteurs qui dénoncent souvent avec raison le mythe de l'adaptation du droit au fait social, lorsqu'il s'agit par exemple de légiférer sur la famille avec des sujets tels que le PACS, divorce et patronyme ou plus curieusement sur certains événements concernant notre histoire, devraient également dénoncer le mythe de l'adaptation du droit au fait économique ou plus

⁷²¹ R. SAVATIER, *Le droit et l'échelle des valeurs, Mélanges en l'honneur de P. Roubier, t. 1, Théorie générale du droit et droit transitoire*, p. 441.

⁷²² Sur la construction juridique, le rapport du droit au fait, v. *infra* n°188 et s.

⁷²³ Pour répondre à l'interrogation de M. DANET, v. *supra* n°43 (D. DANET, *La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique ?*, *R.I.D.E.* 1993, p. 5).

précisément le fait que toute valeur économique conduise au bien à la propriété »⁷²⁴. C'est alors que toute chose incorporelle qui affecte l'état de santé d'une personne, ayant nécessairement une valeur économique, deviendra l'objet de la propriété intellectuelle.

145.- Le diagnostic d'une valeur économique mortifère. Le diagnostic de la présence de la valeur économique dans le processus de qualification de l'objet de la propriété intellectuelle est mortifère à la fois pour le domaine de la santé et pour le droit de la propriété intellectuelle. Pour le domaine de la santé, tout d'abord, parce qu'elle a pour conséquence de rendre encore plus floue des frontières pourtant essentielles entre le domaine de l'appropriable et le domaine de l'inappropriable. Si elle invite à l'appropriation automatique de tout objet possédant une valeur économique, il ne reste plus aucun objet dans le domaine de la santé qui s'avèrerait protégé d'une velléité monopolistique. « La notion de bien inappropriable est inadéquate à la logique du marché, et c'est ainsi que s'est effondrée la limite interne de la catégorie »⁷²⁵.

Or, rendre la catégorie juridique des choses communes résiduelle à celle de biens, conduit inexorablement à pénaliser la recherche. Cela est d'autant plus vrai avec le développement de l'industrie pharmaceutique vers les biotechnologies. Les recherches longues, coûteuses et aléatoires nécessitent de puiser dans un fonds commun sans entrave. Or, la valeur économique fondant l'appropriation légitime les comportements privatifs, encourage les revendications larges dans les brevets, les attitudes utilitaristes et les besoins consuméristes. Le domaine de la santé ne peut que souffrir d'être ainsi réservé à la propriété de certains au détriment de tous.

Pour le droit de la propriété intellectuelle, ensuite, la pénétration de la valeur économique dans le processus de qualification a pour conséquence de lui faire perdre son caractère exceptionnel. De l'archipel des propriétés immatérielles, nous avons constaté une dérive continentale. Le domaine de la santé ne peut que trembler devant cette emprise de la propriété sur la liberté. Le régime spécial de la propriété intellectuelle qui tenait à la nature spéciale de son objet ne se justifie plus. Ce sont alors toutes les dispositions du droit spécial, contenues dans le Code de la propriété intellectuelle, qui se trouvent alors projetées au rang de l'inutilité. Mme HERMITTE trouve également en la valeur économique, la cause de la dénaturation des

⁷²⁴ J.-M. BRUGUIERE, *L'appropriation du vivant, Économie et société*, n°39, « Développement », III, 2001/9-10, p. 1523, et spéc. p. 1525.

⁷²⁵ M.-A. HERMITTE, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudiciarisation, L'exemple des droits intellectuels*, A.D.P. 1985, t. XXX, p. 333 et spéc. p. 340.

catégories juridiques. « L'économie jette l'anarchie à l'intérieur de l'ordre juridique » et « elle manipule et déplace les catégories juridiques pour servir ses propres fins »⁷²⁶.

Un devoir de résistance face à la pression d'appropriation de toute valeur économique et face à la tendance actuelle de faire de la propriété intellectuelle la protection de tout investissement s'impose. Ainsi, « cette situation, dont on commence, aujourd'hui à s'apercevoir des conséquences mortifères qu'elle entraîne, pose à l'ordre juridique, un défi sans précédent »⁷²⁷. Si, ce défi se résout par la ferme réaffirmation du caractère exceptionnel du droit de la propriété intellectuelle, il doit être doublé d'une impérative réflexion sur les finalités de ce droit. Cela est d'autant plus vrai dans le domaine de la santé qui n'est, par chance, pas seulement habité par la valeur économique.

⁷²⁶ M.-A. HERMITTE, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudiciarisation, L'exemple des droits intellectuels*, A.D.P. 1985, t. XXX, p. 333.

⁷²⁷ P. GERARD, F. OST, M. van de KERCHOVE, *Droit et intérêt*, vol. 2 : *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 125.

TITRE 2

LES PRONOSTICS DE LA VALEUR SOCIALE

SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

146.- La justification de la recherche sur la « valeur sociale ». Le constat d'échec de la valeur économique, et plus particulièrement de la « valeur utilité-rareté » dans le processus de qualification de l'objet de la propriété, est édifiant. S'impose donc, une réflexion sur la philosophie et les techniques d'élaboration du droit. Or, cette réflexion ne peut être menée qu'en considération de la singularité du droit de la propriété intellectuelle doublée de la spécificité de l'objet traité, à savoir une chose incorporelle affectant directement ou indirectement l'état de santé d'une personne. *Le but est donc de rechercher si un concept est susceptible de répondre aux attentes de rééquilibrage de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé.* « Il en résulte qu'il y a une notion qui doit commander tout l'ordonnement du droit, c'est celle de « valeur »⁷²⁸, que nous nommerons « sociale ». « Un des derniers progrès de la philosophie a été de faire une large place dans ses spéculations à l'idée de valeur. (...) Maniée d'abord par les seuls économistes sous la forme de la valeur économique, l'idée de valeur apparaît de plus en plus comme étant de portée générale et comme devant être posée en tout domaine »⁷²⁹. Il ne s'agit bien sûr pas de substituer péremptoirement une valeur à une autre. La recherche du contenu de cette valeur devient tout l'enjeu pour la compréhension de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé.

147.- L'intérêt de la recherche sur la notion de « valeur sociale » : une réflexion sur l'ordonnement de la propriété intellectuelle. Avant toute réflexion sur la notion de « valeur sociale », il est important de s'interroger sur sa nécessité, surtout si l'on considère le niveau de complexité de la tâche⁷³⁰. Il faut se demander « s'il y a utilité à valoriser, s'il est

⁷²⁸ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey, 1951, p. 317.

⁷²⁹ R. BONNARD, *Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguit)*, A.P.D., t. 1-2, *L'œuvre de Léon Duguit*, Sirey, 1932, p. 7.

⁷³⁰ Comme le souligne M. le professeur BERGEL (*in*, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003, n^o23, p. 30) : « Quant à la théorie générale du droit, on est tenté de renoncer à l'examen des valeurs que poursuit et consacre le Droit, tant elles sont multiples, diverses, fuyantes et subjectives, de crainte de masquer des éléments essentiels, constants et permanents de la pensée et de la technique juridique ».

nécessaire de compléter la science de l'Être avec la connaissance de sa valeur ou bien si ce n'est là qu'un pur jeu d'esprit qui est à écarter en vue du principe de l'économie des forces »⁷³¹. D'autant plus que, cette démarche peut paraître loin des considérations sur la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Et pourtant, nous faisons le choix d'un approfondissement de la notion. D'une manière générale, on admet que « tout ordonnancement juridique repose sur la recherche des « valeurs sociales » qu'il s'agit d'appréhender »⁷³². Elles sont en quelque sorte le facteur essentiel de l'ordonnancement juridique. Ce qui ne conduit pas à une approche naturaliste du droit. La valeur sociale peut être appréhendée comme un fait social, un donné, sur lequel le droit se construira. Découvrir leur contenu s'avère alors indispensable si l'on désire comprendre le sens de la règle de droit et surtout appréhender correctement les objets du domaine de la santé⁷³³. En l'espèce, les limites assignées à l'exercice de la propriété intellectuelle dans ce domaine se montrant insuffisantes obligent à repenser l'objet de la propriété intellectuelle à travers les règles d'appropriation. Or, mettre en lumière les valeurs qui sont génératrices des normes d'appropriation devient incontournable pour les comprendre ou les discuter. On pourrait même oser espérer que la découverte du contenu de la valeur sociale fournisse une aide précieuse dans les processus de qualification des concepts et d'éclaircissement de certaines catégories juridiques de la propriété, comme celles de bien et de choses communes. Et puisque « les mots sont les yeux de l'esprit »⁷³⁴, l'intérêt de cette étude sera d'ouvrir la

⁷³¹ R. BONNARD, *Les idées de Léon Duguît sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguît)*, préc. p. 7. L'étude que le professeur BONNARD a menée en 1929 (R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnancement juridique*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 33) est particulièrement pertinente pour la simplicité et l'accessibilité de l'analyse qu'il offre sur ces difficiles concepts de valeur, de finalité et d'ordonnancement juridique. Elles prennent appui sur les thèses développées par DUGUIT et interrompues prématurément (R. BONNARD, *Les idées de Léon Duguît sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguît)*, A.P.D., t. 1-2, *L'œuvre de Léon Duguît*, Sirey, 1932, p. 163). Mais nous souhaitons souligner avec vigueur notre distance prise avec ses positions ultérieures.

⁷³² J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op.cit., n°14, p. 21. Rapp. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, op. cit. p. 317 : « Il en résulte qu'il y a une notion qui doit commander tout l'ordonnancement du droit, c'est celle de « valeur » ; le droit repose en dernière analyse sur une philosophie des valeurs : c'est en fonction même de sa valeur que telle règle pourra être une règle juridique entraînant des obligations pour l'activité humaine ». Adde, C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, vol. XXV, 1982, p. 271 : « nous avons observé que le droit reste incompréhensible si l'on ne se réfère pas aux valeurs qui constituent ses finalités ».

⁷³³ Et lutter contre le scepticisme de G. MARCEL (in, G. MARCEL, *Les hommes contre l'inhumain*, préf. P. RICOEUR, Paris, éd. universitaires, 1951, p. 96) : « La philosophie des valeurs m'apparaît personnellement comme une tentative vraisemblablement avortée de récupérer dans les mots ce qui a été réellement perdu dans les esprits ».

⁷³⁴ P. VALERY, *Œuvres*, t. 1, Gallimard, coll. *Bibliothèque La Pléiade*, 1957, n°127, p. 1041.

réflexion sur les modes d'élaboration de la règle de droit de propriété intellectuelle dans le domaine de la santé et notamment la réinsérer dans le régime d'exception qu'elle doit être.

148.- La méthode employée pour la recherche des valeurs sociales : de la philosophie à la théorie générale du droit. La philosophie précéderait toutes les sciences et notamment, la science juridique, en précisant leur domaine respectif. Cette démarche philosophique, bien que très souvent refusée par les juristes nous semble aujourd'hui indispensable pour repenser l'opinion économique courante et essayer de penser les notions fondamentales du droit, en particulier celle de bien⁷³⁵ ou celle de propriété⁷³⁶. L'intérêt d'une démarche philosophique pour cette étude est de permettre une définition des concepts et notamment, du concept de « valeur sociale » (*Chapitre 1*). Notons qu'à l'inverse de l'analyse économique, la pénétration de la valeur dans la philosophie du droit est finalement assez récente⁷³⁷. Or, une fois le contenu de la valeur sociale dégagé, il s'agit de savoir comment le droit réceptionne ce concept. Pour cela, on fait appel aux différentes théories générales du droit, les courants doctrinaux qui parcourent la recherche sur la formation du Droit depuis l'Antiquité (*Chapitre 2*)⁷³⁸. En quelque sorte, « la philosophie du Droit – branche de la philosophie des valeurs ou

⁷³⁵ En ce sens, J. PARAIN-VIAL, *La catégorie de l'avoir chez Gabriel Marcel et la notion de bien*, *Archives de philosophie du droit*, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 183, « beaucoup de juristes, sous l'influence persistante de Kelsen, prétendent encore refuser la réflexion philosophique. On peut cependant se demander s'il est possible à un homme de vivre et *a fortiori* à un juriste de faire son métier, sans avoir au moins une opinion (...). *A fortiori* est-il obligé de philosopher s'il ne veut pas se contenter des opinions courantes quand il essaie de penser les notions fondamentales du Droit, en particulier celle de *bien* encore qu'elle puisse au premier abord poser un simple problème de classification mal résolu par le Code civil ».

⁷³⁶ V. notamment la thèse remarquable de M. XIFARAS, *La propriété, étude philosophique du droit*, PUF, 2004. Prenant également comme constat que la propriété ne peut plus être assimilée à ce droit absolu qui avait cours au XIXe siècle, il a eu recours à une démarche philosophique, elle seule à même de fournir la cohérence du concept de propriété. C'est ainsi qu'il en a décelé trois modes de conceptualisation : la maîtrise souveraine (le pouvoir exclusif du sujet sur la chose) ; l'appartenance patrimoniale (rapport d'identité originaire de la chose avec son propriétaire) ; et la réservation de jouissance (privilège privatif souvent temporaire de certaines jouissances de la chose).

⁷³⁷ En ce sens, R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 33, et spéc. p. 53 : « Ce concept de valeur, longtemps traité uniquement par les économistes sous sa forme spéciale de valeur économique, a été saisi par la philosophie – à une date assez récente – pour être traité suivant sa manière et étendu à toutes les valeurs humaines ».

⁷³⁸ Telle est l'affaire des juristes, selon CARBONNIER (*in*, J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, 1994, p. 358) : « La théorie du droit ne se confond pas avec la philosophie du droit. Elle est l'affaire des juristes, et ceux-ci y travaillent sans métaphysique à partir de leur droit positif, souvent même sans prétendre l'antithèse (il n'est que songer aux philosophies de droit naturel) ».

« critique » - définit le « donné » juridique. La théorie générale du Droit définit le « construit » dans le Droit »⁷³⁹.

⁷³⁹ Les deux notions ne doivent pas être confondues. En ce sens, v. M. REGLADE, *Valeur sociale et concepts juridiques, Norme et technique, Étude de Philosophie du Droit et de Théorie générale du droit*, Sirey, 1950, p. 114. L'auteur ajoute : « Le juriste ne saurait donc borner ses recherches au contenu du Droit positif qui est déjà du « construit » et il doit remonter jusqu'au « donné » pour en avoir une connaissance complète et exacte ». Proposition qui nous conforte dans l'intérêt de cette recherche.

CHAPITRE 1

LA DEFINITION DE LA VALEUR SOCIALE DANS LE DOMAINE DE LA SANTE

149.- Précisions sur la démarche philosophique. Une substance ayant des propriétés pharmacologiques, une séquence génétique, une méthode de traitement chirurgical, un manuel de médecine, une collection d'échantillons biologiques, le signe sur un produit de santé, etc. Nous aurions pu d'un trait de ligne souligner la spécificité, la sensibilité de ces objets. L'entreprise aurait-elle eu le fondement et la portée que nous voulions lui donner ? Nous en doutons. Il a donc fallu se plonger dans les qualités objectives de ces choses pour découvrir ce qui fait d'elles des « marchandises pas comme les autres ». Ce n'est qu'à partir de cette étude, certes philosophique – car quels autres moyens de ramener les choses dans leur sens ontologique ? – que nous pourrons donner un autre sens à cette propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. De plus, cette notion que nous allons approfondir de valeur sociale, disons-le tout de suite, nous permet de nous déconnecter de la sclérosante nature des choses dans laquelle on veut les assigner, et de tendre vers un état des choses, un fait, plus dynamique (le fait arrive) dans le temps et dans l'espace. Donner un sens aux choses, trouver un but à la propriété intellectuelle, l'entreprise est peut-être ambitieuse, mais nous ne la réaliserons qu'avec beaucoup de modestie et de précaution eu égard aux grands écrits qui ont jalonné ces questions. Et retrouver cet état des choses qui permet à la propriété intellectuelle, non de la finaliser dans le sens de lui poser des limites – elle en a assez – mais de la faire tendre vers un but, vers une fin, qui sera certainement sa « planche de salut » dans le domaine de la santé et peut-être, dans d'autres domaines.

Il conviendra donc de rechercher à travers la définition retenue de la valeur sociale quelle sera la finalité assignée au droit de la propriété intellectuelle (*section 1*), et plus précisément, dans le domaine de la santé (*section 2*).

Section 1

Les remarques générales

sur l'appréhension de la valeur sociale : la finalité du progrès social

150.- La valeur sociale n'est pas la morale. Le croisement des acceptions courantes de « valeur » et « social » donne quelques enseignements. Si à la polysémie du terme *valeur*⁷⁴⁰, il ne fallait trouver qu'un point commun, ce serait l'importance de l'objet ou de l'acte désigné. En sociologie⁷⁴¹, on notera le pluriel employé, « les valeurs », qui donne l'indice qu'il n'existe pas qu'une seule valeur. Accouplé à l'adjectif social, il ne faut pas entendre la valeur dans une simple opposition de l'individuel et du collectif⁷⁴², mais plutôt de l'intégration – ou l'émanation – de ces valeurs orientées vers la société. Néanmoins, ces valeurs sociologiques, pour la plupart, ne consistent qu'en un perfectionnement individuel⁷⁴³. En cela il est nécessaire de nier toute identité entre la morale et *la valeur sociale*^{744/745}.

⁷⁴⁰ Dans le Grand Robert de la langue française, on compte 6 sens différents du seul mot « valeur » avec de nombreuses nuances à l'intérieur (*in, Le Grand Robert de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, 2^e éd., 2001, V^o Valeur).

⁷⁴¹ En effet, celles-ci composent le contenu de la notion de « culture », au même titre que les normes et les pratiques culturelles et sociales. À ce titre, la culture correspond au processus d'intégration des individus dans la société. En ce sens, v. la définition des valeurs sociales (*in, J. –Y. CAPUL et O. GARNIER, Dictionnaire d'économie et des sciences sociales*, Hatier, 1997, V^oCulture) : « Les valeurs représentent ce qui est, dans une société, considéré comme estimable et désirable. Elles constituent un *idéal*, c'est-à-dire quelque chose d'abstrait, auquel les membres d'une société adhèrent, mais elles se manifestent concrètement dans des manières de penser (jugement, représentations, symboles) ou d'agir des individus » [nous soulignons]. Ce qui explique que souvent on trouve comme synonymes les notions de « valeurs sociales » et de « valeurs culturelles » et qui ne doivent pas être confondues dans notre étude.

⁷⁴² En ce sens, les propos de M. le professeur DUGUIT rapportés par R. BONNARD, *Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguit)*, préc. p. 7 et spéc. p. 10 : « Il n'y a pas d'opposition entre le social et l'individuel. L'individu est d'autant plus individu qu'il est plus social. Le caractère social l'est d'autant plus que les individus qui le réalisent sont plus forts et plus actifs. En d'autres termes, l'homme est à la fois social et individuel ». Cette argumentation lui permet notamment de développer le concept de solidarité sociale, qu'il appliquera comme moteur de toute interprétation de la règle de droit.

⁷⁴³ En ce sens, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit, op. cit.* n°40, p. 50 : « La morale vise à la perfection de l'homme alors que le Droit ne tend qu'à une bonne organisation de la vie en société ». Au-delà, même la sanction du droit et de la morale est différente. « Le respect du droit est garanti par la prévision d'une sanction socialement organisée : la morale n'est sanctionnée que par la conscience de l'individu, par un hypothétique au-delà ou la réprobation des autres ».

⁷⁴⁴ Les rapports de la morale et du droit entretiennent l'argumentation juridique depuis que l'on s'interroge sur l'ordonnement juridique et son autonomie systémique avec les autres ordonnancements. Ce questionnement n'avait pas lieu lorsque le droit et la morale étaient confondus, notamment dans la doctrine religieuse. La scission s'opère avec KANT au XVIII^e siècle. Le principal argument avancé pour cette séparation consiste à dire que l'obéissance à la contrainte vient pour la règle de droit d'un commandement extérieur et pour la morale d'un commandement interne (conscience). De plus, le droit n'attache aucune importance aux attitudes intériorisées de l'individu à la différence de la morale. Cette séparation a inspiré le principe de la neutralité axiologique à M. WEBER, ou le principe d'objectivité à DURKHEIM. Le dogme kantien est dépassé par les partisans d'une

Après avoir procédé à cette première exclusion, de la morale, pour accéder à la définition de la valeur sociale, il sera nécessaire de procéder à une seconde, à notre sens plus importante, qui consiste à appréhender de manière subjective la valeur sociale (*paragraphe 1*). Nous retiendrons, en effet, de préférence une conception objective (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1

Le rejet d'une conception subjective de la valeur

151.- La présentation de l'acceptation subjective de la valeur (A) précèdera les critiques que nous pouvons formuler à son encontre (B).

A) La présentation de la conception subjective de la valeur

152.- Qu'est-ce que la conception subjective de la valeur ? Longtemps, les philosophes du droit ont assimilé la valeur à une conception subjective. En d'autres termes, la valeur « n'existe pas dans l'objet évalué, mais dans le sujet qui l'évalue »⁷⁴⁶. La valeur se conçoit comme un phénomène d'ordre affectif⁷⁴⁷. Le sujet va transformer sur l'objet le sentiment qu'il

identification du droit et de la morale, au XX^e siècle, sous l'impulsion notamment de G. RIPERT (*in*, G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949). Il note que le droit ressort vivifié par la morale. L'exemple le plus connu étant celui de l'obligation naturelle (B. OPPETIT, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chron. p. 107). Partisan d'une telle démarche on citera aussi JOSSERAND (*in*, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1939), 2^e éd., Dalloz, 2006). Il encourage notamment le juge à scruter le comportement de celui qui exerce son droit, pour apprécier son caractère abusif et sa conformité à la fonction sociale qu'il a le devoir de remplir (sur la fonction sociale, v. *infra* n°202). Concrètement le rapprochement du droit et de la morale conduit à une pénétration des notions comme l'honneur (v. notamment : B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1991.– B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 277) ou l'éthique dans le droit (v. notamment, G. FARJAT, *Droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique)*, R.I.D.E., 2002/1, p. 153.– D. TERRE, *Droit, morale et sociologie, L'année sociologique*, 2004-2, p. 483).

⁷⁴⁵ En ce sens, v. les actes du colloque de l'Université Catholique de Louvain, sous la direction de S. MARCUS HELMONS, *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs : les limites irréductibles*, éd. Academia, 1999. Et sa pénétration dans le droit des brevets et le constat mitigé que nous en tirons. V. aussi, M. BLAIS, *L'anatomie d'une société saine, Les Valeurs sociales*, 1983, éd. Fides. Dès son introduction, cet auteur explique les différentes acceptations que l'on peut retenir du mot valeur, et notamment le sens de l'École québécoise, à savoir les qualités qui habiliteront l'individu à vivre en société, et notamment le sens de l'École québécoise, à savoir les qualités qui habiliteront l'individu à vivre en société, comme la franchise, la justice, l'amitié, la solidarité... Il retient une conception de la valeur sociale proche de la nôtre, mais que nous ne souhaitons pas développer par souci de clarté. Les valeurs sociales sont des choses, au sens large du terme : qualité, institution, comportement, qui font une société saine, en santé, qu'elle fonctionne bien (d'après l'étymologie latine du terme *valere*).

⁷⁴⁶ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, *op. cit.* p. 317.

⁷⁴⁷ En ce sens, R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 55 : « La valeur de l'objet serait constituée essentiellement par un état affectif du sujet à l'égard de l'objet. Cet état affectif serait produit

provoque chez lui qui lui confèrera sa valeur. Autrement dit, « cette valeur n'est qu'une projection du sujet sur l'objet »⁷⁴⁸, la valeur n'existerait pas sans l'intervention du sujet.

L'immanence de la nature des choses à l'homme tend à rapprocher cette conception subjective des thèses naturalistes⁷⁴⁹. En ce sens, il faut considérer les valeurs comme naturelles⁷⁵⁰. Elles ont été précédemment évoquées, à propos de la valeur économique⁷⁵¹ et plus précisément, dans la définition de la valeur-utilité. Cette valeur était le résultat d'un double processus, celui de découverte de l'usage de la chose (objectif), mais aussi, et surtout, celui du désir et du besoin que l'usage de cette chose déclenchait pour le sujet (subjectif).

M. le professeur GRZEGORCZYK offre une exploration détaillée des doctrines subjectives de la valeur⁷⁵². En résumé, dans la pensée axiologique, plusieurs écoles interprètent la relation

par le simple fait du sujet mis en présence de l'objet, par l'impression que cause au sujet son contact avec l'objet ».

⁷⁴⁸ V. VAUCHER, *Le langage affectif et les jugements de valeur*, th. dactyl., Paris, 1922, p.186 (cité par R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 55).

⁷⁴⁹ Et donc établir un rapport d'identité entre le fait naturel et la valeur. En ce sens, N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit : essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, préf. M. VILLEY, LGDJ, coll. *Bibl. de philosophie du droit*, 1965, p. 83 : « Ces tendances, pouvant être schématiquement groupées sous la rubrique de naturalisme, présentant comme trait caractéristique d'opérer un rapprochement du fait et de la valeur dans la réduction ou l'identification pure et simple de celle-ci à un fait, conçu à son tour soit comme un processus naturel, soit comme un phénomène psychologique. Les théories naturalistes proprement dites considèrent que la valeur réside dans les caractères des objets extérieurs à ma connaissance qui provoquent en moi des phénomènes psychologiques, tendances, désirs, intérêts, etc. ».

Toutefois, cette identification du fait et de la valeur ne repose pas systématiquement sur une approche naturaliste. Sur l'identité du fait et de la valeur, mais à travers une autre méthode d'appréhension des valeurs, v. C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, op. cit., p. 116 : « La seule possibilité de sortir de l'impasse est d'affirmer avec force que la valeur est un fait, qui a, peut-être, une structure spécifique, bien à lui, mais elle n'en reste pas moins un fait (...) En affirmant ceci, nous nous plaçons à l'opposé des doctrines qui voudraient voir les valeurs en tant que choses ou leurs qualités (qu'elles soient naturelles ou non naturelles), car il est évident que les choses ou leurs qualités « n'arrivent » pas – elles sont. D'autre part, en assimilant la valeur au fait, nous insistons sur l'existence objective de la valeur, en prenant cette fois le contrepied des doctrines qui affirment l'existence purement subjective des valeurs et qui, en les situant dans la perception individuelle, leur attribuent une existence en tant que catégorie de cette perception ».

⁷⁵⁰ En ce sens, A. TOURAINE, *Y a-t-il des valeurs naturelles ?*, *Revue du MAUSS*, n°19, 2002-1, p. 65 : « Parler de la nature n'est possible qu'en utilisant un langage positif, qui ne laisse aucune place à l'expression des valeurs (...)c'est-à-dire d'orientations qui en appellent à des principes précisément supérieurs à toute référence au fonctionnement d'un ensemble naturel. Il est vrai que ces deux mots ont en fait été très longtemps, et aujourd'hui encore, associés, quand nous parlons de droit naturel ».

⁷⁵¹ Sur la valeur économique, comme nature de la chose, v. *supra* n°82.

⁷⁵² C. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, A.P.D., Les biens et les choses, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 259, spéc. p. 265 et s. Et pour une étude plus approfondie du même auteur, v. C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, vol. XXV, 1982.

de la valeur à la chose. Il existe, d'un côté, les cognitivistes ou objectivistes, qui observent les valeurs dans la réalité des choses⁷⁵³ et d'un autre côté, les non-cognitivistes ou subjectivistes⁷⁵⁴, qui considèrent que l'appréhension des valeurs ne se trouve pas dans la réalité du monde extérieur, mais seulement dans la propre perception du sujet.

153.- Les cognitivistes. Si l'on comprend aisément que le second courant, celui des non-cognitivistes, puisse être classé dans les conceptions subjectives de la valeur, celui des cognitivistes, qui assimilent la valeur aux choses du monde réel, est un peu plus difficile à concevoir. Pour cela, il est nécessaire de considérer que non seulement il existe une identité de la chose et de la valeur⁷⁵⁵, mais que celle-ci ne se révèle *que* dans un intérêt ou un besoin. Autrement dit, toutes les choses ne sont pas des valeurs, pour cela il faut qu'un intérêt se concentre sur elles⁷⁵⁶. Un auteur, R. B. PERRY a parfaitement formulé ces équations : « *Value is any object or any interest* »⁷⁵⁷. Il apparaît très clairement, comme nous l'avions souligné dans l'analyse économique de la valeur que, « la chose en question n'est pas une véritable valeur, mais seulement son porteur, son substrat matériel, son prétexte pour ainsi dire »⁷⁵⁸. Et la propriété naturelle – parfois physique – de la chose est d'être investie d'intérêt

⁷⁵³ En ce sens, v. C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, op. cit. p. 49 et s. L'auteur explique qu'il y a une identité entre les choses et la notion valeur et qu'elles sont directement observables dans la réalité. On pourrait rapprocher cette doctrine axiologique de la philosophie platonicienne des idées. Les idées selon Platon sont bien des choses-valeurs existant réellement, alors qu'elles n'ont pas de corporalité.

⁷⁵⁴ Représentant notamment ce courant : A. J. AYER, *Language, Truth and Logic*, London, Victor Gollancz Ltd, 1964. – C. L. STEVENSON, *Ethics and Language*, Yale Univ. Press., New Haven, 1944. Et du même auteur, *Facts and Values*, Yale Univ. Press, New Haven CT, 1963, disponible également en version électronique sur <http://www.questia.com/library/book/facts-and-values-studies-in-ethical-analysis-by-charles-l-stevenson.jsp>.

⁷⁵⁵ Ce qui pose un problème de linguistique, si l'on reconnaît une identité formelle entre les propriétés de la chose et la notion de valeur. En ce sens, v. C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, op. cit. p. 63 : « Il est hautement improbable que nous nous servions dans notre langage de toutes les notions évaluatives uniquement comme des synonymes de certaines propriétés naturelles des choses ».

⁷⁵⁶ En ce sens, R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 55 : « La valeur n'est pas une chose inhérente à l'objet pouvant exister sans l'intervention du sujet ». L'auteur explique que le jugement de valeur et l'expression de l'état affectif de la personne se confondent dans cette conception de la valeur, et le sentiment remplace l'intelligence dans cette opération intellectuelle – le jugement de valeur – indispensable à l'ordonnement juridique. En conclusion, la valeur subjective ne peut fonder une norme.

⁷⁵⁷ R. B. PERRY, *General Theory of Value ; Its Meaning and Basic Principles Construed in Terms of Interest*, Cambridge, Mass., Harvard Univ. Press, 1926, chap. 5, cité par C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, op. cit. p. 54.

⁷⁵⁸ C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, op. cit. p. 55.

ou de susciter le besoin. Or, l'intérêt passant par l'évaluation du sujet et par un certain état émotif du sujet envers la chose, on comprend le classement de cette doctrine dans la conception subjectiviste. À l'intérieur de ce courant cognitiviste, notons que certains auteurs font dépendre la valeur des propriétés non-naturelles des choses⁷⁵⁹. Ces propriétés non-naturelles – on pourrait dire « mentales » - ne peuvent être saisies que par un jeu de l'esprit que l'on nomme le plus souvent « intuition ». Le caractère subjectif de cette dernière analyse est évident.

154.- Les non-cognitivistes. En ce qui concerne le courant non-cognitiviste, son imprégnation subjective ne soulève aucun doute. Ce courant n'établit aucun lien entre les propriétés naturelles ou non naturelles des choses et la notion de valeur. La valeur est le produit de « notre perception du monde extérieur qui, lui, ne connaît pas de valeurs, qui est axiologiquement amorphe »⁷⁶⁰. L'évaluation ne serait donc fonction que d'états intérieurs du sujet.

B) La critique de la compréhension subjective de la valeur

155.- La cause : une philosophie basée sur les sentiments. D'une manière générale, cette philosophie des valeurs ne permet pas de cerner le contenu des valeurs sociales que nous recherchons pour clarifier les catégories juridiques. En effet, elle « offre tous les

⁷⁵⁹ Ce courant a particulièrement empreint la philosophie du droit, à travers notamment des thèses axiologiques de la phénoménologie, dont les plus célèbres penseurs sont HUSSERL, SCHELER et HARTMANN. La phénoménologie permet de saisir à travers l'intuition les choses dans « leur pureté phénoménale, « objectale » et de dégager leur structure fondamentale, leur essence ou *eidos* » (in B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2005, n°60, p. 78). Citons quelques ouvrages clés en la matière : E. HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, 7^e éd., trad. par P. Ricoeur, Paris, Gallimard, coll. *Bibl. de philosophie*, 1950. – M. SCHELER, *Formalisme en éthique et éthique matérielle des valeurs : essai pour fonder un personnalisme éthique*, 5^e éd., trad. par M. Gandillac, Paris, Gallimard, coll. *Bibl. de philosophie*, 1955. Sur la philosophie de SCHELER, v. notamment F. VANDENBERGHE, *L'archéologie du valoir, Amour, don et valeur dans la philosophie de Max Scheler. En hommage à Paul Ricœur(1913-2005)*, *Revue du MAUSS*, n°27, 2006-1, p. 138. On notera l'apport de la philosophie de SCHELER sur la hiérarchisation des valeurs. Elle commence par les valeurs relatives à l'agréable, au-dessus se trouvent les valeurs vitales, puis les valeurs spirituelles, pour atteindre au final la valeur suprême : le sacré.

Avec quelques nuances v. aussi la philosophie de N. HARTMANN, *Les principes d'une métaphysique de la connaissance*, trad. par R. Vancourt, Paris, Aubier, 1945. Pour une application en droit, v. P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, préf. C. EISENMANN, LGDJ, coll. *Bibl. de phil. du droit*, 1964 ; et du même auteur, *La phénoménologie et le droit*, A.P.D., t. XVII, L'interprétation dans le droit, Sirey, 1972, p. 185 et s.

⁷⁶⁰ C. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, préc., p. 266.

inconvenients d'une philosophie fondée sur le sentiment »⁷⁶¹. On comprend aisément qu'il est difficile – voire impossible – d'asseoir une règle de droit, générale et permanente, sur des considérations individuelles et particulières⁷⁶². Le fait que la détermination de la valeur passe obligatoirement par la perception du sujet emporte deux grandes conséquences.

156.- Les conséquences d'une philosophie basée sur les sentiments : le défaut d'universalité. La première conséquence est que la théorie subjective de la valeur empêche toute considération générale et donc, toute propension à l'universalité. Mais « la relativité est de l'essence de la valeur subjective comme des états affectifs qui la constituent »⁷⁶³. Qu'il s'agisse du mouvement cognitiviste ou non cognitiviste, chacun repose sur la perception du sujet, qu'elle prenne ou pas appui sur la réalité du monde extérieur. Pour les cognitivistes, outre le fait que la notion d'intuition recèle un flou incontrôlable pour fonder la règle de droit, l'attachement aux propriétés naturelles des choses ne permet pas de généralisation sur la perception de la chose⁷⁶⁴. La projection de l'état affectif du sujet sur l'objet ne peut produire une action que pour lui et non, une règle d'action pour la société⁷⁶⁵. Et pourtant, nombre de penseurs ont essayé de démontrer que la considération de l'état affectif n'était pas contradictoire avec la notion d'universalité. On pense notamment à la sociologie de DURKHEIM, qui, tout en niant l'origine de la valeur dans les propriétés naturelles des choses⁷⁶⁶, considère que la valeur vient du rapport entre les choses et les idéaux⁷⁶⁷, formulés

⁷⁶¹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p. 318.

⁷⁶² En ce sens, E. DURKHEIM, *Jugement de valeur et jugements de réalité*, *Rev. de métaph. et mor.*, 1911, p. 437, disponible aussi : *Les classiques des sciences sociales*, éd. électronique, 2002, p. 5 : « Mais l'écart est énorme entre la manière dont les valeurs sont, en fait, estimées par l'individu ordinaire et cette échelle objective des valeurs humaines sur laquelle doivent, en principe, se régler nos jugements ».

⁷⁶³ R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 33, et spéc. p. 56.

⁷⁶⁴ En ce sens, C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, op. cit. p. 55 : « Les partisans de cette théorie pourraient avancer qu'elle représente une description des choses du point de vue d'un sujet individuel, sans prétention à une quelconque généralisation ».

⁷⁶⁵ Nous faisons ici référence à la différence qu'il existe entre l'être et le devoir être.

⁷⁶⁶ Le sociologue est parfaitement clair sur ce point : « Toutes supposent également que la valeur est dans les choses et exprime leur nature. Or ce postulat est contraire aux faits. Il y a nombre de cas où il n'existe, pour ainsi dire, aucun rapport entre les propriétés de l'objet et la valeur qui lui est attribuée » (in, E. DURKHEIM, *Jugement de valeur et jugements de réalité*, préc. p. 437, *Les classiques des sciences sociales*, p. 8). Ainsi, lorsque DURKHEIM évoque la notion de chose commune, dans sa douzième leçon de sociologie consacrée à la propriété, il écrit très clairement que : « Ce qui résulte des faits, c'est que le cercle des objets appropriables n'est pas nécessairement déterminé par leur constitution naturelle, mais par le droit de chaque peuple. C'est l'opinion de chaque société qui fait que tels objets sont susceptibles d'appropriation, tels autres non. Ce ne sont pas leurs caractères objectifs, tels que les sciences naturelles peuvent les déterminer, c'est la

par la conscience collective⁷⁶⁸. Autrement dit, « elles [les choses] ont de la valeur quand elles expriment, reflètent, à un titre quelconque, un aspect de l'idéal, et qu'elles ont plus ou moins de valeur selon l'idéal qu'elles incarnent et selon qu'elles en recèlent »⁷⁶⁹. Le fait de poser des idéaux permet de dépasser les états affectifs individuels pour s'approcher de leur généralisation, d'une universalité. Toutefois, ce passage de l'individuel au collectif, à travers la « conscience collective » que chaque individu porterait en sa qualité d'être social, a constitué une des principales objections à la théorie de l'éminent sociologue⁷⁷⁰. On retrouve de tels écueils, sur le défaut d'universalité des valeurs, dans les limites de la réception de la valeur économique par le droit des biens. Ainsi, il a par exemple, été difficile de justifier l'alignement des règles de propriété intellectuelle des pays du nord sur les pays du sud dans le

façon dont ils sont représentés dans l'esprit du public » (in, E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, PUF, coll. *Bibl. de philosophie contemporaine*, 1950, p. 164). Cette assertion lui permet notamment d'intégrer dans le concept de propriété les choses incorporelles, puisque justement, la qualification ne tient pas aux propriétés naturelles des choses, et donc à leur corporalité.

Un autre argument lui permet de récuser la recherche de la valeur dans les propriétés naturelles des choses, celui de l'utilité que dégagent ces choses. En outre, la valeur des choses ne peut se mesurer à l'aune de leur utilité, de leur intérêt, au risque sinon, de trouver incompréhensibles les valeurs attachées au luxe (in, E. DURKHEIM, *Jugement de valeur et jugements de réalité*, préc. p. 437, *Les classiques des sciences sociales*, p. 7). Mais cette objection, qui est souvent présentée sous l'appellation du « paradoxe de l'air et du diamant », a précisément été contrée, en économie, par les théoriciens de l'École marginaliste (v. *supra* n°71).

⁷⁶⁷ E. DURKHEIM donne une définition de ces idéaux : « Ces idéaux, se sont tout simplement les idées dans lesquelles viennent se peindre et se résumer la vie sociale, telle qu'elle est aux points culminants de son développement » (*Ibid.* p. 12). L'auteur les qualifie « d'idéaux sociaux immanents », pour accentuer leur origine sociale, car ils sont en quelque sorte *l'âme* de la société. Pour les atteindre l'individu doit dépasser l'expérience, de concevoir autre chose que ce qui est.

⁷⁶⁸ À la lecture de ses écrits, on l'imagine toute puissante : « *A priori*, aucune limite ne peut être assignée au pouvoir dont dispose la collectivité pour conférer ou retirer à tout ce qui est les caractères nécessaires pour en rendre l'appropriation juridiquement possible » (in, E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, PUF, coll. *Bibl. de philosophie contemporaine*, 1950, p. 164. Et la conscience publique absorbe l'état affectif individuel, ne lui laissant plus de marge d'autonomie : « Nous sentons bien que nous ne sommes pas maîtres de nos appréciations ; que nous sommes liés et contraints. C'est la conscience publique qui nous lie » (E. DURKHEIM, *Jugement de valeur et jugements de réalité*, préc. p. 437, *Les classiques des sciences sociales*, p. 6). Or, cette soumission s'exerce sans contrainte, puisqu'il est nécessaire d'envisager la société comme le prolongement, et non un modèle imposé, de tous les sentiments de valeur individuelle. « Il n'est donc pas surprenant que nous tenions à tout ce à quoi elle tient » (*Ibid.* p. 6).

⁷⁶⁹ *Ibid.* p. 9.

⁷⁷⁰ V. notamment, les propos de DUGUIT rapportés par R. BONNARD, *Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguit)*, préc. p. 15 : « Duguit rejette cette conception sociologique des valeurs pour cette raison d'abord que la formation des idéaux qu'elle propose est inadmissible. Cette vie psychique des individus à titre d'êtres sociaux est proprement inconcevable. Il n'y a pas d'autres alternatives possibles qu'entre la vie purement individuelle et la vie purement collective, qu'entre les consciences individuelles et la conscience collective. Alors, dans ces conditions ou bien les idéaux formulés n'auront pas de réalité objective ; ou bien ils ne seront pas en réalité formulés, car la conscience collective est un mythe que la science positive ne peut pas admettre ». En conclusion, pour DUGUIT, l'Idéal ne peut reposer que sur la réalité et être déduit de cette réalité.

domaine de la santé⁷⁷¹. Enfin, on peut remarquer que cette réflexion sur l'élaboration du droit à partir d'une irrésistible conscience collective laisse peu de manœuvres à la construction juridique.

Pour les non-cognitivistes, l'approche de la valeur à travers ses états intérieurs consiste à bannir la capacité du sujet à fournir un jugement de valeur, il n'est conduit que par ses émotions et ses justifications axiologiques ne sont « que des mouvements d'humeur, totalement arbitraires »⁷⁷². En conclusion, « la subjectivité de la valeur ne peut aboutir qu'à sa relativité »⁷⁷³.

157.- Les conséquences d'une philosophie basée sur les sentiments : les risques de l'individualisme. La seconde conséquence est, le recentrage qu'elle impose sur l'individu et ses sentiments. Il s'explique par la volonté de ne confondre l'évaluation avec une simple appréciation de la moyenne des individus. Cette logique « du plus grand nombre » mène aux considérations utilitaristes précédemment décrites. Cette approche ne correspond pas aux attentes collectives et tout particulièrement, en matière de santé. D'ailleurs, il a été démontré que l'individualisme exacerbe l'utilitarisme et le consumérisme, qui entament ce domaine. Cette dérive est également dénoncée par Mme JOURDAIN-FORTIER, « on constate en effet, la propension naturelle de l'homme à traduire en termes d'avoir tout ce qui présente pour lui dans le monde, un intérêt, lui est utile »⁷⁷⁴.

En définitive, une telle théorie ne peut servir de base à l'élaboration de la règle de droit et la recherche de la valeur à partir de l'intérêt ou du besoin qui dépend de l'état affectif du sujet provoque « des difficultés insolubles »⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ V. *supra* n°355.

⁷⁷² C. GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique : l'impossible définition ?*, préc. p. 267. L'auteur ajoute, en des termes dont la véhémence n'a d'égale que le danger qu'une telle théorie représente : « Pour un juriste, cette doctrine est particulièrement étrangère, car en abolissant jusqu'à la possibilité théorique de fonder les jugements de valeur, elle conduit à la conclusion que tous les jugements sont également légitimes et interdit d'apprécier les actions d'autrui. *L'embrasser donc serait, de la part du juriste, se suicider théoriquement* » [nous soulignons].

⁷⁷³ R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 33, et spéc. p. 56.

⁷⁷⁴ C. JOURDAIN-FORTIER, *Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006, n°11.

⁷⁷⁵ C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, *op. cit.* p. 57.

Paragraphe 2

La préférence en une conception objective de la valeur sociale

158.- Ainsi, après avoir mis en évidence les modalités d'identification de la valeur sociale au sein des choses (A), nous nous interrogerons sur son contenu, à savoir la finalité qu'elle confère aux choses (B).

A) L'identification de la valeur dans les qualités de l'objet

159.- Justification à l'approche objective : l'universalité du concept de valeur. Quelle que soit la position doctrinale adoptée sur les valeurs sociales, la conception objective permet de considérer la valeur comme un concept universel. L'objet étant porteur de qualités propres, approprié à une certaine fin et sans considération de la perception du sujet, la valorisation opérée tendra à l'universalité. Ainsi, un produit de santé quelle que soit l'époque et quel que soit le lieu possède une valeur sociale universelle. Quel est l'intérêt d'une généralisation des valeurs ? Nous le verrons, en tant que fait social, il s'agit d'une notion clé pour l'élaboration de la norme. Le principal but est donc qu'elle soit d'ordre général, universel, qu'elle puisse être appréhendée par la règle de droit⁷⁷⁶, qui est générale et impersonnelle⁷⁷⁷. De plus, la conception objective de la valeur présente l'avantage de ne pas introduire de concept subjectif, comme l'Idéal avancé par DURKHEIM, lors du passage du jugement de réalité ou jugement de valeur. Au contraire, elle forme un jugement d'existence sur l'objet et ses qualités, puis constate que cet objet est dirigé vers une certaine fin, en fonction de laquelle s'établira le jugement de valeur. Or, c'est de ce jugement de valeur que sort la norme, le

⁷⁷⁶ Pour une définition de la règle de droit, v. notamment, D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* éd. Odile Jacob, 2007.

⁷⁷⁷ Ce qui exclut, de fait, toute démarche volontariste dans l'élaboration de la règle de droit. Cette démarche est effectivement réservée à une approche subjective de la valeur : « En effet, si la valeur est constituée par une certaine qualité de la chose, qualité inhérente à la chose en dehors de toute intervention d'un sujet évaluant et si la norme résulte directement d'une telle valeur, il est bien évident que la volonté humaine n'a logiquement aucune place dans l'élaboration de la norme » (in, R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 33, et spéc. p. 60).

devoir être⁷⁷⁸. Il permet d'opérer une préférence entre les choses et les actes selon leurs fins⁷⁷⁹.

160.- Les modalités de perception de la valeur : un fait social. La valeur doit être considérée comme une qualité inhérente à l'objet. C'est donc, de l'observation des objets du domaine de la santé que nous pourrions la déduire. Mme JOURDAIN-FORTIER a également adopté une démarche objective dans la recherche des valeurs qui composent la santé. Nous la rejoignons en ce qu'elle propose de considérer « les produits et services de santé peuvent être considérés comme ce que le philosophe M. Scheler appelle les “ supports ” de la valeur, qu'ils expriment dans l'existence. En tant que tels, ces “ supports ” sont essentiels à l'homme, ils doivent lui être accessibles »⁷⁸⁰. Toutefois, nous ne pouvons ici, pour valider cette emprise de la valeur sur les produits de santé faire appel à la philosophie de SCHELER. En effet, elle conduirait à réintroduire la part d'intuition [cognitivistes] que nous avons précédemment éliminée de la détermination de la valeur sociale⁷⁸¹. La valeur existe indépendamment de la perception du sujet⁷⁸². En d'autres termes, le jugement de valeur ne peut provenir des sentiments du sujet sur l'objet, mais exclusivement des caractéristiques propres de la chose.

⁷⁷⁸ D'ailleurs les différences qui existent entre les valeurs, sur leur contenu et sur leur portée, influencent les différences entre les normes qui procèdent de ces valeurs. C'est ainsi que M. le professeur BONNARD a démontré que la différenciation entre les normes morales et les normes juridiques pouvait être résolue par le concept de valeur, et par voie de conséquence de finalité.

⁷⁷⁹ Précisons que conformément, à la définition donnée de la règle de droit, le jugement de valeur indique également un impératif. En ce sens, R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 33, et spéc. p. 63 : « La préférence indique ce que cette activité doit être ; elle établit sa norme. Il y a bien là une norme, la formule d'un devoir être ; un impératif est édicté. Car la valeur ne se borne pas à déterminer le contenu d'une certaine activité ; elle lui impose aussi un impératif ».

⁷⁸⁰ C. JOURDAIN-FORTIER, *Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006, n°19.

⁷⁸¹ Sur l'approche de SCHELER, v. *supra* n°153. Pour SCHELER, la valeur s'observe par un moyen intellectuel, que l'on appelle souvent « intuition ». Rappel : Dans ce courant *intuitionniste*, on classe traditionnellement les penseurs de la phénoménologie juridique, qui prennent comme point de départ l'intuition sensible des phénomènes afin d'en dégager la structure fondamentale de leur essence, v. notamment : E. HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie*, 7^e éd., trad. par P. Ricœur, Paris, Gallimard, coll. *Bibl. de philosophie*, 1950.– M. SCHELER, *Formalisme en éthique et éthique matérielle des valeurs : essai pour fonder un personnalisme éthique*, 5^e éd., trad. par M. Gandillac, Paris, Gallimard, coll. *Bibl. de philosophie*, 1955. Et sur ce classement, v. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, vol. XXV, 1982.

⁷⁸² En ce sens, R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 33, et spéc. p. 58 : « Elle [la valeur] existe dans et par l'objet lui-même : elle n'existe pas dans et par le sujet. Elle n'est pas un attribut de l'objet qui résulterait de la projection sur lui d'un état affectif du sujet. C'est au contraire, l'inverse. La valeur existant dans et par l'objet se projette sur le sujet et y détermine un état affectif ». On comprend donc que l'état affectif, qui rend la conception subjective de la valeur, n'est pas la cause de la valeur dans les choses, mais plutôt sa conséquence. La cause étant ici, une certaine qualité propre de l'objet.

Cette conception objective de la valeur, car détachée de tout sentiment du sujet, a conduit certains auteurs à assimiler la valeur au fait⁷⁸³. Ce qui est sensiblement identique et revient d'une part, à accentuer l'appréhension réaliste de la valeur et d'autre part, à révéler la dimension dynamique que cette assimilation comporte⁷⁸⁴.

On peut donc dire que la valeur est consubstantielle de la qualité de l'objet. Mais alors, en quoi consiste cette qualité de l'objet, qui va nous permettre de saisir et d'illustrer le concept de valeur sociale ?

B) La détermination de la valeur à partir de la finalité de l'objet

161.- L'établissement d'un lien entre la finalité et la valeur. La qualité de l'objet, qui constitue substantiellement sa valeur, « consiste dans l'appropriation de l'objet à une certaine fin »⁷⁸⁵. À travers cette proposition, on comprend que la valeur est une qualité de l'objet, objective, car dénuée de tout lien avec le sujet et qu'elle oriente la destination de l'objet vers une fin⁷⁸⁶. En d'autres termes, c'est parce que l'objet est valorisé que la finalité⁷⁸⁷ pourra être

⁷⁸³ C. GRZEGORCZYK, *La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique, op. cit.* p. 116. Le rapport d'identité du fait et de la valeur a déjà été avancé, mais à travers la conception subjective de la valeur. L'intérêt de cette approche est de ne plus distinguer l'objet du sujet pour la valorisation, le sujet s'observe donc lui-même dans le fait. Cela présente un intérêt dans le domaine de la santé, qui ne met pas seulement en relation des objets, mais également les activités des sujets.

⁷⁸⁴ Puisque comme l'explique M. le professeur GRZEGORCZYK, « le fait arrive ». Cette dimension dynamique aura une importance au moment de la réception de la valeur par le droit. Le caractère statique de la nature des choses correspond à la théorie naturaliste qui ne sera pas retenue dans cette étude.

⁷⁸⁵ R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 33, et spéc. p. 59.

⁷⁸⁶ Rappr. de la conception aristotélicienne de finalité. ARISTOTE la voyait comme un moyen de donner du sens à une chose, de connaître le pourquoi de l'existence des choses (v. notamment, M.-P. LERNER, *Recherche sur la notion de finalité chez Aristote*, PUF, 1969). Dès l'antiquité, la finalité apparaissait comme une qualité de la chose, une caractéristique qui la fait tendre vers une fin. En d'autres termes, Aristote assimilait les biens à des fins. Donc, il peut s'agir de choses extérieures, mais ce sont principalement ceux qui se rapportent à l'âme ou au corps. Il suffisait alors de les hiérarchiser. En ce sens, v. notamment, J. PARAIN-VIAL, *La catégorie de l'avoir chez Gabriel Marcel et la notion de bien, Archives de philosophie du droit*, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 183, et spéc. p. 185. De plus, il est important de noter que son analyse s'arrête à une conception objective de la finalité : la raison d'être de la chose et non la finalité subjective, c'est-à-dire la façon dont l'homme envisage la chose pour son propre compte (en ce sens, ARISTOTE, *La physique*, trad. par A. Stevens, éd. J. Vrin, 1999, p. 103). SAINT THOMAS D'AQUIN prendra appui sur conception dualiste subjective pour fonder son ordre moral, v. notamment, N. KAUFMANN, *La finalité dans l'Ordre moral, Étude sur la téléologie dans l'éthique et la politique d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin, Rev. de néo-scholastique*, 1989, vol. 6, n°24, p. 352. Nous n'avons pas souhaité mettre plus en avant cette riche conception aristotélicienne de la finalité, du fait qu'il nous semble que l'identité que l'auteur pose entre les biens et les fins est source de confusion. L'« *agathon* » grec est véritablement polysémique. Ainsi, lorsqu'ARISTOTE dans *L'Éthique à Nicomaque (ivre I, 1)*, évoque que « *tout art et toute recherche [...] tendent vers quelque bien* », il ne précise pas ce qu'il doit être (le bien suprême ?). Les rapports antiques avec la nature sont également source de confusion.

atteinte. Dans le langage courant, la finalité est définie comme le « caractère de ce qui tend à un but ; le fait de tendre à ce but par adaptation de moyens à des fins »^{788/789}.

*On saura donc, si la chose vaut seulement si elle est employée à remplir le but qui lui était assigné*⁷⁹⁰. En ce sens que, la finalité n'est autre que la réalisation de la valeur inhérente à l'objet. Dit autrement, la valeur détermine la finalité et la finalité réalise la valeur. Ainsi, l'appréhension objective de la valeur passe obligatoirement par la définition des concepts de finalité et de valeur⁷⁹¹.

162.- L'intérêt d'un lien entre la valeur et la finalité. Les « disciplines [normatives] reposent sur l'idée d'une finalité à découvrir »⁷⁹². Autrement dit, « la valeur, dans le domaine du droit, ne peut être appuyée que sur une finalité à découvrir »⁷⁹³. *L'intérêt est maintenant de*

⁷⁸⁷ Malheureusement, le concept de finalité ne soulève guère l'engouement des juristes. Elle est souvent appréhendée à travers des notions voisines, comme l'abus de droit ou la cause. On citera toutefois une des rares études sur le concept : G. MARMIN, *La notion de finalité en droit privé*, th. dactyl. Paris XI, 2007. L'auteur retient comme définition de la finalité dans les sciences humaines : « La finalité est l'une des caractéristiques du moyen sélectionné par un individu pour atteindre son but. Nous pouvons alors affirmer que dans les sciences humaines la finalité est pour une chose ou une action le but pour la réalisation duquel elles ont été créées où elles sont utilisées. Autrement dit, la finalité est le but affecté par un individu à une chose ou une action qui doit en permettre la réalisation » (*Ibid.* p. 29). On le comprend l'adéquation des moyens aux fins est alors de l'essence même de la notion de finalité. Les moyens ne pouvant être qu'humainement exercés, on peut dire que l'« intervention humaine a pour finalité de créer les circonstances de faits favorables à l'apparition du résultat désiré » (*Ibid.* p. 30). Cette définition invite pourtant à la prudence, car elle ne correspond pas à la conception axiologique choisie dans cette étude. La préférence donnée en une conception objective liée à la qualité de la chose permet de déterminer la valeur et donc la finalité.

⁷⁸⁸ *Le Grand Robert de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, 2^e éd., 2001, V° *Finalité*.

⁷⁸⁹ Il ne faut pas confondre finalité et causalité. Raisonner en termes de causalité conduit à une approche sociologique de la valeur, qui a précédemment été réfutée. Ici, la fin des choses, qui permet de déterminer la valeur des choses, ne s'opère que par une démarche philosophique. M. CORTEN, dans sa définition sur la sociologie politique (O. CORTEN, *Éléments de définition pour une sociologie politique du droit, Droit et société*, n°39, 1998, p. 347 et spéc. p. 352) a proposé un tableau fort clair de disciplines voisines, telles que la théorie du droit, la philosophie du droit ou la sociologie du droit. Alors que la philosophie du droit est l'explication des fins du droit, la sociologie apparaît comme une science des causalités réciproques de la société et du droit..

⁷⁹⁰ En ce sens, v. G. MARMIN, *La notion de finalité en droit privé*, *op. cit.* p. 112 : « Nul ne contestera que le droit accepte que les choses soient mises au service de la concrétisation d'un but extérieur ».

⁷⁹¹ R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnement juridique*, préc. p. 33, et spéc. p. 59 : « Donc, l'inhérence de la valeur à l'objet comme qualité propre de cet objet, fondement finaliste de cette valeur, état affectif du sujet comme conséquence de la valeur de l'objet : tels sont les trois éléments essentiels de cette conception objective ».

⁷⁹² P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, *op. cit.* p. 227.

⁷⁹³ *Ibid.* p. 318.

reconnaître les « fins que le droit doit servir »⁷⁹⁴, pour préférer la règle de droit⁷⁹⁵ qui les servira au mieux. Leur légitimité s'acquiert au prix de cette recherche, car « la règle est légitime si le but vaut la peine d'être atteint et par là même, s'établit un lien nécessaire entre but et valeur »⁷⁹⁶. Cette quête est indispensable comme le soulignent, MM. les professeurs B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER : « on n'a pas suffisamment tenu compte du rôle de la finalité dans le droit. Il est cependant évident que pour établir les meilleures règles possible, il faut commencer par recenser les valeurs sur lesquelles on veut les asseoir »⁷⁹⁷. Et « nous aboutissons ainsi tout naturellement au problème le plus élevé de la philosophie sociale, qui consiste à harmoniser l'ensemble des intérêts par la recherche des fins supérieures de l'ordre social »⁷⁹⁸. La quête est double pour mieux comprendre la règle de droit, et plus particulièrement la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé : il s'agit, dans un premier temps, de connaître la finalité de ce droit dans ce domaine précis, et dans un second temps, de déterminer les valeurs qui permettront au droit de réaliser ses fins dernières⁷⁹⁹. En d'autres termes, pour définir les valeurs sur lesquelles est fondée la norme, il est nécessaire au préalable de connaître la finalité vers laquelle elles tendent⁸⁰⁰. A la lumière de ce propos, on

⁷⁹⁴ *Ibid.* p. 318.

⁷⁹⁵ Sur le lien entre la définition de la règle de droit et la finalité, v. notamment, P. AMSELEK, *La teneur indéfinie du droit*, R.D.P. 1991, p. 1200 : « Les règles juridiques sont des outils mentaux (...) il s'agit de contenus de pensées finalisés, instrumentalisés, chargés de servir à diriger les conduites ; ces contenus de pensée fixent des marges de possibilité d'action en fonction des circonstances ».

⁷⁹⁶ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 205 (Chap.4 : *Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international*).

⁷⁹⁷ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, 4^e éd., Litec, 1996, n°405, p. 159. Rapp. B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 205 (Chap.4 : *Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international*) : « D'une manière générale, les règles de droit, destinées à régir les actes d'hommes vivant en société, se doivent de poursuivre les buts pour être justifiées au regard des assujettis ».

⁷⁹⁸ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, op. cit. p. 228.

⁷⁹⁹ Telle sera la démarche de notre partie consacrée à l'application de la valeur dans la propriété intellectuelle du domaine de la santé. Nous vérifierons que l'objet de la propriété intellectuelle valorisé tend vers la fin que nous aurons définie, et que le droit de la propriété intellectuelle a pour fonction de la réaliser.

⁸⁰⁰ En ce sens, E. BAUDIN, *Introduction générale à la philosophie*, t. I, 2^e éd., 1932, p. 170 à 172 : « Toute valeur détermine par elle-même quelque fin à poursuivre... Ainsi en est-il déjà de l'action animale déclenchée et dirigée par des perceptions instinctives de valeurs animales et exécutées à l'aide de pragmatiques et d'arts également instinctifs... Ainsi en est-il surtout de l'action humaine ; elle est déclenchée et dirigée par des perceptions et des jugements sur des valeurs humaines. Mais la liste de ces valeurs débordent indéfiniment celle des valeurs animales, de même que les inclinations et les besoins de l'homme débordent indéfiniment ceux des animaux. Il en résulte que l'homme ajoute aux pragmatiques et aux arts innés qu'il possède comme animal, l'infini de ses arts acquis. Ici intervient la fécondité inépuisable de la raison pratique qui est, en tout ordre

peut affirmer que l'ordonnancement juridique est déterminé par des valeurs sociales, qui tendent à la réalisation d'une finalité au niveau de la société⁸⁰¹. Notons toutefois que la réception de ces valeurs par le droit différera en fonction de la doctrine qui sera préférée en théorie générale⁸⁰².

La finalité peut s'appréhender de deux manières : d'une part, en ne retenant que les fins intermédiaires (1), qui ont le mérite de la facilité, mais non de l'exhaustivité, ou d'autre part, en recherchant une définition plus générale de la finalité (2).

1) Le rejet des fins intermédiaires

163.- Qu'entend-on par fins intermédiaires ? Cette position pourrait être préférée en raison, de la difficulté que nous mesurerons après, à saisir le concept de finalité et donc de valeur, dans sa globalité. Ce qui explique l'attrait pour une recherche plus modeste des fins intermédiaires du droit, « rendue plus facile par leur simplicité et leur évidence même, et qui soutiendront, comme autant de piliers fermes, la construction, souvent heurtée, toujours complexe, de l'édifice juridique »⁸⁰³. Ces fins sont en harmonie avec la société et s'apparentent aux objectifs concrets qu'elle poursuit dans tel ou tel domaine⁸⁰⁴. Leur facilité d'approche permet une meilleure adaptation du droit⁸⁰⁵.

d'action, la faculté de découvrir et d'ajuster des moyens à des fins, d'inventer les dispositifs, des méthodes, des techniques et des règles d'action ».

⁸⁰¹ En effet, si le but est strictement orienté vers un individu, la valeur appropriée à cette fin sera individuelle. A l'inverse, si la finalité est orientée vers un résultat social, alors les valeurs sollicitées seront elles aussi sociales. En ce sens, R. BONNARD, *L'origine de l'ordonnancement juridique*, préc. p. 33, et spéc. p. 74 : « La morale est l'ordonnancement déterminé par les valeurs qui procèdent de la réalisation de l'idéal conçu pour l'être individuel. Le droit est l'ordonnancement déterminé par les valeurs qui procèdent de l'idéal conçu pour l'être social ». Sur la notion d' « idéal », v. *supra* n°156.

⁸⁰² En ce sens, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003, n°14, p. 21 : « Les doctrines diffèrent en fonction des valeurs sur lesquelles elles mettent respectivement l'accent, autrement dit, selon les finalités qu'elles poursuivent ».

⁸⁰³ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Sirey, 1915, p. 44.

⁸⁰⁴ Que l'on adhère ou pas aux fins dessinées, on peut reconnaître l'idée des fins intermédiaires dans les écrits de BENTHAM (in, J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. I, *Les principes du Code civil*, 2^e éd., E. Dumont, Paris, 1820 (disponible en édition électronique : www.centrebentham.fr, p. 72), sur les buts de la loi civile, l'auteur explique : « Dans cette distribution des droits et des obligations, le législateur, nous avons dit, aura pour but le bonheur de la société politique : mais en cherchant d'une manière plus distincte de quoi se compose le bonheur, nous trouvons quatre buts subordonnés. Subsistance. Abondance. Egalité. Sûreté ».

Plusieurs inventaires des valeurs intermédiaires ont été proposés. Nous retiendrons, celui de DEMOGUE, qui avance, entre autres⁸⁰⁶, l'intérêt général, recouvrant les besoins en matière de santé, et l'économie. Ou encore, l'illustration récente de la démarche présentée par le Groupe Européen d'Éthique⁸⁰⁷, qui justifie les principes, tels que la dignité humaine, l'autonomie, la confidentialité, la proportionnalité et l'équité et les normes, par des valeurs comme la liberté (dont l'autonomie), l'intégrité, *la santé et la qualité de vie*, la croissance économique, les nouvelles connaissances, la justice et la participation, dont les inter-relations sont mises en évidence dans un schéma complexe⁸⁰⁸. La démarche aurait été plus simple dans cette étude, il suffisait de considérer les valeurs immédiates affectées dans le domaine de la santé, comme les valeurs vitales, médicinales, intellectuelles ou même environnementales, etc., et rechercher dans la règle de droit la protection de certaines d'entre elles.

Mais nous nous interrogeons avec GENY : « Pouvons-nous croire que ces fins suppléent, dans leur pluralité diverse, une unité ferme de but, jugée inaccessible ? »⁸⁰⁹. De plus, la notion même « d'intermédiaire » implique la désignation d'un élément supérieur, qui par un système

De la même manière lorsque IHERING énonce les principes directeurs du droit romain, comme la volonté subjective, le principe de la famille romaine, le religieux et le juridique (cité par F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 45).

⁸⁰⁵ En ce sens, F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 45 : « Au fond, d'ailleurs, on peut dire, qu'avouée ou latente, la pression de ces fins intermédiaires, - seules aptes à suggérer les règles juridiques, en les rapportant à un objectif précis, concret et jugé évident pour la conscience, - se fait sentir chez tous les jurisconsultes, tant soit peu pénétrés d'esprit philosophique, qui raisonnent constamment sur la foi de principes préétablis, insusceptibles d'une démonstration positive, véritables postulats sociaux, paraissant répondre à une nécessité intrinsèque, et où ils arrivent parfois à confondre les institutions juridiques elles-mêmes ».

⁸⁰⁶ Les autres valeurs au rang desquelles on trouve : la justice, l'égalité, la liberté, le solidarisme et la répartition des pertes, la notion d'intérêt général, la sécurité, l'économie, etc., in, R. DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, 1^{ère} éd., Paris, Rousseau, 1911, p. 63.

⁸⁰⁷ Il s'agit du Rapport général des activités du Groupe Européen d'Éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission Européenne, pour la période 2000-2005.

⁸⁰⁸ Ce schéma est présenté et expliqué par G. HERMEREN, Président du Groupe Européen d'Éthique, in G. HERMEREN, *Les conflits de valeur et l'intégration de l'Europe*, in Groupe Européen d'Éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission Européenne, pour la période 2000-2005. Il explique : « Les valeurs et les biens sont plus fondamentaux que les normes, les principes et les objectifs. S'il faut justifier les normes, les principes et les objectifs, nous devons nous reposer en dernier ressort sur les valeurs et les biens. À titre d'exemple, nous souhaitons que les gens respectent une norme spécifique, vraisemblablement parce que cela favorise certaines valeurs ou certains biens (donne lieu à de bonnes choses ou débouche sur une situation favorable) ».

⁸⁰⁹ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 47.

récuratif les validerait. Au risque, sinon, qu'elles demeurent d'éternelles coquilles vides. En conclusion, elles ne peuvent tenir lieu de données objectives pour l'organisation juridique positive⁸¹⁰ et conférer l'universalité et la permanence nécessaire à la règle de droit⁸¹¹.

2) La préférence en une finalité générale

164.- Qu'entend-on par finalité générale ? S'interroger sur la valeur et donc les finalités nous conduit à rechercher les buts généraux du droit⁸¹², et non de simples buts intermédiaires. Sans la finalité, on se contenterait de ne comprendre et de n'expliquer que les apparences. Plusieurs auteurs se sont intéressés à la recherche des buts généraux du droit et au concept de valeur. La richesse des analyses n'a d'égale que l'éminence des auteurs qui représentent ces différents courants. C'est pourquoi nous ferons de notre mieux pour présenter ces œuvres maîtresses sur la finalité et essayer à notre tour de justifier notre préférence⁸¹³.

165.- Les thèses abandonnées. Nous présenterons successivement les thèses de IHERING, DUGUIT et OPPETIT selon leur degré de précision sur la notion de finalité.

⁸¹⁰ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 48 : « En définitive donc, pourrions-nous conserver ce procédé de fins intermédiaires comme un expédient, permettant de mettre plus aisément en œuvre les résultats de l'intuition ou du raisonnement ».

⁸¹¹ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 205 (Chap.4 : *Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international*) : « Si l'on souhaite conférer aux règles de droit quelque permanence et quelque universalité, on ne saurait se contenter de leur seule adoption en vue d'un résultat immédiat et on doit alors s'orienter vers la découverte de fins plus lointaines et plus élevées (...) ».

⁸¹² Sur la méthode employée, nous serions proche de ce que WEBER appelait « l'explication compréhensive », qui consiste en une véritable approche du social. Cette conception s'éloigne de celle de DURKHEIM ou DUGUIT, pour qui la pensée objective du droit ne s'attache qu'aux nécessités fonctionnelles. WEBER, au contraire, accorde une priorité de la compréhension sur l'explication dans les sciences sociales, et dans le droit plus précisément (v. notamment, M. WEBER, *Sociologie du droit*, 1^{ère} éd., PUF, 1986, p. 10). Selon la définition de J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 2004, p. 121 : « Comprendre, c'est appréhender, pénétrer, par une interprétation rationnelle, le sens intentionnel que les acteurs sociaux prêtent aux institutions et aux conduites (...). L'explication, explication causale, vient ensuite. Pour la mener à bien plus facilement, en se dégageant du magma des faits, le sociologue s'aidera d'*Idealtypen*, types idéaux ». Les idéaux types sont pour l'auteur une sorte de modèle qui n'a pas son pendant ni dans la réalité actuelle, ni dans la réalité future, mais qui est une projection fictive d'une situation.

⁸¹³ En effet, nos remarques ne peuvent être que circonscrites par le rayonnement de tels systèmes, ne nous autorisant dès lors, à établir qu'une simple préférence.

Tout d'abord, IHERING a introduit dans le droit positif l'idée de finalité⁸¹⁴, car selon lui la norme juridique doit répondre à un but⁸¹⁵. Il s'agit donc de déterminer quels sont les buts capitaux qui vont orienter la conduite sociale. Ainsi, toute l'élaboration du droit ne devient qu'une adéquation des moyens vers ce but suprême. Mais à aucun moment, dans l'imposante œuvre de l'IHERING, il n'en a dévoilé « le mystère »⁸¹⁶. De toute évidence, l'adéquation des moyens aux fins nécessite d'avoir une idée précise du contenu de la finalité. Cette précision a été apportée par DUGUIT et ROUBIER.

Les thèses de DUGUIT sur la valeur et la finalité sont incontournables⁸¹⁷. Pour lui, la notion qui est à la base des valeurs sociales est l'idéal. Il ne s'agit pas d'un idéal supérieur irréel⁸¹⁸, mais au contraire d'une notion parfaitement ancrée dans la réalité. L'idéal réel ne peut, de ce fait, qu'être donné et conçu par la raison, comme dans la théorie kantienne⁸¹⁹. Cet idéal doit

⁸¹⁴ R. VON IHERING, *Der Zweck im recht*, Leipzig, t. I, 3e éd., 1893 (trad. Française par O. de Meulenaere, sous le titre *L'évolution du droit*, Paris, 1901) ; t. II, 3e éd., 1898.

⁸¹⁵ Dans la conception de IHERING, cette notion de but est expliquée par l'établissement d'une contrainte, qui donne naissance à l'État et au droit. DUGUIT la définit à travers l'œuvre de IHERING : « Par contrainte, au sens le plus général, on doit entendre la réalisation d'un but par l'intervention d'une volonté étrangère. La notion de contrainte suppose activement et passivement un sujet de volonté, c'est-à-dire un sujet qui veut une chose et qui veut imposer cette chose à une autre volonté » (in, L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1901), Dalloz, 2003, p.107). Le droit doit être compris comme le système permettant d'atteindre les buts sociaux par la contrainte. C'est une proposition qui a notamment retenu l'attention de GENY (in, F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Sirey, 1915, p. 40 : « Nous ne saurions contester que ce système de But juridique tende fort heureusement à compléter et à dépasser le point de vue du pur positivisme. Il faut même convenir que l'idée de finalité, à laquelle il s'appuie, répond à une vérité profonde et semble devoir jouer un rôle important dans l'élaboration achevée du droit positif »).

⁸¹⁶ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Sirey, 1915, p. 41 : « Dans des développements, les plus suggestifs et les plus prenants, parce qu'ils sortent franchement du domaine de l'abstrait pour pénétrer dans la vie, il se borne à nous signaler les minimes motifs d'action, qui peuvent expliquer des règles très menues et généralement peu précises de discipline sociale, règles empruntées plus volontiers au problème des mœurs et des usages de la vie qu'à celui du droit proprement dit. *De tout cela se dégage guère qu'un ensemble de considérations utilitaires qui ne nous donnent pas la vraie raison d'être des directions fondamentales et des bases essentielles de l'ordre juridique* » [nous soulignons].

⁸¹⁷ Comme le souligne parfaitement GENY (in, F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Sirey, 1915, p. 245) : « A vrai dire, aucun de ceux, qui veulent aujourd'hui réfléchir aux problèmes les plus généraux du droit, ne peut se soustraire au devoir de prendre position en face du système d'idées présentées par DUGUIT ».

⁸¹⁸ Comme on a pu le trouver sous la plume de DURKHEIM (v. *infra*, n°156) ou encore dans les conceptions théologiques et métaphysiques.

⁸¹⁹ C'est dans la préface de la seconde édition de la *Critique de la raison pure* que Kant écrit la célèbre « révolution copernicienne », la connaissance ne se conforme plus aux objets, mais se sont les objets qui se conforment à la connaissance (in, E. KANT, *Critique de la raison pure*, trad. par C.-J. Tissot, éd. de Ladrance, 1835). Ainsi, pour Kant, les jugements synthétiques construits *a priori* (à partir de l'imagination, dans une sorte de vision idéaliste du monde), ce qui leur confère leur universalité.

résider dans « la réalisation constante du fait social qui est tout simplement l'interdépendance des individus ». Cette notion d'idéal se rapproche de ce que DUGUIT appelle une finalité interne fonctionnelle, directement inspirée de la biologie⁸²⁰ et qui consiste à envisager les organes – dans notre cas les choses et les actes – comme directement affectés à une fonction. Cette fonction serait précisément la « solidarité sociale »⁸²¹. Or, de cet idéal procèdent les valeurs sociales. En définitive, les choses et les actes auront une valeur sociale, s'ils réalisent la solidarité sociale⁸²². Cette notion est parfaitement en relation avec le caractère social du droit que DUGUIT a mis en évidence, notamment à travers les fonctions sociales de la propriété, de l'autonomie de la volonté, etc. Elle est l'assise de tout l'édifice juridique que l'auteur a construit autour du droit objectif. Mais cette assise semble fragile. Comme le souligne GENY : « à vrai dire même, la plupart des solutions positives, qui paraissent s'en dégager, se justifient, le plus souvent, tout aussi bien, sinon mieux par d'autres principes »⁸²³. Elle rend même perplexe sur la prétendue volonté de l'homme à réaliser la solidarité⁸²⁴. Cette

⁸²⁰ L'analyse de DUGUIT sur les valeurs sociales repose l'analyse des valeurs biologiques avancée par C. BERNARD (in, C. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, 1865, les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001). La finalité dans le monde physique n'est pas connaissable, car on ne connaît pas le plan général de la nature, mais dans le monde biologique, la fonction de chaque organe est connue par rapport au fonctionnement général du corps. Transposée au droit, on retrouve les idées de DUGUIT, selon qui la finalité des choses, le fonctionnement des choses valorisées ensemble, est de conduire à la solidarité sociale.

⁸²¹ Il faut entendre la « solidarité sociale » chez DUGUIT comme « le fait social de toute société humaine » ou bien l'interdépendance sociale (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit. Le problème de l'État*, 3^e éd., Fontemoing & Cie, Paris, 1927, p. 81). L'homme est intégré à un ensemble cohérent qu'est la société. En tant que membre du groupe social, il trouvera d'autres hommes ayant les mêmes besoins (qu'il nomme la solidarité par similitude) et d'autres ayant des besoins concurrents (qu'il nomme la solidarité par division du travail). De cet enchevêtrement né la solidarité sociale. On le comprend la finalité de la société – la solidarité sociale – n'a rien de transcendantal et général, mais elle est au contraire contenue et inhérente à la société, répondant alors au besoin de réalisme de DUGUIT. En résumé, la règle de droit impose tout ce qui tend à la réalisation de cette solidarité et défend ce qui la menace.

⁸²² En ce sens, v. les propos de R. BONNARD (in, *Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguit)*, A.P.D., t. 1-2, *L'œuvre de Léon Duguit*, Sirey, 1932, p. 15) rapportant les propos de DUGUIT : « L'être humain, son activité, les institutions qu'il établit auront valeur sociale dans la mesure où il y a aura tendance à réaliser la solidarité sociale : « l'homme est par nature un être social et ses actes n'ont de valeur que dans la mesure où ils sont des actes sociaux, je veux dire des actes qui tendent à la réalisation de la solidarité sociale, et qu'ils ont d'autant plus de valeur qu'ils y apportent une contribution plus grande » ».

⁸²³ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit., p. 261. L'auteur prend l'exemple des relations de famille, comme les successions, et trouve en la solidarité sociale un fondement assez éloigné. En définitive, selon GENY, elle ne traduit pas suffisamment le déplacement vers la règle de droit et regrette l'absence de reconnaissance d'une métaphysique dans la détermination du contenu de la notion : « Il n'est pas possible qu'un esprit, aussi vigoureux et aussi perspicace, n'aperçoive pas le trou béant, qu'offre le système, pour ce passage de l'indicatif à l'impératif, qui reste le nœud de tout droit comme de toute morale » (*Ibid.* p. 271)

⁸²⁴ Pour une application de ces doutes à la propriété : v. A. MESTRE, *Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit*, A.P.D. t. 1-2, *L'œuvre de Léon Duguit*, Sirey, 1932, p. 163, et spéc. p. 167 : « Cette doctrine qui n'admet la légitimité de l'action individuelle que si elle se traduit par des réalisations avantageuses à la

notion ne nous permet donc pas de fonder efficacement les règles relatives à l'appropriation dans le domaine de la santé.

Enfin, pour OPPETIT, il est nécessaire de dépasser le but immédiat de la règle de droit, qui n'est autre que l'intérêt qu'elle représente. À travers l'exemple du droit du commerce international, l'auteur recherche le contrepois qui permettra d'éviter les dérives imposées par les valeurs marchandes, à savoir l'élargissement de l'objet de la discipline et la limitation à des finalités immédiates⁸²⁵. L'auteur a donc entrepris la recherche de valeurs qui pourraient transcender les buts immédiats que les valeurs marchandes assignent au droit du commerce international. En schématisant, il distingue trois grandes masses de valeurs, qui assureront à la règle de droit un niveau d'universalité et permanence : « celles intéressant la protection du vivant et de la personne⁸²⁶, celles relevant de la préservation de l'éthique et de l'intérêt général, et celles enfin impliquant la sauvegarde du patrimoine culturel et naturel »⁸²⁷. L'inconvénient de ces valeurs et que, même si elles atteignent un degré supérieur de précision au regard des précédentes thèses, elles font appel à des concepts relativement flous, comme la valeur assurant la préservation de l'intérêt général ou de l'éthique. Et une redéfinition de ces concepts appliqués à la propriété intellectuelle rend la démarche incertaine⁸²⁸. De plus, ces

collectivité, conduit à cette conséquence que les actes du propriétaire ne seront considérés comme légitimes que si la preuve peut être faite de cette convergence de l'intérêt individuel et de l'intérêt collectif. La doctrine traditionnelle établissait une sorte de coïncidence entre ces deux intérêts (...) ». L'auteur ajoutant : « la propriété ne comporte-t-elle pas un nombre indéfini d'utilisations socialement indifférentes et qui ne présentent d'intérêt que pour le propriétaire ? » (*Ibid.* p. 167).

⁸²⁵ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 205 et s.

⁸²⁶ Rapp. R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, T. III, *Approfondissement d'un droit renouvelé*, 3^e éd., Dalloz, 1959-1964, n°347, p. 18, sur la valorisation des droits de la personne. « Cette valorisation prend, elle-même, plusieurs aspects : d'une part, les droits de la personne sont passés du simple champ de la morale au domaine du droit positif ; d'autre part, à l'intérieur du droit positif, s'établit une échelle des valeurs. Elle met la personne au-dessus du patrimoine ».

⁸²⁷ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 208. L'auteur ajoute que : « on observera que ces valeurs, qui pourraient apparaître *a priori* comme des absolus intangibles, tolèrent néanmoins une certaine marge de relativité dans leur confrontation avec les intérêts du commerce international, au point de révéler certaines contradictions au sein du système juridique ».

⁸²⁸ Elle a pourtant été entreprise par G. COUSIN, *Intérêt général et propriété industrielle*, th. dactyl. Nantes, 2006. Dans cette thèse, l'auteur considère que les considérations relatives à l'intérêt général doivent être analysées tant lors de l'existence des droits de propriété industrielle que lors de leur exercice. Il est alors envisagé que l'intérêt général est à la fois au service et une limite du droit de la propriété industrielle. Mais le flou de la notion fait que l'on ne sait plus s'il s'agit d'un mécanisme limitatif ou performatif de la propriété industrielle. On peut également citer, dans un tout autre type de démarche, les actes du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, et sous la direction de B. REMICHE, *Brevet, innovation et intérêt général*, Bruxelles, Larcier, 2007, où l'intérêt général doit être envisagé comme un moteur possible de l'amélioration au système brevet.

valeurs ne laissent pas de place à l'intégration de considérations marchandes qui, avec mesure, sont nécessaires. Or, l'ordonnancement juridique ne peut reposer entièrement sur des considérations « antiéconomiques », il apparaît, au contraire, comme un subtil équilibre.

166.- La thèse préférée. ROUBIER a proposé une nomenclature des différentes valeurs sociales qui permettent au droit d'atteindre ses fins dernières⁸²⁹. Pour atteindre cela, il distingue trois « valeurs sociales qui doivent être appréhendées par le droit : la sécurité juridique, la justice et le progrès social »⁸³⁰. Selon l'auteur ces valeurs ont fait l'objet de découvertes progressives par les hommes et leur apparition correspond ainsi aux différentes époques qui scandent l'histoire des doctrines juridiques. C'est ainsi que les écoles formalistes, les plus anciennes, ont placé l'accent sur la sécurité juridique ; que les écoles idéalistes, un peu plus récentes se sont attachées tout particulièrement à la découverte de la valeur de justice ; que les écoles réalistes, contemporaines, situent la sensibilité des hommes sur la valeur du progrès social⁸³¹. Cette dernière notion, de *progrès social*, est celle qui nous intéresse au plus haut point, car elle correspond au mieux aux interrogations de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé.

Ce choix du progrès social pour mieux cerner le domaine de la santé a été vivement dénoncé par M. le professeur BINET⁸³², lui préférant alors la seconde des valeurs sociales, la justice, fondée sur l'éthique. L'éminent auteur, au contraire, impose de ne pas considérer le progrès scientifique comme la finalité du droit en matière de biotechnologies. La contingence de la notion de progrès serait la cause de sa perte. Le respect de l'être humain et de sa dignité doit s'imposer face aux progrès scientifiques, face au « positivisme scientifique ». Certes, le progrès scientifique a été l'outil de dérives eugéniques. Faut-il, pour autant, considérer qu'il

⁸²⁹ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p. 318.

⁸³⁰ Les trois valeurs sont chronologiquement datées, la plus ancienne étant celle à atteindre en priorité et correspond à la sécurité juridique. De cette systématisation progressive des valeurs, « on peut même affirmer que, dans une société en plein développement, les trois tendances doivent être représentées » (*Ibid.* p. 320) et qu'elles constituent les « corps simples du droit » (*in*, P. ROUBIER, *L'histoire des doctrines juridiques et ses leçons, Annales de l'École française de Beyrouth*, 1947, p. 20).

⁸³¹ Pour un lien entre les deux dernières valeurs sociales et le droit de propriété, v. notamment, J.-C. MERLE, *Justice et progrès. Contribution à une doctrine du droit économique et social*, PUF, coll. *Droit, éthique, société*, 1997. Dans cette étude, l'auteur propose de réhabiliter la théorie de la propriété et des droits et obligations des propriétaires dans la tradition jus naturaliste et dans une seconde partie à travers l'éthique et l'œuvre de Fichte.

⁸³² J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002.

existe une opposition radicale entre les valeurs de justice et de progrès social ? ROUBIER les a pensées comme une évolution, où les dernières tiennent pour acquis le contenu des précédentes. Une telle récusation, que nous comprenons, car aspirant à la même recherche d'une tempérance du droit, pourrait trouver une solution dans la définition même du progrès social. Le progrès scientifique ne consiste pas seulement en l'emploi de la science pour le progrès de la civilisation matérielle. Mais ne pourrait-on pas considérer qu'il recouvre une autre réalité ?

3) La valeur sociale retenue : le progrès social

167.- Le progrès social selon ROUBIER. Sans la définir, ROUBIER apporte de brèves informations sur la notion même de progrès social, tel qu'il l'entend dans sa nomenclature des valeurs sociales⁸³³. Tout au plus, il relativise l'importance du besoin de progresser au niveau de civilisation des sociétés, ce qui nous semble fortement contestable⁸³⁴. La notion de progrès ne doit en rien être discriminante, mais au contraire, tendre à l'élévation des sociétés. Outre cet élément, il spécifie sa pleine intégration dans les considérations du XX^e siècle⁸³⁵. Dans ses écrits consacrés à la propriété industrielle, le progrès social est considéré comme allant de soi

⁸³³ B. TABBAH, *La trilogie : sécurité, justice et progrès social*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p. 459, et spéc. p. 466 : « et le progrès social a été favorisé par l'essor de l'économie nouvelle de caractère plus mécanique, allant de pair avec l'éveil d'aspirations d'autant plus fortes que la technique les refoulait davantage ». Il est nécessaire de replacer cette proposition dans le contexte de la société industrielle de la fin du XIX^e siècle et du début XX^e où la place de l'homme était alors discutée par rapport à celle de la technique de la machine.

⁸³⁴ On ne peut adhérer à ces observations : « aujourd'hui, comment ne pas observer qu'une grande partie de l'humanité, dans d'autres continents (Asie, Afrique), vit encore dans des sociétés stationnaires, qui ne ressentent en aucune manière le besoin de progresser ? » (in, P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p. 329). Dans le même temps, l'auteur reconnaît que « le développement de la société doit être orienté dans le sens du progrès est sans doute l'acquisition la plus précieuse des sociétés civilisées, mais c'est une idée qui n'est ni ancienne, ni universelle ». Alors, que nous pensons au contraire que le concept même de progrès a un écho universel et permet de tendre à l'établissement de règle de droit plus juste, car plus adaptées au niveau de développement du pays.

⁸³⁵ En effet, comme nous l'avons expliqué la notion de progrès peut être constatée dans les sociétés, qu'une fois les deux premières valeurs réalisées, l'ordre et la justice. Ce qui d'ailleurs fait relativiser ses propos précédents, considérant que certaines sociétés n'avaient pas accompli les valeurs d'ordre et de justice pour s'intéresser à la valeur de progrès. C'est ainsi que ROUBIER assigne en France l'intégration de cette valeur de progrès au droit grâce aux Écoles réalistes, à une époque très récente, incarnées par SAVIGNY pour le courant historique, COMTE pour les positivistes, DURKHEIM et LEVY-BRUHL pour le courant sociologique, et aussi GURVITCH pour le droit transpersonnel ((in, P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey, 1951, p. 329).

dans un processus de création⁸³⁶. C'est pourquoi elle correspondant parfaitement avec une finalité à trouver pour la propriété intellectuelle.

168.- Le progrès social selon RIPERT. La notion est davantage explorée sous la plume de RIPERT, même si son plaidoyer conduit à sa réfutation. Son éclairage est fondamental. Opposé à cette idée, l'auteur décrit le progrès « dans l'amélioration des conditions matérielles de la vie »⁸³⁷, et considère qu'il est impossible de lier le progrès du droit au progrès de la civilisation matérielle. L'opposition de RIPERT à cette conception est juste. En effet, considérer le progrès social sous le seul aspect des considérations matérielles d'une société est sans conteste lacunaire, puisqu'il convient d'y inclure toutes les évolutions non marchandes que la société intègre, par exemple la préservation du patrimoine culturel ou la préservation de la santé, en l'occurrence. À ne pas considérer cette double dimension, la notion de progrès social serait synonyme de celle de progrès technique⁸³⁸, un progrès exclusivement

⁸³⁶ Le fondement des propriétés intellectuelles se trouve dans les trois valeurs énoncées. En ce qui concerne le progrès : « il est évident que le progrès est surexcité au plus haut point par les inventions ou les créations et si l'on veut que celles-ci se multiplient il faut naturellement récompenser leurs auteurs ; la récompense la plus naturelle et la plus heureuse a paru être ce monopole temporaire d'exploitation, qui constitue l'un des types de droits, en matière de propriété industrielle » (in, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, t.1, *Partie spéciale, III. les créations nouvelles, IV. les signes distinctifs*, Sirey, 1954, p. 2).

⁸³⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 52. L'auteur souligne la noblesse du dessein : « Il ne s'agit pas seulement de produire davantage, d'aller plus vite, de créer des produits, de capter ou d'inventer de forces, mais de le faire pour que chacune de ces inventions évite ou soulage la souffrance humaine, libère l'homme d'un fardeau écrasant, lui permette d'élever son esprit ». Mais il la réfute : « Le progrès du droit existe, mais il ne résulte pas du progrès scientifique et n'est pas réalisé dans une évolution fatale de la société ».

⁸³⁸ Le progrès technique ne recouvre que la dimension matérielle des avancées, le plus souvent technologiques. En ce sens, v. la définition de J. BREMOND et A. GELEDAN, *Dictionnaire des théories et mécaniques économiques*, Hatier, 1996, V° *Progrès technique et innovation* : « On appelle progrès technique les modifications de caractère technologique des procédés de production et de la nature des biens réalisés qui permettent soit de produire plus avec la même quantité d' "inputs", soit de résoudre les goulots d'étranglement qui limitent la production ». Mais une telle association reviendrait aux dérives de la valeur économique sur la propriété intellectuelle. En effet, pour certaines Écoles de la pensée économique, les Keynésiens, le progrès est accès sur la demande, ce qui ne correspond pas au domaine de la santé où toutes les demandes doivent être assouvies, de la plus fréquente à la plus rare. De plus, la notion de progrès technique peut avoir pour conséquence de perpétuer et de creuser certaines inégalités entre les pays, et une certaine domination, au lieu de tenter d'y pallier. Enfin, les cycles de l'innovation décrits par SCHUMPETER, qui offrent une image dynamique du progrès technique, ne correspondent que partiellement à la réalité de la propriété industrielle dans le domaine de la santé (J. A. SCHUMPETER, *Business cycles. A theoretical, historical and statistical analysis of the capitalist process*, New York Toronto London, MacGraw-Hill Book Company, 1939, disponible en version électronique sur *Les classiques des sciences sociales*). Ces cycles représentent dans les phases ascendantes, l'innovation et la stimulation de la croissance et dans les phases descendantes, le « processus de destruction créatrice », qui pour une innovation ancienne génère moins de profits. Le risque étant que les processus de destruction ne soient pas suivis d'un processus d'innovation. Cette théorie, même si invention et innovation ne peuvent être confondues en économie, correspond assez bien à la propriété industrielle. Mais dans le domaine de la santé, il existe peu de « processus de destruction créatrice », les anciennes formules étant précisément vectrices de progrès social, notamment par les médicaments génériques. Et pourtant, cette dimension matérielle est essentielle dans le progrès social et ne doit pas être oubliée, notamment dans le domaine médical.

économique. Nous l'avons souligné les seules considérations économiques, ne sont non seulement pas fructueuses pour la construction de l'avenir, et peuvent s'avérer dangereuses⁸³⁹. Les liens entre les logiques marchande et non-marchande sont spécialement révélés par le droit de la concurrence⁸⁴⁰. L'apport du droit de la concurrence est non seulement d'éviter la facile opposition du progrès économique au progrès social, mais de la dépasser en soulignant leur complémentarité. Le progrès économique sert le progrès social, et inversement, dans un cercle vertueux. Cette logique d'imbrication déjà remarquée dans les travaux précurseurs de SAVATIER⁸⁴¹, est particulièrement en vogue aujourd'hui. En ce sens, « l'analyse même que nous avons faite du développement des biens patrimoniaux montre, à travers l'expansion juridique, en apparence irrésistible, de la valeur comptable, des distorsions qui tiennent à ce que le droit ne saurait se déprendre de fins supérieures »⁸⁴². Nous la retrouverons d'ailleurs lorsque nous évoquerons la possibilité d'appropriation des objets du domaine de la santé. Que recouvre alors cette sphère « non-marchande » qui compose le progrès social ?

169.- Le caractère « social » du progrès, les destinataires. Assigner comme but à la règle de droit le progrès social implique un premier constat, le caractère *social* du progrès. C'est ici, la société qui est visée pour la réception du progrès social. Comme l'explique M. le professeur BERGEL, à propos des Écoles réalistes, « le droit doit être orienté vers le développement et le progrès de la société. Elles ne s'attachent pas à un ordre légal, comme dans le système formaliste, ni à un ordre moral, comme dans le système idéaliste, mais à un ordre social. L'autorité du droit vient alors des besoins sociaux et sa finalité est le progrès social, celui de la société »⁸⁴³. En cela, elle se distingue de la finalité kantienne du droit, à savoir considérer

⁸³⁹ Rapp. B. EDELMAN, *Où la concurrence sera le genre humain*, D. 2000, chron. p. 261, qui constate que l'ordre économique est devenu « le droit naturel des sociétés marchandes ».

⁸⁴⁰ Sur le progrès social et le droit de la concurrence, v. *infra* n°545.

⁸⁴¹ R. SAVATIER, *Le droit et l'échelle des valeurs, Mélanges en l'honneur de P. Roubier, t. 1, Théorie générale du droit et droit transitoire*, p. 441. L'auteur dans ce texte démontre que tout bien est en réalité la subtile combinaison entre une valeur comptable et des valeurs humaines ou morales, qui doivent être hiérarchisées afin de faire assurer par le droit la sauvegarde d'un certain « ordre » des valeurs. Et sur l'imbrication des valeurs comptables et humaines : « Partout, les valeurs humaines plongent donc dans la valeur comptable. Cela se traduit toujours en rapports juridiques. Les mutations de valeurs morales en valeurs comptables, et réciproquement, les mutations de valeurs comptables en valeurs morales sont familières au juriste » (*Ibid.* p. 448).

⁸⁴² *Ibid.* p.445.

⁸⁴³ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003, n°263, p. 302.

l'homme en « une fin en soi »⁸⁴⁴, et donc de la conception retenue par Mme JOURDAIN-FORTIER sur les valeurs non-marchandes⁸⁴⁵.

D'autres droits intègrent cette finalité de progrès social, à l'image du droit de la concurrence ou du droit de l'environnement. Un détour par leurs dispositions permet de comprendre que ce sont les intérêts de la société qui sont visés.

En droit de la concurrence, la figure du « progrès social » est connue. Les premiers jalons sont posés par l'article 4 de la loi du 19 juillet 1977⁸⁴⁶. Récemment, dans la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, dite NRE, le progrès social a pris la forme d'une protection des droits sociaux⁸⁴⁷. En effet, la poursuite de cette finalité permettra de tolérer des distorsions de concurrence pour la « création ou le maintien d'emplois ». Dans ce but, seront admises des concentrations économiques (sous certaines conditions), sur le

⁸⁴⁴ E. KANT, *Métaphysique des mœurs, 2^e partie : Doctrine de la vertu*, J. Vrin, trad. par A. philonenko, 1968, p. 109 : « Mais considéré comme une personne, c'est-à-dire comme sujet d'une raison moralement pratique, l'homme est élevé au-dessus de tout prix ; en effet comme tel, il ne peut être estimé uniquement comme un moyen pour les fins d'autrui, pas même pour les siennes propres, mais comme une fin en soi, c'est-à-dire qu'il possède une dignité (une valeur intérieure absolue) ». Nous aurions également pu citer l'imposante œuvre de GROTIUS, selon qui l'amélioration de la société passe nécessairement par l'amélioration individuelle.

⁸⁴⁵ C. JOUDAIN-FORTIER, *Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international*, Litec, 2006. L'auteur retient la conception kantienne des valeurs. Elle explique que KANT identifie les « valeurs relatives » et les « valeurs absolues ». Tout ce qui a un « prix », un « équivalent » doit être considéré comme une « valeur relative ». En revanche, l'homme qui est une « valeur absolue », c'est-à-dire qu'il ne constitue pas un moyen pour les fins d'autrui, mais une fin en soi. Il possède à l'inverse des valeurs relatives, non un « prix » mais une « dignité ». L'auteur conclut que la santé comme état de la personne bénéficie de cette « dignité », un peu par incorporation. Si cette analyse converge avec la nôtre sur de nombreux points, à savoir la méfiance des valeurs subjectives (ou relatives), l'emprise des valeurs marchandes (économiques) sur tous types d'objets, il nous semble qu'elle justifie les règles de droit et plus précisément l'adaptation des règles du commerce international au marché de la santé, mais qu'elle ne fournit pas les outils à sa meilleure orientation. En d'autres termes, la valeur dans cette étude n'apparaît pas comme une finalité, mais comme une cause.

⁸⁴⁶ L'article 4 *in fine* de la loi n°77-806 du 19 juillet 1977, sur le contrôle de la concurrence économique, répressions des ententes illicites et des abus de position dominante (*Journal Officiel* 20 juillet 1977, p. 3833) dispose : « L'acte ou l'opération juridique ne peuvent donner lieu à l'une des mesures prévues à l'article 8, s'ils apportent au *progrès économique et social* une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence qu'ils impliquent. L'évaluation de cette contribution tient compte de la compétitivité des entreprises concernées au regard de la concurrence internationale » [nous soulignons]. Et déjà, v. A. PIROVANO, *Progrès économique ou progrès social*, D. 1980, p. 145.

⁸⁴⁷ Nous aurions éventuellement pu évoquer l'intérêt du consommateur à travers le progrès social. Mais aucune disposition n'y fait expressément référence, ce qui explique notre préférence pour le droit du travail. Et sur le droit de la concurrence et la notion d'intérêt du consommateur, v. notamment : A. BIENAYME, *L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence : un point de vue d'économiste*, R.I.D.E. 1995/3, p. 361. – S. WILCKHAM, *Caractéristiques de la concurrence moderne et intérêt du consommateur*, *Conc. Cons.*, 1^{er} mars 1996, n°90, p. 31.

fondement de l'article L. 437-7-1 Code du commerce⁸⁴⁸ ; des pratiques anticoncurrentielles sur le fondement de l'article L. 420-4 du Code du commerce⁸⁴⁹. Seront tolérés des ententes ou des abus de positions dominantes dans un contexte économique dégradé, qui impose le recours au progrès social⁸⁵⁰. En effet, « le déferlement de la rationalité marchande conduit à réévaluer périodiquement la place des droits sociaux (au sens large) au cœur du système concurrentiel »⁸⁵¹. Et, au risque d'« une “ pollution ” du droit de la concurrence par le droit du travail » M. le professeur PIROVANO remarque que : « Atténuer des phénomènes de domination n'est-ce pas le progrès social par excellence ? »⁸⁵².

En droit de l'environnement, le progrès social a récemment été intégré comme finalité. La loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, relative à la Charte de l'environnement⁸⁵³,

⁸⁴⁸ L'article 430-7-1 du Code du commerce dispose: « (...) Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou *la création ou le maintien de l'emploi* (...) » [nous soulignons].

⁸⁴⁹ L'article L. 420-4 du Code du commerce dispose : I.- Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques : (...)

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès (...) ».

⁸⁵⁰ En ce sens, A. PIROVANO, *Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001*, D. 2002, p. 62 : « C'est l'instauration d'un contrôle (facultatif) des concentrations opérées par la loi du 19 juillet 1977 qui inaugurerait le mouvement. La commission de la concurrence se voyait octroyer le pouvoir (consultatif) de préconiser l'acceptation de l'opération à condition que ses promoteurs prennent des mesures propres à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. La France vivait alors l'agonie de la sidérurgie présentée pourtant, en 1974 par le vice-président du CNPF, comme la plus moderne d'Europe... La face la plus tragique de cette crise fut la suppression d'un nombre considérable d'emplois. Il n'est pas surprenant dès lors que la première application de la loi de 1977 ait précisément concerné une fusion entre sociétés métallurgiques spécialisées dans la fabrication de petits tubes ouvrés »

⁸⁵¹ A. PIROVANO, *Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001*, D. 2002, p. 62.

⁸⁵² A. PIROVANO, *Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001*, préc. Sur le progrès social et le droit de la concurrence, v. notamment : A. BIENAYME, *Le progrès économique et le droit de la concurrence*, *Conc. Consomm.*, 1^{er} novembre 1996, n°94, p. 3. – D. BRAULT et J. BRIHART, *progrès économique et contrôle de la concentration*, *L.P.A.*, 6 Juin 2002, n°179, p. 9.– M. LAZARUS, *L'approche française et communautaire du progrès économique*, *Conc. Consomm.*, 1^{er} novembre 1996, n°94, p. 13.

⁸⁵³ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, Relative à la Charte de l'environnement, *Journal Officiel* 2 mars 2005. Sur ce thème, v. notamment : *Le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la Charte de l'environnement, Avis n° 353 présenté au nom de la Commission des Affaires économiques et du Plan du Sénat, 16 juin 2004*. A.CHAMBOREDON, *Du droit de l'environnement au droit à*

prévoit expressément pour le droit de l'environnement cette finalité de progrès économique et social, à l'article 6⁸⁵⁴. Cette finalité oriente les politiques publiques à destination de la société.

Après avoir désigné les destinataires du progrès social, il convient de s'attacher à déterminer son contenu.

170.- Le caractère « social » du progrès, le contenu : le « bien-être » social. Quelle ironie, si la solution nous venait des économistes ! À destination de tous les États, un récent rapport Sen-Stiglitz-Fitoussi⁸⁵⁵, dénonce la mesure du Produit Intérieur Brut (PIB), indicateur de la seule richesse matérielle d'un pays et propose d'y ajouter quelques éléments supplémentaires d'information pour produire une image plus pertinente du pays. Le progrès des sociétés doit alors être mesuré à l'aune « des ressources économiques comme les revenus et des caractéristiques non économiques de la vie des gens ». Ces caractéristiques peuvent être regroupées autour de la notion de « bien-être », qui a une dimension pluridimensionnelle en

l'environnement. À la recherche d'un juste milieu, L'Harmattan 2007. – B. DEFLESSELLES, La Charte de l'environnement et le droit européen, Rapport d'information n° 1372 présenté au nom de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, 21 janv. 2004. – X. DUPRE de BOULOIS, Droits et libertés fondamentaux, PUF, 2010, p. 85. – P. GELARD, Le projet de loi constitutionnelle, adopté par l'Assemblée nationale, relatif à la Charte de l'environnement, Rapport n° 352 présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles du Sénat, 16 juin 2004. – N. KOSCIUCO-MORIZET, Le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, Rapport n° 1595 présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale, 12 mai 2004. – C. MARTINANT, Environnement et développement durable, CES n° 8, 18 mars 2003. – V. REYBEROL, L'affirmation d'un « droit à l'environnement » et la réparation des dommages environnementaux, Thèse, Defrénois 2010. – M. SADDIER, Le projet de loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'environnement, Avis n° 1593 présenté au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire du Sénat, 11 mai 2004.

⁸⁵⁴ Il dispose : « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ». Et, elle n'a pas que l'éloquence d'un grand principe inappliqué, puisque récemment, il a été invoqué à l'appui d'une contestation que l'acte déclarant d'utilité publique un projet qui atteindrait à l'environnement naturel et aux zones d'habitation serait excessif. Mais cette atteinte n'a pas été jugée excessive et permet donc de promouvoir le développement économique et le progrès social⁸⁵⁴. On retrouve la même logique d'atteinte conditionnée en droit de la concurrence, avec la condition de la « création ou le maintien d'emplois ».

⁸⁵⁵ Sur le site de la commission Sen-Stiglitz-Fitoussi, <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr>, on trouve le rapport intitulé : *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, rédigé sous la direction de MM. les professeurs STIGLITZ, SEN et FITOUSSI, en date du 14 septembre 2009. Un des thèmes unificateurs du rapport est qu'il faut « mettre davantage d'accent sur la mesure du bien-être de la population que sur celle de la production économique ». V. aussi, des mêmes auteurs, *Richesses des nations et bien-être des individus. Performances économiques et progrès social*, Odile Jacob, 2009. Pour un commentaire de ce rapport, v. notamment, G. GIRAUD, *Le rapport Sen-Stiglitz et le progrès social, Projet*, 2010/1, n°314, p. 74.

recouvrant entre autres les conditions de vie matérielle, la santé, l'environnement, etc.⁸⁵⁶, et dont l'indicateur le plus pertinent, selon le rapport, est « la qualité de vie »⁸⁵⁷. La protection de la santé, définie comme « état complet de bien-être physique, mental et social »⁸⁵⁸ correspond à cette recherche « non-marchande » du progrès social. En somme, qu'il s'agisse des plus éminents économistes ou même du droit du marché par excellence, tous convergent vers la reconnaissance que le progrès social existe et est complémentaire de l'amélioration des seules conditions matérielles de la vie, dénoncée par RIPERT. Que ce dernier recouvre notamment la protection de la santé. Autrement dit, le progrès social est composé de toutes les améliorations au « bien-être » procurées par avancées de l'humanité.

C'est également en ce sens que la doctrine travailliste intègre l'idée de progrès dans le droit du travail. Il est aujourd'hui qualifié de « protecteur et progressiste »⁸⁵⁹. Le terme progressiste doit être compris selon M. le professeur DE QUENAUDON comme : « une doctrine ou une attitude fondant sur l'idée de progrès continu et ascendant de l'homme »⁸⁶⁰. Il correspond alors à notre quête dans l'accroissement du « bien-être », et moins de la technique seule.

⁸⁵⁶ ...L'éducation, les activités personnelles dont le travail, la participation à la vie politique et la gouvernance, les liens et rapports sociaux, l'insécurité, tant économique que physique (SEN, STIGLITZ, FITOUSSI, *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, 14 septembre 2009, p. 16).

⁸⁵⁷ Le concept de qualité de vie réunit tous les facteurs influents qui ont de l'importance dans la vie, sans les limiter à un seul aspect matériel (en ce sens, v. SEN, STIGLITZ, FITOUSSI, *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, 14 septembre 2009, p. 45). Cette hypothèse du « bien-être » a été également développée par W. NORDHAUS, au niveau mondial. Nous n'en faisons pas état au regard de la complexité de l'analyse économique de cette notion. Elle a d'ailleurs été appliquée, par un économiste, aux brevets pharmaceutiques, V. F. M. SCHERER, *Le bien-être mondial en matière de brevetabilité des produits pharmaceutiques*, in *Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?*, sous la dir. de B. REMICHE, Acte du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Larcier, 2006, p. 51. Nous préférons la conception de SEN STIGLITZ, FITOUSSI, pour sa simplicité, mais aussi pour son lien avec le progrès social qui est notre objet d'étude.

⁸⁵⁸ V. *supra* n°4.

⁸⁵⁹ J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMEAUD, *Droit du travail*, Dalloz, coll. *Précis*, 22^e éd., 2004, n°31, p. 42. Les auteurs opèrent d'ailleurs la distinction entre le « progressisme » et le « capitalisme ». Et quelques pages plus loin, nuancent le rapprochement au « progrès social » en disant que le droit du travail est « réversible » (*Ibid.* p. 58). Rapp. G. LYON-CAEN, un promoteur de la notion, co-fondateur de la *Revue progressiste du droit français*, arrêtée en 1956.

⁸⁶⁰ R. DE QUANAUDON, *La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ?*, D. 2005, p. 1736.

Et, à ceux qui considèrent que le progrès est mort⁸⁶¹, à cause de la désespérance des personnes dans le progrès technique et la capacité de la science à apporter un meilleur être, nous parions sur son avenir prometteur.

171.- La conception retenue du progrès social. Le sens commun de la notion de progrès peut également apporter quelques précisions au contenu de la notion. Dans ses acceptions les plus courantes, le progrès est « le mouvement en avant, l'action d'avancer » et aussi, « le développement, la progression dans le temps »⁸⁶². Le progrès de la société a donc une double dimension : l'accroissement des avancées sociales qui contribuent au « bien-être » de chacun. L'autre dimension est temporelle, conférant au progrès une dynamique orientée vers l'avenir. Les notions de temps et de progrès sont intimement liées. Cette dimension temporelle est également présente dans le rapport Sen-Stiglitz-Fitoussi. Il a pour but d'établir une distinction entre l'évaluation du bien-être présent de la société et sa *soutenabilité*, c'est-à-dire sa capacité à être augmenté ou se maintenir dans le temps⁸⁶³. Ces deux aspects de la notion de progrès avaient déjà été mis en évidence, durant le Siècle des Lumières, par le marquis de CONDORCET dans l'*Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*⁸⁶⁴.

172.- Les conséquences sur le progrès du droit ? Il peut sembler pure tautologie d'affirmer que la reconnaissance du progrès social comme finalité du droit contribue au progrès du droit. Pourtant, il nous semble que ce ne ressort pas de l'évidence. Surtout si on regarde l'histoire même du progrès dans le droit et la progression corrélative du droit. Au XIX^e siècle, droit

⁸⁶¹ W. PFAFF, *Du progrès, Réflexion sur une idée morte, Commentaire* 1996, p. 385. On pense également à MARX qui voit par le progrès des forces productives, la fin du droit. En effet, le droit est conçu comme un instrument de la classe dominante. Or, dans la perspective marxienne elle est appelée à disparaître et le droit avec. Dans le meilleur des cas, seul le droit étatique disparaîtra, le « droit sociétal » débarrassé des phénomènes de classes pourra continuer à vivre. Mais aussi à VILLEY, pour qui la dégénérescence du droit est liée à sa soumission à la morale.

⁸⁶² *Le Grand Robert de la langue française*, sous la dir. de A. Rey, 2^e éd., 2001, V^o Progrès.

⁸⁶³ En ce sens, v. SEN, STIGLITZ, FITOUSSI, *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, 14 septembre 2009, p. 11 : « La soutenabilité de ces niveaux de bien-être dépend de la question de savoir si les stocks de capital qui importent pour notre vie (capital naturel, physique, humain et social) seront ou non transmis aux générations futures ».

⁸⁶⁴ J.A.N. de CONDORCET, *l'Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1793), Paris, J. Vrin, 1970, p. 203 et s. Cet ouvrage est parfaitement inscrit dans le Siècle des Lumières. Il est découpé en dix grandes périodes qui retracent l'histoire de l'humanité, tant dans ses réalisations morales, politiques et sociales, matérielles et scientifiques. Le dernier Chapitre, intitulé *Des progrès futurs de l'esprit humain*, met en lien cette idée de progrès avec l'amélioration de l'humanité : « Nos espérances sur l'état à venir de l'espèce humaine, peuvent se réduire à ces trois points importants : la destruction de l'inégalité entre les nations ; les progrès de l'égalité dans un même peuple ; enfin, le perfectionnement réel de l'homme » (*Ibid.* p. 203-204).

semble même avoir rejeté cette idée de progrès. Par exemple, CONSIDERANT avait proposé l'instauration d'un ministère du Progrès et de l'expérience, qui fut décliné par deux fois⁸⁶⁵. Nous l'avons dit, il est dans la définition même du progrès, la nécessité d'une bonne gestion du temps. Le droit l'a ainsi *progressivement* admis. Cette idée de progrès social innerve d'ailleurs bon nombre de dispositions dans des droits très variés, comme là où on l'attend évidemment en droit de l'environnement ou en droit social et plus surprenant, de le rencontrer au détour du droit de la concurrence⁸⁶⁶. Le progrès du droit est également intimement lié aux droits fondamentaux⁸⁶⁷. En ce sens, M. le professeur DE QUENAUDON explique que « le développement des droits fondamentaux dans notre société est souvent présenté comme traduisant la “marche du droit” sous la houlette du progrès »⁸⁶⁸. Et M. le professeur LEBRETON les pense comme un « progrès en cours » du droit, où les droits fondamentaux tendraient à la subjectivisation. Cette idée de considérer les droits fondamentaux comme des droits subjectifs est particulièrement défendue⁸⁶⁹. Nous ne reformulerons pas les réticences que nous avons émises à cette traduction systématique des droits fondamentaux en droit subjectif⁸⁷⁰. De plus, il serait très certainement réducteur d'assimiler le progrès aux seuls droits fondamentaux. En revanche, assigner une finalité de progrès social à la propriété intellectuelle, dont les connexions avec la notion de droits fondamentaux sont établies, rend cohérente l'inspiration de certaines dispositions de la propriété intellectuelle⁸⁷¹. Nous concluons donc avec M. le professeur LEBRETON, que « nous estimons exacte la conception qui consiste à voir le progrès du droit comme le respect croissant des aspirations

⁸⁶⁵ Mais ce qui était ici principalement refusé était l'organisation sociale en phalanstère, icarienne, ou banque de peuple proudhonienne. Cette idée aurait même été accueillie par TOCQUEVILLE à l'époque par des « rires bruyants » (in, R. DE QUENAUDON, *La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ?*, D. 2005, p. 1736).

⁸⁶⁶ Nous réservons ces différentes propositions pour la fin de notre étude. En effet, leur approche n'apporte pas plus à la définition proposée de progrès social. Nous les envisagerons donc comme des illustrations.

⁸⁶⁷ Nous pensons notamment à la Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005, Relative à la Charte de l'environnement (v. *supra* n° 169).

⁸⁶⁸ R. DE QUANAUDON, *La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ?*, D. 2005, p. 1736

⁸⁶⁹ V. notamment, X. DUPRE de BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 42. Pour la santé, notamment par C. SAUVAT, *Réflexions sur le droit à la santé*, PUAM, 2004.

⁸⁷⁰ V. *supra* n°8.

⁸⁷¹ Sur cette inspiration, v. *supra* n°8 (nos propos introductifs).

de la conscience collective par le droit positif »⁸⁷². Il conviendra alors de déterminer *comment* peut se réaliser la progression du droit de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé.

173.- Conclusion de la section 1 : Remarques générales sur l’appréhension de la valeur sociale. Cette étude nous a permis de mieux approcher le concept de valeur, valeur sociale. Contenue dans les choses du domaine de la santé et totalement indépendante de la perception du sujet, elle permet ainsi de comprendre ces choses dans leur universalité. Un médicament en Afrique et un médicament en Europe ont des qualités intrinsèques, leur valeur ne dépend plus des besoins qui se greffent sur eux. La valeur apparaît alors comme un fait social objectivement observable. Le constat de cette valeur sociale permet de donner une finalité au droit. En d’autres termes, c’est en cherchant objectivement la valeur sociale des choses que l’on découvre les finalités du droit. Or, à l’issue d’une recherche sur la finalité que nous préférons assigner au droit de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé est la finalité de progrès social. Les objets du domaine de la santé imposeraient par leurs qualités objectives à la propriété intellectuelle de s’inscrire dans une finalité de progrès social. En définitive, s’il fallait, à la lumière des précédents éléments, donner une définition du progrès social, elle se bornerait à rappeler qu’il s’agit d’un processus d’accroissement des avancées de la société, dont les causes ne sont pas exclusivement économiques et matérielles, mais relèvent de l’idée globale d’une amélioration du « bien-être ». Ce progrès doit nécessairement inscrire ces avancées dans le temps. Les choses sont socialement valorisées dans la mesure où elles contribuent à réaliser ce progrès social. L’élaboration de la norme en matière de propriété intellectuelle devra être orientée vers ce but. Ainsi, dans le domaine de la santé, les objets sont valorisés par le simple fait qu’ils tendent à la réalisation du progrès social, et plus précisément du progrès médical. Il convient alors de préciser son contenu.

⁸⁷² G. LEBRETON, *Y a-t-il un progrès du droit ?*, D. 1991, p. 99, et spéc. p. 103. Rapp. R. de QUENAUDON, *Droit et Progrès*, in *Mélanges Dominique Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 187,

Section 2

Les remarques particulières sur l'appréhension de la valeur sociale dans le domaine de la santé : la finalité du progrès médical

174.- Apport du progrès social à la définition du progrès médical. Précisions sur la portée. Le progrès médical est un sous-domaine du progrès social. Il regroupe les avancées scientifiques et thérapeutiques de la société émanant de différentes sciences. Ainsi, pour se rapprocher de notre concept de valeur sociale, les différents objets affectant l'état de santé d'une personne sont valorisés, car doivent réaliser d'une certaine fin, en l'occurrence le progrès social, et plus précisément le progrès médical. Or, cette notion de progrès médical est difficile à cerner, car les critères de jugement de ce que l'on peut nommer « progrès » en la matière sont infinis⁸⁷³. L'apport de la définition donnée du progrès social, permet de considérer que tout progrès matériel (marchand) doit être pondéré d'une réflexion sur le « bien-être » (non-marchand), en l'espèce l'amélioration de la santé – la santé ayant été définie comme l'« état complet de bien-être physique, mental et social ». Autrement dit, le progrès médical ne consiste pas seulement en des avancées techniques pour des avancées techniques, pour l'accumulation du capital qu'elles dégagent. Il est nécessaire de voir au-delà les améliorations pour le « bien-être » qu'elles procurent. Les personnes, *via* leur santé (état), sont protégées par cette considération⁸⁷⁴. Cette conception nous permettra, par la suite, de (dis)qualifier tout objet de la propriété intellectuelle qui ne remplirait pas ce but.

C'est pourquoi pour éclaircir cette notion indispensable à la suite de notre étude, il convient d'utiliser la précédente définition du progrès social. Nous reprendrons donc les deux aspects du progrès social pour les transposer au progrès médical, à savoir le processus

⁸⁷³ En ce sens, v. P. CORVOL et N. POSTEL-VINAY, *Le progrès médical à l'aube du XXI^e siècle : quel palmarès ?*, *Les Tribunes de la santé*, 2009/4, n°25, p. 27 : « Décrire le progrès médical dépend du point de vue adopté : tandis que le patient espère un nouveau traitement qui prolongera sa vie ou qui améliorera sa qualité de vie, l'acteur de santé publique juge les avancées à l'aune de chiffres populationnels, telles les données de morbidité ou d'accroissement de l'espérance de vie ; de son côté, le pharmacologue considère les longues années nécessaires au passage d'une molécule originale du laboratoire au lit du malade ; enfin les autorités de santé soupèsent les nouveaux traitements selon l'amélioration du service médical rendu (ASMR) en comparaison avec des produits de référence ».

⁸⁷⁴ Cet élément permettrait de ne pas aboutir à la même conclusion que M. le professeur BINET : « On a constaté que la loi est au service de la science, ce qui a pour conséquence que lorsque la science revendique l'abandon des règles de protection de l'humain, le législateur ne sait qu'abdiquer ».

d'accroissement des avancées médicales (*paragraphe 1*) et son inscription dans le temps (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1

Le progrès médical : un processus d'accroissement des avancées médicales

La description du processus d'accroissement des avancées médicales (*A*) précèdera quelques illustrations (*B*).

A) Les descriptions du processus d'accroissement des avancées médicales

175.- Réflexion sur le progrès médical en analogie avec le progrès scientifique. M. le professeur BINET a particulièrement approfondi dans son étude sur la biomédecine cette notion de « progrès scientifique ». Il retient comme définition, « est scientifique ce qui relève de la science et ce qui relève de son application pratique. Le terme scientifique inclut alors la science et la technique. Le progrès scientifique est à la fois l'avancée des connaissances fondamentales et la création de nouveaux moyens favorisée par ces développements »⁸⁷⁵. Cette définition est importante, car elle nous enseigne qu'il ne faut pas considérer le progrès scientifique seulement aux portes de la technique⁸⁷⁶. Ce qui, comme pour le progrès social, le cantonnerait à la sphère du progrès technique. La science⁸⁷⁷, ou plutôt les sciences, contribuent également au progrès scientifique. Il remarque d'ailleurs que l'homme n'est pas seulement « *homo sapiens* », mais également « *homo faber* ». La science sans la technique et la technique sans la science ne présenterait qu'une vision lacunaire du progrès scientifique⁸⁷⁸. Cette définition enrichit celle de progrès médical. Elle est d'autant plus importante lorsque

⁸⁷⁵ J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 3.

⁸⁷⁶ La définition de la technique sera abordée en lien avec celle de l'invention, v. *infra* n°267.

⁸⁷⁷ M. le professeur BINET retient la définition de la science suivante : « ce qui est conforme aux exigences d'objectivité, de précision, de méthode des sciences ; qui appartient aux sciences, qui concerne les sciences » (*in*, J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002, p. 1). Ainsi, la science s'applique à tout domaine, littérature, mathématique, et même au droit. En ce sens, les recherches pluridisciplinaires des membres du Groupement de recherche « Droit sciences et techniques », présidé par M. le professeur VERGES.

⁸⁷⁸ L'auteur précise que « la distinction entre science et technique sommairement présentée est loin d'être évidente, au point d'en avoir perdu sa pertinence ». Il cite notamment les activités de clonage qui relèvent tant de la science que de la technique (*Ibid.* p. 2).

l'on assigne à la propriété intellectuelle la finalité du progrès médical. Le contenu du progrès médical serait le fruit de la combinaison de science et de technique⁸⁷⁹.

176.- Précisions sur le contenu du progrès médical. A la lumière de cette réflexion sur le progrès scientifique et de la définition du progrès social, il est possible de donner quelques précisions sur le contenu du progrès médical. Les choses du domaine de la santé possèdent une valeur sociale si elles contribuent à la réalisation de la finalité sociale, à savoir le progrès médical. Or, que recouvre-t-il exactement ? Il est déjà constitué de toutes les avancées qui procurent un « bien-être », une amélioration de l'état de la santé. En cela, la définition de la santé de l'Organisation mondiale de la santé⁸⁸⁰, annoncée comme un but à réaliser correspond parfaitement aux attentes sur la finalité de progrès médical. Tel est le premier enseignement qui provient de la définition du progrès social. Le second, qui provient de la définition du progrès scientifique, est que le progrès médical ne doit pas s'entendre seulement des avancées techniques, mais plus largement des avancées contenues en chaque science et qui peuvent concourir au « bien-être » social. La finalité du progrès médical sera alors atteinte tant par des avancées de la science fondamentale, que de la science appliquée (technique). Cet élément est important pour la suite de nos développements⁸⁸¹. En effet, pour réaliser cette finalité de progrès médical, certains objets qui composent le domaine de la santé devront être maintenus dans la sphère de la science fondamentale sans être dépassés par une technique. Ils sont moteurs des avancées futures et pour cela réalisent indirectement le « bien-être » de demain de la société.

B) Les illustrations du processus d'accroissement des avancées médicales

177.- Le progrès médical : une expression diffuse. Analyser à travers quelques illustrations le contenu du progrès médical permet de comprendre à quel point les considérations de

⁸⁷⁹ Cela pourrait être rapproché de l'idéologie du Progrès de la Renaissance, où la production du savoir devient un phénomène perpétuel commandé par la raison et défait de l'autorité et de la tradition. Sur la contribution de la science et de la technique au progrès, v. notamment, R. de QUENAUDON, *Droit et Progrès, in Mélanges Dominique Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 187 et spéc. p. 195 : « ce perfectionnement est une donnée univoque comme en témoigne l'histoire de la science et celle de la technique. En effet, elles font ressortir un succès constant, où « tout ce qui suit est nécessairement supérieur à ce qui précède » ». L'auteur envisage le progrès bien au-delà de ce concept.

⁸⁸⁰ Sur cette définition, v. *supra* n°4.

⁸⁸¹ Notamment pour assigner une finalité aux règles d'appropriation et d'inappropriation et ainsi justifier la délimitation de l'objet de la propriété intellectuelle.

science et de technique sont étroitement liées. Ce sont des points qui seront repris, notamment dans l'étude relative au brevet. Mais cette illustration permet d'avoir une idée plus concrète des différentes sciences et techniques appelées à réaliser le progrès médical. Ainsi, les avancées peuvent concerner tant les traitements thérapeutiques⁸⁸², que les diagnostics⁸⁸³ ou encore les traitements palliatifs⁸⁸⁴. Ajoutant à la complexité de l'approche, le progrès médical est nécessairement constitué des liens étroits que la médecine entretient avec les autres sciences telles que, la biologie, la chimie ou même le numérique. Ce qui permet de constater que « notre système de soins est en train de vivre une nouvelle révolution »⁸⁸⁵. C'est pourquoi cette dernière approche sera privilégiée pour illustrer les avancées majeures qui constituent le progrès médical⁸⁸⁶. De plus, cette approche pluridisciplinaire correspond à l'éventail d'objets immatériels que sera susceptible de saisir la propriété intellectuelle. Enfin, au-delà de la diversité des manifestations du progrès médical, il convient de souligner l'importance de sa destination. En effet, tout frein porté à son essor affectera proportionnellement le bien-être collectif, la protection de la santé. Cette idée est essentielle, car elle recentre le progrès médical non autour de la matérialité des avancées thérapeutiques, mais autour de la société, la destinataire.

178.- Progrès médical et biologie. La biologie est une discipline clé dans le progrès médical. En effet, elle est de plus en plus employée dans le développement des nouvelles thérapeutiques. Le séquençage du génome humain a ouvert les portes aux diagnostics et au traitement de maladies génétiques. Francis Collins, généticien réputé, fonde des espoirs sur la découverte prochaine des gènes en cause dans des maladies comme le diabète, l'hypertension

⁸⁸² Dont l'exemple le plus commun est celui des médicaments.

⁸⁸³ Notamment à travers l'essor des médecines prédictives.

⁸⁸⁴ Les traitements palliatifs ont connu un réel essor ces dernières années avec, entre autres les plans Alzheimer (2008) et Cancer (2003 et 2009).

⁸⁸⁵ Conseil Économique, Social et Environnemental, *Les biomédicaments : des opportunités à saisir pour l'industrie pharmaceutique, avis du 10 juin 2009*, La documentation Française, 1^{ère} partie, p. 5. Adde, T. LAMBERT et F. VENNIN, *Le brevet et la personne, brefs propos d'un rendez-vous manqué*, D. 2005, chron. p. 2005, spéc. n°1-2.

⁸⁸⁶ Remarquons que chacune de ces avancées thérapeutiques porte en elle, une dimension nécessairement économique, qui en fait d'elle un élément du progrès technique médical. Sur cette notion de progrès technique médical, on peut constater qu'il en existe de deux sortes : le progrès technique médical « augmentant les possibilités » de production de service de santé, comme l'imagerie médicale et le progrès technique médical « économisant les ressources » qui permet de réaliser des économies dans les dépenses de santé, comme les vaccins par exemple (en ce sens, v. A. MOREAU, S. REMONT, N. WEINMANN, *L'industrie pharmaceutique en mutation*, La documentation française, coll. *Économie*, 2002, p. 29).

ou les maladies cardiaques⁸⁸⁷. La matière biologique est employée dans un domaine frugifère, celui des biomédicaments⁸⁸⁸. La part des dépôts de brevets concernant les biomédicaments est en plein essor : au niveau international, ils représentent plus d'un dépôt sur deux⁸⁸⁹. Les biomédicaments sont des médicaments élaborés à partir de la matière vivante. L'exemple le plus commun est celui du vaccin⁸⁹⁰. Au rang des principales avancées dans le secteur des biomédicaments on citera les succès de la thérapie génique⁸⁹¹, de la thérapie protéique⁸⁹², de la thérapie cellulaire⁸⁹³ et des anticorps monoclonaux⁸⁹⁴.

⁸⁸⁷ Francis Collins est directeur des National Institutes of Health américains. Ces propos sont rapportés par P. CORVOL et N. POSTEL-VINAY, *Le progrès médical à l'aube du XXI^e siècle : quel palmarès ?*, *Les Tribunes de la santé*, 2009/4, n°25, p. 27 (6). Les auteurs regrettent que cet espoir fondé quelques années plus tôt, ne se soit pas réalisé « et ne le sera sans doute pas dans les dix ans à venir, étant donné le caractère polygénique et la complexité de ces affections ».

⁸⁸⁸ Le Biomédicament peut être défini comme : « Faisant appel, directement ou indirectement, aux connaissances sur le vivant, et particulièrement au fonctionnement du génome humain, les biomédicaments, issus de procédés biotechnologiques pour leur recherche et/ou leur production répondent à des besoins importants qui, jusqu'ici, ne pouvaient être qu'imparfaitement satisfaits par les médicaments classiques » (in, Conseil Économique, social et environnemental, *Les biomédicaments : des opportunités à saisir pour l'industrie pharmaceutique*, avis du 10 juin 2009, La documentation Française). Pour une autre étude de référence sur les biomédicaments, v. 4^{ème} rencontre INPI de l'Innovation, *Du médicament au biomédicament : tendance de l'innovation*, étude disponible sur <http://www.inpi.fr>.

⁸⁸⁹ L'essor est tel que la part des biomédicaments dans l'industrie pharmaceutique mondiale passera de 10% à plus de 15%, entre 2007 et 2012. Alors qu'un grand nombre de médicaments étaient en phase I des essais cliniques, on attend sur le marché d'ici à 2012, 104 nouveaux biomédicaments (Source : LEEM (les entreprises du médicament) et Genopole, *Bioproduction 2008, État des lieux et recommandations pour l'attractivité de la France*, 2008, disponible sur <http://www.leem.org/>). Sur ce point, v. aussi C. QUATRAVAUX, *Médicaments-biomédicaments : les demandes de brevets français*, *Propriété intellectuelle*, décembre 2008, alerte 193. On y apprend notamment qu'en 2008, la France se situait au 5^e rang mondial des principaux pays déposant en matière de biomédicaments.

⁸⁹⁰ P. CORVOL et N. POSTEL-VINAY citent plusieurs exemples de vaccins ayant marqué la dernière décennie : ceux contre les rota virus (infection de gastro-entérite du jeune enfant), le méningocoque C, ou le pneumocoque – pneumo23 (in, P. CORVOL et N. POSTEL-VINAY, *Le progrès médical à l'aube du XXI^e siècle : quel palmarès ?*, *Les Tribunes de la santé*, 2009/4, n°25, p. 27 (7)) On pourrait également citer le vaccin contre le virus H1N1, élaboré à une rapidité sans précédent, du fait d'une performance industrielle et d'un soutien étatique. Mais il semble que l'avenir vienne de ce que l'on nomme les « vaccins recombinants », qui sont mis au point grâce aux techniques de recombinaison génétique. Cette technologie issue du génie génétique permet des vaccins plus sûrs et précis, ciblant seulement certains antigènes. Le premier de ce type était le vaccin contre l'Hépatite B ou de la coqueluche. Des attentes pressantes se font sentir pour le développement de ce type de vaccin pour les pandémies, comme le SIDA, la malaria ou la tuberculose.

⁸⁹¹ La thérapie génique est une technique de vectorisation et d'insertion ciblée des gènes dans les tissus ou les cellules d'un individu en vue de traiter une maladie (héréditaire ou non). Ceci est un résumé de la technique, qui est plus amplement décrite, in N. AMEZIANE, M. BOGARD, J. LAMORIL, *Principes de biologie moléculaire en biologie clinique*, Elsevier Masson, coll. *Campus référence*, 2005, p. 505. Le succès est venu dans les années 2000, du protocole Alain Fischer, qui a permis de soigner les jeunes enfants atteints d'immunodéficience sévère (les « bébés bulle ») (Pour les détails scientifiques de la découverte, v. M. CAVAZZANA-CALVO, S. HACEIN-BEY, G. de SAINT BASILE, F. GROSS, E. YVON, P. NUSBAUM, F. SELZ, Ch. HUE, S. CERTAIN, J.-L. CASANOVA, P. BOUSSOP, F. Le DEIST, A. FISCHER, *Gene therapy of Human severe combined immunodeficiency(SCID)-X1Disease*, *Science*, 28 avril 2000, n°5466, p. 669). Les résultats ont été nuancés puisque de nombreux enfants ont vu leur système immunitaire rétabli, mais certains autres ont développé une autre forme de maladie. Des résultats sont aujourd'hui patiemment attendus par les malades de myopathie ou encore pour la maladie de Parkinson. Certains chercheurs vont même jusqu'à affirmer qu'il n'y

179.- Progrès médical et chimie. Si l'instrument biologique est porteur de grands espoirs dans l'avancée thérapeutique, il ne faut pas oublier qu'une majorité des médicaments restent des molécules chimiques et que le progrès médical peut aussi provenir de nouvelles manipulations. MM. CORVOL et POSTEL-VINAY retiennent comme applications importantes au cours des dix dernières années⁸⁹⁵, notamment : le traitement antiviral contre l'Hépatite B, les résultats satisfaisants de l'Imatinib (Glivec-Novartis) dans le traitement de certaines formes de cancers⁸⁹⁶, de la rapamycine (Rapamune, Sirolimus, Wyeth Europa Ltd) en prévention de rejet d'organe chez les patients recevant une transplantation rénale. Nous pourrions également citer les très sérieuses « Pilules d'or » remis annuellement⁸⁹⁷ par la revue

aurait pas de pathologie qui ne pourrait bénéficier des apports de la thérapie génique (in, J.-M. HEARD, O. DANOS, M. PERSCHANSKI, *Réflexions sur l'avenir de la thérapie génique*, *Medecine/Sciences*, 2000, vol.16, n°12, p. 1305). Pour d'autres exemples d'applications de la thérapie génique, v. N. AMEZIANE, M. BOGARD, J. LAMORIL, *Principes de biologie moléculaire en biologie clinique*, Elsevier Masson, coll. *Campus référence*, 2005, p. 527.

⁸⁹² La thérapie protéique vise à remplacer les protéines déficientes ou absentes de l'organisme. Ce n'est pas une nouvelle thérapie puisqu'elle était déjà employée, en particulier, pour le traitement du diabète avec de l'insuline. Mais des champs nouveaux de traitement se précisent, notamment pour la mucoviscidose.

⁸⁹³ La thérapie cellulaire est celle qui consiste en la réparation des affections dues à une déficience ou à une disparition des cellules par des greffes de cellules saines. Ces cellules peuvent provenir de cellules souches issues de la moelle ou du cordon ombilical. Les espoirs sont grands sur les potentialités des cellules souches, comme notamment la guérison de la maladie d'Alzheimer, de Parkinson, le diabète ou la leucémie. Les recherches sur la maîtrise des cellules souches, adultes ou embryonnaires, apparaissent comme essentielles pour l'avenir de ces technologies.

Nous retenons comme définition des cellules souches, celle de Mme le professeur GAUMONT-PRAT (in, H. GAUMONT-PRAT, *La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches*, *D.* 2005, p. 3087) : « Les cellules souches sont des cellules indifférenciées possédant des capacités majeures de prolifération et de différenciation. Ainsi, des cellules souches sanguines (cellules spécialisées qualifiées de multipotentes) situées dans la moelle épinière pourront donner naissance à des globules rouges, à des globules blancs ou à des plaquettes. Les cellules embryonnaires qualifiées de pluripotentes sont capables de se multiplier plus ou moins indéfiniment ; et elles peuvent donner naissance à un très grand nombre de types cellulaires très caractérisés telles que les cellules neuronales, cardiaques ou musculaires, permettant d'envisager le traitement des infarctus, des maladies neurodégénératives, ou de certains cancers. Le recours à des cellules souches pourrait entraîner également une modification de la pratique employée pour développer les médicaments puisqu'il serait envisageable d'utiliser ces cellules souches pour pratiquer les tests nécessaires avant la mise sur le marché des futurs médicaments ».

⁸⁹⁴ Sur les apports des anticorps monoclonaux au progrès médical, v. *infra* n°182.

⁸⁹⁵ P. CORVOL et N. POSTEL-VINAY, *Le progrès médical à l'aube du XXI^e siècle : quel palmarès ?*, *Les Tribunes de la santé*, 2009/4, n°25, p. 27 (n°14 et s.).

⁸⁹⁶ Ce médicament est indiqué dans le traitement de la leucémie myéloïde chronique (LMC) des patients adultes comme enfant, v. *Avec du recul, dans la leucémie myéloïde chronique : un progrès confirmé*, *Revue Prescrire*, n°290, Décembre 2007, p. 892.

⁸⁹⁷ Exceptionnellement, il n'y a pas eu de pilule d'or ni pour l'année 2008, ni pour l'année 2009. Pour 2008, l'absence de pilule d'or s'explique par « une moisson maigre, le constat persistant de la faillite du système d'incitation au progrès thérapeutique », qui doit être toutefois nuancé par la présence d'un médicament remarquable sur le marché français, un hypertenseur (Esidrex de Novartis). Un médicament ancien et très efficace qui compense l'arrivée de nouveau (B. TOUSSAINT, *Palmarès Prescrire : redécouvrir l'essentiel*,

Prescrire, pour les « médicaments qui constituent un progrès thérapeutique décisif dans un domaine où malades et praticiens étaient totalement démunis »⁸⁹⁸ et pour des conditionnements d'une particulière qualité⁸⁹⁹.

180.- Progrès médical et numérique. « L'ère du numérique, de la communication et de l'information est sans doute la révolution globale la plus importante des dix à vingt dernières années »⁹⁰⁰. Des nouveaux outils apparaissent comme, le dossier médical personnalisé⁹⁰¹, les logiciels pour le développement des médicaments⁹⁰², le développement des prothèses médicales⁹⁰³, l'imagerie médicale, les banques de données d'échantillons biologiques ou

Revue Prescrire, n°303, Janvier 2009, p. 1). Pour 2009, le directeur de la revue explique que les seuls primés, ont une DCI génériquée (existent depuis longtemps sur le marché). La principale cause est « le système d'innovation qui reste grippé » par le déficit d'information sur les effets indésirables des médicaments (B. TOUSSAINT, *Informé largement des effets indésirables des médicaments est une source majeure de progrès*, *Revue Prescrire*, n°315, Janvier 2010, p. 1). On retrouve une telle remarque dans les propos de MM. CORVOL et POSTEL-VINAY (in, P. CORVOL et N. POSTEL-VINAY, *Le progrès médical à l'aube du XXI^e siècle : quel palmarès ?*, *Les Tribunes de la santé*, 2009/4, n°25, p. 27 (n°22 et s.)) « Les dix dernières années écoulées ont vu le développement accéléré de médicaments et leur mise à disposition dans des populations importantes de patients sans que l'on ait pu au préalable évaluer suffisamment la balance des effets secondaires par rapport aux bénéfices ».

⁸⁹⁸ En 2007, le Garbaglu, commercialisé par Orphan Europe (Acide Garglumique) a reçu la pilule d'or, grâce aux progrès thérapeutiques qu'il apporte aux enfants atteints d'un trouble grave et mortel du cycle de l'urée (sur ce médicament : *Rayon des nouveautés*, *Revue Prescrire*, n°290, décembre 2007)

⁸⁹⁹ En 2008, deux palmes du conditionnement ont été décernées. Citons pour exemple, le Méthadone AP-HP^o gélules, commercialisé par Bouchara Recordati (Méthadone), qui protège les plaquettes unitaires prédécoupées d'un film plastique de sécurité visant à limiter les risques d'ingestion accidentelle, qui met particulièrement en évidence la DCI et dont les dosages sont clairement différenciés pour éviter les erreurs lors des préparations (sur ce conditionnement : *Rayon des nouveautés*, *Revue Prescrire*, n°295, mai 2008).

⁹⁰⁰ P. CORVOL et N. POSTEL-VINAY, *Le progrès médical à l'aube du XXI^e siècle : quel palmarès ?*, *Les Tribunes de la santé*, 2009/4, n°25, p. 27 (n°23).

⁹⁰¹ V. principalement, C. ZORN-MACREZ, *Données de santé et secret partagé. Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Presses universitaires de Nancy, 2010.

⁹⁰² Telle est l'ambition du programme BioIntelligence, qui associe l'éditeur de logiciels Dassault Systèmes, de grands laboratoires français et plusieurs organismes de recherche (« *BioIntelligence* », *le programme qui peut révolutionner la fabrication des médicaments*, *Le Monde*, 28 octobre 2009). Le but ? De permettre pour la mise au point des médicaments, d'ici à cinq ans de gagner du temps et d'économiser de l'argent. Comment ? En modélisant sur ordinateur les réactions du corps humain au médicament, ce qui permettra de connaître son efficacité et ses effets secondaires avant même de le tester sur l'homme. L'enjeu est considérable, car les dépenses de recherche pèsent de plus en plus lourdement pour l'industrie pharmaceutique. On peut espérer de réelles avancées considérant les preuves de l'entreprise faites dans les domaines de l'automobile ou de l'aéronautique.

⁹⁰³ À l'image de Sterlac, l'homme bionique semble devenir une réalité. Les implants cochléaires ont fait leur apparition dans les années 70. Ils sont destinés aux individus atteints de sensibilité neurosensorielle profonde, en envoyant des signaux électriques directement sur le nerf auditif (v. <http://www.cochlear.fr/>). D'autres travaux marient les tissus vivants aux circuits électroniques, comme un implant qui par la diffusion d'hormones de croissance dans les os permettrait de lutter contre l'ostéoarthritis. Et l'on atteint ce que l'on aurait pu penser aux confins de la science-fiction, lorsque sont étudiées les premières prothèses de bras et de jambes commandées par

« biobanques ». L'informatique devient indispensable dans la poursuite de ces recherches⁹⁰⁴. Reprenons, à titre d'illustration ces deux derniers éléments.

En premier lieu, suite logique du séquençage du génome, le développement de la génomique fonctionnelle, sur l'étude des fonctions d'un gène à grande échelle a permis ce que l'on nomme le « génotypage »⁹⁰⁵. Le génotypage est notamment employé comme un outil méthodologique essentiel dans l'étude des facteurs de maladies complexes. Mais également il permet de transposer cette technique pour les études génétiques populationnelles, le « phénotypage »⁹⁰⁶. L'ensemble des fonctions d'un gène et les études correspondantes forment souvent le contenu des biobanques⁹⁰⁷. Ces collections d'échantillons biologiques permettent notamment de connaître et mieux comprendre l'évolution d'une maladie dans une population. L'agronomie s'est aussi saisie de la technique du génotypage, pour améliorer les qualités nutritives ou de rendement des variétés végétales.

les nerfs et le cerveau. En 2009, les travaux de la société autrichienne Otto Bock en collaboration avec l'Université de Vienne ont mis au point ce « bras intelligent » commandé par la pensée. Il faudra certainement attendre quelques années encore pour entrevoir sa commercialisation (<http://www.healthcare.ottobock.de>).

⁹⁰⁴ Citons l'exemple des plates-formes de criblage à haut débit, qui, avec des puces à ADN (ce sont des molécules d'ADN fixées et rangées sur des supports en verre, plastique ou silicium pour pratiquer des analyses), permettent de produire des tests biologiques ou biophysiques pour analyser simultanément un grand nombre de molécules. Ces plates-formes sont donc le produit de la rencontre entre la robotique, l'informatique et les nanotechnologies appliquées au vivant. Précisons que les nanotechnologies sont les sciences qui permettent une décomposition jusqu'au milliardième de millimètre : le nanomètre (sur les nanotechnologies, v. notamment, Comité Consultatif National d'Éthique, *L'impact des nanosciences sur la santé*, Avis n°96, mars 2007.– S. DESMOULIN et S. LACOUR, *Réglementation du risque chimique, nanoparticules et nanomatériaux, Dossiers OMNT*, n°4, *Nanoparticules et Nanomatériaux*, Octobre 2008.– D. GAZAGNE, *État de l'art des nanotechnologies et cadre juridique européen et français (1^{ère} partie)*, *Gaz. Pal.*, 22 Avril 2009, n° 112-113, p. 23 et *État de l'art des nanotechnologies et cadre juridique européen et français (deuxième partie)*, *Gaz. Pal.*, 22 Juillet 2009, n° 203-204, p. 15. – M. KERVENNIC, *Quelques problèmes juridiques posés par les nanosciences et les nanotechnologies*, *LPA*, 02 Juillet 2008, n° 132, p. 5.– S. LACOUR, *Libres Propos sur le droit des brevets et les nanotechnologies*, *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, CNRS édition, numéro 1, 2008.– C. LEPAGE, *L'urgence d'un droit des nanotechnologies*, *Gaz. Pal.*, 03 Juillet 2009, n° 184-185, p. 3).

⁹⁰⁵ Le « génotypage » est « une technique qui permet de caractériser les variations génétiques dans le génome humain et d'identifier les mutations qui sont impliquées dans l'apparition de maladies » (*in, Technologies clés 2010*, publications du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Novembre 2006, n°48, *Génomique fonctionnelle à grande échelle*).

⁹⁰⁶ Le phénotypage permet de prélever sur un grand nombre d'individus un ensemble de caractéristiques qui sont ensuite étudiées en fonction du patrimoine génétique.

⁹⁰⁷ Le terme de *biobanque* est apparu en Scandinavie dans les années 1990, alors que l'expression « collection d'échantillons biologiques » est celle utilisée par le législateur français. Ce seront les deux termes préférés dans cette étude. Mais comme le soulignent les auteurs F. BELLIVIER et C. NOIVILLE (*in, Les biobanques*, Puf, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 5) « la terminologie est flottante et l'imagination sémantique des acteurs, débridée ». En effet, sont employés indifféremment biobanques, bibliothèques, collections d'échantillons biologiques, ou centre de ressources biologiques (CRB) ou banques du vivant.

En second lieu, les progrès en matière d'imagerie médicale ont fourni à la science des outils précieux pour l'établissement du diagnostic de certaines maladies⁹⁰⁸. C'est ainsi que les accidents vasculaires ischémiques cérébraux, authentifiés par l'imagerie cérébrale, pourraient être traités dans plus de 40% des cas⁹⁰⁹.

Paragraphe 2

Le progrès médical : un processus temporel d'accroissement

181.- Un long processus d'accroissement. Le temps et le progrès médicalement sont intimement liés⁹¹⁰. Mais la notion de temps en médecine est manichéenne. Le progrès médical est souvent le fruit d'avancées discrètes, modestes et longues. Or, ce temps de la recherche contraste avec l'urgence des attentes de traitement qui pourraient prolonger la vie ou améliorer la santé. Le progrès médical n'est véritablement réalisé qu'à la rencontre de ces deux instants. C'est ainsi que nombre de découvertes ne trouvent des applications thérapeutiques que des décennies plus tard. Tel est le cas, par exemple pour les anticorps monoclonaux⁹¹¹, dont les procédés de multiplication ont été découverts par KOHLER et MILSTEIN en 1975⁹¹², et qui reçoivent des applications thérapeutiques en immunothérapie, et

⁹⁰⁸ Sur la protection de l'imagerie médicale par le droit d'auteur, v. *infra* n°480.

⁹⁰⁹ Dans les *stroke centers* ou Unités d'urgence neurologiques, la prise en charge du patient est particulièrement efficace. Pour atteindre de si bons niveaux de guérison, les médecins pratiquent une thrombolyse, dans les trois heures de l'accident. Sur cette pratique spécialisée : B. GUILLON, B. PLANCHON, F. WOIMANT, C. MAGNE et J.-H. BARRIER, *Prise en charge des accidents vasculaires cérébraux en service de médecine générale interne. Résultats d'une enquête de pratiques*, *Revue de médecine interne*, vol. 22, sept. 2001, p. 830.

⁹¹⁰ En ce sens, v. A. KAHN, *Temps, droit et progrès médical*, *Les Tribunes de la santé*, 2006/4, n°13, p. 87.

⁹¹¹ Un *anticorps* est une protéine complexe, qui est employée par le système immunitaire pour se « défendre » contre des antigènes, des molécules chimiques étrangères. Les anticorps sont sécrétés par des cellules dérivées des lymphocytes B, qui sont capables de reconnaître le « non-soi ». Lorsque le corps est atteint par un virus ou une bactérie (un agent pathogène), les antigènes, qui sont des marqueurs de ces agents étrangers, vont engendrer une réponse immunitaire. Pour cela, ils sont reliés aux anticorps par des épitopes. C'est grâce à eux que l'anticorps repère l'antigène. C'est ainsi des anticorps monoclonaux reconnaîtront un seul type d'épitope et des anticorps polyclonaux reconnaîtront plusieurs épitopes et en fonction déclencheront une réponse immunitaire. (Source : M. MAUGRAS et J.-L. TEILLAUD, *Encyclopaedia Universalis*, V°*Anticorps*).

⁹¹² Ces brillants scientifiques ont publié une méthode de production en grande quantité d'anticorps monoclonaux (G. KOHLER, C. MILSTEIN, *Continuous cultures of fused cells secreting antibody of predefined specificity*, *Nature*, 1975 (5517) 495-7). Pour l'heure ce sont des organismes chimères murins, appelés hybridomes. Il faudra attendre les années 80, pour les techniques d'« humanisation ». Pour cette découverte, ils ont obtenu le Prix Nobel en 1984.

notamment dans le traitement de certains cancers⁹¹³, seulement de nos jours⁹¹⁴. Ce temps imposé aux avancées médicales résulte également des multiples étapes que doivent franchir les médicaments avant leur mise sur le marché.

Quelle est la conséquence de ce constat ? Il mettra en évidence les relations entre le temps et le droit, lors de la réception du progrès médical par le droit. Cette dimension temporelle correspond parfaitement aux propriétés intellectuelles. Mme GUTIERREZ-LACOUR y a consacré une étude exhaustive⁹¹⁵. Les droits de propriété intellectuelle, vus par cette dimension temporelle, ne doivent pas être cantonnés au monopole temporaire d'exploitation qu'ils confèrent et qui les démarque de la « perpétuelle » propriété foncière. À cet effet, elle soulève une double acception temporelle de la création : « si celle-ci a changé pour être comprise aujourd'hui, nous l'avons vu, comme une source d'évolution, de progrès au sens large, par le droit, elle reste tout de même susceptible de deux interprétations toutes deux aussi justes l'une que l'autre et dont les droits de propriété intellectuelle se font l'écho par leur régime respectif »⁹¹⁶. Elle distingue la création comme un processus de la création prise comme résultat, et à partir de ce constat trace l'arc du temps en partant du passé de la création (avant le résultat, pendant le processus) jusqu'à son futur (sa durée d'exploitation), en passant par son présent (date de naissance des droits). Cette approche linéaire⁹¹⁷ nous permet de comprendre que les décisions que nous prendrons sur la délimitation de l'objet du droit de la propriété intellectuelle (présent) impacteront sur le droit (futur), mais également joueront un rôle sur le passé, c'est-à-dire, non plus l'objet création, mais le processus de création. La présence de la valeur économique dans la qualification de l'objet de la propriété intellectuelle

⁹¹³ Le but est donc d'employer ces anticorps monoclonaux pour la détection des cellules cancéreuses. Cela leur a valu les surnoms de « missiles anti-cancers » ou de « médicaments ciblés » ou même, plus légèrement de *block busters*. Car leur grand atout, à la différence de la chimiothérapie, et qu'ils ont une action ciblée et permette d'éviter la destruction de « bonnes cellules ». Ces anticorps au contraire, ne se concentrent que sur l'antigène et l'empêchent de grandir, de « métastaser ».

Mais les applications potentielles sont extrêmement nombreuses, pour entre autres : des maladies infectieuses, certains lymphomes, des rejets de la greffe de rein, la maladie de Crohn et la polyarthrite rhumatoïde.

⁹¹⁴ Une liste des médicaments, employant des anticorps monoclonaux murins ou humanisés, disponible aux États-Unis a été publiée dans le magazine, P. ENGLAND et P. LAFAYE, *Les anticorps appelés à la rescousse*, *Biofutur*, n°271, déc. 2001. Plus récemment, un dossier spécial a été consacré sur *Obésité, anticorps, tumeurs : quelles avancées ? Biofutur*, n°241, fév. 2004.

⁹¹⁵ S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Litec, coll. *Bibl. dr. entr.*, 2004.

⁹¹⁶ *Ibid.* pp. 33-34.

⁹¹⁷ Qui correspond à la dimension temporelle du *Progrès* défini par R. de QUENAUDON, *Droit et Progrès*, in *Mélanges Dominique Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 187, et spéc. p. 190.

nous a permis de comprendre que les décisions d'aujourd'hui sur l'appropriation de certaines choses incorporelles auraient un effet sur le progrès médical de demain. En définitive, la propriété intellectuelle dans toutes ses dispositions intègre cette progression dans le respect du passé et le souci de l'avenir. À nous, alors, d'y prendre garde lors de la réception.

182.- Conclusion de la section 2 : Remarques particulières sur l'appréhension de la valeur sociale dans le domaine de la santé : la finalité du progrès médical. La définition du progrès médical n'est pas évidente, car il regroupe des domaines variés et des réalités diverses. De ce contenu bigarré doit ressortir une conception unitaire du progrès médical. Par deux rapprochements, nous sommes arrivés à le cerner. D'une part, grâce à la définition du progrès scientifique, donnée par M. le professeur BINET, nous avons pu préciser son contenu s'entendant à la fois par la science, comme la biologie, la chimie ou même l'informatique, que par la technique qui s'applique sur cette science. Cette conception large ressort du domaine hétéroclite de la santé⁹¹⁸. Ensuite, le rapprochement de la notion de progrès social permet de mesurer la portée du progrès médical. Le progrès médical ne doit pas être vu comme l'accumulation matérielle des connaissances et des techniques⁹¹⁹. Il doit, sur le modèle du progrès social, être pondéré de la nécessaire protection du « bien-être ». Le progrès médical doit servir l'amélioration de la santé, définie comme l'« état complet de bien-être physique, mental et social ». Enfin, comme tout progrès, le progrès médical doit être inscrit dans une dynamique temporelle.

⁹¹⁸ Sur ce domaine de la santé « bigarré », v. *supra* n°9.

⁹¹⁹ Au point sinon, d'en arriver aux mêmes conclusions que M. le professeur BINET.

CONCLUSION CHAPITRE 1 : LA DÉFINITION DE LA VALEUR SOCIALE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

183.- Du progrès social au progrès médical : la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Le point de départ de l'analyse est la valeur sociale. Or, cette notion peut recouvrir différentes acceptions. Après avoir exclu les propositions moralistes et sociologiques de la valeur sociale, il a été nécessaire de démontrer qu'une définition subjective de la valeur sociale, émanant des sentiments du sujet sur la chose, nous ramènerait aux mêmes critiques que celles formulées pour la valeur économique. *A contrario*, la valeur sociale est donc un concept objectif, que l'on peut observer de l'extérieur, comme un fait social, qui est une qualité inhérente des choses. Il ne s'agit pas d'une nature figée de la chose, mais plutôt un état de la chose. Elle offre alors une conception dynamique de la valeur sociale ainsi contenue dans les objets du domaine de la santé. Mais la notion de valeur sociale employée seule n'est rien sans l'assignation d'une finalité, d'un but. Ainsi, la chose vaut seulement si elle est employée dans le but qui lui est assigné. Dans la recherche sur le contenu de la finalité, la préférence est donnée dans cette étude au progrès social. Nous avons tenté d'approcher cette notion complexe de progrès social, que l'on peut synthétiser par ses deux dimensions. Une première dimension est caractérisée par un processus d'accroissement des avancées de la société, qui concourent à l'amélioration du « bien-être », de la santé. Une seconde dimension inscrit ce processus d'accroissement dans le temps. Il est alors impossible d'observer la valeur des choses dans leur nature. La valeur des choses est en constante évolution au travers de cette finalité de progrès.

Dans le domaine de la santé, plus précisément, les choses sont valorisées par la réalisation du progrès médical. Autrement dit, les objets, qui affectent directement ou indirectement l'état de santé d'une personne, valent parce qu'ils contribuent au progrès médical. Le progrès médical est composé de toutes les avancées en matière médicale, qu'elles ressortent de la technique ou de la science, de la recherche fondamentale. Il est d'ailleurs le fruit de la réunion de sciences variées telles que la biologie, la chimie ou le numérique. Les avancées thérapeutiques doivent s'inscrire dans une dimension temporelle, ce qui signifie que le progrès médical possède un contenu en constant renouvellement.

On aurait très certainement pu se contenter d'affirmer le caractère particulièrement sensible de ces objets. Leur singularité aurait alors imposé au droit une particulière orientation. Oui,

mais laquelle ? Et sur quel fondement ? L'assise donnée à la finalité du droit de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé au travers de la valeur sociale des objets qui le compose nous semble incontournable pour prolonger la démonstration sur la nécessaire délimitation de l'objet de la propriété intellectuelle. Il a ainsi été donné un sens à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, celui du progrès médical. L'appréhension d'objets valorisés du domaine de la santé lui impose la poursuite de cette finalité. Enfin, la finalité du droit ne doit pas être ici entendue, comme une justification à l'élévation de limites posées à l'exercice de la propriété intellectuelle, sous l'égide du progrès médical, mais bien au-delà. Il s'agit du but de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. L'appropriation de l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé doit tendre à la réalisation du progrès médical. Il convient alors d'envisager sa réception par le droit de la propriété intellectuelle.

CHAPITRE 2

LA RÉCEPTION DE LA VALEUR SOCIALE PAR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

184.- L'intérêt d'une transposition de la valeur sociale et de la finalité de progrès médical à la propriété intellectuelle. Il a été remarqué à travers la réception de la valeur économique dans le droit des biens que celle-ci accentuerait l'ontologie moderne établissant une relation exclusive d'appartenance et maîtrise entre l'homme et la chose⁹²⁰. Que ce soit en droit de la propriété intellectuelle ou en droit des biens « classiques », les défauts d'une telle conception ont été montrés, tant au niveau de l'objet, qui s'élargit sans cesse, qu'au niveau du droit dont les finalités se troublent, mettant alors en péril la logique d'ensemble. La démarche entreprise est celle décrite par OPPETIT : « périodiquement, ressurgit dans le système juridique l'idée que le droit ne peut pas être exclusivement construit en fonction d'un unique bénéficiaire, mais aussi en considération de la convivance sociale, et c'est alors que s'installe un fragile compromis entre un matérialisme dominant et des tempéraments plus ou moins durables »⁹²¹. Notre propos trouve un écho d'une particulière acuité sous la plume de MOUSSERON sur la justification au besoin de délimitation des droits de propriété intellectuelle. Il écrit : « se pose alors le problème de la *finalité* de l'intervention juridique en pareil domaine. Sa désignation suppose un jugement de valeur porté par la société sur la science et sur la technique, une opinion défavorable appelant une intervention freinatrice, une opinion favorable provoquant une intervention stimulatrice »⁹²². Nous avons eu l'occasion précédemment de définir vers quelle finalité doit tendre la propriété intellectuelle dans le

⁹²⁰ En ce sens, v. notamment : C. COMTE, *Traité de la propriété*, T.1, Paris, Chamerot et Ducollet, 1834, p. 51 : « l'action d'un être organisé qui unit à sa propre substance, les choses au moyen desquelles, il croît, se fortifie, se reproduit, est ce que nous nommons *appropriation*.

⁹²¹ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 205 (Chap.4 : *Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international*).

⁹²² J. M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Litec, coll. *CEIPI*, 1984, n°7, p. 11.

domaine de la santé, celle du progrès médical. Cette identification de la finalité apparaît comme le point de départ de tout l'ordonnement juridique. En d'autres termes, c'est à partir des valeurs sociales, qui tendent à la réalisation d'une finalité au niveau de la société, qu'il convient de justifier les règles sur la délimitation de l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé (*section 2*). Mais une telle entreprise nécessite quelques précisions sur le principe même de la réception par le droit d'un concept tel que celui de valeur sociale et de finalité (*section 1*).

Section 1

Le principe de la réception de la valeur sociale et de la finalité par le droit de la propriété intellectuelle

185.- Valeur sociale et élaboration de la règle de droit. Pour M. le professeur BERGEL, les valeurs fondamentales « inspirent l'élaboration, l'application et l'évolution du Droit »⁹²³. La recherche de la finalité du droit de la propriété intellectuelle conduit à s'interroger sur l'intégration de la valeur sociale dans le processus d'élaboration de la règle de droit. Même si ces considérations de théorie générale du droit sont quelque peu éloignées de notre sujet sur la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, brièvement exposées elles seront l'assurance de l'effectivité de la valeur sociale et de la finalité sociale dans ce droit. Ainsi, le rejet de la conception naturaliste de la règle de droit nous conduit à une approche positiviste ouverte sur le fait valeur sociale afin de réaliser la finalité de progrès social (*paragraphe 1*).

⁹²³ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003, n°23, p. 30. L'auteur ajoutant que : « Ni les théoriciens, ni les praticiens ne peuvent s'abstraire des finalités du système juridique ou des règles de droit pour en comprendre le sens, en guider l'interprétation, en orienter l'application ou en prévoir l'évolution ». Rapp. Ch. PERELMAN, *Logique juridique – Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, 1990, n°44, p. 84 : « Adhérant à proposition de J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, p. 189-190 : « La capacité du droit de fonctionner comme un système juridique est entièrement dépendant de l'insertion contrôlée des jugements de valeur préjuridiques ou du moins prépositifs. Aucune opération discursive juridique, aussi élémentaire soit-elle, ne peut être comprise, en l'examinant de plus près, sans un tel jugement de valeur. La pensée en termes de valeur ne peut fournir de contribution constructive indépendante, mais elle guide l'effort dogmatique à partir de ses présupposés et elle permet de contrôler le caractère raisonnable de la décision : actes dont la portée ne se limite nullement à leur portée sociologique pour la politique judiciaire ».

Et de R. SAVATIER, *Le droit et l'échelle des valeurs, Mélanges en l'honneur de P. Roubier, t. 1, Théorie générale du droit et droit transitoire*, p. 441, et spéc. p. 457 : « le droit est plus universel que l'économie ou la politique, et que sa vocation, nous l'avons montré dans cette étude, le rend plus apte à faire leur part à toutes les valeurs, en les hiérarchisant conformément à la condition de l'homme. Par sa nature même, l'économie risque de rétrécir ses horizons aux valeurs comptables, la politique aux valeurs de puissance. Le droit seul peut présenter l'art de régler, dans la vie sociale de l'homme l'équilibre des valeurs ».

Nous analyserons, alors, les conséquences d'une telle approche pour la propriété intellectuelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1

La méthode d'intégration du progrès médical au droit de la propriété intellectuelle

186.- Plan. La prise en compte de la valeur sociale et de la finalité sociale en droit de la propriété intellectuelle repose plus sur une méthode que sur l'adhésion à une École de pensée⁹²⁴. Cette dernière étant déterminée par la conception de la valeur adoptée. Une préférence pour la valeur économique conduit à une analyse naturaliste des notions en droit des biens, et une approche basée sur la valeur sociale mène à une conception positiviste du droit. La méthode est neutre et elle nous permettra d'approcher l'élaboration du droit en « système ouvert » (A) et de comprendre son application (B). En d'autres termes, il s'agira de comprendre pourquoi valorise-t-on et comment valorise-t-on ?

A) L'élaboration du droit en un « système ouvert »

187.- Justifications sur le courant de pensée. Traditionnellement, on distingue deux grandes philosophies du droit, le positivisme et le naturalisme. Nous avons déjà pris position sur le rejet de la valeur économique, une nature factuelle des choses. Cette position nous rattache donc à une philosophie positiviste. Ainsi, au travers de l'étude sur la valeur sociale et la finalité, il sera admis que le droit est « une discipline normative et non point explicative⁹²⁵ : il ne tend pas à formuler des jugements d'existence basés sur le principe de causalité⁹²⁶, mais

⁹²⁴ Celle-ci semble avoir été choisie lors de l'adhésion à la finalité de progrès social, qui à en croire ROUBIER nous rapproche de l'École réaliste (v. supra n°166).

⁹²⁵ En ce sens, v. notamment, F. BELLIVIER, *Le génome entre nature des choses et artefact, Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p.55 et spéc. p. 65 : « Par conséquent qu'on l'approuve ou qu'on la récuse, et ce pour des raisons de méthode ou de fond, tenant essentiellement à la conception des rapports que doit entretenir le droit avec d'autres systèmes normatifs, il ne faut pas perdre de vue que la « nature » du juriste est construite et qu'elle ne résulte pas d'une insaisissable réalité (la nature des choses) à laquelle, finalement, on peut faire dire tout et son contraire. (...) Il ne s'agit pas de prétendre que le droit doit bannir toute référence à la nature, mais que pour être efficace juridiquement, cette référence doit passer par un remodelage qui signe, tout simplement, le passage de l'être au devoir-être, de la nature des choses à la nature juridique ».

⁹²⁶ Nous avons eu l'occasion d'aborder cette causalité à travers l'École sociologique. Elle conduit à une élaboration du droit contraignante dans laquelle les ressorts subtils de son dynamisme ne peuvent jouer « bridés par les exigences de la réalité » (in, R. LIBCHABER, *Le juriste et ses objets, Trois exemples de construction en droit privé, Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 251 et spéc. p. 260).

des jugements de valeur fondés sur l'idée d'une finalité »⁹²⁷. Ou autrement dit, le droit est « non pas *rectitude* absolue conforme à la *nature des choses*, mais *rectification* relative, transfiguratrice de *l'état des choses* »⁹²⁸. Telle est notamment la Loi de Hume⁹²⁹. Appuyer notre démarche sur le droit positif est essentiel. Simplement, il est nécessaire de ne pas la cantonner à la solution ponctuelle que préconise le droit positif, mais de lui conférer une portée plus pérenne et moins « aveugle »⁹³⁰. En effet, il nous semble difficile d'attacher la notion de progrès à ce positivisme, dont KELSEN fût le plus emblématique défenseur⁹³¹. En plus, une méthode strictement cantonnée au droit positif aurait pour conséquence de rendre très prochainement cette étude surannée. M. le professeur LEBRETON l'explique : « Nous pensons que cette conception du progrès du droit manque d'ampleur, qu'elle est singulièrement myope »⁹³².

⁹²⁷ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey, 1951, p. 317.

⁹²⁸ M.-G. BASTIDE, *L'action du droit comme rectitude ou comme rectification*, in *Droit et nature des choses, Travaux du colloque de philosophie du droit comparé, Toulouse 16-21 septembre 1964*, Paris, Dalloz, 1965, p. 13 et spéc. p. 31. Rapp. D. LOCHAK, *Droit, normalité et normalisation*, in *Le droit en procès*, PUF CRAPP, 1983, pp. 71-72 : le droit « n'est jamais de l'ordre de la description pure, mais surajoute toujours au constat objectif d'une moyenne ou d'une fréquence une dimension normative, plus ou moins explicite selon les cas, qui est l'expression d'un choix parmi de multiples possibles ».

⁹²⁹ La loi de Hume, du nom du célèbre philosophe écossais du XVIII^e siècle, s'explique par « l'impossibilité de dériver logiquement une proposition prescriptive d'une proposition descriptive. L'énonciation d'un devoir-être résulte seulement d'un acte de volonté, c'est-à-dire d'un jugement sur des faits. Pour que ce jugement produise des effets juridiques, des conditions tenant à celui qui juge sont alors nécessaires (la compétence juridique : *auctoritas, non veritas, facil legem* (Hobbes)) » in, E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, p. 12).

⁹³⁰ En ce sens, « ainsi conçu en un » système assoupli « le droit ne se réduit pas à une ensemble formel, rigide et abstrait, comme dans le modèle purement normatif et hiérarchisé de Kelsen », J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF, Coll. *Quadrige*, p. 1022. D'autre part, c'est le positivisme scientifique, aveuglément appliqué par le législateur en matière de biomédecine (à propos des lois de bioéthique de 1994) qui a été dénoncé par M. le professeur BINET (in, J.-R. BINET, *Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine*, PUF, 2002). La modération par la finalité sociale s'impose donc.

⁹³¹ V. l'incontournable, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad. par Ch. Eisenmann, Bruylant, LGDJ, 1999. Dont la critique est parfaitement formulée par B. TABBAH, *La trilogie : sécurité, justice et progrès social*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p. 459, et spéc. p. 467 : « Aussi ne comprend-on pas les doctrinaires qui ne fondent le Droit que sur la forme ou sur l'équilibre des forces. Selon Kelsen et les positivistes, il n'y a de Droit que le Droit positif : c'est un construit sans donnée, un édifice sans fondation, un corps sans âme, une expression sans l'objet qu'elle exprime. Le Droit se suffirait à lui-même : il assurerait sa propre création ! Ni principes premiers de justice, ni histoire, ni sociologie, ni rien, ne saurait le constituer. La volonté générale, une volonté qui repose sur le néant ou sur l'arbitraire, ou une volonté qui plie et ploie sous la violence de la voix la plus impérative, voilà le Droit ! Pauvre Droit que celui-là ».

⁹³² G. LEBRETON, *Y a-t-il un progrès du droit ?*, D. 1991, p. 99, et spéc. p. 101. – R. de QUENAUDON, *Droit et Progrès*, in *Mélanges Dominique Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 187,

Ce serait donc plus vers le positivisme sociologique qu'il faudrait se tourner. En effet, la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé est un droit particulièrement sensible aux évolutions sociales et cette philosophie / méthode permet de les considérer⁹³³. L'objet du droit des propriétés intellectuelles évolue très rapidement. En revanche, il est nécessaire adopter une méthodologie juridique qui permet « d'établir et d'appliquer des solutions de droit à des situations de fait. L'activité des juristes est un constant va-et-vient entre le fait et le droit. Elle consiste toujours à appliquer le droit existant à des faits ou à imaginer de nouvelles solutions juridiques appropriées pour les régir »⁹³⁴. Cette méthode ne néglige en rien l'autonomie du jugement de valeur qui est essentielle dans la construction juridique⁹³⁵.

188.- L'analyse systémique du droit. Or, la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé révèle les interactions du droit avec les réalités sociales⁹³⁶. Comprendre ce droit en termes de système ne serait pas erroné⁹³⁷. Il en va même de la définition du droit, selon MM.

⁹³³ M. le professeur BERGEL explique cette distinction : « Elle [la méthodologie juridique] se distingue nettement, néanmoins, de la stricte approche de *droit positif*, car elle ne se cantonne pas à la solution ponctuelle d'une situation particulière. Science de la méthode, elle s'attache, au-delà de la spécialisation des diverses matières juridiques et même des divers systèmes juridiques, aux principes généraux du droit, aux instruments et mécanismes de conception, de compréhension et d'application du droit, aux multiples concepts, catégories et institutions de l'appareil juridique, aux procédés d'interprétation du droit, aux diverses techniques de régulation des rapports sociaux ou de solutions des conflits, aux diverses formes de la recherche juridique... » (in, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF, Coll. *Quadrige*, p. 1023).

⁹³⁴ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, Lamy-PUF, Coll. *Quadrige*, p. 1023. Rapp. C. ATIAS, *Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? A.D.P.* 1982, t. XXVII, *Sources du droit*, p. 209, et spéc. p. 227 : « L'important et le délicat est de déterminer le bon niveau de généralité et d'indétermination, pour que le droit conserve sa prévisibilité, sans perdre sa faculté d'adaptation ».

⁹³⁵ En ce sens, C. ATIAS et D. LINOTTE, *Le mythe l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, chron. p. 251 : « Le droit n'est pas neutre. Le juriste ne peut se dérober à l'obligation de prendre parti sur le fait qui a provoqué ou provoque l'intervention de la loi ; il ne peut se dispenser de choisir parmi les buts dont la réalisation peut être poursuivie. *Le jugement de valeur est une étape décisive de la construction juridique* » [nous soulignons]. Même si la séparation entre le fait et le droit n'est pas toujours chose aisée. Comme le note M^{me} le professeur BELLIVIER : « Ici plus qu'ailleurs [pour le génome], le droit hésite à s'affranchir de toute référence aux caractéristiques de l'entité préexistante, et ses qualifications portent la marque d'une tension entre le souci d'adhérer aux faits et celui de les transmuier pour mettre en évidence l'autonomie du jugement de valeur » (in, F. BELLIVIER, *Le génome entre nature des choses et artefact*, *Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p.55 et spéc. p. 75).

⁹³⁶ En ce sens : « Avec une telle » systématisation externe «, le droit est intégré » *dans la société constamment en évolution*, de même que dans le système de valeur et de normes qui dominent cette société « » [nous soulignons] ((in, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc. p. 1022).

⁹³⁷ En ce sens, que « l'idée même de méthodologie juridique est liée à celle d'une construction rationnelle du droit et à celle de système juridique. Il faut entendre par là l'ensemble structure, organisé et interdépendant des règles et des mécanismes juridiques, qui s'appliquent dans une société ». (J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc. p. 1021).

les professeurs OST et VAN DE KERCHOVE : « même si les phénomènes juridiques ne se prêteront sans doute jamais au traitement systémique intégral et rigoureux que laisse aujourd'hui entrevoir la « théorie du système général », il est indéniable que l'idée de système et l'idéal de systématisation caractérisent directement le droit occidental moderne. La preuve en est qu'on ne voit guère de questions majeures le concernant qui puisse le traiter sans recourir à cette question »⁹³⁸. Et « la définition du droit en système ou même en sous-système, comportant de multiples sous-ensembles en interaction, est enfin parfaitement compatible avec une approche axiologique, quelles que soient les valeurs retenues »⁹³⁹.

La définition retenue de la valeur sociale, contenue dans les qualités objectives de la chose et permettant la réalisation d'une finalité sociale, permet de l'appréhender comme un fait social⁹⁴⁰ et de donner au droit ce dynamisme nécessaire à son adaptabilité – à l'inverse de la nature économique des choses, qui les figeait dans le temps. La définition du droit en « système ouvert » au fait social semble donc parfaitement correspondre à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé⁹⁴¹. Il convient maintenant de s'attacher à sa réception.

189.- Réception du fait social par le droit. Il convient au préalable de rappeler l'identité posée entre la valeur sociale et le fait. La réception du fait dans le droit est particulièrement complexe, d'éminents auteurs s'y sont confrontés⁹⁴² et nous ne pouvons pas retracer

⁹³⁸ M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 19.

⁹³⁹ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc. p. 1022.

⁹⁴⁰ Sur le rapprochement de la valeur sociale et du fait social, V. *supra* n°160.

⁹⁴¹ *Contra*, selon RIPERT, « chaque science doit chercher son progrès en elle-même » sans considération de la progression des autres sciences. En ce sens que, « Le droit progresse dans la mesure où il réalise plus parfaitement son objet. Il doit assurer dans la société humaine un ordre considéré comme juste. Il progresse s'il parvient à établir un ordre plus parfait et à faire reconnaître par tous que cet ordre est plus juste ». L'objet du droit est précisé à la suite : « Le véritable progrès du droit consiste à régler l'organisation de la société de telle façon que chaque homme puisse vivre et agir avec sécurité, en étant obligé de reconnaître ce qu'il doit aux autres, mais en pouvant exiger aussi l'accomplissement de ce qu'ils lui doivent » (En ce sens, G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, pp. 65-67).

⁹⁴² En ce sens, v. notamment, R. LIBCHABER, *Le juriste et ses objets, Trois exemples de construction en droit privé, Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 251 et spéc. p. 260 : « cependant, savoir-faire pratique, plus que science, l'activité juridique parvient tout de même cahin-caha à ses fins, en prouvant la supériorité du modèle sur le réel dans l'élucidation du discours juridique qui sous-tend la production normative ». L'auteur ajoute, dans un esprit de consensus, que « selon son tempérament, on s'irritera que les paillettes du réel troublent la pureté des concepts, ou que l'élaboration travaille une réalité qui devrait toujours demeurer telle ». Rapp. F. BELLIVIER, *Le génome entre nature des choses et artefact*, préc. p.55 et spéc. p. 75 : « (...) la « nature des choses » chère aux juristes, si elle doit encore servir de référent, devra être conçue comme un réel tout ensemble naturel et technique, comme un existant dont le droit a besoin. En effet, bien que l'inventivité de ce dernier soit sans doute sans limites, à l'instar de celle de toute technique, on ne voit pas qu'elle puisse s'exercer à partir de rien ».

l'intégralité de ces débats, au reste passionnants. Nous en retiendrons trois : deux positions extrêmes, l'une où le droit est le produit d'un pur déterminisme social, l'autre où il ne se conçoit que comme un système auto-produit, et enfin, une position médiane, que nous adopterons.

Tout d'abord, le positivisme ouvert sur le fait, selon la juste expression de CARBONNIER, s'oppose au positivisme clos sur le droit⁹⁴³. Le positivisme ouvert sur le fait permet de mettre en relation l'élaboration de la règle de droit avec le fait. CARBONNIER l'explique ainsi : « le droit ne peut être l'objet d'une *science positive*, parce qu'il tient essentiellement dans les phénomènes sociaux soumis au déterminisme »^{944/945}. L'inconvénient d'une telle analyse sociologique est que le fait s'impose au droit. La conséquence est pour le droit cette « soumission au fait masque les choix effectués, plus ou moins consciemment dans la phase politique »⁹⁴⁶. Et « en définitive, parler d'adaptation du droit au fait, c'est se condamner à ne rien expliquer, à ne rien justifier »⁹⁴⁷.

À l'autre extrémité, pourrait également être évoquée la thèse de l'autoproduction du droit développée par TEUBNER⁹⁴⁸ ou LUHMANN⁹⁴⁹. Expliquée simplement, « une machine autopoïétique définit elle-même ses frontières en déterminant ce qui est et ce qui n'est pas elle-même »⁹⁵⁰. Cela signifie que seules les normes peuvent conférer la qualité d'éléments

⁹⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Manuel *Quadrige*, n°40, pp. 75-76. Cette pensée initiée par A. COMTE a été promue par des sociologues comme SPENCER et DURKHEIM ou des juristes comme DUGUIT.

⁹⁴⁴ *Ibid.* p. 75. L'auteur ajoutant : « ce qu'on appelle droit naturel, notion de droit, justice n'est qu'un épiphénomène, un reflet du phénomène juridique ».

⁹⁴⁵ Cette expression est propre à CARBONNIER, mais il aurait été tout à fait envisageable ici d'évoquer les thèses de DUGUIT – transposant fidèlement les positions de DURKHEIM.

⁹⁴⁶ C. ATIAS et D. LINOTTE, *Le mythe l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, chron. p. 251, et spéc. p. 257.

⁹⁴⁷ *Ibid.* p. 257.

⁹⁴⁸ G. TEUBNER, *Le droit : un système autopoïétique*, PUF, 1993.

⁹⁴⁹ N. LUHMANN, *Le droit comme système social, Droit et société*, n°11, décembre 1989 (dossier consacré à cet auteur).

⁹⁵⁰ M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 151. À l'inverse de la position de TEUBNER, ces auteurs proposent une réflexion sur la conception du droit comme un jeu entre l'ordre et le désordre, où le système juridique serait doté d'une « autonomie relative » à l'égard du social (*Ibid.* p. 149). De ces relations entre le système juridique et l'ordre social se dégage l'idée d'un « infra-droit ».

juridiques aux choses qui se présentent. L'autonomie du système dans sa production n'est pas contradictoire de son ouverture à l'environnement extérieur (au donné, au fait social, à la valeur sociale). Ce qu'il est nécessaire, c'est que le système ne perde pas sa faculté « d'auto-production »⁹⁵¹.

N'existe-t-il pas une position médiane ? Pour cela, il serait possible de se rapprocher de GENY.

Il serait présomptueux de vouloir résumer l'étude colossale de cet immense auteur en quelques lignes⁹⁵². Nous nous contenterons de rappeler ce qu'il entend par le donné et comment le lien s'établit avec le construit⁹⁵³. Cette notion du « donné » est devenue le pivot de la réflexion de GENY sur l'élaboration du droit. Il la présente comme étant ce qui « relève de la « nature sociale » interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel et d'arbitraire »⁹⁵⁴. Le « donné » se présente comme un *imbroglio* de faits, de forces et de phénomènes⁹⁵⁵, qu'il est nécessaire d'ordonner pour

⁹⁵¹ En ce sens, G. TEUBNER, *Le droit : un système autopoïétique*, op. cit. p. 8 : « La première interprétation nous révèle donc le droit positif comme un droit autoproduit : il ne s'agit pas d'un droit fait de main d'homme, mais d'un droit produit par le droit ».

⁹⁵² Elle se compose de trois tomes : F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, *Position actuelle du problème du droit positif. Élément de sa solution*, Sirey, 1914 ; t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Sirey, 1915 ; t. III, *Élaboration technique du droit positif* (éd. L. Tenin, Paris), 1921.

⁹⁵³ Le « donné » et le « construit » ne s'opposent pas, ils s'entrecroisent, et se nourrissent l'un de l'autre, en ce sens, v. F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, *Position actuelle du problème du droit positif. Élément de sa solution*, Sirey, 1914, p. 97 : « Et il n'est pas à méconnaître que le *construit*, œuvre de volonté artificielle, sinon arbitraire, arrive peu à peu à augmenter la somme du *donné* ». En ce sens, v. notamment, C. ATIAS et D. LINOTTE, *Le mythe l'adaptation du droit au fait*, préc. p. 251, et spéc. p. 252 : « il [Gény] soutint que le droit n'est pas seulement l'art de construire des règles en recourant à certains procédés techniques particuliers (formulation rigoureuse, présomptions, fictions...) ; faire œuvre de juriste, c'est d'abord accomplir l'effort scientifique de constatation et d'analyse des faits » Ces auteurs précisent l'importance du « donné » pour Gény quelques lignes après : « Pour Gény, le recensement, l'étude scientifique des données ne servent pas seulement à poser correctement le problème législatif, à s'informer de ses difficultés : notre auteur en attend la solution même ».

⁹⁵⁴ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. I, *Position actuelle du problème du droit positif. Élément de sa solution*, op. cit. p. 97

⁹⁵⁵ En ce sens, v. F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 4 : « Comment cet ensemble, complexe et mouvant, de faits matériels, de forces physiques, de phénomènes économiques, de situations politiques, de pratiques de toute sorte, de sentiments, de désirs, de volitions, de croyances, d'idées de jugements, de raisonnements, d'aspirations morales et religieuses...qui composent le milieu brut où s'agite l'humanité (...) tirer les directions, qui permettrons de tracer les règles de conduite (...) »

conférer une assise solide aux règles de conduite⁹⁵⁶. Pour cette raison, l'auteur dégage quatre aspects principaux : des données réelles, des données historiques, des données rationnelles et des données idéales. Les données *réelles* sont celles qui émanent de l'environnement de l'homme. Ces réalités positives et actuelles, comme les conditions économiques, la constitution physiologique de l'homme, ses sentiments religieux, sont des données premières⁹⁵⁷, sont susceptibles d'observation et d'expérimentation. À côté le donné *historique*, comme son nom l'indique est la somme de toute la réglementation passée, qui est « à la longue, devenue fort considérable »⁹⁵⁸. Le donné *rationnel* est « le germe fécondant »⁹⁵⁹ dans le milieu constitué par les deux précédents éléments. Il est le droit naturel classique, qu'il n'est pas possible de résumer en une formule et doit s'entendre comme tout ce que la raison peut dégager de la nature de l'homme⁹⁶⁰. Enfin, le donné *idéal* est celui qui concentre les aspirations humaines, en vue du progrès du droit.

Si la considération des données est un préalable indispensable à la construction de la règle de droit⁹⁶¹, il ne peut ressortir de notre étude la part exacte à accorder au donné et au construit.

⁹⁵⁶ Il est en revanche nécessaire de le séparer d'une « prétendue jurisprudence des sentiments », in F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 17. Ceci implique pour l'auteur une séparation entre un droit idéal et le droit naturel, qu'il retient pour son exposé.

⁹⁵⁷ En ce sens, F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 375 : « Si elles ne suffisent pas pour justifier toute la règle du droit, elles ont pourtant une importance capitale comme condition primordiale de son établissement ». L'auteur donne l'exemple du mariage, dont les règles sont notamment en considération de la donnée réelle que l'union doit avoir lieu entre personnes de sexes différents (*Ibid.* p. 372)

⁹⁵⁸ Fort considérable en 1925, que dire de notre *corpus* actuel ! (in, F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 376). L'auteur range dans ces données historiques, toutes les sources de droit. Le donné historique offre à l'investigation scientifique du droit des bases solides, car le passé jouit, le plus souvent, d'une autorité légitime, sans brimer l'évolution nécessaire.

⁹⁵⁹ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 380.

⁹⁶⁰ En ce sens, F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 383. Notons que l'auteur, quelques pages plus loin revient sur cette notion en précisant qu'elle consiste essentiellement en la notion de *justice* (telle qu'entendue dans l'antiquité par Aristote).

⁹⁶¹ *Contra*, à propos de ce classement des données, v. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p.82 : « Ce classement ne vaut que par le mérite de l'analyse et ne trouve sa justification que dans le prestige de l'auteur. Tout autre rencontrerait une semblable critique, car la critique porte non sur la division des données mais sur l'idée de donné du droit. Quand on parle de données du droit, il semble que le législateur ait à travailler sur une matière froide, qu'il étudie l'histoire, constate les faits, raisonne et décide, alors qu'en réalité il agit sous les coups de ceux qui sont les plus forts, en tâchant seulement de maintenir dans la mesure du possible l'ordre et paix » et « il n'est pas de règles juridiques qui soient imposées fatalement par les faits » (*Ibid.* p. 73). Ce rejet des

« On voit trop que l'orientation générale consiste ici dans l'affirmation que tout objet juridique est construit, quoique la prise en compte d'une réalité effective puisse plus ou moins peser sur l'élaboration »⁹⁶². C'est en cela que GENY voyait « l'irréductible droit naturel » et pour lequel les juristes de son époque l'ont, selon ses termes, « snobé »⁹⁶³, sans remarquer qu'il ne s'agissait qu'un point de départ à une sélection, à une hiérarchisation, à une finalisation, parmi les données.

190.- Synthèse. Alors comment la valeur sociale peut-elle être reçue par le droit, surtout si nous souhaitons qu'elle lui imprime la finalité qu'il doit poursuivre ? Entre une autodétermination aveugle par le fait social et une autoproduction fermée du droit n'y aurait-il pas un juste milieu ? Nous pourrions considérer son « autonomie relative » comme l'on suggéré MM. les professeurs OST et VAN DE KERCHOVE : « le droit ne se borne pas à reproduire mécaniquement les déterminations qui lui imposeraient quelque infrastructure sociale : il les transcrit dans son propre ordre, leur inculquant quelque chose de sa logique et de sa majesté et ainsi transformées, les fait agir en retour sur le social »⁹⁶⁴. Ils ajoutent : « la juridicité n'opère pas à la façon d'un Midas qui transformerait en droit toute réalité qu'elle appréhenderait : dans ce cas, en effet, le social lui-même perdrait toute consistance et tout mouvement. Ce qui du point de vue du droit, apparaît comme désordre extérieur, n'est que nullement ordonné par le biais de la *qualification* (l'encodage) et le traitement juridiques : le fait continue à « vrombrir » au sein de la machine juridique, lui assurant cet élément de désordre dont il a besoin pour survivre et *progresser* » [nous soulignons]⁹⁶⁵. Ce sont d'ailleurs les deux points que nous avons soulignés qui seront retenus dans cette étude. *C'est par la qualification de l'objet en considération de sa valeur sociale que la propriété intellectuelle pourra progresser.*

« données froides » lui permet donc d'introduire le concept de « forces créatrices du droit », qui seules permettent d'imposer une règle de nature juridique et comme le produit de la volonté du Pouvoir. Citant IHERING, « Le droit est la politique de la force » (R. von IHERING, *Der Zweck im recht*, Leiptzig, t. I, 3e éd., 1893 (trad. Française par O. de Meulenaere, sous le titre *L'évolution du droit*, Paris, 1901); t. II, 3e éd., 1898, cité par G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p.72).

⁹⁶² R. LIBCHABER, *Le juriste et ses objets, Trois exemples de construction en droit privé, Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 251 et spéc. p. 253.

⁹⁶³ Le « snobisme inconscient » que décrit GENY, lorsqu'il évoque le dédain des juristes sur le droit naturel (F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, op. cit. p. 10),

⁹⁶⁴ M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 161.

⁹⁶⁵ *Ibid.* p. 161.

191.- Conclusion : « Valoriser puis Normatiser » ou « Normatiser puis valoriser » ? Cette question revient à dire si la valorisation est un concept employé *a priori* ou *a posteriori* dans l'élaboration de la norme. Au final, tout dépend de l'ampleur que l'on souhaite donner à la théorie de la valeur sociale. Sera-t-elle une « base de juridiction » ou une « base de législation »⁹⁶⁶ ? Ces deux positions ont été défendues.

DUGUIT considérait que les valeurs sociales étaient une base de juridiction, car la norme est produite indépendamment de toute référence à la valeur⁹⁶⁷. Les valeurs sociales servent seulement à qualifier une action humaine au regard de la norme qui la régit et qui préexiste. Elles sont donc consécutives aux normes et dépendantes d'elles. En d'autres termes, la « valeur-fait social » ne pourra avoir de conséquences que lors d'une construction prétorienne du droit – si tant est qu'on l'admette. Dans cette conception, « la valeur est [seulement] la base du jugement des actes humains » [nous ajoutons]⁹⁶⁸. Ainsi, selon DUGUIT, « l'acte humain est posé comme ayant valeur sociale dans la mesure où il est conforme à la solidarité sociale »⁹⁶⁹. Par exemple, la valorisation de la propriété aboutit à vérifier sa conformité à la solidarité sociale, d'où le concept de fonction sociale sur lequel nous allons revenir⁹⁷⁰.

À côté, la conception de BONNARD, permet d'envisager la valeur sociale comme « déterminatrice de ce que doivent être les actes humains, créatrice de la norme de ces actes »⁹⁷¹. Ainsi, la valeur est attribuée selon des qualités objectives aux choses et aux actes

⁹⁶⁶ R. BONNARD, *Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguit)*, A.P.D., t. 1-2, *L'œuvre de Léon Duguit*, Sirey, 1932, p. 7 et spéc. 18.

⁹⁶⁷ BONNARD l'explique : « selon Duguit, les normes sociales sont le produit non pas de phénomènes de valorisation, mais de simples phénomènes d'existence. Car elles sont constituées par les lois mêmes du groupement social, lois qui régissent sa formation, son maintien et son développement. Ces lois sont pour le corps social ce que sont pour l'être vivant les lois qui régissent sa vie. Ces lois du groupement social existent donc par cela seul que le groupement existe et elles sont telles que les détermine la structure même de ce groupement. Les normes sociales sont ainsi le produit même du milieu social qu'elles régissent en tant que conséquences nécessaires des rapports sociaux existants dans le milieu social. Elles se présentent comme quelque chose qui est du seul fait de l'existence du groupement social et qui ne peut être que telle qu'elle est ainsi spontanément » (in, R. BONNARD, *Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguit)*, préc. p. 7 et spéc. p. 18-19). Tel n'est pas sans rappeler la position de l'École du positivisme sociologique.

⁹⁶⁸ *Ibid.*

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ V. *infra* n°202.

⁹⁷¹ *Ibid.*

en fonction de la finalité vers laquelle ils sont orientés. « De cette valorisation, il résulte que telle activité humaine se présente comme devant ou ne devant pas être (...) Il en résulte ainsi une norme pour l'action humaine ». La valeur, base de législation, est donc antérieure à la norme. En d'autres termes, « s'il est vrai que le monde pratique doit nécessairement être normatisé pour pouvoir subsister, la valeur se présente comme une notion primordiale et la valorisation comme un fait dont la réalisation s'impose rigoureusement »⁹⁷². La rigueur de l'imposition du « fait-valeur sociale » au droit devant être relativisée à la lumière de ce qui a été précédemment énoncé sur la nécessaire construction juridique, qui correspond à la vision systémique précédemment décrite⁹⁷³.

C'est à cette dernière proposition que nous nous attacherons. En effet, si l'on veut (re)donner du sens à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, il est nécessaire d'envisager la valeur sociale comme déterminatrice des normes sociales. Ainsi, ce n'est pas par une simple valorisation *a posteriori* des actes du titulaire de droit de propriété intellectuelle – notamment en lui instaurant des limites à son exploitation – que l'on engagera une réflexion nécessaire sur les normes d'appropriabilité dont la matière a besoin. « *Valoriser puis Normatiser* » *permettra ainsi d'envisager les règles sur la constitution des monopoles au regard de la valeur sociale des objets, plus précisément des objets du domaine de la santé et ainsi de réaliser la finalité sociale, le progrès médical*⁹⁷⁴. Un « positivisme finaliste » serait une autre réponse que le « positivisme sociologique » du rapport qui existe entre le « droit et le fait ».

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ Que l'on pourrait nuancer par ces propos : « Il s'agit d'instaurer une confusion entre la question de méthode – faut-il s'informer des réalités sociales – et l'interrogation fondamentale : faut-il soumettre le droit au fait ou le droit doit-il diriger le fait vers des fins choisies pour leur valeur intrinsèque ? De cet amalgame, l'idée d'adaptation du droit au fait tire une apparence de légitimité. Il faudrait savoir redécouvrir l'unité de l'être et du devoir-être, du fait et de la valeur (M. VILLEY, *Questions sur l'ontologie d'Aristote et le langage juridique romain*, *Revue d'Histoire du droit français et étranger*, vol. 54, 1976, p. 637), alors, mais alors seulement, le droit cesserait d'être écartelé entre la réalité et la finalité (M. VILLEY, *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit*, Dalloz, 1975, n°112, p. 196 et n°122, *in fine*, p. 209). A ce fait là, qui n'en serait plus uniquement, le droit pourrait s'adapter sans danger pour la société qu'il régit » (*in*, C. ATIAS et D. LINOTTE, *Le mythe l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, chron. p. 251).

⁹⁷⁴ En ce sens, nous reportons les propos de BONNARD : « Les choses et les actes sont envisagés dans leurs fins qui peuvent être la réalisation d'une certaine utilité ou d'un certain idéal. Du fait de cette fin et dans la mesure où elles la réalisent, elles prennent une certaine valeur. Et cette valeur est à son tour déterminatrice d'une certaine norme pour l'action humaine » (*in*, R. BONNARD, *Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguit)*, préc. p. 7 et spéc. p. 18-19).

B) L'application du droit comme un « système ouvert »

192.- L'adéquation des moyens au but. La relation du moyen au but rappelle le rapprochement souvent employé en droit de la technique et du politique. Ainsi, « après la constatation *scientifique* des données, avant la mise en forme *technique*, vient une phase où le déterminisme n'a plus place : c'est celle de la *politique* juridique »⁹⁷⁵. Dès lors, « orientée vers la réalisation des objectifs recherchés, la méthodologie juridique s'attache aux modes d'action les plus adéquats pour y conduire »⁹⁷⁶. Pour la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, le but étant, nous l'avons précisé le progrès médical, qui ne peut se réaliser que par la considération des valeurs sociales des objets, objectivement constatées. Quelle sera donc la technique employée pour réaliser ce but ? La norme et l'interprétation de la norme devront « être conformes à l'esprit du législateur et aux finalités poursuivies ou aux valeurs consacrées »⁹⁷⁷. Toutes les dispositions qui instaurent des monopoles qui iront à l'encontre de la réalisation d'avancées thérapeutiques⁹⁷⁸, et seront en contradiction avec le système devront être récusées dès leur existence et corrigées ou régulées dans leur exercice⁹⁷⁹. Ainsi finalisée, la propriété intellectuelle apparaîtra comme légitimée dans le domaine de la santé.

193.- La méthode : la qualification. La qualification est concrètement le fait pour le législateur ou le juge de donner un nom à une chose, à travers un acte d'évaluation⁹⁸⁰. Il semble que, pour le sujet qui nous occupe, à savoir l'*objet* de la propriété intellectuelle dans le

⁹⁷⁵ C. ATIAS et D. LINOTTE, *Le mythe l'adaptation du droit au fait*, préc. p. 251, et spéc. p. 256.

⁹⁷⁶ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, préc. p. 1023.

⁹⁷⁷ *Ibid.* p. 1022.

⁹⁷⁸ Voir notre définition du progrès médical, v. *supra* n°174 et s.

⁹⁷⁹ La seconde partie de cette étude a donc vocation à répondre à ces questions : comment intégrer ou rechercher la valeur sociale des objets et finaliser la règle de droit.

⁹⁸⁰ La notion a fait l'objet d'une étude approfondie par O. CAYLA, *La qualification, ou la vérité du droit*, *Droits*, n°18, 1993, p. 3 : « Il n'est pas illégitime d'affirmer que le signe auquel on reconnaît inmanquablement le juriste réside avant tout dans sa façon de discourir sur le monde, en assurant sa traduction (Ph. Jestaz et B. Audit) dans la grille conceptuelle des catégories juridiques, en recomposant le tableau de la "nature naturelle" pour peindre celui d'une "nature juridique" c'est-à-dire en mettant le monde en droit à la manière du compositeur qui le met en musique. Or, c'est précisément cette activité d'apparence descriptive et éminemment juridique à la fois dans laquelle consiste la "qualification" ». La qualification ne consiste pas seulement en un jugement de réalité, mais elle permet le jugement de valeur. Sur ce thème, v. aussi, Ph. JESTAZ, *La qualification en droit civil*, *Droits*, 1993, n°18, *La qualification*, p. 45 et spéc. p. 52.

domaine de la santé, le meilleur moyen de faire coïncider le droit au « fait-valeur sociale », pour assurer le progrès médical consiste en une réflexion sur la qualification des choses immatérielles qui se présentent à la propriété intellectuelle. En d'autres termes, les notions de bien (en l'espèce, création⁹⁸¹) et de chose commune se présentent donc comme les moyens d'atteindre un but, le progrès médical. Leurs contours au sein du droit spécial de la propriété intellectuelle doivent être précisés afin qu'ils se conforment à l'esprit du système. En définitive, du sort que l'on souhaite réserver à la chose immatérielle – appropriées ou non – dépendra de la qualification que lui attribuera le jugement de valeur⁹⁸².

Paragraphe 2

Les conséquences de l'intégration du progrès médical au droit de la propriété intellectuelle

194.- L'enthousiasme de l'apport généré par les notions de finalité et de valeur sociale à la propriété intellectuelle du domaine de la santé (A) devra être modéré par la prudence nécessaire envers certains écueils (B).

A) Les écueils à éviter

195.- Des « concepts mous », trop « mous » ? Face à la perte de juridicité des règles due à une pénétration dans le droit de l'économie, il apparaît nécessaire de retrouver « des catégories juridiques “ dures ” au sens où contenu et limites s'établissent dans une certaine évidence sociale »⁹⁸³. Mme HERMITTE les définit ainsi : « Une catégorie juridique est “ dure ” lorsque ses limites sont précisément circonscrites par la loi et la jurisprudence, et que les plus importantes d'entre elles finissent par apparaître comme une autolimitation, comme une conséquence de la logique interne de la catégorie. Le concept mou, au contraire, est celui

⁹⁸¹ Sur l'objet de la propriété intellectuelle, nommé création.

⁹⁸² En ce sens, O. CAYLA, *La qualification, ou la vérité du droit*, préc. p. 3, et spéc. p. 9 : « Qu'ainsi 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 (...) ».

⁹⁸³ *Ibid.* p. 332.

dont le contenu varie au gré des besoins ». ⁹⁸⁴. Besoins, qui ne sont d'ailleurs pas sans rappeler les souvenirs de la valeur économique et de la variation du contenu qu'elle imposait. Pour cela, aucun besoin de retourner sur les bases solides de la propriété foncière. Simplement, pour chaque objet de droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement pour la notion d'œuvre dont il est généralement admis le contenu variable ⁹⁸⁵, il conviendra de veiller au cas par cas à cette juridicité retrouvée.

196.- Du progrès social à la dynamique du droit. La réalisation du progrès passe par un travail sur l'ordonnement juridique ⁹⁸⁶. Et comme le dit parfaitement RIPERT : « les juristes ont l'orgueil de se sentir appelés à une création » ⁹⁸⁷. La création passe par la réalisation du progrès social, c'est-à-dire qu'elle impose une réflexion sur l'ordre actuel pour préparer l'avenir. Cette préparation est d'autant plus indispensable face à « l'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles » ⁹⁸⁸, notamment dans le domaine de la santé. Ce que SAVATIER appelle la « dynamique » de la loi ⁹⁸⁹, révèle sans aucun doute la passion du droit, et très certainement la passion d'en changer ⁹⁹⁰. Il faudra donc soigneusement éviter les travers de la passion où le progrès social nous conduit, à savoir un « panjurisme » ⁹⁹¹, et une inflation normative. Elle est d'ailleurs parfaitement décrite en droit des brevets, par M. le professeur

⁹⁸⁴ *Ibid.* p. 333. Rapp. de la Conception de OPPETIT qui dénonce l'effritement du droit commun par la multiplication des lois spéciales et les revendications d'autonomie de certaines disciplines (B. OPPETIT, *L'hypothèse d'un déclin du droit*, Droits, 1986, p. 9 et s.)

⁹⁸⁵ En ce sens, v. notamment : C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003. Pour une analyse en droit d'auteur, v. *infra* n°467-468.

⁹⁸⁶ Même s'il ne partage pas ce point de vue, soulignons le propos de RIPERT (*in*, G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 55) qui a un plein écho pour cette étude : « Si l'avenir meilleur n'est pas un idéal inaccessible il faut travailler à le créer et puisqu'il s'agit de l'organisation des sociétés humaines, travailler c'est légiférer ». Rapp. G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. I, *Le pouvoir politique*, LGDJ, 1949, n°131 : « Aujourd'hui le droit est beaucoup moins l'ordre qui s'impose à la société présente que le ferment d'où naître la société future ». Cette notion, de progrès social, est d'ailleurs pour RIPERT, cause d'instabilité juridique, car elle ne peut conduire qu'à l'obsolescence rapide des règles de droit : « Dans un monde où tout change et si vite la stabilité du droit paraît une chose incompréhensible. La règle est déjà vieillie le jour où elle est promulguée si sa préparation a été retardée. Toute règle est du passé » (*Ibid.* p. 59).

⁹⁸⁷ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, *op. cit.* p. 55.

⁹⁸⁸ En référence au texte essentiel de M. VIVANT, *L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles*, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, coll. *Centre du droit de l'entreprise*, 1998, p. 441.

⁹⁸⁹ Rapp. R. SAVATIER, *Le droit et l'accélération de l'histoire*, D. 1951, chron. p. 29 : « La loi qui se fait aujourd'hui traduit plutôt un dynamisme qu'une technique ».

⁹⁹⁰ En ce sens, v. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 107 et s.

⁹⁹¹ Selon le terme de CARBONNIER, qui révèle un droit partout.

GALLOUX, qui explique que « l'accélération du progrès technique » et donc de la multiplication des brevets a pour conséquence « la prolifération des textes, des réformes et des forums traitants du droit des brevets »⁹⁹². « Ce “ magma ” n'est guère de nature à simplifier le droit des brevets et à assurer la sécurité juridique ». ⁹⁹³. Or, ce n'est que par une juste mesure que les catégories, aujourd'hui menacées, de « chose commune » ou de « bien », pourront « s'endurcir » et « résister ». Il ne s'agit donc pas dans cette étude, de multiplier divinement les règles en prétendant à leur meilleure adaptation ou au-delà, de refondre l'ordre en place pour en proposer autre. Mais au contraire, de travailler sur le droit existant pour lui donner la résistance indispensable pour son adaptation au progrès social. C'est dans ce sens que nous abordons les questions particulières de la propriété et de la santé. Cette considération de la conception normative du droit permet d'éviter l'écueil précédemment décrit par RIPERT sur le progrès social⁹⁹⁴.

B) Les avantages à constater

197.- Le fait de conférer une assise solide, à travers la finalité de progrès social, aux dispositions de la propriété intellectuelle permet de rendre inutile tout recours aux concepts ou aux droits extérieurs (1) et de restaurer la légitimité interne de la propriété intellectuelle (2).

1) L'indépendance de la propriété intellectuelle

198.- L'exemple des droits fondamentaux⁹⁹⁵. On constate que de plus en plus, les droits fondamentaux tentent de s'inviter à la table des discussions sur la convalescence de notre propriété intellectuelle. Comme le souligne Mmes CORNU et MALLET-POUJOL : « cette

⁹⁹² J.-C. GALLOUX, *Le droit de brevet à l'aube du 3^e millénaire*, JCP G 2000, I, 195, n°8. L'auteur explique : « Sous le prétexte de la mondialisation, chaque système secrète son droit sans trop songer à la complexité qui nait de cet écheveau textuel. N'a-t-on pas vu récemment un texte communautaire imposant aux États membres l'interprétation d'un texte conventionnel se trouver “ transposé ” par le Conseil d'administration de l'Office européen des brevets, pourtant indépendant du droit communautaire, dans le règlement d'exécution de la CBE ».

⁹⁹³ *Ibid.* n°8.

⁹⁹⁴ V. *supra* n°168.

⁹⁹⁵ M. le professeur PICARD retient trois modes de définition des droits fondamentaux : une approche « impressionniste » qui consiste à traiter les divers droits que l'on ressent comme fondamentaux ; une approche « existentialiste », qui considère qu'est fondamental ce que les textes ou le juge disent « fondamental » ; et enfin, une manière « systématique » qui reconnaît le caractère fondamental des textes constitutionnels (*in*, E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux*, A.J.D.A. 20 juillet/20 août 1998, p. 6. Rapp. M.-L. PAVIA, *Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental*, L.P.A. 6 mai 1994, n°54, p. 6.).

idée d'une propriété intellectuelle illégitime, forme de propriété " expropriatrice " et donc " spoliatrice " a régulièrement été lancée à la face du droit d'auteur, au nom des droits du public »⁹⁹⁶. Le « remède » des droits fondamentaux est préconisé tant au moment de la constitution des droits qu'au moment de leur exercice⁹⁹⁷. Telle n'est pas la position ici défendue. En ce sens, nous rejoignons Mmes CORNU et MALLET-POUJOL lorsque dans la suite de leur étude, elles affirment, toujours pour le droit d'auteur : « l'article 10 n'est, en aucun cas le sésame de toute demande d'information. Il n'y a pas de droit subjectif à l'information. Il est ainsi absurde d'opposer, sous couvert de droit à l'information, droit d'auteur et liberté d'expression, en créant artificiellement un conflit de norme »⁹⁹⁸.

Le droit de la propriété intellectuelle possède ses propres ressorts de qualification. Nul n'est donc besoin de recourir à des règles externes de justification ou de contestation d'une appropriation. L'intégration des droits fondamentaux reviendrait à nier à la propriété intellectuelle la faculté à répondre à la finalité de l'objet valorisé. Or, comme nous l'avons dit, tout ordonnancement juridique répond à une finalité, propre à l'objet sur lequel il s'appuie, et acquiert de ce fait sa légitimité. Autrement dit, la propriété intellectuelle a les moyens de sa propre légitimation, sans faire appel à des mécanismes externes⁹⁹⁹.

De plus, le conflit de normes n'a pas lieu d'être avec la propriété intellectuelle¹⁰⁰⁰. La qualification d'œuvre ou d'invention sur le fondement des droits fondamentaux, tels que la liberté d'expression- droit du public à l'information ou la liberté de la recherche, n'a pas lieu d'être. Si politiquement, il était tout à fait envisageable de rencontrer une telle décision, car

⁹⁹⁶ M. CORNU et N. MALLET-POUJOL, *Droit d'auteur à l'épreuve du droit à la culture*, in *Droit d'auteur et culture*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2007, p. 129 et spéc. p. 131.

⁹⁹⁷ Comme le souligne Mme MALLET-POUJOL : « L'alibi du droit à l'information sert fréquemment la remise en cause du droit d'auteur, afin principalement d'éviter le paiement, par les exploitants, de redevances au créateur. Derrière la proclamation d'une préoccupation culturelle se cache, la plupart du temps des motivations économiques » (in, N. MALLET-POUJOL, *Le double langage du droit à l'information*, D. 2002, chron. p. 2420 et spéc. p. 2424).

⁹⁹⁸ *Ibid.* p. 134.

⁹⁹⁹ D'ailleurs le droit d'auteur prévoit cette « auto-régulation » par les mécanismes légaux d'exception aux droits patrimoniaux, sur ce point, v. *infra* n°522 et s.

¹⁰⁰⁰ Pour le droit d'auteur, v. la ferme opposition de Mme MALLET-POUJOL : « Il est donc absurde d'opposer, sous couvert de droit à l'information, droit d'auteur et liberté d'expression, en créant artificiellement un conflit de normes. Les restrictions de l'article 10, al. 2, ne visent pas le droit d'auteur, mais le champ des textes limitant la liberté d'expression » (in, N. MALLET-POUJOL, *Le double langage du droit à l'information*, préc. p. 2420 et spéc. p. 2425).

les droits fondamentaux servent de légitimation aux motivations des juges¹⁰⁰¹, techniquement un tel raisonnement ne s'imposerait pas. En effet, si l'on applique l'adage *specialia generalibus derogant* (ce qui est spécial déroge à ce qui est général), lors de la confrontation d'un texte spécial de la propriété intellectuelle avec un texte général issu des droits fondamentaux, le conflit de norme¹⁰⁰² pourrait se résoudre en faveur du texte spécial.

Enfin, toujours dans cet esprit d'autonomie de la propriété intellectuelle, il serait aujourd'hui essentiel de comprendre qu'elle intègre dans son fonctionnement interne, au moment de l'appropriation ou au moment de la commercialisation, les perspectives que tracent les droits fondamentaux. Peut-être justement par cette finalité de progrès social, intimement liée aux droits fondamentaux¹⁰⁰³. La qualification de l'objet valorisé de la propriété intellectuelle, que nous détaillerons ultérieurement, protège incidemment la liberté de la recherche¹⁰⁰⁴ en mettant à l'abri, par exemple, de tout monopole les découvertes scientifiques. Le juge n'aura pas besoin de se fonder sur la liberté de la recherche pour annuler une appropriation indue. Et en droit d'auteur, il est possible de reprendre de propos de Mme MALLET-POUJOL : « il [le droit d'auteur] est bâti sur un équilibre visant à permettre aux auteurs de jouir, pendant une période limitée, du fruit de leurs créations tout en garantissant au public l'accès à la culture et à la connaissance, souci d'équilibre que l'on ne retrouve pas dans la théorie de l'image des

¹⁰⁰¹ Nous rejoignons le constat défaitiste de Mme MALLET-POUJOL : « Le test de proportionnalité qui en découle annonce d'ailleurs la défaite, à plus ou moins long terme, du droit d'auteur » (*in*, N. MALLET-POUJOL, *Le double langage du droit à l'information*, préc. p. 2420 et spéc. p. 2425).

¹⁰⁰² Puisqu'il ne s'agit pas ici d'une question de validité de la norme, mais de son application. Autrement dit, on ne cherche pas à l'invalider, mais simplement à l'écarter.

¹⁰⁰³ Sur cette question, v. *supra* n°172.

¹⁰⁰⁴ La liberté individuelle de la recherche a été consacrée dans la décision du Conseil constitutionnel le 20 janvier 1984 (v. notamment, parmi les nombreuses références citées par L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11^e éd., 2001, p. 581 : *Rec.* p. 30 ; *A.J.D.A.* 1984, p. 163 ; *R.D.P.* 1984, p. 702 note FAVOREU ; *D.* 1984, p. 125, note GAUDEMET), à propos du contrôle de constitutionnalité de la loi sur l'enseignement supérieur. Mais en revanche aucun texte interne ne la consacre expressément. Elle est d'ailleurs le plus souvent rattachée à la liberté d'expression (en ce sens, v. B. MATHIEU, *Génome humain et droits fondamentaux*, Economica, PUAM, 2000, p. 42, et la Décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 1994, n°94-345 DC, *A.J.D.A.* 1994, p. 731, note WACHSMANN, qui sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, que l'octroi d'aides à des travaux de recherche à l'engagement de diffuser ces travaux en français est de nature à porter atteinte « à l'exercice de la liberté d'expression et de communication dans l'enseignement supérieur et la recherche »).

Sur cette liberté, v. notamment, C. BLAIZOT-HAZARD, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, coll. *Thémis Droit public*, 2003, p. 23 et s. – M.-A. HERMITTE, *La liberté de la recherche et ses limites*, Romillat, 2001. Pour une application de la liberté de la recherche en matière d'environnement, v. notamment : L. FONBAUSTIER, *Recherche, innovation et environnement : difficulté d'un ménage à trois*, *Environnement*, Avril 2005, comm. n°37.

biens fondée sur l'article 544 du Code civil »¹⁰⁰⁵. Équilibre, que l'on retrouve dans la définition du bien en droit de la propriété intellectuelle.

199.- L'exemple de l'intérêt général. Plus généralement, pour certains auteurs la justification du domaine de la propriété intellectuelle passe par la systématisation du concept d'intérêt général. D'où l'inutilité de recourir à la finalité sociale et à la valeur sociale. A l'appui de cette justification, ils considèrent que « ce sont des « intérêts individuels communs à tous les membres du corps social » qui fournissent à la norme excluant la chose commune de la catégorie des biens un support essentiel, en tant que mode de justification de celle-ci »¹⁰⁰⁶. Outre le fait que la notion d'intérêt général est difficile à cerner¹⁰⁰⁷, elle apparaît comme insuffisamment discriminante pour qualifier les choses immatérielles et les catégoriser. Elle ne peut donc légitimement les fonder. La propriété intellectuelle est un exemple parfait dans lequel l'intérêt général est satisfait tant par l'inappropriation de certaines choses, que par la réservation d'autres¹⁰⁰⁸. En définitive, il est bien préférable de recourir aux mécanismes internes à la propriété intellectuelle plutôt que de faire appel à des notions à l'appellation salubre, mais au contenu vide et aux effets diffus.

¹⁰⁰⁵ N. MALLET-POUJOL, *Le double langage du droit à l'information*, préc. p. 2420 et spéc. p. 2425. L'auteur ajoutant : « En tout état de cause, on ne saurait valablement opposer l'article 10 de la CEDH pour neutraliser le droit d'auteur ».

¹⁰⁰⁶ V. notamment, Th. REVET, obs. sous Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *RTD civ*, 2001, pp. 620-621 qui considère que l'intérêt général se situe dans les concepts de libertés fondamentales ou de « droits à... ».

¹⁰⁰⁷ V. notamment, C. NOZARADAN, *Brevet et intérêt général*, in *Brevet, Innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?*, B. REMICHE (sous la dir.), Larcier, 2006, p. 445 reconnaissant que la notion est « indéfinie ou idéologiquement polyvalente ». *Adde*, M. BUYDENS, *L'intérêt général, une notion protéiforme*, in *Brevet, Innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?*, B. REMICHE (sous la dir.), Larcier, 2006, p. 1. L'intégralité des actes de ce colloque met d'ailleurs en avant cette difficulté. Pour un rapprochement des notions d'utilité sociale et d'intérêt général en droit de la santé, v. notamment : A. EUILLET, *L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général*, *R.D.S.S.* avril/juin 2002, p. 207. Nous citerons également l'étude de M. le professeur OST, qui présente la notion « d'intérêt commun », un mécanisme correcteur et modérateur (in, F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 159)

¹⁰⁰⁸ En ce sens (rappel) G. COUSIN, *Intérêt général et propriété industrielle*, th. dactyl. Nantes, 2006. Dans cette thèse, l'auteur considère que les considérations relatives à l'intérêt général doivent être analysées tant lors de l'existence des droits de propriété industrielle que lors de leur exercice. Il est alors envisagé que l'intérêt général est à la fois au service et une limite du droit de la propriété industrielle. Mais le flou de la notion fait que l'on ne sait plus s'il s'agit d'un mécanisme limitatif ou performatif de la propriété industrielle.

2) La légitimation de la propriété intellectuelle

200.- La quête de légitimité de la propriété intellectuelle. Elle a notamment motivé les travaux du Groupe International d'experts en biotechnologie, innovation et propriété intellectuelle, en 2008, et conduit à une série de propositions, que nous reprendrons tout au long de cette étude¹⁰⁰⁹. Cette légitimation de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé passe par deux constats, qui peuvent être analysés comme des conséquences à l'intégration de la valeur sociale dans le processus d'élaboration de la norme. D'une part, la propriété intellectuelle retrouve une légitimité au-delà de la fonction qu'elle exerce dans le domaine de la santé (a) ; et d'autre part, la propriété intellectuelle est réintégrée dans une logique de progrès et non d'investissement comme elle semblait l'être par le biais de la valeur économique (b).

a) La légitimité retrouvée au-delà de la « fonction »

201.- Une propriété intellectuelle finalisée dès son existence jusque dans son exercice. Que la propriété intellectuelle soit finalisée dans son exercice par des mécanismes internes ou par des mécanismes externes est une idée riche qui mérite d'être entendue et étendue¹⁰¹⁰. Ainsi, l'avantage d'intégrer le concept de progrès médical dès l'élaboration des droits de propriété intellectuelle est d'assurer aux dispositions une légitimité tant au moment de la constitution de la propriété qu'au moment de la circulation des produits appropriés. En d'autres termes, l'appropriation et la commercialisation des objets valorisés seront justifiées par la poursuite du progrès médical. Ce qui n'était pas le cas lorsque l'on étudiait la propriété intellectuelle tant à travers sa fonction sociale ou sa fonction essentielle, qui finalisait simplement l'exercice du droit¹⁰¹¹. Il convient d'en dire quelques mots afin de mieux mesurer la portée de cette avancée que constitue l'intégration de la valeur sociale dans le processus d'élaboration du droit.

¹⁰⁰⁹ Rapport du Groupe International d'experts en biotechnologie, innovation et propriété intellectuelle, *Vers une nouvelle ère de propriété intellectuelle : de la confrontation à la négociation*, MacGill, CIPP, Septembre 2008.

¹⁰¹⁰ Au moins pour les limites internes.

¹⁰¹¹ Sur la fonction des droits de propriété intellectuelle, v. le colloque organisé par le CUERPI, le 4 décembre 2009, publié dans la revue *propriété industrielle* d'octobre 2010. Et pour une présentation sommaire, v. Ch. LE STANC, *A quoi ça sert ? Propr. ind.* mai 2009, repère n°5.

202.- L'incomplétude de la fonction sociale. La notion de « valeur sociale » est une notion qui ne doit pas être confondue, avec celle de « fonction sociale ». Les principaux penseurs de la *fonction sociale* sont DUGUIT¹⁰¹² et JOSSERAND¹⁰¹³. Cette théorie console de l'octroi d'un rapport exclusif entre le sujet et l'objet de son besoin par l'idée qu'un assouvissement individuel aura un impact social et permettra la réalisation de l'intérêt général¹⁰¹⁴. JOSSERAND l'a employée dans l'inspiration de DURKHEIM en considérant que « les prérogatives, même les plus individuelles et les plus égoïstes, sont encore des produits sociaux, soit dans la forme, soit dans le fond »¹⁰¹⁵. Elle a particulièrement été employée pour la propriété. Il faut dès lors considérer que la propriété ne s'exprime plus en termes de droit subjectif, mais dans l'exercice d'un droit-fonction¹⁰¹⁶. S'opère alors une évolution dans les

¹⁰¹² V. notamment : L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, éd. La mémoire du droit, 2008, p. 157 et spéc. p. 158 : la propriété est « pour tout détenteur d'une richesse, le devoir d'ordre objectif d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et accroître l'interdépendance sociale ». Cette doctrine est particulièrement inspirée des écrits d'Auguste COMTE. On retrouve un tel rapprochement de la propriété avec l'utilité sociale, mais dans une approche globale naturaliste, dans les écrits philosophiques du XIII^e siècle et notamment ceux SAINT THOMAS D'AQUIN. Le philosophe a toujours défendu la nécessité et la légitimité d'une propriété privée. Il estime que la gestion et l'administration des biens ne peuvent être laissées à la collectivité et que l'initiative privée est un cadre nécessaire pour éviter toute situation de violence. La justification donnée à l'institution de la propriété privée est sa *haute utilité sociale* : « *Distinctio possessionum est inducta per hominum rationem ad utilitatem humanae vitae* » (SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme Théologique*, Ia-IIa, 2^e éd., trad. par C. Spicq, Paris, Desclée, 1947, Q. 94. art. 5). Il la considère lui-même comme indispensable à l'harmonisation des hommes dans la nature : « *Quantum ad potestatem procurandi et dispensandi licitum est quod homo propria possideat ; est etiam necessarium ad humanam vitam* » (*Ibid.*). Pour une étude plus approfondie S. DEPLOIGÉ, *La théorie thomiste de la propriété (suite)*, *Revue Néo-Scholastique*, vol. 2, n°6, 1895, p. 163.

¹⁰¹³ En ce sens, v. L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1939), 2^e éd., Dalloz, 2006, p. 16.– A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits : réflexion sur le destin des théories de Josserand*, D. 1972, chron. p. 67.– C. JALLAMION, *La fortune de Josserand*, *Prop. ind.* octobre 2010, p. 9.

¹⁰¹⁴ Voir notamment l'illustration de M. HAURIOU, *Principes de droit public*, éd. Larose, 1910, p. 38 dans le domaine de la propriété agraire : « on n'oblige pas directement le propriétaire à cultiver ; (...) on compte sur les fréquents changements de propriétaire ». Et sur l'effacement du droit derrière la fonction, l'auteur a une conception dualiste et plus claire que celle de L. DUGUIT : « dans le plus individualiste des droits individuels, dans le droit de propriété, *l'élément de fonction est caché* ». Comme le remarque M. le professeur ATIAS, cette proposition a « eu son heure de gloire lorsqu'il ne faisait pas bon défendre la propriété, elle serait devenue – toute la propriété ou seulement celle qui porte sur certains biens ? – une fonction sociale (*in*, C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 10^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°92). Il n'est d'ailleurs pas étonnant qu'elle soit aujourd'hui brandie pour défendre une propriété intellectuelle en question.

¹⁰¹⁵ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1939), 2^e éd., Dalloz, 2006, n°236.

¹⁰¹⁶ L. DUGUIT la définit ainsi : « Quant à la propriété, elle n'est plus dans le droit moderne le droit intangible, absolu que l'homme détenteur de richesse a sur elle. Elle est et elle doit être ; elle est la condition indispensable de la grandeur des sociétés et les doctrines collectivistes sont un retour à la barbarie. Mais la propriété n'est pas un droit, elle est une fonction sociale » (*in*, L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912, p. 21).

La fonction sociale a pu être qualifiée comme « une catégorie alternative à celle de droit subjectif en ce qui concerne la propriété » par F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. dactyl., Lyon III, 1981, p. 724. L. DUGUIT, dont la pensée est éminemment positiviste, refuse à la propriété un tout autre fondement que celui de la loi. Ceci explique son ferme rejet de la notion de

prémises relatives à la propriété : l'utilité individuelle s'incline face à l'utilité sociale de la propriété privée, faisant triompher le *devoir* face au *besoin*. Pour DUGUIT, tout détenteur d'une richesse, a le devoir d'ordre objectif d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et à accroître l'interdépendance sociale^{1017/1018}.

Toutefois, cette notion de fonction sociale soulève quelques interrogations, comme celle de M. le professeur MESTRE sur l'éventuel refus de propriété pour une action individuelle illégitime ou antisociale¹⁰¹⁹. En effet, « la propriété ne comporte-t-elle pas un nombre indéfini d'utilisations socialement indifférentes et qui ne présentent d'intérêt que pour le propriétaire ? »¹⁰²⁰.

Mais le plus important est de souligner que cette notion est inadaptée à justifier l'existence du droit, pour reformer les catégories juridiques qui touchent à l'objet de la propriété – et plus précisément de la propriété intellectuelle. Elle pourrait, en revanche, être utile pour justifier les limitations posées à l'exercice du droit de propriété¹⁰²¹. On peut par exemple citer les

droit subjectif : « la question de la nature et du fondement du droit subjectif est parfaitement insoluble » (in L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, *La règle de droit. Le problème de l'État*, 3^e éd., Fontemoing & Cie, Paris, 1927, p. 15). Il explique que « pour déterminer en quoi consiste ce pouvoir, cette qualité, il faudrait connaître la nature intime de la volonté humaine. Or, cela l'homme ne le peut pas et ne le pourra jamais, parce qu'il y a là un élément qui échappe à sa perception et à son observation » (*Ibid.* p. 16)

¹⁰¹⁷ Ce terme étant le synonyme de la « solidarité sociale », concept cher à DUGUIT (v. *infra* n°165).

¹⁰¹⁸ L. DUGUIT l'explique en ces termes : « Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir, tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination » (in, L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912, p. 21).

¹⁰¹⁹ A. MESTRE, *Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit*, A.P.D. t. 1-2, *L'œuvre de Léon Duguit*, Sirey, 1932, p. 163, et spéc. p. 167 : « Cette doctrine qui n'admet la légitimité de l'action individuelle que si elle se traduit par des réalisations avantageuses à la collectivité, conduit à cette conséquence que les actes du propriétaire ne seront considérés comme légitimes que si la preuve peut être faite de cette convergence de l'intérêt individuel et de l'intérêt collectif. La doctrine traditionnelle établissait une sorte de coïncidence entre ces deux intérêts (...) ».

¹⁰²⁰ *Ibid.* p. 167. Cet argument sera réutilisé ultérieurement pour démontrer le dévoiement de cette notion d'utilité sociale non pour justifier une relation exclusive, mais pour légitimer toute propriété.

¹⁰²¹ En ce sens, C. GEIGER, *La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle*, D. 2010 chron. p. 510, associant la fonction sociale à l'intérêt général l'auteur explique : « les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété intellectuelle doivent dès lors être passées au crible de l'intérêt général ». L'auteur considère que l'application de la fonction sociale peut être sanctionnée par la confrontation avec les droits fondamentaux, comme mécanismes externes de la limitation des droits de propriété intellectuelle.

licences obligatoires pour défaut d'exploitation prévues par l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle, par lesquelles le titulaire est exhorté à exploiter pour assurer la fonction sociale¹⁰²². D'ailleurs, la sanction de droit commun du détournement de la fonction sociale d'une règle est l'abus de droit, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil¹⁰²³. Sanction qui n'intervient qu'après la constitution des monopoles, au moment de l'exercice du droit¹⁰²⁴. Le droit spécial de la propriété intellectuelle possède des outils de privation ou de limitation et même de sanction – qu'ils soient internes ou externes – des monopoles sans nécessairement avoir à recourir, en priorité, à la fonction sociale et à la théorie de droit commun de l'abus de droit¹⁰²⁵.

Fonction sociale. Certes, si tant est, que les prérogatives accordées au propriétaire soient préalablement identifiées, et aussi que l'on ne vienne pas lui reconnaître un quelconque droit subjectif sur de telles prérogatives, puisque les notions sont en contradiction. En ce sens, C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 10^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°92).

¹⁰²² L'obligation d'exploiter une invention « va de soi puisque l'État confère au breveté un monopole à cette fin » (J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006, n°442, p. 275). Cette obligation ressort de l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle : « Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause : a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un État membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français. Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans. Pour l'application du présent article, l'importation de produits objets de brevets fabriqués dans un État partie à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce est considérée comme une exploitation de ce brevet. ». À la différence du droit de marque, dans lequel l'absence d'exploitation est sanctionnée par la déchéance (art. L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle), le défaut d'exploitation en droit des brevets autorise simplement le tiers à solliciter une licence.

¹⁰²³ Très exactement, selon JOSSERAND, « l'abus de droit est “ l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité ” », L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1939), 2^e éd., Dalloz, 2006, n°292.

¹⁰²⁴ En ce sens, A. PIROVANO, *La fonction sociale des droits : réflexion sur le destin des théories de Josserand*, D. 1972, chron. p. 67 : « La théorie de l'abus de droit, tout comme celle de l'enrichissement sans cause, est un mécanisme correcteur, une soupape de sûreté, qui permet au juge d'assouplir le jeu des relations juridiques » [nous soulignons].

¹⁰²⁵ *Contra*, C. CARREAU, *Propriété intellectuelle et abus de droit*, in *Mélanges en l'honneur d'A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 17. Mais si l'on admet que l'abus de droit puisse sanctionner des constitutions de monopole contraires à la fonction sociale, cela signifie que l'on sanctionne un monopole qui n'aurait pas dû se constituer parce que la chose aurait dû rester dans le domaine public (exemple des couleurs en droit des marques). Or, qui va actionner cette sanction du détournement du droit de sa fonction sociale ? Un autre titulaire, quelque peu entravé, pour se voir octroyer une réservation sur cet objet ? Mais si l'abus de droit est constaté, est-ce au profit d'un nouveau détournement ? Ou l'abus de droit ne concerne-t-il que les conditions de l'appropriation et n'apporte pas les solutions attendues sur la limitation des monopoles (puisque l'objet est reconnu en tant que tel comme « protégeable »).

Sur la pénétration de l'abus de droit dans la propriété intellectuelle, v. notamment : C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Litec, coll. *Droit des affaires, propriété intellectuelle*, n°17, 1998. Et plus spécialisé encore, v. F. POLLAUD-DULIAN, *Abus de droit et droit moral*, D., 1993, chron. p. 97. Pour une définition jurisprudentielle,

203.- L'incomplétude de la « fonction essentielle ». Il serait également possible de comparer le fonctionnement de la valeur sociale et de la finalité aux relations de la « fonction essentielle » et de l'« objet spécifique » en droit communautaire. Ces notions sont utiles au droit de la concurrence, qui s'appuie sur elles pour déterminer son domaine d'intervention sur les droits nationaux. Concrètement, il faut trouver la « fonction essentielle » d'un droit pour en déduire son « objet spécifique ». Par exemple, la fonction essentielle du droit des brevets est le retour sur investissement, l'objet spécifique à cette fonction sera la mise en circulation des produits brevetés. Par ce moyen, la fonction de rétribution du brevet se réalisera.

Sur les modalités de la détermination, nous sommes vraiment très proches de l'analyse produite sur la valeur sociale et la finalité. En effet, la valeur sociale d'un objet n'est déterminée qu'après l'identification de la finalité qu'il doit remplir.

En revanche, la portée de notre analyse est plus large. Accessoirement, notre approche n'est pas cantonnée au strict domaine communautaire. Principalement, en droit communautaire de la concurrence, lorsque le titulaire du droit de propriété intellectuelle exerce son droit conformément à l'objet spécifique, le droit communautaire de la concurrence n'intervient pas. En revanche, « si le titulaire outrepassé cet objet spécifique pour faire de son droit un usage en quelque sorte “ contre-nature ”, cet exercice “ illégitime ” peut être sanctionné sans que l'existence du droit ne soit toutefois remise en cause ».¹⁰²⁶ Autrement dit, l'existence du bien n'est jamais atteinte, même si elle est contraire à la fonction essentielle qu'il devait remplir. Ou encore, le droit de la concurrence sert à disqualifier, à limiter, les prérogatives (l'« objet spécifique ») du titulaire, mais sans atteindre à la constitution de son monopole. Son exercice est simplement limité à raison de la « fonction essentielle ». Or cette limitation ne suffit pas toujours. Car si tel était le cas, les précédentes dérives de la propriété intellectuelle n'existeraient pas – peu important la dimension économique de l'objet. Nous pensons au

v. Com., 26 novembre 2003, pourvoi n° 00-22.605, *Bull. civ. IV*, n° 178, p. 195 ; *JCP G* 2004, I, 113, obs. CARON : « L'exercice d'un droit exclusif par son titulaire peut donner lieu à un comportement abusif ».

M. GEIGER a soulevé plusieurs arguments à l'encontre de la sanction de l'abus de droit en cas de manquement à la fonction sociale : « En effet, il reviendra à l'utilisateur de démontrer que le titulaire de droit abuse de son droit, ce qui sera la plupart du temps difficile à établir. Nous avons vu que les fonctions de la norme tendaient à se brouiller. De plus, l'abus ne peut pas venir totalement remettre en cause des décisions prises par le législateur. (...) Et puis, à admettre qu'un détournement de finalité puisse être démontré en justice, encore faut-il le démontrer, ce qui nécessite parfois de longues procédures judiciaires » (*in*, C. GEIGER, *La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle*, D. 2010 chron. p. 510).

¹⁰²⁶ F. SIIRIAINEN, « *Droit d'auteur* », *contra* « *droit de la concurrence* » : *versus* « *droit de la régulation* », *R.I.D.E.*, 2001/4, p. 413.

contraire, que la correction ou la régulation de l'exercice des droits de propriété intellectuelle doivent être complétées, voire supplées, par une réflexion sur leur existence. La conformation de l'exercice des droits ne peut pas « réparer » correctement une appropriation induue. Ainsi, la portée de la valeur sociale et de la finalité est beaucoup plus large que celle d'« objet spécifique » ou de « fonction essentielle », car elle permet dès l'existence de l'objet immatériel de corriger les appropriations illégitimes¹⁰²⁷.

Enfin, le contenu ne correspond pas non plus à la démarche que nous souhaitons insuffler dans cette analyse, à savoir un détachement relatif des valeurs économiques. Or, en droit des brevets, par exemple, poser comme finalité le retour sur investissement, la rétribution de l'inventeur pour son invention est, selon nous, lacunaire, occultant la dimension progressiste de l'invention¹⁰²⁸.

b) La réintégration de la propriété intellectuelle dans une logique de progrès

204.- ... et non d'investissement. Il nous semble qu'assigner à la propriété intellectuelle une finalité reposant sur le progrès social reluit ses lettres d'or. L'appropriation des objets qu'elle permet est source de renommée et de profit pour le propriétaire, mais également d'enrichissement collectif pour la société¹⁰²⁹. L'idée de progrès correspond parfaitement à la logique de la propriété intellectuelle¹⁰³⁰ qui consiste à impulser et à motiver l'accroissement

¹⁰²⁷ On pourrait dire en quelque sorte que l'« objet spécifique » correspond aux prérogatives que confère le droit et qui doivent être orientées vers la fonction essentielle. Tandis que, l'« objet valorisé » correspond à l'objet du droit.

¹⁰²⁸ On retrouve cette préférence de l'intérêt privé dans la « fonction essentielle » du droit d'auteur. Ainsi en dispose le célèbre arrêt *Magill*, CJCE 6 avril 1995, *RTE-ITP c/ Commission*, *Rec. CJCE* 1995, p. 743 et TPICE 10 juillet 1991, *RTE*, *Rec. CJCE* 1991, p. 485 : « Néanmoins, s'il est certain que l'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée ne présente pas, en soi, un caractère abusif, il en va différemment lorsqu'il apparaît aux vues des circonstances propres à chaque cas espèce, que les conditions et modalités d'exercice du droit de reproduction de l'œuvre protégée poursuivent, en réalité, un but manifestement, contraire aux objectifs de l'article 86. En effet, dans une telle hypothèse, l'exercice du droit d'auteur ne répond plus à la fonction essentielle de ce droit, au sens de l'article 36 du Traité, *qui est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur*, dans le respect des objectifs poursuivis en particulier par l'article 86 » [nous soulignons].

¹⁰²⁹ En ce sens, v. l'indispensable article de M. le professeur VIVANT, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Mélanges en l'honneur d'A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415

¹⁰³⁰ En ce sens, on peut d'ailleurs faire référence à l'article 1^{er}, section 8 de la Constitution américaine (1787), qui dispose que le Congrès est autorisé à : « *To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries* » (à promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en garantissant pour un temps limité, aux auteurs et aux inventeurs, un droit exclusif sur leurs œuvres écrites et inventions respectives).

des objets en stimulant la création, tout en la préservant dans le temps. Tel répond à notre définition du progrès¹⁰³¹. De ce fait, on retrouve dans l'exercice de la propriété intellectuelle cet « instrument de progrès, un procédé d'adaptation du droit aux besoins sociaux »¹⁰³². Mais d'un autre côté, à condition de respecter les conditions d'interprétation stricte, elle organise un régime protecteur des choses immatérielles qui doivent échapper aux verbes appropriatives. Seule cette dimension de progrès retrouvée dans la propriété intellectuelle permettra d'échapper au constat dressé par M. le professeur SIIRIAINEN : « La propriété intellectuelle est de moins en moins intellectuelle dans sa légitimité et de plus en plus économique dans sa finalité »¹⁰³³ et à la prophétie de M. le professeur GALLOUX : « Au même titre que les civilisations, l'institution du brevet est mortelle. Le droit de brevet disparaîtra avec les causes qui l'ont fait naître »¹⁰³⁴.

205.- Conclusion Section 1 : Le principe de la réception de la valeur sociale et de la finalité par le droit de la propriété intellectuelle. La réception de la valeur sociale par le droit en général, et le droit de la propriété intellectuelle en particulier implique une réflexion sur les rapports du droit au fait social. Puisqu'en effet, la valeur sociale avait été définie comme un fait. Il ressort que le droit, un phénomène construit l'est nécessairement à partir d'un donné primordial, qui en l'occurrence n'est pas naturel, plus factuel. Ce qui explique donc que la valeur précède la norme, que l'on « valorise » avant de « normatiser ». Concrètement, cela permet d'assigner à la règle de droit la finalité adoptée, à savoir le progrès médical. Pour l'adéquation des moyens (le droit) au but (le progrès médical), il faudra avoir recours aux catégories juridiques pour qualifier les objets du domaine de la santé ainsi valorisés.

Les conséquences pour la propriété intellectuelle de cette assignation d'une finalité de progrès médical sont importantes. Mais pour en profiter pleinement, il faudra éviter certains écueils, induits d'une adaptation trop rapide au fait. Si le progrès médical est réalisé par des objets en mouvement constant, il faudra éviter d'une part, les catégories juridiques « molles », trop

¹⁰³¹ Nous rappelons que le progrès doit s'entendre tant d'un accroissement temporel que d'un accroissement matériel.

¹⁰³² L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (1939), 2^e éd., Dalloz, 2006, n°247.

¹⁰³³ F. SIIRIAINEN, *Les réalités immatérielles et le Droit*, in *Immatériel, nouveaux concepts*, sous la dir. de J. De BANDT et de G. GOURDET, éd. Economica, 2001, p. 38.

¹⁰³⁴ J.-C. GALLOUX, *Le droit de brevet à l'aube du 3^e millénaire*, *JCP G* 2000, I, 195, n°4.

permissives laissant entrer n'importe quel objet¹⁰³⁵, et d'autre part, une tentation à la surproduction de droit. Passé cela, il sera possible de profiter d'une propriété intellectuelle restaurée dans son indépendance, notamment au regard des droits fondamentaux. Elle sera également légitimée dans son intégralité, grâce à la finalité qui donne le sens des règles, et non plus seulement dans son exercice comme le suggère les réflexions sur la fonction sociale des droits ou la fonction essentielle du droit de la concurrence. Enfin, nous nous satisferons de voir la propriété intellectuelle réintégrer une logique de progrès et non d'investissement.

Section 2

Les solutions apportées à l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé

206.- Les contours de l'objet de la propriété intellectuelle à définir. Nous suivons ainsi la recommandation de M. le professeur LIBCHABER : « Demander à un juriste de technicien de présenter les « objets » mentaux qui sont les outils quotidiens de son activité, c'est l'encourager à ce qu'il ne ferait pas spontanément, élaborer une théorie de sa pratique »¹⁰³⁶. La spécificité du domaine de la santé invite de manière naturelle à repenser l'objet de la propriété intellectuelle. Nous présenterons donc une synthèse des conclusions établies à la lumière des précédents (*paragraphe 1*) avant de les mettre en application de manière générale sur les catégories de biens et de choses communes de la propriété intellectuelle (*paragraphe 2*).

¹⁰³⁵ Par ce point, nous rejoignons le principe posé de l'interprétation stricte de la règle de droit en matière de propriété intellectuelle (comme régime d'exception).

¹⁰³⁶ R. LIBCHABER, *Le juriste et ses objets, Trois exemples de construction en droit privé, Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 251.

Paragraphe 1

La synthèse des solutions développées pour l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé

207.- Synthèse. À travers l'étude relative à la valeur économique, nous avons pris conscience à quel point il était important de maintenir la propriété intellectuelle dans un régime d'exception et d'éviter à « tout prix » sa soustraction au droit commun des biens (A). Mais cette circonscription de l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ne peut être légitime qu'en donnant aux règles d'appropriation une finalité (B).

A) Le caractère exceptionnel de la norme d'appropriation

208.- Règles d'interprétation de la propriété intellectuelle : la reformation de l'archipel¹⁰³⁷. Il apparaît aujourd'hui indispensable de revenir à la règle selon laquelle, une indispensable disposition légale doit organiser l'appropriation de toute chose incorporelle¹⁰³⁸. L'intégration de ces choses au droit commun des biens a eu pour conséquence de leur appliquer les modalités d'appropriation de droit commun. Ainsi, par l'expansion de l'appropriation et la propriété sur tout objet, sous l'impulsion de la valeur économique, les règles d'interprétation ont eu tendance à s'inverser. On le remarque notamment en droit des brevets, si on se réfère à l'interprétation de l'Office Européen des Brevets (OEB). Il ne

¹⁰³⁷ V. *supra* n°120 nos remarques sur cet archipel déformé par la valeur économique et la référence à l'expression de MM. les professeurs FOYER et VIVANT (*in*, J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 9). Rappel : « Le recours au droit des brevets, qui doit ainsi être tenu pour *figure d'exception*, permet (...) à celui qui entend s'en prévaloir de disposer d'un droit privatif opposable *erga omnes* dont la traduction concrète réside en une action en contrefaçon qui permet au breveté de rester maître de sa technique en pourchassant tout tiers qui prétendrait l'exploiter. Avec la propriété littéraire et artistique dont le droit d'auteur est l'archétype et les autres droits de propriété industrielle (le tout formant, dans la terminologie française, la propriété intellectuelle, avec les autres droits de propriété industrielle tels que marques ou dessins et modèles, le brevet suggère de la sorte quelques images : celle d'un archipel où chaque droit privatif chacun constitué sur une création de l'esprit particulière émerge comme une île d'un océan soumis au régime de la liberté, ou celle, peut-être plus heureuse, car préservant mieux un certain flou qu'on peut constater dans la réalité, d'une nébuleuse dans laquelle ces mêmes droits privatifs apparaissent comme autant de noyaux plus ou moins durs, interagissant parfois, perdus dans un nuage de poussière, évoluant librement ».

¹⁰³⁸ M. MOUSSERON, *Valeurs, Biens, Droits, in Mélanges à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277, et spéc. n°9, p. 281 : « Pour parler plus clair encore, le système de l'appropriation, en voie de généralisation pour les biens matériels, n'a pas vocation nécessaire à commander la réservation et la commercialisation de tous les biens ». Et fournissant une explication à ce principe qu'ils ne partagent pas v. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 20 : « (...) une loi serait donc indispensable à l'appropriation de nouvelles espèces de choses incorporelles, toutes issues, par définition, d'une activité créatrice humaine ; et le législateur devrait intervenir avec prudence et parcimonie, car la multiplication des monopoles heurterait le principe de la liberté du commerce et de l'industrie».

manque pas de rappeler que ce sont les exclusions à la brevetabilité qui sont d'interprétation stricte¹⁰³⁹. Une telle interprétation prive toute tentative de réduire le champ de la brevetabilité, et inversement d'accroître le domaine de l'inappropriable¹⁰⁴⁰.

Or, cela ne correspond pas à cette spécificité des droits de propriété intellectuelle : d'être des régimes d'exception. Ce qui explique d'ailleurs leur nature temporaire¹⁰⁴¹. En cette qualité, tout objet dont la protection sera accordée selon les dispositions de la propriété intellectuelle, devra être interprété de manière stricte, en vertu de l'adage *exception est strictissimae interpretationis*, l'exception est d'interprétation stricte¹⁰⁴². En d'autres termes, c'est lors de la constitution des droits sur des choses incorporelles que cette règle d'interprétation devra être appliquée et non lorsqu'il s'agira de préserver le « fonds commun » de la création – comme notamment par les exclusions de brevetabilité. Autrement dit, encore, l'appropriation est l'exception au principe d'une libre circulation des choses immatérielles. Le fondement, généralement avancé, consiste en la préservation de la liberté du commerce et de l'industrie¹⁰⁴³. Nécessairement. Sauf que le commerce pour exister implique la constitution de

¹⁰³⁹ Div. Opp. OEB, *Journal officiel OEB*, 1995, p. 388 : « Les chambres de recours ont jugé à plusieurs reprises que de telles exceptions devaient être interprétée *stricto sensu* ». Pour une illustration, v. OEB ch. rec. tech., déc. 320/87, *Journal officiel OEB* 1990, p. 76.

¹⁰⁴⁰ C'est une vision que certains économistes appuient. En ce sens, H. LEPAGE, *Analyse économique et théorie du droit de propriété, Droits*, 1985, p. 91 et spéc. p. 104 : « En limitant les zones d'exercice du droit de propriété privée et des attributs contractuels qui y sont liés, l'évolution législative et juridique contemporaine a non seulement pour effet de réduire notre capacité de dynamisme économique ; elle a aussi et surtout pour conséquence de nous priver de toute une somme d'expériences et de savoirs dont nous disposerions si nous continuions à respecter plus strictement ce qui est la logique profonde du droit libéral ».

¹⁰⁴¹ En ce sens, v. pour le droit des brevets : C.-A. RENOARD, *Traité des brevets d'invention*, 3^e éd., Guillaumin et Cie, Paris, 1865, pp. 16-17 : « La perpétuité de privilège sur les inventions rétrécirait le domaine de la pensée, grèverait de servitude indéfinies le champ de l'observation et de la science, tuerait l'émulation et les perfectionnements, chargerait les consommateurs d'un impôt indestructible, leur interdirait à jamais l'espérance de se procurer, à un prix de plus en plus bas, les objets fabriqués, et fermerait ainsi les voies à la condition la plus désirable pour l'amélioration progressive de l'humanité ».

¹⁰⁴² MM. les professeurs ATIAS et LINOTTE expliquent que les données doivent être hiérarchisées. Pour cela, les auteurs proposent : « Certaines sont à écarter, comme indifférentes. Les autres doivent être rangées parmi celles qui indiqueront le principe – données directives – et celles qui montreront les exceptions, les tempéraments ou qui signaleront les précautions à prendre – données correctives (ces notions s'intègrent bien dans la perspective systémique) » (in, C. ATIAS et D. LINOTTE, *Le mythe l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, chron. p. 251, et spéc. pp. 256-257). En conséquence, il constate que « parce qu'elle [l'exception] répond à une donnée importante retenue à titre correctif, elle ne doit pas être interprétée strictement. (...) « c'est dans toute la mesure de sa raison d'être qu'elle doit être appliquée » » (citant G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, Cours de D.E.S.*, 1970-1971, p. 212 et s. et p. 203). Mais il ne semble pas qu'appliquer la règle d'interprétation stricte à l'exception en affecte la teneur, seul son domaine est limité.

¹⁰⁴³ Rappel : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 2, p. 20 : « Encore que cette doctrine soit très répandue, il est loisible de ne pas y souscrire. (...) A l'époque moderne, le refus de

ces monopoles. Cette justification est finalement un cercle vicieux, qui cache une appropriation sans fin pour nourrir le commerce et ne s'avère en rien limitative dans les velléités monopolistiques¹⁰⁴⁴.

La seule justification valable à cette règle d'interprétation stricte des dispositions relatives à l'appropriation des objets du domaine de la santé repose sur leur valeur sociale. Et c'est en considération de cette valeur sociale attachée aux choses immatérielles, c'est-à-dire leur faculté à réaliser le progrès médical, qu'il faudra justifier ou invalider les appropriations. En d'autres termes, seront admises comme bien intellectuel les choses incorporelles, dont l'appropriation réalise leur valeur sociale dans notre cas le progrès médical. Cette règle d'interprétation, conforme à la méthodologie retenue, reposant sur un « système ouvert » d'élaboration du droit, permet de délimiter efficacement le domaine de la propriété intellectuelle. Ainsi, la qualification du bien intellectuel reprendra ces éléments : à savoir qu'il impose une norme d'appropriabilité et que celle-ci devra être interprétée strictement au regard de la poursuite de la finalité assignée à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Il apparaît aujourd'hui impératif de retrouver le caractère fermé de la catégorie des biens intellectuels, où ils seront limités en nombre et identifiés par une disposition légale. Et c'est précisément sur le fondement de cette dernière proposition qu'il s'agit d'un droit des biens spécial que consacre la propriété intellectuelle¹⁰⁴⁵.

B) Le caractère finalisé de la norme d'appropriation.

209.- Un objet valorisé, un droit finalisé. Le monopole d'exploitation, bien que temporaire, que crée la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, doit être finalisé. Il doit être impérativement accordé aux seuls objets qui peuvent assurer à la société ce « bien-être » que nous avons décrit pour le progrès social et par voie de conséquence pour le progrès médical.

principe de la propriété incorporelle est un non-sens économique. La liberté du commerce et de l'industrie commande l'appropriation des choses issues de sa mise en œuvre. Le commerce, qui n'est qu'un échange de propriétés, ne peut être que faussé par la possibilité de jouir sans contrepartie des valeurs utiles et rares issues de l'activité d'autrui, sous prétexte qu'elles ne sont pas matérielles ».

¹⁰⁴⁴ On retrouve en filigrane les questions sur la valeur économique. Et comme l'on dit Mme et MM. les professeurs BOY, RACINE et SIIRIAINEN : « L'ordre concurrentiel, parce ce qui qu'il se décline en marchandisation et marchandisation pousse à la prolifération des droits subjectifs au détriment parfois des libertés qui le sous-tendent », in L. BOY, J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *L'ordre concurrentiel, Essai d'un concept, in L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2004, p. 23 et spéc. p. 29

¹⁰⁴⁵ ... et qu'il faut restaurer par la valeur sociale.

Ainsi, en considération d'un donné, que nous reconnaissons dans les qualités objectives des choses et qui nous indique l'impact sur le progrès médical, la construction juridique le réceptionnera par le processus de qualification. La valorisation des objets indique le sens de la norme.

Et, concrètement ? Partons du plus simple, lorsque la disposition légale qui « crée » un nouvel objet de droit de propriété intellectuelle est en adéquation avec la finalité de progrès médical. Alors, nous nous contenterons d'appliquer cette disposition favorable à l'amélioration de la santé. Lorsqu'en revanche, l'appropriation est illégitime, c'est-à-dire, contraire à la finalité de progrès médical, c'est très certainement parce qu'elle sort du domaine limité de l'appropriable. Ou, autrement dit, parce qu'elle sort une chose qui devait demeurer dans le domaine de l'inappropriable. La finalité de progrès médical ne sera alors pas réalisée. Il sera toujours possible de restaurer un accès pas le jeu des limitations sur l'exercice. Mais cela n'est pas une solution pérenne. D'où l'importance de bien mesurer la valeur sociale des objets avant leur appropriation.

Nous devons prendre un exemple, même s'il est ultérieurement repris et développé¹⁰⁴⁶, pour expliciter nos propos. L'appropriation du vivant, en particulier de l'information contenue dans les séquences génétiques, est aujourd'hui un secteur particulièrement sensible de la propriété intellectuelle appliquée au domaine de la santé. La définition de l'invention, objet de la propriété intellectuelle, posée à l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle doit tenir en considération la finalité cet objet. La valeur sociale d'une information contenue dans une séquence génétique dépend de la réalisation du progrès médical. Favorisera-t-on le progrès médical en permettant son appropriation, au titre de l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle, ou en la maintenant dans la sphère des choses inappropriables ? Autrement dit, au regard du contenu du progrès médical, est-ce une science fondamentale qui sert d'appui à de nouvelles avancées médicales ou bien est-ce une technique, qui devra être considérée comme l'avancée médicale, elle-même ? Encore autrement, est-ce que cette chose incorporelle répond à la définition stricte de l'objet de la propriété intellectuelle finalisé vers le progrès médical ? Dès lors, l'information de cette séquence génétique sera qualifiée de bien (création) ou demeurera dans sa catégorie originale des choses communes. Si nous venons à nous « tromper » dans le processus de qualification, c'est tout le progrès médical, en tant

¹⁰⁴⁶ Sur ces points précisément, v. *infra* n°271.

qu'accroissement des avancées médicales qui serait atteint. Nous apporterons la réponse ultérieurement dans l'étude relative à l'invention.

En définitive, derrière les dispositions relatives à l'appropriation des objets du domaine de la santé, il sera nécessaire de rechercher la préservation d'une valeur sociale et la poursuite du progrès médical.

Paragraphe 2

L'application des solutions proposées aux catégories de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé

210.- Plan. A la lumière de la précédente synthèse, nous pouvons avoir une vue plus précise de ce qu'il faut entendre par création (A) et de ce qu'il faut entendre par chose commune (B) dans le droit de la propriété intellectuelle du domaine de la santé.

A) La délimitation de la création, une catégorie fermée

211.- « Doubler l'artificialité »¹⁰⁴⁷ de la création. La création entretient des rapports complexes avec la nature¹⁰⁴⁸ qui lui sert bien souvent de support. L'artificialité de la création est effectivement doublée dans la mesure où pour émerger dans le monde sensible il est obligatoirement fait appel à une intervention humaine, et pour émerger dans la sphère juridique, les rapports d'exclusivité doivent avoir été organisés par le droit par le biais de constructions catégorielles^{1049/1050}. *En d'autres termes, la création est l'artéfact issu de la*

¹⁰⁴⁷ Nous reprenons ici la riche expression de Mme le professeur BELLIVIER qui, à propos du génome, est susceptible de s'appliquer à tout objet de la propriété intellectuelle (*in*, F. BELLIVIER, *Le génome entre nature des choses et artefact*, *Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 55, et spéc. p. 58).

¹⁰⁴⁸ À propos de la photographie, B. EDELMAN écrit : « Quand on reproduit la nature dans son « mystère », quand on la débusque dans son laboratoire secret, alors on sort de l'imitation et on entre dans la création. Tout se passait comme si la photographie nous précipitait dans la Genèse, comme si elle nous faisait participer à sa propre fabrication et l'homme contemplant émerveillé, les premiers matins du monde » (*in* B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel, fabulation juridique*, Hermann Éditeurs, 2007, p. 164).

¹⁰⁴⁹ En ce sens, M.-A. HERMITTE, *Le droit est un autre monde*, *Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 55, et spéc. p. 17 et spéc. pp. 18-19 : « Les objets ont donc une sorte de double juridique qui dépend de leur place dans l'univers du droit bien plus que de leur nature propre. (...) l'univers du droit crée des doubles fantomatiques, des choses du « vrai monde » ». Rapp. F. BELLIVIER, *Le génome entre nature des choses et artefact*, *Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 55, et spéc. p. 58 : « Si l'on songe alors que le droit est fondamentalement reconstruction du réel à travers ses concepts, ses catégories, voire ses fictions, on peut alors fort bien imaginer pour le génome des qualifications qui loin d'épouser sa naturalité, en redoubleraient l'artificialité ».

main de l'homme et de l'esprit du juriste. C'est au regard de cette double spécificité que seront envisagés la nature (1) et le régime (2) de la création dans le domaine de la santé.

1) La nature juridique de la création intellectuelle

212.- Le bien intellectuel : une création doublement valorisée. Nous avons eu l'occasion de définir dans l'introduction de cette étude, quelle réalité recouvrait la notion de bien intellectuel dans le droit de la propriété intellectuelle. Il s'agit d'une création. Mais sa nature ne peut s'arrêter à ce simple constat. En effet, le droit de la propriété intellectuelle organise l'appropriation des objets valorisés, tant économiquement – surprenant, et pourtant, la « valeur-travail » est incontournable¹⁰⁵¹ – que socialement. La valeur économique devra être strictement contenue afin de préserver le caractère fermé de la catégorie (a), et il ne faudra pas omettre la valorisation sociale de la norme d'appropriabilité qui en justifiera l'existence au regard de la finalité sociale du droit de propriété intellectuelle (b). *Ce n'est qu'en respectant cette double valorisation (économique et sociale) que nous pourrons avoir une idée précise des contours de l'objet de la propriété intellectuelle.*

a) Une valorisation économique incontournable

213.- Le recours à la « valeur-travail ». La « valeur-travail », qui se révèle comme un élément nécessaire à la qualification de la création intellectuelle¹⁰⁵². Elle va permettre de faire émerger la création de l'« écofact »¹⁰⁵³. Autrement dit, l'acte de création implique une

¹⁰⁵⁰ Sur l'artificialité de la construction juridique, v. F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, éd. L. Tenin, Paris, 1921, n°182, pp. 18-19 : « D'après cela, la technique juridique me paraît représenter le côté *artificiel* de l'édifice du droit, ce qui en est proprement *construit*, par opposition à ce qui en est *donné* » et p. 23 : « Finalement, - et toutes les contradictions pesées, - je crois pouvoir préciser la notion de technique juridique, en disant qu'elle représente dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière, et que cette forme reste essentiellement une construction, largement artificielle, du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dirigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation ». *Adde*, J. ELLUL, *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, A.D.P. n°8, *Le dépassement du droit*, Sirey, 1963, p. 21.

¹⁰⁵¹ V. nos remarques sur la réception de cette valeur travail par le droit des biens, v. *supra* n°213.

¹⁰⁵² Ce point ayant déjà fait l'objet d'un développement (v. *supra* n°132), nous nous y attacherons que très rapidement, car il était toutefois important de le rappeler ici.

¹⁰⁵³ Il s'agit d'un terme emprunté à l'archéologie, pour désigner ce qui n'a pas été fabriqué par l'homme. En ce sens, C.-A. RENOARD, *Traité des brevets d'invention*, 3^e éd., Guillaumin et Cie, Paris, 1865, p. 15 : « L'homme ne crée rien, pas plus les idées que les choses : il élabore, il combine les éléments qui lui sont offerts, les matériaux placés sous sa main ».

« intervention humaine »¹⁰⁵⁴. Une *intervention*, car il s'agit bien de *venir entre* ce qui existait déjà et la nouvelle valeur que l'on crée¹⁰⁵⁵. C'est ainsi que seront identifiés les objets prétendant à la protection de la propriété intellectuelle. Par exemple, une telle définition contribuera à distinguer ce qui relève de l'invention et de la découverte, pour le droit des brevets, et de l'idée de la forme pour le droit d'auteur. Distinction particulièrement essentielle puisque la « valeur-travail » est le point de départ de l'instauration des monopoles.

Mais elle n'en est pas pour autant un élément suffisant¹⁰⁵⁶. En effet, toute « valeur-travail » ne pourra pas donner lieu à une création susceptible d'être protégée par le droit de la propriété intellectuelle. Pour cela, il faut une norme d'appropriabilité dont la finalité tendra vers la réalisation du progrès médical. Nous reviendrons plus en détail sur cette qualification, mais par exemple, si la valeur travail suffisait, le simple isolement d'une séquence génétique aboutirait à son appropriation¹⁰⁵⁷. L'artificialité de cet objet serait simple, alors qu'elle doit être doublée de la construction juridique. Or, l'objet du droit des brevets est l'invention, tel en dispose l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. La qualification de la séquence génétique en invention n'est pas acquise et cela se justifie par la valeur sociale de cet objet singulier. Ce recours à la valeur économique nous éclaire également sur l'objet du droit de la propriété intellectuelle. La conclusion sur ce double mouvement qui existe autour de la création est parfaitement énoncée par M. ARDOY : « juridiquement le “*fait-crétation*” »

¹⁰⁵⁴ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°44, p. 48 et s. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°44, p. 56 et s. Le terme de « réalisation » est également employé pour décrire ce travail créatif. En ce sens, Ph. GAUDRAT, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134 : L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2)*, 2009, n°9 : « La réalisation est un cap critique dans l'acte créatif », cap auquel il ajoute celui de la conception.

¹⁰⁵⁵ RENOARD a une jolie formule pour exprimer cette dette à la collectivité que fait naître l'acte de création : « Chaque homme n'est pas seulement l'ouvrage de ses facultés individuelles ; il est aussi l'œuvre de son siècle, des siècles antérieurs, de l'éducation qu'il a reçue, de ce qu'il a vu et senti dans le monde » in, C.-A. RENOARD, *Traité des brevets d'invention*, 3^e éd., Guillaumin et Cie, Paris, 1865, p. 15.

¹⁰⁵⁶ Si comme nous l'avons prouvé, la valeur-travail est indispensable dans la création de nouvelles valeurs immatérielles, cela ne signifie pas nécessairement que tout produit dégagé du travail ait une valeur d'échange (J.-M. HARRIBEY, *La richesse au-delà de la valeur, Alterdémocratie, Alteréconomie*, n°26, 2005/2, p. 349). Certains pourront demeurer au stade de richesse, non économique, car leurs qualités induisent le progrès social auquel elles contribuent ce qui les sort ainsi du domaine de l'appropriation. Rapp. J. PARAIN-VIAL, *La catégorie de l'avoir chez Gabriel Marcel et la notion de bien, Archives de philosophie du droit*, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 184 : « les difficultés augmentent si l'on s'aperçoit que le Code est incapable de distinguer l'usage d'un bien qui engendre la richesse de la possession du bien qui engendre la fortune ».

¹⁰⁵⁷ Sur la question de la brevetabilité des séquences génétiques, v. *infra* n°271.

est le fait générateur des droits, tandis que l'« *objet-crédation* » est l'assiette de ces droits ». ¹⁰⁵⁸.

b) Une valorisation sociale indispensable.

214.- Une conception objective de l'objet du droit. La valeur sociale oblige à appréhender l'objet de l'appropriation par ses qualités intrinsèques et à le déconnecter des désirs individuels. En d'autres termes, l'appropriation dépend de l'objet en lui-même et non des besoins qui se posent sur lui. C'est donc objectivement que se construit l'objet et non sous la pression de la collectivité. Le droit, en général, et le droit de la propriété intellectuelle, en particulier, sont sensibles aux groupes de pression lors de leur élaboration ¹⁰⁵⁹. Ainsi, la valeur sociale étant une qualité objectivement perçue de l'objet, elle doit être recherchée en dehors de la perception du sujet. Or, l'objet valorisé est celui qui va, par ses qualités objectives, permettre d'atteindre une certaine fin, en l'occurrence le progrès médical ¹⁰⁶⁰.

215.- Conséquence : la séparation de l'objet et des conditions de l'appropriation. L'objet de la propriété intellectuelle ne doit pas être confondu avec les conditions d'appropriation, qui sont le reflet des attentes de l'homme sur l'objet. Plus précisément, si l'on reprend les conditions de la brevetabilité : la nouveauté, l'activité inventive ou l'application industrielle, elles sont toutes l'expression des besoins de l'homme, les outils vers la commercialisation de l'invention et vers la satisfaction de ses désirs. Une telle conception nous conduirait à nouveau à une approche subjective et plus précisément, à introduire la valeur économique (l'utilité de la chose) dans le processus de qualification du bien, alors que nous l'avons préalablement dénoncée ¹⁰⁶¹. Au final, comment doit être appréhendé l'objet du droit de la

¹⁰⁵⁸ P.-Y. ARDOY, *La notion de création intellectuelle*, th. dactyl. Pau, 2006, n°6, p. 7.

¹⁰⁵⁹ En ce sens, J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes, Illustration à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque des Thèses*, n°88, 2009.

¹⁰⁶⁰ Nous rappelons que si la valeur permet de déterminer la finalité, la finalité réalise la valeur contenue dans la chose.

¹⁰⁶¹ À notre grand regret, nous ne partageons pas l'opinion formulée par le Doyen CARBONNIER : CARBONNIER : « Car la finalité est essentielle dans tous les cas. Que les choses soient corporelles ou incorporelles d'origine, ce n'est pas une analyse de leur nature intrinsèque qui détermine la loi à les transformer en biens : c'est leur adaptation aux besoins de l'homme. Les biens doivent être considérés comme moins *naturaliter* que *commercialiter*, écrivait Dumoulin au XVI^e siècle, c'est-à-dire : sous le point de vue des affaires, des relations économiques » J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n°707, p. 1596.

propriété intellectuelle ? L'indépendance des conditions affirmée, il s'agira de travailler sur l'objet lui-même – l'invention, l'œuvre, le signe. Cette affirmation est essentielle pour circonscrire l'objet de la propriété intellectuelle, tel que l'impose son régime d'exception.

216.- Concrétisation sur la valorisation dans le domaine de la santé : l'exemple de l'invention. Quelle sera alors la méthode adoptée lors de l'analyse de l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ? Il faudra, en fonction de chaque objet, vérifier si la norme qui institue son « appropriabilité » ou son « inappropriabilité » correspond aux qualités objectives inhérentes à l'objet, à sa valeur sociale, et donc si elle permet d'atteindre la finalité assignée, à savoir le progrès médical. Si tel est le cas, elle sera validée, sinon discutée. Il nous semble important de lier, même superficiellement, ces propos parfois abstraits, à la réalité des droits. Prenons brièvement l'exemple de l'invention, qui sera approfondie ultérieurement.

Si l'on prend l'exemple de l'invention, elle peut recouvrir plusieurs réalités. À l'évidence, le secteur de pharmaceutique foisonne de différents supports d'inventions : de la classique formulation chimique d'un médicament à la complexe information génétique. Objectivement, ces objets concourent à l'accroissement des avancées thérapeutiques et scientifiques de la société. Ils sont socialement valorisés. Mais pour atteindre ce but, doivent-ils faire l'objet d'une appropriation ou demeurer à l'usage commun de tous, hors de la propriété d'un seul ? *La conclusion conduit à finaliser la norme d'appropriation à la réalisation de la valeur sociale des choses.* Cette démarche pourrait sembler inutile à certains, tant l'appropriation est devenue un acte banal et automatique, pour lequel on ne nécessite plus de justification, mais la seule constatation d'une « utilité ou rareté ». Or, c'est une des causes à la remise en question de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Il faut alors rappeler les sages propos d'OPPETIT : « la règle est légitime si le but *vaut* la peine d'être atteint et par là même, s'établit un lien nécessaire entre but et valeur »¹⁰⁶².

En conclusion, la création dans le domaine de la santé, émerge par la « valeur-travail » et entre dans la sphère juridique par la règle d'appropriabilité qui sera justifiée au regard du progrès médical poursuivi.

Il convient dès lors de s'attacher à son régime.

¹⁰⁶² B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 205 (Chap.4 : *Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international*). Rapp. J. ELLUL, *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, A.D.P. n°8, *Le dépassement du droit*, Sirey, 1963, p. 21 et spéc. p. 23 : « L'intervention juridique suppose (...) une volonté d'imposer une certaine orientation au corps social pour réaliser (...) certaines valeurs ».

2) Le régime juridique de la création intellectuelle

217.- Présentation. On serait en droit de se demander s'il ne serait pas nécessaire de changer de forme de propriété pour que l'appropriation de la création intellectuelle converge vers le progrès médical. Une appropriation des objets du domaine de la santé par la puissance publique ou de manière collective ne serait-elle pas plus à même d'assurer le processus d'accroissement des avancées thérapeutiques qu'implique le progrès médical ? (a). Mais il semblerait que les mécanismes de la propriété intellectuelle soient particulièrement aptes à répondre à de telles attentes (b).

a) Vers une autre forme de propriété ?

218.- Les qualifications. Ériger les objets de santé en « bien commun » en « bien collectif » ou en « bien d'humanité » aurait finalement quelque chose de rassurant, puisque soit ils seraient soustraits au pouvoir exclusif d'un seul propriétaire^{1063/1064}, garantissant ainsi un libre accès, soit ils bénéficieraient d'un régime de régulation.

219.- L'hypothèse d'une « propriété régulée ». Les biens d'humanité composent la catégorie proposée par Mme le professeur FRISON-ROCHE et développée en matière de biens du domaine de la santé¹⁰⁶⁵. Pour les détecter, l'auteur propose le critère de la vie : » le droit donne ainsi une définition politique et juridique de la vie, à laquelle les biens d'humanité à la fois répondent et fournissent garantie¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶³ Et puis, cela s'inscrirait dans une certaine évolution, qu'a décrite M. XIFARAS, *Le copyleft et la théorie de la propriété*, *Multitudes*, p. 50. L'auteur explique que l'appropriation privative des objets immatériels a connu trois époques. La phase 1, a consisté à accorder des droits aux créateurs, sans que ce soit nécessairement des droits de propriété. Ceux-ci ne sont apparus que dans la phase 2, par la montée en puissance des droits. La phase 3 consiste en l'émergence des droits de propriété intellectuelle. Les pronostics de cet auteur sur une éventuelle phase 4 seraient en l'émergence de « bien communs », du « domaine public » ou du « libre » de la gratuité », qui sont poussés par une expansion du capitalisme informationnel.

¹⁰⁶⁴ Il faut pour cela admettre que la nature du bien (privé, collectif, public) dépend de la qualité du titulaire qui exerce ses droits dessus. En ce sens, pour les biens publics, v. C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la notion de biens publics*, Thèse Droit, 2004, p. 3.

¹⁰⁶⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine*, in *Propriété intellectuelle et mondialisation*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2004, p.165. Sur l'application au domaine de la santé, v. du même auteur, *L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur le médicament et le vivant*, in M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO, *Droit et Économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 289.

¹⁰⁶⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine*, in *Propriété intellectuelle et mondialisation*, préc. n°19, p. 171.

Nous n'entrerons pas dans les méandres du droit de la régulation. Il convient simplement de rappeler ce qu'il représente pour cette auteure afin de comprendre la portée de cette nouvelle catégorie¹⁰⁶⁷. Le droit de la régulation n'existe que dans un marché concurrentiel, mais avec quelque chose en plus qui, au regard de la réalité des objets qu'il brasse, l'humanise. Cette catégorie des biens d'humanité s'avère, au final, redondante avec la finalité sociale assignée au droit de propriété intellectuelle. De plus, elle encadre insuffisamment l'objet au moment de l'appropriation. Or, il semble qu'une seule limitation/régulation de l'exercice de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé est insuffisante. En effet, elle n'empêche pas la valeur économique de se greffer sur certains produits et de les inscrire dans un processus de marché, alors qu'ils devraient en être épargnés. Enfin, une telle qualification obligerait à créer une nouvelle catégorie de biens, pour un droit des biens qui est déjà particulièrement sollicité¹⁰⁶⁸. Cela pousse M. le professeur SIIRIAINEN à employer la juste métaphore de la « pulvérisation du droit des biens »¹⁰⁶⁹. En définitive, un bien reste un bien, il ne permettra pas protéger les *choses* (inappropriables) du domaine de la santé.

220.- L'hypothèse d'une propriété publique. La notion de bien public mondial est de plus en plus sollicitée pour les objets du domaine de la santé¹⁰⁷⁰. Un bien public mondial a pu être défini comme « des choses auxquelles les gens et les peuples ont droit, produites et réparties dans les conditions d'équité et de liberté qui sont la définition même du service public, quels

¹⁰⁶⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, D. 2004, p. 126, et du même auteur, *La régulation : nouveaux modes ? Nouveaux territoires ?*, RF adm. Publ. 2004, n°109, p. 53.

¹⁰⁶⁸ En ce sens, Y. STRICKLER, *Droit des biens : évitons la dispersion*, D. 2007, p. 1149.

¹⁰⁶⁹ F. SIIRIAINEN, *L'appropriation*, in *Droit et marchandisation* (sous la dir.) de E. LOQUIN et A. MARTIN, Litec, 2010, p. 137 et spéc. p. 146.

¹⁰⁷⁰ Une association a été créée « B.P.E.M. » pour inscrire les biens publics nationaux à l'échelle mondiale : www.bpem.org. Le propos est aujourd'hui unanime à en croire la récurrence du sujet : le Ministère des Affaires étrangères propose un dossier complet sur la définition des biens publics mondiaux à travers les publications de la D.G.C.I.D. sur le site www.diplomatie.gouv.fr Adde. I. KAUL, I. GRUNBERG, M.-A. STERN, *Les biens publics à l'échelle mondiale. La coopération internationale au XXIe siècle* (publié pour le P.N.U.D.), New York Oxford University Press, 1999. – I. KAUL, P. CONCEICAO, K. Le GOULVEN, R.-U. MENDOZA, *Pourquoi les biens publics mondiaux sont importants aujourd'hui*, Oxford University Press, 2003. -

V. aussi le colloque *La santé comme bien public, du local au mondial* le 8 novembre 2003 organisé par H. LATRON, F.-X. VERSCHAVE, P. LAPORTE, dont une partie est consacrée à « Pour une mondialisation du bien public santé ! » traitée par G. KRİKORIAN, M. EL MOUBARAKI, E. PINHEIRO, disponible sur : http://survie.org/IMG/pdf/Mondialisation_BP_sante.pdf. V. aussi, I. MOINE-DUPUIS, *Santé et biens communs : un regard de juriste, Développement durable et territoire*, Dossier 10, *Biens communs et propriété*, disponible sur <http://developpementdurable.revues.org/documents5303.html>

L'auteure explique que « les concepts du droit international « prospectif » placent la santé sur le même plan que la paix ou le développement : c'est-à-dire qu'il ne saurait exister d'ordre juridique, international satisfaisant sans que les besoins en santé de la population mondiale soient assurés ». La santé est d'ailleurs l'un des quatre biens publics mondiaux recensés par le PNUD.

que soient les statuts des entreprises qui assurent cette mission. Les droits universels humains et écologiques en sont la règle, les institutions internationales légitiment le garant, la démocratie l'exigence permanente et le mouvement social la source »¹⁰⁷¹. Cette conception humaniste de la santé sur le plan mondial est avancée comme un *leitmotiv* afin de faire sortir les laboratoires pharmaceutiques de l'apartheid sanitaire qu'ils créent entre les pays du nord et les pays en voie de développement¹⁰⁷². En économie, les biens publics sont caractérisés par la non-rivalité et la non-excluabilité et par la présence d'externalités¹⁰⁷³. Telle est la définition posée par l'économiste SAMUELSON en 1954¹⁰⁷⁴. Ces notions économiques sont souvent utilisées par les juristes, alors que le bien public en droit recouvre une autre réalité. Selon Mme CHAMARD¹⁰⁷⁵, la notion de bien public dans la doctrine juridique permet de mettre en évidence le fait que, la plupart des auteurs rattachent cette notion à la nécessité pour l'État de recueillir les ressources nécessaires pour assumer ses charges. Ainsi, pour les juristes contemporains le critère déterminant est un critère organique c'est-à-dire, que les biens sont dits publics dans la mesure où ils appartiennent à une personne publique¹⁰⁷⁶. La nature particulière du propriétaire influe sur la nature du bien. Mais il existe aussi un critère objectif

¹⁰⁷¹ F. LILLE, *Biens publics mondiaux et services publics mondiaux*, *Revue Peuples en marche*, n°192, Janv-Fev 2004. – Haut conseil de la coopération internationale, *Biens publics mondiaux et coopération internationale, Nouvelle stratégie pour de nouveaux enjeux*, éd. Karthala, 2002, p. 9, *Discours introductif* de G. HASCOET : « Se poser la question des biens publics signifie d'abord s'interroger sur les institutions et les instances qui auraient la charge de définir les axes fondamentaux de la politique internationale et dès lors, essayer de décliner dans les différents champs une mise en cohérence au regard de ces grands enjeux ».

¹⁰⁷² Les 22 millions de séropositifs africains représentent 65% des personnes atteintes par le virus du SIDA dans le monde. L'Afrique du Sud, particulièrement touchée, a fait de la lutte contre le fléau sa priorité. Mais plutôt que de l'assister dans cette entreprise, les laboratoires pharmaceutiques, en insistant sur la défense de leurs brevets, mettent les traitements hors de portée des malades et des pays les plus pauvres, in *Le Monde diplomatique*, Janvier 2000, p. 8 et 9. Sur cette question, v. *infra* n°354 et s.

¹⁰⁷³ « Non rival » signifie que la consommation du bien par un agent économique ne prive pas la consommation des autres agents autour ; « non exclusif » exprime l'idée qu'il est impossible de priver l'accès d'un agent économique, ou même le limiter, par exemple en faisant payer un prix. Ces notions économiques sont tout de même difficiles à rapprocher de nos catégories juridiques. Mais si l'on devait le faire, elles seraient plus proches de la notion de chose commune que de celle de bien public. Les économistes considèrent cette notion de bien public comme synonyme de celle de bien collectif, en ce sens, v. notamment, A. WOLFELSPERGER, *Les biens collectifs*, PUF, 1969. spéc. pp. 5-6.

¹⁰⁷⁴ En ce sens, v. notamment P. COMBEMALE et J.-P. PIRIOU, *Nouveau manuel de sciences économiques et sociales*, éd. La découverte, 1996, p 502 et s.

¹⁰⁷⁵ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la notion de biens publics*, Dalloz, 2004, n°127. – J. CLAM, *Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes*, A.D.P. 1997, T. 41, *Le privé et le public*, p. 215.

¹⁰⁷⁶ Critère qu'il conviendra d'étudier ultérieurement.

qui prend en considération la satisfaction de l'intérêt général. M. le professeur AUBY¹⁰⁷⁷ a démontré que, l'utilité de l'intérêt général qui s'attache aux dépendances du domaine public, est évidente.

Mais instaurer une expropriation systématique¹⁰⁷⁸ des objets du domaine de la santé pour les transférer à la puissance publique ne signifierait pas pour autant que la puissance publique garantisse un meilleur accès aux objets du domaine de la santé. En atteste, les données publiques détenues ou collectées par l'administration et qui sont diffusées de manière monopolistique¹⁰⁷⁹. La démocratisation de l'accès à de tels gisements d'information est préconisée par la doctrine¹⁰⁸⁰ mais donne lieu toujours à d'importantes décisions pour sa mise en œuvre¹⁰⁸¹. En revanche, tout loisir est laissé d'organiser une intervention ponctuelle¹⁰⁸².

221.- L'hypothèse d'une propriété collective. Ressort également l'idée aujourd'hui d'ériger les objets du domaine de la santé en biens collectifs. Les auteurs du début du siècle dernier ont accordé peu d'importance à la propriété collective. Plutôt que d'en proposer une véritable définition, PLANIOL préfère en donner les illustrations avant de dénoncer « les dangers du phénomène »¹⁰⁸³. On retrouve la même réticence chez COLIN et CAPITANT¹⁰⁸⁴. D'autres,

¹⁰⁷⁷ J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, Thèse Droit, Bordeaux I, 1979.

¹⁰⁷⁸ Il s'agit d'un acte très grave prévu à l'article L. 613-20 du Code de la propriété intellectuelle, pour le droit des brevets, l'article L. 623-22 du Code de la propriété intellectuelle seulement en cas de besoins pour la Défense nationale.

¹⁰⁷⁹ En ce sens, v. notamment, Y. GAUDEMET, *L'avenir des propriétés publiques*, in *Mélanges en l'honneur de François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, Paris, 1999, p. 567 : « Ce qui est (relativement) nouveau, en revanche, c'est la conscience de la valeur économique de ce patrimoine et la volonté d'en rationaliser et d'en rentabiliser la gestion, du même coup affirmée comme une exploitation ».

¹⁰⁸⁰ V. notamment J.-M. BRUGUIERE, *Les données publiques et le droit*, Litec, coll. *Droit@Litec*, 2002 et du même auteur, *La diffusion de l'information publique : le service public face au marché de l'information*, th. dactyl. Montpellier I, 1995.

¹⁰⁸¹ Com. 12 décembre 1995, *Météo France c/ SJT*, *AJDA* 1996, p. 131, note BAZEX ; *D.I.T.* 1995/4, p. 18, note BRUGUIERE.

¹⁰⁸² Comme le préconise le Rapport du Groupe International d'experts en biotechnologie, innovation et propriété intellectuelle, *Vers une nouvelle ère de propriété intellectuelle : de la confrontation à la négociation*, MacGill, CIPP, Septembre 2008, expliquant que parmi d'autres actions, les gouvernements devraient prendre des initiatives, notamment au regard du droit à l'environnement et des soutiens à la recherche.

¹⁰⁸³ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, L.G.D.J. 1906, n° 3022 et s. La propriété collective apparaît encore aujourd'hui comme une propriété diminuée, en ce sens, C. DUVERT, *La propriété collective*, *L.P.A.* 6 mai 2002, n° 90, p. 4. Ou, par exemple, le premier article du Code civil relatif à l'indivision, l'article 815-1, exprime la manière d'en sortir.

¹⁰⁸⁴ COLIN et CAPITANT, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd. Paris, 1921, p. 771 et s.

comme RIPERT, y voient une menace de socialisation à outrance des droits et répugnaient en particulier à la fonctionnarisation du droit de propriété¹⁰⁸⁵. JOSSERAND a précisé les contours de la propriété collective, notamment au regard des figures voisines de l'indivision et la personne morale¹⁰⁸⁶. Pour lui, seule la propriété en main commune (*Gesammte Hand*) est une véritable propriété collective¹⁰⁸⁷. Cette dernière n'étant pas reconnue en droit français¹⁰⁸⁸, nous nous attacherons, à titre d'exemple, à l'indivision¹⁰⁸⁹. Elle est généralement définie comme un « un rapport de propriété exercé par plusieurs personnes sur une même chose »¹⁰⁹⁰. En droit de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, elle pourra revêtir une

¹⁰⁸⁵ G. RIPERT, *Les forces créatrices de droit*, L.G.D.J., 1955, n°91-96.

¹⁰⁸⁶ JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective*, in Société d'études législatives, le code civil, A Rousseau éditeur, Paris, 1904, p. 357.

¹⁰⁸⁷ Pour l'auteur, la conception qui consiste à reconnaître l'indivision et la personnalité morale comme propriété collective est « simpliste ». Car l'indivision « n'est en réalité qu'une propriété individuelle et chaotique, chaque part indivise jouant vis-à-vis des autres d'une complète autonomie pour faire corps, dans le patrimoine du copropriétaire, avec les droits dont on a la maîtrise absolue ; et d'autre part, si les biens appartenant à un établissement personnifié ont une affectation collective, il n'en reste pas moins vrai qu'ils relèvent d'une personne unique, l'être moral qui synthétise les volontés individuelles et qui a conquis vis-à-vis d'elles, le droit à une existence distincte. Et ainsi, ces deux formes classiques de la propriété ne sauraient jouer que très approximativement le rôle auquel elles prétendent, l'une étant unitaire par ses tendances comme par le régime d'isolement, de fractionnement auquel elle est soumise, l'autre étant individuelle dans sa configuration juridique, dans son sujet actif qui est un », in JOSSERAND, *Essai sur la propriété collective*, in Société d'études législatives, le code civil, A Rousseau éditeur, Paris, 1904, p. 357 et spéc. p. 358.

¹⁰⁸⁸ Sur ce point, v. notamment, P. CATALA, *L'indivision*, Défrenois, 1979, n°31874, n°2, p. 7. Pour un rapprochement de cette conception avec la notion d'œuvre de collaboration en droit d'auteur, v. notamment, C. SIMLER, *Droit d'auteur et droit commun des biens*, Litec, coll. *CEIPI*, n°55, 2010, n°544, pp. 392-393 : « Le rédacteur de la loi de 1957 en rédigeant son article 10 (C.P.I. art. L. 113-3) n'a certainement pas eu conscience d'insuffler dans la propriété de l'œuvre de collaboration l'esprit de la propriété en main commune. C'est néanmoins de cette conception de la propriété collective, plutôt que celle illustrée par l'indivision ordinaire, que la propriété commune des collaborateurs se rapproche ». *Contra*, A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, *Collection des thèses*, vol. 23, 2005, n°145.

¹⁰⁸⁹ Et pour une reconnaissance de principe des propriétés collectives, v. R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens*, in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, et spéc. p. 315 et s. Rapp. C. DUVERT, *La propriété collective*, *L.P.A.* 6 mai 2002, n° 90, p. 4, l'auteur intègre dans la notion de propriété collective la communauté légale, l'indivision, la tontine.

¹⁰⁹⁰ A. ROBIN, *La copropriété intellectuelle, contribution à l'étude l'indivision et de la propriété intellectuelle*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, *Collection des thèses*, vol. 23, 2005, n°21, p.22. Rapp. F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, 2^e éd., P.U.F. 1997, n°247, p. 281, ou pour une approche objective : « l'indivision désigne la chose indivise elle-même, de la même manière que la propriété peut s'entendre de la chose appropriée elle-même ». Mais aussi F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique du droit de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon III, 1981, n°87, p.129 et s. « le droit de l'indivisaire est donc un droit de propriété individuelle, qui a la particularité de l'exercer concurrentement à d'autres droits de propriété sur une même chose ». Cette position est partagée par F.-X. TESTU, *Répertoire civil Dalloz*, 1997, V° Indivision, n°54 : « état par lequel un objet de droit appartient à plusieurs personnes dont chacune est, pour une certaine fraction, propriétaire de l'objet en entier ».

forme spéciale de copropriété, pour les brevets notamment¹⁰⁹¹ ou de signes détenus collectivement¹⁰⁹². Mais cette modalité de la propriété ne pourrait pas être envisagée pour tous les objets immatériels du domaine de la santé. Cela serait non seulement inutile, car étant une forme de propriété, elle ne résoudrait pas les attentes de protection de la spécificité de l'objet, mais au-delà l'indivision peut être dangereuse s'agissant du droit au partage¹⁰⁹³, qui peut créer une fragilité supplémentaire dans ce domaine déjà sensible.

En conclusion, qu'il s'agisse de la propriété collective, publique ou du droit de la régulation, aucun de ces régimes ne peut être envisagé à titre principal pour pallier les insuffisances de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Elle possède ses propres ressorts de légitimation, à condition de les respecter.

b) L'efficacité des mécanismes privatifs de la propriété intellectuelle

222.- Encore « l'épure »... Nul n'est besoin de rechercher un autre régime que celui que l'on applique classiquement à la création intellectuelle. En effet, les dispositions de la propriété organisent un subtil équilibre entre un accès économique réservé et un accès intellectuel ouvert¹⁰⁹⁴. Cet équilibre doit être impérativement préservé, car il contribue à la réalisation du progrès médical. En d'autres termes, les avancées thérapeutiques ne seront garanties que si le

¹⁰⁹¹ Le Code de la propriété intellectuelle prévoit un régime spécial aux articles L. 613-29 à L. 613-32 : celui de la copropriété des brevets.

¹⁰⁹² V. notamment, M.-A. NGO, *Les signes de qualité : un système d'appropriation, collective conciliant l'intérêt général et intérêts privés*, in *Droit économique dans les secteurs agricole et agroalimentaire, et débats autour de thèmes d'actualité du droit économique* (sous la dir. de I. DOUSSAN, M.-A. NGO, F. SIIRIAINEN), *RIDE*, 2009, p. 193.

¹⁰⁹³ Figure de proue des indivisions à l'article 815 du code civil, le régime du droit au partage est organisé au Chapitre VII « *Du partage* ». Sa situation sous le Titre 1^{er} « *Des successions* » n'a pas vocation à le réduire aux partages successoraux. Il a un effet déclaratif et peut être amiable ou judiciaire. N'étant pas expressément rejeté par le Code de la propriété intellectuelle, il est par conséquent implicitement admis pour une création (autre que les inventions brevetées exclues par l'article L. 613-30 du Code de la propriété intellectuelle). Il a été consacré en principe fondamental par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., 9 novembre 1999, loi relative au pacte civil de solidarité, *J.O.* 16 novembre 1999, p. 16962).

¹⁰⁹⁴ Ces expressions sont empruntées à M. le professeur VIVANT. Elles sont un point phare de sa pensée, pour un développement, v. par exemple : M. VIVANT, *La notion juridique de brevet*, in *Le génome et son double*, G. HUBERT (sous la dir.), éd. Hermes, 1996, p. 147, et spéc. p. 148 : « En revanche, ce que reconnaîtra volontiers un juriste, c'est que dans la technique du brevet, il y a une recherche d'équilibre. Équilibre des profits : c'est le prolongement de l'idée que je viens d'énoncer. L'inventeur apporte quelque chose à la société, la société lui reconnaît quelque chose. Mais aussi équilibre entre savoir et pouvoir. Traduit plus techniquement, toujours en technique juridique, il y a fondamentalement dans le mécanisme du brevet un équilibre qui s'instaure entre *d'une part, un accès intellectuel qui est ouvert à la collectivité, et une accès économique qui est réservé au breveté* » [nous soulignons].

titulaire peut bénéficier d'un monopole d'exploitation et que la collectivité peut accéder intellectuellement à cette création.

223.- Un accès économique réservé. Travailler sur la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé aurait pu révéler une tendance au rejet de toute forme privative sur ces biens si précieux que sont les produits de santé, ou tout objet qui concourt à améliorer l'état de santé d'une personne. En effet, la propriété intellectuelle par le monopole exclusif d'exploitation qu'elle instaure apparaît aujourd'hui indispensable au secteur de la santé pour l'encouragement à l'innovation qu'elle permet. Elle procure une source de profit au créateur qui est indispensable¹⁰⁹⁵. « L'inventeur est utile à l'humanité »¹⁰⁹⁶. Dans ce prolongement, une reconnaissance du travail accompli. RENOUARD l'expliquait, pour le droit des brevets, en ces termes : « L'inventeur a, comme les autres hommes, le droit de vivre de son travail, dont les résultats sont si profitables à tous. Les produits de son invention devront être échangés par lui, librement, et à l'abri d'une contrefaçon inique et ruineuse, moyennant un prix proportionné à leur utilité et à la valeur des jouissances qu'ils procurent à quiconque en voudra faire usage. (...) Que les droits des inventeurs soit sacrifiés, et les inventions ne naîtront pas »¹⁰⁹⁷. De l'octroi de cette exclusivité résulte la circulation matérielle et intellectuelle de l'objet de la création¹⁰⁹⁸, à condition qu'elle ne se pervertisse pas dans une logique de rétention et d'accumulation¹⁰⁹⁹. On rejoindrait ainsi la proposition de LOCKE :

¹⁰⁹⁵ En ce sens, déjà, RENOUARD disait : « Si l'inventeur, pour tout profit de l'invention qu'il a conçue n'en recueillait que le droit de la mettre librement en œuvre ; si, une fois connue par le fait de sa production au-dehors, elle pouvait ensuite être exécutée par tout individu, sans aucun fruit pour l'inventeur ; si, sans s'en rapporter à la liberté de concurrence on ne lui laissait que les avantages pouvant résulter de la priorité ou de la supériorité de sa fabrication, on ne lui rendrait pas la justice qui lui ait dû. On ne ferait que l'admettre à la participation des garanties générales que la société doit à tous ses membres » (in, C.-A. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, 3^e éd., Guillaumin et Cie, Paris, 1865, p. 7).

¹⁰⁹⁶ *Ibid.* p. 15.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.* p. 11.

¹⁰⁹⁸ On citera à cet égard la thèse de Mme ABELLO, qui consiste à appliquer aux droits de propriété intellectuelle une logique de « propriété de marché ». Les droits de propriété intellectuelle fonctionnent comme des mécanismes de réservation d'un marché, dont les objets sont voués à la circulation, au partage, notamment par le biais du contrat de licence (in, A. ABELLO, *La propriété intellectuelle, une « propriété de marché »*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M.-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.) et A. ABELLO, LGDJ, 2005, p. 341, et du même auteur, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, LGDJ, 2008).

¹⁰⁹⁹ Que par exemple, organisent les *Patent Pool*. Un *patent pool* est un groupement de brevets qui permet à plusieurs sociétés, personnes ou organisations de mettre en commun des brevets considérés comme indispensables à la mise en œuvre d'une technologie. Le *patent pool* repose sur un principe simple de mise en commun d'inventions brevetées. Ainsi, chaque titulaire d'un brevet dont la technologie est nécessaire au

« Ainsi, il ne pouvait y avoir de sujet de dispute touchant les prétentions et les propriétés d'autrui, ni d'occasion d'envahir et d'usurper le droit et le bien des autres. Chacun voyait d'abord, à peu près, quelle portion de terre lui est nécessaire ; et il aurait été aussi inutile, que malhonnête, de s'approprier et d'amasser plus de choses qu'on en avait besoin »¹¹⁰⁰. Une « utopie réalisable ».

224.- Un accès intellectuel ouvert : le « contrat social »¹¹⁰¹. Ce serait l'objet du contrat social passé entre la société et le créateur, qui doit mettre sa création à disposition du public¹¹⁰². Faisant suite à l'idée d'une création puisant dans un « fonds commun », il faut « laissez les autres profiter de vous comme vous avez profité d'eux »¹¹⁰³. Et ajoutant, « Au contraire, la pensée, en se répandant, se fortifie, s'augmente, s'agrandit. Propager, améliorer, compléter sa diffusion est le bonheur, la dignité, la vie de l'humanité »¹¹⁰⁴. On retrouve une telle logique dans l'imposition de l'accès aux choses communes immatérielles, qu'il convient dès lors d'étudier.

fonctionnement d'un produit met son invention à disposition de tous les membres du groupement. Sur cette mise en commun par le biais du contrat, v. *infra* n°391 et s.

¹¹⁰⁰ J. LOCKE, *Deuxième Traité du gouvernement civil* (1690), 5^e éd., 1728, trad. française par D. Mazel, 1795, Les classiques des sciences sociales, éd. électronique, 2001, n°51, p. 41. L'auteur ajoute : « Je pense donc qu'il est facile à présent de concevoir comment le travail a pu donner, dans le commencement du monde, un droit de propriété sur les choses communes de la nature ; et comment l'usage que les nécessités de la vie obligeaient d'en faire régler et limiter ce droit-là : en sorte qu'alors il ne pouvait y avoir aucun sujet de dispute par rapport aux possessions. (...) Car un homme qui a droit sur tout ce en quoi il peut employer son travail n'a guère envie de travailler plus qu'il ne lui est nécessaire pour son entretien ».

¹¹⁰¹ En référence à l'idée promue par J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principe du droit politique*, éd. Marc-Michel Rey, 1762, disponible sur le site de gallica : <http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM-89542> (v. aussi la passionnante analyse de ce « contrat social » dans un article de DURKHEIM publié posthume, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, tome XXV, 1918, pp. 1 à 23 ; et 129 à 161). Dans le Livre I, Chapitre VI, Rousseau y explique que l'essence du pacte social est que chacun mette en commun sa personne sous l'autorité de la volonté générale afin que chacun en reçoive une contrepartie indivisible. Pour une analyse approfondie de la conception rousseauiste de la propriété, v. le bel article de M. XIFARAS, qui reprend ces points, M. XIFARAS, *La destination politique de la propriété chez Jean-Jacques Rousseau, Études philosophiques*, n°3/2003, p. 331.

¹¹⁰² En ce sens, C.-A. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, 3^e éd., Guillaumin et Cie, Paris, 1865, p. 12 : « je me suis élevé contre la doctrine qui, dans la littérature, les sciences, les arts, l'industrie présente les auteurs comme les victimes que la publicité exproprie. Ils sont des travailleurs qui ont des droits, et qui contractent avec la société, laquelle aussi a ses droits ; la publicité, loin de les exproprier, est ce qui donne un prix au service de leur travail ».

¹¹⁰³ C.-A. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, *op. cit.* p. 15. On retrouve une telle idée dans les écrits de BERNARD de CHARTRES (XII^e siècle), avec la métaphore des « nains juchés sur les épaules de géants ». On prête également un tel propos à Newton, selon qui : "Si j'ai vu plus loin, c'est en montant sur les épaules de géants".

¹¹⁰⁴ C.-A. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, *op. cit.* p. 19.

225.- Que devient la valeur économique ? La propriété intellectuelle ne peut pas se défaire de tout lien avec l'économie, ce serait irréaliste¹¹⁰⁵. Mais il faut tenir en considération l'imprévisibilité d'un marché, seul indicateur de la valeur d'échange¹¹⁰⁶. D'une part, parce qu'elle est une force d'explication des mécanismes de propriété intellectuelle. Précisons bien qu'une force d'explication n'est pas force de persuasion... M. CANIVET l'explique : « il [l'intérêt de la rencontre entre juriste et économistes] vise à favoriser le progrès technologique ainsi que l'émergence d'œuvres nouvelles en incitant à l'innovation et en facilitant sa circulation »¹¹⁰⁷. Mais l'auteur ajoute : « Cependant, la dynamique de la conception étant cumulative, une nouvelle technologie n'est possible que grâce aux innovations qui l'ont précédée »¹¹⁰⁸. M. MENIERE en a très clairement synthétisé les fonctions que pouvait remplir *le droit une fois délivré* sur le marché. Il peut notamment avoir une fonction incitative, qui « pousse les agents économiques à agir de manière à valoriser au mieux les actifs dont ils sont propriétaires »¹¹⁰⁹. Ou encore, une fonction transactionnelle, qui « découle de la possibilité pour le propriétaire de céder son droit de propriété »¹¹¹⁰. L'étude économique de cette

¹¹⁰⁵ En ce sens, v. notamment, C.-A. RENOARD, *Traité des brevets d'invention, op. cit.* p. 11 : « En tuant la poule aux œufs d'or [le créateur], elle flétrirait par le découragement et dessècherait dans sa source, le génie d'invention qui sert la civilisation, multiplie les jouissances, et accélère entre les hommes la distribution de ce qu'il faut de choses matérielles pour bien vivre ».

¹¹⁰⁶ Tel est le sens des propos de MM. les professeurs M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE (*in, Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°65, p.71) : « les économistes se rient de cette naïveté des juristes qui croient pouvoir déceler *a priori* une « valeur », alors que celle-ci est construite par le marché avec la grande imprévisibilité qui est la sienne ». Rapp. MM. les professeurs F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET (*in, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, Les biens*, 3^e éd., PUF, 2008, n° 8, p. 29) que le marché n'est autre que « l'expression d'une puissance de l'homme ».

¹¹⁰⁷ G. CANIVET, *Droit de propriété intellectuelle et efficacité, in Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC-Vuibert, 2009, p. 31 et spéc. p. 32.

¹¹⁰⁸ *Ibid.* p. 32. L'auteur explique par la suite : « Protéger les œuvres de l'esprit peut donc avoir des effets antagonistes : d'un côté, la protection stimule la recherche en assurant aux chercheurs le profit de son travail ; en même temps elle l'accélère et la spécialise, car seul le premier à déposer une invention pourra la faire reconnaître ; il est donc essentiel de travailler rapidement et dans un domaine ciblé où la compétition est aussi faible que possible. Mais d'un autre côté, la protection ralentit l'innovation, en donnant à celui qui en bénéficie le pouvoir d'empêcher tout autre de progresser dans la même direction sans sa permission ; de ce fait, elle oblige à diversifier les voies de recherche, ce qui est plus coûteux, mais peut ouvrir de nouvelles perspectives. Enfin, la protection oblige à consommer des ressources communes pour distinguer les découvertes qui méritent protection, déterminer leur meilleur niveau de rémunération et faire respecter le droit acquis. Le droit de la propriété intellectuelle est donc fondé sur un arbitrage politique entre l'incitation à créer des innovateurs actuels et la préservation des capacités de leurs successeurs à utiliser ces innovations ».

¹¹⁰⁹ Y. MENIERE, *Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie, propr. ind.* octobre 2010, p. 12.

¹¹¹⁰ *Ibid.* p. 12.

dernière fonction a pu être révélatrice de l'existence de situation de blocage sur un marché¹¹¹¹. Mais dressant un portrait plus positif, elle peut permettre à la création de circuler. Cela convient parfaitement aux composantes du progrès médical que nous avons décrites, à savoir la science et la technique.

En définitive, ce serait le moment de la prise en compte de la valeur économique qui compterait. La valeur économique ne doit pas être employée dans le processus de qualification du bien, mais doit être perçue en aval, comme le produit, le résultat de l'exercice de la propriété. En d'autres termes, la création, une fois qualifiée de bien, sera commercialisée et appréciable en argent, aura une valeur d'échange¹¹¹², qui se mesurera par la quantité de travail qu'elle incorpore ou par son « utile-rareté ».

B) La délimitation de la chose commune incorporelle : une catégorie ouverte

226.- Pour un droit des choses¹¹¹³. Pour opérer cette délimitation des choses communes, « il faut, pour cela, commencer par voir les choses autrement. Si l'on a pris l'habitude voir les choses comme des *objets de désir*, il peut être temps d'en regarder certaines comme des *objets de respect* »¹¹¹⁴[nous soulignons]. Telle est la ligne de conduite que nous adopterons tout au long de cette étude. L'intérêt d'un rapprochement entre la notion de chose commune avec la propriété intellectuelle a été développée par M. le professeur BRUGUIERE, soulignant que « tout pousse donc en faveur d'une extension du domaine réservé et une réduction corrélative du domaine libre »¹¹¹⁵. Elles apparaissent alors comme un rempart efficace.

¹¹¹¹ M. TROMMETTER, *Construire une propriété intellectuelle pour inciter et faciliter l'accès aux innovations est-elle économiquement et socialement suffisante*, in *Cahiers Droits Sciences&Technologies*, n°3, 2010, p. 228

¹¹¹² En ce sens, v. notamment, J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, *RTD civ.* 1984, p. 263 : « la différence de nature entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux oppose leurs régimes juridiques. Tandis que les uns, appréciables en argent, ont une valeur d'échange et sont cessibles, transmissibles, saisissables et prescriptibles, les autres, n'ayant pas de valeur pécuniaire, directe, sont incessibles, intransmissibles, insaisissables et imprescriptibles ».

¹¹¹³ Ceci est en référence à l'article de M. le professeur LOISEAU (in, G. LOISEAU, *Pour un droit des choses*, D. 2006, p. 3015).

¹¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹¹⁵ J.-M. BRUGUIERE, *Propriété intellectuelle et choses communes*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, préf. M. VIVANT, PUAM, 2007, p. 39.

227.- L'opportunité d'autres qualifications : le patrimoine commun de l'humanité ?¹¹¹⁶

Il aurait été possible de solliciter les « patrimoines communs » particulièrement en vogue. Leur existence est aujourd'hui revendiquée dans de nombreux domaines : en urbanisme¹¹¹⁷, pour l'environnement¹¹¹⁸, le génome¹¹¹⁹, le patrimoine lui-même¹¹²⁰ dans divers textes

¹¹¹⁶ Il convient de noter que certains auteurs défendent l'identité du patrimoine commun de l'humanité avec la notion de chose commune, en ce sens, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, 2006, p. 192. Et pour un rapprochement de ces notions à propos de l'information publique, v. S. CHOISY, *L'avenir des notions de biens publics et de patrimoine commun de l'humanité face à la marchandisation des connaissances*, in *Cahiers Droit Sciences&Technologies*, CNRS Éditions, n°3, 2010, p. 89. Plus largement, sur la notion, v. notamment, R.-J. DUPUY, *Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité*, *Droits*, 1985, p. 63.

¹¹¹⁷ En ce sens, l'article L.110 du Code de l'urbanisme : « Le territoire français est le patrimoine commun de la nation.

Chaque collectivité publique en est le gestionnaire et le garant dans le cadre de ses compétences. Afin d'aménager le cadre de vie, d'assurer sans discrimination aux populations résidentes et futures des conditions d'habitat, d'emploi, de services et de transports répondant à la diversité de ses besoins et de ses ressources, de gérer le sol de façon économe, d'assurer la protection des milieux naturels et des paysages ainsi que la sécurité et la salubrité publiques et de promouvoir l'équilibre entre les populations résidant dans les zones urbaines et rurales et de rationaliser la demande de déplacements, les collectivités publiques harmonisent, dans le respect réciproque de leur autonomie, leurs prévisions et leurs décisions d'utilisation de l'espace ».

¹¹¹⁸ En ce sens, l'article L. 110-1 du Code de l'environnement : « I. - Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation.

II. - Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs. Elles s'inspirent, dans le cadre des lois qui en définissent la portée, des principes suivant :

1° Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ;

2° Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable

3° Le principe pollueur-payeur, selon lequel les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur ;

4° Le principe de participation, selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire ».

Et l'article 210-1 du Code de l'environnement : « L'eau fait partie du patrimoine commun de la nation. Sa protection, sa mise en valeur et le développement de la ressource utilisable, dans le respect des équilibres naturels, sont d'intérêt général ».

¹¹¹⁹ Article 1er de la Déclaration universelle pour le génome humain et les droits de l'homme : « Le génome humain sous-tend l'unité fondamentale de tous les membres de la famille humaine, ainsi que la reconnaissance de leur dignité intrinsèque et de leur diversité. Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité ». V. notamment, F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain. Étude juridique*, th. dactyl., Paris I, 1997, p. 68 et s.

¹¹²⁰ Article L1 du Code du patrimoine : « Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique »

Article L. 111-1 du Code du patrimoine : « Les biens appartenant aux collections publiques et aux collections des musées de France, les biens classés en application des dispositions relatives aux monuments historiques et aux archives, ainsi que les autres biens qui présentent un intérêt majeur pour le patrimoine national au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie sont considérés comme trésors nationaux ».

européens, comme la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne¹¹²¹ ou la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950¹¹²² ou dans divers textes internationaux, comme la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel¹¹²³ ou la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel¹¹²⁴. Mais ce rapprochement avec la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ne se justifie pas tant sur plan technique que sur un plan pratique. Sur un plan technique, la juridicité même de ces déclarations en « patrimoine commun » est aujourd'hui dénoncée¹¹²⁵. C'est surtout sur le contenu qu'il faut réfuter ce rapprochement¹¹²⁶. Cette « inflation du patrimoine »¹¹²⁷ a pour

¹¹²¹ Préambule de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne : Les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes. Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice.

¹¹²² Préambule de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (extrait) : Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle.

¹¹²³ Article 4 de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel : « Chacun des États parties à la présente Convention reconnaît que l'obligation d'assurer l'identification, la protection, la conservation, la mise en valeur et la transmission aux générations futures du patrimoine culturel et naturel vise aux articles 1 et 2 et situé sur son territoire, lui incombe en premier chef. Il s'efforce d'agir à cet effet tant par son propre effort au maximum de ses ressources disponibles que, le cas échéant, au moyen de l'assistance et de la coopération internationales dont il pourra bénéficier, notamment aux plans financier, artistique, scientifique et technique ».

¹¹²⁴ Article 2-1 de la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel : On entend par "patrimoine culturel immatériel" les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable ».

¹¹²⁵ V. notamment les remarques de M. le professeur BRUGUIERE, in J.-M. BRUGUIERE, *Propriété intellectuelle et choses communes*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, N. MALLEY-POUJOL, A. ROBIN, préf. M. VIVANT, PUAM, 2007, p. 39.

¹¹²⁶ Pour le génome Mme le professeur BELLIVIER, à propos de l'approche naturalisante de la qualification explique : « La qualification de patrimoine commun est sans doute séduisante par le rapprochement qu'elle tente d'opérer entre des entités de nature différente, mais servant toutes, à un titre ou à un autre, au bien-être de l'humanité ; elle n'en est pas moins fallacieuse, parce qu'elle gomme le caractère essentiellement artefactuel du génome » (in, En ce sens, v. notamment, F. BELLIVIER, *Le génome entre nature des choses et artefact*, *Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 55 et spéc. p. 69).

conséquence qu'il est difficile de reconnaître une acception unitaire pour des revendications aussi variées. Sur un plan pratique, en rapport direct avec le domaine de la santé, nous n'aurions pu mobiliser que Déclaration universelle pour le génome humain et les droits de l'homme, du 11 novembre 1997. Ce qui n'aurait pas recouvert la diversité des objets qui sont mobilisés par ce domaine hétéroclite.

Il convient donc d'analyser, selon la même méthode que celle employée pour les biens, la nature des choses communes (1), afin d'en déduire le régime applicable¹¹²⁸ (2).

1) La nature juridique de la chose commune

228.- La valorisation sociale des choses communes incorporelle¹¹²⁹. Comment dire mieux que RENOUARD ce que nous ressentons à ce sujet : « Enfermer dans une appropriation exclusive les objets inappropriables, c'est appauvrir l'humanité toute entière »¹¹³⁰ et il justifie : « Il n'y a pas nécessité, puisque l'intérêt privé n'est nullement indispensable à leur garde et à leur conservation. Il n'y a pas d'utilité, puisque leur valeur ne dépérit en rien par cela que tous en profitent et les exploitent. Il y a injustice ; car chaque homme a droit sur ce qu'il peut s'approprier sans nul préjudice pour un droit déjà acquis à autrui ; et si un objet est tel que chaque sujet puisse en avoir la jouissance pleine et complète sans empêcher tout autre sujet d'en jouir pleinement et complètement, l'approprier à un seul est une usurpation »¹¹³¹. Ici, la valeur économique et notamment la « valeur-travail » n'a pas de prise, y compris par des mécanismes tels que la spécification¹¹³². Les choses communes doivent servir de « pierre

¹¹²⁷ J.-M. BRUGUIERE, *Propriété intellectuelle et choses communes*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la dir. de J.-M. BRUGUIERE, N. MALLEY-POUJOL, A. ROBIN, préf. M. VIVANT, PUAM, 2007, p. 39. Rapp. F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain. Étude juridique*, *op. cit.* p. 71 évoquant le « gonflement de la notion de patrimoine commun de l'humanité ».

¹¹²⁸ Sur ce point, v. J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, *RTD civ.* 1984, p. 255 et spéc. p. 258 : les catégories juridiques « sont des ensembles de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissants à un régime juridique commun ».

¹¹²⁹ Sur la notion de choses commune, v. *supra* n°97.

¹¹³⁰ C.-A. RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, 3^e éd., Guillaumin et Cie, Paris, 1865, pp. 18-19.

¹¹³¹ *Ibid.*

¹¹³² Le terme spécification n'est pas consacré par un texte dans le Code civil. Cette notion a été particulièrement approfondie par S. BECQUET, *La spécification. Essai sur le bien industriel*, Th. dactyl. Lyon III, 2002. Dans cette étude, l'auteur définit la spécification comme : le travail exercé par une personne, le spécificateur, sur une chose préexistante, qui lui appartenait ou pas pour produire une chose nouvelle, le bien industriel. Rapp. Th. REVET, *La force de travail (Étude juridique)*, préf. F. ZENATI, Litec, coll. *bibl. dr. entreprise*, t. 28, 1992, spéc. n°151, p. 183 : la spécification est « le résultat de l'union d'un meuble et du travail ».

de touche aux volontés de conquête du droit des biens »¹¹³³. Dans le domaine de la santé, le progrès médical ne sera garanti que par la préservation de cette catégorie. Elle est la garantie des avancées médicales futures. Toute norme doit être élaborée et interprétée en ce sens. En effet, l'extension du domaine de l'objet de la propriété intellectuelle constitue autant d'entraves à l'innovation ; l'extension de la durée des monopoles d'exploitation, une perte pour le domaine public.

229.- L'ordonnancement des choses communes. Nous ne reviendrons pas sur les justifications qui nous ont conduit à exclure l'approche naturaliste de la chose commune^{1134/1135}. La qualification de la chose commune ressort d'une qualification juridique non figée par la nature des choses, mais dépendant de la finalité sociale qui leur ait assigné. Ainsi, « Le droit doit dire l'inappropriable, c'est-à-dire le poser, mais aussi le nommer »¹¹³⁶. L'inappropriabilité de la chose commune est donc organisée par le droit, telle est la thèse défendue par Mme CHARDEAUX et à laquelle nous adhérons¹¹³⁷. Simplement, puisqu'en matière immatérielle ce sont les biens intellectuels qui sont en nombre limités par la loi, les

¹¹³³ R. LIBCHABER, *La recodification du droit des biens, in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297, et spéc. n°48. Et ajoutant sur le droit des biens « s'il peut être opportun qu'il couvre des étendues nouvelles, cela ne saurait être par une politique de la terre brûlée, qui apporterait beaucoup à quelques-uns tout en faisant perdre l'essentiel au plus grand nombre ». Rappr. J. PARAIN-VIAL, *La catégorie de l'avoir chez Gabriel Marcel et la notion de bien, Archives de philosophie du droit*, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 184 et spéc. p. 195 : « Peut-être y verra-t-on plus clair si l'on admettait que, non seulement tout dans notre corps et dans nos pensées, mais aussi dans la nature, et les choses belles qui nous entourent, ne peut être traité comme objet, donc vendu, que ces choses sont des biens, c'est-à-dire sont des fins qui doivent concourir à l'épanouissement de notre ère, étant bien évident, d'après tout ce qui précède, que cet épanouissement ne peut être coupé de celui des autres. Le salut ne peut être que commun ».

¹¹³⁴ V. *supra* n°94 et s.

¹¹³⁵ « Le génome illustre donc bien l'aporie à laquelle conduit le raisonnement tautologique selon lequel une chose est commune en droit (*stricto sensu* ou en tant qu'appartenant au patrimoine commun de l'humanité) parce qu'elle est commune en fait », in F. BELLIVIER, *Le génome entre nature des choses et artefact, Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 55 et spéc. p. 63. Et déjà, selon Mme le professeur BELLIVIER, pour les résultats du séquençage génétique, la notion de chose commune serait « condamné(e) à cause de l'obscurité entourant la notion qui en est principalement à la base – la nature des choses – l'on comprend qu'une autre qualification ait été proposée pour le génome collectif » (F. BELLIVIER, *Le patrimoine génétique humain. Étude juridique*, op. cit. p. 57).

¹¹³⁶ M. FABRE-MAGNAN, *Propriété, patrimoine et lien social, RTD civ* 1997, p. 583 et spéc. p. 589 : « C'est le droit positif qui, à un moment donné et dans un lieu donné, détermine les choses qui sont susceptibles d'appropriation et par hypothèse, cette liste peut donc varier selon les époques et les lieux ».

¹¹³⁷ Même si nos justifications diffèrent. Elle fonde l'inappropriabilité de la chose commune, entre autres, sur les enseignements tirés de l'analyse sociologique (Durkheimienne), que nous avons préalablement réfutée (in, M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, 2006, n°108), le résultat est le même : « Ce n'est donc pas une loi de nature, mais bien une norme juridique qui exclut les *res communes* de la classe des biens »).

choses communes la catégorie alternative¹¹³⁸ deviennent illimitées. En quelque sorte, elles représentent le principe par rapport aux biens qui deviennent l'exception. Dès lors, la catégorie juridique des choses communes incorporelles est définie à la fois par les dispositions expresses d'inappropriabilité, mais également par les dispositions d'appropriabilité interprétées *a contrario*. D'ailleurs, cette position est confortée par la loi. Si nous regardons l'article L. 611-10 2° du Code de la propriété intellectuelle, il dispose : « 1° Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle ; 2° Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article *notamment* : (...) » [nous soulignons]. Ce qui signifie que cette catégorie des « non-inventions » est largement ouverte. Ce serait une sorte de « laissez-passer » légal à une qualification large. Ou encore, lorsque les droits privatifs cessent, les choses tombent dans un domaine public, et généralement retrouvent cette qualification de choses communes¹¹³⁹. Cette qualification par principe des choses incorporelles peut s'appuyer sur la théorie économique de la « tragédie des anti-communs »¹¹⁴⁰ ou encore dans la nomenclature proposée par M. AIGRAIN¹¹⁴¹. Ces choses

¹¹³⁸ Rappel : Les catégories alternatives s'opposent par l'absence ou par l'existence d'un élément particulier qui aura une influence suffisante pour dissocier leurs natures et par voie de conséquence leurs régimes. Ce critère de détermination dans les catégories alternatives est appelé : critère de dissociation. Sur la notion de catégorie alternative, v. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003, n°200, p. 227 et du même auteur, v. aussi : J.-L. BERGEL, *Différence de nature (égale) différence de régime*, RTD civ. 1984, p. 255.

¹¹³⁹ En ce sens, v. notamment, S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, coll. IRPI, n°22, 2002, pp. 57-58 : « qualifier le domaine public en droit d'auteur de chose commune semble s'imposer : en effet, nous avons vu que l'œuvre, à l'expiration du délai de protection des droits patrimoniaux, est bien affectée à tous, et qu'elle n'est plus la propriété de personne pas même de l'État ».

¹¹⁴⁰ Sur cette notion, v. *supra* n°115.

¹¹⁴¹ En ce sens, v. Ph. AIGRAIN, *Cause Commune, L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, coll. *Transversales*, 2005 p. 154 et qu'il explique p. 149-150 : « Il ne sert cependant à rien de s'indigner si on ne propose pas d'alternative concrète et de transition crédible. Celles que je propose partent d'un constat simple : les fondations solides sur lesquelles on peut s'appuyer sont celles des biens communs informationnels. De là une approche qui a quatre facettes :

- une affirmation de principe plaçant les biens communs comme régime par défaut, et différents modes d'appropriation, comme des exceptions mesurées et négociées pour le bien social ;
- le tracé de limites claires et immédiatement applicables portant sur la nature de ce qui peut être sujet à des droits restrictifs et sur les mécanismes de mise en œuvre de ces restrictions. L'idée est ici de garantir que l'exploration parallèle des différents modes d'appropriation ou de partage reste possible, en interdisant les formes d'appropriation extrêmes qui mettent les biens communs en danger ;
- une approche pragmatique et progressive de l'évolution du droit matériel pour le rapprocher des principes énoncés plus haut ;
- une prise en compte de toute la diversité concrète des médias ou des types de créations intellectuelles, rompant avec le traitement indifférencié promu par les idéologues de la propriété. Il s'agit également de faire la part de l'influence des mécanismes de droits intellectuels sur la nature même des créations, qui n'est pas un donné naturel mais bien une construction sociale ». Nous adhérons pleinement à ces propositions et elles ressortent de l'application que nous proposons de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé.

immatérielles doivent être impérativement protégées, car elles constituent la base de toute création, comme l'explique RENOUARD. Il faut donc fermement s'opposer à toute idée de « propriété scientifique », qui semble aujourd'hui relancer le débat poussiéreux du début du siècle dernier.

230.- Le ferme refus de toute « propriété scientifique ». Dans le domaine des choses communes, toute satisfaction économique par l'octroi d'un droit privatif doit être balayée par la valeur sociale de ces choses. Les économistes le reconnaissent, eux-mêmes, à l'instar de ARROW, qui impose de définir dans les droits de propriété intellectuelle une frontière indispensable entre « la recherche de base » et « les autres activités inventives »¹¹⁴². Ce qui signifie que les droits de propriété intellectuelle ne peuvent pas toucher tous les produits de la recherche. « En effet, pour Arrow, le propre de la recherche de base est de produire des informations en amont et de généralité élevée utilisables seulement comme *inputs* informationnels dans les autres activités inventives et ayant pour vocation d'être à destination multiples »¹¹⁴³. Cela remet en cause toute velléité de constituer une quelconque « propriété scientifique »¹¹⁴⁴, qui permettrait aux chercheurs d'obtenir un droit de propriété sur leur recherche fondamentale. La seule propriété « accordable » sur les résultats de la recherche

¹¹⁴² Telle est la logique d'ensemble qui ressort de son célèbre article : K. ARROW, *Economic Welfare and allocation of resource for invention*, in R.R. NELSON, éd., *The rate and direction of inventive activity*, Princeton University Press, 1962. Pour lui, cette frontière ne peut être tracée que par des « arrangements institutionnels », comme notamment les droits de propriété intellectuelle.

¹¹⁴³ F. ORSI, *La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis, Origine et signification économique d'un dépassement de frontière*, *Rev. d'économie industrielle*, n°99 *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, 2002, p. 65, et spéc. p. 66.

¹¹⁴⁴ L'idée est ancienne, et n'a pas trouvé de consécration positive. Nous retiendrons, entre de nombreux autres, la proposition de Mme EMINESCU au colloque du CEIPI de 1967, in *La protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et des techniques*, Litec, 1969. Mais encore, R. DALIMIER et L. GALLIE, *La protection scientifique. Le projet de la Confédération du travail intellectuel. Création d'un droit d'auteur pour le savant et l'inventeur*, Paris, 1923. – J.-L. KAHN, *Problème de la propriété scientifique*, *Cahier de l'ISEA*, n°116, août 1961. – S. MUNIER, *Les droits des auteurs de découvertes ou d'inventions scientifiques*, Th. dactyl. Nancy, 1925. – P. ROUBIER, *La propriété scientifique, rec. de droit commercial et de droit social*, 1929 et *Le droit des savants*, Paris, 1937.

Elle recèle aujourd'hui un regain d'intérêt, avec un « toujours plus de protection », dans la brevetabilité du vivant. En ce sens, v. notamment, C. BLAIZOT-HAZARD (dir.), *Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir*, *Actes des colloques de l'Académie des sciences, morales et politiques*, Paris 15 janvier 2002 et 14 janvier 2004, éd. Tec&doc, 2005. – J. DRAGNE, J. FOYER, C. BLAIZOT-HAZARD, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La propriété scientifique, un droit sur les résultats de la recherche fondamentale ?*, *La presse médicale*, 2002, vol. n°31, p. 822.

Mais on soulignera à quel point il est essentiel de préserver cette recherche fondamentale de toute appropriation. En ce sens, J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies techniques, Paris, 1984, n°5 : citant la déclaration de l'Académie des sciences en prologue à Construire l'avenir, Livre blanc de la recherche présenté au Président de la République : « La recherche fondamentale est le poumon de la recherche dans son ensemble, poumon qui doit respirer librement... D'innombrables exemples dans toutes les disciplines peuvent illustrer cette idée essentielle : un biologiste a réussi à faire vivre et se multiplier une cellule végétale dans un milieu inerte, ce qui est une expérience d'intérêt fondamental ; trente années

scientifique sera celle octroyée par le brevet, à raison de la stricte définition énoncée ultérieurement dans cette étude. Faut-il à cet effet rappeler la pensée de Louis de BROGLIE selon laquelle : « la technique industrielle ne progresse que grâce aux apports de la science pure »¹¹⁴⁵, et qui se vérifie encore plus dans le domaine du médicament¹¹⁴⁶. En définitive, comme le souligne M. le professeur POLLAUD-DULIAN, « la science doit nourrir la science. L'intérêt social qui s'attache au progrès scientifique (...) que la science pure reste en dehors de toute appropriation »¹¹⁴⁷. La finalité du progrès que nous avons mise en avant ne peut pas être plus soulignée que dans cette dernière proposition à laquelle, nous adhérons pleinement.

2) Le régime juridique de la chose commune

231.- L'usage commun. L'intérêt du rapprochement de la chose incorporelle spéciale du droit commun des choses communes tient précisément au régime, l'usage commun, qui est attaché à ces dernières. L'usage commun procède de la définition de la chose commune tel que prévu à l'article 714 du Code civil. Toutefois, le sens donné à l'usage commun a évolué¹¹⁴⁸. Aujourd'hui, la vocation universelle de ces choses explique en grande partie le regain d'intérêt de la catégorie. Les modes d'utilisation des choses communes, même incorporelles sont variés. Comme le souligne Mme CHARDEAUX, « il est non seulement possible d'user des choses communes, mais encore d'en « jouir » »¹¹⁴⁹. L'essentiel étant que personne ne s'empare de la chose commune dans son ensemble. L'avantage du régime des choses communes et de l'usage commun est que s'il n'est pas règlementé, l'usage est libre, égal, et gratuit entre les individus. Il correspond parfaitement à la quête d'accessibilité à laquelle nous aspirons par l'introduction de la finalité de progrès médical à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Cette notion d'usage commun est particulière « en

¹¹⁴⁵ Citée par J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 19.

¹¹⁴⁶ V. *infra* n°362.

¹¹⁴⁷ F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, coll. *Domat Droit privé*, 1999, n°146, p. 81.

¹¹⁴⁸ En ce sens, v. notamment, B. BEIGNIER et C. BLERY, *Manuel d'introduction au droit*, PUF, 2004, n°174, p. 237 : « l'idée d'un usage commun de ces choses prenait alors un sens bien différent du sens où nous l'entendons aujourd'hui ».

¹¹⁴⁹ M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, préf. G. LOISEAU, LGDJ, 2006, n°234, p. 274.

vogue », comme le note Mme le professeur ROCHFELD¹¹⁵⁰. M. AIGRAIN a particulièrement développé dans ses travaux cette notion d'usage commun, notamment à propos du logiciel libre¹¹⁵¹. Même si sa conclusion sur la « déliquescence »¹¹⁵² de la propriété intellectuelle est loin de la préservation de ce droit par l'analyse finaliste¹¹⁵³, il nous apporte de précieux renseignements sur ce que l'on doit entendre par « usage commun ». Ainsi, il propose de les considérer l'usage commun comme : « le droit de chacun d'y contribuer en ayant la certitude que ce qu'il y place restera commun, affirmer le droit de tous d'y accéder et d'en faire usage, peut sembler inutile tant c'est évident »¹¹⁵⁴. L'usage commun est indispensable au progrès médical, *car les choses communes apparaissent comme le puits de science dans lequel s'alimentent toutes les techniques*. On retrouve par la référence à la science et à la technique, le contenu du progrès médical.

¹¹⁵⁰ J. ROCHFELD, *Entre propriété et accès : la résurgence du commun*, in *La bioéquité* (sous la dir.) F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, éd. Autrement, coll. *Frontières*, 2009, p. 69 et spéc. p. 73 : « Plusieurs notions témoignent du regain actuel de la considération de l'intérêt collectif à l'égard de la conservation, de l'usage et de partage équitable de ressources et des bénéfices induits. On ne compte ainsi plus les appels à la reconnaissance de « choses communes », à l'institution de « biens communs », voire à leur reconnaissance comme « patrimoines communs » (de la Nation, de l'Europe, de l'Humanité, etc.) ».

¹¹⁵¹ Ph. AIGRAIN, *From Free / Open Source Software to Open Information*, CODE Conference, Cambridge, April 2001; *Open Source Software for Research*, Actes de la conférence *Global Research Village* de l'OCDE, Amsterdam, décembre 2000, pp. 63-66; *Un cadre de réflexion pour comprendre l'impact du choix des licences "copyleft" telles que la GPL, par opposition aux licences "non-copyleft"*; *Logiciels libres*, Article H3218, *Encyclopédie Techniques de l'Ingénieur*, février 2003; *Économie, usages et défis du logiciel libre, présentation invitée à l'assemblée générale de l'association CUBE*, Juan-les-Pins, 20 mai 2003; *La liberté des logiciels à l'épreuve des services Web*, Journée d'étude Propriété intellectuelle organisée par Guilhem Fabre à l'Université du Havre, 20 mai 2010. Tous ces articles sont disponibles sur http://paigrain.debatpublic.net/?page_id=11.

¹¹⁵² Ph. AIGRAIN, *Cause Commune, L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, coll. *Transversales*, 2005 p. 138 : « Le système de ce qu'on appelle aujourd'hui « propriété intellectuelle » est entré dans un état de déliquescence complet. Sa crise se manifeste par des décisions et des débats aberrants à tous les niveaux, depuis les textes à portée constitutionnelle jusqu'aux régimes contractuels ou informels de mise en œuvre des droits ».

¹¹⁵³ En somme, une gestion du bien privé serait à notre sens, plus effective que la recherche d'une gouvernance pour les biens communs. Gouvernance, qui semble aujourd'hui bien difficile à trouver en dehors de ce que l'on connaît déjà des biens publics mondiaux. Même si l'auteur se défend d'un rapprochement avec le système, il explique « le problème de la gouvernance des biens communs est aujourd'hui sur la table de discussion des institutions internationales et politiques à tous les niveaux, et cette discussion commence dans une grande confusion. Pour progresser, il faut reconnaître à la fois la légitimité partagée des biens communs, cause commune qui donne son titre à ce livre, et leur nature très diverse. Les biens communs informationnels purs, du fait de leur caractère non rival, se prêtent à une gestion sociétale décentralisée. Le rôle de l'État est avant tout de protéger leur principe et de mettre en place leurs conditions d'existence. Ce n'est déjà pas rien, puisque cela suppose, par exemple, l'inscription de leurs fondements en droit positif, et des politiques actives pour organiser la synergie entre les biens publics sociaux comme l'éducation et les biens communs informationnels qui se développent sur la base de l'éducation et y contribuent » (in, Ph. AIGRAIN, *Cause Commune, L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, coll. *Transversales*, 2005 p. 179). Ce rôle existe déjà dans la loi, par la définition stricte que nous devons avoir des objets du droit de la propriété intellectuelle.

¹¹⁵⁴ Ph. AIGRAIN, *Cause Commune, L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, coll. *Transversales*, 2005 p. 151.

La proposition de redéfinir l'objet de la propriété intellectuelle de manière stricte en considération de la valeur sociale des objets laisse alors un champ important pour l'accès. Les paradigmes de la propriété et de l'accès¹¹⁵⁵ pourraient alors se retrouver dans une cause commune.

232.- Conclusion de la section 2 : Les solutions apportées à l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Les solutions apportées à l'objet de la propriété intellectuelle sont doubles. Elles relèvent d'une part, de la réaffirmation de la propriété intellectuelle comme un régime d'exception. Cela semble avoir été perdu de vue, notamment par l'immixtion de la valeur économique. Et comme tout régime d'exception, l'appropriation fera l'objet d'une interprétation stricte. En d'autres termes, l'objet de la propriété intellectuelle ne peut être que prévu par une disposition légale et son champ devra être strictement circonscrit. D'autre part, les dispositions de la propriété intellectuelle doivent être appliquées dans le sens de la réalisation du progrès médical, à savoir cette réalisation du bien-être qui passe par les avancées médicales. C'est la valorisation des objets qui indique le sens de la norme. Ainsi, le tracé du domaine de l'appropriable et par voie de conséquence, de l'inappropriable, se trouve finalisé par la recherche du progrès médical. L'application de ces solutions aux catégories juridiques qui touchent à l'objet de la propriété intellectuelle, celle du bien incorporel (création) et celle de la chose commune donne une première vue de ce que nous aborderons dans la seconde partie de ce travail. Tout d'abord, la création, distinguée des conditions de son appropriation, apparaît comme une catégorie *fermée*, strictement définie. Elle conserve un reste de la défunte valeur économique en « valeur-travail », de laquelle elle puise son existence, mais point sa qualification. Socialement valorisé, l'objet de la propriété intellectuelle contribue à réaliser le progrès médical. Son régime, celui de la propriété privée, par la propriété intellectuelle convient parfaitement, grâce à l'accès économiquement réservé et intellectuellement ouvert qu'elle instaure. Nul n'est besoin d'aller chercher d'autres formes de propriétés, comme la propriété collective ou publique. Lorsque la chose incorporelle du domaine de la santé n'est pas exceptionnellement appropriée, elle demeure par principe une chose commune. Son usage commun est indispensable au progrès médical, dans la mesure où

¹¹⁵⁵ Sur la séparation de ces notions, v. notamment, F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, *La circulation d'éléments et produits du corps humain : quand la propriété – exclusivité occulte la question de l'accès*, R.D.C. 2008, p. 1357 et spéc. p. 1360 : « non pas au sens, classique, de la propriété définie comme le droit d'accéder à toutes les utilités de la chose et d'interdire à autrui d'y accéder, mais au sens où une ressource est considérée comme vitale ou essentielle et plus ou moins rare, en quantité ou en qualité – l'information, l'eau, les ressources génétiques, les médicaments, etc. – et où plusieurs personnes – le producteur de la ressource, son utilisateur, etc. – peuvent prétendre y avoir accès matériellement et juridiquement ».

elles sont le puits de science dans lequel s'alimentent toutes les techniques. L'appropriation des objets du domaine de la santé qui composent cette catégorie de chose commune irait à l'encontre de la finalité de progrès médical et élargirait illégitimement la catégorie de l'objet de la propriété intellectuelle.

CONCLUSION CHAPITRE 2 : LA RÉCEPTION DE LA VALEUR SOCIALE PAR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

233.- Réception de la valeur sociale par le droit. Pour assurer l'effectivité de la valeur sociale et surtout de la finalité retenue de progrès médical dans le droit de la propriété intellectuelle, il est nécessaire d'étudier les mécanismes du droit qui permettent sa réception. Si, on considère que la valeur sociale est un fait objectivement observable à partir du domaine de la santé, alors ce sont les relations du droit au fait qu'il est nécessaire d'approfondir. Le droit ne peut être réduit à une *rectitude* conforme à la nature ou à l'état des choses. Il est un phénomène construit en considération d'un donné. La valeur sociale précède donc la norme, mais ne l'asservit pas. L'intérêt de cette reconnaissance vient du fait qu'à la valeur sociale est intrinsèquement attachée la notion de finalité, en l'occurrence, le progrès médical. Donner un sens à la règle de droit, et plus précisément à la propriété intellectuelle du domaine de la santé, afin de restaurer son acceptation, tel était notre but. La finalité de progrès médical qui, par les avancées médicales, assure le « bien-être » social, correspond parfaitement aux attentes de ce droit dans ce domaine si sensible. Avec l'intégration d'une telle finalité, les changements seront alors profonds pour le droit de la propriété intellectuelle.

234.- Évolution du droit de la propriété intellectuelle. Nous avons pu constater une meilleure connaissance du droit de la propriété intellectuelle et de l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, du fait de l'intégration de la finalité de progrès médical.

Le droit de la propriété intellectuelle doit, tout d'abord, respecter une constance face à la mouvance du progrès médical¹¹⁵⁶. La finalité de progrès peut conduire à la surproduction normative. La propriété intellectuelle possède en elle-même, par l'assignation de cette finalité, les ressorts de sa propre légitimation. Nul n'est donc besoin de lui imposer, au moment de la constitution des droits, des règles externes, comme celles des droits fondamentaux. Ou bien, de rechercher une fonction sociale qu'elle intègre parfaitement au moment de son exercice, pour chercher à justifier son existence.

¹¹⁵⁶ Respectée si l'on suit la définition stricte de l'objet de la propriété intellectuelle.

De plus, une telle élévation de la propriété intellectuelle dans une logique de progrès ne serait pas possible si l'action ne se produisait pas dès l'appropriation. En effet, le rappel de la définition stricte de l'objet de la propriété intellectuelle – du fait de son régime d'exception – couplé au sens que cette appropriation doit avoir dans le domaine de la santé – le progrès médical – ne peut que permettre la restauration de la propriété intellectuelle. La recherche s'oriente donc vers cette double quête lorsqu'à l'examen des différents droits de propriété intellectuelle, il s'agit de qualifier l'objet de création ou de son nécessaire maintien dans sa catégorie originaire de chose commune. Ainsi, exceptionnellement, la création sera susceptible d'appropriation¹¹⁵⁷, parce que, strictement délimitée, elle permet les avancées médicales qui composent le progrès médical. Si en revanche, son appropriation ne correspond pas à la définition de l'objet de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire qu'elle va à l'encontre du progrès médical, alors la chose incorporelle devra être maintenue dans la catégorie originaire des choses communes. Ce n'est que par la protection de cette catégorie que se réalise le progrès médical. En effet, les choses communes sont le puits de science dans lequel s'alimentent toutes les techniques. Nous comprenons alors pourquoi, l'inappropriation est le principe et l'appropriation, l'exception.

¹¹⁵⁷ Si elle répond aux conditions de protection.

CONCLUSION TITRE 2 : LES PRONOSTICS DE LA VALEUR SOCIALE SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Aucune réserve ne semble pouvoir être posée au pronostic de la valeur sociale dans le domaine de la santé. Il nous semble, à travers cette étude, avoir répondu à trois questions, que nous proposons de reprendre¹¹⁵⁸.

235.- Qu'est-ce que la valeur sociale et la finalité ? Le recours à la valeur sociale n'a aucunement vocation à remplacer de manière systématique la valeur économique. Elle doit être vue comme un moyen de déterminer le sens de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Déconnectée d'une conception moraliste, ou causale par la sociologie, elle s'inscrit dans une quête de finalité pour le droit. Pour cela, la valeur sociale doit être détachée de toute approche naturaliste, à laquelle conduit la valeur économique, mais doit être appréhendée objectivement pour ses qualités, à la manière d'un fait social. *Or, si la chose vaut, c'est précisément parce qu'elle permet de réaliser une finalité.* Mais laquelle ? Ne pouvant se contenter de fragiles fins intermédiaires, le droit de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ne peut reposer que sur une fin générale. Il a été démontré que cette finalité était celle du progrès médical, issu du progrès social. Elle correspond à l'approche réaliste que nous avons de la valeur sociale. Le contenu du progrès médical est particulièrement large, puisqu'il recouvre l'accroissement dans le temps des avancées médicales, issues de la science et de la technique, qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social ». Si le lien du progrès médical avec le domaine de la santé est établi, sa présence dans le droit de la propriété intellectuelle doit être justifiée.

236.- Pourquoi avoir recours à cette notion de valeur sociale et de progrès médical ? Les attentes de rééquilibrage de la propriété intellectuelle du domaine de la santé sont fortes. Le passage de la valeur économique a fait oublier le caractère d'exception de la propriété intellectuelle. Il a donc été nécessaire dans un premier temps de réaffirmer que l'appropriation de la création doit rester exceptionnelle, parce qu'issue d'une disposition légale. Mais pour donner la force à la propriété intellectuelle de résister aux sollicitations des objets du domaine de la santé, il semble nécessaire de découvrir le sens de la règle. L'application d'une finalité

¹¹⁵⁸ Sur ces trois questions, v. l'introduction de ce titre, *supra* n°144.

aux dispositions de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé est une garantie de sa légitimité et de sa stabilité. Cette finalité ne doit pas agir seulement sur l'exercice de la propriété intellectuelle, mais sur tout le droit, dès sa constitution, sur l'objet exceptionnellement approprié. Si cette proposition emporte, peut-être, la conviction, sa réception par le droit doit toutefois être démontrée, au risque sinon de ne lui procurer aucune effectivité.

237.- Comment intégrer la valeur sociale et le progrès médical dans le droit de la propriété intellectuelle ? L'ordonnement du droit dépend de la recherche de la valeur sociale et plus largement du concept de finalité. La proposition d'OPPETIT : « la règle est légitime si le but *vaut* la peine d'être atteint et par là même, s'établit un lien nécessaire entre but et valeur »¹¹⁵⁹, nous conforte dans la nécessaire réception de la valeur sociale et de la finalité pour légitimer la propriété intellectuelle du domaine de la santé. La réception de la valeur sociale s'opère dès l'élaboration de la norme, par la considération de la valeur sociale, comme un fait social. Le droit, qui réceptionne la valeur sociale comme un donné, demeure un phénomène construit. L'intérêt de cette réception est le sens qui est alors conféré à la norme. La réalisation de la finalité de progrès médical devient le but, et la norme le moyen d'y accéder. Pour cela, le mécanisme de la qualification permet de faire entrer les choses dans des catégories préétablies, en fonction de leur valeur sociale et dans le but auquel la norme doit parvenir. C'est alors que seront dessinées les catégories de création et de chose commune au regard de la finalité de progrès médical poursuivie. Plus précisément, l'appropriation d'une création du domaine de la santé ne sera légitime que si elle contribue à réaliser le progrès médical, cet accroissement des avancées médicales dans le temps. Mais par principe, toutes les choses incorporelles du domaine de la santé devront être maintenues dans la catégorie des choses communes pour que le progrès médical, dont le contenu est à la fois composé de la science et de la technique, soit réalisé. En effet, comme une antenne, les choses communes sont le puits de science dans lequel s'alimentent toutes les techniques.

¹¹⁵⁹ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 205 (Chap.4 : *Droit et affaiblissement des valeurs non marchandes : l'exemple du commerce international*). Rappr. J. ELLUL, *Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception*, *A.D.P.* n°8, *Le dépassement du droit*, Sirey, 1963, p. 21 et spéc. p. 23 : « L'intervention juridique suppose (...) une volonté d'imposer une certaine orientation au corps social pour réaliser (...) certaines valeurs ».

CONCLUSION DE LA PARTIE 1 : MISE EN ÉVIDENCE DE LA VALEUR SOCIALE DANS L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Afin de mieux mettre en évidence les effets bénéfiques de la valeur sociale, il a été nécessaire dans un premier temps d'argumenter sur les raisons et les moyens de se départir de la valeur économique dans le processus de qualification du bien.

238.- L'hostilité de l'objet de la propriété intellectuelle du domaine de la santé à la valeur économique. Cette hostilité déclarée ressort plus de l'affichage d'un but que d'une réelle constatation des faits. La réalité est tout autre. La valeur économique séduit. Son pouvoir s'exerce autant sur les objets du domaine de la santé qui, par son fait, sont ramenés au rang de marchandises, que sur la qualification du bien. De manière anodine, la valeur économique est présentée comme un outil dans le processus de dématérialisation du bien. Sauf que, lorsque l'on confronte son acception, forgée depuis des siècles, par les plus grands penseurs de la science économique, nous avons découvert les mêmes origines de production que le bien. C'est ainsi que la qualification du bien ressort soit de l'exercice d'une intervention humaine, fondée sur une « valeur-travail », soit de l'existence d'un désir sur une chose rare, fondée sur une valeur « utilité-rareté ». L'objet de la propriété intellectuelle dont la filiation a été établie avec la propriété au sens de l'article 544 du Code civil, possède ses propres objets, l'œuvre, l'invention, le signe, dont l'existence tient à leur consécration par le Code de la propriété intellectuelle. Donc, *a priori*, nul n'est besoin de recourir au droit commun des biens, lorsque des qualifications spéciales de l'objet existent. Et pourtant, la séduction de la valeur économique n'a pas pour seule conséquence de transformer les objets du droit commun par le simple fait de leur désirabilité en bien, elle s'immiscera insidieusement dans la reconnaissance du bien spécial, la création. Et si, nous pouvons éventuellement reconnaître l'immixtion d'une forme de « valeur-travail » dans l'apparition de la création, elle ne peut être érigée en seul critère de cette catégorie. Plus dangereux, est très certainement le rapprochement de la création avec l'utilité et la rareté. Nous pourrions chercher longtemps dans le domaine de la santé des objets abondants et inutiles. Ce constat est flagrant lorsque l'on remarque à quel point le domaine de l'objet de la propriété intellectuelle est étiré pour y faire entrer tout ce qui, avec un seuil minimum d'utilité et de rareté, peut prédire un bon retour sur investissement. Les conséquences néfastes, suscitant une vive hostilité à la valeur économique, sont multiples. Sur l'objet, tout d'abord, qui outre le fait de perdre les traits de sa spécificité devient illimité. La perte des contours du domaine de

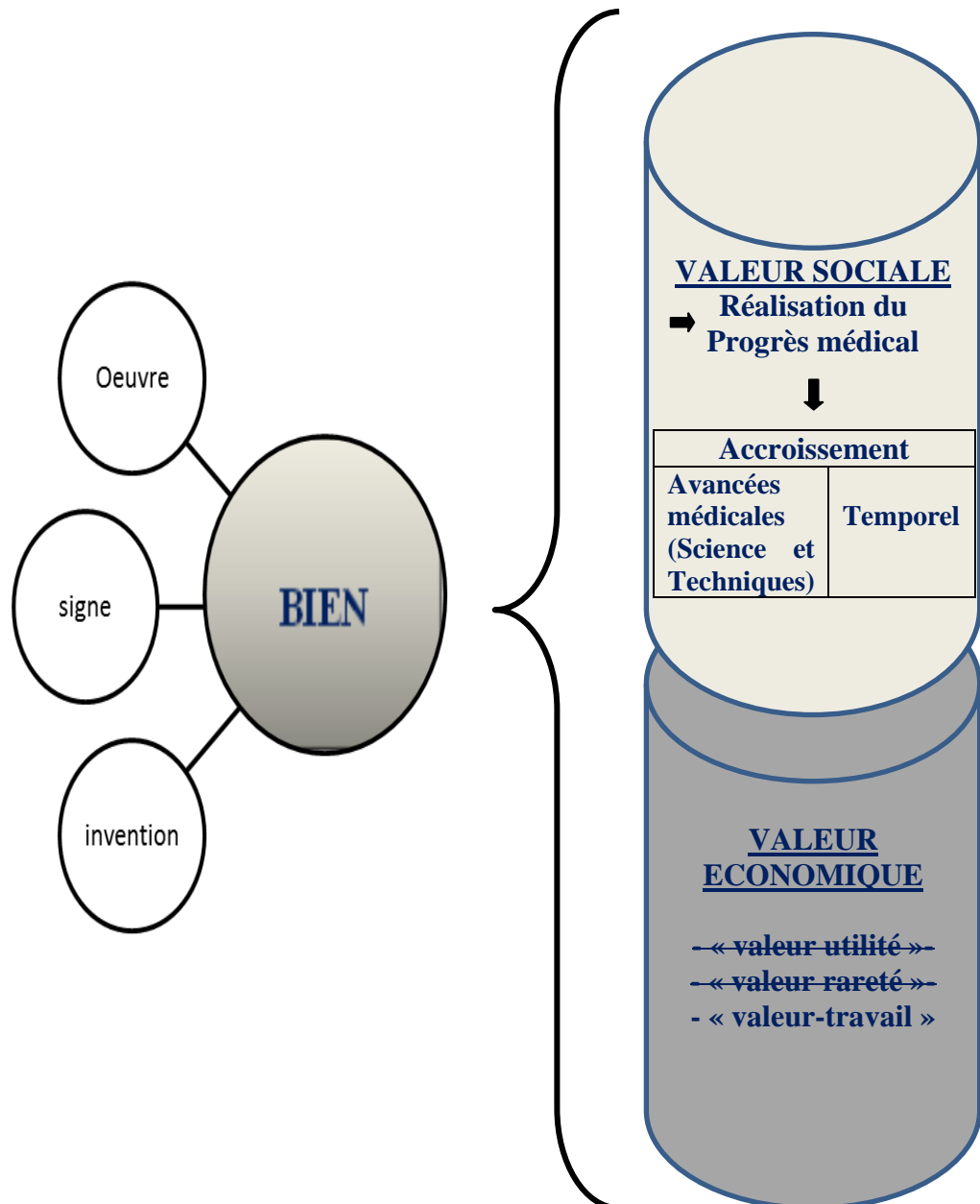
l'appropriable est très certainement la cause de la perte de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Les revendications s'étendent, les objets prolifèrent, les situations de blocage se multiplient et par-dessus tout, l'homme se perd dans les choses. L'absence de limite aujourd'hui posée à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé rejaillit sur le domaine de l'inappropriable. Il devient le résidu d'un exercice, non absolu, mais bien illimité de la propriété intellectuelle. L'approche naturaliste de la chose commune, pendante à la définition du bien, nous oblige à ne considérer que les choses abondantes ou inutiles, ou improductives, ou bien encore hors du commerce. Nous serions en grande difficulté de fournir un quelconque exemple dans le domaine de la santé. Sur le droit, ensuite, qui est altéré, car il ne peut rester insensible à une telle pression économique sur son objet. On commencerait par oublier que la propriété intellectuelle est construite comme un régime d'exception à un principe général de liberté de la chose incorporelle ; puis, on admettrait peu à peu son changement de nature la faisant plus relever d'un droit de clientèle, vers un droit de marché ; pour enfin constater sa seule logique utilitariste. Elle mérite tellement mieux.

239.- L'hospitalité de l'objet de la propriété intellectuelle du domaine de la santé à la valeur sociale. La considération de la valeur sociale des objets de la propriété intellectuelle serait, à notre sens, une solution aux accusations dont le droit souffre dans le domaine de la santé. La valeur sociale est identifiable dans les qualités objectivement observables de la chose. Une chose sera valorisée si elle est amenée à remplir une certaine finalité. L'entreprise de recherche d'une finalité nous permettra de conférer à la propriété intellectuelle une « boussole » pour avancer en toute légitimité dans le domaine de la santé. La finalité retenue est celle du progrès social, dont l'avatar pour le domaine de la santé est le progrès médical. Le progrès médical a été défini comme l'accroissement dans le temps des avancées médicales, issues de la science et de la technique, qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social ». Par cette définition, il est important de souligner que le progrès médical ne peut être résumé au progrès technique. La technique n'étant qu'une composante de son contenu. Pour assurer sa pleine effectivité à cette proposition, il fallait s'assurer de sa réception par le droit. Résultat d'une construction, le droit appréhende la valeur-fait-social au travers de la qualification de la chose incorporelle du domaine de la santé dans les catégories juridiques de création et de chose commune. Les avantages d'une telle conception sont multiples. Sur le droit, dans un premier temps, qui ne se pense plus en termes d'accumulation et d'investissement, mais au travers d'une logique de progrès, il peut se passer d'un recours

systematique à des droits extérieurs pour tenter de trouver son équilibre. Finalisé de l'intérieur, il acquiert également une légitimité en retrouvant les contours de son objet. Restaurer la propriété intellectuelle dans le régime d'exception, duquel elle avait été sortie par la valeur économique, est essentiel. C'est ainsi que seront exceptionnellement qualifiées de créations, les choses incorporelles qui bénéficient d'une double valorisation. D'un côté, la « valeur-travail » révèle la chose incorporelle, d'un autre, la valeur sociale vient justifier son statut. Le régime de cet objet est également élaboré autour de la préoccupation de l'accès, puisqu'un accès économique réservé est indéfectible de l'accès intellectuel ouvert. Les contours de cet objet étant strictement délimités, le reste des choses incorporelles du domaine de la santé par principe est qualifié de choses communes et bénéficie du régime de l'usage commun, égal, libre et gratuit. Cette compréhension ouverte de la catégorie des choses communes est essentielle pour le progrès médical puisqu'elle apparaît comme la source de science dans laquelle puiseront toutes les techniques.

Cette méthode étant dégagée, il devient alors nécessaire de mesurer son impact sur les objets, et incidemment sur le droit de la propriété intellectuelle. Animée de la valeur sociale, quelle finalité servira l'appropriation de l'objet du droit des brevets, celui du droit des marques ou celui du droit d'auteur ? Pour répondre à ces interrogations, dans la seconde partie de l'étude, nous proposons une grille de lecture, élaborée à partir des précédents enseignements, de l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé.

240.- L'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé (Schéma de synthèse)



PARTIE 2

LA MISE EN PERSPECTIVE DE LA VALEUR SOCIALE DANS L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

« Enfin, l'espèce humaine doit-elle s'améliorer, soit par de nouvelles découvertes dans les sciences et dans les arts, et par une conséquence nécessaire, dans les moyens de bien-être particulier et de prospérité commune ; soit par des progrès dans les principes de conduite et dans la morale pratique ; soit enfin par le perfectionnement réel des facultés intellectuelles, morales et physiques, qui peut être également la suite, ou de celui des instruments qui augmentent l'intensité et dirigent l'emploi de ces facultés, ou même de celui de l'organisation naturelle de l'homme ? ».

CONDORCET¹¹⁶⁰

241.- Les interrogations d'hier, les solutions d'aujourd'hui. À cette interrogation, CONDORCET répondra positivement à la fin de son étude. Nous apporterons notre réponse à cette question après avoir étudié l'influence du progrès médical sur la propriété intellectuelle, à travers le droit des brevets, le droit des marques et le droit d'auteur.

242.- La délimitation de l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. L'objet de la propriété intellectuelle est limité dans son existence. La réaffirmation de la propriété intellectuelle comme un régime d'exception, qui semblait avoir été perdu après

¹¹⁶⁰ J.A.N. de CARITAT CONDORCET, *l'Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1793), Paris, J. Vrin, 1970, p. 205.

l'immixtion de la valeur économique, implique une délimitation de l'objet de l'appropriation. Plus précisément, la création pour exister doit expressément avoir été prévue par une disposition légale. Lorsqu'elle ne l'a pas été, elle ne pourra pas être appropriée. La conséquence d'un tel régime d'exception est son interprétation stricte. L'objet prévu par le Code de la propriété intellectuelle devra être strictement entendu. Cette délimitation vient grossir le domaine de l'inappropriable. Lui, qui était souvent vu comme le résidu d'un domaine de la propriété en « irrésistible ascension », devient alors l'enjeu de la protection. Par principe, les choses incorporelles du domaine de la santé sont donc inappropriables. Par exception, par un texte, elles le deviennent. Nous retiendrons, les principaux droits de propriété intellectuelle en rapport avec le domaine de la santé, à savoir le droit des brevets, le droit des marques, le droit d'auteur pour mettre en perspective cette réalité. C'est ainsi que respectivement l'invention, le signe, et l'œuvre devront être interprétés strictement, permettant au domaine de l'inappropriable qui les entoure de rayonner librement. Nous soutiendrons cette idée tout au long de nos développements. Mais son intérêt réside dans la finalité que la règle de droit doit remplir. En effet, dire que la création doit être interprétée strictement dans le domaine de la santé est, certes, suffisamment important pour le croire à son simple énoncé, mais apparaît beaucoup plus probant si cette délimitation est mise en œuvre pour remplir un but, pour tendre à la réalisation d'une finalité. Là réside la démonstration.

243.- La finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. La valeur sociale contenue dans les objets du domaine de la santé conduit à la découverte de la finalité de la propriété intellectuelle dans ce domaine. Il s'agit du progrès médical, un sous-domaine du progrès social. Le progrès médical a été défini comme l'accroissement dans le temps des avancées médicales, issues de la science et de la technique, qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social ». La réception de cette finalité dans le droit permet de la reconnaître dès la constitution des droits. Il n'est donc plus nécessaire de penser la finalité, comme une limite à l'exercice d'une propriété intellectuelle absolue. Elle fixe un but à réaliser par le moyen du droit et cela dès son existence. Qu'il s'agisse de la norme d'appropriation ou de la norme d'inappropriation aux créations du domaine de la santé, elles poursuivent cette finalité de progrès médical. En d'autres termes, lorsqu'une disposition légale prévoit, à titre exceptionnel, l'appropriation d'une chose, c'est pour réaliser un but précis, en l'occurrence si nous sommes dans le domaine de la santé, ce sera pour réaliser le progrès médical.

Mais le droit des brevets, le droit des marques, le droit d'auteur concourent-ils tous de la même manière à la réalisation du progrès médical ? En d'autres termes, l'appropriation d'une invention, d'un signe ou d'une œuvre remplit-elle le même rôle pour la réalisation du progrès médical ? Ne pourrait-on pas éloigner le droit des brevets, qui par son lien avec l'innovation, participe directement au processus d'accroissement des avancées médicales ? Quelle serait alors la finalité du droit des marques et du droit d'auteur ? Même indirectement, comment l'appropriation d'une œuvre ou d'un signe peut-elle contribuer au progrès médical ?

La réponse à ces questions est contenue dans la définition du progrès médical. Il s'agit non seulement d'un *accroissement* des avancées médicales, mais cet accroissement doit être inscrit *dans le temps*. De toute évidence, le droit des brevets¹¹⁶¹ devient alors le droit privilégié pour générer ces avancées médicales (*Titre 1*), le droit des marques et le droit d'auteur réceptionneront le progrès médical pour sa diffusion dans le temps (*Titre 2*).

¹¹⁶¹ Le droit des brevets doit être entendu comme l'ensemble des dispositions qui ont vocation à s'appliquer à l'objet du droit des brevets, l'invention. Il a été précisé dans notre propos introductif que c'est bien l'invention et non le droit qui était l'objet du droit des brevets.

TITRE 1

LE DROIT DES BREVETS, GENERATEUR DE PROGRES MEDICAL

244.- Finaliser l'appropriation de l'invention dans le domaine de la santé. Il ne peut être discuté que le droit des brevets est le « droit roi » de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Une grande majorité des objets qui composent notre domaine de la santé en sont issus. Il nourrit ce domaine parce qu'il est moteur de créations susceptibles d'améliorer l'état de santé des personnes. Mais nous avons eu l'occasion de mesurer ses effets dévastateurs, lorsqu'illimité et cautionné par une valeur économique, il s'étend à tout objet. Un roi, certes, mais qui doit être maintenu dans son enceinte sacrée. En effet, le régime d'exception appliqué à la propriété intellectuelle impose de ne considérer comme objet du droit des brevets, que l'invention, telle que prévue à l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. Il sera donc important de revenir à son acception la plus stricte permettant d'éviter les graves atteintes causées par des revendications larges.

Pour cela, il sera nécessaire de qualifier cet objet au regard de la double valorisation. D'une part la « *valeur-travail* » permettra de l'identifier d'autre part la *valeur sociale* justifiera cette appropriation.

Cette dernière valorisation a pour conséquence d'assigner à toutes les dispositions qui s'exerceront sur l'invention du domaine de la santé de poursuivre une finalité de progrès médical. Cette lecture de l'objet du droit des brevets dans le domaine de la santé est intimement liée à la finalité de progrès médical que l'appropriation remplit. Si le lien peut paraître évident entre le droit des brevets et l'accroissement des avancées médicales, le droit des brevets ne serait-il pas un « faux-ami » du progrès médical ? En effet, on pourrait entendre la réalisation du progrès médical par la multiplication incessante des inventions qui contribuent à cet accroissement des avancées médicales. Le domaine de l'appropriable s'élargirait d'autant. Mais est-ce le sens que nous souhaitons donner au progrès médical ? Le progrès social, et *a fortiori*, le progrès médical ne sont-ils pas pénétrés d'une dimension non marchande qui fait leur singularité ? De plus, les avancées médicales sont-elles seulement composées par le produit de la technique ?

Si l'on souhaite préserver la science pour pouvoir assurer les avancées médicales dans le temps, et procurer le bien-être social, l'amélioration de la santé – en bref, le progrès médical –

il est alors nécessaire de délimiter le domaine de l'objet de la propriété intellectuelle. C'est en cela que les liens entre le progrès médical et l'interprétation stricte de l'objet sont intimes. Il conviendra donc dans un premier temps de s'attacher à cette démonstration (*Chapitre 1*).

245.- Finaliser la circulation de l'invention dans le domaine de la santé. La finalité n'imprègne-t-elle que les normes d'appropriation ? Ne retrouve-t-on pas des dispositions affectant la circulation du bien au regard de sa valeur sociale ? Il n'y aurait donc pas que l'appropriation de l'objet du droit des brevets qui serait pénétrée de la finalité de progrès médical. Tout le droit des brevets dans le domaine de la santé devrait être lu à la lumière de la valeur sociale découverte dans l'objet de la propriété intellectuelle. Que se passe-t-il au niveau de la circulation lorsque l'appropriation de l'objet était induite ? Autrement dit, lorsqu'elle ne servait pas la finalité du progrès médical ? Nous répondrons à ces différentes questions dans un second temps, à propos de la circulation de l'objet du droit des brevets (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1

L'APPROPRIATION FINALISÉE DE L'OBJET DU DROIT DES BREVETS DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

246.- Comment délimiter efficacement l'objet du droit des brevets ? La catégorie juridique de la création, et plus précisément en droit des brevets, est une catégorie fermée. En effet, du fait de l'interprétation stricte de l'objet de la propriété intellectuelle, tout objet du domaine de santé, c'est-à-dire toute chose incorporelle qui affecte directement ou indirectement l'état de santé des personnes, ne pourra pas être considéré automatiquement comme une invention. La définition qui sera proposée de l'invention contribue à son acception la plus stricte qui correspond au régime exceptionnel de la propriété intellectuelle. Cette délimitation de l'objet appropriable est importante et constitue une partie essentielle de notre recherche.

Mais même la définition la plus stricte de l'invention pourrait céder devant la pression des objets du domaine de la santé, qui sollicitent aujourd'hui une protection. Il est nécessaire de la coupler avec la finalité de progrès médical assignée à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. A partir de là, quels seront les objets qui seront susceptibles d'être appropriés ? Et inversement, lesquels devront impérativement être maintenus hors des velléités monopolistiques ? Comment la circonscription de l'objet de la propriété intellectuelle se justifie-t-elle ?

247.- La finalisation de l'objet du droit des brevets. Il sera dans un premier temps nécessaire de démontrer que la double valorisation de certains objets (« valeur-travail » et valeur sociale) les conduit à la qualification d'invention. Une fois l'objet identifié, il faudra alors l'affiner au regard des conditions d'appropriation, auxquelles est assignée la finalité de progrès médical. A travers la valeur sociale des objets, objectivement observable, il sera possible de déterminer si leur appropriation engendrera le progrès médical (*section 1*). Inversement, certains objets impliquent leur nécessaire maintien dans la sphère de l'inappropriable, il en va de leur protection et de la réalisation du progrès médical (*section 2*). Dès lors se dessinent les catégories juridiques que nous avons précédemment présentées de création et de chose commune. Cet ordre de présentation permet de définir strictement, en premier, l'objet de la propriété intellectuelle, afin de pouvoir aisément classer toutes les autres

choses dans la sphère de l'inappropriable. Elle n'est en aucun sens la considération que cette sphère de l'inappropriable est une catégorie résiduelle.

Section 1

L'interprétation stricte de l'objet breveté dans le domaine de la santé

248.- La légitimation de la norme d'appropriation. La recherche de la finalité de la règle de droit permet de mieux asseoir sa légitimité et son acceptation sociale. Pour la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, toutes les dispositions doivent être tournées vers la réalisation du progrès médical. *Or, c'est la valeur sociale de certains objets qui nous indique le sens de la norme.* Ainsi, la valeur sociale de certains objets du domaine de la santé permet de considérer que par leur appropriation *via* le droit des brevets, ils contribueront au progrès médical. En somme, la qualification d'invention ne sera donnée qu'aux choses incorporelles du domaine de la santé, qui par leur appropriation permettent de réaliser le progrès médical. Plus précisément, elles constitueront des avancées médicales qui assureront le « bien-être social », l'amélioration de la santé.

La recherche de la valeur sociale de ces objets est d'ailleurs particulièrement intéressante si l'on considère qu'elle n'a pas toujours été considérée de la même manière selon les époques. En effet, la valorisation de certaines choses du domaine de la santé n'a pas toujours conduit à une réponse identique sur la réalisation du progrès médical, et par voie de conséquence sur la norme d'appropriation. Parfois, le progrès médical était réalisé par le maintien des médicaments dans la catégorie des choses communes, parfois, il était assuré par leur appropriation. Ce qui signifie bien que nous sommes en présence d'un fait social, dynamique, et non d'une nature des choses figée dans le temps. Cette première justification historique de l'existence et de la considération de la valeur sociale des choses sera examinée en premier lieu (*paragraphe préliminaire*).

249.- La nécessaire délimitation de l'objet du droit des brevets. Par la suite, nous nous attacherons à avoir une définition stricte à la fois de l'objet de l'appropriation et des conditions d'appropriation qui permettent de le faire passer du stade d'appropriable à approprié. C'est-à-dire, qu'il conviendra de rechercher la définition de l'invention qui

correspond au mieux à la finalité du progrès médical (*paragraphe 1*) et d'interpréter les conditions d'appropriation dans ce sens également (*paragraphe 2*).

Paragraphe Préliminaire

Le passé contrasté de l'objet de santé en droit des brevets : de l'objet de science à la matière industrielle¹¹⁶²

250.- Les débuts de la brevetabilité des médicaments (1791-1844) : priorité à l'essor des avancées médicales. Très vite les tensions autour de la valeur sociale des objets du domaine de la santé sont apparues, influençant l'existence même de l'appropriation ou le régime de la propriété. Succinctement, nous rappellerons les vicissitudes rencontrées par le droit des brevets dans le domaine de la santé au cours des deux précédents siècles. Les produits de santé ne se sont pas toujours prêtés de bonne grâce à une appropriation exclusive, alors qu'ils ont porté un précieux concours aux grandes avancées thérapeutiques. À la fin du XVIII^e siècle, la première loi sur le brevet d'invention¹¹⁶³ est rapidement apparue en contradiction avec les lois relatives à la réglementation de l'activité pharmaceutique. Mais il ne s'agissait pas de poser des limites internes à des droits, pour lesquels on ressentait encore l'euphorie de

¹¹⁶² La littérature en matière d'Histoire de la pharmacie est foisonnante, v. notamment : M.-O. ANDRADE *Pharmacie de toujours*, C. Bonneton, 1979. – J.-P. BENEZET, *Pharmacie et médicament en Méditerranée occidentale*, H. Champion, 1999. – A. BLONDEAU, *Histoire des laboratoires pharmaceutiques en France et de leurs médicaments*, Ed. du Cherche-Midi, 1994. – P. BOUSSEL, *Histoire de la pharmacie ou 7000 ans pour soigner l'homme*, Edition de la porte verte, 1978 et *Histoire illustrée de la pharmacie*, Guy le Prat, 1949. – F. CHAST, *Histoire contemporaine des médicaments*, Ed. La Découverte, 1995. – S. CHAUVEAU, *L'invention pharmaceutique*, Sanofi-Synthélabo, 1999. – J.-C. DOUSSET, *Histoire des médicaments des origines à nos jours*, Payot, 1985. – L. DULIEU, *La pharmacie à Montpellier de ses origines à nos jours*, Presses universelles, 1973. – C. LEFEBURE, *La France des pharmacies anciennes*, Privat, 1999. – M. RUFFAT, *La recherche historique sur l'industrie pharmaceutique en France et à l'étranger*, *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1995, n°305, p. 187. – K. WITTOP et A. DIRK, *L'art et la pharmacie*, De IJsel, 1964. On citera également l'exposition montpelliéraine sur « *La pharmacie des origines à nos jours, à travers les documents montpelliérains* », les 24 et 29 mai 1965, et relatée dans la *Revue d'Histoire de la pharmacie*, 1965, n°185, p. 345.

¹¹⁶³ Il s'agit du Décret des 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791, relatif aux auteurs de découvertes utiles, adopté par l'Assemblée Nationale Constituante. Dès le préambule, il rapproche la propriété intellectuelle à une propriété foncière : « Ce serait attaquer les droits de l'Homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la propriété de son auteur », in, A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques, Une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, 2001, p. 30. On cite traditionnellement aux côtés de cette loi le Décret d'Allarde supprimant les jurandes et les maîtrises, du 25 mai 1791 (attaché à la loi des 2-17 mars 1791, sur la liberté du commerce et de l'industrie – qui supprima le monopole pharmaceutique pendant 17 jours seulement, in G. DILLEMANN, *Le monopole pharmaceutique et le décret du 2 mars 1791*, *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1980, n°247, p. 235.). Sur la pratique des jurandes et des maîtrises, v. R. POPLAWSKI, *Traité de droit pharmaceutique*, éd. JurisClasseur, 1950, n°25 et s. , p. 37 et s.

leur découverte¹¹⁶⁴. En effet, un conflit naissait entre le monopole de l'inventeur et le monopole des pharmaciens, qui portait sur la fabrication et la vente des médicaments, lorsque l'inventeur du médicament n'était pas pharmacien lui-même. Or, pour qu'une invention pharmaceutique soit commercialisable, il fallait qu'elle reçoive l'agrément des professions médicales pour son inscription au Codex, l'unique pharmacopée publiée sous contrôle étatique¹¹⁶⁵. Les autres substances, celles n'ayant pas reçu les validations nécessaires, quand bien même elles auraient été l'objet d'un brevet, étaient appelées « remèdes secrets » et suivaient des circuits de distribution parallèles¹¹⁶⁶. Une des causes à cette circulation des remèdes secrets tient au fait que le monopole pharmaceutique n'a été consacré que par la loi du 21 Germinal an XI, laissant s'installer tous types de commerce¹¹⁶⁷. Pour autant, le caractère secret de ces remèdes perdurait, même lorsque les sociétés de médecine approuvaient l'inscription au Codex et la distribution, car l'inventeur avait le droit de ne pas divulguer la composition de son invention. La plupart du temps, le conflit de monopole se résolvait par la cession de la patente de l'inventeur au pharmacien et donnait lieu aux premières discussions sur le prix des médicaments brevetés. Puis, à partir d'un décret du 18 août 1810 sur les « remèdes secrets », l'État proposa le rachat de toutes inventions pharmaceutiques, comme une alternative au brevet, afin de les placer dans le domaine public,

¹¹⁶⁴ En ce sens, M.-A. HERMITTE, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudiciarisation, L'exemple des droits intellectuels*, A.D.P. 1985, t. XXX, p. 331 et spéc. p. 336 : « mais le législateur révolutionnaire, qui voulut reconnaître à l'inventeur et à l'auteur un droit aussi noble, aussi total que le droit de propriété, ne pensa pas d'emblée à jeter les limites anciennes sur ce nouvel objet du droit de propriété qu'était l'œuvre de l'esprit. Il fallut une longue confrontation avec les faits pour identifier les catégories de biens ou de valeurs intellectuelles qui résistaient pas nature à l'appropriation ».

¹¹⁶⁵ Les professeurs des Écoles de médecine et de pharmacie rédigent les formulaires du Codex. La première édition de cette pharmacopée a été éditée en 1818. Si les médicaments ne sont pas décrits par le Codex ou validés par les Écoles de médecine, on les appelle les « remèdes secrets ».

¹¹⁶⁶ L'histoire des « remèdes secrets » ne débute pas au XIX^e siècle. En effet, comme le raconte M. BOUVET (in, M. BOUVET, *Histoire sommaire du remède secret, Revue d'histoire de la pharmacie*, 1957, n°153, p. 1 et s.) le remède secret remonte aux premiers âges de l'humanité avec les découvreurs des propriétés médicamenteuses des règnes animal, végétal ou minéral. Sur ce thème, v. aussi : H. BONNEMAIN, *Remèdes secrets, Revue d'histoire de la pharmacie*, 2001, n°332, p. 471. – C. CHARLOT, *Les tribulations d'un remède secret et la législation française, Revue d'histoire de la pharmacie*, 2002, n°335, p. 395. – A. GEORGIN, *Cent ans après la loi de Germinal, René Cerbelaud attaque les remèdes secrets, Revue d'histoire de la pharmacie*, 2005, n°346, p. 257. – C. WAROLIN, *Le remède secret en France jusqu'à son abolition en 1926, Revue d'histoire de la pharmacie*, 2002, n°334, p. 229.

¹¹⁶⁷ L'article 25 de la loi du 21 Germinal an XI dispose : « Nul ne pourra obtenir de patente pour exercer la profession de pharmacien, d'ouvrir une officine de pharmacie, de préparer, de vendre et débiter aucun médicament, s'il n'a été reçu suivant les formes voulues jusqu'à ce jour, ou s'il ne l'est dans une des écoles de pharmacie ou par l'un des jurys, suivant celles qui sont établies par la présente loi, et après avoir rempli toutes les formalités qui sont prescrites ».

libre d'accès aux professions médicales¹¹⁶⁸. L'inventeur avait dès lors autant d'avantages à vendre son invention à l'État que d'obtenir un droit exclusif et le céder pour fabrication aux pharmaciens. La différence résidait dans la connaissance de la composition qui était ainsi offerte au public et dans la vérification possible de son innocuité. Les bienfaits thérapeutiques de l'invention n'étaient pas exigés au titre des conditions de brevetabilité¹¹⁶⁹ et pouvaient circuler des « remèdes secrets » dangereux¹¹⁷⁰. Mais le système de rachat aussi intéressant qu'il puisse paraître en théorie, n'a pas vraiment fonctionné en pratique, à cause, d'une part, de la difficile évaluation des médicaments et d'autre part, de la limite des fonds publics¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁸ Selon le décret du 18 août 1810 relatif aux remèdes secrets, l'argument principal pour le rachat de ces inventions pharmaceutiques était expliqué ainsi : « Nous avons reconnu qu'il si les remèdes sont utiles au soulagement des maladies, notre sollicitude pour le bien de nos sujets doit nous porter à en répandre la connaissance et l'emploi, en achetant des inventeurs la recette de leur composition ; que c'est pour les possesseurs de tels secrets un devoir de se prêter à leur publication et que leur empressement doit être d'autant plus grand qu'ils ont plus de confiance dans leurs découvertes », in, G. DILLEMANN, *Les remèdes secrets et la réglementation de la pharmacopée française*, *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1976, n°228, p. 39. Ces médicaments peuvent alors recevoir la qualification de biens publics. D'autant que le prix des remèdes secrets était souvent bien plus élevé que celui des spécialités pharmaceutiques, in, M. BOUVET, *L'évolution des prix du remède secret et de la spécialité*, *Revue d'histoire de la pharmacie* 1945, n°114, p. 40. Dans le même temps, le décret supprimait toutes les permissions accordées précédemment aux inventeurs ou propriétaires de vendre ou de débiter leurs remèdes, afin de se protéger des charlatans.

¹¹⁶⁹ Alors que tel n'était pas le cas, lors de l'octroi des privilèges exclusifs sous la monarchie. L'anecdote très instructive des multiples sollicitations d'un privilège exclusif pour un sirop antivermineux montre à quel point l'impartialité et le sérieux des membres de la Société royale de médecine n'étaient pas toujours de rigueur (in, J. LEMLI, *Histoire de l'approbation d'un sirop antivermineux par la Société royale de médecine*, *Revue d'histoire de la pharmacie*, 2004, n°341, p. 19). M. CASSIER explique : « De surcroît, la délivrance des brevets français se faisait sans examen de l'objet breveté, conformément à l'esprit libéral qui avait fondé la loi sur la propriété intellectuelle » (in, M. CASSIER, *Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004*, *Entreprises et Histoire*, Octobre 2004, n°36, p. 29, et spéc. p. 31). A l'inverse, pour l'inscription du médicament au Codex, l'Agence de médecine effectue à la fois un contrôle de l'usage thérapeutique, mais également de la nouveauté du médicament. L'auteur cite l'exemple des dragées de moutarde : « Il n'est pas besoin de vous faire remarquer qu'il n'y a pas le moindre mérite d'invention dans les dragées du sieur Hémet ; que le procédé qui consiste à recouvrir de sucre une amande, une graine, est depuis longtemps dans le domaine public ; qu'aucun brevet ne peut en adjuger le monopole à un individu, de manière à empêcher toute autre personne d'en faire usage comme il l'entendra ».

¹¹⁷⁰ Dans l'exposé des motifs de la loi du 21 Germinal an XI (11 avril 1803, contenant organisation des écoles de pharmacie et sur la police de la pharmacie), le conseiller d'État FOURCROY expliqua : « La liste des remèdes secrets ou des compositions particulières que les journaux annoncent chaque jour, même chez des pharmaciens de Paris, prouve un relâchement dangereux dans cette partie de la police et une licence dont le plus grand nombre des hommes de l'art gémit et se plaint avec raison », in R. POPLAWSKI, *Traité de droit pharmaceutique*, éd. JurisClasseur, 1950, n°844, p. 519. On remarque d'ailleurs que, de très longue date, lettres patentes (vagues ancêtres du brevet), remèdes secrets et charlatanisme étaient associés, comme dans la *Satire contre les Charlatans* de Sonnet de Courval (1610). Cette loi a pour objet notamment d'interdire les remèdes secrets.

¹¹⁷¹ Sur environ 1500 demandes entre 1810 et 1844, seules 6 formules de médicaments ont donné lieu à un rachat (in, M. CASSIER, *Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004*, préc., n°36, p. 29, et spéc. p. 33 et G. DILLEMANN, *Les remèdes secrets et la réglementation de la pharmacopée française*, *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1976, n°228, p. 41).

Au-delà de cette interaction monopolistique, le brevet sur les médicaments était également mal accepté lorsque l'invention consistait en la simple modification d'une substance préalablement existante, ce que l'on nommerait aujourd'hui la seconde application thérapeutique¹¹⁷². Ces deux derniers arguments ont concouru à l'interdiction de la brevetabilité des médicaments dans la loi sur les brevets du 5 juillet 1844. Mais les principaux motifs de cette loi consistaient en la lutte contre le charlatanisme¹¹⁷³ et surtout, la nécessité de préserver la santé publique de tout monopole¹¹⁷⁴.

251.- L'exclusion des médicaments de la brevetabilité en 1844 : priorité à l'accès aux avancées médicales. 1844, est une date clé dans l'histoire de la brevetabilité des médicaments. Il est clair qu'il s'agit de la première fois que la valeur sociale d'objets du domaine de la santé permet d'invalider la norme d'appropriation. Plus précisément, le progrès médical ne se réalisant pas par l'appropriation, ces objets doivent être maintenus à l'accessibilité de tous. Cette interdiction a suscité des réactions mitigées¹¹⁷⁵. L'ajustement du droit des brevets par l'article 3 de la loi du 5 juillet 1844¹¹⁷⁶, démontre à quel point la société

¹¹⁷² Les contestations de l'Académie de médecine ont été recueillies lors de la séance du 28 avril 1840 : « ...comme il est facile en prenant pour point de départ une formule connue d'y faire quelques changements sans importance, d'y remplacer, par exemple, une ou deux substances analogues, on pourrait avec une formule faire une multitude d'autres formules qui seraient appelées nouvelles et qui donneraient lieu à des demandes de brevet d'invention » (*in*, Académie de médecine, Séance du 28 avril 1840, *Bulletin de l'Académie Royale de Médecine*, t. III, 1839).

¹¹⁷³ Qu'est-ce qu'un charlatan ? Un manuscrit du XVII^e siècle en donne cette définition : « C'est un homme qui par des termes extraordinaires et incompréhensibles, par des apparences spécieuses et affectées, par des flatteries abusives et frauduleuses, et par des promesses aussi vaines que dommageables, abuse de la facilité, de l'ignorance et de la bonne foy des malades », *in*, H. BONNEMAIN, *Charlatans, Revue d'histoire de la pharmacie*, 1963, n°179, p. 233. V. également, P. JULIEN, *Une curieuse représentation du charlatan, Revue d'histoire de la pharmacie*, 1974, n°222, p. 181.

¹¹⁷⁴ En ce sens, v. notamment J. FOYER et M. VIVANT, *Le droit des brevets*, PUF, 1990, p. 155 : « le législateur avait été guidé par un double souci, celui de ne pas encourager le charlatanisme et celui d'éviter une spéculation sur un produit qui pourrait se révéler d'une particulière utilité ».

¹¹⁷⁵ GAY-LUSSAC, membre du Comité consultatif des Arts et Manufactures était un défenseur de la brevetabilité des produits de santé et la justifiait ainsi, lors de la séance du 24 mars 1843 à la Chambre des Pairs : « L'état de choses établi par la loi de 1791 [la brevetabilité des remèdes] a été maintenu jusqu'à ce jour à l'égard de la pharmacie, et certes le moment de le changer serait bien mal choisi, aujourd'hui que cet art a fait des progrès immenses. Quel contraste offrait notre loi avec celle de 1791 ? A cette dernière époque, les préparations pharmaceutiques n'étaient la plupart du temps que des mixtures, plus ou moins compliquées, vagues, mal définies, et la loi des brevets les accepta, leur étendit sa protection. En 1843, les préparations pharmaceutiques sont des composés bien nets, préparés en grand, formant un objet de commerce intérieur et d'exportation et nous les proscriptions ? » (GAY-LUSSAC, Chambre des Pairs, séance du 24 mars 1843, cité par, M. CASSIER, *Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004*, préc., n°36, p. 29, et spéc. p. 34).

¹¹⁷⁶ L'article 3 de la loi du 5 juillet 1844 dispose : « Ne sont pas susceptibles d'être brevetés les compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce, lesdits objets demeurant soumis aux lois et règlements spéciaux sur la matière et notamment au décret du 18 août 1810, relatif aux remèdes secrets ».

est moins attachée à la protection des droits de propriété de l'inventeur sur son invention qu'à la période révolutionnaire¹¹⁷⁷. Et pourtant, le génie inventif des pharmaciens, en plein essor, est unanimement reconnu¹¹⁷⁸. Or, les débats d'hier ne sont pas tant éloignés de ceux d'aujourd'hui et à l'effet privatif qu'instaure la propriété intellectuelle était le plus souvent rétorqué les progrès qu'elle offre en médecine¹¹⁷⁹. L'exemple de la quinine a été particulièrement cité dans les débats, à l'appui de la brevetabilité des médicaments¹¹⁸⁰, étayant la thèse du nécessaire retour sur investissement de l'inventeur pour un travail long et coûteux. On remarquera à quel point les discussions de l'époque reposaient sur les considérations d'axiologie économique précédemment développées. L'essor du libéralisme économique au XIX^e siècle en est très certainement la cause¹¹⁸¹. Le propos de BETHMONT à la Chambre des députés illustre comment les valeurs travail et utilité justifient l'attribution d'une propriété exclusive, sans considération objective de l'objet sur lequel elle porte : « L'inventeur du sulfate de quinine était-il l'inventeur d'un remède utile ? Avait-il eu droit par son travail et sa création à une propriété ? »¹¹⁸². Ce qui causera la perte du brevet sur le médicament est son

¹¹⁷⁷ Par exemple, le brevet d'importation est supprimé, car considéré comme « une prime étrange accordée à une simple pérégrination industrielle », G. HUARD et PELLETIER, *Répertoire de législation et de jurisprudence en matière de brevet d'invention*, Paris, 1885, p. 183-184.

¹¹⁷⁸ T. LEFEBVRE, *Le génie inventif des pharmaciens, brevets d'invention 1836-1852, Revue d'Histoire de la pharmacie*, 1994, n°302, p. 277. La richesse de cette recherche effectuée à partir du *Catalogue des Brevets d'Invention*, publié annuellement et géré depuis 1951 par l'INPI est un reflet des modes sociales, des archaïsmes et des bouleversements de la profession de pharmacien au XIX^e siècle. Leur génie ne s'arrête d'ailleurs pas aux portes du domaine pharmaceutique, à en croire P. JULIEN, *Quelques inventions extra-pharmaceutiques de pharmaciens français sous le I^{er} Empire*, *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1986, n°271, p. 275.

¹¹⁷⁹ En ce sens, v. notamment G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, Tome 2, Paris, Marchal et Billard, 1906, p. 58 : « Le principal argument invoqué dans la discussion fut le danger qu'il y aurait à autoriser pour les drogues pernicieuses la délivrance d'un brevet qui en faciliterait la vente. Depuis, on a souvent fait valoir en outre que l'humanité a un trop pressant besoin de la médecine et de tout ce qui s'y rattache, pour qu'un droit exclusif puisse être reconnu à l'inventeur d'un remède ».

¹¹⁸⁰ En ce sens, les propos du Baron DUPIN à la Chambre des Pairs, lors de la séance du 24 mars 1843 : « Quoi, vous n'accorderiez pas un brevet à une découverte égale à celle du sulfate de quinine, non seulement comme bienfait de l'humanité, mais comme objet d'un grand commerce avec l'étranger ? En effet, l'exportation de ce sulfate a promptement pris une grande extension ». (Baron DUPIN, Chambre des Pairs, séance du 24 mars 1843, cité par, M. CASSIER, *Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004, Entreprises et Histoire*, Octobre 2004, n°36, p. 29, et spéc. pp. 34-35). V. également, A. BELTRAN, S. CHAUVEAU, G. GALVEZ-BEHAR, *Des brevets et des marques, Une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, 2001, p. 33.

¹¹⁸¹ Déjà dans le décret de 1791, les conditions nécessaires à la brevetabilité sont la nouveauté et l'utilité : « toute idée nouvelle dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société », tel est écrit dans le préambule du décret (in, Y. JEANCLOS, *Les brevets d'invention en France à l'époque révolutionnaire, recherches sur l'objet brevetable*, Mélanges offert à J.-J. BURST, Litec, 1997, p. 19).

¹¹⁸² Et ajoutant : « Mais il ne faut pas dire que parce qu'ils rendent à la société des services éminents, plus éminents sont les services, plus sûre est l'industrie qu'ils exercent, et moins est profitable l'art auquel ils se livrent » (BETHMONT, Chambre des députés, séance du 11 avril 1844, cité par, M. CASSIER, *Brevets*

assimilation à une marchandise comme les autres : « Ainsi, en principe, un brevet peut être délivré pour un remède comme pour une balance, comme pour une machine à forer des canons, comme pour une presse monétaire. L'usage seul de ce brevet peut devenir contraire aux lois et ce n'est que cet usage qui peut être atteint par la loi pénale »¹¹⁸³. Et pourtant, la sensibilité du médicament, sa valeur sociale, par rapport aux autres marchandises impose une particulière vigilance et notamment, par rapport aux actes de charlatanisme¹¹⁸⁴. L'exclusion de la brevetabilité, et donc des circuits parallèles de distribution, était donc un moyen de sécuriser le marché des produits de santé¹¹⁸⁵. De plus, les adversaires au brevet soulevaient l'existence de protections alternatives, comme notamment celui du rachat des inventions par l'État. Mais on sait que ce louable projet n'était que chimère. Enfin, la première friction entre l'appropriation et le libre accès dans le domaine de la santé est historiquement datée. C'est lors des discussions sur la loi de 1844, que l'opposition des logiques de la propriété intellectuelle et de la santé publique a émergé. Les propos de BARTHE à l'époque sont éloquents : « Il y a d'après la loi et le simple bon sens incompatibilité entre une composition pharmaceutique utile à l'humanité et une exploitation exclusive au profit d'un seul »¹¹⁸⁶. Ainsi, le progrès médical ne pouvant être réalisé que par le maintien de la composition

pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004, Entreprises et Histoire, Octobre 2004, n°36, p. 29, et spéc. p. 35). On remarque d'ailleurs que les commentateurs de l'époque de la loi de 1844 recherchent avant tout pour la protection : « un objet utile à l'industrie, quelque faible que soit d'ailleurs son utilité », in E. BLANC, *L'inventeur breveté*, Paris, De Cosse, 1852, p. 430-431.

¹¹⁸³ CUNIN-GRIDAINÉ, ministre du Commerce, Chambre des Pairs, séance du 24 mars 1843. On notera toutefois que les inventions relatives au corps humain, sont-elles préservées des vellétés monopolistiques. C'est ainsi qu'un procédé d'embaumement par injection a été déclaré non-brevetable précisément à cause du refus de considérer le corps humain comme une marchandise ordinaire et le classer parmi les objets d'industrie. En va-t-il différemment des médicaments dont la composition chimique, les inscrits plus aisément dans un processus industriel ? Sur ce point, v. notamment, E. BLANC, *L'inventeur breveté*, Paris, De Cosse, 1852, p. 467.

¹¹⁸⁴ À l'exemple de BAUME (1728-1804) quelques apothicaires s'élevèrent contre le charlatanisme : « La Pharmacie est un Art délicat, dans lequel rien ne doit être négligé ; les moindres erreurs en ce genre ont des suites funestes. Comment donc a-t-on pu, jusqu'à présent, tolérer et même accréditer un nombre infini de charlatans et de falsificateurs, qui attentent impunément à la conservation des citoyens, soit par ignorance soit par avidité ? », in C. LEFEBURE, *La France des pharmacies anciennes*, Ed. Privat, 1999, p. 59.

¹¹⁸⁵ En ce sens, v. BARTHE lors de la séance du 25 mars 1843, à la Chambre des Pairs : « On a ajouté que le brevet était accordé aux risques et au péril de celui qui l'obtient ; je conçois cela pour une invention de machines. Mais lorsqu'il s'agit de la santé publique, vous délivrez ce brevet non seulement aux périls de celui qui l'obtient, mais aussi aux risques et périls de la population. Voilà d'où nous vient la nécessité de nous garantir de ces dangers » (BARTHE, Chambre des Pairs, séance du 25 mars 1843, cité par, M. CASSIER, *Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004*, préc., n°36, p. 29, et spéc. p. 35). .

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

pharmaceutique dans la catégorie des choses communes. Finalité assignée à la norme d'inappropriation, nous remarquons que certains déjà réfléchissent à son contournement.

En effet, la doctrine a également eu des réactions contrastées à cette interdiction de la brevetabilité des produits pharmaceutiques. Certains auteurs, à l'instar de POUILLET, estimaient que cette interdiction aurait pu être remplacée par une simple expropriation publique des médicaments les plus utiles¹¹⁸⁷ ou espéraient que l'interdiction n'affecte pas le procédé de fabrication¹¹⁸⁸. La fermeté des propos de M. CHAMPETIER de RIBES est largement approuvée par l'éminent juriste : « Or, il n'est pas permis de confondre, dans la langue du droit, non plus que dans le langage vulgaire, la *composition pharmaceutique*, qui est nécessairement un produit, avec le procédé industriel au moyen duquel la préparation de ce produit peut être facilitée, et de ce que le produit pharmaceutique n'est pas brevetable, il ne s'ensuit nullement qu'un procédé pharmaceutique ne puisse être valablement breveté »¹¹⁸⁹. D'autres comptent sur le nom commercial pour obtenir une alternative à la protection¹¹⁹⁰. Le subterfuge de la qualification de brevet de procédé en lieu et place d'un brevet de produit pour

¹¹⁸⁷ En ce sens, E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 4^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1906, p. 105-106: « Le législateur a craint surtout qu'un inventeur ne pût accaparer un remède nécessaire à la santé publique et spéculer sur cette nécessité même. Ces raisons sont-elles décisives ? On en peut douter et dans tous les cas, le législateur avait un moyen bien simple de protéger la santé publique : c'était de réserver le droit d'acheter les remèdes qu'il jugeait utiles et d'appliquer ici le principe de l'expropriation publique. Cela eût été plus juste que de dépouiller toute une classe d'inventeurs et justement ceux qui lorsqu'ils sont sérieux ont le plus mérité de la reconnaissance publique ». Ce point de vue est partagé par HUARD (*in*, G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, Tome 2, Paris, Marchal et Billard, 1906, p. 60-61) : « S'il arrivait qu'un remède utile ne fût pas mis en vente de façon à satisfaire les besoins des consommateurs, il suffirait que la loi en autorisât l'expropriation. La prohibition prononcée par l'article 3 dépasse le but qu'il faut atteindre et n'est pas commandée par l'intérêt général, elle dépouille injustement ceux qu'elle atteint ».

¹¹⁸⁸ En ce sens, E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, *op. cit.* p. 108 : « Si le médicament en lui-même n'est pas brevetable, il en est autrement du procédé de fabrication de l'appareil propre à le fabriquer. Ainsi il n'est pas douteux qu'on ne puisse breveter un procédé nouveau de préparation de la quinine ou de tel autre alcaloïde végétal, utilisé en médecine ».

¹¹⁸⁹ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 4^e éd., Paris, Marchal et Billard 1906, p. 109.

¹¹⁹⁰ En ce sens, M. BEDARRIDE : « L'auteur (d'un remède) dit-il, n'a jamais manqué d'attacher son nom à sa découverte et de s'en assurer ainsi, en quelque sorte, la propriété. C'est ce nom, en effet, qui fait la célébrité du remède, et il est à l'abri de toute usurpation. Si les autres pharmaciens peuvent composer et débiter le remède, il ne leur est pas permis de s'emparer du nom. L'emploi de celui-ci constitue, non une contrefaçon, mais un acte de concurrence déloyale, que les tribunaux n'ont jamais manqué de réprimer » (cité par E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 4^e éd., Paris, Marchal et Billard 1906, p. 112). En 1883, un auteur, ALLART a répertorié les moyens alternatifs de protection des médicaments, H. ALLART, *De la pharmacie du point de vue de la propriété industrielle*, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1883. Parmi ces modes alternatifs, on trouve, entre autres, le nom commercial (loi de 1824) ou encore le droit des marques (loi de 1857). V. aussi, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°147, p. 101).

une « fabrication » pharmaceutique est efficace¹¹⁹¹, mais controversé¹¹⁹². Alors qu'en théorie, l'assimilation du procédé de fabrication de la substance à la composition pharmaceutique est particulièrement discutable, d'un point de vue politique, il est tout à fait justifié, au regard des motifs de la loi de 1844, d'élargir l'interdiction à un procédé qui seul peut mener à la fabrication d'un remède utile. Et pourtant, l'Office National de la Propriété Industrielle (ONPI) a délivré un nombre conséquent de brevets de procédés pharmaceutiques¹¹⁹³.

Aux côtés de POUILLET, HUARD explique que s'agissant d'une exception posée par l'article 3 de la loi de 1844, celle-ci doit être interprétée strictement¹¹⁹⁴. C'est ainsi qu'ont été assimilés à « des compositions pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce » un thé purgatif¹¹⁹⁵ et de la moutarde en feuille de Rigolot¹¹⁹⁶, mais que les appareils destinés à la médecine ou à la chirurgie n'étaient pas affectés par l'interdiction, comme un appareil orthopédique¹¹⁹⁷ ou un injecteur¹¹⁹⁸. De plus, l'auteur souligne que « la brevetabilité des machines et procédés utilisés pour obtenir un médicament n'est guère contestable, les termes

¹¹⁹¹ M. CASSIER (*in*, M. CASSIER, *Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004*, préc., n°36, p. 29, et spéc. p. 38) cite l'exemple de la Compagnie Parisienne des couleurs d'Aniline dépositaire en France d'un brevet allemand pour le procédé de fabrication de l'antipyrine, ayant des propriétés thérapeutiques (Brevet 166 837, délivré le 5 février 1885). L'entreprise justifie clairement qu'il s'agit d'un brevet de procédé ne pouvant tomber sous le coup de l'interdiction : « Nous spécifions que ce n'est pas le produit lui-même que nous entendons faire breveter, mais simplement le procédé qui nous sert à le fabriquer industriellement, comme nous allons le décrire ».

¹¹⁹² La protection d'un procédé revenait parfois à créer un monopole tout aussi efficace qu'une protection sur le produit pharmaceutique lui-même. La situation s'est retrouvée dans le cas précédemment cité de l'antipyrine : « Or, il est arrivé que pendant les 15 ans qu'a duré le brevet allemand, personne n'a pu faire l'antipyrine par un autre procédé que celui qui avait été découvert par Knorr et breveté par Meister Lucius et la Compagnie Parisienne des Couleurs d'aniline (...). Aucune protestation ne se serait levée si les inventeurs et les premiers fabricants ne les avaient provoqués par leurs agissements abusifs. Le kilogramme d'antipyrine de Knorr coûtait 250 F. Le prix est tombé à 50 F le jour de l'expiration du brevet », *in* D. SENAC, *De la brevetabilité du produit pharmaceutique. Étude de législation comparée*, Paris, Éditions Montchrestien, 1943, p. 47.

¹¹⁹³ Selon les Archives du Comité Techniques de la propriété industrielle de l'INPI, le nombre de demandes serait passé de 10 à 15 par an au début des années 1920 à 60 à 90 par an à la fin des années 1930 (cité par, M. CASSIER, *Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004*, préc., n°36, p. 29, et spéc. p. 40).

¹¹⁹⁴ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, Tome 2, Paris, Marchal et Billard, 1906, p. 58. Alors que, selon notre démonstration, l'exception posée à l'appropriation, exception à l'exception conduit au retour au principe, c'est-à-dire la liberté de toute entreprise sur les choses incorporelles du domaine de la santé.

¹¹⁹⁵ Crim. 17 août 1867, *D.P.* 1868, 1, p. 44.

¹¹⁹⁶ CA Lyon, 29 janvier 1872, *D.P.* 1872, 1, p. 196.

¹¹⁹⁷ Req. 30 mars 1853, *D.P.* 1853, 1, p. 198.

¹¹⁹⁸ Req. 29 juin 1875, *D.P.* 1876, 1, p. 12.

de l'article 3 se rapportent manifestement à des produits, non à des moyens de production »¹¹⁹⁹.

Pour compenser le déficit de l'offre de médicament sur le marché, le décret du 3 mai 1850 réhabilite les remèdes secrets qui auraient été reconnus *nouveaux et utiles* par l'Académie de Médecine et dont les formules approuvées par le ministre de l'Agriculture. Ils pourront alors être inscrits dans les prochaines éditions du Codex¹²⁰⁰.

252.- Le « Brevet Spécial de Médicament » : le compromis. Les prémisses à l'introduction d'un Brevet Spécial de Médicament se situent dans l'entre-deux-guerres. On lit chez les chercheurs français quelques inquiétudes pour résister à la lourde industrie pharmaceutique allemande¹²⁰¹. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'ici la finalité de la norme spéciale ne consistait pas en la poursuite d'un progrès médical, considéré en fonction de la valeur sociale des objets, mais plus par les nécessités économiques d'une compétition se mondialisant. Ce besoin de résistance de l'industrie pharmaceutique française a conduit à la généralisation et à l'encadrement de la délivrance des brevets de procédés pharmaceutiques. Le Comité technique de la propriété industrielle, en charge des contrôles, institua plusieurs points de vérification lors de l'examen d'une demande de brevet. D'une part, une recherche drastique était effectuée pour vérifier qu'il ne s'agit pas d'un brevet de produit. D'autre part, le procédé pour lequel une protection était sollicitée devait conduire à un produit clairement défini. En effet, les examinateurs veillaient à ce que l'on puisse arriver au même résultat par d'autres voies, car sinon la délivrance d'un brevet sur le procédé est assimilable à celle qui serait

¹¹⁹⁹ G. HUARD, *Traité de la propriété intellectuelle*, op. cit. p. 60.

¹²⁰⁰ G. DILLEMANN, *Les remèdes secrets et la réglementation de la pharmacopée française*, *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1976, n°228, p. 39 et spéc. p. 41. Le système dépossédait l'inventeur sans organiser son dédommagement. Ce décret de 1850 sera le dernier avant que le glas des remèdes secrets ne soit sonné par le décret du 13 juillet 1926, dont l'article 1^{er} prévoyait : « Les médicaments simples ou composés, préparés à l'avance en vue de la délivrance au public, ne peuvent être considérés comme remèdes secrets lorsqu'ils portent inscrits sur les flacons, boîtes, paquets et emballages qui contiennent ou enveloppent les produits, le nom, la dose de chacune des substances actives entrant dans leur composition, ainsi que le nom et l'adresse du pharmacien qui prépare le médicament ».

¹²⁰¹ Le modèle allemand est tout à fait singulier et a suscité quelques convoitises en France, chez l'Union des Syndicats des Ingénieurs Français, qui ont suggéré l'adoption d'un tel système. En effet, l'Allemagne admet la brevetabilité de toutes les préparations qui relèvent de l'industrie chimique, même si elles ont une application pharmaceutique. L'interdiction demeure pour toutes les compositions qui ne relèvent pas de la chimie industrielle. Ce brevet étant plus étendu que le simple brevet de procédé, il permet aux firmes allemandes de gagner du terrain sur le marché pharmaceutique français.

accordée pour la brevetabilité d'un produit¹²⁰² et de surcroît, elle créerait une situation de monopole de fait sur une substance pharmaceutique¹²⁰³. À côté du brevet de procédé a été institué en 1941, un visa assimilable à une autorisation de mise sur le marché des spécialités pharmaceutiques. Ce visa a pour but d'organiser la vente des médicaments par le contrôle de la fabrication, de l'utilité et de la nouveauté des produits pharmaceutiques¹²⁰⁴. C'est également en 1941 qu'est apparue la première définition du médicament¹²⁰⁵, qui sera en 1951 intégrée à l'article 1^{er} du Code de la Pharmacie. Mais non encore prêt à ouvrir le marché pharmaceutique au monopole, le législateur de 1946 instaurait la possibilité de réaliser des copies des spécialités nouvelles ; en quelque sorte, des médicaments génériques concomitants aux médicaments sous visa.

On le comprend la démarche d'ouverture du produit pharmaceutique au brevet a été jalonnée de multiples petites étapes préparatoires. C'est par l'ordonnance du 4 février 1959 et le décret du 30 mai 1960¹²⁰⁶ que se poursuit l'acceptation progressive de la brevetabilité des médicaments, avec l'introduction d'un Brevet Spécial de Médicament¹²⁰⁷. Il tient compte des spécificités de l'objet sur lequel porte le brevet pour organiser un équilibre entre le besoin

¹²⁰² Cela permet également, lorsque les industries allemandes exploitent en France un brevet de procédé, aux industries françaises de bénéficier de cette émulation pour chercher à reproduire la même substance par un autre procédé sans souffrir d'une dépendance avec le brevet allemand.

¹²⁰³ Par exemple : en mars 1935, le comité a rejeté un brevet de Schering sur des procédés de préparations d'alcools à partir d'hormones sexuelles : « parce que le procédé décrit paraissait être le seul qui à leur connaissance, permettait d'obtenir ces alcools, et que dès lors accorder le brevet aurait conduit à accorder un monopole de fait pour un produit thérapeutique » (cité par M. CASSIER, *Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004*, préc., n°36, p. 29, et spéc. p. 41).

¹²⁰⁴ Précurseur aux médicaments génériques, on citera l'autorisation donnée en 1946 de copier les spécialités nouvelles, à condition qu'elles soient vendues sous leur dénomination commune.

¹²⁰⁵ Avec l'article 1^{er} de la loi du 11 septembre 1941, la définition du médicament est associée à celle du monopole pharmaceutique : « Sont réservés aux pharmaciens (...) : 1. La préparation des médicaments destinés à l'usage de la médecine humaine : c'est-à-dire toute drogue, substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines et conditionnée en vue de la vente au poids médical. Sont considérés comme médicament les produits diététiques qui renferment dans leur composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve ».

¹²⁰⁶ Ordonnance n° 59-250 du 4 février 1959, *Journal Officiel* 8 Février 1959 et le décret n° 60-507 du 30 mai 1960, *Journal Officiel* 31 Mai 1960. Notons que cette ordonnance sonna ainsi le glas de l'assimilation des notions de médicament et de monopole pharmaceutique. Pour un commentaire passionnant de cette ordonnance, v. M. de HAAS, *Originalité de l'invention pharmaceutique, Mélanges Daniel Bastian*, Litec, 1974, t. 2, p. 237.

¹²⁰⁷ Sur ce point, v. notamment, J.-M. AUBY et F. COUSTOU, *Origines et perspectives du brevet spécial de médicament, Labopharma*, septembre 1960, p. 9.

d'innovation et la préservation des intérêts de santé publique¹²⁰⁸. L'article 9 du décret du 30 mai 1960 exigeait : « l'indication des propriétés pharmacologiques et d'au moins une application thérapeutique, diététique ou de diagnostic du médicament décrit » et l'article 5§2, sanctionnait le défaut d'indication par la nullité¹²⁰⁹. Il convient ici de remarquer le farouche refus à l'éventuelle brevetabilité d'une substance préexistante, mais pour laquelle on découvrirait de nouvelles applications¹²¹⁰. Enfin, la loi sur le Brevet Spécial de Médicament instaure un régime de protection chaque fois que l'intérêt de la santé publique l'exige en levant l'exclusivité du brevet.

L'intégration des médicaments dans le droit commun des brevets fut parachevée par la loi de 1968¹²¹¹. Non, que leur valeur sociale soit soudain déconsidérée. Mais on peut estimer que la norme d'appropriation, et notamment le régime de la propriété intellectuelle qui aménage un accès économique réservé et un accès intellectuel ouvert, correspond à la réalisation du progrès médical, et plus précisément de l'amélioration de la santé, par le « bien-être » que ces produits procurent.

Cela ne sera possible que par la considération d'une définition de l'invention stricte et orientée vers ce but.

¹²⁰⁸ L'ordonnance (précitée) rappelle le statut particulier du médicament qui « ne peut être assimilé à tous les produits de l'industrie ; sa production, sa qualité, son prix intéressent étroitement la santé publique et ne peuvent être abandonnés aux seuls mécanismes du marché ».

¹²⁰⁹ CA Paris, 20 mai 1972, *Ann. propr. ind.* janv. 1973, p. 65, note AZEMA. – TGI Paris, 11 févr. 1976, *D.* 1976, p. 686, note AZEMA.

¹²¹⁰ Tel en dispose l'article 3 du décret du 30 mai 1960 (précité) : « un produit ou une substance *présentés pour la première fois* comme possédant en thérapeutique humaine, des propriétés curatives, préventives » [nous soulignons].

¹²¹¹ La loi du 2 janvier 1968 abrogea les dispositions spéciales relatives aux médicaments et les intégra dans la brevetabilité de droit commun. Toutefois, elle conservait encore quelques dispositions qui conféraient au brevet pharmaceutique un certain particularisme. Sur cette loi, v. notamment P. MATHELY, *La réforme par la loi de 1968 dans l'appréciation de la brevetabilité*, in *Mélanges Daniel Bastian*, Litec, 1974, t. 2, p. 269. La loi du 13 juillet 1978 modifiant celle du 2 janvier 1968 amorce au contraire une intégration du brevet pharmaceutique dans le droit commun (J. AZEMA, *Existe-t-il encore une spécificité du brevet pharmaceutique ? JCP E* 1990, II, 15744).

Paragraphe 1

L'invention, objet valorisé du droit des brevets

253.- Il convient dans un premier temps de présenter quels peuvent être ces objets du domaine de la santé, supports d'une invention. Cette présentation nous permettra d'avoir une image concrète, matérialisée, des avancées médicales constituées par des biens corporels sur lesquels on trouvera les biens incorporels (A). Une fois approchés, nous entrerons dans le cœur du droit des brevets, à savoir la définition de son objet. Il convient au préalable de rassembler les précédents enseignements acquis sur cet objet. L'invention doit être définie de manière stricte, du fait du régime d'exception de la propriété intellectuelle. Pour atteindre cet objectif, il faudra considérer la double valorisation de l'objet. D'une part, il faudra considérer uniquement l'invention qui émerge par la « valeur-travail » qui s'exerce sur la chose incorporelle. Mais cette valeur ne doit en rien jouer dans le processus de qualification. D'autre part, il faudra vérifier que l'appropriation de la chose incorporelle ne peut être légitime que si elle est orientée vers la réalisation du progrès médical. Nous reprendrons ces éléments dans la définition de l'invention de manière séparée, même si nous devons les considérer comme indistinctement liés (B).

A) La présentation des objets du domaine de la santé

254.- L'indépendance de la qualification de médicament et d'invention brevetable. Rien ne lie, de manière automatique, les dispositions du Code de la santé publique sur la définition du médicament ou des autres produits de santé au droit des brevets prévu au Code de la propriété intellectuelle. En d'autres termes, ce n'est pas parce qu'un objet sera qualifié de médicament qu'il sera nécessairement breveté¹²¹². Et inversement, l'octroi d'un brevet sur une substance n'entraîne pas la qualification de médicament. On remarquera même au long de cette étude qu'un même médicament peut concentrer de nombreuses et diverses inventions (de produits, de procédés, d'application, etc.)

¹²¹² Surtout si l'on ajoute les conditions administratives d'Autorisation de mise sur le marché (AMM), qui sont totalement indépendantes de la qualification d'invention. Sur ce point, v. *infra* n°385.

255.- Une indépendance à relativiser ? La qualification de médicament inquiète certains auteurs qui y voient associée la brevetabilité¹²¹³, préférant alors resserrer les liens d'une définition extensive¹²¹⁴. Or, ce ne serait pas tant sur la définition du médicament qu'il faudrait travailler. En effet, elle entraîne un régime particulièrement protecteur¹²¹⁵. Ce serait plus sur celle d'invention, prête à accueillir toute chose incorporelle qui affecte l'état de santé. L'invention est antérieure au médicament. L'invention sera valorisée parce qu'il s'agit de médicaments (1) ou d'autres objets du domaine de la santé (2), il convient donc de s'attarder sur leur définition.

1) L'objet phare du domaine de la santé : le médicament

256.- Le médicament : une nature manichéenne. Lorsque l'on évoque la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, le premier droit mobilisé pour la cause auquel nous pensons, c'est le brevet ; et le premier objet sur lequel il porterait serait le médicament. Le médicament fait partie du groupe plus large des produits de santé. Le bref détour par l'histoire de la brevetabilité dans le domaine de la santé, montre à quel point le médicament a concentré l'attention et les dissensions. C'est « un produit ambivalent renvoyant simultanément à des valeurs à la fois marchandes et sanitaires. Celui-ci revêt de surcroît un caractère paradoxal. En effet, si sa fonction première est la guérison ou le soulagement, le médicament peut néanmoins provoquer la mort ou la maladie lorsqu'il est défectueux ou mal administré »¹²¹⁶. La place même du médicament dans le Code de la santé publique est disproportionnée – non

¹²¹³ En ce sens, A. MARCOS, *Repères dans la définition du médicament*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 15 et spéc. p. 30 (*in fine*).

¹²¹⁴ A l'inverse, certains auteurs, comme Mme MARCOS (in, A. MARCOS, *Repères dans la définition du médicament*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 15 et spéc. p. 31), considèrent que la sauvegarde des droits de la personne passe par une redéfinition du médicament, tant au niveau national, qu'euro péen, et à la découverte d'une définition au niveau international. L'auteur propose celle adoptée au niveau européen (proche de la définition française), reconnaissant que le consensus sera difficile à dégager entre tous les pays : « Ce pourrait être l'axe de réflexion majeure de la recherche d'une définition « type » international du médicament, car le problème est bien planétaire avec l'ère de la mondialisation des marchés et des brevets ».

¹²¹⁵ V. notamment les remarques faites sur l'octroi des Autorisations de Mise sur le Marché (AMM).

¹²¹⁶ E. CADEAU, *Droit international et droit communautaire du médicament, limites et potentialités (Essai de comparaison)*, Séminaire international de Droit de la santé, Sao Paulo, Brésil, 3-7 octobre 1999.

sans raison – par rapport à celle que concentrent les autres produits de santé¹²¹⁷. Ce constat de l'engouement autour du médicament est aisément compréhensible, entre « la grande distribution, qui souhaite s'implanter sur le marché des biens de santé, et d'autre part, les pharmaciens qui entendent faire respecter le monopole que leur confère le droit pour la vente des médicaments »¹²¹⁸ auxquels, nous ajouterions les destinataires dans l'intérêt de leur santé. Mais aujourd'hui, la logique tend à changer et le médicament objet de soin devient l'outil du mieux-être¹²¹⁹. Une quantité toujours plus grande et diverse d'objets de santé attend aux portes de la qualification de médicament. Le droit y répond par souci d'attribuer un régime protecteur à cet ambivalent *pharmakon*¹²²⁰ – en grec, le remède et le poison – par une définition toujours plus extensive¹²²¹.

257.- Une définition légale accueillante¹²²² : le médicament par présentation et par fonction. Le médicament est défini à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 5111-1 du Code de la santé

¹²¹⁷ A la partie V, relative aux produits de santé, le Livre I^{er} dont les trois premiers titres sont ordonnés ainsi : les deux premiers sur les dispositions relatives aux médicaments à usage humain qui réunit environ 120 articles, et le troisième sur tous les autres produits de santé, intitulé « Autres produits et substances pharmaceutiques réglementés », qui réunit une vingtaine d'articles.

¹²¹⁸ E. FOUASSIER, *L'influence de la jurisprudence européenne sur la définition française du médicament*, R.D.S.S. avril 1997, p. 301, et spéc. p. 302.

¹²¹⁹ En ce sens, v. notamment M. LEVY (in, M. LEVY, *Rôle du pharmacien dans la distribution des produits du mieux-être*, Mon. pharm. n°1067, p. 251, cité par E. FOUASSIER, *Le médicament : notion juridique*, éd. Tec&Doc Lavoisier et Ed. Médicales Internationales, 1999, p. 4) : « La « santé » nous devient insuffisante, l'homme veut aussi réagir contre la douleur, le vieillissement, les défauts esthétiques. C'est la raison du développement considérable du « préventif » dans tous les domaines ».

¹²²⁰ En ce sens, v. notamment G. BRUCKER, *Médicament : le meilleur et le pire*, ADSP juin 1999, p. 1 et D. GUILLEMOT, *Médicament et risque, Risque collectif lié à l'antibiothérapie*, ADSP juin 1999, p. 38.

¹²²¹ Tout comme les auteurs qui s'y affrontent. On lira avec plaisir les premières lignes de l'ouvrage de M. FOUASSIER, consacré à cette laborieuse définition, dans lesquelles il compare cette quête de définition à la condamnation éternelle de Sisyphe (E. FOUASSIER, *Le médicament : notion juridique*, éd. Tec&Doc Lavoisier et Ed. Médicales Internationales, 1999, p. 3). Une telle définition extensive n'est d'ailleurs pas sans poser de difficultés au regard du principe de légalité des délits et des peines, lors de procédure pour exercice illégal de la pharmacie, en ce sens, v. CEDH 15 novembre 1996, aff. 45/1995/551/637, *Cantoni c/ France*, JCP G 30 avril 1997, II, 22836, note FOUASSIER et VION. L'arrêt précise que la définition du médicament donnée par l'article 511 du Code de la santé publique (nouvel article L. 5111-1 du Code de la santé publique) ne contrevient pas à l'article 7 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Car même si la jurisprudence des juges du fond laisse apparaître quelques divergences d'interprétation, la Cour de Cassation dans son rôle uniformisateur a toujours suivi une ligne de conduite en qualifiant certains produits de parapharmacie de médicament.

¹²²² J.-M. AUBY, *La notion de médicament*, JCP G 1962, I, 1703. – J. CALVO, *Médicaments : notion à contenu variable ?* Gaz. Pal. 30 juin 1987, p. 476. – G. DILLEMANN, *Les problèmes posés par l'application pratique de l'article L.511 du Code de la santé publique aux aliments diététiques*, JCP G 1974, I, 2624. – G. DILLEMANN, *Considérations sur les définitions scientifiques et juridiques des éléments constitutifs du médicament*, D. 1963, chron. p. 189. – E. MAILLOT-BOUVIER, *A la frontière du médicament* Rev. conc. cons. mars/avril 1989, n°48, p. 11. – E. MAILLOT-BOUVIER, *Les limites à la notion de médicament par présentation, jurisprudence administrative et pénale comparée*, Rev. conc. cons. 1990, n°58, p. 4. – P.

publique comme : « On entend par médicament toute substance¹²²³ ou composition¹²²⁴ présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique. Sont notamment considérés comme

METADIER, *Évolution de la notion de médicament*, Bull. Ordre Pharm., n° 235, juillet-août 1980, p. 1143. – M. PLAT, *La définition nouvelle des produits d'hygiène ayant le statut de médicament*, R.D.S.S. 1972, n°299, p. 44. – M. TISSEYRE et M.-D. CAMPION, *Quel statut pour les produits de thérapie cellulaire et génique ?* Bull. ordre pharm. mars 1996, n°350, p. 81.

J. CALVO, *La notion de médicament en droit communautaire*, L.P.A. juillet 1987, n°85, p. 30. – C. CLEMENT, *La notion de médicament en droit communautaire de la santé*, L.P.A. 27 janvier 1995, n°12, p. 19. – P. DEBOYSER, *Développements récents en droit communautaire relatif aux médicaments*, Revue européenne de droit de la consommation 1994, p. 39. – B. FAURAN, *La Cour de justice des Communautés et la définition du médicament (à propos des arrêts Delattre et Monteil du 21 mars 1991 et Upjohn Company du 16 avril 1991)*, Gaz. Pal. 17 septembre 1992, p. 654. – E. FOUASSIER, *L'influence de la jurisprudence européenne sur la définition française du médicament*, R.D.S.S. avril 1997, p. 301. – N.-J. MAZEN, *De l'imprécision de la définition du médicament ou la révolte de la commission européenne des droits de l'homme*, Gaz. Pal. 14 juillet 1996, p. 3. – S. ROZES, *Le médicament et le monopole pharmaceutique à l'épreuve du Marché commun*, Inf. pharm. Mars/avril 1989, n°317, p. 275. – M. VALETTE, *Le juge communautaire et l'harmonisation des législations nationales relatives au médicament à usage humain*, RTD eur. 1996, n°32, p. 25. – G. VIALA, *Le Conseil de la Concurrence et la distribution pharmaceutique*, R.D.S.S. 1988, p. 48 ; *Vers l'achèvement du marché intérieur des produits pharmaceutiques et parapharmaceutiques*, R.D.S.S. 1990, p. 74. – G. VIALA et M.-D. CAMPION, *L'élargissement communautaire en matière de libre circulation des médicaments*, Bull. ordre pharm. août 1989, n°320, p. 742 ; *Le médicament et l'Union européenne : la nouvelle donne*, L.P.A. 1994, n°59, p. 26 ; *Médicament et monopole devant la Cour de justice de Luxembourg*, L.P.A. juillet 1991, p. 51.

¹²²³ Comme le souligne M. le professeur AZEMA : « Le terme de substance n'appelle pas de long commentaire tant il est général et compréhensif » (in, J. AZEMA, *Droit pénal de la pharmacie*, Litec, 1990, n°18, p. 10). Le droit français ne définit pas la substance. Il faut se reporter à la définition formulée par la directive européenne 2001/83/CE du 6 novembre 2001 pour avoir quelques illustrations de ce qu'elle peut recouvrir. Au §3 de l'article 1^{er}, elle vise toute matière pouvant être : « humaine, telle que le sang humain et les produits dérivés du sang humain ; animale, telle que les micro-organismes animaux entiers, partie d'organes, sécrétions animales, toxines, substances obtenues par extraction, produits dérivés du sang, etc. ; végétale, telle que les micro-organismes, plantes, parties de plantes, sécrétions végétales, substances obtenues par extraction, etc. ; chimique, telle que les éléments, matières chimiques naturelles et les produits chimiques de transformation et de synthèse.

¹²²⁴ De la même manière que la notion de substance, celle de composition n'est pas définie par le droit français, ni même par le droit communautaire. Et pourtant, elle a soulevé plus de controverses. Avant la loi du 11 septembre 1941, on distinguait les préparations, qui regroupaient des mélanges de drogues simples et les compositions, qui rassemblaient les combinaisons et les dosages de corps simples susceptibles d'en altérer la substance. Un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation en donne un aperçu, en désignant « la composition de divers éléments, quelle qu'en soit la nature, dont les propriétés curatives alléguées résultent seulement de leur réunion, ce qui est le cas en l'espèce » (Crim. 28 mai 1968, D. 1968, p. 746, aff. *Inoplast*, note DILLEMANN et PLAT). Il n'y a pas à distinguer selon la nature des procédés employés pour la confection des produits, en ce sens, Ch. Réunies 29 novembre 1943, JCP G 1944, II, 2628 : « rentrent dans la catégorie des compositions et préparations (...) tous produits dans lesquels des éléments divers ont été réunis en vue d'un effet curatif ou préventif à obtenir grâce à l'association des principes actifs de ces éléments, sans qu'il y ait à distinguer selon la nature des procédés chimiques ou autres employés pour la confection de ces produits ». Cette définition contribue à l'élargissement de la notion de médicament en retenant comme composition la réunion des éléments qui ont un effet préventif ou curatif. Cette décision fut confirmée par Crim. 14 octobre 1980, Bull. ordre pharm. n°239, décembre 1980, p. 1793, obs. VIALA.

des médicaments les produits diététiques qui renferment dans leur composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits, soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve. Les produits utilisés pour la désinfection des locaux et pour la prothèse dentaire ne sont pas considérés comme des médicaments. Lorsque, eu égard à l'ensemble de ses caractéristiques, un produit est susceptible de répondre à la fois à la définition du médicament prévue au premier alinéa et à celle d'autres catégories de produits régies par le droit communautaire ou national, il est, en cas de doute, considéré comme un médicament ». Cet article est le résultat de la définition du médicament telle que donnée par la directive communautaire n°1965/65/CEE du 26 janvier 1965, modifiée par la directive n°2001/83/CE du 6 novembre 2001¹²²⁵, instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, et elle-même modifiée par la directive n°2004/67/CE du 31 mars 2004, sur le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain¹²²⁶ et transposée dans le droit positif français par la loi du 26 février 2007¹²²⁷.

La notion de médicament à usage humain est illustrée à l'article L. 5121-1 du Code de la santé publique¹²²⁸. Traditionnellement, on perçoit la qualité de médicament pour un produit de

¹²²⁵ Directive n°2001/83/CE du 6 novembre 2001, *Journal Officiel UE* 28 novembre 2001.

¹²²⁶ Directive n°2004/67/CE du 31 mars 2004, sur le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain *Journal Officiel UE* 30 avril 2004.

¹²²⁷ Loi n° 2007-248 du 26 février 2007, *Journal Officiel* 27 Février 2007. Sur ce thème, v. notamment, J.-C. GALLOUX, *Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament*, *RTD com.* 2007, p. 5. On peut également citer l'ordonnance n°2007-613 du 26 avril 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament. J. PEIGNE, *Le droit du médicament après la loi du 26 février 2007 et l'ordonnance du 26 avril 2007*, *R.D.S.S.* juillet-août 2007, p. 579.

¹²²⁸ Même si la citation de l'article L. 5121-1 du Code de la santé publique est très longue il nous semble important d'illustrer ce que recouvre le médicament, car plusieurs de ces éléments seront utilisés dans la suite de cette étude : « On entend par :

1° Préparation magistrale, tout médicament préparé selon une prescription médicale destinée à un malade déterminé, soit extemporanément en pharmacie, soit dans les conditions prévues à l'article L. 5125-1 ou à l'article L. 5126-2 ;

2° Préparation hospitalière, tout médicament, à l'exception des produits de thérapies géniques ou cellulaires, préparé selon les indications de la pharmacopée et en conformité avec les bonnes pratiques mentionnées à l'article L. 5121-5, en raison de l'absence de spécialité pharmaceutique disponible ou adaptée par une pharmacie à usage intérieur d'un établissement de santé, ou par l'établissement pharmaceutique de cet établissement de santé autorisé en application de l'article L. 5124-9 ou dans les conditions prévues à l'article L. 5126-2. Les préparations hospitalières sont dispensées sur prescription médicale à un ou plusieurs patients par une pharmacie à usage intérieur dudit établissement. Elles font l'objet d'une déclaration auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, dans des conditions définies par arrêté du ministre chargé de la santé ;

3° Préparation officinale, tout médicament préparé en pharmacie, inscrit à la pharmacopée ou au formulaire national et destiné à être dispensé directement aux patients approvisionnés par cette pharmacie ;

4° Produit officinal divisé, toute drogue simple, tout produit chimique ou toute préparation stable décrite par la pharmacopée, préparés à l'avance par un établissement pharmaceutique et divisés soit par lui, soit par la pharmacie d'officine qui le met en vente, soit par une pharmacie à usage intérieur, telle que définie au chapitre VI du présent titre ;

5° a) Sans préjudice des articles L. 611-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle, spécialité générique d'une spécialité de référence, celle qui a la même composition qualitative et quantitative en principes actifs, la même forme pharmaceutique et dont la bioéquivalence avec la spécialité de référence est démontrée par des études de biodisponibilité appropriées. Une spécialité ne peut être qualifiée de spécialité de référence que si son autorisation de mise sur le marché a été délivrée au vu d'un dossier comportant, dans des conditions fixées par voie réglementaire, l'ensemble des données nécessaires et suffisantes à elles seules pour son évaluation. Pour l'application du présent alinéa, les différentes formes pharmaceutiques orales à libération immédiate sont considérées comme une même forme pharmaceutique. De même, les différents sels, esters, éthers, isomères, mélanges d'isomères, complexes ou dérivés d'un principe actif sont regardés comme ayant la même composition qualitative en principe actif, sauf s'ils présentent des propriétés sensiblement différentes au regard de la sécurité ou de l'efficacité. Dans ce cas, des informations supplémentaires fournissant la preuve de la sécurité et de l'efficacité des différents sels, esters ou dérivés d'une substance active autorisée doivent être données par le demandeur de l'autorisation de mise sur le marché ;

b) Groupe générique, le regroupement d'une spécialité de référence et des spécialités qui en sont génériques. Toutefois, une spécialité remplissant les conditions pour être une spécialité de référence, qui présente la même composition qualitative en substance active, la même composition quantitative en substance active ou, à défaut, une fraction thérapeutique active identique dans les limites prévues à l'annexe I de la directive 2001 / 83 / CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, et la même forme pharmaceutique qu'une spécialité de référence d'un groupe générique déjà existant, et dont la bioéquivalence avec cette spécialité est démontrée par des études de biodisponibilité appropriées, peut aussi figurer dans ce groupe générique, à condition que ces deux spécialités soient considérées comme relevant d'une même autorisation de mise sur le marché globale, définie par voie réglementaire et qu'elles ne présentent pas de propriétés sensiblement différentes au regard de la sécurité ou de l'efficacité. En l'absence de spécialité de référence, un groupe générique peut être constitué de spécialités ayant la même composition qualitative et quantitative en principes actifs, la même forme pharmaceutique et dont les caractéristiques en termes de sécurité et d'efficacité sont équivalentes. Pour l'application du présent b, sont inscrites au répertoire des groupes génériques les spécialités qui se présentent sous une forme pharmaceutique orale à libération modifiée différente de celle de la spécialité de référence, à condition que ces spécialités et la spécialité de référence appartiennent à la même catégorie de forme pharmaceutique à libération modifiée et qu'elles ne présentent pas de propriétés sensiblement différentes au regard de la sécurité ou de l'efficacité ;

6° Médicament immunologique, tout médicament consistant en :

a) Allergène, défini comme tout produit destiné à identifier ou provoquer une modification spécifique et acquise de la réponse immunologique à un agent allergisant ;

b) Vaccin, toxine ou sérum, définis comme tous agents utilisés en vue de provoquer une immunité active ou passive ou en vue de diagnostiquer l'état d'immunité ;

7° Médicament radiopharmaceutique, tout médicament qui, lorsqu'il est prêt à l'emploi, contient un ou plusieurs isotopes radioactifs, dénommés radionucléides, incorporés à des fins médicales ;

8° Générateur, tout système contenant un radionucléide parent déterminé servant à la production d'un radionucléide de filiation obtenu par élution ou par toute autre méthode et utilisé dans un médicament radiopharmaceutique ;

9° Trousse, toute préparation qui doit être reconstituée ou combinée avec des radionucléides dans le produit radiopharmaceutique final ;

10° Précurseur, tout autre radionucléide produit pour le marquage radioactif d'une autre substance avant administration ;

11° Médicament homéopathique, tout médicament obtenu à partir de substances appelées souches homéopathiques, selon un procédé de fabrication homéopathique décrit par la pharmacopée européenne, la pharmacopée française ou, à défaut, par les pharmacopées utilisées de façon officielle dans un autre État membre de l'Union européenne. Un médicament homéopathique peut aussi contenir plusieurs principes ; (...)

15° Sans préjudice des articles L. 611-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle, médicament biologique similaire, tout médicament biologique de même composition qualitative et quantitative en substance active et de même forme pharmaceutique qu'un médicament biologique de référence mais qui ne remplit pas les conditions prévues au a du 5° du présent article pour être regardé comme une spécialité générique en raison de différences liées notamment à la variabilité de la matière première ou aux procédés de fabrication et nécessitant que soient produites des données précliniques et cliniques supplémentaires dans des conditions déterminées par voie réglementaire ;

santé tantôt à sa fonction¹²²⁹ tantôt à sa présentation¹²³⁰. Les juges ont eu la lourde tâche de caractériser les produits de santé à raison de leur fonction ou de leur présentation. Mais également de faire valoir que ces critères peuvent s'appliquer cumulativement ou alternativement¹²³¹. Leur application cumulative est justifiée dans un arrêt de la CJCE du 16 avril 1991, *Upjohn*¹²³² : « alors que le premier critère, reposant sur la présentation du produit, a pour but de lutter contre le charlatanisme, le second permet d'appréhender toutes les substances pouvant avoir une incidence sur la santé humaine ».

258.- Une interprétation jurisprudentielle extensive des notions de présentation et de fonction. Les juges entendent très largement la définition du médicament, qu'elle soit par présentation ou par fonction, afin de pouvoir appliquer le régime protecteur du Code de la santé publique.

La CJCE, dans l'arrêt *Leedert Van Bennekom* en date du 30 novembre 1983¹²³³, a jugé que le médicament *par présentation* est celui qui incite le consommateur moyennement avisé à considérer le produit qu'il achète comme ayant l'apparence d'un médicament. Pour cela, le juge emploie un faisceau d'indices, comme l'emballage extérieur, le conditionnement, la dénomination, l'étiquetage, les contre-indications et les effets indésirables ou la posologie. Ce critère a pour objectif d'assurer la diffusion du progrès médical inhérent à l'objet. En effet, il

16° Médicament à base de plantes, tout médicament dont les substances actives sont exclusivement une ou plusieurs substances végétales ou préparations à base de plantes ou une association de plusieurs substances végétales ou préparations à base de plantes.

¹²²⁹ Le médicament par fonction est défini comme : « toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou pouvant lui être administrée en vue de restaurer, de corriger ou de modifier des fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique, ou métabolique, soit d'établir un diagnostic médical ».

¹²³⁰ Le médicament par présentation est défini comme : « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales ». Sur ce thème, v. notamment : J.-P. BOUTEILLE, *Médicament par présentation et monopole pharmaceutique*, *Act. Pharm.*, n°232, mai 1986, p. 117.

¹²³¹ En ce sens, v. CA Angers, 6 septembre 2005, *Cendrier et a. c/ Conseil National Ordre des Pharmaciens*, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n°5, mai 2006, comm. 95 : « Le cartilage de requin, qui n'est pas un médicament par fonction, peut cependant être considéré comme un médicament par présentation selon le conditionnement dans lequel il est présenté aux consommateurs ».

¹²³² CJCE, 16 avril 1991, *Upjohn*, aff. C-112/89, *L.P.A.* 10 juillet 1991, n°82, p. 51 (v. ci-après note n°1300)

¹²³³ CJCE 30 novembre 1983, *Leedert Van Bennekom*, aff. 227/82, *Rec. CJCE* p. 3883, concl. S. ROZES, le produit est qualifié de médicament par présentation lorsque : « aux yeux d'un consommateur avisé le produit concerné est susceptible de posséder des propriétés similaires aux spécialités pharmaceutiques vendues en officine et présente les mêmes garanties de fiabilité ».

faut « éviter la commercialisation d'un produit dépourvu de tout effet thérapeutique, mais présenté comme un médicament »¹²³⁴.

Le médicament est qualifié *par sa fonction*, car indépendamment de la façon dont il est présenté il possède des propriétés curatives ou préventives à l'égard de la santé humaine. Par cette définition, la notion de médicament se rapproche de celle de remède¹²³⁵. Tel en dispose l'important arrêt *Upjohn*, en date du 16 avril 1991¹²³⁶. Là encore, dans une logique extensive, la fonction de médicament peut même être caractérisée à défaut d'effet thérapeutique démontré, mais seulement en vue de modifier, de corriger ou de restaurer les fonctions organiques¹²³⁷. La tendance pour la qualification de la fonction du médicament est à une interprétation *in abstracto*.

¹²³⁴ *Dictionnaire Permanent, Bioéthique et biotechnologies, V° Médicaments*, 2004, p. 1281, et spéc. p. 1284.

¹²³⁵ En ce sens, J. AZEMA, *Droit pénal de la pharmacie*, Litec, 1990, p. 4 : « La notion de remède est plus compréhensive que celle de médicament de sorte que si tout médicament est bien un remède, l'inverse n'est pas vrai ». L'auteur cite J.-B. DUMAS (*in*, J.-B. DUMAS, *Préface du Codex de 1866*) : « le remède souvent confondu avec le médicament, comprend celui-ci et de plus, tout ce qui peut combattre la maladie, améliorer l'état du malade, amener la guérison : la saignée, l'électricité, l'hydrothérapie, le régime, sont les remèdes ; l'émetique, le sulfate de quinine, le chloroforme sont des médicaments ».

¹²³⁶ CJCE, 16 avril 1991, *Upjohn*, aff. C-112/89, *L.P.A.* 10 juillet 1991, n°82, p. 51. Par cet arrêt la Cour entend faire entrer dans la définition du médicament, toute substance qui peut avoir un effet sur le fonctionnement de l'organisme, y compris les produits qui n'ont pas l'effet annoncé. Pour vérifier la fonction, les juges vont notamment s'attacher à contrôler les propriétés pharmacologiques du produit, l'ampleur de sa diffusion, les modalités d'emploi et de la connaissance qu'en ont les consommateurs. Ce principe de portée générale a été dégagé à la lumière de l'arrêt *Upjohn*, sur le *minoxidil*, et d'autres rendus par la Cour la même année : arrêt *Delattre*, CJCE 21 mars 1991, aff. C-369/88, *Rec. CJCE*, p. 1487 sur les produits alimentaires ou cosmétiques, arrêt *Monteil-Samanni*, du 21 mars 1991, aff. 60/89, *Rec. CJCE* p. 1547, sur des antiseptiques, l'alcool à 70° et l'éosine. Pour une analyse encore plus souple, v. Com. 22 février 2000, *Bull. civ.* n°782 : « Attendu qu'ayant constaté, à la suite d'une analyse concrète de chacun des produits en cause, que certains d'entre eux possédaient des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines, auquel cas, la Cour n'a pas à rechercher les modalités d'emploi de ces produits, l'ampleur de leur diffusion et la connaissance qu'en ont les consommateurs ».

¹²³⁷ En ce sens, Civ. 27 novembre 1996, *Le Lous-SED à propos du produit « Juvamine 500 mg – Vitamine C, D.* 1997inf. rap. p. 52 : « L'article 511 qui porte sur la définition du médicament par fonction, n'exige pas que les effets du produit sur l'organisme soient scientifiquement démontrés, mais se réfère à l'usage auquel il est destiné en vue de restaurer, de corriger, ou de modifier les fonctions organiques ». Il faut tout de même que les indications de la fonction du produit soient un minimum précisées. En ce sens, la décision « Baume de Tigre », Crim. 17 novembre 2004, *Droit pénal* février 2005, comm. 25 : « Une substance dont on ne dit pas ce qu'elle peut guérir n'est pas un médicament ». A l'instar de certaines définitions étrangères du médicament, comme la définition argentine, l'effet thérapeutique doit être nécessairement démontré : la composante sera qualifiée de médicament s'il est fait « au bénéfice de la personne à qui on l'a administré » (cité par A. MARCOS, *Repères dans la définition du médicament, in Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 15 et spéc. p. 32).

259.- Les médicaments de demain. À travers l'étude sur le progrès médical, nous avons pu remarquer qu'il se manifeste tant dans le domaine de la médecine, que dans la biologie, la chimie ou le numérique¹²³⁸. Les nouveaux objets de santé élaborés à partir de ces sciences « parallèles » testent le caractère accueillant de la définition du médicament. Comme l'affirme Mme MARCOS, « les définitions du médicament sont assez larges pour prendre en compte ces médicaments nouvelle génération »¹²³⁹. En France, la qualification de (bio)médicament peut être donnée à certains produits de thérapie génique et cellulaire. Autrement dit, l'emploi de gènes ou de cellules dans un processus thérapeutique ne conduit pas à l'exclusion automatique de la notion de médicament. En effet, l'utilisation de la matière L. 5121-1 du Code de la santé publique le prévoit expressément¹²⁴⁰. Ainsi, l'emploi de la matière vivante dans l'élaboration des médicaments n'est pas contradictoire avec la notion de substance ou de composition définissant la présentation thérapeutique du médicament. En ce qui concerne la qualification de la matière vivante en médicament par la fonction qu'elle remplit, il est nécessaire qu'elle se présente sous la forme d'un produit¹²⁴¹ pouvant être administré à l'homme en vue de restaurer, corriger ou modifier des fonctions organiques.

¹²³⁸ V. *supra* n°179 et s.

¹²³⁹ A. MARCOS, *Repères dans la définition du médicament*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 15 et spéc. p. 28.

¹²⁴⁰ L'article L. 5121-1 du Code de la santé publique dispose : « 12° Préparation de thérapie génique, tout médicament autre que les spécialités pharmaceutiques et les médicaments fabriqués industriellement mentionnés à l'article L. 5121-8, servant à transférer du matériel génétique et ne consistant pas en des cellules d'origine humaine ou animale. Ces préparations sont préparées à l'avance et dispensées sur prescription médicale à un ou plusieurs patients. Elles font l'objet d'une autorisation de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé pour une indication thérapeutique donnée. Cette autorisation peut être assortie de conditions particulières ou de restrictions d'utilisation. Elle peut être modifiée, suspendue ou retirée ;

13° Préparation de thérapie cellulaire xénogénique, tout médicament autre que les spécialités pharmaceutiques et les médicaments fabriqués industriellement mentionnés à l'article L. 5121-8, consistant en des cellules d'origine animale et leurs dérivés utilisés à des fins thérapeutiques, y compris les cellules servant à transférer du matériel génétique, quel que soit leur niveau de transformation. Ces préparations sont préparées à l'avance et dispensées sur prescription médicale à un ou plusieurs patients. Elles font l'objet d'une autorisation de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé pour une indication thérapeutique donnée. Cette autorisation peut être assortie de conditions particulières ou de restrictions d'utilisation. Elle peut être modifiée, suspendue ou retirée. L'Agence de la biomédecine est informée des décisions relatives à ces préparations prises en application du présent alinéa ;

14° Médicament biologique, tout médicament dont la substance active est produite à partir d'une source biologique ou en est extraite et dont la caractérisation et la détermination de la qualité nécessitent une combinaison d'essais physiques, chimiques et biologiques ainsi que la connaissance de son procédé de fabrication et de son contrôle »

¹²⁴¹ Les types de produits pouvant être considérés comme des médicaments sont d'une part, les produits pouvant être administrés à l'homme ou à l'animal en vue d'établir un diagnostic médical, d'autre part, les produits pouvant être administrés à l'homme ou à l'animal en vue de restaurer, corriger ou modifier les fonctions organiques (in *Dictionnaire Permanent, Bioéthique et biotechnologies, V° Médicaments*, 2004, p. 1281, et spéc. p. 1285). La notion de produit en droit est particulièrement délicate. Le foisonnement de la notion dans toutes les

Mais le caractère extensif n'est pas sans répercussion sur les matières employées à leur réalisation. Nous avons l'exemple récent des cellules hématopoïétiques issues du sang du cordon ombilical¹²⁴². La richesse de ces cellules est susceptible de soigner de nombreuses maladies génétiques, les groupes européens d'éthique ont considéré que pour obtenir la qualification de médicament les produits devaient présenter une utilité thérapeutique minimale. Or, la qualification de ces substances en médicament, nous le verrons, conduit à s'interroger sur la notion d'invention brevetable. Il s'agira alors de rechercher le caractère éventuellement bloquant d'un monopole sur un objet, et plus précisément une matière vivante, dont les finalités thérapeutiques sont encore incertaines.

Enfin, gardons-nous du piège du vocabulaire journalistique qui reviendrait à associer les « bébés » à des médicaments, dans l'expression « bébés-médicaments ». Il ne s'agit en fait que de l'emploi des cellules ou des gènes d'un second enfant à naître, compatibles avec celles ou ceux déficients d'un premier enfant victime d'une maladie génétique ou d'une dégénérescence cellulaire¹²⁴³. Cette pratique autorisée en Angleterre ne l'est pas (encore) en France¹²⁴⁴.

En définitive, le médicament dans sa forme matérielle recouvre des réalités variées. Il peut être chimique, comme hier, ou biologique, comme demain. Sa définition dans le Code de la santé publique n'implique pas nécessaire qu'il soit le support d'inventions protégées par le Code de la santé publique. Bien qu'en pratique ce soit souvent le cas. Il nous semble à la

branches du droit rend sa réalité disparate (en ce sens, v. C. ANDRE, *La cohérence de la notion de produit*, *RJJ* 2003/2, p. 751). En droit de la santé, la première référence à la notion de produit dans l'expression « les éléments et produits du corps humain » est dans les premières lois dites de bioéthique du 29 juillet 1994, au Chapitre II, intitulé « Du respect du corps humain », du Livre I, Titre I du Code civil et un Livre II dans le Code de la santé publique intitulé « Don et utilisation des éléments et produits du corps humain ». On retrouve également cette expression dans le Code de la propriété intellectuelle à l'article L. 611-17. On remarque d'ailleurs que dans aucune de ces références ne se trouve d'inventaire exhaustif de ce que l'on doit retenir comme éléments ou produits du corps humain.

¹²⁴² Sur ce thème, v. notamment : F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, Puf, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 114 et s. – J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT, *Les banques de sang de cordon ombilical*, *D.* 2005, p. 542. Et pour des avis éthiques sur la question : Comité Consultatif National d'Éthique pour les sciences de la vie et de la santé, avis n°74 sur *Les banques de sang de cordon ombilical en vue d'une utilisation autologue ou en recherche*. – Groupe Européen d'Éthique, avis n°19, *Rapport sur les banques de sang de cordon autologue* (2004).

¹²⁴³ Sur ce point, v. notamment, C. LABRUSSE-RIOU, *L'embryon humain-médicament ou le dépassement de toute norme*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, I. MOINE DUPUIS (sous la dir), Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 453).

¹²⁴⁴ Cette pratique autorisée par les dernières lois bioéthique (lois n° 2004-800 du 6 août 2004, *Journal Officiel* 7 Aout 2004 et n° 2004-1338 du 8 décembre 2004, *Journal Officiel* 9 Décembre 2004) consiste à pratiquer un diagnostic préimplantatoire sur des patients et sélectionner en conséquence des embryons pour les implanter. Cette pratique est strictement encadrée et surveillée par l'Agence de la biomédecine.

lumière de cet exposé que c'est à l'invention, qui se situe en amont, à placer les contours du « médicament-support », et non l'inverse.

2) Les objets secondaires du domaine de la santé

260.- Les produits aux effets directs sur la santé. On voit aujourd'hui fleurir à côté du médicament, toutes sortes d'objets dont la vocation touche moins à la thérapie qu'à l'amélioration du bien-être et qui, parfois, prétendent à la qualification de médicament. Ces objets à la frontière du médicament¹²⁴⁵, parfaitement décrits par P. METADIER dans son étude sur l'évolution de la notion de médicament¹²⁴⁶, sont notamment les pilules anticonceptionnelles¹²⁴⁷, de bronzage, d'amincissement¹²⁴⁸, ou même les insecticides destinés à être appliqués sur l'homme¹²⁴⁹, les composantes des vitamines, oligoéléments et antiseptiques, etc. Les produits de santé, autres que le médicament, ne sont pas définis dans le Code de la santé publique. On y trouve les produits cosmétiques¹²⁵⁰, dont la qualification est alternative à celle de médicament. En effet, en cas de doute entre un produit cosmétique et un médicament, il convient d'appliquer le régime le plus strict, celui du médicament¹²⁵¹. La requalification de produits cosmétiques en médicament se justifie lorsque le produit cosmétique « est présenté comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies, ou s'il est destiné à être administré en vue de restaurer, corriger ou modifier des fonctions organiques »¹²⁵² et lorsqu'il est destiné à une application superficielle sur le

¹²⁴⁵ Sur ces « médicaments-frontière », v. notamment : E. MAILLOT-BOUVIER, *A la frontière du médicament*, *Rev. conc. cons.* 1989, n°48, p. 11. – J. AZEMA, *Grandes surfaces et monopole pharmaceutique*, *Inf. pharm.* 1986, n°291, p. 120. – G. VIALA, *Définition du Médicament*, *Mon. pharm.* 1990, n°1914, p. 17.

¹²⁴⁶ P. METADIER, *Évolution de la notion de médicament*, *Bull. Ordre pharm.* juillet/août 1980, n°235, p. 1143.

¹²⁴⁷ L'article L. 5134-1 du Code de la santé publique en donne une définition.

¹²⁴⁸ L'article L. 5137-1 du Code de la santé publique s'attache aux aliments diététiques destinés à des fins médicales spéciales. Le statut juridique de ce que l'on appelle les aliments est particulièrement délicat. Un article très complet garde malgré son ancienneté une certaine actualité, G. DILLEMANN, *Les problèmes posés par l'application pratique de l'article L. 511 CSP aux médicaments diététiques*, *JCP G* 1974, I, 2624.

¹²⁴⁹ Sur le fondement de l'article L. 5136-1 du Code de la santé publique.

¹²⁵⁰ Sur le fondement de l'article L. 5131-1 du Code de la santé publique.

¹²⁵¹ CJCE 21 mars 1991, aff. 369/88, *Delattre*, *Rec. CJCE*, p. 1487 rappelle que l'objectif de protection de la santé publique ne peut être poursuivi qu'en considération du fait que le régime des spécialités pharmaceutiques est plus rigoureux que celui des produits cosmétiques et impose aux produits douteux la qualification la plus sévère.

¹²⁵² CJCE, 16 avril 1991, *Upjohn*, aff. C-112/89, *L.P.A.* 10 juillet 1991, n°82, p. 51, déjà citée.

corps¹²⁵³. Par exemple, sont qualifiés de médicaments : les produits capillaires « biostimulants » qui régénèrent les cellules du cuir chevelu¹²⁵⁴; des produits destinés à lutter contre l'acné¹²⁵⁵; des produits anti-moustiques ; une crème contre la sudation¹²⁵⁶; une solution antiseptique cutanée¹²⁵⁷. À côté, le Code règlemente les substances et préparations vénéneuses¹²⁵⁸ dans ce titre III consacré aux autres produits et substances pharmaceutiques règlementées. Nous les citons, car ces éléments dont la brevetabilité sera discutée au titre de l'ordre public affectent négativement l'état de santé d'une personne et donc font partie du domaine de la santé. Sans oublier tous les objets et accessoires dont la fabrication et la vente sont en principe libres, par exemple, les pansements, les thermomètres, les tétines ou sucettes, etc.

261.- Les produits aux effets indirects sur la santé : l'exemple des aliments. En ce qui concerne les aliments, l'interaction de la santé et de l'alimentation n'est pas nouvelle¹²⁵⁹. Alors que les produits diététiques sont expressément considérés comme des médicaments au sens de l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique¹²⁶⁰, la question reste entière pour des aliments non considérés comme diététiques. En effet, certains aliments sont sélectionnés et modifiés pour accroître les bénéfices sur la santé. Une série d'appellations non contrôlées les désigne : nutriment, alicament, aliment-santé, aliment nutraceutique, etc. Ce sont des

¹²⁵³ Article 4 de la directive n°76/758 du 27 juillet 1976, transposée par la loi n°98-535 du 1^{er} juillet 1998 (*Journal officiel* 2 juillet 1998) relative au renforcement de la veille sanitaire des produits destinés à l'homme.

¹²⁵⁴ Crim. 24 juillet 1967, *JCP G* 1968, II, 15342.

¹²⁵⁵ Crim. 25 janvier 1963, cité au *Lamy Droit de la santé – Produits cosmétiques*, étude 418, n°23.

¹²⁵⁶ Crim. 19 décembre 1989, n°*JurisData* : 88-87.081

¹²⁵⁷ Crim. 5 décembre 1991, n°*JurisData* : 91-86.231

¹²⁵⁸ Sur le fondement de l'article L. 5132-1 du Code de la santé publique.

¹²⁵⁹ À cet effet, a été créée par l'ordonnance n° 2010-18, du 7 janvier 2010, l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail. Son rôle est précisé à l'article L. 1313-1 du Code de la santé publique et elle contribue principalement à assurer la sécurité sanitaire humaine dans les domaines de l'environnement, du travail et de l'alimentation ; mais également la protection de la santé et du bien-être des animaux ; la protection de la santé des végétaux ; l'évaluation des propriétés nutritionnelles et fonctionnelles des aliments.

¹²⁶⁰ Article L. 5111-1 du Code de la santé publique, al. 2 : « Sont notamment considérés comme des médicaments les produits diététiques qui renferment dans leur composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits, soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve ». Le régime juridique des aliments diététiques est précisé par le Décret n°75-65 du 24 janvier 1975, *J.O.* 5 février 1975 complété par l'arrêté du 1^{er} juillet 1976, *J.O.* 14 septembre 1976.

aliments dont non seulement les qualités naturelles déterminées sont favorables à la santé, mais auxquels on a pu ajouter des éléments propres qui confèrent des caractéristiques particulières qui ne se trouvent pas nécessairement dans l'aliment de base¹²⁶¹.

Nous mesurons par ces exemples de produits qui ont des effets directs ou indirects sur la santé, la multiplicité des objets qui composent le domaine de la santé. On comprend alors, la nécessité d'adopter une définition stricte de la définition de l'invention.

B) La « réinvention de l'invention »¹²⁶² pour le domaine de la santé

262.- L'invention, objet du droit des brevets. L'invention peut être considérée comme une condition d'appropriation, au même titre que la nouveauté, l'application industrielle ou l'activité inventive. Il est possible effectivement de « voir dans l'expression « invention » le simple support des exigences manifestées en termes de qualificatifs »¹²⁶³. Cette position de l'Office Européen des Brevets, qui se fonde sur les articles 52¹²⁶⁴ et 57¹²⁶⁵ de la Convention

¹²⁶¹ En ce sens, C. CHABERT-PELTAT et M. RUANO CICUENDEZ, *Le régime juridique des alicaments ou « aliments santé » : un statut hybride*, *Gaz. Pal.* 24 juillet 1999, p. 1087 : les alicaments sont des aliments dont non seulement les qualités naturelles déterminées sont favorables à la santé, mais auquel on a ajouté des éléments propres qui lui confèrent des caractéristiques particulières qui ne se trouvent pas nécessairement dans l'aliment de base.

¹²⁶² En référence au célèbre article de M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Réinventer l'invention ? Propr. intell.* juillet 2003, p. 286.

¹²⁶³ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies techniques, Paris, 1984, n°149, p. 168.

¹²⁶⁴ L'article 52 de la convention de Munich (CBE) dispose, dans son premier alinéa : « Les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle », se trouve dans sa formulation identique à l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. Le texte révisé de ladite Convention du 5 octobre 1973 est entré en vigueur le 13 décembre 2007. On citera dans le domaine thérapeutique, la décision de la Grande chambre de recours de l'OEB, illustrant cette proximité de l'invention et des autres conditions de brevetabilité : OEB, 5 décembre 1984, n°G0001/83. Enfin, cette interprétation est confortée par les orientations données par le Conseil d'administration de l'Office Européen des Brevets, à propos des articles 52 et 57 de la Convention, que les « conditions fondamentales de brevetabilité sont au nombre de quatre : il doit y avoir invention, l'invention doit... » etc. (*in, Directives C. IV, 1.1., p. 36, §3*, cité par M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, La documentation française, INPI, coll. *Propriété intellectuelle*, Paris, 2003, n° 14, p. 24). Ces deux points (la lecture de l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle et les Directives de l'OEB constituent d'ailleurs l'argumentation de MM. les professeurs BURST et CHAVANNE (*in, A. CHAVANNE, J.-J. BURST, Droit de la propriété industrielle*, 5^{ème} édition, Dalloz, 1998, n° 64, p. 63).

¹²⁶⁵ L'article 57 de la convention de Munich (CBE) dispose : « Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ».

de Munich sur le brevet européen, est partagée par une partie de la doctrine¹²⁶⁶, qui la considère comme totalement autonome¹²⁶⁷ ou en interdépendance étroite avec les autres conditions¹²⁶⁸. Or, nous avons vu qu'une telle conception fait entrer dans la définition de l'invention une part de subjectivisme qui la soumet aux désirs insatiables des individus¹²⁶⁹. Nous préférerons la conception défendue par MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE considérant l'invention comme l'objet du droit¹²⁷⁰. Notre étude n'a aucunement la prétention de redéfinir l'invention, tâche d'une particulière complexité, à laquelle se sont confrontés nombre d'éminents auteurs¹²⁷¹. Or, une définition est indispensable et on attend d'elle qu'elle soit rigoureuse afin de répondre à la nécessité de limiter le « tout appropriation » dans le domaine de la santé¹²⁷²(I). En d'autres termes, une définition ouverte de l'invention permet

¹²⁶⁶ En ce sens, notamment, v. J.-J. BURST et A. CHAVANNE, *Droit de la propriété industrielle*, 5^e éd., Dalloz, 1998, n° 15, p. 30. – A. BERTRAND, *La propriété intellectuelle, livre II, Marques et brevets dessins et modèles*, Delmas, 1994, p. 99. – J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 4^e éd., Litec, Paris, 2007, n° 78, p. 37. Et plus largement, sur la notion d'invention brevetable en droit européen, v. notamment : D. BURNIER, *La notion d'invention en droit européen des brevets*, Genève, Droz, 1981. – J. SCHMIDT SZALEWKI, *La notion d'invention face aux développements technologiques*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 243. – F. POLLAUD-DULIAN, *La brevetabilité des inventions, Étude comparative de la jurisprudence France-OEB*, Litec, 1998. – P. VIGAND, *L'invention brevetable en droit européen des brevets*, Th. dactyl. Montpellier I, 1979. – M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, La documentation française, INPI, coll. *Propriété intellectuelle*, Paris, 2003. Sur la révision de la CBE, v. notamment, J.-C. GALLOUX, E. GUTMANN, B. WARUSFEL, *L'entrée en vigueur de la CBE 2000, Propr. intell.* 2008, n° 26, pp. 77-84.

¹²⁶⁷ En ce sens, v. notamment A. SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002, Réflexion sur la notion d'invention et les conditions de la brevetabilité*, in, *Protéger les inventions de demain*, La documentation française, INPI, coll. *Propriété intellectuelle*, sous la dir. de M. VIVANT, Paris, 2003, p. 215, et spéc. p. 220 : « Si l'on reprend la systématique de l'article 52 CBE, on s'aperçoit que le brevet européen est délivré à quatre conditions, et non pas trois comme il est souvent affirmé : 1. Il doit s'agir d'une invention, 2. Celle-ci doit être nouvelle, 3. elle doit encore impliquer une activité inventive, 4. Elle doit enfin être susceptible d'application industrielle. Les conditions 2 à 4 sont les adjectifs qualificatifs d'un substantif, la condition 1, qui n'est pas définie. On s'aperçoit donc que fournir une définition de l'invention revient à définir la substance et du même coup, à poser des conditions ».

¹²⁶⁸ En ce sens, la position de l'OEB.

¹²⁶⁹ V. *supra* n°82 et s.

¹²⁷⁰ « L'appréhension de l'invention en tant qu'objet de droit, nous paraît, de fait, s'imposer » (in, M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.* n° 20, p. 28). Les auteurs ajoutant avec humour : « Il n'y a lieu de se demander si un éléphant est un éléphant d'Afrique ou un éléphant d'Asie... qu'en présence d'un éléphant ! ». A l'appui de cette argumentation, les auteurs citent les textes L. 611-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui envisagent clairement l'invention comme objet du droit de la propriété intellectuelle, pour le titre de propriété industrielle. L'approche est beaucoup plus prudente sous la plume des professeurs AZEMA et GALLOUX qui considèrent que « toute invention ne peut pas faire l'objet d'un brevet » et définissent l'invention dans la section consacrée aux « conditions de fond » (in J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 171, p. 102).

¹²⁷¹ V. les précédentes notes.

¹²⁷² En ce sens, M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.* n° 20, p. 36 : « Pourtant, sauf à se résigner à un « droit mou » et au risque de tomber dans un « tout brevet », comme il

d'y faire entrer tout objet, précisément ceux dont la valeur économique éveille un besoin pressant chez les investisseurs, et non ceux seulement qui contribuent à réaliser le progrès médical. Une fois cette définition dégagée, nous la confronterons avec différents objets du domaine de la santé (2).

1) L'approche théorique de la notion d'invention

263.- La norme d'appropriation doit être définie de manière stricte, pour cela il est nécessaire de ne considérer au titre de l'invention que les objets révélés par la « valeur-travail » (a) et ceux qui contribueront à réaliser le progrès médical (b). Seuls ces objets valorisés pourront accéder au rang d'objet de la propriété intellectuelle¹²⁷³.

a) L'invention, objet économiquement valorisé du droit des brevets

264.- L'invention, une notion complexe. Les difficultés de caractérisation de l'invention proviennent du fait que la notion souffre d'une absence de définition légale, à l'instar de l'œuvre, en droit d'auteur¹²⁷⁴. On oppose donc traditionnellement l'invention à la découverte, elle serait « l'image négative, inversée, de l'invention »¹²⁷⁵. En quelque sorte, on découvrirait ce qui préexiste et on inventerait ce qui n'existe pas encore¹²⁷⁶. Les notions d'invention et de

existe un « tout droit d'auteur » envahissant au-delà de toute raison, sans esprit critique, il faut certainement refuser une telle dérive où tout est permis puisqu'il est posé qu'on peut tout se permettre... ».

¹²⁷³ Sur la qualification à partir de cette double valorisation, v. *supra* n°212.

¹²⁷⁴ V. *infra* n°467-468.

¹²⁷⁵ M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.* n° 35-36, p. 43. Les auteurs ajoutant que : « si la découverte enrichit les connaissances, elle ne transforme pas le quotidien. Elle transforme ou peut transformer les représentations, mais point autre chose. La frontière est ainsi tracée entre la science (la découverte) et la (technique).

¹²⁷⁶ En ce sens, J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, *op. cit.* n°161, p. 180 : « La « découverte » se distingue en ce qu'elle est la perception par voie d'observation d'un phénomène naturel préexistant à toute intervention de l'homme alors que l'invention se caractérise en ce qu'elle est la coordination volontaire par l'homme de moyens matériels ». L'auteur explique d'ailleurs que cette distinction est ancienne et qu'on la retrouve chez un vieil auteur J. VILAIN : « L'invention produit une chose qui n'existerait pas auparavant ; la découverte met en lumière quelque chose qui existait, mais qui, jusqu'alors, avait échappé à l'observation » (J. VILAIN, *Guide pratique des inventeurs brevetés*, Bruxelles, 1863, n°1, p. 7).

L'auteur cite à l'appui de cette définition, le jugement du TGI Seine 3 mars 1962, aff. *American Cyanamid c. Union Chimique Française et Peggion*, *inédit*) sur un antibiotique dénommé « Chlortétracycline » ou « Auréomycine » obtenu par fermentation d'un micro-organisme dit « streptomyces aureofaciens ». Les juges indiquent : « ce produit est brevetable, car il ne se trouve pas spontanément dans la nature, mais est produit seulement lorsque le champignon se trouve placé dans des conditions particulières nécessitant l'intervention de l'homme » (*in*, J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, *op. cit.* n°162, p. 182).

découverte seraient alternatives et il suffirait d'exclure l'une pour admettre l'autre. Pourtant, rien ne justifie cette opposition¹²⁷⁷. La lettre de l'article L. 611-10 2° a) du Code de la propriété intellectuelle, précise seulement que ne peuvent être considérées comme des inventions « les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ». Auquel cas, on aurait très bien pu procéder de la même manière avec « les créations esthétiques » énoncées à l'article L. 611-10 2° b) du Code de la propriété intellectuelle et considérer que tout ce qui est esthétique ne constituera pas une invention brevetable. Mais on le sait, notamment avec les créations olfactives, que la réalité est souvent plus complexe¹²⁷⁸. « Travailler » sur les découvertes, « mettre en évidence leur « valeur-travail » est révélateur – en l'occurrence !- de la définition d'invention, puisqu'elles en constituent les prémices.

265.- L'invention, une innovation¹²⁷⁹ « opératoire » ou « productive ». Il faut davantage considérer l'invention comme un « *continuum* » de la découverte qu'en termes de « territoires séparés »¹²⁸⁰. L'invention peut donc reposer aussi bien sur un support qui préexiste, telle une découverte, ou non¹²⁸¹. À ceux qui considèrent qu'inscrire l'invention dans le prolongement de la découverte revient à accorder une protection très en amont, sur la découverte, l'OEB, dans le point 5.1 de la célèbre décision *Relaxine* explique : « Cet argument ignore la pratique suivie de longue date par l'Office européen des brevets concernant la brevetabilité de substances naturelles. (...) le fait de trouver une substance dans la nature ne constitue qu'une

¹²⁷⁷ MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE avancent des arguments empruntés à l'histoire ou à la philosophie. Historiquement, les premiers textes sur la propriété intellectuelle (1791) attribuaient des titres aussi bien « aux auteurs de découvertes » qu'aux inventeurs. Philosophiquement, c'est dans l'Antiquité que l'on s'interroge pour la première fois de savoir si la représentation que l'on a du Monde correspond à la réalité, est naturelle ou si elle est construite par notre esprit. Ces deux arguments militent au contraire pour la démonstration que loin de s'opposer la découverte et l'invention, s'inscrivent dans un prolongement (*in*, M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.* n° 37, p. 44).

¹²⁷⁸ D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, PUAM, 2010.

¹²⁷⁹ Il est délicat de concevoir l'invention et l'innovation comme synonymes. Pourtant, l'innovation intègre cette part de progrès dans la notion. Sur ce point, v. l'intéressante analyse de F. PANEL, *Inventions, innovations et brevets en France*, *in Mélanges Daniel Bastian*, Litec, 1974, t. 2, p. 295, qui explique à quel point la notion d'innovation est une notion populaire tant par sa genèse que par son emploi.

¹²⁸⁰ M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.* n° 37.3, p. 46.

¹²⁸¹ En ce sens, M. le professeur GALLOUX qui considère que la découverte peut être considérée comme le « support de l'invention » (*in*, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. *Cours*, 2000, n°156. Il ajoute : « La considération de la nature ou l'état de la nature est (...) étrangère à la notion de brevet puisque la référence essentielle demeure l'homme et ses connaissances et non la préexistence d'une chose dans la nature. La distinction entre invention et découverte ne se fonde pas sur le mérite de l'apport des connaissances réalisées, mais sur la finalité technique que l'on peut conférer à cet apport » (*Ibid.* n°155).

simple découverte et son objet n'est donc pas brevetable. Toutefois, si une nouvelle substance est trouvée dans la nature et si un procédé permettant de l'obtenir est mis au point, ce procédé est brevetable. De plus, si cette substance peut-être convenablement caractérisée par sa structure et si elle est nouvelle en ce sens que son existence n'était pas connue auparavant, elle peut être brevetable en tant que telle »¹²⁸². En d'autres termes, l'homme modifie par son intervention artificielle l'aspect naturel d'un objet¹²⁸³. Par la force de travail exercé sur lui l'objet va acquérir une valeur¹²⁸⁴. Ainsi, l'activité humaine doit se révéler « productive », au sens de ROUBIER¹²⁸⁵, c'est-à-dire une découverte pour laquelle a été mis en lumière « un résultat industriel », ou « opératoire », selon les termes de MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE¹²⁸⁶. « En définitive, le domaine de la brevetabilité n'est pas délimité par la distinction entre « la découverte » et « l'invention », mais par l'existence ou l'absence d'applications techniques de la création proposée »¹²⁸⁷. Rappelons, peut-être tout simplement, la logique aboutie du droit de la propriété intellectuelle consiste à protéger une *Création*¹²⁸⁸.

¹²⁸² Div. Opp. OEB 8 décembre 1994, *Howard Florey Institute v. Fraktion der Grünen im Europäischen Parlament et Paul Lannoye*, *Journal Officiel OEB* 1995, p. 388 ; v. notamment : D. 1996, Jur. p. 44, note GALLOUX ; C. LE GAL et J. MONLEAUD-DUPY, *Brevetabilité des séquences génétiques : le point*, in *Les Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°22, p. 281. En l'espèce, le simple isolement de la matière naturelle suffit à considérer la découverte comme une invention. Rappr. Directive d'examen de l'Office européen des brevets : C, IV, 2.1 et 2.2, p. 3 : « Quiconque découvre une propriété nouvelle d'une matière ou d'un objet connu fait une simple découverte qui n'est pas brevetable. Si toutefois cette personne utilise cette propriété à des fins pratiques, elle fait une invention qui peut-être brevetable. Par ailleurs, si cette substance existant dans la nature est convenablement caractérisée sans référence au procédé qui a permis de l'obtenir, elle est nouvelle, en ce sens que son existence n'a pas été reconnue antérieurement et brevetable ».

¹²⁸³ En ce sens, V. OST, *Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques*, in *Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?*, sous la dir. de B. REMICHE, Acte du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Larcier, 2006, p. 131, et spéc. p. 136 : « le critère décisif pour distinguer la découverte de l'invention est l'importance de l'intervention humaine ».

¹²⁸⁴ V. nos développements sur cette « valeur-travail » dans la qualification du bien, v. *infra* n°132.

¹²⁸⁵ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°146, p. 90 : « Dans l'invention seule, l'activité de l'homme est productive ; dans la découverte, elle est seulement, dit-on, réceptrice ».

¹²⁸⁶ M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.*, n° 40, p. 51.

¹²⁸⁷ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Les droits des chercheurs sur leurs découvertes : les enseignements du droit comparé, La propriété scientifique, et recherche des pistes pour l'avenir* (sous la dir.) C. BLAIZOT-HAZARD organisé par l'Académie des sciences et des sciences morales et politiques, colloques de janvier 2002 et de janvier 2004, Tec&Doc, 2005. Ou encore du même auteur : « L'exigence d'application industrielle implique une intervention active de l'homme en vue de la transformation des phénomènes naturels et non pas seulement un effort d'observation de ceux-ci. Il faut que l'homme ait permis au phénomène naturel de se manifester dans une application industrielle alors qu'il n'était pas en état de le faire dans son expression naturelle », in *L'invention protégée*, Litec, 1972, n°54, p. 50.

¹²⁸⁸ Entre Création et récréation, v. *infra* n°132. Sur la *réécriture* du réel : « cela heurte bien sûr notre sensibilité, mais le fait est que la science nous délivre des contraintes du bon sens et que la science à défaut d'être un ensorcellement du monde est une réécriture de ce que nous appelons le réel », M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Réinventer l'invention ? Propr. intell.* juillet 2003, p. 286, et spéc. p. 288.

266.- « Valeur-travail » et définition de l'invention. À la lumière des précédentes explications, il apparaît évident que la « valeur-travail » joue un rôle fondamental comme révélateur de l'invention. Mais si elle apparaît comme moteur de l'apparition de l'invention, elle est insuffisamment discriminante pour justifier le retrait ou l'inclusion d'une invention dans le domaine de la brevetabilité. Elle pourrait même produire l'effet inverse, à savoir accroître le nombre d'inventions prétendant à la brevetabilité. Comme le soulignent Mme les professeurs LE GAL et MONLEAUD-DUPY, il suffit « d'un degré d'intervention humaine *très faible* (...) pour basculer de la catégorie des découvertes à celle des inventions » [nous soulignons]¹²⁸⁹. La délimitation de la notion d'invention ne trouvera pas de justification suffisante auprès de la valeur-travail. Il faudrait donc rechercher le caractère « technique » de l'invention.

267.- L'invention, une innovation « technique ». La caractérisation de la technicité de l'invention est indispensable pour le processus de « dévoilement » qui permet le passage de la découverte à l'invention¹²⁹⁰. Rechercher la technicité de l'invention évite donc le piège de la quête *d'utilité* au moment de l'appropriation, qui n'a d'autre conséquence que celle de dévoyer le droit de la propriété intellectuelle vers une logique utilitariste. Pour autant, le terme de *technique* ne se laisse pas facilement approcher¹²⁹¹. Nous avons eu l'occasion de voir que la technique était une composante du progrès médical. En effet, les avancées médicales ressortent autant de la technique que de la science, c'est d'ailleurs en cela que le brevet est générateur de progrès médical. Mais la définition de la technique ne pouvait se faire qu'à la lumière de la recherche de la notion d'invention. Nous y voici.

¹²⁸⁹ C. LE GAL et J. MONLEAUD-DUPY, *Brevetabilité des séquences génétiques : le point*, in *Les Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°22, p. 281, et spéc. p. 290.

¹²⁹⁰ Le terme, parfaitement illustratif du passage de la découverte à l'invention, est emprunté à M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, op. cit. n° 49, p. 63-64 : « Au fond, on pourrait dire qu'on est dans une situation analogue à celle qui fait dire, d'un point de vue juridique pragmatique, qu'un droit non prouvé est comme un droit inexistant. Une propriété jamais révélée, jamais aperçue est dans le même statut qu'on pourrait qualifier d'« inexistence pratique ». Pour autant que le résultat technique requis soit atteint, il y a bien invention dans un acte qui est le « dévoilement » ». Des mêmes auteurs, v. aussi *Réinventer l'invention ? Propr. Intell.* juillet 2003, p. 286.

¹²⁹¹ En ce sens, M. BUYDENS, *La problématique de la brevetabilité des logiciels : antécédents et conséquences du rejet de la proposition du Parlement et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur*, in *La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Colloque 16-17 juin 2005, Litec, coll. *Droit des affaires-Propriété intellectuelle*, p. 149, et spéc. p. 160 : « (...) la jurisprudence des Chambres de recours se cantonne dans la célébration d'une *théologie négative de la technicité*, et laisse de ce fait subsister une certaine incertitude quant à la condition de « caractère technique » que doit présenter toute invention, on peut se demander s'il ne serait pas encore plus incertain de vouloir figer la notion de technique dans une définition posée une fois pour toutes » [nous soulignons].

Le panel des inventions aujourd'hui de la métallurgie à la biochimie, rend inefficace le rapprochement avec le suranné *industriel*, qui fait référence à la fabrication¹²⁹². Pourtant, la définition de l'industrie éclaire le *continuum* entre la découverte et l'invention : « dans son acception la plus générale et la plus juste, tout travail de l'activité humaine, assujettissant à son service une portion de la matière »¹²⁹³. Dès lors, sans véritable définition, la doctrine enseigne classiquement que l'invention est « une solution technique à un problème technique »¹²⁹⁴. Mais c'est une décision de 1969 de la Cour suprême allemande, *Rote Taube*, qui sert de référence à la notion en précisant que « sera brevetable (et donc comme une invention technique) tout enseignement en vue d'une action planifiée par la mise en œuvre de forces naturelles contrôlable afin d'atteindre un résultat causal prévisible »¹²⁹⁵. Ce rapport des sciences et de la technique est également mis en évidence par MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE. Ils avancent l'idée selon laquelle la solution serait dite technique lorsqu'elle repose sur des connaissances issues des sciences dures¹²⁹⁶. Dans le même sens, M. SCHEUCHZER explique qu'une règle technique est une règle d'utilisation des forces de la nature¹²⁹⁷. Cette définition de la technicité permet de répondre aux nouvelles attentes qui pèsent sur le droit des brevets, dans un souci d'adaptabilité aux nouveaux objets, tels que les séquences génétiques. En effet, « tout allait bien quand il s'agissait de roulements à bille ou, à la rigueur, de polymères. Mais quand l'information surgit, l'évidence se perd »¹²⁹⁸.

¹²⁹² Il était particulièrement employé par les lois de 1844 et de 1968 et s'est progressivement estompé avec l'évolution des sciences. C'est un peu tout le droit des brevets qui subit cette mutation. Alors plongé dans une vision « matérialiste et mécaniste », il s'adapte mal à la nature informationnelle de ces nouveaux objets (*in*, M. VIVANT et T. PITOIS, *La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif, Droit et société*, 1996, n°32, p. 120).

¹²⁹³ M. RENOARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Guillaumin et Cie, Paris, 1860, p. 8. Rapp. de la définition donnée par l'OEB : « comme comprenant l'exercice de toute activité physique de caractère technique, c'est-à-dire une activité qui relève du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux-arts » (Directive OEB, partie C, chap. IV, 5.1).

¹²⁹⁴ En ce sens, v. notamment J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets, op. cit.* n°154, p. 174. – F. POLLAUD-DULIAN, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n°50. – J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. *Cours*, 2000, n°152..

¹²⁹⁵ BGH, 27 mars 1969, *IIC* 1970, p. 136, traduit par M. BUYDENS, *La problématique de la brevetabilité des logiciels : antécédents et conséquences du rejet de la proposition du Parlement et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, op. cit.*, p. 149, et spéc. p. 159.

¹²⁹⁶ M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain, op. cit.*, n° 48, p. 63.

¹²⁹⁷ A. SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002, Réflexion sur la notion d'invention et les conditions de la brevetabilité, in, Protéger les inventions de demain*, La documentation française, INPI, coll. *Propriété intellectuelle*, sous la dir. de M. VIVANT, Paris, 2003, p. 215, et spéc. p. 221.

¹²⁹⁸ M. VIVANT, *Sciences et praxis juridique, D.* 1993, p. 109.

268.- En somme : l'invention. MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE avancent un résumé de leurs précédentes analyses : « il y a invention dès lors qu'un processus intellectuel, quel qu'il soit, permet d'aboutir à une innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, éventuellement quelle que soit la nature de l'effet produit »¹²⁹⁹. Concrètement, c'est la fonction d'un produit ou d'un phénomène naturel¹³⁰⁰, dans son aspect technique, qui va solliciter la protection du droit des brevets¹³⁰¹. Autrement dit par ROUBIER : « Et en effet, celui qui découvre le premier un produit naturel ne saurait s'en réserver par la voie du brevet, le monopole d'exploitation ; mais s'il a découvert une utilisation industrielle de ce produit, il peut, au contraire, réclamer un brevet pour cette application. On ne comprendrait pas, d'ailleurs, qu'il pût songer à interdire l'exploitation de ce produit pour d'autres utilisations industrielles ; s'agissant d'un produit existant dans la nature, chacun peut librement étudier et rechercher les autres applications dont il est susceptible dans l'industrie »¹³⁰².

b) L'invention, objet socialement valorisé du droit des brevets

269.- La valeur sociale, un concept objectif. L'invention acquiert sa légitimité par la considération de la valeur sociale des objets du domaine de la santé. Concrètement, la valeur sociale est contenue dans les qualités objectives de la chose immatérielle se prêtant à

¹²⁹⁹ M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, op. cit., p. 74 et des mêmes auteurs *Réinventer l'invention ? Propr. Intell.* juillet 2003, p. 286 et spéc. p. 290. En réponse à cette proposition de définition, v. notamment E. GUTMANN, *Les substances d'origine naturelle : de la découverte à l'invention brevetable*, *Propr. Intell.* octobre 2005, p. 392. Ou du même auteur, v. aussi sa position tranchée : « L'auteur de ces lignes ne peut donc souscrire à l'hypothèse énoncée dans le Rapport introductif (n°11) selon laquelle un « élément isolé du corps humain ou autrement produit pas un procédé technique » consisterait en une découverte, au sens strict, du terme, ayant néanmoins nécessité une importante intervention humaine », in E. GUTMANN, *Les particularités des inventions biotechnologiques justifient-elles un assouplissement – ou un durcissement – des critères de brevetabilité et/ou des règles applicables à l'étendue de la protection qui peut leur être conférée par un brevet, ou bien ces particularités ne sont-elles que superficielles ?*, in *Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?*, sous la dir. de B. REMICHE, Acte du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Larcier, 2006, p. 177 et spéc. p. 187.

¹³⁰⁰ La distinction est soulevée par ROUBIER (in, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°146, p. 91). L'auteur cite l'exemple pour les produits naturels, de la cellulose, qui comme telle n'est pas brevetable, mais en tant que produit de remplissage des cloisons de navires, elle le devient (Cass. 27 février 1894, D. 1895, 1, p. 181).

¹³⁰¹ En ce sens, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°263, p. 101, à propos d'un jugement, TGI Seine, 3 mars 1962 (préc.), à propos de l'antibiotique *Auréomycine* qui provenait de la fermentation d'un micro-organisme : « Que ce produit est brevetable, car il ne se trouve pas spontanément dans la nature, mais est produit non seulement lorsque le champignon se trouve placé dans des conditions particulières nécessitant l'intervention de l'homme ».

¹³⁰² P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°146, p. 91.

l'exclusivité. Il faut donc se concentrer sur la chose pour déterminer les droits de l'inventeur. Nous pourrions rapprocher ce raisonnement de la démonstration de MOUSSERON, « le droit de l'inventeur cède alors la place au droit sur l'invention et appelle cette contribution à l'analyse objective du droit du breveté »¹³⁰³. Même si elle repose sur des critères que nous avons exclus, à savoir l'utilité et la rareté à l'état de valeur économique¹³⁰⁴, nous adhérons pleinement à sa conclusion : « Il ne s'agit plus de conférer un droit, mais de constituer un droit directement sur elle [l'invention], en raison du fait immédiat de son existence »¹³⁰⁵. Autrement dit, l'invention est bien l'objet de la propriété intellectuelle.

α) Les généralités sur la recherche de la valeur sociale et l'invention

270.- La valeur sociale et l'objet du droit des brevets. Au regard de la définition avancée de l'invention, où doit-on rechercher la valeur sociale ? On ne doit pas s'efforcer de la trouver directement dans le produit naturel, support de l'invention, mais dans l'utilisation industrielle qui en est faite. Il faut au moment de l'appropriation s'interroger sur la finalité de la disposition. La question qu'il est nécessaire de se poser est la suivante : l'application technique d'un produit ou d'un procédé possède-t-elle des qualités objectives qui, une fois appropriées, se révéleront favorables au progrès médical ? Et plus précisément, contribueront-elles à réaliser le « bien-être social », l'amélioration de la santé ? On pourrait penser qu'il est alors nécessaire de rechercher le « mérite » de l'invention¹³⁰⁶, par son influence sur la santé. En somme, plus les médicaments seraient efficaces, plus leur appropriation serait justifiée ?

¹³⁰³ J.M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, n°23, 1961, p. 290. Un des apports essentiels de cette thèse aura également consisté à démontrer que le droit du breveté d'invention est un droit de propriété, inspiré de la propriété civiliste.

¹³⁰⁴ Critères qu'il définit d'objectifs, et que nous avons expressément exclus pour leur subjectivité. La valeur sociale, elle, est une notion objectivement définie. Or, cette définition « objective » de l'invention s'explique par : « Désignée par ses caractères d'utilité et de rareté à un état de valeur économique, c'est-à-dire de bien juridique, l'invention, par sa seule existence, indépendamment de toute référence aux conditions de sa genèse ou au degré de son utilité sociale, pose le problème de son appropriation juridique » (J.M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, op. cit. p. 289). Cette indifférence au degré de l'utilité sociale de l'invention, qui se rapprocherait de notre critère de valeur sociale, est à relativiser. En effet, nous pouvons lire sous la plume de cet éminent professeur une tendance aux considérations finalistes dans le processus d'appropriation : « Se pose alors le problème de la *finalité* de l'intervention juridique en pareil domaine. Sa désignation suppose un jugement de valeur porté par la société sur la science et sur la technique, une opinion défavorable appelant une intervention freinatrice, une opinion favorable provoquant une intervention stimulatrice », in J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, op. cit., n°7, p. 11.

¹³⁰⁵ J.M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, op. cit., p. 289.

¹³⁰⁶ Sur cette notion de « mérite » de l'invention, v. *infra* n°293 et s. nos discussions sur l'activité inventive.

Mais par une telle démarche, il faudrait craindre l'intrusion d'un délétère subjectivisme des juges, entre ce qui serait une bonne ou une mauvaise invention pour le « bien-être » des personnes. Fort heureusement, le caractère technique de l'invention ne peut laisser de place à ces disqualifications infondées¹³⁰⁷. Il faut rappeler que la valeur sociale est une notion objective, déconnectée des jugements du sujet. Sa constatation sera donc objectivement déconnectée de l'effort créateur de l'inventeur ou même de l'investissement mis dans l'invention. Dans le domaine de la santé, rechercher la valeur sociale de l'invention aboutit concrètement à vérifier l'apport thérapeutique de l'invention pour les avancées de la recherche, pour le demandeur et pour ses concurrents. Il sera donc nécessaire de vérifier si, au cas par cas, l'appropriation de ces objets correspond à la finalité de progrès médical. Autrement dit, l'invention est une technique « opératoire » destinée à produire des objets de santé qui constituent des avancées médicales, bien au-delà du seul progrès technique. Il faut considérer le progrès social et celui-ci dépend de la seule appropriation des techniques orientées vers l'amélioration dans le temps du « bien-être », de la santé. Cette approche dynamique est certes complexe, car elle nécessite de se projeter dans le temps, mais elle est indispensable aux appropriations d'aujourd'hui et à la nécessaire préservation de la science. Il convient de prendre un exemple.

β) La valeur sociale et l'exemple des séquences génétiques

271.- L'insuffisance de la « valeur-travail ». Le point de départ de cet exemple provient des biotechnologies et plus précisément, de la brevetabilité appliquée sur des séquences génétiques. Le brevet de produit présente l'inconvénient dans le domaine de la santé d'offrir une protection très large à toutes les applications futures¹³⁰⁸. Ce sont d'ailleurs les craintes qui

¹³⁰⁷ Nous reprenons l'actuel propos de ROUBIER : « Il ne faudrait pas pousser les choses trop loin, ni exiger que l'invention apporte avec elle une véritable supériorité sur ce qui existait jusque-là dans l'industrie : car il n'est nullement certain tout d'abord, que cette supériorité puisse s'exprimer d'une manière immédiate, sans que bien des perfectionnements soient souvent nécessaires : les inventions, au début sont généralement imparfaites, elles ne répondent pas toujours aussitôt aux espérances de leurs auteurs » (in P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, op. cit. n°141, p. 91).

¹³⁰⁸ En ce sens, F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, LGDJ, Coll. *Traité des contrats* (sous la dir. de J. GHESTIN), 2006, p. 67 : « Or, le domaine du vivant paraît marqué par la rupture d'un tel équilibre, conséquence d'un phénomène largement spécifique à la matière ; l'accumulation de brevets et leur enchevêtrement consécutif. Soutenus par une politique d'octroi de brevets très libérale, chercheurs et industriels ont sollicité et obtenu une multitude de brevets leur conférant un monopole d'exploitation très large, dépassant souvent l'étendue de leur propre invention. Ainsi, une demande revendique-t-elle une protection non seulement pour telle séquence de gène et telle protéine pour laquelle elle code, mais aussi pour le gène dans son entier et de multiples applications thérapeutiques (thérapie génique, criblage de médicaments, fabrications d'animaux

ressortaient de l'interprétation de la Directive communautaire 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques et spécialement de l'article 5¹³⁰⁹. Une séquence ADN isolée, purifiée ou épissée peut-elle constituer une invention ? Aux termes de ce texte, il semblerait que simplement isolée la séquence puisse être qualifiée d'invention, après vérification des conditions de brevetabilité (activité inventive, application industrielle et nouveauté). L'isolement deviendrait le critère de dissociation entre l'invention et la découverte. Autrement dit, le simple exercice du *travail* d'isolement sur la séquence contribuerait à lui conférer sa valeur, et justifierait son appropriation. Une telle conclusion n'est pas souhaitable au regard de la faible intervention humaine qu'il faut aujourd'hui pour pratiquer de tels actes sur une séquence – souvent même mis en œuvre par informatique. Cela aurait pour conséquence d'accroître d'autant le domaine de la brevetabilité et les situations de monopoles seraient d'autant plus bloquantes pour la génération suivante de chercheurs¹³¹⁰. Nous les avons dénoncées en travaillant l'implication de la valeur économique dans le processus de qualification. On oublie que la norme d'appropriation est finalisée, c'est-à-dire qu'elle doit réaliser le progrès médical. Pour cela, il faut donc considérer la valeur sociale des objets.

272.- La nécessité de la valeur sociale. La valeur sociale de certains objets implique de ne considérer au titre de l'objet du droit des brevets que les techniques qui apporteront le « bien-être » social, l'amélioration de la santé dans le temps. Comment y parvenir ?

transgéniques, etc.) qui au moment de la revendication, ne sont encore pour certaines que des perspectives lointaines ».

¹³⁰⁹ L'article 5 de la Directive 98/44 dispose : « le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle de gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables. Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel ». Comme le souligne l'avis du CCNE, du 8 juin 2000, avis n°64 : « ce texte aboutit à dire que tout gène ou séquence serait brevetable, à condition d'être cloné, accordant ainsi un rôle déterminant à des techniques de clonage qui ne répondent à aucun critère de nouveauté vidant ainsi quasiment de sens l'alinéa précédent ».

¹³¹⁰ En ce sens, V. OST, *Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques*, *op.cit.* p. 137 : « La transposition de la directive présenterait le danger majeur que des brevets accordés sur des séquences génétiques simplement « isolées » puissent bloquer les développements thérapeutiques basés sur des propriétés du gène encore insoupçonnées à l'époque où le brevet a été accordé ». L'auteur souligne d'ailleurs que le législateur belge pour se prémunir de cette éventualité a énuméré dans la définition de l'invention toutes les formes qu'elle pouvait prendre.

D'une part, il faut que l'invention s'arrête aux portes de la fonction que la matière vivante recèle et qui est « dévoilée » par l'inventeur. Ainsi, on n'affectera pas le domaine de la science qu'il est important de préserver à la connaissance de tous, dans le giron des choses communes. Plusieurs auteurs se sont exprimés en ce sens, tels que MM. les professeurs BRUGUIERE et VIVANT : « Point de monopole sur la séquence. C'est dire qu'une nouvelle application industrielle de la séquence ultérieurement mise en lumière ne serait pas, dès lors dépendante »¹³¹¹ ou encore M. SCHEUCHZER : « on peut donc se demander si la brevetabilité – et donc la protection conférée – d'une séquence génétique ne devrait pas être liée à la fonction indiquée, quand bien même celle-ci ne figurerait que dans la description »¹³¹². Telle est d'ailleurs l'option choisie, après mûre réflexion, par le législateur français lors de la transposition de la directive de 1998 à l'article 611-18 du Code de la propriété intellectuelle¹³¹³. Même s'il est vrai que la notion de fonction appliquée à la biologie peut être difficile à cerner¹³¹⁴, il semble que cela soit la meilleure voie pour satisfaire les intérêts antagonistes de réservation et d'accessibilité – en limitant les brevets à spectre large et les situations de dépendance. En ce sens a statué la Cour d'appel de Paris, en date du 4 mars

¹³¹¹ M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, op. cit. n° 60, p. 79. Les auteurs citent également M. le professeur HOOD qui juge que « le brevet de produit relatif à une invention biotechnologique devrait avoir une portée limitée aux fonctions décrites dans la demande de brevet et ne saurait interdire la prise d'un autre brevet sur une nouvelle fonction » ou encore C. LE GAL selon qui le gène serait le « support d'une application thérapeutique ou diagnostique précisément déterminée par l'inventeur » (in C. LE GAL, *Appréhension du secteur pharmaceutique par le droit de la propriété industrielle : du médicament aux inventions biotechnologiques*, Th. Dactyl. Pharmacie, Montpellier I, 2002, p. 112).

¹³¹² A. SCHEUCHZER, *L'invention brevetable en 2002, Réflexion sur la notion d'invention et les conditions de la brevetabilité*, in, *Protéger les inventions de demain*, op. cit. p. 215, et spéc. p. 221.

¹³¹³ Que certains ont critiqué, soutenant la position énoncée dans l'article 5 de la Directive de 1998 : v. notamment, T. LAMBERT, *Le brevet et la personne. Bref propos sur un double rendez-vous manqué*, D. 2005, p. 2006. – J.-C. GALLOUX et E. GUTMANN, *La protection juridique des inventions biotechnologiques selon la loi du 6 août 2004 : du génie génétique à la tératogénie juridique ? Propr. intell.* octobre 2004, p. 871. – E. GUTMANN, *Les inventions biotechnologiques, Chronique droit des créations techniques, Propr. intell.* avril 2002, p. 74 : « sous couvert d'une résistance (héroïque ?) à des dispositions prétendument injustes, cet épisode est en réalité coûteux, inutile et surtout navrant ».

Que d'autres considèrent la disposition comme contraire à la directive, tout en approuvant la restauration du « contrat social » fondateur du droit des brevets qu'elle réinstaura, en ce sens, v. notamment : F. BELLIVIER, L. BRUNET, M.-A. HERMITTE, C. LABRUSSE-RIOU, C. NOIVILLE, *Les limitations légales de la recherche génétique et de la commercialisation de ses résultats : le droit français*, R.I.D.C. 2- 2006, p. 307,

¹³¹⁴ En ce sens, M. VIVANT, *Office européen des brevets, L'heure des clarifications, Courrier de la Planète*, n°57, 2000, p. 24 : « Or, comme l'a fort bien remarqué le responsable du programme français du séquençage, Jean Weissenbach lors du colloque de Bordeaux, la notion de fonction d'un gène n'a rien d'évident. Un gène n'a de fonction immédiate qu'à l'égard d'une protéine, qui elle-même a une fonction, etc. ». Il faudra donc être particulièrement attentif aux revendications énoncées dans le brevet, et veiller à leur stricte étendue.

2009¹³¹⁵. En l'espèce, il s'agissait d'une invention pionnière faisant suite aux travaux de M. le professeur MONTAGNIER, sur le virus du SIDA, récompensé par le prix Nobel de médecine. Le litige opposait le Laboratoire Chiron à l'Institut Pasteur à propos d'un kit de diagnostic moléculaire du virus HIV. La position de la Cour correspond à nos précédents développements : « Si en présence d'une invention pionnière, le brevet peut décrire un mode de réalisation de l'invention et revendiquer tout autre mode de réalisation possible, en revanche, même un brevet pionnier ne peut se voir accorder une portée générale si ses revendications sont rédigées en termes restrictifs » et « une revendication non ambiguë, de portée étroite, ne saurait se voir accorder, sous couvert d'une interprétation, une portée générale, lorsque notamment le breveté a été contraint de limiter la portée de la revendication dans le cadre de procédures de délivrance et d'opposition pour se distinguer de l'art antérieur ». Nous ne pouvons qu'abonder dans ce sens, dans ce contentieux relatif à des séquences ADN.

D'autre part, il faudra vérifier si cette fonction contribue par les avancées thérapeutiques qu'elle promet à l'amélioration de la santé. Concrètement, il faudra être vigilant à ce que cette fonction soit réelle¹³¹⁶ et que l'apport thérapeutique qu'elle permet existe vraiment. Il sera également nécessaire de se projeter dans le temps pour vérifier si l'octroi de ce monopole ne freinera pas les avancées médicales de demain. Ces éléments sont contenus dans les revendications au titre du brevet.

χ) La portée de la valeur sociale lors de l'appropriation de l'invention

273.- La vigilance sur la portée des revendications qui dépassent la valeur sociale de l'objet. Comment faut-il appliquer les critères relatifs à l'invention au regard de la valeur sociale du produit ? Il convient de rappeler au préalable que notre démarche globale s'inscrit dans une délimitation stricte de l'objet du droit des brevets en considération du progrès médical. Deux exemples l'illustrent.

¹³¹⁵ CA Paris, 4^e ch. 4 mars 2009, aff. *Institut Pasteur c/ Laboratoire Chiron*, *Propriété intellectuelle*, avril 2010, p. 743, note GALLOUX.

¹³¹⁶ Sur ce point, v. nos remarques sur les utilités virtuelles des choses, v. *supra* n°106.

En premier lieu, le produit peut-être mal défini. Tel est le cas lorsque l'inventeur n'a pas connaissance de toutes les structures chimiques ou biologiques qui composent le produit¹³¹⁷. Il va alors donner tous les renseignements possibles sur le produit qu'il connaît et les propriétés thérapeutiques qui lui sont attachées. La vitamine B. 12 est un exemple de cette connaissance progressive sur sa structure chimique. Cette absence de connaissance du produit final peut conduire les demandeurs à formuler des revendications larges pour éviter qu'un tiers produise une substance très voisine, presque similaire, et hors de la protection de son brevet. Le produit à cet effet est décrit de manière très large ou vague. Mais une telle démarche freine les avancées thérapeutiques de demain, car les tiers se trouvent alors en situation de dépendance. Une telle appropriation a donc une portée négative pour le progrès médical.

En second lieu, le caractère mal défini d'un produit peut présenter des risques sur son innocuité. Afin de ne pas déposer un brevet trop restrictif ou de ne rien déposer, certains prétendants préfèrent déposer des formules qui s'avèreront après démonstration fausses. Même si le risque pour la santé publique est évident, ce qui l'est moins, c'est le refus de brevetabilité. Ainsi, à travers une décision fort contestable de la Cour d'appel de Paris du 23 juin 1972¹³¹⁸, « on est conduit à admettre qu'une définition incomplète, ou même une mauvaise définition n'empêche pas d'aboutir à un produit susceptible de constituer un objet brevetable »¹³¹⁹. Nous regrettons cette décision qui contribue à l'appropriation d'un objet à la finalité incertaine.

274.- Exemple de la portée de la valeur sociale sur l'action en contrefaçon. Loin de nous limiter aux biotechnologies, nous pensons qu'un tel raisonnement doit être appliqué à tous les objets du domaine de la santé. Lorsque les molécules sont issues de la matière vivante, ce sont alors seulement les *fonctions thérapeutiques* qu'elles représentent qui seront susceptibles d'être appropriées. Autrement dit, réaffirmer que la chose est appropriée dans un certain but limite les droits du titulaire sur cette chose. Les actions en contrefaçon peuvent de ce fait être

¹³¹⁷ Comme le souligne, M. le professeur de HAAS, « cela n'est pas d'une grande importance puisque le mélange tel qu'on peut l'obtenir, après fermentation ou après une extraction est doué en lui-même de propriétés thérapeutiques intéressantes et utiles » (in, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°232, p. 88).

¹³¹⁸ CA Paris, 23 juin 1972, *Ann. propr. ind.* 1972, p. 116-124. V. également les explications exprimant ce même regret de M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°235 et s., p. 89 et s.

¹³¹⁹ M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°238, p. 91.

limitées à la seule protection de ce but. Les autres seront déclarées abusives. A l'instar de celle récemment menée par l'entreprise Monsanto, un des principaux producteurs de semence au monde. Après avoir retrouvé des traces d'ADN du soja transgénique, que l'entreprise a breveté pour sa résistance à l'herbicide *Roundup*, dans de la farine de soja produite à partir du soja transgénique, Monsanto a alors assigné les importateurs de cette farine pour protéger son brevet. Les conclusions de l'avocat général se sont alors fondées sur la fonction de l'invention brevetée en considérant que « la protection conférée à un brevet relatif à une séquence génétique est limitée aux situations dans lesquelles l'information génétique exerce actuellement les fonctions décrites dans le brevet. Cela vaut aussi bien pour la protection de la séquence en tant que telle que pour la protection des matières dans laquelle elle est contenue »¹³²⁰. Dans une logique de restriction de l'emprise du brevet, une telle conclusion est normale. La protection ne s'étend pas ni par « accession »¹³²¹, ni par « incorporation »¹³²².

275.- Les sanctions liées à la méconnaissance de la valeur sociale d'une invention.

Argumenter sur le fait que l'appropriation doit être réalisée seulement lorsque l'objet approprié contribue au progrès médical peut s'avérer utile, mais sans sanction il demeurera lettre morte. Pour le demandeur, la démonstration des propriétés pharmacologiques ou de l'application thérapeutique n'est pas un élément, ni de l'objet, ni des conditions du brevet. Dans l'histoire de la brevetabilité, cette exigence n'a existé qu'à l'époque du Brevet Spécial de Médicament (BSM) lui conférant ses spécificités. L'absence de particularisme de la protection du médicament dans notre actuel droit des brevets ne permet donc pas d'imposer une telle condition. De plus, la démonstration des propriétés thérapeutiques relève plus de la demande d'Autorisation de Mise sur le Marché (AMM)¹³²³ que de l'objet du brevet.

¹³²⁰ Avocat Général conclusion, le 9 mars 2010, CJUE, *aff. C-428/08, Monsanto technology c/ Cefetra et a.*, JCP G 2010, 331 et 909, note MARINO ; *Propr. ind.* octobre 2010, alerte 98, note GAUMONT-PRAT.

¹³²¹ En ce sens, M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.*, n° 61, p. 81.

¹³²² *Contra*, M.-C. CHEMTOB, A. GALLOCHAT, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, Tec&Doc, 2001, p. 160 : « si le gène X est breveté, la protection du brevet s'étendra à toute matière biologique dans laquelle le gène X est contenu et exprimé même si cette matière ne découle pas de la première matière dans laquelle s'est trouvé le gène X ».

¹³²³ Sur le fondement de l'article L. 5121-9 du Code de la santé publique : « L'autorisation prévue à l'article L. 5121-8 est refusée lorsqu'il apparaît que l'évaluation des effets thérapeutiques positifs du médicament ou produit au regard des risques pour la santé du patient ou la santé publique liés à sa qualité, à sa sécurité ou à son efficacité n'est pas considérée comme favorable, ou qu'il n'a pas la composition qualitative et quantitative déclarée, ou que l'effet thérapeutique annoncé fait défaut ou est insuffisamment démontré par le demandeur ».

Et pourtant, le demandeur doit remplir une obligation de description de son invention, tel en dispose l'article L. 613-25 b) du Code de la propriété intellectuelle¹³²⁴. Ainsi, qu'il s'agisse d'une substance chimique, biologique, ou d'un procédé, le demandeur devra fournir une description complète de son invention¹³²⁵. Il sera donc possible de juger de son impact sur le progrès médical. Autrement dit, une invention qui dans sa description ne précise pas les indications thérapeutiques ou les propriétés pharmacologiques du médicament revendiqué ne sert pas les avancées médicales de demain. Et si elle le fait de manière obscure, par des revendications « fleuves », elle verrouille l'accès intellectuel qui fonde l'appropriation¹³²⁶. La sanction est d'une part, le rejet de la demande par l'INPI, sur le fondement de l'article L. 612-12 8° du Code de la propriété intellectuelle¹³²⁷ et d'autre part, la possible nullité du brevet. Certains auteurs distinguent l'absence d'indication de l'application thérapeutique et l'absence de description des propriétés pharmacologiques. Ces dernières n'étant pas obligatoirement nécessaires à l'homme du métier pour exécuter l'invention, seules les premières seraient importantes. Mais dans la majorité des cas, elles sont nécessaires dans la description et leur défaut entraîne la nullité du brevet¹³²⁸. Le jugement du TGI de Paris du 11 février 1976¹³²⁹ confirme cette nécessité.

Pour les concurrents, l'accès intellectuel, que permet la description, doit rester ouvert pour favoriser de nouvelles avancées thérapeutiques. Telle est la logique de la propriété intellectuelle. La démonstration des propriétés pharmacologiques permet également de vérifier si le contenu de la demande n'est pas « trop étendu », si elle correspond à son objet,

¹³²⁴ Article L. 613-25 b) du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Le brevet est déclaré nul par décision de justice : (...) b) s'il n'expose pas l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter ».

¹³²⁵ En ce sens, v. J. AZEMA, *Médicaments, J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4280, 2008, n°4.

¹³²⁶ V. *supra* n°222.

¹³²⁷ Article L. 612-12 8° du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Est rejetée, en tout ou en partie, toute demande de brevet : (...) 8° dont les revendications ne se fondent pas sur la description ».

¹³²⁸ M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, p. 171. – J. AZEMA, *Médicaments, J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4280, 2008, n°4. – TGI Paris, 11 février 1976, *D.* 1976, p. 691, note AZEMA. Toutefois, M. le professeur AZEMA a émis des réserves sur le fait que les propriétés pharmacologiques ne seraient pas indispensables si elles peuvent se déduire de l'indication thérapeutique. En ce sens, CA Paris, 20 mai 1972, *Ann. propr. ind.* 1973, p. 65, note AZEMA.

¹³²⁹ TGI Paris, 11 février 1976, n°*JurisData* : 1976-760679 : « Un brevet d'invention portant sur un médicament, doit être déclaré nul, en vertu de l'article 5 § 2 du décret du 30 mai 1960, pour indications insuffisantes sur les applications thérapeutiques et pharmacologiques. Le médicament ne donnait aucune indication sur la toxicité, ne précise pas les contre-indications ni ne précise les modes d'utilisation.

sur le fondement de l'article L. 613-25 c) du Code de la propriété intellectuelle¹³³⁰. En effet, une protection trop large a un effet bloquant pour les autres inventeurs et des conséquences néfastes sur les avancées thérapeutiques dans le temps. Nous l'avons déjà précisé une appropriation sur un objet étendu ne contribue pas au progrès médical, dans la mesure où elle prive, par le monopole d'exploitation accordé, les chercheurs d'une partie de la science. Même si ces sanctions permettent de défendre la valeur sociale de certains objets indument appropriés, sera alors nécessaire, une action en justice qui fait perdre un temps précieux à la science. Et si elle n'est pas introduite, rien ne permettra de se défendre contre cette qualification erronée d'invention. Se justifieront alors le recours aux mécanismes régulateurs ou correcteurs appliqués lors de la circulation de l'objet.

Mais ce qui nous porte à un certain optimisme dans cette voie est que l'intérêt à agir en matière de nullité de brevet est apprécié de manière large. Ainsi, tout brevet délivré au mépris de la valeur sociale de la chose, c'est-à-dire toute personne lésée dans son accessibilité, aura intérêt à le faire. En atteste, la dernière décision du Tribunal de Grande Instance de Paris, du 16 juin 2009, où le demandeur, obligé d'abandonner ses demandes d'Autorisation de Mise sur le Marché (AMM), ne saurait le priver de l'intérêt à agir face à un concurrent qui monopolise le marché et stérilise toute concurrence¹³³¹.

276.- La double valorisation de l'invention. L'essentiel. La qualification de la création, ici l'invention, n'est possible qu'en considération des deux valeurs qui la composent. La « valeur-travail » qui la mène à l'existence et la « valeur sociale » qui justifie cette existence. La « valeur-travail », tout d'abord, est celle qui ressort d'une intervention humaine pour en révéler le caractère technique. Il n'y a donc pas d'opposition entre la découverte et l'invention, l'une est le *continuum* de l'autre, l'une est valorisée par le travail effectué sur l'autre. Une telle considération permet de résoudre l'équation de « l'appropriation de la matière vivante ». Elle ne peut l'être en tant que telle, mais seulement par la fonction qui est dévoilée par l'intervention humaine. Si une telle considération est essentielle pour limiter le

¹³³⁰ Article L. 613-25 c) du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Le brevet est déclaré nul par décision de justice : (...) c) si son objet s'étend au-delà du contenu de la demande telle qu'elle a été déposée (...) ».

¹³³¹ TGI Paris, 3^e ch., 16 juin 2009, *Ratiopharm c/ Lundbeck*, *Propriété intellectuelle*, avril 2010, p. 739, note GALLOUX et WARUSFEL.

domaine de l'appropriation¹³³², elle nous paraît devoir être confortée par la finalité que poursuit la règle de droit en la matière.

L'appropriation ne sera alors possible que si la fonction mise à jour est favorable au progrès médical. C'est-à-dire qu'elle contribuera à l'accroissement des avancées thérapeutiques dans le temps. Ainsi, la recherche de la valeur sociale des objets permet de donner le sens de la norme. Nous avons pris l'exemple d'une séquence ADN. Son appropriation du seul fait de son isolement va à l'encontre du progrès médical, car freinent les inventions de demain. Son appropriation ne peut être justifiée que si la fonction de la séquence ADN contribue réellement à l'accroissement des avancées médicales d'aujourd'hui et de demain. Tel doit être le sens de toute appropriation dans le « domaine du vivant », et plus largement dans le domaine de la santé. Cela emporte deux conséquences : d'une part, les droits du titulaire seront limités par la finalité de cette appropriation, lorsqu'il souhaitera les revendiquer, notamment par l'action en contrefaçon ; et d'autre part, la sanction de l'octroi d'un titre qui ne correspond pas à la finalité poursuivie lors de l'appropriation en autorise la nullité.

Après avoir démontré cette double valorisation¹³³³ de l'objet de la propriété intellectuelle, il convient d'en avoir une approche plus concrète.

2) L'appréciation pratique de la notion d'invention dans le domaine de la santé

277.- Précision. Au préalable, rappelons que tout objet de la propriété intellectuelle est qualifié d'invention s'il a passé le crible de la double valorisation. Nous ne reviendrons pas sur cette démonstration. Nous tâcherons simplement de la constater lorsqu'elle fait défaut.

¹³³² Rappelons que cette limitation est essentielle au regard du régime d'exception que constitue la propriété intellectuelle. Elle contribue à la préservation d'un domaine de l'inappropriable indispensable à l'essor du progrès médical.

¹³³³ On aurait pu citer PLAISANT (in, R. PLAISANT, *Critères objectifs et subjectifs en matière de brevetabilité, Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 527) pour illustrer ce propos : « selon la théorie dite « objective », il y a invention nouvelle et brevetable dès lors que le rapprochement du brevet attaqué et des antériorités ne permet pas de retrouver le brevet dans une antériorité, étant entendu que celle-ci doit être de toute pièce ; l'objectivité résulterait du fait que le juge est dispensé de porter tout jugement de valeur. Selon la théorie dite « subjective » le juge devrait porter un jugement de valeur sur le point de savoir si le brevet contesté apporte un progrès que le technicien moyen agissant sur une bonne routine professionnelle n'aurait pu réaliser (...) ». L'appréciation de la valeur sociale dans les différentes inventions revient à adopter la théorie subjective. Mais par souci de ménager le lecteur sur l'application d'une théorie subjective à l'invention appréhendée dans ses qualités objectives, nous préférons simplement signaler cette référence.

278.- Nomenclature de l'invention brevetable. La loi du 2 janvier 1968 procédait à la distinction de quatre types d'inventions brevetables : le produit nouveau, le procédé ou moyen nouveau, l'application nouvelle de moyens connus et la combinaison nouvelle de moyens connus. Le Code de la propriété intellectuelle, à l'article L. 611-10, ne reprend pas cette distinction et les englobe sous le terme générique d'invention¹³³⁴. Pourtant, on remarque que la doctrine y a toujours recours¹³³⁵. Mais cette nomenclature trouve un intérêt dans le domaine de la santé pour maîtriser l'étendue de la protection qui n'est pas toujours facile à déterminer. Quelques définitions succinctes paraissent alors nécessaires.

Par « produit », on entend « le corps déterminé ayant une composition ou une structure particulière, qui les distingue des autres corps »¹³³⁶. Il ne faut pas le confondre avec le procédé¹³³⁷, ni avec le résultat. En effet, on ne saurait monopoliser la production de ce résultat, ni même empêcher un inventeur qui obtiendrait le même résultat par d'autres procédés¹³³⁸. Cela reviendrait dans le domaine de la santé à vouloir breveter le résultat que peut-être la fabrication d'un vaccin, et non la composante d'un vaccin précis. Ce dernier exemple prouve que des procédés microbiologiques ou produits obtenus par ces procédés

¹³³⁴ On en trouve tout de même quelques vagues références aux articles R. 612-18 et R. 612-19, qui évoquent les quatre catégories de revendication.

¹³³⁵ Il est vrai que cette distinction trouve un écho particulier en matière de brevet sur les médicaments. En ce sens, v. notamment J. AZEMA, *Médicaments, J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4280, 2008.

¹³³⁶ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°142, p. 68.

¹³³⁷ Le produit peut-être brevetable indépendamment de son procédé de fabrication. Mais soulignons que pour que l'homme du métier exécute l'invention, il est nécessaire que dans la description le procédé soit expliqué.

¹³³⁸ MOUSSERON donne un exemple très clair sur le débrayage (non brevetable) et un mécanisme de débrayage (brevetable) (*in*, J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies Techniques, Paris, 1984, n°131, p. 149) Le résultat est une abstraction. ROUBIER souligne que « la distinction du produit et du résultat a une portée considérable pour déterminer le contenu de l'activité inventive, et par voie de conséquence l'étendue du brevet (P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°142, p. 68). La libre concurrence impose une grande rigueur à ce sujet. Pour une rare illustration jurisprudentielle : CA Paris, 28 juin 1996, *PIBD* 1996, n°622, III, p. 606 : « l'obtention d'un résultat technique (...) n'est en aucun cas brevetable ». Il ne faut pas confondre non plus le produit avec le procédé. Le produit peut-être brevetable indépendamment de son procédé de fabrication. Mais soulignons que pour que l'homme du métier exécute l'invention, il est nécessaire que dans la description le procédé soit expliqué.

peuvent être brevetés¹³³⁹, tel en dispose l'article L. 611-19, III du Code de la propriété intellectuelle¹³⁴⁰ (a).

Les « procédés » ou « nouveaux moyens », on entend : « un système d'interventions d'agents chimiques ou d'organes mécaniques [*nous ajoutons : biologiques*] dont la mise en œuvre conduit à l'obtention d'un objet matériel appelé produit ou d'un effet immatériel appelé résultat »¹³⁴¹. Ces brevets sont d'une particulière importance dans le domaine de la santé. Considérés comme moteur de progrès et non bloquants, ils ne faisaient pas l'objet de l'interdiction de 1844¹³⁴² (b).

« L'application de moyens connus » correspond à l'utilisation d'un produit ou d'un procédé déjà connu, breveté ou non, en vue d'obtenir des effets auxquels on n'avait pas songé jusqu'alors »¹³⁴³. Ce type de brevet est finalement assez fréquent, car la découverte de produits ou de procédés entièrement nouveaux est assez rare, surtout dans le domaine scientifique où les recherches des uns sont souvent imbriquées dans les recherches des autres. Le brevet sera donc limité à l'application nouvelle qui a été envisagée (c).

Enfin, « la combinaison de moyens connus » fait référence non aux moyens en eux-mêmes, mais dans leurs rapports les uns vis-à-vis des autres, en fonction de l'ordre et de la disposition dans lesquels ils sont mis en œuvre¹³⁴⁴ (c).

¹³³⁹ Sur les procédés microbiologiques, v. *infra* n°327. Il semble que la constatation vaille aussi lorsque le procédé passe du « micro » au « nano », mettant en œuvre des nanotechnologies, pour l'obtention de « nanoproduct ». Hormis peut-être les questions éthiques que seule une telle technologie, sur ce point, v. Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Avis n°96 : Questions éthiques posées par les nanosciences, les nanotechnologies et la santé*.

¹³⁴⁰ L'article L. 611-19, III du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Les dispositions du 3° du I n'affectent pas la brevetabilité d'inventions ayant pour un objet un procédé technique, notamment microbiologique, ou un produit obtenu par un tel procédé ; est regardé comme un procédé microbiologique tout procédé utilisant ou produisant une matière biologique ou comportant une intervention sur telle matière ».

¹³⁴¹ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets, op. cit.*, n°132, p. 151.

¹³⁴² V. *supra* n°251.

¹³⁴³ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets, op. cit.* n°132, p. 151.

¹³⁴⁴ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies Techniques, Paris, 1984, n°134, p. 152. - P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°143, p. 73, dont l'analyse avant-gardiste – car une telle catégorie n'existait pas dans les lois de 1844 et de 1900 – est particulièrement intéressante.

Remarquons que ces catégories ne sont pas exclusives les unes des autres et peuvent se cumuler sur un même objet.

279.- Remarques préliminaires sur la pratique de cette nomenclature. Il est ainsi intéressant de noter que tous les types d'inventions – de produit, de procédé, de l'application moyens nouveaux et de la combinaison de moyens connus – se retrouvent dans l'invention pharmaceutique. Mais la réalité des choses dans ce domaine est bien souvent plus compliquée. En pratique, sur un même principe actif peut se décliner en plusieurs spécialités pharmaceutiques et elles-mêmes faire l'objet de plusieurs présentations pharmaceutiques (dosage, la forme galénique, etc.)¹³⁴⁵. Pour chacune de ces présentations, le laboratoire va solliciter un brevet de procédé, ou un brevet d'application, s'il en trouve une nouvelle par des moyens déjà connus qui viendra compléter le brevet de produit qu'il a sur la molécule. Or, ces brevets, que l'on pourrait qualifier de défense, vont avoir comme conséquence d'affaiblir l'entrée des génériques dans un marché particulièrement occupé par la marque du médicament princeps¹³⁴⁶.

a) L'invention pharmaceutique de produit.

280.- Invention de produit et médicament. Dans les précédentes versions de l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique, la définition du médicament par fonction faisait expressément référence à la notion de produit, et le médicament par présentation est défini à travers sa substance¹³⁴⁷ ou sa composition¹³⁴⁸. La version introduite par la loi du 26 février

¹³⁴⁵ Présentation, au sens du médicament par présentation.

¹³⁴⁶ V. *infra* n°438.

¹³⁴⁷ Rappel : La définition de la substance aux termes de la directive européenne 2001/83/CE du 6 novembre 2001 au §3 de l'article 1^{er}, qui vise toute matière pouvant être : « humaine, telle que le sang humain et les produits dérivés du sang humain ; animale, telle que les micro-organismes animaux entiers, partie d'organes, sécrétions animales, toxines, substances obtenues par extraction, produits dérivés du sang, etc. ; végétale, telle que les micro-organismes, plantes, parties de plantes, sécrétions végétales, substances obtenues par extraction, etc. ; chimique, telle que les éléments, matières chimiques naturelles et les produits chimiques de transformation et de synthèse ».

¹³⁴⁸ Rappel : Il n'existe pas non plus de définition générale de la composition. Un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation en donne un aperçu, en désignant « la composition de divers éléments, quelle qu'en soit la nature, dont les propriétés curatives alléguées résultent seulement de leur réunion, ce qui est le cas en l'espèce » (Crim. 28 mai 1968, *D.* 1968, p. 746, aff. *Inoplast*, note DILLEMANN et PLAT). Il n'y a pas à distinguer selon la nature des procédés employés pour la confection des produits, en ce sens, Ch. Réunies 29 novembre 1943, *JCP G* 1944, II, 2628 : « rentrent dans la catégorie des compositions et préparations (...) tous produits dans lesquels des éléments divers ont été réunis en vue d'un effet curatif ou préventif à obtenir grâce à

2007 de l'article a le mérite de supprimer la confusion sur une éventuelle différence qui pourrait exister entre la composition et la substance d'un côté et le produit d'un autre¹³⁴⁹. Les notions paraissent équivalentes. En effet, le produit pharmaceutique tel qu'entendu par le droit de la propriété industrielle est bien un corps déterminé, une substance (un produit simple) ou une composition (un produit composé)¹³⁵⁰, distinct des autres corps par les indications thérapeutiques qu'il possède. Le rapprochement du produit avec la substance ou la composition aboutit à deux interrogations.

Premièrement, la notion de substance recouvre toute matière pouvant être d'origine animale ou végétale, chimique ou humaine. Or, si on suppose que le produit au sens de la propriété industrielle est synonyme de la substance du droit de la santé, on se heurte à la non-brevetabilité des produits et éléments du corps humain au sens de l'article L. 611-18 du Code de la santé publique¹³⁵¹. Il faut pour résoudre cette difficulté se reporter à la définition de l'invention, qui consiste en un dévoilement. C'est précisément le produit dévoilé par l'intervention humaine prenant appui sur la matière vivante, qui pourra constituer une invention. L'exemple le plus simple étant celui des vaccins, une transformation, FOYER parlerait de « transsubstantiation »¹³⁵², de la matière vivante (le bacille) en un produit aux vertus thérapeutiques¹³⁵³. De plus, il s'agit du produit socialement valorisé. À considérer la

l'association des principes actifs de ces éléments, sans qu'il y ait à distinguer selon la nature des procédés chimiques ou autres employés pour la confection de ces produits ».

¹³⁴⁹ Les auteurs de l'époque s'interrogeaient sur cette différence. En ce sens, v. M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°81, p. 32 : « La question se pose alors de savoir si le législateur a voulu donner, en utilisant le terme « produit », par opposition aux expressions « substances » et « compositions » un sens plus large tel que, par exemple celui qui est habituellement utilisé dans le domaine de la propriété industrielle ».

¹³⁵⁰ Sur cette qualification de produits simples et de produits composés, v. R. LEMAY, *Santé publique et brevetabilité du médicament*, Th. dactyl. Paris I, 1969, p. 76.

¹³⁵¹ Selon l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle : « Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables ».

¹³⁵² J. FOYER, *La distinction invention/découverte est-elle toujours d'actualité ? La remise en cause de la distinction, communication au colloque de l'Académie des sciences et des sciences morales et politiques*, Paris, janvier 2002, cité par, M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, La documentation française, INPI, coll. *Propriété intellectuelle*, Paris, 2003, n° 37.3, p. 46.

¹³⁵³ En ce sens, v. notamment, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°261, p. 100 : « en pareil cas, nous estimons que l'on se trouve en présence d'une situation où le produit peut être considéré comme connu, mais où la découverte de ses propriétés conduit à une application nouvelle qui rend alors le produit brevetable du fait qu'il devient un médicament, puisqu'il va être effectivement présenté pour la première fois comme présentant des propriétés thérapeutiques ».

valeur sociale de la matière vivante, elle semble de préférence devoir être maintenue dans le domaine des choses communes. En effet, le matériel biologique est une composante essentielle de la science, support de nouvelles inventions. Le privatiser irait à l'encontre du progrès médical. Nous revenons aux mêmes développements que pour la brevetabilité des séquences ADN en tant que telle. La composition, quant à elle, ne pose pas ce type de difficultés dans la mesure où elle inclut ce processus intellectuel dans sa définition, à savoir l'association de principes actifs de divers éléments en vue d'un effet curatif ou préventif.

Deuxièmement, alors que l'invention de produit est constituée d'une substance créée ou d'une composition de principes actifs, doit-elle présenter des indications thérapeutiques ? Rien dans le droit des brevets ne l'impose. À juste titre, puisqu'il n'existe plus de spécificité du brevet de médicament. Mais la solution peut être tout simplement trouvée dans la définition du médicament. Dans la définition de l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique, la substance ou la composition sur laquelle porte le produit brevetable doit posséder des propriétés curatives ou préventives, pour le médicament par présentation, et de permettre d'établir un diagnostic médical, ou de restaurer, corriger ou modifier les fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique. L'invention pharmaceutique de produit aura donc ces traits et sera ainsi décrite dans la demande de titre¹³⁵⁴. Cela constitue sa valeur sociale. Cette position est confortée par une décision ancienne de la Cour d'Appel de Paris du 14 janvier 1960. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de Paris retient que le produit brevetable est composé non seulement de la formule qui permet de réaliser la substance, en l'occurrence la phénylbutazone, mais également ses propriétés thérapeutiques¹³⁵⁵. M. le professeur de HAAS conclut : « On retiendra que le produit, en tant qu'objet brevetable, doit être défini non seulement par sa formule, mais encore par les propriétés qui le caractérisent et qui sont spécifiques de sa structure »¹³⁵⁶.

¹³⁵⁴ Cette proposition est plus confortée par le fait que la sollicitation d'un brevet sur un médicament implique son exploitation (obligation légale) et pour toute exploitation d'un médicament il est nécessaire d'avoir obtenu une autorisation de mise sur le marché qui vérifie les propriétés pharmacologiques du médicament.

¹³⁵⁵ CA Paris, 14 janvier 1960, *Ann. propr. ind.* 1960, p. 9 : « considérant qu'il est constant, et d'ailleurs non contesté, que la phénylbutazone est un produit nouveau qui n'avait jamais été réalisé avant le brevet et qui se distingue par des qualités qui lui sont propres, notamment par des propriétés thérapeutiques considérables pour le traitement du rhumatisme sous ses multiples formes ».

¹³⁵⁶ M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°230, p. 87. Cette proposition fait toutefois douter l'auteur de la possibilité de constituer un brevet sur un résultat. Nous l'avons précisé les brevets de résultat sont impossibles en raison de leur abstraction. Mais il avance cette explication : « Dans le cas du médicament, le produit est la matière active, quelle qu'en soit la nature ; elle devient un médicament brevetable à partir du moment où elle est présentée comme possédant un certain nombre de

Toutefois, une question pratique demeure. Le breveté peut être tenté de déposer toute une famille de composés pharmaceutiques, qui sont définis par leur structure globale¹³⁵⁷. Est-il nécessaire que le breveté fasse la démonstration de toutes les propriétés pharmacologiques des composés ? Alors que certains auteurs le réclament¹³⁵⁸, M. le professeur de HAAS juge l'obligation irréaliste au regard du nombre de composés le plus souvent concernés¹³⁵⁹. Il semblerait que le progrès médical soit plus servi par l'enrichissement que procurent de tels rapprochements de composés que par un cadre trop exigeant¹³⁶⁰. Toutefois, même si ces arguments sont convaincants, nous rappelons le danger inhérent pour la recherche et les avancées thérapeutiques de laisser adopter des brevets aux revendications larges¹³⁶¹. Au brevet de famille, on préférerait le « brevet de sélection », qui consiste « à choisir, parmi une

propriétés thérapeutiques et le résultat de l'invention est l'utilisation de ces propriétés thérapeutiques en vue de guérir ou de prévenir certains troubles dans les organismes humains ou animaux.

¹³⁵⁷ En ce sens, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°517, p. 237 : « on entend par famille tout un ensemble de produits qui répondent à une même formule globale, comportant divers groupes désignés d'une manière arbitraire et qui peuvent avoir des définitions différentes ».

¹³⁵⁸ En ce sens, v. J.-M. AUBY, F. COUSTOU, J. BERNAYS et C. HAUSER, *Droit pharmaceutique*, fasc. 37. – R. LEMAY, *Les médicaments : particularités du brevet*, *Dr. social*, n°1, janvier 1971, p. 15. – P. MATHÉLY, *Le droit français des brevets d'invention*, Paris, Librairie JNA, 1974, p. 124.

¹³⁵⁹ M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°519, p. 238 : « Pareille opinion encourt un double reproche. Elle est d'abord contraire à l'esprit du droit des brevets ; elle manque ensuite de réalisme. On sait, en effet, que la recherche pharmaceutique est déjà longue et coûteuse ; on ne peut pas, de surcroît, contraindre le breveté à l'obligation de soumettre tous les composés, qui peuvent être très nombreux à une expérimentation complète ». Ainsi, l'auteur explique que sur une centaine de composés l'inventeur va peut-être en vérifier une dizaine. Et si on lui laisse déposer seulement cette dizaine, un concurrent pourra très aisément synthétiser les 90 autres et mettre le premier inventeur en situation de dépendance.

¹³⁶⁰ M. le professeur de HAAS explique que les progrès de la médecine sont activés par les mises en évidence plus nombreuses aujourd'hui des structures chimiques de certains médicaments et de leur interaction avec les organes. Les études qui procèdent à ces analogies s'appellent des études de conformation. Le laboratoire MERCK a d'ailleurs établi un catalogue de substituants pour des molécules anti-inflammatoires et leurs actions bénéfiques ou pas (*in*, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°521, p. 239, citant P. FALLET, *L'invention de sélection en matière de médicaments*, th. dactyl. Pharmacie, 1974, p. 127).

¹³⁶¹ En ce sens, v. R. LEMAY, *Les médicaments : particularités du brevet*, *Dr. social*, n°1, janvier 1971, p. 15 : « L'existence de brevets de famille en permettant de monopoliser une multitude de corps ni de synthétisés ni expérimentés aboutit à limiter parfois considérablement et abusivement les possibilités de recherche rentables ; pour une ou deux substances utilisées, il y en a plusieurs centaines que les tiers auront tendance à ne pas étudier, alors que l'utilisation thérapeutique de certaines d'entre elles pourrait être particulièrement avantageuse (nouvelle application thérapeutique très intéressante, même indication, mais très faible toxicité, voie d'administration aisée, action prolongée...). Un tel régime constitue une entrave à la recherche pharmaceutique et s'avère préjudiciable aux intérêts de la santé publique ». [nous soulignons]. Rapp. B. de PASSEMAR, *Ann. propr. ind.* 1965, p. 6 : « Une telle philosophie permettrait rapidement à ceux qui détiennent la plus grande avance dans la recherche, voire à ceux qui, sans même la moindre recherche réelle, se contenteraient d'effectuer des divulgations théoriques, d'éliminer définitivement toute concurrence, possible seulement grâce aux découvertes et mises au point de sélection réalisées à la suite de travaux de recherche approfondis et systématiques ».

famille de corps présentant certaines propriétés, le corps particulier qui présente cette propriété au plus haut degré ou dans des conditions optimales »¹³⁶². Ce sens aurait pu être consacré par le Tribunal de Grande Instance de Paris, en date du 20 février 2009, qui statue sur le degré de pureté d'une molécule. La *Cefuroxime* était connue, mais obtenue à un tel degré de pureté non. Mais le Tribunal a considéré que la molécule n'étant pas nouvelle ne pouvait être brevetée, même si le procédé de thermondynamisme permettait d'atteindre ce niveau de pureté jamais atteint¹³⁶³.

281.- Invention sur les autres produits de santé. En ce qui concerne les produits, les exemples foisonnent¹³⁶⁴. Le droit commun du brevet s'applique encore plus aisément, considérant le moindre effet de ces produits sur la santé humaine. En effet, la valeur sociale de ces objets est moindre dans la mesure où la plupart du temps, ils contribuent plus au « mieux-être », qu'à des besoins vitaux. La nomenclature précédente (invention de produit, de procédé, d'application et de combinaison de moyens connus) a pleine vocation à se retrouver en ces objets. L'enjeu, finalement, lors de la brevetabilité, est de savoir s'il s'agit d'un brevet de médicament ou pas, et si l'on va devoir rechercher les propriétés pharmacologiques, notamment lors de la qualification de l'invention de produit¹³⁶⁵. Nous illustrerons ce propos par deux exemples : les aliments et les produits cosmétiques.

Il fait partie des lieux communs de rappeler le lien qui unit aliment et santé. L'alimentation est devenue de nos jours une priorité en matière de politique de santé publique¹³⁶⁶. La tentation a

¹³⁶² J. AZEMA, *Essai de démythification du brevet de sélection, Mélanges Bastian*, Litec, 1974, t. 2, p. 144.

¹³⁶³ TGI Paris, 3^e ch. 20 février 2009, *GlaxosmithKline c/ Sandoz, Propr. intell.* avril 2010, p. 742, note GALLOUX. L'auteur observe : « Néanmoins, des circonstances particulières peuvent justifier la reconnaissance de la nouveauté pour une molécule connue revendiquée dans un degré de pureté encore inconnu. La pratique des Chambres de recours en cite une : l'obtention de ce degré de pureté par le biais d'un procédé ne relevant pas des procédés classiques ; sans doute conviendrait-il d'y ajouter l'apparition d'un effet technique nouveau ». L'auteur précisant qu'il s'agit d'une pratique répandue de l'OEB et cite à cet effet, OEB, rec. tech. T 728/98 du 12 mai 2000, *Journal Officiel de l'OEB* 2001, p. 319.

¹³⁶⁴ On se plaît à rapporter l'exemple de ROUBIER, sur le brevet obtenu pour un appareil de toilette féminine, connu sous le nom de « tournure » et très en vogue au Second Empire (*in*, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°142, p. 68).

¹³⁶⁵ V. *supra* n°280.

¹³⁶⁶ Et notamment avec le Programme National Nutrition Santé (v. notamment : <http://www.mangerbouger.fr/>)

été grande de qualifier certains aliments de médicaments¹³⁶⁷. À cet effet, on citera la position de la Cour d'appel de Nancy dans une décision du 14 mai 1969¹³⁶⁸, assez révélatrice de la tendance : « ne saurait constituer la vente de médicaments celle d'aliments avec indication de leurs vertus bénéfiques pour la santé publique, sans tomber dans un excès que la loi n'a pas voulu, car ces aliments ne sont pas des médicaments, mais des aliments dont le public a intérêt à connaître les vertus bienfaisantes »¹³⁶⁹. La qualification de médicament exclue, ils se prêteront difficilement à la brevetabilité dans la mesure où ils ne constituent pas une solution technique à un problème technique. En revanche, les produits diététiques sur le fondement de l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique peuvent être considérés comme des médicaments. L'intervention humaine entraîne une suspicion et l'innocuité de ces produits devra être avérée. La question de leur brevetabilité renvoie aux questions traditionnelles, précédemment décrites, sur la brevetabilité des médicaments.

En ce qui concerne les produits cosmétiques, il s'agit principalement de brevet de produit sur des substances innovantes. Mais les laboratoires concentrent également leurs recherches sur des procédés de diffusion et d'application de ces substances (texture des crèmes, pompes des flacons, etc.). Une invention d'application de moyens connus peut également avoir pour support un produit cosmétique. Cette nouvelle application conduit nécessairement à une composition spécifique qui sera décrite lors de la revendication. On peut remarquer que les exigences dans la constatation de l'invention sont particulièrement strictes, quand bien même il s'agissait de produits à la frontière du médicament. En atteste, un arrêt de la Cour de Cassation du 28 février 1968¹³⁷⁰. L'invention consiste à utiliser un moyen connu, la dihydroxyacétone (DHA) pour une application nouvelle, à savoir le brunissement artificiel de

¹³⁶⁷ La frontière est particulièrement tenue notamment avec ce que l'on nomme aujourd'hui les alicaments, v. *supra* n°261.

¹³⁶⁸ CA Nancy, 14 mai 1969, *Dr. pharm.* 1969, n°1638. Et plus généralement, G. DILLEMANN, *Les problèmes posés par l'application pratique de l'article L. 511 du Code de la santé publique aux aliments diététiques*, *JCP G* 1974, I, 2624. Le demandeur vantait notamment les bienfaits de produits comme la confiture de myrtille qui améliore la vue nocturne, le miel de romarin qui est un régulateur du foie, le miel de bruyère doué de propriétés antirhumatismales, la rhubarbe, le poireau et l'ail.

¹³⁶⁹ Et le professeur DILLEMANN de compléter : « Ainsi, est-il utile de signaler l'intérêt des laitages et des fromages comme fourniture de calcium à l'organisme, les propriétés laxatives des pruneaux et antidiarrhéiques de la gelée de coing, la nécessité de consommation de yoghourts pour la reconstitution de la flore durant le traitement par certains antibiotiques, etc. » (*in*, G. DILLEMANN, *Les problèmes posés par l'application pratique de l'article L. 511 du Code de la santé publique aux aliments diététiques*, préc.).

¹³⁷⁰ Cass. 28 février 1968, *La société d'Application de parfumerie c/ Andreadis*, *Ann. propr. ind.* 1968, p. 26, note GAULTIER.

la peau. La Cour d'appel a bien reconnu qu'il s'agissait d'une application nouvelle de moyens connus¹³⁷¹. Mais la Cour de Cassation a cassé cet arrêt au motif que les compositions de l'application nouvelle étaient insuffisamment décrites¹³⁷², malgré l'évidence de son rôle d'autobronzant. La sévérité de cette décision, acceptée par certains, désapprouvée par d'autres¹³⁷³, est heureuse pour la protection de la santé. Ses propriétés pharmacologiques n'étant points exigées au moment de la brevetabilité, comme elles le seraient pour un médicament, il convient d'adopter une attitude prudente. Car même si un produit cosmétique se définit par son application superficielle, on ne connaît pas les effets qu'un tel autobronzant aurait sur le long terme. Une dernière question, dont l'épilogue est loin d'être écrit, concerne la protection de savoirs traditionnels. La satisfaction de la quête d'une jeunesse éternelle donne lieu à une véritable « course au brevet » entre les laboratoires et peut se faire au mépris de certaines cultures traditionnelles¹³⁷⁴.

b) L'invention pharmaceutique de procédé.

282.- L'invention pharmaceutique de procédé. A l'inverse de l'invention de produit, il n'y a pas eu de rupture dans l'histoire de la brevetabilité du médicament pour l'invention de procédé. Elle a au contraire été un palliatif¹³⁷⁵. Ce que l'on protège ici, c'est le procédé qui va permettre de synthétiser une molécule contenue dans la spécialité pharmaceutique¹³⁷⁶ et non la molécule en elle-même. En pratique, un des intérêts de ces brevets est de prendre le relais de la protection du produit dans le temps. Or, si tel est le but, il ne remplit pas la finalité de progrès médical qui a permis la qualification de cette invention. Ces sont plutôt des intérêts

¹³⁷¹ CA Paris, 26 juin 1965 : « Considérant qu'en l'espèce les conditions se trouvent réunies ; qu'en effet en décrivant dans son brevet des compositions susceptibles de contenir de la DHA et en indiquant la proportion nécessaire pour chacune de ces compositions en vue d'obtenir un certain effet bronzage, Andreadis s'est livré à une adaptation d'une certaine propriété de la DHA, dans un domaine où ce produit n'avait jamais encore été utilisé » (cité par, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, op. cit. n°300, p. 122).

¹³⁷² L'intervalle de concentration de la DHA dans le principe actif était trop vague.

¹³⁷³ De vives critiques de M. GAULTIER dans la note qu'il consacre à cet arrêt (préc.), et plus nuancé, v. M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, op. cit. n°302, p. 124.

¹³⁷⁴ Sur ce point, v. *infra* n°527, dans la partie droit d'auteur, la protection des savoirs traditionnels.

¹³⁷⁵ En ce sens, v. notamment, R. LEMAY, *Santé publique et brevetabilité du médicament*, Th. dactyl. Paris I, 1969, p. 51. – P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°147, p. 98.

¹³⁷⁶ Une spécialité pharmaceutique peut être définie comme tout médicament préparé à l'avance, mis sur le marché sous une dénomination spéciale et sous un conditionnement particulier.

économiques qui sont ici protégés. En effet, si le titulaire dépose le brevet de procédé ultérieurement à celui de produit, et que seul ce procédé permet de synthétiser la molécule, alors il maintiendra son monopole sur le produit au-delà de l'expiration légale. Il a alors un pouvoir bloquant sur toutes les avancées médicales dans le temps. Ainsi revendiqué il est contraire au progrès médical, sa valeur sociale imposerait son inappropriation, afin de laisser la molécule libre de droits. Les partisans de la loi de 1844 avaient souligné de telles pratiques pour interdire également les brevets de procédés, au même titre que les brevets de produits, sur les médicaments¹³⁷⁷. On pourrait alors répondre qu'il suffirait aux concurrents d'employer le brevet de procédé qui a permis la synthèse du produit et qui est décrit dans l'invention de produit¹³⁷⁸. Mais l'intérêt de déposer des brevets de procédés ultérieurs, au-delà de l'effet monopolisant, est d'apporter un bénéfice technique tant sur le produit obtenu que sur le procédé employé. Le premier brevet de procédé paraît bien obsolète à côté de ces avancées. Cela d'ailleurs pourra constituer un frein pour les fabricants de médicaments génériques. En plus, le brevet de procédé pourra également avoir pour objet la forme ou les formulations galéniques du médicament, c'est-à-dire la forme du comprimé et ses conséquences sur sa dispersion dans le corps. Or, on pourrait appliquer les interrogations précédentes à ce type de procédé. Que préférer entre l'injection d'une substance active pour arrêter de fumer, décrite dans l'invention de produit, et le patch révolutionnaire à diffusion prolongée, objet d'un brevet de procédé ultérieur ?

L'originalité de l'invention de procédé, dans le domaine du médicament, est que l'inventeur dans la revendication peut faire référence au produit, à savoir un médicament¹³⁷⁹. Mais dans cette revendication, il ne sera pas nécessaire de préciser les composantes du produit, seul le procédé devra être détaillé. Par exemple, le procédé en matière de médicament peut être constitué par une méthode de conservation des produits¹³⁸⁰ ou le procédé de fabrication d'un

¹³⁷⁷ En ce sens, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°147, p. 96 : « Ces craintes ne sont nullement chimériques, un exemple a été fourni dans le cas du brevet Knorr, relatif à la fabrication de l'antipyrine ; aucun autre procédé de fabrication de ce produit n'ayant pu être découvert, le brevet couvrant le procédé de fabrication a abouti en fait au monopole du produit ; lorsque le brevet a disparu, l'antipyrine qui coûtait 250 francs le kilogramme est tombée à 50 francs ».

¹³⁷⁸ L'hypothèse très intéressante est soulevée par F. DIAZ, *Brevet et médicament*, th. dactyl. Pharmacie, Paris V, 2002, p. 55.

¹³⁷⁹ La revendication de moyen doit être libellée ainsi : « Médicament contenant tel produit » (*in*, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°292, p. 118).

¹³⁸⁰ Comme, dans une vieille décision, une capsule gélatineuse qui servirait d'enveloppe au médicament, Com. 12 novembre 1839, S. 1839, 1, p. 932.

médicament. La distinction du produit et du procédé peut parfois être tenue. Ainsi, ROUBIER s'interroge : « lorsqu'il s'agit d'un médicament formé par le mélange de deux substances, comment pourrait-on distinguer le procédé de fabrication qui consiste à mélanger les deux substances d'avec le produit obtenu, qui consiste précisément en un mélange de ces substances ? »¹³⁸¹ Il s'agira très certainement d'obtenir deux brevets, l'un pour le produit, l'autre pour le procédé.

c) L'invention d'application et de composition de moyens connus.

283.- L'invention d'application et de composition de moyens connus. Il s'agit par exemple de qualifier d'invention la nouvelle propriété thérapeutique élaborée à partir d'un médicament qui existe déjà. La question de la seconde application thérapeutique sera traitée dans les développements ultérieurs consacrés à la nouveauté¹³⁸². L'application nouvelle de moyens connus peut également recouvrir une réalité bien commune, comme le procédé de fermentation¹³⁸³. Mais on peut également penser au célèbre médicament, le Viagra. En effet, il a été breveté une première fois au titre de la molécule qui jouait le rôle d'antihypertenseur dans le corps. Puis, une autre application lui a été trouvée pour les troubles de l'érection et cette nouvelle application a fait l'objet d'un nouveau brevet¹³⁸⁴.

En ce qui concerne la combinaison de moyens connus, il est nécessaire de démontrer une coopération des deux moyens en vue d'un résultat commun, distinct de leur simple addition.

¹³⁸¹ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°147, p. 98. Cette interrogation avait plus de sens au moment où ROUBIER écrivait, c'est-à-dire sous l'empire de la loi de 1844, qui interdisait les inventions de produit.

¹³⁸² V. *infra* n°286.

¹³⁸³ En ce sens, v. Trib. civ. de la Seine, 9 mai 1957, *Ann. propr. ind.* 1963, p. 337 : « Attendu qu'il n'y a pas lieu de retenir cette distinction de la découverte et de l'invention à nouveau invoquée par la S.I.F.A. à propos cette fois du procédé ; qu'en effet, l'application nouvelle d'un phénomène naturel en vue d'un résultat industriel en l'espèce d'ailleurs un produit nouveau est brevetable ; *Attendu que le brevet 1 018 763 ne prétend nullement couvrir la fermentation du Streptomyces en elle-même ; qu'elle revendique simplement l'application nouvelle de cette fermentation à la fabrication de la vitamine B. 12, à titre de moyen constituant un élément du procédé d'ensemble de fabrication de ce corps ; que sans doute, le Streptomyces griseus avait été employé comme agent de fermentation antérieurement au brevet Merck, mais à des toutes autres fins, notamment la fabrication de la streptomycine* » [nous soulignons].

¹³⁸⁴ T. CAEN, *Réflexion sur l'efficacité des systèmes juridiques : focus sur les brevets pharmaceutiques et la contrefaçon de produits*, in *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC-Vuibert, 2009, p. 65 et spéc. p. 66.

Tel le rappelle un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, du 15 mars 1994, à propos de couche-culotte¹³⁸⁵.

Paragraphe 2

Les conditions finalisées de la brevetabilité dans le domaine de la santé.

284.- L'invention de protégeable à protégée. Nous venons de qualifier l'invention, objet de la propriété intellectuelle. Celle-ci pour retenir une acception la plus stricte possible eu égard au régime d'exception de la propriété intellectuelle doit être qualifiée en fonction de sa « valeur-travail » et de la valeur sociale.

Si l'objet est ainsi défini, il ne peut être considéré par ce seul fait comme approprié, il n'est pour l'instant que « protégeable ». Pour cela, devront être vérifiées les conditions d'appropriation. Or, sur les inventions du domaine de la santé, du fait de leur valeur sociale, ces conditions doivent poursuivre la finalité de progrès médical¹³⁸⁶. Il faudrait rappeler à cet effet la définition retenue du progrès médical. Il a été défini l'accroissement dans le temps des avancées médicales, issues de la science et de la technique, qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social ». Il finalise chaque condition d'appropriation appliquée aux inventions du domaine de la santé, à savoir la nouveauté (*A*), l'activité inventive (*B*) et l'application industrielle (*C*). Ne serait-il pas possible d'ailleurs de remarquer que chacune des conditions d'appropriation appliquée à l'invention du domaine de la santé correspond à une facette du progrès médical ?

A) La nouveauté

285.- Il convient dans un premier temps de déterminer, en général, ce que l'on entend par nouveauté (*1*), afin de s'attacher par la suite à la définition de ce concept dans le domaine de la santé (*2*).

¹³⁸⁵ Com. 15 mars 1994, n°91-22.092. En l'espèce, la combinaison d'un état de surface lisse extérieur avec une zone renforcée sur la partie avant de la feuille imperméable de la couche-culotte permettant une bonne résistance à la traction de la languette et un bon décollage, ne constitue pas une invention de combinaison, car elle ne procure pas de résultat distinct de la juxtaposition de ceux-ci.

¹³⁸⁶ On peut espérer une vérification homogène du contenu de protection par la Cour de Justice des communautés européennes à l'issue par la prochaine création du brevet communautaire.

1) Définition du concept de nouveauté.

286.- La nouveauté. Généralités. L'exigence de nouveauté est posée à l'article L. 611-10 1° du Code de la propriété intellectuelle : « Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions *nouvelles* impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle » [nous soulignons] et définie à l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle : « Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ». Il s'agit d'une règle classique partagée dans la plupart des systèmes de brevets¹³⁸⁷. La justification de cette condition tient à la finalité du progrès médical. En effet, il est défini comme un accroissement des avancées médicales *dans le temps*. Or, l'invention ne présenterait aucun intérêt pour la collectivité qui en bénéficierait déjà. Cette condition contribue à une amélioration constante des conditions du « bien-être », de la santé. Le contenu de la condition est défini de manière objective et « l'originalité de l'information pour son auteur n'entre pas en ligne de compte »¹³⁸⁸. L'invention doit donc être confrontée à l'état de la technique que l'al. 2 de l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle définit : « L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen »¹³⁸⁹. Toute information sur une invention déjà portée à la connaissance du public constitue dès lors une antériorité. La question est donc de savoir si l'on entend cet état de manière large, c'est-à-dire englobant toutes les informations accessibles au public à la date du dépôt du brevet, ou de manière restrictive, à certaines informations définies par la loi¹³⁹⁰. On le comprend l'exigence de nouveauté sera plus difficile à caractériser dans le premier cas que dans le second. À la lecture, de l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle, on comprend que l'état de la technique est défini largement, ce qui est nécessaire pour limiter l'objet du brevet dans le domaine de la santé.

¹³⁸⁷ En ce sens, v. notamment : R. VALABREGUE, *La notion de nouveauté et de brevetabilité*, Mélanges Marcel Plaisant, 1960, p. 187.

¹³⁸⁸ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies Techniques, Paris, 1984, n°226, p. 248.

¹³⁸⁹ L'état de la technique consiste donc en ce qui est accessible au public. Et comme le souligne M. VIVANT, *Le droit des brevets*, 2^{ème} édition, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2005, p. 25 : « il importe peu que le public ait accédé à la connaissance, il suffit qu'il ait pu y accéder ». La notion de public est en revanche moins précise. On se doute qu'il s'agira d'un certain nombre de personnes, mais on ne sait si leur niveau de compétence doit être en rapport avec l'invention.

¹³⁹⁰ Il s'agit d'une conception que certains auteurs ont qualifiée de « relative » ou « d'absolue », v. notamment S. ROUX-VAILLARD, *Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de la brevetabilité*, éd. Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 149.

2) Application du critère de nouveauté au domaine de la santé.

287.- Pour les médicaments. Quelques cas particuliers d'application du critère de la nouveauté au médicament nous renseignent sur le contenu de cette condition. Tout d'abord, sera comprise dans l'état de la technique une invention, des pansements, divulguée dans un établissement hospitalier étranger, dans le cadre d'une expérimentation clinique, où les membres étaient liés par le secret. Cette divulgation, qui constitue un usage public antérieur, détruit la nouveauté¹³⁹¹. Cette position de la jurisprudence nous renseigne sur la notion d'état de la technique et plus précisément sur la notion de *public*, pour lequel on n'attend pas une compétence particulière. Le simple bénéfice procuré par l'accroissement des avancées médicales suffit à constater la condition de nouveauté. S'il n'existe pas, il n'y a aura pas de nouveauté.

Quid de la pratique d'essais pour vérifier les propriétés pharmacologiques de la substance, constitue-t-elle une antériorité ? Il semblerait que non dans la mesure où l'homme du métier ne pourrait pas reproduire cette invention simplement à partir des résultats dégagés sur ces propriétés. M. le professeur de HAAS conclut : « des essais pharmacologiques ont pu être divulgués antérieurement au dépôt d'une demande de brevet visant un médicament, on doit considérer que cette divulgation ne détruit pas la nouveauté du médicament »¹³⁹².

288.- Pour les autres produits de santé. L'intérêt de la question s'est posé pour des inventions de sélection¹³⁹³. Ces inventions présentent un intérêt lorsqu'il s'agit, dans une famille de produits, de sélectionner le composé le plus représentatif de la famille et le plus prometteur dans ses propriétés pharmacologiques¹³⁹⁴. Il se peut que la sélection concerne un

¹³⁹¹ CA Paris, 16 janvier 1974, *P.I.B.D.* 1974, n°129, III, p. 228 infirmant le jugement : TGI Paris, 5 janvier 1972, *P.I.B.D.* 1972, n°84, III, p. 168. L'argumentation retenue par le tribunal est intéressante : « Attendu, en tout état de cause, qu'une expérimentation clinique suffisamment étendue est indispensable en raison de la nature du produit destiné aux soins des blessés ou des opérés, avant de pouvoir définir dans un brevet les résultats de ces produits, notamment en ce qui concerne ses qualités non irritantes pour la peau et avant de mettre sur le marché un tel produit ». Cet argument était valable sur le plan de la politique. Mais sur le plan technique, la Cour d'appel a raison, la divulgation était publique. En cas d'essais il convient donc de limiter au maximum le nombre de personnes participant à l'essai et éventuellement de les lier par des clauses de confidentialité.

¹³⁹² M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°431, p. 192.

¹³⁹³ Pour une définition de l'invention de sélection, v. *supra* n°280.

¹³⁹⁴ Cette recherche est appelée la politique du « créneau ». M. le professeur de HAAS la justifie ainsi : « Il ne faut pas considérer qu'un tel type de recherche est moins noble que la création de nouvelles molécules dont on ignore au départ quelles peuvent être les propriétés. Il faut, en effet, se rappeler qu'un laboratoire pharmaceutique a comme objectif essentiel de ne mettre sur le marché que des médicaments intéressants pour la santé publique ; il est donc parfaitement normal et c'est même l'intérêt de la santé publique que ce laboratoire

produit nouveau. Tel a été le cas pour une crème dépilatoire¹³⁹⁵. Les membres de la famille de cette crème étaient tous déjà connus et présentaient des propriétés déjà mises en évidence. Or, le composé, objet de la demande possédait de nouvelles propriétés, à savoir l'action dépiler¹³⁹⁶. L'apport au bénéfice social ne peut ici qu'être constaté, et par voie de conséquence la nouveauté aussi. La sélection peut aussi concerner un produit déjà connu. Tel a été le cas pour un insecticide¹³⁹⁷. En effet, ce produit fait partie de l'état de la technique et les propriétés des membres de sa famille sont également connues, ce qui explique qu'il ne puisse faire l'objet d'une invention brevetable.

289.- Pour les inventions génétiques. On lit à travers les décisions de l'Office européen des brevets une certaine souplesse dans l'application du critère de la nouveauté. Comme si la discipline récente autoriserait toutes formes nouvelles d'avancées médicales. Une molécule déjà connue dans un mélange est considérée comme nouvelle¹³⁹⁸, une séquence ADN dans une base de donnée génomique, ne constitue pas une antériorité suffisante pour détruire la nouveauté¹³⁹⁹. Comme le conclut M. MARTEU : « dans ces conditions, l'on comprend que la mise en application de ce critère de brevetabilité ne représente pas une difficulté insurmontable aux yeux du déposant »¹⁴⁰⁰. La spécificité – la difficulté – de la brevetabilité

aboutisse dans les délais les plus brefs à la mise au point de molécules particulièrement actives » (*in*, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, *op. cit.* n°582, p. 280).

¹³⁹⁵ CA Paris, 25 février 1965, *Ann. propr. ind.* 1968, p. 15.

¹³⁹⁶ Le brevet concerne le thiolactate de strontium qui présente des qualités dépilatoires. Il est obtenu par la combinaison chimique de deux composés présents dans une famille de brevet, la famille des mercapto-carboxylates alcalins et alcalino-terreux. Ces deux composés, le thiolactate de calcium et le thioglycolate de strontium, mélangés forment le produit nouveau et brevetable : le thiolactate de strontium.

¹³⁹⁷ Trib. civ. de la Seine, 28 avril 1949, *Ann. propr. ind.* 1951, p. 143. Les propriétés insecticides du dichlorodiphényltrichlorétane (D.D.T.), étaient déjà connues au même titre que celles du chloral et du bromal, composés de la même famille.

¹³⁹⁸ Par exemple, la décision 656/94 de la Chambre de recours technique de l'OEB, qui considère qu'un polypeptide revendiqué est nouveau même s'il était connu au sein d'un mélange comportant d'autres polypeptides ayant la même activité chimique (cité par E. SERGHERAERT, *Conditions de fond de la brevetabilité et étendue de la protection des inventions portant sur les séquences géniques : la vision européenne*, Th. dactyl. Lille 2, 2005, p. 238.

¹³⁹⁹ OEB Ch. Rec. tech. 301/87, *Alpha interferon/Biogen*, *Journal Officiel OEB*, 1990, p. 335. Et pourtant, une base de données fait bien partie des documents relatant l'état de la technique.

¹⁴⁰⁰ T. MARTEU, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, Th. dactyl. Nice, 2009, p. 154. Il évoque également la pratique du *disclamer*. Il est utilisé en règle générale pour permettre au demandeur d'exclure de la protection un domaine déjà connu, mais dont la place dans l'invention n'est qu'accidentelle. Ce qui est une brèche de plus ouverte dans la nouveauté.

des séquences génétiques tient toujours à leur proximité avec la Nature. C'est ainsi que pour caractériser la nouveauté d'une invention dans le domaine de la génétique, on va le plus souvent se contenter d'établir que la séquence n'existe pas en tant que telle dans la nature et « qu'elles sont nouvelles pour cette unique raison »¹⁴⁰¹. Mais cela reviendrait à confondre l'objet et les conditions de la brevetabilité, que nous avons préféré séparer. Or, si l'on applique la définition retenue de l'invention, comme *continuum* de la découverte, on s'aperçoit que c'est dans la technique dévoilée que doit résider la nouveauté. Plus précisément, c'est la fonction de la séquence isolée qui doit être nouvelle¹⁴⁰², qui ne doit jamais avoir été accessible au public. Cela signifie que sur une même séquence ADN, il peut y avoir plusieurs fonctions nouvelles, et autant d'inventions brevetables¹⁴⁰³.

290.- Pour la seconde (et plus) application thérapeutique¹⁴⁰⁴. L'objet de l'invention sur un médicament, nous l'avons précédemment souligné, doit mentionner ses propriétés pharmacologiques¹⁴⁰⁵. Aux termes de l'article 3 du décret du 30 mai 1960¹⁴⁰⁶ et de l'article 10 de la loi du 2 janvier 1968, on considérait que toutes propriétés déjà énoncées pour un médicament, le propulsaient automatiquement dans l'état de la technique et le privaient de

¹⁴⁰¹ Div. Opp. OEB 8 décembre 1994, *Howard Florey Institute v. Fraktion der Grünen im Europäischen Parlament et Paul Lannoye*, *Journal Officiel OEB* 1995, p. 388, point 4.2. Au-delà même, l'association de deux séquences contenues dans la nature pour créer un gène chimère suffit à caractériser la nouveauté. En ce sens, v. notamment Ch. NOIVILLE, *Ressources génétiques et droit : Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*, éd. Pédone, 1997, p. 126.

¹⁴⁰² En ce sens, M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, *op. cit.*, n° 83, p. 115.

¹⁴⁰³ En ce sens, E. GUTMANN, *Le brevet, l'éthique : le piège du langage ?*, *Propri. intell.* octobre 2003, p. 359 : « Seul relève alors de l'étendue de la protection conférée par le brevet, l'organisme dans lequel la séquence d'ADN est sous le contrôle d'un promoteur permettant à la « bonne » information génétique d'exercer sa fonction conduisant, au terme d'une transcription/traduction de cette séquence, à la production *in situ* de la protéine qui serait nécessaire à l'exploitation industrielle décrite dans ce brevet ».

¹⁴⁰⁴ Nous aurions pu étudier ces dispositions au niveau de l'objet. En effet l'interdiction de brevetabilité de la seconde application thérapeutique, interrogeait plus le droit des brevets sur son objet que sur la condition de nouveauté. En ce sens, J. AZEMA, *Droit pénal de la pharmacie*, Litec, 1990, p. 151, *Contra*, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, *op. cit.*, p. 228 : « lorsqu'un médicament est déjà connu dans une application déterminée, la découverte que ce médicament produit dans cette application un résultat qui n'avait pas encore été décelé ne peut pas être brevetable parce que ce résultat avait été inévitablement atteint et qu'il avait, plus que probablement, été même bénéfique pour certains des malades ayant absorbé le médicament dans la première application que l'on connaissait de ce dernier ». Mais un tel classement ne se justifie plus au titre de la levée récente de l'exception. Ce qui explique son étude dans les conditions d'appropriation, et plus précisément pour la nouveauté. Toutefois, nous ne manquerons pas à quelques observations sur son domaine, qui doit être limité.

¹⁴⁰⁵ V. *supra* n°273.

¹⁴⁰⁶ Décret n° 60-507 du 30 mai 1960, *Journal Officiel* 31 Mai 1960.

nouveauté, y compris lors de la mise en évidence d'applications nouvelles¹⁴⁰⁷. Il s'agit là de « l'emblématique »¹⁴⁰⁸ question de la seconde application thérapeutique.

À l'appui de cette interdiction, il a été avancé toutes sortes de justifications. À la raison juridique, qu'il ne s'agit que d'une application classique du droit commun des brevets¹⁴⁰⁹ se sont ajoutées des raisons d'opportunité parfois originales, comme le fait que le médicament aux nouvelles applications pourrait parasiter l'ancien ou prolonger une protection pour un médicament tombé dans le domaine public ou encore, le pharmacien qui ne pourrait plus exercer son devoir de contrôle des prescriptions médicales¹⁴¹⁰. Ce qui ne prive pas la brevetabilité pour une utilisation non thérapeutique¹⁴¹¹.

À l'inverse des voix se sont élevées pour faire remarquer à quel point une telle interdiction privait la société du progrès médical que pouvait apporter la découverte d'une nouvelle application thérapeutique y compris à un médicament qui compose déjà l'état de la technique¹⁴¹². En effet, il n'y a aucune raison au regard de la finalité poursuivie de progrès médical d'invalider une telle reconnaissance. L'application est nouvelle, du fait que la société ne bénéficiait pas auparavant de cette avancée, qui améliore le « bien-être social ». Et comme le souligne très justement M. le professeur AZEMA, on ne peut occulter le fait que « le

¹⁴⁰⁷ Pourtant, une décision avant-gardiste avait reconnu la brevetabilité de *l'alfuzosine* comme médicament ayant une application thérapeutique pour des infections urinaires, alors que ce même produit était déjà connu, mais pour des applications d'antihypertenseur dans le domaine cardiovasculaire, Com. 26 octobre 1993, n° *JurisData* 91-17.944.

¹⁴⁰⁸ M. VIVANT, *La brevetabilité de la seconde application thérapeutique*, JCP G 1989, I, 3382.

¹⁴⁰⁹ En ce sens, R. GAUMONT, *Le médicament : brevetabilité et portée du brevet*, RTD com. 1989, p. 441 et spéc., p. 464 : elle ne représente pas, par application du droit commun des brevets, une application nouvelle de moyens connus.

¹⁴¹⁰ En ce sens, P. MATHELY, *Le droit français des brevets d'invention*, Paris, Librairie des JNA, 1974, p. 130 « En vérité, l'exception se justifie par la nécessité. En effet, en vertu du secret médical, la prescription et la vente du médicament portent sur le produit tel que présenté, sans qu'il soit possible d'en connaître l'affection qu'il doit soigner. La protection d'une seconde propriété thérapeutique serait donc impossible. C'est la raison pour laquelle elle n'est pas admise ».

¹⁴¹¹ En ce sens, J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies Techniques, Paris, 1984, n°440, p. 462 : « La première utilisation connue d'un produit peut-être brevetée, qu'elle soit thérapeutique ou autre. Les autres utilisations appelleront distinction ; s'il s'agit d'une utilisation non thérapeutique, elle peut être brevetée quel que soit le domaine de la première application ; s'il s'agit d'une utilisation thérapeutique, elle ne pourra être brevetée qu'autant que nulle autre utilisation de ce type n'aura fait l'objet d'une exposition antérieure pour ce produit ».

¹⁴¹² En ce sens, v. notamment, J.-M. RICHIER, *Brevet de produit, brevet de médicament*, Th. dactyl. Pharmacie, Montpellier, 1965, p. 115-116. – R. LEMAY, *Les médicaments, particularités du brevet*, Dr. social, n°1, janvier 1971, p. 15.

monopole du premier [chercheur] se gonfle en quelque sorte de ses applications subséquentes »¹⁴¹³.

L'invention porte la deuxième application thérapeutique d'un moyen ou d'un produit. Aussi évident que cela puisse paraître, elle ne peut porter sur le moyen ou le produit puisque par hypothèse ils sont déjà connus¹⁴¹⁴, sauf à changer sa forme galénique ou le dosage de sa substance active, bref d'en faire un nouveau produit¹⁴¹⁵. Elle ne peut pas, non plus, porter sur le résultat, que nous avons exclu de la brevetabilité.

L'évolution a été amorcée par le droit européen à travers une décision du 5 décembre 1984, où la Grande chambre de recours de l'Office européen des brevets (OEB) a statué sur le fondement de l'article 54§5 de la Convention sur le brevet européen en ce sens : « un brevet européen peut être délivré sur la base de revendications ayant pour objet l'application d'une substance ou d'une composition pour obtenir un médicament destiné à une utilisation thérapeutique déterminée nouvelle et comportant un caractère inventif »¹⁴¹⁶. Moteur dans la reconsidération de la brevetabilité de la seconde application thérapeutique, la Convention sur le brevet européen (CBE 2000)¹⁴¹⁷ a consacré ce mouvement en modifiant l'article 54

¹⁴¹³ J. AZEMA, *Rapport au colloque Protection et exploitation de la recherche pharmaceutique*, Litec, 1980, p. 25, et de conclure : « Si, en revanche, vous considérez qu'il y a dans cette règle le fruit d'un compromis entre le brevet du régime général et la non brevetabilité de jadis, vous devez admettre du même coup que la seconde application thérapeutique et les applications thérapeutiques successives loin de gonfler le monopole du premier breveté, enrichiront, du même coup, le domaine public ».

¹⁴¹⁴ P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°153, p. 121.

¹⁴¹⁵ En ce sens, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, *op. cit.* p. 228. *Contra.* J. AZEMA, *Rapport au colloque Protection et exploitation de la recherche pharmaceutique*, Litec 1980, p. 17. – J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies Techniques, Paris, 1984, n°445, p. 464 : « Le simple ajout d'un produit inactif, l'addition d'un ballast, voire une modification dans la posologie, un dosage différent maintiendraient l'invention dans la catégorie des emplois nouveaux non brevetables par application des règles de droit commun. La solution ne paraît pas faire problème et rassemble les opinions fut-ce pour des raisons différentes ».

¹⁴¹⁶ OEB, Gr. ch. rec., 5 déc. 1984, *P.I.B.D.* 1985, III, p. 146. – A. CASALONGA et G. DOSSMANN, *La protection par le brevet d'invention de l'application thérapeutique et du produit pharmaceutique*, *JCP E* 1987, II, 14898. – M. VIVANT, *La brevetabilité de la seconde application thérapeutique*, *JCP G* 1989, I, 3382. Il était alors nécessaire de rédiger la revendication sous la forme d'application d'une substance ou composition pour obtenir un médicament. La décision de l'OEB, ch. rec. tech., aff. T 958/94, 30 sept. 1996, *Journal Officiel OEB* 1997, p. 241, ouvra la possibilité de revendiquer la seconde application thérapeutique sous forme de procédé d'obtention d'un médicament.

¹⁴¹⁷ La Convention sur la délivrance de brevets européens (ou Convention sur le brevet européen ou Convention de Munich de 1973) a été révisée en 2000 (*Journal Officiel OEB* 12/2001, n° spécial n° 4, p. 1). Mais la forme actuelle est entrée en vigueur avec la loi n° 2007-1475 du 17 octobre 2007 (*Journal Officiel* 18 Octobre 2007) et le décret n° 2008-428 du 2 mai 2008 (*Journal Officiel* 4 Mai 2008).

paragraphes 4 et 5¹⁴¹⁸. Vidant l'interdiction nationale de son contenu, le mouvement d'acceptation de la seconde application thérapeutique a été réalisé par l'article 132 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite de modernisation de l'économie¹⁴¹⁹. Elle a introduit à l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle, un alinéa 5 identique au texte européen : « Les deuxième et troisième alinéas n'excluent pas non plus la brevetabilité d'une substance ou composition visée au quatrième alinéa pour toute utilisation spécifique dans toute méthode visée à l'article L. 611-16 à condition que cette utilisation ne soit pas comprise dans l'état de la technique ». Par cette disposition, le brevet pharmaceutique perd un de ces derniers bastions de particularisme. Mais elle invite à s'interroger sur son interprétation. La porte est ici largement ouverte à une multiplication des techniques médicales brevetées. Ce qui implique contenir cette invention sur la seconde application thérapeutique dans la juste mesure que nous avons décrite précédemment au niveau de l'objet. En effet, les méthodes de l'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle doivent être interprétées largement au regard de l'exception de brevetabilité qu'elles organisent. À l'inverse, si les revendications qui concernent les produits pour l'utilisation de telles méthodes, brevetables au sens de l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle devront être strictement entendues, au regard de l'exception que constitue l'appropriation. Seule cette interprétation permettra d'aboutir au progrès médical.

291.- La fin des revendications de type « suisse » ? Afin de contourner l'interdiction de l'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle ou l'article 53(c) (CBE de 1973), les déposants avaient trouvé une formulation stratégique « neutre » : « l'utilisation d'une substance ou composition X pour l'obtention d'un médicament destiné à une utilisation thérapeutique Z spécifique »¹⁴²⁰. On notera la subtilité qui permet la brevetabilité de méthode d'obtention d'une substance de la non-brevetable méthode de traitement thérapeutique. Par

¹⁴¹⁸ L'article 54 est ainsi rédigé : paragraphe 4 : « les paragraphes 2 et 3 n'excluent pas la brevetabilité d'une substance ou composition comprise dans l'état de la technique pour la mise en œuvre d'une méthode visée à l'article 53, lettre c, à condition que son utilisation pour l'une quelconque de ces méthodes ne soit pas comprise dans l'état de la technique » et le paragraphe 5 : « Les paragraphes 2 et 3 n'excluent pas non plus la brevetabilité d'une substance ou composition visée au paragraphe 4 pour toute utilisation spécifique dans toute méthode visée à l'article 53, c, à condition que cette utilisation ne soit pas comprise dans l'état de la technique ».

¹⁴¹⁹ Pour un commentaire de la loi, v. notamment, J.-C. GALLOUX, *Les dispositions de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie relative à la propriété intellectuelle*, RTD com. 2008, p. 720.

¹⁴²⁰ Cette forme était préconisée dans la décision OEB Gr. ch. rec. 25 mars 1985, aff. n°G5/83, *Journal Officiel OEB* 1985, p. 59.

l'introduction de l'article 54(5) dans la CBE 2000, l'intérêt de ces formulations s'est rapidement perdu, mais elles demeuraient dans la pratique.

292.- La décision de l'OEB du 19 février 2010. Cette décision était particulièrement attendue. La Grande Chambre de recours de l'OEB, du 19 février 2010¹⁴²¹ a été conduite à s'interroger sur ces « brevets de seconde génération ». Dans un premier temps, elle met fin à ce qu'il était convenu d'appeler les revendications de type « suisse », comme n'étant plus conformes à la CBE, et a donné 3 mois aux déposants pour se conformer à cette décision, à compter de sa publication le 29 octobre 2010¹⁴²². Doit-on pour autant se réjouir de cette suppression ? D'après les Directives d'examen de l'OEB¹⁴²³, les nouvelles revendications pourront être formulées ainsi : Substance ou composition X utilisée comme médicament afin de traiter une maladie spécifique. Sans le recours à « l'obtention d'un médicament », la revendication devient plus large. Ce qui ne convient pas à la délimitation stricte proposée de l'invention.

La première question formulée ainsi à la Grande Chambre de recours : « Dans le cas d'une utilisation connue d'un médicament particulier destiné au traitement d'une maladie particulière, ce médicament connu peut-il être breveté au regard des articles 53 (c) et 54(5) de la CBE 2000, pour un usage dans un traitement thérapeutique différent, nouveau et inventif de la même maladie ? »¹⁴²⁴ reçoit au regard des précédents éléments une réponse affirmative. Ce qui autorise à envisager la seconde question : « une telle brevetabilité est-elle également possible lorsque le seul moyen nouveau de ce traitement consiste dans un régime de dosage nouveau et inventif ? »¹⁴²⁵. Autrement dit, breveter un même médicament, pour une même maladie, mais dont le traitement est obtenu d'une manière différente – en l'espèce le dosage dans le mode d'administration. Accessoirement, on peut constater à quel point le champ du brevetable se réduit. Et risque de se réduire encore plus, lorsque l'on sait que la Grande

¹⁴²¹ OEB, gr. ch. rec. 19 février 2010, aff. G. 0002/08 (publiée le 29 octobre 2010) *Propr. intell.* avril 2010, p. 737, comm. GALLOUX, WARUSFEL ; *Propr. ind.* juin 2010, CASALONGA et DOSSMANN.

¹⁴²² En l'espèce, il s'agissait de « l'acide nicotinique ou d'un composant métabolisé en acide nicotinique par le corps, sélectionné au sein d'un groupe [de composés chimiques] pour la fabrication et la libération contrôlée aux fins de son utilisation dans le traitement *par l'administration orale, une fois par jour, avant de s'endormir, de l'hyperlipidémie* [nous soulignons : revendication de type suisse].

¹⁴²³ Directives d'examen de l'OEB, Partie B, Chapitre VIII-2, Avril 2010.

¹⁴²⁴ OEB, gr. ch. rec. 19 février 2010, aff. G. 0002/08 préc.

¹⁴²⁵ OEB, gr. ch. rec. 19 février 2010, aff. G. 0002/08 préc.

Chambre de recours a apporté une réponse positive. Ce nouveau régime de posologie devra, tout de même, refléter « un enseignement technique ». On ne peut qu'être soulagé de voir qu'une invention est toujours nécessaire à la brevetabilité !

B) L'activité inventive

293.- Il convient dans un premier temps de déterminer ce que l'on entend généralement par l'activité inventive (1), afin de s'attacher par la suite à la définition de ce concept dans le domaine de la santé (2).

1) L'activité inventive, en général

294.- Définition du concept d'activité inventive. Introduite par la loi du 2 janvier 1968¹⁴²⁶, l'activité inventive fait partie de la définition de l'invention telle que posée à l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. Elle est définie à l'article L. 611-14 du même Code, comme « une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique ».

295.- Appréciation objective de l'activité inventive. Cette condition est particulièrement importante, car elle est le seuil d'exigence imposé aux inventions. De ce fait, elle est une garantie de l'enrichissement collectif que l'invention apporte. Certains auteurs la rapprochent, avec l'application industrielle, de l'*utility* américaine¹⁴²⁷. Ce qui ne retient pas notre adhésion. Si le progrès médical finalise la disposition relative à l'activité inventive, on peut alors se questionner sur le fait de savoir si ces inventions constituent des avancées médicales, peu important leurs qualités thérapeutiques ? Ou si, la finalité de progrès médical implique un certain niveau de qualité d'invention, seuil au-dessus duquel sera caractérisée l'activité inventive ? En ce sens, certains systèmes ont envisagé la brevetabilité comme « réservée aux inventions qui procurent une solution non point seulement autre, mais préférable à celles déjà connues »¹⁴²⁸. Cela correspond aux exigences qui sont apparues dans des droits étrangers,

¹⁴²⁶ Sur la notion « d'activité inventive » sous l'empire de la loi de 1844, notamment M. CHAVRIER, *L'activité inventive dans les brevets d'invention, Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 387.

¹⁴²⁷ Sur la notion d'utilité, v. *supra* n°110.

¹⁴²⁸ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets, op. cit.*, n°349, p. 364.

comme la « hauteur inventive » allemande¹⁴²⁹ ou le « *flash of genius* » américain. En France, l'analyse de l'activité inventive au titre des conditions de brevetabilité, à côté de la nouveauté et de l'application industrielle, a entraîné un des plus importants débats doctrinaux qu'ait connu la matière. La conception subjective qui ressortait des systèmes étrangers voisins nourrissait le refus d'une nouvelle condition d'appropriation si peu maîtrisable¹⁴³⁰. Traditionnellement, la France ne tient pas compte du résultat industriel. L'introduction de l'activité inventive au titre des conditions de brevetabilité n'a pas changé cette conception. En effet, « il ne saurait, même être tiré quelque argument que ce soit d'une désutilité de l'invention, de son aspect régressif au regard des produits ou procédés compris dans l'état de la technique, au jour du dépôt »¹⁴³¹. C'est donc l'effort créateur apprécié par l'homme du métier *in abstracto* et non point par l'inventeur sollicitant la brevetabilité, considéré *in concreto*¹⁴³².

Plusieurs arguments peuvent être avancés à l'appui de cette thèse.

D'une part, nous avons souligné les dangers d'un trop grand subjectivisme dans les conditions d'appropriation de l'invention. En effet, elles ne doivent pas, par leurs caractères malléables,

¹⁴²⁹ Telle a été la lecture pendant près de cinquante ans du *Patenthamt* allemand qui exigeait : « pour évaluer le caractère inventif d'une innovation, le principal critère n'est absolument pas de savoir si elle requiert un effort intellectuel particulièrement important ou si sa conception est très éloignée du chemin le long duquel la technique se développait. Ce qui est bien plus décisif, c'est le résultat que l'innovation permet d'atteindre en comparaison de ce qui était atteint précédemment » (cité par J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets, op. cit.* n°349, p. 365).

¹⁴³⁰ Pour les partisans de l'introduction d'une nouvelle condition, l'activité inventive, voir notamment : en chef de file : P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°149, p. 103 et notamment : A. CHAVANNE, *Commentaire de la loi de 1968, RTD com.* 1968, p. 681. – M. CHAVRIER, *L'activité inventive dans les brevets d'invention, Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, 1961, t. 2, p. 587. *Contra* : F. JACQ, *A la recherche d'un critère de brevetabilité, Propr. ind.* 1952, p. 52. – J. LAVOIX et P. MATHELY, *>L'activité inventive, condition de la brevetabilité, Ann. propr. ind.* 1956, p. 277. – J.M. MOUSSERON, *Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective*, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, n°23, 1961, n°60 et s.

¹⁴³¹ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets, op. cit.*, n°350, p. 366. A ce effet, l'auteur cite la décision de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 12 décembre 1964 (Com. 12 décembre 1964, *Ann. propr. ind.* 1964, p. 112) : « Il importe peu que l'arrêt ait reconnu la faiblesse du degré d'originalité ou d'effort inventif de certaines des combinaisons invoquées puisqu'il souligne qu'aucune antériorité de toutes pièces n'était imposée à l'ensemble de celle-ci ». Cette décision est confirmée dans un arrêt plus récent : Com. 9 juin 2004, *P.I.B.D.* 2004, n°794, III, p. 547.

¹⁴³² En ce sens, J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 279, p. 175 : « L'appréciation de la non évidence n'implique aucun jugement de valeur ni à l'égard de l'effort créateur de l'inventeur ni à l'égard de l'importance économique ou de l'utilité de l'inventeur : la détermination de l'activité inventive implique une comparaison objective de l'invention aux éléments de la technique, sans qu'il y ait lieu de rechercher l'effort ou le mérite de l'inventeur ».

devenir le moyen de satisfaction de besoins insatiables¹⁴³³. Cela reviendrait à soumettre l'invention au crible de la valeur économique – plus précisément de la valeur-utilité.

D'autre part, la « valeur travail » si elle possède le rôle de révélateur de l'invention, rien dans la définition de l'invention n'impose une *qualité* particulière de l'intervention humaine. Ce n'est pas pour le réintroduire au niveau des conditions de l'appropriation. Sans oublier, que la définition de l'invention dans le domaine de la santé repose sur des éléments objectifs, y compris pour l'exigence propre au domaine de la santé de la démonstration des indications thérapeutiques ou des propriétés pharmacologiques de l'objet breveté. Elles sont caractérisées ou pas dans la description, point n'est besoin de savoir si elles seront révolutionnaires ou non pour le domaine de la santé.

Et cela nous conduit, enfin, au dernier argument qui consiste à rechercher la finalité de l'invention dans le domaine de la santé. La caractérisation de l'activité inventive aurait intérêt à être rapprochée de la notion de progrès médical. Il ne s'agit pas de la rechercher dans les « meilleures inventions », car ce serait bien loin de la réalité où la recherche se nourrit d'une multitude d'inventions mineures, sur lesquelles reposeront les avancées majeures de demain. Mais plutôt dans l'idée objective de progrès, des avancées thérapeutiques que l'invention va procurer.

L'invention, pour être caractérisée d'inventive doit être comparée à l'état de la technique pour non plus caractériser sa nouveauté¹⁴³⁴, mais la non-évidence pour l'homme du métier.

296.- La non-évidence pour l'homme du métier. L'homme du métier, le bon père de famille de la propriété intellectuelle, est un « de ces personnages abstraits qu'on est assuré de ne jamais croiser dans une rue. Essentiel au jeu du droit, mais pour l'essentiel fictif, il sait beaucoup (puisqu'il maîtrise cet état de la technique par rapport à quoi s'apprécie la non-évidence) mais ne sait pas tout (car d'improbable modèle il deviendrait alors impossible figure). Il est doté de capacités inventives (puisque, pour lui, il est des inventions, nouvelles,

¹⁴³³ V. *supra* n° 104 et s.

¹⁴³⁴ L'état de la technique pour la nouveauté et pour l'activité inventive est quelque peu différent. Cela implique donc une analyse différente sur deux points au moins : les documents visés à l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle pour caractériser l'état de la technique ne seront pas considérés dans l'appréciation de l'activité inventive » et la notion d'activité inventive est plus large dans l'appréciation de l'activité inventive que pour celle de la nouveauté, qui ne comprend que des antériorités déterminées. En ce sens, v. J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 274, p. 170, citant un arrêt Com. 3 mai 1978, *Ann. propr. ind.* 1978, p. 157, qui sans se contredire déclare qu'une invention est nouvelle mais n'implique pas une activité inventive.

qui ne sont qu'évidence) mais celles-ci demeurent limitées (puisque l'invention digne d'être protégée par brevet est, par définition, celle, non évidente, qui normalement lui échappe...) »¹⁴³⁵. On le comprend la référence à cet homme du métier est abstraite et le seuil que l'on place de ses connaissances est particulièrement important pour la notion d'activité inventive¹⁴³⁶. Il est généralement admis que l'homme du métier ressort de la discipline de l'invention, bien qu'il lui soit prêté des connaissances connexes¹⁴³⁷. D'après la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, en date du 26 septembre 2008, « L'homme du métier est celui qui possède des connaissances normales de la technique en cause et est capable, à l'aide de ses seules connaissances professionnelles de concevoir la solution du problème que lui propose de résoudre l'invention »¹⁴³⁸.

Enfin, les tribunaux et les chambres de l'OEB retiennent une « approche problème-solution »¹⁴³⁹, qui consiste, en résumé à comparer l'invention dans un premier temps à l'état de la technique et dans un second temps aux savoirs de l'homme du métier.

¹⁴³⁵ M. VIVANT, *Le droit des brevets*, 2^{ème} édition, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2005, p. 31. Rappr. C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, 1981, n° 155, p. 118 : l'homme du métier est un « praticien de l'industrie, par conséquent ni individu "quelconque" sous peine d'abaisser démesurément le seuil de l'activité inventive, ni, inversement, expert hautement qualifié afin de ne pas dénaturer par excès de rigueur la notion envisagée (...) ».

¹⁴³⁶ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, *op. cit.* n°377, p. 391 : « selon qu'on prendra pour personnage de référence l'analphabète total en matière scientifique ou technique ou le Pic de la Mirandole des temps modernes, le seuil de non-évidence changera sensiblement et partant, changeront les seuils d'activité inventive et de brevetabilité ». La jurisprudence a eu l'occasion de préciser le contenu de ces connaissances à travers OEB ch. rec. tech. 14 octobre 2004, *Bayer CropScience SA*, *Propr. ind.* octobre 2006, p. 24, note RAYNARD et VIGAND résumé ainsi : « Bien qu'elles ne soient pas des encyclopédies ou manuel au sens strict, les bases de données (a) connues de la personne du métier comme étant la source adéquate de l'information requise (b) à partir desquelles cette information peut être retrouvée sans effort excessif et (c) qui la donne de manière simple dépourvue d'ambiguïté sans qu'aucune autre démarche soit nécessaire, représentent les connaissances générales de la personne du métier telles que définies par la jurisprudence ».

¹⁴³⁷ En élargissant son domaine de compétence, « on admet toutefois que l'homme du métier, spécialisé dans un champ technique particulier, possède d'une part des connaissances ordinaires générales englobant le champ technique considéré et d'autre part des connaissances un peu plus approfondies dans les domaines techniques voisins du sien » (*in*, J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.* n° 277, p. 173).

¹⁴³⁸ Com. 26 septembre 2008, *Propr. intell.* 2008, octobre 2009, p. 413, note WARUSFEL.

¹⁴³⁹ Posée par la Directive d'examen de l'OEB, C, IV, 11.7. Expliquée par MM les professeurs AZÉMA et GALLOUX (*in*, J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.* n° 280, p. 175) à partir des Directives d'exécution C IV, 9.5 et la règle 27 (1) c de la CBE, qui qui « consiste d'abord à examiner l'état de la technique le plus proche, ensuite à évaluer les résultats techniques les plus proches ou les effets techniques obtenus par l'invention revendiquée par rapport à ce dernier, à définir le problème technique que l'inventeur se propose de résoudre, l'objet de l'invention étant d'obtenir ces résultats ou effets techniques et enfin, à examiner si, compte tenu de l'état de la technique, l'homme du métier aurait ou non suggéré les caractéristiques techniques revendiquées ».

En conclusion, le caractère évident ou non de l'invention est particulièrement délicat à apprécier. M. le professeur VIVANT a défini cette condition comme : « il y a activité inventive, pourrait-on dire, nous semble-t-il, à chaque fois qu'est constatable une rupture, rupture avec l'art antérieur, avec les enseignements dispensés, avec les idées reçues »¹⁴⁴⁰. Nous retrouvons ici cette idée d'accroissement – pour nous, accroissement médical – totalement objectivée de toute considération qualitative. Nous adhérons à cette définition, bien que nous soyons plus favorable à une approche moins « brutale », qui consisterait à passer de la « rupture » à la « progression ».

2) L'activité inventive, en particulier

297.- Une précision générale sur l'activité inventive (a) dans le domaine de la santé précèdera quelques illustrations (b).

a) L'appréciation de l'activité inventive dans le domaine de la santé.

298.- L'homme du métier dans le domaine de la santé. La confrontation de l'invention pharmaceutique à l'état de la technique ne soulève pas de difficultés différentes pour l'activité inventive que pour la nouveauté. La spécificité vient ici de sa confrontation avec l'évidence pour l'homme du métier. La figure centrale de l'activité inventive à savoir l'homme du métier peut, dans le domaine de la santé être plural. En effet, face à la technicité du domaine, comme en matière pharmaceutique, l'homme du métier peut être constitué par une équipe de spécialistes¹⁴⁴¹. Il peut par exemple y avoir le chimiste, le galénicien (pour les formulations galéniques), le toxicologue, le clinicien, et le pharmacologue¹⁴⁴². En ce qui concerne l'évidence, si l'homme du métier arrive à connaître les applications thérapeutiques du médicament après avoir pris connaissance du produit et de ses propriétés pharmacologiques à travers les essais pratiqués avant la demande de brevet, il n'y a aura pas activité inventive. A

¹⁴⁴⁰ M. VIVANT, *Le droit des brevets*, 2^{ème} édition, Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2005, p. 32.

¹⁴⁴¹ En ce sens, P. MATHELY, *Le droit européen des brevets d'invention*, *op. cit.* p. 123. Rappr. Directives d'examen de l'OEB C, IV, 11.3 : « il peut parfois être plus approprié de faire appel à un groupe de personnes tel qu'une équipe de recherche ou de production, plutôt qu'à une seule personne. Cela peut être le cas en ce qui concerne les procédés hautement spécialisés, tels que la production commerciale de circuits intégrés ou de substances chimiques complexes ».

¹⁴⁴² Et en matière de séquençage des gènes : le biologiste, le biochimiste, l'informaticien, les spécialistes en virologie, en enzymologie ou en protéomique.

l'inverse, s'il n'arrive pas à déceler ces applications thérapeutiques, il y aura activité inventive. M. le professeur de HAAS explique : « il en est ainsi quand l'homme du métier doit pour découvrir une véritable utilité du produit, déterminer de nouvelles propriétés que l'art antérieur ne divulguait pas ou quand il doit résoudre des difficultés relatives notamment à la présentation du produit ou à l'élimination de certains effets secondaires de ce produit ».

b) Illustration de l'activité inventive dans le domaine de la santé.

299.- Il convient d'apprécier l'activité inventive des produits de santé¹⁴⁴³, d'une part, et des séquences génétiques, d'autre part.

300.- Les produits de santé. Le jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 19 octobre 1976 est particulièrement illustratif de cette recherche de l'activité inventive dans le domaine de la santé¹⁴⁴⁴. Il s'agissait de juger du caractère inventif d'un herbicide, le *Chlortoluron*. Ce produit faisait partie de l'art antérieur, mais pas en qualité d'herbicide, car sa structure était même présumée toxique, si elle se trouvait en contact avec des plantes. Le Tribunal a considéré que l'invention « imprévisible » ne découlait pas de manière évidente de l'état de la technique antérieur. Pour arriver à cette conclusion, les juges se sont attachés au fait que l'inventeur est allé à contre-courant des brevets antérieurs qui avaient écarté l'application de ce produit comme herbicide. Il a été retenu également qu'un temps important s'était écoulé entre les deux dépôts pour justifier de la recherche d'inventivité. La proximité chimique des autres composés n'a pas été un argument dirimant. Dernière remarque, qui nous conduit à nous poser alors la question du défaut d'activité inventive pour un médicament mis au point pour faire disparaître les effets secondaires d'un premier médicament. La structure moléculaire de ces deux produits est très proche, mais leurs propriétés pharmacologiques sont différentes. Il convient de s'interroger si l'homme du métier aurait normalement fait de telles modifications pour remédier à ces effets secondaires¹⁴⁴⁵. Il semblerait qu'un changement

¹⁴⁴³ Sur l'appréciation de l'activité inventive pour les produits biologiques, v. J. A. STELLMACH, *Brevetabilité des composés ayant une activité biologique, Quelques relations entre structure, activité biologique et activité inventive, propr. ind.* octobre 2006, p. 9.

¹⁴⁴⁴ TGI Paris, 19 octobre 1976, *Dossier brevets*, 1977, III, p. 4 ; *P.I.B.D.* 1977, n°192, III, p. 209.

¹⁴⁴⁵ Une position traditionnelle des juges qui consiste à rechercher si l'invention apparaît comme le résultat nécessaire d'une recherche rationnelle (CA Paris, 22 janvier 1980, *P.I.B.D.* 1980, n°260, III, p. 123) ou comme une simple application de ses connaissances (CA Paris, 4^e ch., 27 avril 1993, *P.I.B.D.* 1993, n°551, III, p. 535)

infime dans les proportions des substances employées ne puisse pas constituer une activité inventive¹⁴⁴⁶. D'un autre côté, comme nous l'avons expliqué au regard de la finalité poursuivie, l'essentiel est que l'invention apporte un progrès pour qualifier l'activité inventive¹⁴⁴⁷, peu important qu'elle ait marqué l'histoire de la médecine¹⁴⁴⁸. D'ailleurs, la première invention a été considérée comme une activité inventive susceptible de protection, malgré la présence des effets secondaires du produit.

301.- Les séquences génétiques. La question de l'activité inventive de la séquence génétique a été discutée à propos de l'automatisme de leur traitement. Comme l'ont dit certains auteurs « trouver la séquence d'un gène c'est une performance d'automate »¹⁴⁴⁹ faisant douter du caractère non-évident de ces inventions¹⁴⁵⁰. Mais si seulement leur isolement était automatisé, cela ne questionnerait pas le droit de la propriété intellectuelle sur leur possibilité d'appropriation, car comme nous l'avons précisé c'est la fonction codante de la séquence d'ADN qui est l'objet du brevet. Il faut donc démontrer la non-évidence de la fonction de la séquence pour l'homme du métier. La mise en œuvre de cette fonction peut également être automatisée. Cette question n'est pas sans rappeler celle de l'originalité des œuvres assistées

¹⁴⁴⁶ En ce sens, Déc. T.852/91, 6 juin 1994, inédite (citée par J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.* n° 288, p. 180). L'activité était exclue pour des composés chimiques dont les différences structurales sont à ce point minimales qu'elles n'emportent aucune incidence fondamentale sur les propriétés requises pour résoudre le problème technique.

¹⁴⁴⁷ Cette idée de progrès est présente sous la plume de P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle*, Sirey, t. 2, 1954, n°141, p. 65 : « Sans doute, normalement, l'inventeur est stimulé par une pensée de progrès ; il veut donner satisfaction à un nouveau besoin, et il est donc naturel qu'on recherche si, dans une invention donnée il y a un progrès par rapport à l'état précédent de l'industrie ».

¹⁴⁴⁸ Et le même auteur d'ajouter : « Cependant, il ne faudrait pas pousser les choses trop loin, ni exiger que l'invention apporte avec elle une véritable supériorité sur ce qui existait jusque-là dans l'industrie : car il n'est nullement certain, tout d'abord, que cette supériorité puisse s'exprimer d'une manière immédiate, sans que bien des perfectionnements ne soient nécessaires : les inventions au début sont généralement imparfaites ; elles ne répondent pas toujours aussitôt aux espérances de leurs auteurs » (in, P. ROUBIER, *Le droit de la propriété industrielle, op. cit.* n°141, p. 65).

¹⁴⁴⁹ Journal *Libération* du 30 octobre 1990, cité par M.-C. CHEMTOB et A. GALLOCHAT, *La brevetabilité des inventions biotechnologiques appliquées à l'homme*, Tec&Doc, 2000, p. 115. Rapp. J. PERGET, *Transposition de la Directive biotechnologies : l'arrivée de la biodiversité*, in *Quel droit de propriété industrielle au 3^e millénaire ?* Litec, Centre Paul Roubier, 2001, p. 83 : « Le progrès de la connaissance dans le domaine de la génétique ne procède pas ou ne résulte pas d'une démarche inventive classique et que de ce fait l'identification d'un gène nouveau est souvent le résultat (...) d'un travail de machine ».

¹⁴⁵⁰ J.-P. CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, Le Harmattan, 1998, n°162.

ou conçue par ordinateur¹⁴⁵¹. Dans ce cas, il a été avancé que l'investissement réalisé démontrait le caractère inventif de l'invention. Autrement dit, « le déploiement de moyens démontre que les choses ne sont pas évidentes »¹⁴⁵² et le niveau d'investissement serait un indice de l'activité inventive. L'homme du métier ne serait plus reconnu à son niveau de connaissance, mais à sa capacité d'équipement... Même si sur un plan pratique, cela correspond à une certaine réalité, nous ne pouvons nous y résoudre. D'un côté, cela reviendrait à employer à nouveau la valeur économique dans la qualification du bien. A la différence, qu'il ne s'agit plus de la valeur économique de l'invention, mais des moyens qui ont servi à sa réalisation. On croirait ici retrouver les discours de l'École anglaise sur la valeur travail, en particulier ceux de RICARDO, qui expliquaient que pour apprécier au plus juste la valeur d'une chose, il était nécessaire de quantifier toutes les forces de production qui avaient été nécessaires. Seulement à ce moment-là, la chose valait économiquement. D'un autre côté, cette interprétation de l'activité inventive ne convient pas au but recherché, le progrès médical. Nous préférons donc rechercher dans la fonction de la séquence cette idée de progrès de la technique pour caractériser l'activité inventive dans le domaine de la santé. Et la question qui devra se poser : la fonction d'une séquence génétique procure-t-elle des avancées thérapeutiques imprévisibles (ou faiblement prévisibles) pour l'homme du métier ?

C) L'application industrielle

302.- Définition générale de l'application industrielle. L'article L. 611-10 al. 1 du Code de la propriété intellectuelle exige de l'invention qu'elle soit susceptible d'application industrielle. Cette condition est définie à l'article L. 611-15 du même code, « une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ». L'exigence d'application industrielle couplée à l'obligation d'exploiter l'invention rend impossible le maintien de

¹⁴⁵¹ La question finalement porte plus sur l'objet du droit d'auteur, l'œuvre qui est caractérisée par une intervention humaine. Mais il a été admis que l'intervention humaine était toujours nécessaire pour la réalisation de l'œuvre. Et sont venues ensuite la recherche de l'originalité et l'empreinte de la personnalité de l'auteur... Un autre débat, parfaitement mené par M.-C. PIATTI et Y. GAUBIAC, *La création artistique assistée par ordinateur, Problèmes de droit d'auteur, R.I.D.A.* 1983, n°118, p. 109. – M. VIVANT, *La création générée par ordinateur, Cahiers Lamy Informatique*, février 1989, p. 2. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, Dalloz, coll. *Précis*, 1^{ère} éd., n°45, p. 57.

¹⁴⁵² M. VIVANT (sous dir.) et J.-M. BRUGUIERE, *Protéger les inventions de demain*, La documentation française, INPI, coll. *Propriété intellectuelle*, Paris, 2003, n° 85, p. 118.

l'invention dans le cadre privé ou à titre personnel. Qualifiée de « parent pauvre »¹⁴⁵³ de la propriété intellectuelle, la condition d'application industrielle est pourtant fondamentale dans la limitation engagée du « tout brevet »¹⁴⁵⁴. Elle permet justement de séparer ce qui relève de la recherche fondamentale et de la recherche appliquée. Elle implique d'ailleurs une industrie, c'est-à-dire, « l'exercice de toute activité physique de caractère technique (...) une activité qui relève du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux-arts »¹⁴⁵⁵. Une appréciation stricte de l'application industrielle permet d'éviter les « industrieuses arabesques »¹⁴⁵⁶ la tendance décrite de protéger des inventions *up stream*¹⁴⁵⁷. Ceci est parfaitement expliqué par M. le professeur VIVANT : « ce n'est pas sur un nouveau résultat avéré que le brevet était dans bien des cas octroyé, mais sur l'expectative d'un résultat jugé susceptible d'être atteint, souvent sur la base d'une extrapolation mathématique »¹⁴⁵⁸. Ce serait donc ici, l'existence même du progrès médical qui doit être vérifiée. Et non, un hypothétique accroissement médical qu'une invention sans application industrielle réelle permettrait potentiellement d'atteindre. Et dont les motifs cachés seraient plus ceux d'une monopolisation d'un marché.

303.- L'application industrielle dans le domaine de la santé. La condition d'application industrielle ne pose pas de particulières difficultés dans le domaine de la santé. Les seules inventions qui prêtaient à discussion à propos de leur défaut d'application industrielle étaient les inventions sur des séquences génétiques. En effet, cela ressortait d'une pratique des Offices européens des brevets qui « laissait faire » la brevetabilité de séquences génétiques sans que leurs fonctions n'aient nécessairement été dévoilées. On se contentait d'un potentiel intérêt thérapeutique¹⁴⁵⁹. L'exigence s'est durcie à travers une décision importante, *Icos*,

¹⁴⁵³ F. POLLAUD-DULIAN, *La brevetabilité des inventions. Étude comparative de jurisprudence France-OEB*, Litec, 1997, p. 58.

¹⁴⁵⁴ En ce sens, voir notamment, R. J. AERTS, *The industrial applicability and utility requirements for the patenting of genomic inventions : a comparaison between European and US Law*, *E.I.P.R.* 2004, p. 349.

¹⁴⁵⁵ AIPPI, *Rapport n°Q180 du Groupe français sur : Le contenu et la pertinence des critères de l'application industrielle et/ou de l'utilité comme condition de la brevetabilité*, n°2.1.3. 1), p. 5.

¹⁴⁵⁶ M. VIVANT, *An 2000 : l'information appropriée ?*, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 652

¹⁴⁵⁷ V. *supra* n°215.

¹⁴⁵⁸ M. VIVANT, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, *R.I.D.E.* 2006/4, t. XX, 4, p. 374.

¹⁴⁵⁹ Pour une dénonciation des pratiques « généreuses » de l'OEB, v. notamment E. GUTMANN, *La convergence des exigences de susceptibilité en matière d'application industrielle et d'utilité selon le droit des brevets européen et américain*, *Propr. intell.* juillet 2006, n°20, p. 341.

spécifiant : « La divulgation d'une fonction prédite d'une protéine associée à une méthode de vérification de ladite fonction n'est pas nécessairement adéquate pour que cette fonction soit exposée de façon suffisamment claire et complète (...). L'énumération dans la description des fonctions supposées d'une protéine ne constitue pas en soi une base suffisamment fiable pour reconnaître une application industrielle de cette protéine. Une séquence ADN codant pour une protéine dépourvue de fonction crédible ne constitue pas une invention brevetable »¹⁴⁶⁰. Un tel durcissement a également touché les nouvelles dispositions légales relatives à cette condition. Aux termes de l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle, le doute semble dissipé : « Seule une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps humain peut être protégée par brevet. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'exploitation de cette application particulière. Celle-ci doit être concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet »¹⁴⁶¹.

304.- Conclusion de la section 1 : L'interprétation stricte de l'objet breveté dans le domaine de la santé. À travers une brève incursion dans l'histoire de la brevetabilité des médicaments on a pu s'apercevoir qu'elle n'allait pas nécessairement de soi. La valeur que l'on a attachée aux objets du domaine de la santé a varié durant les siècles. Or, c'est précisément la valeur de ces objets qui va permettre leur qualification d'objet du droit des brevets, d'invention. Il est nécessaire pour qualifier l'invention de rechercher d'une part la valeur-travail de l'objet et d'autre part, sa valeur sociale. En ce qui concerne la « valeur-travail » sur l'objet, elle n'existe que par l'intervention humaine qui permet de révéler la technicité de l'invention. Une telle considération permet de résoudre la confusion ou l'opposition qui pouvait exister entre découverte et invention et d'envisager des inventions sur la matière vivante, sans nécessairement l'approprier en tant que telle, en ne réservant privativement que la fonction qui est dévoilée par le travail. Mais cette « valeur-travail » doit impérativement être couplée à la valeur sociale. En ce qui concerne, la valeur sociale est

¹⁴⁶⁰ E. GUTMANN, *L'invention d'un « élément du corps humain » : un brevet pour l'application d'une de ses fonctions ou pour un produit technique ? (le projet de loi modifié par le Sénat relatif à la bioéthique)*, *Propriété intellectuelle*, avril 2003, p. 49.

¹⁴⁶¹ L'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle a été introduit par la loi du 6 août 2004, qui transpose la directive 98/44 du 6 juillet 1998. Déjà aux termes de l'article 5.3 de la directive de 1998, l'application industrielle était exigée : « L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet ». Mais le texte de la directive est trop restrictif, en ne concernant que les séquences génétiques. La protection de la fonction d'une structure de la matière vivante ne concerne pas seulement les séquences génétiques, mais également, par exemple, les cellules souches. Il est alors heureux que le législateur français ait augmenté la portée du texte au corps humain.

constatée dans les objets qui du fait de leur appropriation permettront de réaliser le progrès médical. Ainsi sera disqualifié tout objet qui ne contribue pas à l'accroissement des avancées médicales dans le temps. Par exemple, une invention sur un produit décrite de manière large, qui priverait les concurrents de tout développement scientifique. En cela, le progrès médical n'est pas synonyme du progrès technique. Toute intervention humaine sur un objet ne contribue pas au progrès médical. Cela s'explique par la recherche d'une amélioration du « bien-être » social, de la santé des personnes, sur le long terme. Une fois cet objet doublement valorisé, il sera nécessaire de le soumettre au crible des conditions d'appropriation. Elles aussi sont animées de la finalité de progrès médical. Or, nous avons constaté que chacune des conditions d'appropriation appliquée à l'invention du domaine de la santé correspond à une facette du progrès médical. En effet, la nouveauté correspond à la dimension temporelle du progrès médical. L'activité inventive fait référence à l'accroissement des avancées médicales déconnecté de tout jugement sur leurs qualités. Enfin, par la recherche de l'application industrielle, c'est l'existence même du progrès médical qui doit être justifiée.

Section 2

La réhabilitation nécessaire de l'objet inappropriable dans le domaine de la santé

305.- Les règles d'exclusion de la brevetabilité : principe ou exception ? En vertu du régime d'exception du droit des brevets, il ne faut pas considérer les dispositions relatives à l'exclusion de la brevetabilité comme des exceptions à l'appropriation. C'est l'appropriation des inventions qui doit être d'interprétation stricte. Pour cela, l'objet est doublement valorisé. Ce qui explique la rigueur avec laquelle doit être comprise et appliquée la notion d'invention. Et c'est d'ailleurs précisément à la lumière de cette définition que peuvent se définir les objets du domaine de l'inappropriable. En d'autres termes, ce qui exceptionnellement ressort de la définition de l'invention brevetable doit être breveté, mais par principe les choses incorporelles du domaine de la santé doivent demeurer dans un état originaire inappropriable. D'une particulière sensibilité, ce domaine de l'inappropriable doit être préservé si l'on souhaite assurer dans le temps l'accroissement des avancées médicales, c'est-à-dire le progrès médical.

Ceci est corroboré par les textes. Ainsi, l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle « définit » l'invention et tout ce qui ne ressort pas de son domaine est introduit pas un « notamment », laissant la catégorie largement ouverte. De plus, la finalité de progrès médical assignée à la propriété intellectuelle du domaine de la santé est d'une telle importance que les dispositions interdisant la brevetabilité de certains objets ont toutes un rapport direct ou indirect avec le domaine de la santé.

306.- Conséquence : les règles d'exclusion de la brevetabilité : des conditions négatives d'appropriation¹⁴⁶² ? La terminologie est ici importante. On a tendance aujourd'hui à considérer que les dispositions relatives aux exclusions de brevetabilité sont des conditions négatives d'appropriation, qui coexisteraient aux côtés des conditions positives que sont l'application industrielle, l'activité inventive et la nouveauté. Une telle proposition doit être réfutée pour différentes raisons. D'une part, cela reviendrait à qualifier tout objet d'invention, dont on devrait vérifier la brevetabilité tant à travers des conditions positives que des conditions négatives. Outre le fait que l'on réintroduit l'amalgame entre l'objet et les conditions de l'appropriation, cela contrevient à l'explication précédente tendant à préserver une interprétation stricte du domaine de l'inappropriable. De plus, aucune des dispositions relatives aux exclusions de brevetabilité ne fait expressément référence à une condition positive, dont elle serait l'alternative. On aurait éventuellement pu penser à l'exclusion des méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique et de diagnostic, dont le texte faisait expressément référence au défaut d'application industrielle de ces inventions. Mais il a été modifié en supprimant cette référence. Résultat d'une prise de conscience, peut-être. Toujours est-il que, l'invention n'en était pas une et que, de ce simple fait, on ne pouvait pas vérifier son éventuelle application industrielle. Enfin, et l'argument est selon nous essentiel : considérer que ces exclusions de brevetabilité sont des conditions négatives revient à « vider » de son contenu le domaine de l'inappropriable, puisque par définition « tout » est considéré comme invention potentiellement brevetable. Cela provient très certainement de la considération que tout ce qui émane de la force de travail doit recevoir protection, sous réserve de vérification des critères positifs et négatifs posés par chaque droit de propriété intellectuelle. Or, nous savons à quel point il est nécessaire de recentrer la propriété

¹⁴⁶² Sans stigmatiser, on citera notamment, J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies Techniques, Paris, 1984, n°413, p. 430.

intellectuelle sur des objets précis, de contenir « l'impérialisme en droit des brevets »¹⁴⁶³, pour qu'elle atteigne sa finalité et retrouve la légitimité dans son application.

307.- Inventaire des exclusions de brevetabilité. Au titre des exclusions de brevetabilité qui touchent au domaine de la santé, on peut citer les découvertes et les théories scientifiques, les méthodes chirurgicales, thérapeutiques ou de diagnostic, le corps humain et les variétés végétales ou encore les races animales. Si un certain consensus se dégage pour maintenir certains objets aux portes du droit des brevets (*paragraphe 1*), d'autres soulèvent – soulèveront – plus de controverses (*paragraphe 2*). D'une manière générale, on peut déjà dire que l'inappropriable est controversé lorsqu'il touche à la matière vivante.

Paragraphe 1

« L'inappropriable » consensuel

308.- Consensus. Un certain consensus se dégage de la protection de certaines choses incorporelles de tout monopole temporaire d'exploitation. Cela concerne en priorité les objets qui présentent une telle importance pour la science, que toute emprise monopolistique freinerait considérablement les avancées médicales indispensables pour l'amélioration de la santé humaine (*A*). Plus originaux, et là également, peu discutés¹⁴⁶⁴, sont les objets qui présentent un tel danger pour la santé humaine, qu'ils doivent impérativement être maintenus dans la sphère de l'inappropriation. On le comprend les logiques sont différentes, mais toutes deux procèdent du même souci de protection du « bien-être » social (*B*).

A) Les modalités de protection de certains objets essentiels au progrès médical

309.- Plan. La valeur sociale de certains objets du domaine de la santé est telle qu'il n'existe aucune voix pour revendiquer leur déclassement de la catégorie de l'inappropriable vers la sphère de l'invention. Elles doivent demeurer des choses communes. En effet, il est des objets qui, par le simple fait de leur appropriation, appauvriraient l'humanité toute entière. Il en va ainsi des découvertes scientifiques (*1*) et des méthodes de traitement et de diagnostic (*2*). Elles

¹⁴⁶³ J.-C. GALLOUX, *L'impérialisme du brevet d'invention*, in *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal-Paris, Thémis-Litec, 1991, p. 111.

¹⁴⁶⁴ Au regard du peu de décisions que recèle la matière.

sont essentielles à l'accroissement des avancées médicales de demain. Elles sont le puits de science dans lequel s'alimentent toutes les techniques. La norme d'inappropriation doit donc être interprétée largement, si l'on souhaite préserver le progrès médical dans le temps.

1) Les découvertes et les théories scientifiques.

310.- Une catégorie large, conséquence d'une définition stricte de l'invention. La définition de l'invention a pour conséquence de délimiter le domaine de l'appropriation, repoussant ainsi certains objets hors de cette sphère¹⁴⁶⁵. En ce qui concerne le domaine de la santé, nous retiendrons que les découvertes et les théories scientifiques ne peuvent être considérées comme des inventions. Les découvertes, prémices de l'invention, ne doivent pas être opposées à l'invention, mais au contraire envisagées dans un processus continu. Et même si une « valeur-travail » s'exerce sur ces découvertes, si leur valeur sociale commande leur inappropriation, elles devront être maintenues par une interprétation large de l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle, dans cette catégorie. *Quid* des « théories scientifiques » ? L'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle pose très clairement leur inappropriabilité. Et pourtant, l'opportunité économique que ces théories dégagent suscite convoitises et désir d'appropriation. Mais la protection de la recherche fondamentale n'aurait, si nous pouvons le dire, pas de prix. La protection des théories scientifiques de toute maîtrise exclusive est indispensable au regard du risque de freiner les avancées thérapeutiques. Concrètement, cela bloquerait « toutes les réalisations techniques faisant appel à la conception scientifique protégée, entravant ainsi la liberté d'exploitation des techniques industrielles et contrariant, peut-être même, la recherche appliquée¹⁴⁶⁶. Par un raisonnement analogique, on peut envisager les théories scientifiques comme prémices de l'invention. Elles constituent le support de l'invention, où l'invention n'est qu'une application technique de leurs structures abstraites. C'est ainsi que la méthode *Ogino* n'a pas reçu la qualification d'invention brevetable¹⁴⁶⁷, permettant que soient brevetés des procédés de détection des périodes de fécondation en considération des principes posés par la méthode.

¹⁴⁶⁵ Souvenons-nous : Ph. GAUDRAT, *Jurisque Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134 : L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2)*, 2009, n°7 : « une notion juridique se construit par exclusions successives imputées sur un donné initial ».

¹⁴⁶⁶ J.M. MOUSSERON, *Traité des brevets*, Librairies Techniques, Paris, 1984, n°163, p. 183.

¹⁴⁶⁷ CA Paris, 4 novembre 1959, *Ann. propr. ind.* 1959, p. 302.

2) L'exclusion des méthodes de traitement ou de diagnostic.

311.- Justification de l'exclusion. L'exclusion est fondée sur l'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle : « ne sont pas brevetables les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal. Cette disposition ne s'applique pas aux produits, notamment substances et compositions, pour la mise en œuvre de ces méthodes ». Cette exclusion a toujours été expliquée par la présomption irréfragable du défaut d'application industrielle¹⁴⁶⁸, mais elle ne se justifie pas, d'où sa suppression de l'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle¹⁴⁶⁹. La seule justification que l'on puisse fournir à cette exclusion provient du caractère essentiel de ces méthodes pour l'exercice de la médecine en toute liberté, sans se heurter à l'effet bloquant que pourrait avoir le brevet¹⁴⁷⁰. Cette inscription dans la sphère de l'inappropriable permet à tous de profiter des progrès procurés par de telles méthodes. De ce fait, ne sont pas exclues de la brevetabilité des « substances et compositions » nécessaires à cette méthode, qui peuvent constituer des inventions de produits classiques.

312.- Définition de ces méthodes. La méthode de traitement chirurgical ou thérapeutique est : « un ensemble de démarches raisonnées, suivies et reliées entre elles, émanant de l'homme du métier, destiné à parvenir à la découverte des moyens de prévenir, de traiter, de soulager, de dissiper ou d'atténuer les symptômes d'un trouble résultant d'une affection ou d'un dysfonctionnement du corps humain ou animal ou de le guérir »¹⁴⁷¹. Et sont exclues de la brevetabilité, les méthodes de diagnostic dont les revendications portent sur : « le diagnostic à finalité curative *stricto sensu* représentant la phase de décision déductive en médecine

¹⁴⁶⁸ Le texte européen, l'article 52, paragraphe 4, de la Convention relative au brevet européen y faisait expressément référence. Pour une application par l'OEB, ch. rec. tech., 14 oct. 1987, *P.I.B.D.* 1989, III, p. 198. Mais le nouveau texte européen (CBE 2000), à l'article 53, a supprimé cette référence à l'application industrielle.

¹⁴⁶⁹ Suppression organisée par la même loi qui a introduit la possibilité de breveter la seconde application thérapeutique : loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite de modernisation de l'économie.

¹⁴⁷⁰ En ce sens, OEB gr. ch. rec. 16 décembre 2005, *Propr. intell.* avril 2006, p. 188, note GALLOUX, GUTMANN, WARUSFEL, qui rappelle que cette interdiction de brevetabilité des méthodes de diagnostic s'explique par le souci de préserver l'art du médecin. Cet arrêt précise que le diagnostic consiste en des étapes d'anamnèse, d'investigation et de recueil des renseignements, ainsi que la confrontation des données avec leurs valeurs normales. Un renversement de perspective est peu envisageable, pourtant imaginée par R. MIRALLES, *La réservation des techniques chirurgicales*, Mémoire de DESS, Montpellier I, 2002, p. 23 et s.

¹⁴⁷¹ Une définition claire posée par CA Paris, 29 octobre 1997, *PIBD* 1998, n°646, III, p. 29.

humaine ou vétérinaire, en tant qu'activité purement intellectuelle ; les étapes précédentes, qui sont constitutives de la pose de ce diagnostic ; les interactions spécifiques avec le corps humain ou animal qui surviennent lorsque sont mises en œuvre celles des étapes précédentes qui sont de nature technique »¹⁴⁷².

Toute la difficulté consiste à reconnaître aujourd'hui ce qui relève du procédé – une invention, brevetable – et ce qui relève de la méthode – pas une invention, non brevetable. Pour ce faire, deux démarches sont possibles, l'une objective, et l'autre subjective¹⁴⁷³.

313.- La démarche objective. La démarche objective consiste à rechercher la nature de l'activité déployée au but poursuivi. Une décision de 1984 est venue préciser le but poursuivi : « une méthode de traitement thérapeutique ou chirurgical est caractérisée par le fait qu'elle tend à prévenir ou à guérir des maladies »¹⁴⁷⁴. A, par exemple, été exclue de la brevetabilité, une méthode contraceptive à cause de son effet thérapeutique¹⁴⁷⁵ et à l'inverse, inclu dans la brevetabilité un procédé pour faciliter la circulation sanguine extracorporelle¹⁴⁷⁶ ou un traitement aux effets exclusivement esthétiques¹⁴⁷⁷. Les instances européennes

¹⁴⁷² Avis de la grande chambre de recours de l'OEB du 16 décembre 2005 (*Journal Officiel OEB* 5/2006, p. 334).

¹⁴⁷³ J. AZEMA, *Médicaments, J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4280, 2008, n°11 et s.

¹⁴⁷⁴ CA Paris, 4e ch., 24 sept. 1984 (1ère esp) *P.I.B.D.* 1984, III, p. 251, *Dossiers Brevets* 1984, V, 2 ; *Ann. propr. ind.* 1985, p. 111 ; *RTD com.* 1985, p. 105, obs CHAVANNE et AZEMA.

¹⁴⁷⁵ CA Paris, 27 juin 1958, *JCP G* 1959, II, 11407, note PLAISANT. La nuance est tenue lorsqu'on lit quelques années après la possibilité de breveter une méthode de contrôle du cycle menstruel par l'administration d'hormones : CA Paris, 4e ch., 24 sept. 1984 (1ère esp) *P.I.B.D.* 1984, III, p. 251, *Dossiers Brevets* 1984, V, 2 ; *Ann. propr. ind.* 1985, p. 111 ; *RTD com.* 1985, p. 105, obs CHAVANNE et AZEMA : « qu'il est indiqué dans la description de la demande de brevet que l'invention peut avoir pour objet l'avancement de la date d'apparition des règles pour ne pas gêner par exemple la pratique des sports, voyages, etc., ou encore la prévention de la grossesse ou son interruption, applications échappant au domaine thérapeutique comme n'ayant pas pour objet de prévenir ou de guérir des maladies ».

¹⁴⁷⁶ CA Paris, 4e ch., 24 sept. 1984 (2ème esp) *P.I.B.D.* 1984, III, p. 251 ; *Dossiers Brevets* 1984, V, 2 ; *Ann. propr. ind.* 1985, p. 111 ; *RTD com.* 1985, p. 105, obs CHAVANNE et AZEMA : « qu'une méthode de traitement thérapeutique ou chirurgical est caractérisée par le fait qu'elle tend à prévenir ou à guérir les maladies alors qu'en l'espèce le procédé revendiqué est seulement destiné à faciliter le prélèvement du sang du donneur spécialement lorsque ce dernier, bien portant, donne une partie de son plasma » Rappr. CA Paris, 28 juin 2006, *P.I.B.D.* 2006, n° 838, III, p. 641.

¹⁴⁷⁷ Com. 17 juin 2003, *JurisData* n° 2003-019480 ; *Bull. civ.* 2003, IV, n° 100. Sur la brevetabilité d'un procédé chirurgical permettant de détruire la pilosité, sans bénéfice thérapeutique, v. OEB, ch. rec. tech. Déc. 0383/03 du 1er octobre 2004, *propr. intell* avril 2006, p. 187, note GALLOUX. Sur la brevetabilité d'un procédé de nettoyage des canaux dentaires à cause de sa finalité esthétique, v. CA Paris, 4e ch., 29 octobre 1997, *JCP E* 1999, p. 414, obs. MOUSSERON et *contra* CA Paris 31 janvier 2001, *R.D.P.I.* 2001, n°124, p. 14 ; *Ann. propr. ind.* 2001, p. 42.

appliquent également ce critère, notamment pour un produit cosmétique¹⁴⁷⁸. L'intérêt de la question est lorsqu'un procédé poursuit à la fois des buts thérapeutiques et non-thérapeutiques. Si les deux effets sont dissociables, le plus simple est d'organiser la protection sur exclusivement le procédé à but non-thérapeutique¹⁴⁷⁹.

314.- La démarche subjective. La démarche subjective consiste à s'attacher moins à l'objet sollicitant la protection qu'à l'auteur de l'invention. Il s'agit ici de protéger l'art du médecin dans son exercice¹⁴⁸⁰. On vérifie donc si la méthode peut être mise en œuvre sans l'intervention d'un médecin¹⁴⁸¹. Mais une telle approche ne correspond pas à la définition objective que nous avons retenue de l'objet du brevet¹⁴⁸². En effet, il n'y aurait pas de logique à définir objectivement les objets de la sphère de l'appropriable et à qualifier subjectivement les objets qui en sortent. Ce sont les mêmes et seules leurs qualités et leurs finalités orientent leur régime juridique.

B) Les modalités d'exclusion de certains objets contraires au progrès médical

315.- Les exclusions de la brevetabilité au niveau international : un contenu plus large ?

L'article 27 des ADPIC¹⁴⁸³⁻¹⁴⁸⁴, invite à soustraire de la propriété tous les objets qui doivent

¹⁴⁷⁸ OEB, ch. rec. tech., déc. 36/83, *Journal Officiel OEB* 1986, p. 295. Sur ce point, v. notamment : Y. ISUR, *La brevetabilité des méthodes de traitement thérapeutique du corps humain, Étude comparée, Propr. ind.* 1985, p. 178. - V. MARANDON, *Méthodes thérapeutiques et de diagnostic, La jurisprudence des chambres de recours de l'Office européen des brevets, R.D.P.I.* 1988, n° 17, p. 33.

¹⁴⁷⁹ En ce sens, Com. 17 juin 2003, *EMS France, Propr. intell.* 2003, n°9, p. 409, obs. GALLOUX ; *JCP G* 2003, IV, 2436 ; *D.* 2003, p. 1912, note DALEAU et p. 2959, note (J.-P.) SCHMIDT. Si les buts sont indissociables, CA Paris, 4^e ch., 23 septembre 2005, *EMS France, P.I.B.D.* 2005, III, p. 651.

¹⁴⁸⁰ En ce sens, CA Paris, 26 mars 1983, *P.I.B.D.* 1983, III, p. 189 : « que les revendications en cause, à l'exclusion de toute méthode chirurgicale ou thérapeutique du corps humain, décrivent un simple procédé d'acquisition de données liées à l'hémo-dynamisme et prédécoupées à l'aide d'une horloge, à partir desquelles l'art du médecin sera ensuite d'établir son diagnostic ». Rapp. OEB, ch. rec. tech., déc. T 61/83, *inédit, RTD com.* 1984, p. 78, n° 3, obs. CHAVANNE et AZEMA), pour un nouveau procédé d'utilisation d'un tomodensitomètre qui permet de vérifier l'état du cœur d'un patient que les anciens ne permettaient pas aussi efficacement.

¹⁴⁸¹ OEB, Ch. rec. tech., déc. 25 septembre 1987, *P.I.B.D.* 1988, III, p. 482.

¹⁴⁸² V. *supra* n°268.

¹⁴⁸³ Nous rappelons qu'il s'agit des « Accords relatifs aux aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce » (ADPIC ou *TRIPS* en anglais).

¹⁴⁸⁴ L'article 27 des ADPIC dispose : « Les membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou

être protégés au regard de « l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement »¹⁴⁸⁵. Sa portée paraît beaucoup plus large que celle, pendant nationale, de l'article L. 611-17 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que : « Ne sont pas brevetables les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à la dignité de la personne humaine, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, cette contrariété ne pouvant résulter du seul fait que cette exploitation est interdite par une disposition législative ou réglementaire ». Ceci n'implique pas pour autant une meilleure protection de l'inappropriable au niveau international¹⁴⁸⁶. Face à la remise en question de la propriété intellectuelle au niveau international, il s'agit dès lors plus d'une déclaration politique que de la précision d'un contenu normatif. En effet, les réflexions sur la protection de l'environnement ou de la santé humaine sont contenues dans nos notions-cadre nationales de l'ordre public et des bonnes mœurs, point n'est besoin de les rappeler pour apaiser les tensions.

Il convient dès lors d'analyser comment en France, de telles restrictions à la propriété sont appréhendées.

316.- L'ordre public, les bonnes mœurs et la dignité : modalités de protection du progrès médical. Il est des objets qui affectent l'état de santé des personnes, qui de ce fait composent le domaine de la santé. Ils présentent un danger pour la santé. Par cela, on pourrait dire qu'ils ont une *valeur sociale négative*¹⁴⁸⁷. Ne procurant aucun bénéfice social au titre du progrès médical, de tels objets doivent être maintenus hors de la propriété. Leur maintien dans le domaine des choses communes ne ressort pas de l'idée d'une nécessité de préserver la science des appropriations illégitimes. Il s'agit, une fois n'est pas coutume, de protéger l'appropriation et surtout la commercialisation de tels objets, contraires au progrès médical. D'ailleurs, on notera l'apport de la loi n°2004-800 du 6 août 2004, en ajoutant le concept de

pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par la législation intérieure ».

¹⁴⁸⁵ On notera que la mention de l'environnement dans cet article fonde la riche étude de P. ARHEL, *Contribution du droit des brevets à l'environnement, Propr. ind.* septembre 2010, étude, n°14.

¹⁴⁸⁶ L'article est d'ailleurs plus souvent sollicité comme un régulateur des droits de propriété intellectuelle, que comme un outil de précision de l'objet appropriable. En ce sens, v. les questions de droit à la santé soulevées par les pays en voie de développement, v. *infra* n°354 et s.

¹⁴⁸⁷ Ce concept fait référence à l'existence des biens à valeur vénale négative, qui ont nourri l'étude de : D. CHILSTEIN, *Les biens à valeur vénale négative, RTD civ.* 2006, p. 663 (v. *supra* n°101)

dignité aux côtés de l'ordre public et des bonnes mœurs et en remplaçant les termes de « mise en œuvre » par la notion d' « exploitation commerciale »¹⁴⁸⁸. Permettent une telle protection, même si le peu de jurisprudence pourrait conduire à leur déconsidération, les concepts d'ordre public et de bonnes mœurs (1) et de dignité (2). Ne se rejoignant pas, nous remarquerons qu'ils ont chacun vocation à défendre de toute appropriation des « objets » du domaine de la santé assez différents.

1) L'ordre public et les bonnes mœurs

317.- Les notions d'ordre public et de bonnes mœurs. La question des bonnes mœurs paraît aujourd'hui bien désuète¹⁴⁸⁹. Surtout au regard de la seule décision dont nous disposons dans le domaine de la santé, qui déclare non brevetable, car immoral, un préservatif¹⁴⁹⁰. L'ordre public est bien plus intéressant pour la matière. L'ordre public de la propriété intellectuelle doit être entendu plus largement que celui défini à l'article 6 du Code civil et dont l'application est limitée à la sphère contractuelle. Mais définir l'ordre public relève de la gageure. Les plus éminents auteurs s'y sont confrontés en avouant la difficulté de l'entreprise¹⁴⁹¹. La jurisprudence n'a pas plus fourni cette définition. Le domaine de la santé

¹⁴⁸⁸ Il a également pour conséquence sur inspiration de la directive n°98/44 du 6 juillet 1998 et de son article 6.1, relatives aux biotechnologies, de séparer ces dispositions de celles sur la matière vivante.

¹⁴⁸⁹ V. aussi la réaction de M. le professeur GALLOUX à la décision de l'OEB sur la Souris Oncogène (v. *infra* n°129) du 3 octobre 1990 : l'OEB « s'était cru autorisée à interpréter les dispositions précitées (...) comme l'aurait fait un comité éthique contemporain suivant une approche utilitariste (...). Les bonnes mœurs ne sont pas l'éthique, mais renvoient à une moralité publique aux contours flous et d'une nature contingente », J.-C. GALLOUX, note sous *Relaxine*, D.1996, p. 44, et spéc. p. 48.

¹⁴⁹⁰ Trib. civ. de la Seine, 29 novembre 1913, *Ann. propr. ind.* 1915-1919, 2, p. 16.

¹⁴⁹¹ de l'avis général (« Tous ceux qui ont abordé l'étude de la notion d'ordre public en ont souligné à l'envie la difficulté » constate M. TALLON, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les constats en droits français et en droit anglais*, in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Paris, Dalloz, 1965) La doctrine rivalise de métaphores : de l'image des « sables mouvants » (PILON, sous Req. 21 avril 1931, S. 1931, p. 377.) au « chemin bordé d'épines et de précipices » (S. JOLY, in *Création artistique et ordre public*, thèse, Montpellier I, 1999, p. 35.) à défaut de définition précise. L'absence de définition d'une notion, pourtant présentée comme fondamentale, semble incompatible avec notre culture juridique. Qui plus est, la sécurité juridique ne s'accommode pas d'une notion fuyante. Et ce n'est pas faute d'avoir essayé de définir l'ordre public : selon Capitant il s'agit de « l'ensemble des institutions et des règles destinées à maintenir dans un pays le bon fonctionnement des services publics, la sécurité et la moralité des rapports entre particuliers et dont ceux-ci ne peuvent, en principe, écarter l'application dans des conventions ». Parallèlement, selon le doyen Cornu, l'ordre public est « l'ensemble de principes, écrits ou non, qui sont, au moment même où l'on raisonne, considérés, dans un ordre juridique, comme fondamentaux et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée, mais aussi des lois étrangères... ». Cette dernière proposition emporte de manière générale l'avis de la doctrine et l'on voit appliquer le qualificatif de « notion-cadre » à l'ordre public. En réalité, elle signifie que la définition de l'ordre public ne se trouve pas dans son contenu. Le professeur MALAURIE confesse « l'ordre public je ne sais pas très bien ce que c'est » (Ph. MALAURIE, Rapport de synthèse, *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 105), mais précise que l'ordre

ne fait pas exception à la vacuité de la jurisprudence dans le droit des brevets. Il est donc nécessaire d'admettre que l'ordre public serait une notion-cadre, qui ne peut être définie par « son contenu ou sa forme » et qui « doit trouver en dehors son fondement et son expression »¹⁴⁹². Pour cette raison, la définition proposée par M. le Doyen CORNU emporte l'adhésion d'une majorité de la doctrine : « Ensemble de principes, écrits ou non, qui sont au moment où l'on raisonne, considérés dans un ordre juridique, comme fondamentaux, et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée (C. civ. art. 6) mais aussi des lois étrangères et les actes des autorités étrangères (en quoi il est dit parfois ordre public d'éviction) »¹⁴⁹³.

Faute de ces illustrations jurisprudentielles, nous étudierons une sélection d'objets pouvant soulever de prochaines questions de droit.

318.- Illustrations des limites posées par l'ordre public. Les substances vénéneuses sont définies à l'article L. L. 5132-1 du Code de la santé publique comprenant entre autres les substances stupéfiantes, les psychotropes, les substances et préparations très toxiques, nocives, irritantes, corrosives, cancérogènes, tératogènes, mutagènes, répertoriées à l'article L. 5132-2 du Code de la santé publique, mais aussi les médicaments ou insecticides susceptibles de présenter directement ou indirectement un risque pour la santé humaine. Cette dernière catégorie est directement exclue du fait la définition de l'invention retenue. On rappellera pour les inventions thérapeutiques, que même si le droit des brevets est hermétique à la procédure de délivrance d'une autorisation de mise sur le marché, l'invention, dans ce domaine, doit présenter des propriétés pharmacologiques et des indications thérapeutiques. En ce qui concerne les substances stupéfiantes et les psychotropes, une rare et vieille décision sur une lampe à opium, exclue de la brevetabilité¹⁴⁹⁴. Enfin, le cas des substances et préparations très toxiques, nocives, irritantes, corrosives, cancérogènes, tératogènes, mutagènes, est d'une actualité singulière. Aujourd'hui, sous l'influence d'une philosophie écologique, se produit un

public ne peut être défini par « son contenu ou sa forme » et qu'il « doit trouver en dehors son fondement et son expression ». La pratique révèle de ne pas tenir le contenu comme critère de définition, à cause de sa mobilité. La relativité de l'ordre public est source de difficultés dans son application : le rocher auquel appelle CARBONNIER, se transforme au gré des flux et des reflux législatifs, comme jurisprudentiels.

¹⁴⁹² Ph. MALAURIE, *L'ordre public à la fin du XXe siècle, Rapport de synthèse*, Paris, Dalloz, 1996, p. 105.

¹⁴⁹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V^o *Ordre Public*.

¹⁴⁹⁴ M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et ordre public*, in *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307.

retour au naturel, à l'emploi des matières biologiques et au bannissement des matières chimiques. Ces dernières sont accusées des maux qui les propulseraient au rang de substances vénéneuses¹⁴⁹⁵. Il y a peu de risque qu'un industriel investisse pour le développement d'une invention ayant comme support une substance vénéneuse avérée. Juridiquement, la notion d'ordre public pourrait ici être employée pour limiter dès l'appropriation une telle invention, du fait de l'impossibilité de sa commercialisation¹⁴⁹⁶. Il est même préférable pour la santé humaine qu'une telle invention soit déclarée non-appropriable, plutôt que de ruser de subterfuges pour limiter derrière son exploitation¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹⁵ Ce sont notamment les « muscs synthétiques ». Sur ce point, v. D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, th. dactyl. Avignon, 2008, n°530, p. 521, citant http://www.ecoconso.be/IMG/fc144_hygiene_parfums.pdf v. « Produits d'hygiène : un parfum de danger », « Comme ce sont des composés chimiques qui ne se dégradent pas facilement, ni dans la nature (propriété de persistance) ni chez les êtres vivants (bioaccumulation), ils sont de plus en plus présents dans l'environnement. Les muscs synthétiques s'accumulent dans les sédiments des lacs et sont détectés en concentration variable chez des oiseaux maritimes, des poissons et des mollusques. Ils sont également détectés dans le sang humain et le lait maternel. Quels sont les effets de cette pollution ? Des études tendent à démontrer l'interférence de certains muscs nitrés et polycycliques avec le système hormonal chez les poissons, les amphibiens et les mammifères. Ils peuvent également exacerber les effets de l'exposition à d'autres substances chimiques et avoir une implication dans le développement du cancer. Ces effets restent à confirmer chez l'être humain, mais de lourds soupçons pèsent quant aux interférences avec les systèmes endocrinien et reproducteur ». GREENPEACE a engagé cette lutte contre les parfums dangereux : v. notamment « Parfum de scandale, une enquête sur la composition chimique de 36 eaux de toilette et eaux de parfum » (sur <http://www.greenpeace.org/raw/content/france/press/reports/parfum-de-scandale.pdf> et le Guide Cosmetox de Greenpeace qui publie une liste des substances dangereuses contenues dans les produits d'usage cosmétique quotidiens).

¹⁴⁹⁶ Pour l'invention, la condition d'application industrielle est prévue à l'article L. 611-15 du Code de la propriété intellectuelle. Mais à tout moment un tiers peut obtenir une licence obligatoire d'un brevet qui n'aurait pas été exploité, tel en dispose l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle : « Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause : a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un État membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français. Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans. Pour l'application du présent article, l'importation de produits objets de brevets fabriqués dans un État partie à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce est considérée comme une exploitation de ce brevet ».

¹⁴⁹⁷ Comme les mécanismes externes, v. *infra* n°334.

2) La dignité

319.- La dignité, un concept en plein essor. On remarque depuis les dix dernières années un certain engouement des textes¹⁴⁹⁸ et de la doctrine¹⁴⁹⁹ autour de cette notion de dignité. Reconnue comme droit fondamental¹⁵⁰⁰, elle est de l'avis d'une partie de la doctrine, « Le » droit fondamental¹⁵⁰¹. Mais l'obscurantisme entourant cette notion¹⁵⁰² la fait craindre par d'autres¹⁵⁰³. Et si l'on ne sait pas ce qu'est le concept de dignité, gageons au moins de savoir à quoi il sert. « Concrètement, le principe de dignité est juridiquement utilisé comme une interdiction faite d'instrumentaliser autrui, de le traiter comme un objet, cette interdiction n'étant pas levée par le consentement de l'intéressé »¹⁵⁰⁴.

¹⁴⁹⁸ On la retrouve notamment à l'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne établie à Nice le 7 décembre 2000 à l'article 16 du Code civil. Mais elle a fait une entrée progressive sur la scène du droit, notamment à travers la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

¹⁴⁹⁹ V. notamment : R. ANDORNO, *La bioéthique et la dignité, de la personne*, PUF, 1997. – J.-R. BINET, *Protection de la personne – Principes, J.-Cl. Civil*, art. 16 à 16-3, 2008, n°39 E. DREYER, *Les mutations du concept juridique de dignité, R.R.J.*, 2005, p. 28. – A. KAHN, *Raisonné et humain ?* éd. Nil, 2004, p. 150 « il n'existe pas de définition scientifique de la dignité humaine, il s'agit d'un concept philosophique (...) reflet d'une conviction profonde ». – B. MATHIEU, *La dignité de la personne humaine : Quel droit ? Quel titulaire ?*, D. 1996, p. 285. – B. MAUSER, *Le principe de respect de la dignité humaine dans la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. La Documentation Française, 1999. – M.-L. PAVIAT et Th. REVET, *La dignité de la personne humaine*, éd. Economica, 1999 et notamment N. MOLFESSIS, *La dignité de la personne humaine en droit civil*, in M.-L. PAVIA et Th. REVET (dir), *La dignité de la personne humaine*, Economica, 1999, p. 107.

¹⁵⁰⁰ Conseil constitutionnel 27 juillet 1994, D. 1995, p. 237, note MATHIEU, D. 1995, somm. p. 299, note FAVOREU, selon qui la sauvegarde de la dignité humaine.

¹⁵⁰¹ En ce sens, H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 2^e éd., 2009, p. 386 : « Le principe de la dignité de la personne humaine constitue aujourd'hui la base de tout édifice juridique français, mais aussi européen et international, élaboré pour protéger et garantir la primauté de la personne face aux sciences de la vie et à leurs retombées ». Rapp. B. MATHIEU, *Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme*, D. 1995, chron. p. 211, reconnaissant le caractère « absolu » de la dignité par rapport à de « simples » principes à valeur constitutionnelle, comme le droit au logement. Sur le concept de dignité, v. aussi : C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine, recherches sur un processus de judiciarisation*, PUF, 2005.

¹⁵⁰² B. MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 36 : « Cette unanimité dans la reconnaissance du principe masque un certain flou dans la définition de sa signification et de sa portée... En ce sens, le principe de dignité ne serait qu'un principe directeur, dont la substance ne peut être appréhendée que par une démarche casuistique. ». Rapp. X. DUPRE de BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, 2010, p. 134 : « Toute la difficulté est alors de déterminer l'objet de ce droit tant il est vrai que le concept de dignité est équivoque ».

¹⁵⁰³ En ce sens, v. notamment J.-M. BRUGUIERE, *La dignité schizophrène*, D. 2005, p. 1169 et B. MATHIEU, *De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique*, D. 2005, p. 1649.

¹⁵⁰⁴ B. MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 41.

320.- La dignité, indigne du droit des brevets ? L'entrée de la dignité dans le processus de délivrance des brevets est discutable pour diverses raisons.

D'une part, ce concept mal cerné laisse place à une appréciation subjective, relative et contingente de la dignité¹⁵⁰⁵. Or, cela peut être facteur d'insécurité pour un laboratoire qui hésiterait alors à investir des sommes et un temps considérables dans une recherche dont la brevetabilité est menacée. Sous couvert de protectionnisme, il serait anti-productif de progrès médical. En cela, la dignité souffre, pour son imprécision, des mêmes reproches que l'on pourrait adresser à l'ordre public. A la différence près que l'ordre public est une notion séculaire, éprouvée et forgée, nous permettant de mieux la cerner tant dans sa signification que dans sa portée.

D'autre part, le flou entourant le concept de dignité conduit à lui assigner dans le domaine de la santé une fonction de protection de l'éthique¹⁵⁰⁶ ; où la dignité devient l'assise juridique de l'éthique¹⁵⁰⁷. Politiquement, on comprend cette nécessité de recourir à des « garde-fous », les progrès des sciences de la vie impressionnent¹⁵⁰⁸, le recours à de tels concepts a quelque

¹⁵⁰⁵ Sur la difficulté d'internationaliser ces concepts : v. notamment, M. DELMAS-MARTY, *Faut-il interdire le clonage humain*, D. 2003, p. 2517. Et surtout, l'analyse lumineuse de N. LENOIR, *Bioéthique, constitution et droits de l'homme*, *Diogenes*, n°172, oct.-déc. 1995, p. 31.

¹⁵⁰⁶ Particulièrement vrai au regard de la multiplication des recommandations et avis qui émanent des Comités ou Groupes d'Éthique. Présence qu'il faut relativiser au caractère consultatif de leurs avis et recommandations. Certains se réjouissent de cette entrée de l'éthique, comme T. MARTEU, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, Th. dactyl., Nice, 2009, p. 68 : « la bioéthique aurait ainsi investi le droit des brevets venant nourrir les notions jusque-là étroites que sont l'ordre public et les bonnes mœurs. La « revitalisation » de ces notions a fini par créer quelques excroissances », le législateur communautaire ayant tenu à imposer une référence expresse à nécessaire respect de la dignité humaine ». Nous ne pensons pas que ces notions d'ordre public ou de bonnes mœurs étaient creuses au point de se remplir par des considérations issues de la morale. En ce sens, v. J.-C. GALLOUX, *Brevetabilité des inventions biotechnologiques et principes éthiques de respect des droits de la personne et de sa dignité*, D. 1998, somm. comm. p. 158 : « d'une part, l'ordre public et les bonnes mœurs ne sont pas l'éthique et on peut se demander d'autre part, si c'est l'invention en elle-même qui est susceptible d'être contraire à ces principes ou certaines de ses mises en œuvre ».

¹⁵⁰⁷ En ce sens, v. notamment : N. QUESTIAUX, *L'éthique des sciences du vivant : réflexions à partir de l'expérience française*, *Rapport public du Conseil d'État*, 1998 p. 323 et spéc. p. 330 : « Ainsi se trouvait affirmé ce qui, selon les commentateurs les plus autorisés, était la source majeure du droit en ce domaine, principe [la dignité] qu'il a fallu dégager en France dans le silence des textes, alors que de nombreuses constitutions étrangères y font référence explicite ». *Rappr.* B. MATHIEU, *La bioéthique, ou comment déroger au droit commun des droits de l'homme ? in, La société internationale et les enjeux bioéthiques*, colloque des 3 et 4 décembre 2004, PUAM, 2005, p. 85.

¹⁵⁰⁸ En ce sens, B. MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 3 : « De nouvelles pratiques d'expérimentation sur l'homme, de nouvelles connaissances, sur le fonctionnement de certains éléments constitutifs de l'humain, à savoir son génome, engendrent elles-mêmes de nouvelles possibilités d'intervention, suscitent des questions nouvelles : quelle est la nature de l'embryon humain, quels équilibres établir entre la protection de l'individu et l'intérêt de la collectivité, l'activité scientifique peut-elle être encadrée, jusqu'où peut-on aller dans l'exploitation du matériau humain, l'homme peut-il améliorer, voir créer, l'homme... ? ». *Rappr.* de C. PUIGELIER, *De la conscience de la science par le droit*, *Rev. gén. de dr. méd.* N°11, 2003, p. 197, pour qui, la réintroduction de la conscience de la science passe par une « norme morale ».

chose de rassurant. Elle devient l'outil de conscience de la science. Elle nous semble être le « garde-fou contre les dérives, notamment eugénistes, de la science ». Quoiqu'il nous soit permis de douter d'un droit « corrodé » par la morale¹⁵⁰⁹. En effet, n'y a-t-il pas « un paradoxe à considérer à la fois le principe de dignité est un principe cardinal en matière bioéthique et qu'il n'a pas de signification préétablie »¹⁵¹⁰. Ce regret sur l'entrée de l'éthique dans le processus de délivrance du brevet est partagé en doctrine¹⁵¹¹. Nous partageons ce point de vue considérant que les droits fondamentaux ne doivent pas interférer dans le processus d'appropriation¹⁵¹². La propriété industrielle possède ses propres ressorts pour appréhender la valeur sociale des objets, sans nul recours à des notions aux contours incertains.

Enfin, la dignité s'avère inutile en raison de la finalité de progrès médical assignée à la propriété intellectuelle. Nous comprenons qu'il soit nécessaire de se protéger des appropriations abusives et de cette emprise toujours plus grande de l'homme sur l'Homme. Nous en avons également dénoncé les risques lorsque, seule, la « valeur-travail », permet la

¹⁵⁰⁹ Il doit rester, selon nous, un sentiment de méfiance de cette immixtion de la morale dans le Droit. Nous rappellerons à cet effet les paroles de l'éminent CARBONNIER : « Son succès (de la morale) même témoigne du danger que le droit peut courir à trop s'appuyer sur la morale. La morale est encore moins sûre que le droit » in J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 118. Aux mêmes pages, v. aussi son regard aiguisé contre les Comités d'éthique. Rapp. des premières lignes de l'article fondamental de M. le professeur GALLOUX : « Subrogée à la morale chrétienne, la raison subjective moderne n'en poursuit pas moins son tutorat sur le droit. La branche spécialisée de cette morale laïque, la bioéthique, en offre actuellement de remarquables exemples. On apprend ainsi que les comités d'éthique secrètent une « jurisprudence » ; que le Comité national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (CCNE) « forge » par ses avis, la « doctrine française » dans le domaine biomédical, qu'enfin, une convention sur la bioéthique serait en préparation au sein du Conseil de l'Europe de façon à harmoniser les principes juridiques de cette matière entre les pays européens », in J.-C. GALLOUX, *Éthique et brevet ou le syndrome bioéthique*, D. 1993, p. 83. Adde, J.-C. GALLOUX, *Brevetabilité des inventions biotechnologiques et principes éthiques de respect des droits de la personne et de sa dignité*, D. 1998, somm. comm. p. 158, où l'auteur évoque la « confusion des genres » en constatant les visas des Comités d'éthique, « signe de la décadence puisque l'on abandonne là l'un des acquis de la pensée européenne depuis la Renaissance ». Au cas où persisterait un doute dans la pensée de cet auteur, à laquelle nous adhérons, J.-C. GALLOUX, *Bioéthique et brevet*, D. 2001, somm. comm. p. 1354.

¹⁵¹⁰ B. MATHIEU, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 36. Sur les troubles qui entourent la signification de cette notion, v. notamment, E. GUTMANN, *Le brevet, l'éthique : au piège du langage ? Propr. intell.* octobre 2003, p. 348.

¹⁵¹¹ A. GALLOCHAT, *Le brevet et l'éthique ou le mélange des genres, Dossiers Brevets*, 1993, II, p. 1. – J.-C. GALLOUX, *Éthique et brevet ou le syndrome bioéthique*, D. 1993, chron. p. 83. Et plus généralement, v. aussi les propos, qu'il est plus souhaitable de ne pas résumer de CARBONNIER : « La morale des Droits de l'homme aurait pu demeurer morale pure, ne relevant que de la morale conscience individuelle. L'État, en se les appropriant, en a fait sortir du droit. Il frappe comme délits pénaux une série de pratiques discriminatoires, classées « atteintes à la dignité de la personne » dans le Nouveau Code pénal. (...) Par ce passage [au droit], la morale renouvelée des Droits de l'homme a revêtu les signes d'une religion d'État, y compris un certain penchant à l'intolérance » (in, J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 120).

¹⁵¹² Sur ce point, v. *supra* n°198.

qualification de l'invention. En effet, la technique s'applique à tout, partout, et pour tout. Ce pour quoi, nous avons proposé de considérer l'objet de l'invention au regard de sa valeur sociale et de vérifier si l'appropriation s'inscrit dans la logique de progrès médical. Le progrès médical n'étant pas synonyme du progrès technique, la considération des améliorations qu'il apporte au « bien-être » social est essentielle. Si une telle modération n'existait pas, nous comprendrions mieux le recours au concept de dignité.

La controverse, nous menant naturellement à l'inappropriable controversé.

Paragraphe 2

« L'inappropriable » controversé

321.- La matière vivante. A l'inverse, la soustraction de certaines choses incorporelles du domaine de la santé au domaine de la propriété a engendré des débats passionnés. Ils touchent principalement au domaine du vivant. On pourrait simplifier les choses en disant que tous les objets qui ne révèlent pas de la double valorisation précédemment énoncée devront être maintenus dans cette sphère de l'inappropriable. Concrètement, qu'est-ce que cela signifie ? Toute chose incorporelle, même valorisée par une intervention humaine, ne devra être considérée comme une invention seulement si par son appropriation procure le « bien-être » social, satisfait la finalité de progrès médical. Le domaine de l'inappropriable recueillant par principe tout objet qui ne remplirait cette proposition. Autrement dit, les choses incorporelles du domaine de la santé par principe satisfont le progrès médical par leur maintien dans les sphères de l'inappropriable. Nous essaierons d'appliquer cette logique aux débats qui entourent la brevetabilité de la matière vivante, qu'elle soit d'origine humaine (A), animale (B) ou végétale (C), fondée sur les articles L. 611-18 et L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle.

A) La matière vivante d'origine humaine.

322.- Il semblerait que la matière vivante d'origine humaine soit une source infinie pour la science (1). Pour correctement mesurer les enjeux actuels qui tiraillent la matière vivante entre appropriation et inappropriation, il convient de prendre un exemple. Nous aurions pu choisir les séquences génétiques, mais nous les avons déjà abordées, c'est pourquoi nous proposons de s'attacher aux cellules souches humaines (2).

1) L'immensité du domaine de l'exclusion

323.- Qu'entend-on par la matière vivante d'origine humaine ? L'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement¹⁵¹³, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables ». Le Code fournit quelques illustrations : « Ne sont pas brevetables : a) les procédés de clonage des êtres humains ; b) les procédés de modification de l'identité génétique de l'être humain ; c) les utilisations d'embryons à des fins industrielles ou commerciales ; d) les séquences totales ou partielles d'un gène prises en tant que telles ». Il est peu de dire que le corps humain, entier ou ses éléments, déchaîne les passions et les verbes d'appropriation¹⁵¹⁴. La sacralisation ou la marchandisation/réification du corps humain ne soulève pas que des débats en propriété intellectuelle, l'interrogation est beaucoup plus large et dépasse cette discipline particulière¹⁵¹⁵. Pour notre matière, nous pouvons nous concentrer

¹⁵¹³ Il faut entendre par cette proposition l'enveloppe corporelle de la personne vivante, bien entendu, mais également celle d'un cadavre ou de l'enfant à naître.

¹⁵¹⁴ Faute d'une définition claire (en ce sens, v. J.-C. GALLOUX, *Le corps humain dans le Code civil, in Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 381), la notion de corps humain déchaîne les passions. Le corps humain est au centre d'une prérogative essentielle des droits reconnus à la personnalité, à savoir la protection de l'intégrité physique. Souvent accouplée au principe de dignité, elle a fait l'objet d'une protection constitutionnelle (Conseil Constitutionnel, 27 juillet 1994, *D.* 1995, p. 237, note MATHIEU) : « la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de ce caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine » sont des principes qui « tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine ». Le sujet est sensible. Et « ces préceptes (qui) doivent contribuer à façonner l'action des pouvoirs publics » sont vivement rappelés dans toute tentative de réification du corps humain. Ce qui explique que des thèses contribuant à qualifier le corps humain de bien objet du droit de propriété (en ce sens, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. *Manuels*, n°227 et s. p. 239 et s.). Ce postulat n'est énoncé qu'au terme d'une démonstration qui consiste à dissocier le corps humain de la personne : « Les choses humaines sont appropriables sans difficulté et peuvent, par conséquent, être envisagées comme des biens. Elles ont le caractère de rareté qui rend utile l'appropriation et ce caractère est même très prononcé chez elles ». Encore ce critère de la rareté pour qualifier une chose en bien, qui selon nous ne mérite pas une telle qualification au regard de la valeur sociale que recouvrent ces objets. Évolution prédite par un des cosignataires de cet ouvrage : « F. ZENATI, *L'immatériel et les choses*, *A.P.D.* t. XLIII, Sirey, 1999, p. 79 et spéc. p. 83 : « L'entrée de la personne dans le commerce est aussi une conséquence du mouvement général d'extension de l'échange aux frontières de l'univers matériel. (...) Chaque attribut [de l'être humain] qui apparaît objectivement comme un bien en raison de l'utilité évidente de son appropriation et de sa mise dans le commerce juridique devient une chose. (...) Les attributs corporels sont un aspect mineur de la chose naissante de la personne ».

¹⁵¹⁵ Citons la passionnante Journée d'étude organisée par l'Association des jeunes chercheurs en Droit, Sciences et Techniques et le Centre de recherche en droit médical de l'Université Paris-Descartes, le mercredi 16 décembre 2009, sur « Le corps humain, entre sacralisation et marchandisation ». A la veille de la révision des lois de bioéthique, la question du statut juridique du corps humain connaît un regain d'actualité. En effet, si la loi assure le respect du corps humain, à travers son inviolabilité et l'interdiction d'en faire l'objet d'un droit patrimonial, les nombreuses exceptions introduites depuis 1994 semblent remettre la portée de ce principe en cause. Citons notamment l'intervention de O. LE QUERE, *L'appropriation du corps par le droit des brevets*,

sur un exemple, qui selon nous concentre les éléments du débat, à savoir le cas des cellules souches.

2) Le corps humain et ses éléments : le cas des cellules souches.

324.- Explication du maintien dans la catégorie des choses communes. Les avancées thérapeutiques qu'elles promettent nécessitent une grande prudence des juristes pour ne pas freiner l'essor du progrès médical, et notamment en matière de thérapie cellulaire¹⁵¹⁶. Les cellules souches adultes sont présentes dans tous les organes du corps et assurent sa régénération durant la vie¹⁵¹⁷. Elles offrent une moins grande flexibilité et un moins grand potentiel de différenciation que les cellules souches embryonnaires¹⁵¹⁸. Au-delà des affres

actes à paraître. Pour une étude ciblée de ce concept appliqué aux gènes, V. notamment M. FRANCESCHI, *Droit et marchandisation de la connaissance sur les gènes*, CNRS Éditions, 2004.

¹⁵¹⁶ Rappel (*Supra* n°178) : La thérapie cellulaire est celle qui consiste en la réparation des affections dues à une déficience ou à une disparition des cellules par des greffes de cellules saines. Ces cellules peuvent provenir de cellules souches issues de la moelle ou du cordon ombilical. Les espoirs sont grands sur les potentialités des cellules souches, comme notamment la guérison de la maladie d'Alzheimer, de Parkinson, le diabète ou la leucémie. Les recherches sur la maîtrise des cellules souches, adultes ou embryonnaires, apparaissent comme essentielles pour l'avenir de ces technologies. En ce sens, v. notamment la définition que donne Mme le professeur GAUMONT-PRAT (*in*, H. GAUMONT-PRAT, *La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches*, D. 2005, p. 3087) : « Les cellules souches sont des cellules indifférenciées possédant des capacités majeures de prolifération et de différenciation. Ainsi, des cellules souches sanguines (cellules spécialisées qualifiées de multipotentes) situées dans la moelle épinière pourront donner naissance à des globules rouges, à des globules blancs ou à des plaquettes. Les cellules embryonnaires qualifiées de pluripotentes sont capables de se multiplier plus ou moins indéfiniment ; et elles peuvent donner naissance à un très grand nombre de types cellulaires très caractérisés telles que les cellules neuronales, cardiaques ou musculaires, permettant d'envisager le traitement des infarctus, des maladies neurodégénératives, ou de certains cancers. Le recours à des cellules souches pourrait entraîner également une modification de la pratique employée pour développer les médicaments puisqu'il serait envisageable d'utiliser ces cellules souches pour pratiquer les tests nécessaires avant la mise sur le marché des futurs médicaments ». Sur ces avancées, v. aussi E. CADEAU, *Recherche pharmaceutique et législation de sécurité sanitaire : Réflexion à partir de la loi française du 28 mai 1996 relative au statut des produits de thérapie cellulaire et génique*, Séminaire international de Droit de la santé, Sao Paulo, Brésil, 3-7 octobre 1999.

Mais il faut relativiser ces progrès, qui parfois se font attendre (sur le temps et la médecine, v. *supra* n°181). En ce sens, v. notamment : N. LE DOUARIN, *Cellules souches et thérapie cellulaire, La lettre de l'Académie des Sciences*, n°4, été 2002, p. 6 : « Bien que des données très encourageantes émergent des expériences réalisées jusqu'à présent, on voit que beaucoup de recherches restent à faire en particulier pour améliorer la différenciation des cellules mises en culture ainsi que la sécurité des greffes qui doivent impérativement être dépourvues de cellules souches pluripotentes à cause du risque de transformation cancéreuse qu'elles présentent ».

¹⁵¹⁷ Il faut entendre les cellules souches adultes comme « celles de l'épiderme, de la moelle osseuse et du sang, sont connues depuis longtemps. Certaines sont assez faciles à obtenir, comme les cellules souches hématopoïétiques, à partir de la moelle osseuse ou du sang périphérique », *in*, A. CLAEYS, *Les recherches sur le fonctionnement des cellules humaines, Rapport n°3498, Assemblée Nationale*, décembre 2006.

¹⁵¹⁸ Sur cette question, v. notamment, E. GUTMANN, *La brevetabilité des inventions relatives aux cellules souches humaines, propr. intell.* juillet 2007, p. 302. – J.-C. GALLOUX, *Les exclusions de brevetabilité : les*

d'une réification de l'embryon¹⁵¹⁹, les craintes inspirées par la manipulation des cellules souches embryonnaires, proviennent de la proximité des recherches avec les techniques de clonage reproductif¹⁵²⁰. En effet, on peut redouter que le processus de clonage ne soit pas stoppé au stade « blastocyste » (soit quelques jours après la constitution de l'embryon pour « récolter » les cellules souches) et mène inexorablement à un clonage reproductif¹⁵²¹. L'appel au droit est indispensable pour l'encadrement de la recherche sur les cellules souches¹⁵²² et

inventions portant sur des cellules souches humaines et impliquant l'utilisation d'embryons humains, *Propr. intell.* avril 2007, p. 227. – F. BELLIVIER, L. BRUNET, M.-A. HERMITTE, C. LABRUSSE-RIOU, C. NOIVILLE, *Les limitations légales de la recherche génétique et la commercialisation de ses résultats : le droit français*, *R.I.D.C.*, 2006/2, p. 227.

¹⁵¹⁹ Comme le soulignent MM. les professeurs AZEMA et GALLOUX : « Le corps ne se définit pas par la somme des éléments qui le composent ; il se présente en conséquence, comme une universalité de fait, un facteur de cohérence biologique, agrégeant tout ce qui est nécessaire à l'intimité corporelle "qui permet d'accueillir de nouveaux éléments et qui subsiste malgré la disparition de certaines pièces" (citant J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1990, n°197, p. 155). Dans la mesure où, le corps humain est un « contenant », les éléments et les produits qui y ont leur siège n'accèdent à l'autonomie qu'en y étant séparés », in J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 171, p. 102. Le Code de la propriété intellectuelle ne fait d'ailleurs pas de différence entre les éléments et les produits du corps humain. Comme nous l'avons précédemment souligné, l'appropriation de ces éléments ne dépend pas de leur commercialité économique (v. *supra* n°100). Rappr. G. MEMETEAU, *Statut du corps humain, de ses éléments et de ses produits*, *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, juin 2000, fasc. 2360, p. 23, n°12.

¹⁵²⁰ Le clonage peut se définir comme un procédé de scission des embryons avec pour but de créer un autre être humain, qui aurait la même information génétique que celui d'où proviennent les cellules. Sur cette pratique, v. notamment, A. DORSNER-DOLIVET, *De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain*, *Loi n°2004-800 du 6 août 2004*, *JCP G* 2004, I, 172.

¹⁵²¹ La communauté scientifique et celle des juristes sont sensibilisées par les récentes annonces sur la reproduction d'un embryon humain par la technique du clonage, et notamment celle dans la revue américaine *Stem Cell* révélant la pratique réussie la firme californienne *Stemagen*. (Sur ces résultats, en attente d'une vérification, www.spectrosciences.com). Sur ce point, v. C. HURIET, *Contre le clonage thérapeutique, Bioéthique : les questions*, La documentation Française, Regards sur l'actualité, n°291, mai 2003, p. 33 et s. Actuellement, la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, interdit le clonage thérapeutique et le considère comme un délit puni de 7 ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende. La recherche sur ces cellules souches embryonnaires s'en trouverait compliquée. Nous mettons cette remarque au conditionnel, car le recours à des expériences animales pourrait constituer un palliatif efficace. La difficulté viendra de la recherche d'un consensus entre les différentes instances qui sont pour le transfert somatique nucléaire (notamment le Comité consultatif national d'éthique, avis n°54 du 22 avril 1997, et les recommandations du 10 juin 2002 de l'Académie des sciences et l'Académie Nationale de médecine), et celles qui sont contre (Commission nationale consultative des droits de l'homme, avis du 25 janvier 2001, et le Groupe européen d'éthique, avis n°12 du 25 novembre 1998). V. notamment : E. GUTMANN, *Aspects éthiques et juridiques de la brevetabilité des inventions issues de la recherche sur les cellules souches d'origine humaine*, *Propr. intell.* 2003, p. 67. – P.-L. FAGNIEZ, *Rapport parlementaire : cellules souches et choix éthiques*, du 26 juillet 2006, www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/.

¹⁵²² Après une interdiction totale de recherche sur les cellules souches par lois bioéthique de 1994, la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 et le décret n° 2006-121 du 6 février 2006 consacrent quelques dérogations, dans des conditions très strictes. En effet, à titre dérogatoire et pour une durée maximale de cinq ans à compter de la publication de son décret d'application (décret n°2006-121 du 6 février 2006), les équipes de recherche françaises pourront effectuer des recherches sur l'embryon ou les cellules embryonnaires (Code de la santé publique : articles L. 2151-5 à L. 2151-8, articles L. 2163-1 à L. 2163-8 (dispositions pénales) ; articles R. 2151-1 à R. 2151-21 (recherches) ; articles R. 2141-17 à R. 2141-23 (études)). Les autorisations sont délivrées par

l'article L. 611-18 du Code de la propriété intellectuelle vient fixer les limites de la brevetabilité. Nous nous concentrerons sur ce dernier point.

Le droit des brevets a quelques difficultés à appréhender ces cellules. L'exclusion des cellules souches est fondée sur le 1^{er} alinéa de l'article L. 611-18 du Code de la propriété relatif au corps humain et à ses éléments, et non sur les points a) et b) du dernier alinéa, qui interdisent la brevetabilité de procédé de clonage des êtres humains et de modification de l'identité génétique de l'être humain¹⁵²³ ou l'utilisation d'embryon à des fins industrielles et commerciales. Le procédé de clonage ne serait pas l'objet de l'invention, mais seulement un des moyens d'y parvenir, d'où les résistances. On avance d'ailleurs, de préférence, la

l'Agence de biomédecine. Au 18 juillet 2008, 106 autorisations afférentes à la recherche sur l'embryon avaient été délivrées, tout d'abord par le ministre de la santé (jusqu'au 6 février 2006), puis par l'Agence de la biomédecine. Parmi ces autorisations, données exclusivement pour des recherches « susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs », on compte des recherches cognitives, des recherches orientées vers les techniques de production en vue d'une application clinique, et aussi des recherches à finalité pharmacologique (rapport de l'Agence de Biomédecine, Octobre 2008, sur le bilan d'application de la loi bioéthique de 6 août 2004, www.agence-biomedecine.fr/fr/doc/rapport-bilan-LB-oct2008.pdf, p. 60 et s.).

Or, après quatre ans de pratique, l'Agence de Biomédecine a rendu un bilan détaillé de la reprise des recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires humaines en France, constatant ainsi que : « le système fonctionne bien, la recherche française a commencé à produire des résultats et a retrouvé peu à peu une certaine visibilité au niveau international en la matière » (rapport préc. p. 71). En conclusion, l'Agence de Biomédecine conclut « qu'un régime d'autorisation pérenne, à condition qu'il soit aussi encadré que le régime actuel, présenterait les mêmes garanties en ce qui concerne le sérieux des recherches, et permettrait d'éliminer les reproches adressés au système actuel » (V. rapport précité, p. 72). Sur ce rapport v. notamment : M. BRUGGEMANN, *Réforme des lois de bioéthique : remise du rapport d'évaluation de l'agence de la biomédecine*, *Droit de la famille* n° 12, Décembre 2008, alerte 98. – H. GAUMONT-PRAT, *France : agence de la biomédecine, bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004*, *P. ind.* n° 12, Décembre 2008, alerte 188.

Le principal enjeu aujourd'hui est de maintenir la place des chercheurs français sur la scène internationale (en janvier 2002, plus de 8000 brevets ont été déposés portant sur des cellules souches embryonnaires et adultes), en ce sens, v. P.-L. FAGNIEZ, *Rapport parlementaire : cellules souches et choix éthiques*, du 26 juillet 2006, www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/. L'auteur préconise de « passer d'un régime dérogatoire à un régime d'autorisation des recherches sur les cellules souches embryonnaires », « d'encourager la création de banque de cellules souches » et enfin « d'alléger les procédures concernant les cellules souches embryonnaires importées ». Répondre à cette question sera l'un des défis de la révision des lois bioéthiques de 2004, à côté de nombreux autres : on citera l'éventuelle indemnisation des donneurs de gamètes, en vue de susciter une augmentation des dons (Rép. Min. à la question n° 5555, JO 5 févr. 2008) ; ou la licéité des contrats de mère porteuse (Rép. Min. aux questions n° 13145 et n° 12422, JO 11 mars 2008) ; ou la remise en cause de la présomption de don d'organe du décédé (Rép. Min. à la question n° 11033, JO 12 févr. 2008) ;

¹⁵²³ Sur la rigueur de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 avec les procédés de clonage (reproductif ou thérapeutique), v. notamment le commentaire de J.-R. BINET, *La loi relative à la bioéthique – Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3^e partie*, *Dr. famille* décembre 2004, étude 28. Voir aussi la résolution du Parlement européen du 26 octobre 2005, à propos d'un brevet (EP 1257168) portant sur une méthode de sélection des cellules germinales humaines intitulé « Procédé de cryoconservation de cellules spermatiques sélectionnées ». Il rappelle à cet effet que sur le fondement de l'article 99 paragraphe 1 de la Convention sur le brevet européen, toute personne peut faire opposition à un tel brevet. Sur cette résolution, v. H. GAUMONT-PRAT, *résolution du Parlement européen sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques*, *Propr. ind.* décembre 2005, alerte n°139.

possibilité de travailler sur des cellules souches animales¹⁵²⁴. Quant à son utilisation, ce n'est pas l'embryon en tant que tel qui est breveté et qui fera l'objet d'une exploitation commerciale, mais l'application technique d'une fonction dévoilée de la cellule souche récoltée¹⁵²⁵. La possibilité « matérielle » de constituer une invention prenant appui sur ces connaissances issues de sciences dures est donc envisageable. C'est l'obstacle moral qui pose problème. La destruction de l'embryon¹⁵²⁶ à des fins de recherche et la commercialisation d'invention sur des cellules souches embryonnaires sont notamment des arguments dirimants¹⁵²⁷.

Et, la question doit être posée en ces termes : les cellules souches sont-elles maintenues dans la sphère de l'inappropriable parce qu'elles représentent une matière première indispensable à toute science pour l'élaboration d'avancées médicales futures ? Ou bien, parce qu'elles seraient tellement contrairement au progrès médical que leur appropriation doit être interdite sur le fondement de l'ordre public et aux bonnes mœurs ? Il semblerait que pour l'Office européen des brevets, la réponse se trouve plutôt du côté de l'ordre public¹⁵²⁸. Alors que, nous

¹⁵²⁴ En réunion avec l'Académie de médecine et l'Academy of Medical sciences de Grande-Bretagne, l'Académie de médecine a organisé une réunion ouverte à un large public sur « Cellules souches et thérapie cellulaire ». Les propos des intervenants sont regroupés dans le n°4 de la Lettre de l'Académie des sciences, de 2002. On y apprend par Mme TUBIANA (*in*, M. TUBIANA, *Aspects médicaux et éthiques de l'utilisation des cellules souches, La lettre de l'Académie des Sciences*, n°4, été 2002, p. 11) que les expérimentations animales permettent des progrès dans trois domaines : pour les maladies neurodégénératives (maladies de parkinson, sclérose en plaques, Alzheimer, chorée de Huntington, paraplégie virale, etc.) des cellules souches neuronales d'une souris adulte ont été utilisées ; pour les maladies caractérisées par un déficit cellulaire (diabète), les cellules souches de la souris peuvent sécréter de l'insuline ; et pour certains cancers, là encore la souris est employée pour la régénération de certains tissus. Sur la difficulté d'obtenir un brevet sur ces cellules souches, v. OEB gr. ch. rec. déc. 2/06, 25 novembre 2008, *Winsconsin Alumni Research Foundation, Propr.ind.* janvier 2009, alerte n°10, obs. GAUMONT-PRAT, sur les procédés d'obtention de cultures de cellules souches embryonnaires de primates.

¹⁵²⁵ Pour faire écho à l'encadrement de la recherche dont nous avons précisé les atermoiements, on pourrait s'interroger sur l'influence de cette disposition lorsque les embryons ont été commercialisés à des fins de recherche expérimentale. En effet, ne pouvant être « fabriquées » en France, la recherche sur les cellules souches embryonnaires implique leur achat dans des pays aux législations plus libérales.

¹⁵²⁶ La littérature sur cette question est particulièrement fournie nous citerons simplement : A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître*, PUAM, 2003, et C. LE GAL, *Le statut de l'embryon humain et sa place dans la recherche au regard du droit*, Th. dactyl. Montpellier, 2004. – A. MIRKOVIC, *Recherche sur l'embryon : vers la fin d'un grand gâchis éthique ? JCP G* 2009, I, 448.

¹⁵²⁷ En ce sens, v. notamment, la résolution n°1352 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, de 2003, au point 9 : « La destruction des êtres humains à des fins de recherche est contraire au droit de tout être humain à la vie et à l'interdiction morale de toute instrumentalisation de l'être humain », qui a une conception particulièrement personnaliste de la question. La Convention du conseil de l'Europe sur la Biomédecine signée à Oviedo en 1997 énonce même une dignité de l'embryon...

¹⁵²⁸ L'OEB se fonde sur la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs sur le fondement de l'article 23 quinquies du Règlement d'exécution de la CBE. En ce sens, v. notamment : OEB, ch. rec. tech., déc. 1374/04 du 23 novembre 2005, aff. *Winsconsin Alumni Research Foundation, Propr. intell.* avril 2006, p. 191, note

aurions tendance à penser qu'il s'agit plus de leur valeur sociale, qui les maintient dans cette catégorie originaire, aux fins de leur protection, d'une part, mais surtout de préservation du potentiel qu'elles présentent pour la recherche médicale d'aujourd'hui et de demain. En d'autres termes, elles nourriront le progrès médical plus que ce qu'elles ne le menaceraient. La réflexion engagée dans les prochaines lois bioéthique, sur le passage d'une interdiction de principe de recherche sur les cellules souches embryonnaires avec quelques dérogations, à une autorisation encadrée pourrait conforter notre argument. Tel est d'ailleurs le sens du dernier rapport des députés CLAEYS et VIALATTE¹⁵²⁹.

B) La matière vivante d'origine végétale.

325.- La matière vivante d'origine végétale. Au sens de l'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle ne sont pas brevetables : « 2° Les variétés végétales telles que définies à l'article 5 du règlement (CE) n°2100/94 du Conseil, du 24 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des variétés végétales ; (1) 3° Les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention des végétaux et des animaux ; sont considérés comme tels les procédés qui font exclusivement appel à des phénomènes naturels comme le croisement ou la sélection¹⁵³⁰ » (2). Il convient donc de fournir quelques explications sur ces deux points.

GALLOUX. Et OEB ch. rec. tech. 7 avril 2006, *Propriété intellectuelle*, avril 2007, p. 227, note GALLOUX. Ce brevet avait été accepté aux États-Unis. Rapp. Rapport de la Commission européenne du 14 juillet 2005, n°312 final, *Propriété intellectuelle*, avril 2006, p. 191, note GALLOUX. Sur ce point, v. notamment J.-C. GALLOUX, *Cellules souches humaines et brevetabilité*, *Propriété intellectuelle*, juillet 2007, p. 306. On ne distingue même pas selon que les cellules souches soient totipotentes (présentent dans le blastomère, embryon de 8 semaines), multipotentes (issues des tissus, comme celles issues du sang de cordon fœtal, elles contribuent à la reformation de certains tissus) pluripotentes (capables de former tous les tissus de l'organisme, comme les cellules embryonnaires récoltables dans le blastocyste, soit 5 à 7 jours après la fécondation). Rapp. de la récente décision d'annulation du Bundespatentgericht (BPG), du 20 novembre 2009, dirigée par Greenpeace, pour un brevet sur une méthode de fabrication de cellules neuronales à partir de cellules souches embryonnaires (disponible sur : <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgiin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2009&Sort=3&nr=49841&pos=2&anz=233&Blank=1>)

¹⁵²⁹ Rapport n°2718-n°652, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, sur la *Recherche sur les cellules souches*, par A. CLAEYS et J.-S. VIALATTE, le 8 juillet 2010, et spéc. p. 138.

¹⁵³⁰ Ce sont ce que l'on pourrait qualifier des procédés « macro-biologiques ». Le croisement ou hybridation consiste à croiser deux variétés ou espèces différentes. La sélection est le choix, au sein d'une espèce végétale, des individus reproducteurs dont les qualités ou les caractéristiques permettent d'améliorer l'espèce ou de la modifier dans un sens déterminé.

1) Les variétés végétales.

326.- Définition. L'article 5 du règlement (CE) n°2100/94 du Conseil, du 24 juillet 1994, définit la variété végétale comme : « un ensemble végétal d'un taxon botanique¹⁵³¹ du rang le plus bas connu qui, qu'il réponde ou non pleinement aux conditions pour l'octroi d'un droit d'obtenteur, peut être défini par l'expression des caractères résultant d'un certain génotype ou d'une certaine combinaison de génotypes, être distingué de tout autre ensemble végétal par l'expression d'au moins un desdits caractères, et être considéré comme une entité eu égard à son aptitude à être reproduit sans changement ». Cette définition quelque peu absconse nous renseigne tout simplement sur le fait que pour être qualifiés de variété végétale, les caractères de l'ensemble végétal doivent différer de ceux des autres variétés et demeurer inchangés lors de toute reproduction ou multiplication lors des cycles de culture. Ce dernier élément donne naissance aux conditions d'homogénéité et de stabilité nécessaires pour détenir un certificat d'obtention végétale. En effet, l'article L. 623-1 du Code de la propriété intellectuelle offre une protection à la variété végétale créée ou découverte¹⁵³² appelée certificat d'obtention

¹⁵³¹ Le taxon ou groupe taxonomique correspond au rang de l'espèce qui correspond par ordre décroissant au règne, à l'embranchement, à la classe, à l'ordre, à la famille, au genre et à l'espèce. L'ensemble de ces rangs forme le règne végétal.

¹⁵³² Ce régime découle des dispositions initiales de la Convention UPOV du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales, ratifiée par la loi n° 67-1184 du 28 décembre 1967, *Journal Officiel* du 29 décembre 1967, p. 12864, et complété par la loi du 11 juin 1970 (H. DELPECH, *La loi du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales*, *JCP G* 1971, I, 2371). Le Règlement CE n° 2100/94 du Conseil en date du 27 juillet 1994 institue un régime de protection communautaire des obtentions végétales, *Journal Officiel CE* du 1^{er} septembre 1994, n° L. 227/1. Le Décret n° 95-1407 du 28 décembre 1995 (sur ce point, v. J.-C. GALLOUX, *Premier bilan de la protection communautaire des variétés végétales*, *Propr. intell.* juillet 2005, p. 290), généralise ce régime et supprime la liste limitative des espèces pouvant prétendre à la protection par certificat d'obtention végétale. L'article L. 623-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « est appelée "obtention végétale" la variété nouvelle, créée ou découverte qui se différencie des variétés analogues déjà connues par un caractère important, précis et peu fluctuant, ou par plusieurs caractères dont la combinaison est de nature à lui donner la qualité de variété nouvelle ; qui est homogène pour l'ensemble de ses caractères ; qui demeure stable, c'est-à-dire identique à sa définition initiale à la fin de chaque cycle de multiplication ». Récemment, la durée de protection des variétés végétales a été allongée de 20 à 25 ans pour s'aligner sur les pays autres européens (loi n°2006-236 du 1^{er} mars 2006, relative aux obtentions végétales, *Propr. ind.* avril 2006, alerte n°32, obs. GAUMONT-PRAT. V. aussi, S. L. ANVAR, *Pourquoi a-t-on peur du domaine public des variétés végétales*, *Propr. ind.* mars 2008, p. 14).

végétale. Une fois l'objet du droit constaté, la variété végétale, il conviendra de rechercher¹⁵³³ si elle est distincte¹⁵³⁴, nouvelle¹⁵³⁵, homogène¹⁵³⁶ et stable¹⁵³⁷.

327.- Les relations entre l'obtention végétale et le brevet. Bien que sa proximité avec le droit des brevets incline à une fusion¹⁵³⁸, le droit des obtentions végétales présente

¹⁵³³ La doctrine convient de ces trois critères : Sur ce critère, v. notamment M.-A. HERMITTE, *Les réponses au droit au démarquage scientifique, variétés parasites, variétés déceptrives*, in M.-A. HERMITTE (sous la dir.), *La protection de la création végétale, le critère de la nouveauté*, éd. Litec, 1985, p. 51 et p. 54. Et sur l'ensemble de la question, v ; notamment : C. FEBVRE, *Les conditions de la protection communautaire des obtentions végétales*, Th. dactyl., Montpellier I, 1997.

¹⁵³⁴ Cette exigence est contenue dans la définition de la variété. Si bien que si l'objet en présence est qualifié de variété végétale, il sera nécessairement distinct.

¹⁵³⁵ L'exigence de nouveauté est prévue à l'article L. 623-5 du Code de la propriété intellectuelle. Aux termes de cette disposition en effet, « n'est pas réputée nouvelle l'obtention qui, en France ou à l'étranger, et antérieurement à la date du dépôt de la demande, a reçu une publicité suffisante pour être exploitée, ou qui se trouve décrite dans une demande de certificat ou dans un certificat français non encore publié ou dans une demande déposée à l'étranger et bénéficiant de la priorité prévue à l'article 623-6. Toutefois, ne constitue en aucun cas une divulgation de nature à détruire la nouveauté de la variété soit son utilisation par l'obtenteur dans ses essais ou expérimentations, soit son inscription à un catalogue ou à un registre officiel d'un État partie à la convention de Paris du 2 décembre 1961 pour la protection des obtentions végétales, soit sa présentation dans une exposition officielle ou officiellement reconnue au sens de la convention concernant les expositions internationales, signée à Paris le 22 novembre 1928 et modifiée le 10 mai 1948. N'est pas davantage de nature à détruire la nouveauté de la variété la divulgation qui constitue un abus caractérisé à l'égard de l'obtenteur ». Comme en droit des brevets, il s'agit d'une nouveauté absolue. Peu importent le lieu et la date de la publication antérieure. La nouveauté est détruite que la divulgation ait eu lieu en France ou à l'étranger

¹⁵³⁶ L'article 8 du règlement communautaire de 1994 définit ce critère d'homogénéité comme : « une variété est considérée comme homogène si, sous réserve des variations susceptibles de résulter des particularités de sa multiplication, elle est suffisamment homogène dans l'expression des caractères compris dans l'examen de la distinction et de tout autre caractère utilisé pour la description de la variété ».

¹⁵³⁷ L'article 9 du règlement communautaire de 1994 définit ce critère de stabilité comme « une variété végétale est considérée comme stable si l'expression des caractères compris dans l'examen de la distinction et de tout autre caractère utilisé pour la description de la variété reste inchangée à la suite de multiplications successives ou en cas de cycle particulier de multiplication, à la fin de chaque cycle ».

¹⁵³⁸ Aux États-Unis, le *Plant Patents Act*, de 1930 a justement pour but d'autoriser la délivrance d'un brevet pour toute personne ayant inventé ou découvert une nouvelle variété de plantes reproduite de manière asexuée. Rappr. D.-J. KEVLES, *A history of patenting life in the United States with comparative attention to Europe and Canada*, Rapport du groupe européen d'éthique, 12 janvier 2002, disponible sur : http://ec.europa.eu/european_group_ethics/publications/docs/study_kevles_en.pdf. Pour certains auteurs, au contraire, la protection par le brevet ne correspond pas aux spécificités des variétés végétales, notamment à travers les exigences de description, d'activité inventive, etc. En ce sens, A. CHAVANNE, *La protection des inventions végétales*, D. 1954, chron. p. 95 : « Le sélectionneur n'est jamais sûr, en utilisant les mêmes procédés, d'obtenir les mêmes résultats. C'est là un phénomène commun à toutes les sciences de la vie qui échappent au déterminisme de la matière inanimée ». Leur position est confortée par la toute première décision en la matière : Trib. commerce de Nice, 23 mars 1921, S. 1923, II, 153, qui a refusé l'octroi d'un brevet à un horticulteur niçois ayant mis au point une nouvelle variété d'oeillets. Rappr. Trib. civ. de Grasse, 5 mars 1963, JCP G 1963, II, 13297 et CA Aix-en-provence, 27 janvier 1965, JCP G 1965, II, 14263.

l'originalité de protéger aussi bien le « vivant artificiel » que le « vivant naturel »¹⁵³⁹. De plus, le sélectionneur intervient sur la matière vivante, mais à une échelle autrement plus grande que l'inventeur, qui travaille sur des procédés microbiologiques, qui eux sont brevetables. Enfin, l'interdiction posée par l'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle s'explique par la volonté d'éviter tout cumul entre la protection par brevet et la protection par certificat d'obtention végétale¹⁵⁴⁰. Mais ce marché lucratif, suscite des envies, en atteste la puissance de l'industrie Monsanto¹⁵⁴¹. La protection accordée par les obtentions végétales est moins intéressante sur le marché que celle sur l'invention. En effet, la variété ne correspond pas à une solution technique à un problème technique. Or, voilà ce qui est prisé. Revendiquer du blé pour sa taille, sa couleur, est bien intéressant, mais protéger l'invention qui consiste à le rendre résistant à un herbicide l'est bien plus. Dans le domaine des médicaments, c'est la synthétisation d'une molécule à partir de la matière végétale qui va produire un nouveau médicament, les cataplasmes et les infusions à bases de plantes sont dérisoires¹⁵⁴². Au-delà, les plantes génétiquement modifiées semblent offrir des opportunités pour des applications variées qui vont de l'habillement au matériau de construction, en passant naturellement par la santé¹⁵⁴³. Toute la question, on l'aura comprise consiste dans l'équilibre entre brevet et certificat d'obtention végétale.

Dans un premier temps, l'OEB s'était montré résistant à la brevetabilité d'une plante génétiquement modifiée¹⁵⁴⁴. Critiquée pour cela¹⁵⁴⁵, la Grande Chambre de recours est

¹⁵³⁹ B. EDELMAN, *Vers une approche juridique du vivant*, in B. EDELMAN, M.-A. HERMITTE, *L'Homme, la nature et le droit*, C. Bourgeois Éditeur, 1988, p. 33. Et aussi, J.-M. BRUGUIERE, *L'appropriation du vivant, Économie et société*, n°39, « Développement », III, 2001/9-10, p. 1523, et spéc. p. 1525 : « Désormais le patrimoine « naturel » est devenu un moyen pouvant être construit comme un objet commercialisable ».

¹⁵⁴⁰ On retrouve d'ailleurs une telle interdiction à l'article 53 b de la Convention européenne sur le brevet.

¹⁵⁴¹ Sur l'impact de cette multinationale dans l'industrie semencière (v. *index Monsanto*)

¹⁵⁴² Pourtant bien utile à, « l'homme primitif, ayant découvert très vite l'utilité ou la nocivité de certains végétaux, utilise déjà des plantes telles que la Valériane, la Camomille, l'Achillée, le Lin ou le Pavot » (in, J.-C. DOUSSET, *Histoire des médicaments, des origines à nos jours*, éd. Payot, Paris, 1985, p. 13). Les règnes animal et minéral¹⁵⁴² sont aussi employés à la guérison et sont enrichis de la découverte du feu permettant d'extraire les principes actifs, par décoction ou par tisanes. Par exemple le sel ou l'argile servent notamment à la cautérisation des plaies, de l'utilisation des cendres de certaines plantes, ou encore des capsules surrénales de gibier, riche en adrénaline à effet vasoconstricteur.

¹⁵⁴³ En ce sens, v. Académie des sciences, *Rapport sur la Science et la technologie : Les plantes génétiquement modifiées*, n°13, éd. Lavoisier, 2002, p. 40-66.

¹⁵⁴⁴ OEB ch. rec. tech., déc. 356/93, 21 février 1995, aff. *Plant Genetic System, P.I.B.D.* 1996, III, p. 561, *D.* 1996, somm. comm. p. 292, note MOUSSERON, SCHMIDT, GALLOUX. Il s'agissait d'un cas classique de transgénèse où l'inventeur avait modifié le génome d'une plante pour la rendre résistante à un herbicide. Cette décision dénote des précédentes rendues en la matière et que l'on aurait pu analyser comme favorables à la brevetabilité. Mais par exemple la décision OEB, ch. rec. tech. Déc. 49/83 du 26 juillet 1983, *Ciga-Geigy*,

revenue sur cette position par une décision du 21 décembre 1999, *Novartis II*, dans la mesure où les revendications ne se limitaient pas à une variété végétale (cas d'une transgénèse)¹⁵⁴⁶. Le conflit pourrait se résoudre par la constatation que ces deux droits ne portent pas sur le même objet¹⁵⁴⁷. Dans un cas, la variété végétale porte sur ensemble végétal dont les caractéristiques ont été ci-dessus précisées, et dans l'autre cas, l'invention porte sur la fonction dévoilée prenant appui sur cet ensemble végétal¹⁵⁴⁸. Mais il faudra prendre garde à toutes revendications trop larges de l'invention de produit ayant pour support une variété. En effet, la logique des obtentions végétales consiste à rendre libre une variété végétale, comme souche de départ à de nouveaux travaux d'obtention. Le tiers a alors la capacité d'utiliser la variété pour développer un nouveau génotype à partir de la variété souche. Une invention trop large bloquerait le développement de ce secteur¹⁵⁴⁹, tout en vidant l'interdiction de l'article L.

retenait la brevetabilité dans la mesure où le traitement chimique des plantes produisait un effet technique qui ne pouvait être transmis aux générations futures (critère de stabilité). Ce qui laisserait entrevoir la possibilité d'un brevet pour la semence génétiquement modifiée par Monsanto, en ce sens, J. PASSA, *La protection par le brevet des semences génétiquement modifiées. A propos de l'arrêt Monsanto de la Cour suprême du Canada, Environnement*, Mars 2005, étude n°3 : « Il apparaît ainsi, par application de ces textes, que le gène Monsanto permettant à des plantes de résister au glyphosate est brevetable puisque, on l'a vu, il est susceptible d'être mis en œuvre dans de nombreuses autres plantes que le canola, peu important que ces plantes constituent des variétés végétales et que certaines d'entre elles – une variété de tomates, par exemple – soient couvertes par un droit d'obtention végétale ».

¹⁵⁴⁵ En ce sens, v. notamment, U. SCHATZ, *La brevetabilité des inventions en matière de génie génétique, Ann. propr. ind.* 1997, n°2, p. 95. – J.M. MOUSSERON, J. SCHMIDT et J.-C. GALLOUX, *D.* 1996, somm. comm. spéc. p. 292 : «La solution adoptée par la chambre prive dès lors de protection ces objets que sont les plantes transformées génétiquement. La solution vaut *mutadis mutandis* pour les animaux transgéniques. Elle est particulièrement regrettable dans la mesure où l'effet technique est déterminé par l'introduction dans les cellules de la plante ou de l'embryon animal de l'ADN hétérologue, c'est-à-dire l'étape microbiologique de l'intervention humaine. Les arguments avancés par la chambre ne convaincront pas : l'argument de ce texte est faible et l'argument présenté comme téléologique est critiquable si l'on fait du procédé microbiologique une forme de procédé technique ».

¹⁵⁴⁶ OEB, gr. ch. rec., déc. 01/98, 21 décembre 1999, *RTD com.* 2000, n°1, p. 79, note AZEMA et GALLOUX. Cela n'a pu se faire qu'au prix de l'insertion d'un nouveau chapitre intitulé « Inventions biotechnologiques » dans le Règlement d'exécution de la Convention sur le brevet européen, par le Conseil d'administration de l'OEB, le 16 juin 1999, *Journal officiel OEB* 7/1999, p. 437. Cette introduction servait à pallier les contradictions qui existaient entre l'article 53 b) de la CBE et l'article 4§2 de la directive 98/44 de 1998.

¹⁵⁴⁷ En ce sens, X. BUFFET-DELMAS et A. DOAT, *La protection des plantes : entre brevet et certificat d'obtention végétale, Propr. ind.* mai 2004, étude n°8. – M. ANH NGO et P. REIS, *La protection des variétés végétales dans le commerce international : le droit, un outil stratégique, Propr. ind.* octobre 2008, étude 23.

¹⁵⁴⁸ Sur la technique de la transgénèse végétale, v. Académie des sciences, *Rapport sur la Science et la technologie : Les plantes génétiquement modifiées*, n°13, éd. Lavoisier, 2002, p. 2-16.

¹⁵⁴⁹ En ce sens, v. L. BOY, *L'évolution de la réglementation internationale : vers une remise en cause des semences paysannes ou du privilège de l'agriculteur, R.I.D.E.*, 4/2008, p. 301. Et comme le souligne T. MARTEU, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, Th. dactyl, Nice, 2009, p. 50 : « Ces derniers [les obtenteurs] craignaient de tomber sous la dépendance d'un brevet, car il est relativement aisé pour un généticien de partir d'une souche variétale et de lui conférer une caractéristique particulière par l'insertion d'un transgène ».

611-19 du Code de la propriété intellectuelle de son contenu. Un tel résultat est finalement de nature à perturber un équilibre déjà précaire entre les obtentions végétales et le droit des brevets et à monopoliser encore plus une information commune déjà fragile, au détriment du progrès social¹⁵⁵⁰. Même si des propositions de mécanismes internes correcteurs pourront pallier ces difficultés¹⁵⁵¹, il est préférable que l'objet de l'invention soit défini le plus étroitement possible en considération des valeurs sociales à protéger.

Au-delà, l'intégration des variétés végétales génétiquement modifiée dans l'agriculture est un lourd débat que la France et l'Europe n'ont pas fini de mener, principalement à cause des incertitudes qui entourent leurs répercussions sur la santé¹⁵⁵².

2) Les procédés essentiellement biologiques.

328.- Les procédés essentiellement biologiques. Définition. Une variété végétale peut être le support de procédés essentiellement biologiques. Ce sont, au sens de l'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle : « des procédés qui font exclusivement appel à des phénomènes naturels comme le croisement ou la sélection »¹⁵⁵³. Là encore, une telle exclusion peut se comprendre à la lumière de la définition de l'invention. En effet, s'il y a effectivement intervention humaine, elle n'agit pas pour solutionner un problème technique, et le « produit fini n'est en rien, lui-même, technique. Les directives d'examen de l'OEB se sont prononcées en ce sens : « une méthode de traitement des végétaux ou des animaux en vue d'en améliorer les qualités ou le rendement ou en vue d'en stimuler ou d'interrompre la croissance au moyen

¹⁵⁵⁰ En ce sens, J.-P. BERLAN, *La biologie, la propriété et l'avantage collectif. Le cas de l'industrie semencière*, *Revue d'économie industrielle*, n°18, 1981, p. 173.

¹⁵⁵¹ Nous pensons notamment au droit des contrats.

¹⁵⁵² En ce sens, v. notamment Académie des sciences, *Rapport sur la Science et la technologie : Les plantes génétiquement modifiées*, n°13, éd. Lavoisier, 2002, p. 70-89. La loi n°2008-595 du 25 juin 2008, relative aux organismes génétiquement modifiés. Et plus largement, sur l'apport du monde végétal à la santé, v. R. DOUCE et F. GROS, *Le monde végétal - Du génome à la plante entière*, Académie des sciences, *Rapport sur la science et la technologie*, n°10, octobre 2000. Sur les OGM à travers les normes communautaires, v. E. BROSSET, *différenciations nationales et harmonisation communautaire, L'exemple des organismes génétiquement modifiés*, R.D.S.S. mars/avril 2006, p. 215. Et éléments sur les OGM, v. J. TIROLE, *Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion*, *Rapport pour le Conseil d'Analyse Économique*, La documentation française, p. 9.

¹⁵⁵³ L'article 2.2 de la directive 98/44 du 6 juillet 1998 employait l'expression suivante pour désigner le procédé essentiellement biologique : « le procédé qui consiste intégralement en des phénomènes naturels comme le croisement ou la sélection ». De l'« intégralement » à l'« exclusivement », il y a une faible manœuvre d'interprétation.

d'un procédé mécanique, physique ou chimique (...) ne saurait être considérée comme essentiellement biologique puisque l'essence de l'invention (...) implique une intervention technique »¹⁵⁵⁴. Mais les dispositions de l'article 4§3 de la directive 98/44 du 6 juillet 1998¹⁵⁵⁵, semblent beaucoup plus permissives. En effet, elles admettraient la brevetabilité de produits « biologiques » obtenus par des procédés microbiologiques, comme la transgénèse¹⁵⁵⁶. Les frontières s'obscurcissent dangereusement pour le domaine de l'inappropriable si une telle confusion se produit entre le microbiologique, brevetable, et le biologique, non brevetable, contrairement à la finalité de progrès médical que doit poursuivre cette disposition.

C) La matière vivante d'origine animale.

329.- La matière vivante d'origine animale. Définition. De la même manière que les variétés végétales, l'article L. 611-19 du Code de la propriété intellectuelle déclare non brevetable « 1° Les races animales (...); 4° Les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés ». Même si leur définition est difficile¹⁵⁵⁷, les races animales contiennent des informations qui doivent demeurer communes, car issues de processus naturel. Il ne s'agit pas ici, à l'inverse des obtentions végétales, de faire respecter le domaine d'un droit de propriété intellectuelle par rapport à un autre, dans la mesure où il n'existe pas de protection *sui generis* des races animales. La question s'est alors posée de la brevetabilité des animaux *per se*, dont l'invention n'a pas pour objet de revendiquer une race animale. L'OEB s'est prononcé en faveur d'une telle brevetabilité dans une décision retentissante, la souris Oncogène, du 3

¹⁵⁵⁴ Directive OEB C, IV, 3.4.

¹⁵⁵⁵ Cet article dispose : « le paragraphe 1, point b) n'affecte pas la brevetabilité d'inventions ayant pour objet un procédé microbiologique, ou d'autres procédés techniques, ou un produit obtenu par ces procédés ».

¹⁵⁵⁶ En ce sens, la jurisprudence sur la Souris oncogène. Les techniques de transgénèse ne devraient pas conduire à la brevetabilité, car il ne s'agit pas de procédés microbiologiques. Pour M. le professeur GALLOUX, cette phase reste exclusivement « biologique », in J.-C. GALLOUX, *Fabrique-moi un mouton... Vers la brevetabilité des animaux-chimères en droit français*, JCP G 1990, I, 3430.

¹⁵⁵⁷ Un délicat problème de définition se pose à l'encontre des races animales. Comme le souligne M. le professeur GALLOUX : « une façon de contourner la prohibition aurait pu consister à entendre restrictivement le terme de "race animale" en brevetant des animaux stériles ou qui appartiennent à des degrés taxinomiques supérieurs comme la famille ou le genre, cette technique relevant d'un "bricolage juridique" », in J.-C. GALLOUX, *Fabrique-moi un mouton... Vers la brevetabilité des animaux-chimères en droit français*, préc.

octobre 1990¹⁵⁵⁸, dont nous avons déjà mis en avis les aspects utilitaristes¹⁵⁵⁹. Nous ne reviendrons pas sur la recherche utilitariste qui consistait à mesurer la souffrance infligée l'animal à l'aune de l'utilité médicale de l'invention et qui a conduit à l'introduction de cette exclusion originale de brevetabilité à l'article L. 611-19 4° du Code de la propriété intellectuelle¹⁵⁶⁰. En revanche, il est possible de s'interroger sur la justification d'une telle brevetabilité. Introduire un gène dans le patrimoine génétique de l'animal afin qu'il produise une substance susceptible d'avoir des effets thérapeutiques justifie-t-il une appropriation de tout le génotype animal ? La revendication est ici particulièrement large, et contrevient à la nécessaire définition stricte de l'objet. En effet, elle concerne autant le produit, c'est-à-dire le micro-organisme dans lequel l'ADN a été intégré, que le procédé de préparation qui a été utile pour le mettre au point. C'est ce que l'on appelle les revendications « *product-by-process* », qui contiennent à la fois la revendication du produit et celle du procédé. La remarque est identique à celle des variétés végétales : par l'octroi de ce brevet sur un animal transgénique *per se* on risque de freiner la recherche dans ce secteur, dans la mesure où celui qui effectuera des recherches sur cet animal devra nécessairement conclure des accords de dépendance avec le premier inventeur. Le développement de nouvelles avancées médicales sera alors atteint, sans nécessairement procurer un plus grand bénéfice social. C'est en quelque sorte comme si la protection par le brevet s'étendait à l'animal sans que celui-ci ne soit brevetable. Cela est particulièrement grave lorsque l'on prend conscience de l'importance de l'animal dans la recherche scientifique. Un tel monopole freine considérablement toute liberté dans les recherches futures.

¹⁵⁵⁸ OEB, 3 octobre 1990, T. 19/90, *Souris oncogène de Harvard*, JO OEB 1990, p. 476 ; PIBD 1991, III, p. 96. Sur cette décision, v. tout particulièrement, J.-C. GALLOUX, « *Fabrique-moi un mouton...* » *Vers la brevetabilité des animaux chimères en droit français*, préc., et du même auteur, v. aussi D. 1993, chron. p. 83 intitulé : *Éthique et brevet ou le syndrome bioéthique*. Décision rendue sur le recours du demandeur (l'Université de Harvard) après la décision négative de la division d'examen de l'OEB, le 14 juillet 1989, JO OEB 1989, p. 451. Les développements judiciaires de cette affaire se sont étalés sur environ une quinzaine d'années. C'est ainsi que la division d'opposition de l'OEB a été saisie le 7 novembre 2001, JO OEB 2003, p. 473 ; *Propriété Intellectuelle*, avril 2004, n°11, p. 654, obs. GALLOUX. Et enfin, la chambre de recours technique de l'OEB, le 6 juillet 2004, T. 0315/03, *RTD com.* 2006, p. 342, n°2, note GALLOUX, alors que la priorité américaine datait de Juin 1984 et que le brevet est expiré (décision disponible sur <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t030315ex1.pdf>).

¹⁵⁵⁹ V. *supra* n°126.

¹⁵⁶⁰ Cette disposition n'est pas une nouveauté de la loi n°2004/800 du 6 août 2004 et la loi n°2004-1338 du 8 décembre 2004. En effet, ce texte résulte des dispositions 6.2 d) précédentes de la directive 98/44 du 6 juillet 1998 et de l'article 23 quinquies (d) du règlement d'exécution de la Convention sur le brevet européen.

330.- Conclusion de la Section 2 : La réhabilitation nécessaire de l'objet inappropriable dans le domaine de la santé. La délimitation du domaine de l'inappropriable en droit des brevets est beaucoup plus souple que la définition de l'invention, puisque, par principe, y sont d'office toutes les choses incorporelles du domaine de la santé. À partir de là, il existe un certain consensus pour maintenir les objets dont la valeur sociale est telle que la réalisation du progrès médical ne pourra se faire que par leur nécessaire maintien hors des rangs de la propriété. Ces objets, comme nous l'avons souvent dit, sont les puits de science dans lesquels viendront s'alimenter toutes les techniques. Leur préservation est essentielle pour demain pouvoir bénéficier d'avancées médicales. On trouve alors dans cette catégorie toutes les découvertes scientifiques, qui ne sont plus présentées comme le résidu de l'invention et aussi les méthodes de traitement et de diagnostic. Dans cette catégorie des choses communes non controversées, on range également volontiers tout ce que l'on ne veut pas approprier. Ce sont toutes ces choses qui loin de procurer un bénéfice social, mettent en danger l'état de santé des personnes. Les appropriations sont interdites sur le fondement de l'ordre public et des bonnes mœurs. L'intérêt de la dignité en droit des brevets comme limite à l'appropriation est à relativiser du fait de la considération de la valeur sociale des objets. À côté de ce relatif consensus, quelques domaines suscitent de vifs débats. Ce sont ceux qui touchent à la matière vivante. Le classement de la matière vivante dans la catégorie des choses communes apparaît comme essentiel au regard de la finalité de progrès médical poursuivie. Non seulement, aucun bénéfice social n'est retiré de l'appropriation par le brevet de cellules souches prises en tant que telles, de variétés végétales et d'animaux, mais encore, de telles appropriations privatives priveraient toutes recherches libres sur ces objets. Or, de telles recherches, même entravées pour d'autres considérations en ce qui concerne les cellules souches, sont indispensables à l'accroissement des avancées médicales, à l'amélioration de la santé. En définitive, ces choses incorporelles¹⁵⁶¹ ont une telle valeur sociale, que la finalité de progrès médical ne pourra être satisfaite que par leur protection à l'usage commun dans la catégorie des choses communes.

¹⁵⁶¹ À l'exception de celles qui affectent l'ordre public et les bonnes mœurs.

CONCLUSION CHAPITRE 1 : L'APPROPRIATION FINALISÉE DE L'OBJET DU DROIT DES BREVETS DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

331.- À travers les précédents éléments, il a été constaté que le progrès médical été effectivement générateur d'avancées médicales. Mais aussi surprenant que cela puisse paraître il le génère autant en laissant certains objets dans le domaine de l'inappropriable qu'en organisant l'appropriation de certains. Surprenant, parce que nous avons tendance à associer la notion de progrès à la multiplication des techniques, pensant qu'elles contribueront par leur prolifération au progrès. Une telle équation ne se vérifie pas, nous l'avons expérimentée avec la valeur économique, comme moteur de la qualification des biens. Le domaine de la santé est particulièrement révélateur de cet état des choses. Le présent chapitre nous a donc permis de délimiter la catégorie de l'invention et de définir, par voie de conséquence, le domaine de l'inappropriable.

332.- L'invention appropriée, une catégorie fermée. L'invention est une catégorie fermée, par le fait de l'application de la propriété intellectuelle comme un régime d'exception. Pour cela, une double valorisation est nécessaire. Elle est révélée au droit par sa « valeur-travail », c'est en effet l'intervention humaine qui fait émerger le caractère technique de la création. Cette première valeur est importante, car elle permet de distinguer les inventions des découvertes, et notamment, dans la brevetabilité du vivant, où les notions sont souvent soit, confondues soit, injustement opposées. C'est la fonction qui fait l'objet d'une appropriation et non la matière vivante, elle-même. Mais cette proposition doit être impérativement complétée de la seconde valeur qui existe sur l'invention, la valeur sociale. Elle n'a pas toujours été appréciée de la même manière dans l'histoire de la brevetabilité des médicaments. Ce qui prouve que la valeur sociale n'est pas une nature de la chose, mais bien un état de la chose, un fait social. Cette valeur est celle qui d'après la finalité assignée à la norme d'appropriation autorise ou pas la qualification d'invention. Ainsi, la chose incorporelle révélée par l'intervention productive humaine devra contribuer à réaliser le progrès médical si l'on souhaite l'admettre dans la catégorie fermée de l'invention. Une fois l'objet du droit des brevets révélé par cette double valorisation, il sera nécessaire de la passer au crible des conditions de brevetabilité. Or, comme toutes dispositions de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, elles convergent vers la réalisation du progrès médical. Le chemin avant d'accéder à la qualification prisée d'invention appropriée est semé d'embûches, distribuées

par une finalité exigeante de progrès médical. Cela est bien volontaire, pour conserver la catégorie fermée et laisser le champ de l'inappropriable libre.

333.- La chose commune incorporelle, une catégorie ouverte. À la définition fermée de l'objet de la propriété intellectuelle répond une extension du domaine de l'inappropriable. Par principe, les choses incorporelles y demeurent, et ne sont qu'exceptionnellement appropriées. Nul n'est alors besoin d'une norme d'inappropriation pour consacrer leur statut. Elles y demeurent parce que leur valeur sociale impose qu'aucun monopole d'exploitation ne s'exerce sur ces connaissances qui forment la science et qui sont indispensables aux réalisations médicales futures. Cette considération de la valeur sociale de certaines choses incorporelles, au regard de la finalité de progrès médical poursuivie par le droit de la propriété intellectuelle, permettrait de résoudre certaines difficultés de qualification que nous avons aujourd'hui sur les objets qui composent la matière vivante humaine, animale, ou végétale. L'originalité de la catégorie est d'accueillir également les choses incorporelles à valeur sociale négative, non pour protéger le progrès médical de demain, mais pour empêcher toute invention qui pourrait atteindre à la santé humaine.

Les inventions du domaine de la santé seraient donc marquées du sceau de l'accessibilité.

CHAPITRE 2

LA CIRCULATION FINALISÉE

DE L'OBJET DU DROIT DES BREVETS

DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ

334.- « L'hypothèque sociale » des droits de propriété intellectuelle. Cette notion d'« hypothèque sociale »¹⁵⁶² est parfaitement représentative des besoins sociaux qui entourent l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Elle procède de l'idée, que nous défendons, que les objets du domaine de la santé sont grevés par la nécessité d'un usage commun. L'appropriation de ces objets n'est qu'exceptionnellement admise sous réserve de la réalisation du progrès médical. Autrement dit, il existerait dans ce domaine si particulier un « destin universel des biens résultant de l'activité créatrice »¹⁵⁶³.

Mais si on l'accepte « aisément » des objets classés dans la catégorie des choses communes, n'y aurait-il pas une contradiction à reconnaître qu'à peine appropriée, l'invention doit faire face aux questions relatives à son accès ? Or, à quoi servirait effectivement l'octroi d'un droit privatif finalisé par un progrès médical orienté vers le « bien-être », l'amélioration de la santé, si ce n'est pour que la société en bénéficie le plus largement possible ? Et si tel est le cas, comment s'organise cette préservation de l'accessibilité à l'invention dans le domaine de la santé ? La propriété intellectuelle organiserait-elle elle-même les moyens de sa propre « hypothèque sociale » ? Ou le permettra-t-elle par l'immixtion d'autres droits ?

Au final, cette hypothèque sociale sur les biens appropriés s'explique par la finalité de progrès social assignée à la propriété intellectuelle – progrès médical pour la propriété intellectuelle du domaine de la santé. En effet, le caractère social du progrès implique cette dimension

¹⁵⁶² Sur l'application de la notion d'« hypothèque sociale » à la propriété intellectuelle, cf. JEAN PAUL II, *Message au Jubilé de l'an 2000* (Campagne de réduction de l'endettement - 23 septembre 1999), Osservatore Romano, 25 Septembre 1999, p. 5; CA, par. 31-33 ; *Message à la Session spéciale des Nations Unies sur le développement* (25 août 1980), par. 7 et 2, Osservatore Romano, 27 août 1980. Cité par l'OMPI, Comité Intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Première session, Genève 30 avril - 3 mai 2001, intitulé : *Document du Saint-Siège sur la propriété intellectuelle sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore*, disponible sur http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_1/wipo_grtkf_ic_1_7.pdf

¹⁵⁶³ OMPI, *Ibid.* p. 5 : « Tous les hommes et les femmes appartenant à un peuple quel qu'il soit ont le droit de disposer de ce qui est nécessaire à leur subsistance et à leur épanouissement individuel, en utilisant pour cela les ressources disponibles à chaque moment de l'histoire. La norme de protection applicable à la propriété privée ne doit donc jamais perdre de vue le destin commun de tous les biens qui existent ».

collective où le « bien-être » est réalisé par l'accroissement des avancées sociales et médicales. Une finalité individuelle n'aurait pas autorisé un tel raisonnement. Autrement dit, la propriété intellectuelle contiendrait en elle-même les germes de cette hypothèque sociale (*section 1*). Telle est d'ailleurs le sens de l'épure esquissée par M. le professeur VIVANT, invitant à reconnaître les droits de propriété intellectuelle comme source de renommée et d'enrichissement collectif¹⁵⁶⁴. Ou encore, lors de son affirmation que la propriété intellectuelle est un subtil compromis entre un accès économique réservé et un accès intellectuel ouvert¹⁵⁶⁵. Mais si, elle possède les ressorts internes de sa propre légitimation, pourquoi alors déceler, parfois la présence de droits extérieurs organisant la circulation de l'invention ? Leur intervention limitée devra alors être justifiée (*section 2*).

Section 1

Les ressorts internes de l'hypothèque sociale

335.- Un accès intellectuel important : la condition de description de l'invention. Nous reviendrons que rapidement sur le contenu que doit avoir la description de l'invention. En effet, il a été précédemment énoncé au titre de la double valorisation de l'invention¹⁵⁶⁶. La description devant non seulement contenir les éléments de l'intervention humaine (technicité de l'invention), mais également les propriétés pharmacologiques et les indications thérapeutiques des produits de santé. Cette description est importante, car elle contribue à l'accessibilité intellectuelle de la science sur laquelle viendront se greffer de nouvelles techniques, dans le respect des premiers droits de propriété intellectuelle. Le défaut de description ou une revendication trop large de l'objet sera sanctionné par la nullité du titre. Mais si cet accès intellectuel ouvert provient de la logique même de la propriété intellectuelle, le progrès médical implique des dispositions supplémentaires pour la recherche d'une meilleure accessibilité aux avancées médicales.

336.- Un usage commun essentiel. La considération qu'il existe sur les objets du domaine de la santé, et plus précisément sur l'invention, une hypothèque sociale, implique de rechercher

¹⁵⁶⁴ M. VIVANT, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415.

¹⁵⁶⁵ Sur ce point, v. *supra* n°222.

¹⁵⁶⁶ Sur ce point, v. *supra* n°276.

les dispositions du Code de la propriété intellectuelle qui la permette. En effet, la finalité du progrès social, progrès médical pour la propriété intellectuelle du domaine de la santé distillerait cette logique d'accessibilité aux biens qui améliorent l'état de santé dans les dispositions mêmes du droit de la propriété intellectuelle. Il convient de préciser à nouveau que le progrès social ne consiste pas à générer une accumulation de progrès technique à destination d'un seul titulaire. Il est au contraire orienté vers la satisfaction du bien-être collectif, social en obligeant à maintenir certains objets dans la sphère de l'inappropriable, ou encore en obligeant l'accès aux inventions qui ont été exceptionnellement appropriées. Quelles sont alors les dispositions du Code de la propriété intellectuelle qui hypothèquent l'invention à l'usage commun, et par voie de conséquence qui contribuent à la réalisation du progrès médical ?

Dans un premier temps, le monopole temporaire d'exploitation des propriétés intellectuelles a pour conséquence de faire retourner les objets dans leur enclave originaire de choses communes dont le régime est l'usage commun¹⁵⁶⁷. Toutefois, il existe une spécificité sur la durée du droit de brevet dans le domaine de la santé (*paragraphe 1*). Dans un second temps, l'usage commun doit aussi être recherché lorsque, durant le monopole temporaire d'exploitation, il existe une défaillance et que l'exercice des droits ne permet pas la réalisation du progrès médical (*paragraphe 2*). Si cet accès tient à la finalité même de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, il est en pratique difficile à trouver et à aménager.

Paragraphe 1

L'usage commun retardé par la durée allongée du brevet dans le domaine de la santé

337.- La durée « classique » du brevet. L'article L. 611-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « les titres de propriété industrielle protégeant les inventions sont : 1° les brevets d'invention, délivrés pour vingt ans à compter du jour de dépôt de la demande ». La durée des droits de propriété intellectuelle est « le moyen le plus direct dont dispose le législateur pour contrôler l'étendue des droits accordés aux innovateurs »¹⁵⁶⁸. Cette

¹⁵⁶⁷ Sur ce point, v. notamment, S. CHOISY, *Le domaine public en droit d'auteur*, avant-propos P.-Y. GAUTIER, Litec, IRPI, n°22, 2002.

¹⁵⁶⁸ F. LEVEQUE et Y. MENIERE, *Économie de la propriété intellectuelle*, éd. La Découverte, coll. *Repères*, 2003, p. 30. Sur la question du temps dans les propriétés intellectuelles, v. notamment, S. LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles : contribution à l'étude du droit des créations*, Litec, coll. *Bibl. dr. entr.* 2004.

durée de vingt ans est le produit d'un équilibre entre la compensation des coûts de Recherche-Développement pour l'incitation à innover et les intérêts de la société de disposer librement de l'invention. Sans compter que le droit s'accommode mal de l'éternité¹⁵⁶⁹, un monopole perpétuel serait non seulement dangereux pour le progrès social, mais également inutile pour l'inventeur qui bénéficierait d'un monopole sur une invention désuète, dans un domaine, celui de la santé, où les évolutions sont particulièrement rapides. Et pourtant, l'équilibre de vingt ans ne satisfait pas dans le domaine de la santé, parfois trop long ou trop court. Les propositions fusent. La vocation des objets de santé à retourner à l'usage commun a incité certains auteurs à proposer d'instaurer un monopole de cinq ans, mais avec un secret sur la définition de l'invention¹⁵⁷⁰. Mais elle ne peut correspondre au besoin légitime d'accès intellectuel durant l'exercice du monopole.

338.- Le Certificat Complémentaire de Protection, un problème ou une solution ? Voici un des particularismes de l'invention brevetée dans le domaine de la santé. Il consiste pour le breveté dans le domaine de la santé à obtenir un complément de protection par rapport à la durée de droit commun. Il résulte d'un compromis entre les intérêts collectifs des patients et les intérêts privés d'amortissement de la recherche. Il conviendra dans un premier temps de le présenter et également, de discuter son existence (A). Toutefois, nous conviendrons qu'il trouve sa pleine justification lorsqu'il agit de promouvoir des avancées thérapeutiques pour les maladies rares. On appelle ces recherches compassionnelles (B).

A) Le Certificat Complémentaire de Protection, un outil discuté

339.- L'équilibre proposé en matière de durée des droits sur l'invention est difficile à trouver, même en suivant la boussole du progrès médical proposée à la propriété intellectuelle. D'un côté, il a été réaffirmé que le progrès social se justifiait par un nécessaire retour à l'usage commun des objets du domaine de la santé. C'est précisément l'hypothèque sociale qui grève les produits de santé. Nous aurons l'occasion de le préciser ultérieurement, mais ces objets

¹⁵⁶⁹ Y compris pour la propriété classique, J.M. MOUSSERON, J. RAYNARD et Th. REVET, *De la propriété comme modèle*, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s., spéc. n°28, p. 292 : « Le terme de « perpétuité » révèle simplement, l'absence de terme extinctif du droit. Mais celui-ci ne dure qu'autant que son objet subsiste : la disparition de la chose, objet du droit, provoque l'extinction de ce dernier ».

¹⁵⁷⁰ En ce sens, v. l'hypothèse de M. TUBIANA que reprend M. TROMMETER, en la qualifiant d'originale du fait « qu'il associe le secret à un droit de propriété intellectuelle, ce qui peut paraître contradictoire avec l'essence même du brevet » (in, M. TROMMETER, *Innovation et droit de propriété intellectuelle, Document de travail pour le Conseil d'analyse économique*, avril 2001).

verront leur bénéfice social prolongé par l'existence de médicaments génériques. D'un autre côté, il est obligatoire de considérer l'importance des coûts de production d'un produit de santé et la durée de développement, qui ne se satisfait pas de la durée de vingt ans prêtée au breveté pour jouir et disposer des droits sur son invention. L'épure comprend également cette logique de retour nécessaire sur un investissement, qui sinon n'aurait pas été réalisé. Il conviendra donc de présenter le domaine (1) et le régime (2) du Certificat Complémentaire de Protection (CCP) avant de s'attacher à d'éventuelles solutions palliatives (3).

1) Le domaine d'application du Certificat Complémentaire de protection

340.- Le Certificat complémentaire de protection : définition et portée. Il existe dans le domaine pharmaceutique un autre titre de propriété industrielle, le certificat complémentaire de protection (CCP)¹⁵⁷¹. Il permet de prolonger la durée de protection pour les médicaments tels que définis à l'article L. 5111-1 du Code de la santé publique. La notion de médicament doit être interprétée strictement et cela se justifie du fait qu'il s'agit d'une exception au principe de l'entrée du médicament dans le domaine public après l'écoulement du monopole, sa vocation à l'usage commun. Ainsi, en a jugé la CJCE à travers des questions préjudicielles sur ce qu'il fallait entendre par une « composition de principes actifs d'un médicament »¹⁵⁷² à l'occasion de l'interprétation du règlement communautaire n°1768/92 du 18 juin 1992, sur le certificat complémentaire de protection pour les médicaments (CCP). Le médicament comprenait une substance active et un excipient qui en permettait sa diffusion, par exemple

¹⁵⁷¹ L'article L. 611-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « 3° les certificats complémentaires de protection rattachés à un brevet dans les conditions prévues à l'article L. 611-3, prenant effet au terme légal du brevet auquel ils se rattachent pour sept ans à compter de ce terme et dix-sept ans à compter de la délivrance de l'autorisation de mise sur le marché mentionnée à ce même article ». Et l'article L. 611-3 du Code de la propriété intellectuelle fait référence à « un médicament, un procédé d'obtention d'un médicament, un produit nécessaire à l'obtention de ce médicament ou un procédé de fabrication d'un tel produit ». Il peut donc s'agir de brevets de produit ou de procédé, mais aussi de brevets d'application, que ceux-ci couvrent une première application thérapeutique ou une nouvelle utilisation ou formulation du médicament, pour autant qu'elle puisse être valablement couverte par brevet. Pour une comparaison des dispositions avec la prolongation des droits issus de brevets de médicaments aux États-Unis et au Japon, v. M.-C. CHEMTOB-CONCE, *La prolongation des droits issus de brevets de médicaments*, *propr. ind.* mai 2009, alerte 66.

¹⁵⁷² CJCE, 4 mai 2006 *aff. C-431/04, Massachussets Institute of Technology*, *Rec. CJCE* 2006, p. 4089 ; *PIBD* 2006, n° 834, III, p. 485, *Rev. Droit&Santé*, juillet 2006, n°12, p. 425, note MAILLOLS. La question a été posée par la 10^e ch. du *Bundesgerichtshof* (BGH) allemand, le 29 juin 2004. Pour un commentaire, v. notamment M.P. SCHMIDT, *Qu'est-ce qu'une composition de principes actifs d'un médicament ? Propr. ind.* avril 2005, étude 10. – G. REQUENA, *Les certificats complémentaires de protection pour les médicaments. Plus de dix ans de pratique de l'INPI*, *propr. intell.* juillet 2005, p. 313, et spéc. p. 315. En l'espèce, le médicament, le Gliadel® était composé d'une substance pharmacologique active, la carmustine, attachée à une matrice, le polifeprosan, qui régule sa libération. *Rapp. CA Paris*, 11 avr. 2008, *JurisData* n° 2008-362304 ; *PIBD* 2008, n° 876, III, p. 355.

des solvants, des gélatines d'encapsulation, etc. S'il y a combinaison de deux substances, dont l'une d'entre elles n'est pas un principe actif, peut-elle être qualifiée de produit au sens du règlement sur le CCP ? La CJCE considère qu'un produit, au sens du Règlement, plus précisément de son article 3, ne peut être entendu que comme un principe actif ou une combinaison de principes actifs et la combinaison de principes actifs doit être formée par au moins deux principes. Tel n'est pas le cas en l'espèce, un excipient n'est pas un principe actif¹⁵⁷³, donc le CCP ne serait pas valable. Un regard mitigé peut être porté sur une telle interprétation. D'un côté, un excipient n'entre pas dans le domaine d'application du CCP et opportunément, sinon l'on verrait une recrudescence d'excipients dans les préparations pour obtenir un délai de protection supplémentaire et empêcher l'entrée du médicament dans le domaine public¹⁵⁷⁴. Mais d'un autre côté, ce produit servait à traiter des maladies orphelines. Il a d'ailleurs été admis au statut *d'Orphan Drug* aux États-Unis, faute d'une protection supplémentaire en Europe, il aurait permis de couvrir des coûts de recherche beaucoup plus élevés. Une interprétation restrictive a également été adoptée par la Cour d'appel de Paris, le 9 avril 2008. Lorsqu'un brevet et un CCP ont été obtenus pour un produit A, que le produit C lui a été ajouté pour former un bien nouveau B, il ne peut être demandé de CCP pour la composition B¹⁵⁷⁵.

Il est à noter qu'il existe un régime très similaire au CCP des médicaments pour les produits phytomarmaceutiques¹⁵⁷⁶.

On serait en droit de se demander pourquoi un tel dispositif touche le domaine de la santé, plus qu'un autre domaine. Pour deux principales raisons : il s'agit d'un domaine où la recherche est longue et coûteuse. Mais sont-elles suffisamment justificatives ?

¹⁵⁷³ C'est précisément une matrice pharmacologique essentielle au médicament.

¹⁵⁷⁴ En ce sens, J. ARMINGAUD et E. BERTHET-MAILLOLS, *Les certificats complémentaires de protection : dernières évolutions*, R.D.P.I. janv. 2008, p. 11.

¹⁵⁷⁵ En ce sens, CA Paris 9 avril 2008, *Propr. intell.* octobre 2008, n°29, p. 470, note GALLOUX, *Contra* : CA Paris, 11 avril 2008, *Propr. intell.* octobre 2008, n°29, p. 470, note GALLOUX.

¹⁵⁷⁶ Il a été introduit par le règlement communautaire n° 1610/96, 23 juill. 1996, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les produits phytopharmaceutiques, *Journal Officiel CE* 8 Aout 1996. Les produits phytopharmaceutiques sont « des substances actives et des préparations les contenant, destinées à protéger les végétaux contre les organismes nuisibles et à exercer une action sur les processus vitaux de ces végétaux, notamment en détruisant les végétaux indésirables », in, J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 397, p. 248. Sur ce point, v. notamment : C. GALLOUX, *Le certificat complémentaire de protection pour les produits phytopharmaceutiques*, *JCP E* 1996, I, 609. – G. REQUENA, *Les certificats complémentaires de protection pour les médicaments. Plus de dix ans de pratique de l'INPI*, *propr. intell.* juillet 2005, p. 313, et spéc. p. 315.

341.- La longue et coûteuse marche depuis la découverte jusqu'au développement¹⁵⁷⁷.

Concrètement, il existe trois grandes phases de recherches¹⁵⁷⁸ : la recherche fondamentale qui va permettre de cibler les molécules innovantes, dont la durée est indéterminée ; la recherche-découverte, qui correspond aux premiers essais biologiques sur les animaux et au criblage pharmacologique¹⁵⁷⁹, qui dure environ trois ans ; enfin la recherche-développement qui est la plus longue, car elle dure environ six ans. Dans cette période, vont avoir lieu différents types d'essais¹⁵⁸⁰ notamment sur les animaux, comme les essais pharmacologiques qui ont pour but de déterminer l'action exercée par un médicament sur l'organisme, les essais toxicologiques qui étudient la toxicité du médicament et notamment sur des populations à risque (femmes enceintes) et les essais cliniques effectués sur l'homme pour tester la posologie. Ils se clôturent par l'étude clinique du médicament. Une fois le médicament mis au point, l'industriel formule sa demande de mise sur le marché, qui peut prendre d'un à deux ans. L'autorisation de mise sur le marché (AMM) obtenue, viennent alors les phases de développement/fabrication et de commercialisation. Or, la demande de brevet est formulée au début de la phase « recherche-découverte », juste après la recherche fondamentale. De ce fait, le monopole temporaire d'exploitation que confère le brevet commence bien avant une réelle « exploitation » et la durée s'épuise dans les différentes phases de finalisation de la recherche et dans l'attente des procédures administratives, telles que l'AMM. D'une durée théorique de vingt ans, le laboratoire ne pourra bénéficier d'une réelle protection par le brevet que durant cinq à dix ans d'exploitation. À cela, il faut ajouter que l'investissement moyen

¹⁵⁷⁷ Il est très difficile de donner un nombre d'années fixe pour l'arrivée sur le marché d'un médicament. Mais on peut considérer que la réalité se situerait entre 9 ans et 16 ans.

¹⁵⁷⁸ En ce sens, v. Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, Avril 2006, n°1 : *Le cycle de l'innovation en santé, comment faire bénéficier les populations démunies*, p. 31. - A. MOREAU, S. REMONT, N. WEINMANN, *L'industrie pharmaceutique en mutation*, La documentation française, coll. *Économie*, 2002, p. 18 et p. 87.

¹⁵⁷⁹ Il s'agit du test d'un très grand nombre de molécules, simultanément et sur différentes cibles. On le dit le plus souvent à haut débit.

¹⁵⁸⁰ Ces essais sont encadrés par les « bonnes pratiques de laboratoire ». Transposées dans le droit positif par l'arrêté du 14 mars 2000 (*Journal Officiel* du 23 mars 2000), elles sont contrôlées et définies par l'AFSSAPS comme : « Les principes de bonnes pratiques de laboratoire (BPL) constituent un mode d'organisation couvrant l'ensemble des aspects organisationnels et opérationnels liés à la réalisation des essais de sécurité non cliniques sur les produits chimiques. Ils ont pour but de garantir la qualité, la reproductibilité et l'intégrité des données générées à des fins réglementaires, afin que celles-ci puissent être reconnues au niveau international sans qu'il soit nécessaire de reproduire les études »,

(disponible sur [http://www.afssaps.fr/Activites/Elaboration-de-bonnes-pratiques/Bonnes-pratiques-de-laboratoire/\(offset\)/2](http://www.afssaps.fr/Activites/Elaboration-de-bonnes-pratiques/Bonnes-pratiques-de-laboratoire/(offset)/2)).

pour la mise sur le marché d'une nouvelle molécule oscille entre 500 millions de dollars et 1.5 milliard de dollars lorsqu'une molécule a une vocation internationale. L'allongement de la durée de protection par le CCP apparaît comme un outil essentiel d'encouragement à la recherche.

2) Le régime du Certificat Complémentaire de Protection

342.- Le CCP français. Il a été instauré par la loi n°90-510 du 25 juin 1990 et son décret d'application n°91-1180 du 19 novembre 1991. Le CCP communautaire a été instauré par le règlement n°1768/92 du 18 juin 1992¹⁵⁸¹ et a vocation à se substituer au CCP français. Aucun CCP français n'a plus été accordé après l'entrée en vigueur de ce règlement, soit le 2 janvier 1993¹⁵⁸². Il convient donc de s'attacher exclusivement au CCP communautaire.

343.- Le CCP communautaire : les conditions et la durée. Il faut, pour que le certificat soit valable, que le produit, un principe actif ou une composition de principes actifs, soit protégé par un brevet en vigueur et une autorisation de mise sur le marché (AMM) en cours de validité. La demande de CCP doit d'ailleurs être déposée dans les six mois à compter de l'obtention de l'AMM. La règle étant : un brevet autorise un CCP et non un CCP par médicament, car il est possible sur un médicament d'avoir plusieurs brevets de produit¹⁵⁸³. Ce qui pour les plus rusés permettrait de prolonger la durée des droits. De tels abus détourneraient totalement le droit de sa finalité sociale. En effet, les dispositions sur le CCP finalisées par le progrès médical réalisent déjà difficilement un équilibre entre incitation et accessibilité. De plus, un même médicament peut faire l'objet de plusieurs AMM pour les différentes inventions revendiquées. On voit donc surgir le problème : doit-on considérer la plus récente, favorable aux intérêts du déposant – la durée du CCP est liée à celle de l'AMM - ou la première, avantageusement pour les fabricants de médicaments génériques¹⁵⁸⁴. La

¹⁵⁸¹ Règlement n°1768 du 18 juin 1992, *Journal officiel CE*, 2 juillet 1992.

¹⁵⁸² Pour une application du droit transitoire, v. Com. 21 mai 1996, *JurisData* n°94-14.540.

¹⁵⁸³ Y compris si ces brevets n'appartiennent pas au même titulaire, *CJCE*, 23 janv. 1997, aff. C-181/95, *Biogène Smith Kline* : *Rec. CJCE* 1997, p. 386. Rapp. CJCE 3 septembre 2009, aff. C. 482-07, *AHP Manufacturing BV c/ Bureau Voor de Industriële Eigendom, Propr. Intell.* Avril 2010, p. 739, note GALLOUX.

¹⁵⁸⁴ Com., 8 mars 2005, *JurisData* n° 2005-027483 ; *JCP G* 2005, IV, 1925. Au soutien de cette décision, les juges ont conclu qu'un renouvellement automatique d'une AMM, n'avait qu'un caractère administratif et n'avait pas causé d'interruption dans la commercialisation du médicament. – En ce sens, v. E. BERTHET-MAILLOLS,

position sera différente si l'on traite d'un ancien CCP français, qui considère que la durée du CCP peut dépendre d'une AMM subséquente¹⁵⁸⁵ ou d'un CCP communautaire qui s'entendra à la date de délivrance de l'AMM d'origine¹⁵⁸⁶. La solution du droit communautaire est préférable. Elle évite des allongements de protection indus, notamment lorsque le titulaire d'un brevet sur un médicament échelonne dans le temps ses différents brevets – et donc CCP – afin de s'assurer d'un monopole le plus long possible.

La durée du CCP communautaire¹⁵⁸⁷ doit accorder, selon le règlement communautaire, « une protection effective suffisante »¹⁵⁸⁸, c'est-à-dire un total de quinze années d'exclusivité au maximum à partir de la première autorisation de mise sur le marché dans la Communauté du médicament en question.

3) Les solutions de remplacement au Certificat Complémentaire de protection ?

344.- Raccourcir la recherche plutôt que d'augmenter la protection ? Le CCP a pour effet de retarder l'entrée du médicament dans le domaine public. Il correspond de manière ambivalente à la finalité poursuivie de progrès médical. En effet, s'il est stimulant pour la recherche de nouvelles avancées médicales, il retarde l'usage commun nécessaire à la pleine réalisation du progrès médical. En effet, la prolongation du brevet *via* le CCP a pour conséquence de repousser la libre disposition d'une molécule pour la recherche ou encore une plus grande accessibilité du fait de prix en baisse, notamment grâce au relai des médicaments génériques. Les accords de dépendance, qui seront nécessaires pour les chercheurs cette molécule encore protégée, ont un coût qui freinera peut-être l'initiative de recherche et partant, les avancées thérapeutiques. Ainsi, le CCP a également pour conséquence de retarder l'entrée des médicaments génériques sur le marché¹⁵⁸⁹. Si dans nos pays développés il s'agit de résoudre un problème de financement de la sécurité sociale, dans les pays en voie de

Certificat complémentaire de protection. La Cour de cassation rend un arrêt favorable aux laboratoires de génériques, Propr. ind. mai 2005, étude n°15.

¹⁵⁸⁵ En ce sens, TGI Paris, 18 juin 1996, *PIBD* 1997, III, p. 113. – TGI Paris, 30 janv. 1998, *R.D.S.S.* octobre-décembre 1998, p. 776. – TGI Paris, 18 févr. 1998, *PIBD* 1998, III, p. 368.

¹⁵⁸⁶ V. *infra* n°385.

¹⁵⁸⁷ Le CCP français prend effet à l'expiration du brevet et sa durée est déterminée selon un double maximum : il ne peut pas être plus long que la durée du brevet + 7 ans ou ne peut pas être plus long que l'AMM + 17 ans.

¹⁵⁸⁸ Selon l'article 13 du règlement communautaire n°1768/92 du 18 juin 1992.

¹⁵⁸⁹ Sur les médicaments génériques, v. *infra* n°389.

développement la question devient vitale et majeure¹⁵⁹⁰. Existe-t-il alors d'autres solutions ? La principale solution¹⁵⁹¹ consisterait à raccourcir le cycle de Recherche-Développement¹⁵⁹². Notamment pour cela, l'utilisation d'Internet pourrait être d'un recours précieux lors des phases cliniques pour un recrutement plus rapide des médecins et des patients ; l'application de la pharmacogénomique pour sélectionner les génotypes les plus favorables au développement du médicament et la bioinformatique pour vérifier l'innocuité du médicament¹⁵⁹³ pourrait faire gagner du temps aux laboratoires. Mais le temps ainsi gagné serait-il substantiel pour que le laboratoire procède à la recherche sans la garantie d'un certificat complémentaire de protection ? Il n'est pas certain que l'industrie pharmaceutique prenne le risque d'un développement certes facilité, mais non garanti par un complément de protection. Le résultat, sur la baisse de l'offre médicale ou l'augmentation des coûts des médicaments, serait contraire aux avancées recherchées, à la finalité de progrès médical poursuivie. Le certificat complémentaire de protection apparaît donc comme un compromis, fragile et nécessaire, entre le monopole et l'accès pour la réalisation de la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, à savoir le progrès médical.

¹⁵⁹⁰ Sur les rapports Nord/Sud dans le domaine santé, v. *infra* n°354.

¹⁵⁹¹ Nous n'en retiendrons qu'une à titre d'illustration, car il s'agit d'interroger la recherche pharmaceutique dans son influence sur la propriété intellectuelle, ce qui dépasse notre sujet d'étude. Mais pour information, il en existe bien d'autres comme la globalisation de la recherche, l'externalisation de la recherche, la réorganisation du secteur. Cette dernière est d'ailleurs intéressante, car elle permet à des *start-up* de réaliser les recherches nécessaires à la découverte d'une nouvelle molécule. La recherche pourrait se concentrer sur le développement de *lead*, c'est-à-dire une molécule qui a déjà un effet sur une cible et dont les essais de toxicité ont été réalisés. La phase clinique, la plus coûteuse étant alors déléguée. Cela représente environ 75 millions de dollars, ce qui dans le domaine est particulièrement accessible. Puis, laisser aux grandes entreprises le soin de conduire la molécule du développement à sa commercialisation. Cela modifierait substantiellement la structure de l'industrie pharmaceutique mondiale. Sur cette configuration, v. notamment A. MOREAU, S. REMONT, N. WEINMANN, *L'industrie pharmaceutique en mutation*, La documentation française, coll. *Économie*, 2002, p. 102-103.

¹⁵⁹² En ce sens, v. notamment : A. MOREAU, S. REMONT, N. WEINMANN, *L'industrie pharmaceutique en mutation*, *op. cit.* p. 97. V. aussi Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, l'Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, avril 2006, *Chapitre 3 : La longue marche depuis la découverte jusqu'au développement*, p. 88.

¹⁵⁹³ Rappel : Le programme BioIntelligence associe l'éditeur de logiciels Dassault Systèmes, de grands laboratoires français et plusieurs organismes de recherche (« *BioIntelligence* », le programme qui peut révolutionner la fabrication des médicaments, *Le Monde*, 28 octobre 2009). Le but ? De permettre pour la mise au point des médicaments, d'ici à cinq ans de gagner du temps et d'économiser de l'argent. Comment ? En modélisant sur ordinateur les réactions du corps humain au médicament, ce qui permettra de connaître son efficacité et ses effets secondaires avant même de le tester sur l'homme. L'enjeu est considérable, car les dépenses de recherche pèsent de plus en plus lourd pour l'industrie pharmaceutique. On peut espérer de réelles avancées considérant les preuves de l'entreprise faites dans les domaines de l'automobile ou de l'aéronautique. Sur la bioinformatique, v. *supra* n°180.

B) Le Certificat Complémentaire de Protection : un outil mieux accepté pour les médicaments compassionnels

345.- Les réalités de la recherche pharmaceutique. Pour raccourcir la phase de « recherche-découverte » et réduire le taux d'attrition¹⁵⁹⁴ dans la phase « recherche-développement », les laboratoires ciblent leur travail sur des molécules qu'ils connaissent et à fort potentiel appelées *blockbusters*¹⁵⁹⁵. Pour ce faire, ils réalisent de véritables études de marché (risque de l'inflation, besoins médicaux forts et solvables, niveau de remboursement par les compagnies d'assurance, etc.) L'augmentation du *pipe-line*¹⁵⁹⁶ est donc indispensable pour arriver à la formulation de nouveaux médicaments¹⁵⁹⁷. Bien qu'ils assurent une plus forte rentabilité au laboratoire¹⁵⁹⁸, les nouvelles molécules ne représentent que 10% des médicaments développés¹⁵⁹⁹. Le reste des médicaments est élaboré à partir de molécules préexistantes, mais obtenues par un procédé différent, conférant une application nouvelle. Pour l'instant, les médicaments issus de la biologie (biomédicaments)¹⁶⁰⁰ ne sont pas prêts de détrôner ces *blockbusters*. Ainsi, se retrouve la logique utilitariste, précédemment décrite¹⁶⁰¹, où l'intérêt des laboratoires est de se concentrer sur les maladies à « fort pouvoir d'achat », y compris dans les traitements de confort, comme les rides ou la calvitie, et moins dans des maladies dites « orphelines », à cause de la faiblesse ou l'insolvabilité du marché. Ce n'en sont pas

¹⁵⁹⁴ Il s'agit du taux d'échec des molécules n'ayant pas été développé par suite de leurs effets secondaires.

¹⁵⁹⁵ Ce sont des molécules dont le chiffre d'affaires dépasserait le milliard de dollars. Les deux premiers *blockbusters* en 2000 étaient des anti-ulcéreux : Losec ®/Prilosec ® de Astra-Zeneca et Mopral ®/Zoltum ® de Aventis. Suivis de près par des hypercholestérolémies : Zocor ® de Merck&co et le Lipitor ® de Pfizer.

¹⁵⁹⁶ C'est l'ensemble des molécules en développement.

¹⁵⁹⁷ Par exemple, Bristol Myers Squibb projetait de présenter 30 molécules en phase « recherche-développement » afin de pouvoir mettre sur le marché 3 molécules par an. À ce rythme, son *pipe-line* était d'ailleurs passé de 29 en 1992 à 40 en 1999. « Mais même avec un *pipe-line* de fort calibre, la compagnie leader sélectionnera au stade le plus précoce possible [recherche-développement] les médicaments candidats ayant de fortes probabilités de succès et eux seuls passeront aux phases ultérieures plus coûteuses, car impliquant plusieurs milliers de patients » in, A. MOREAU, S. REMONT, N. WEINMANN, *L'industrie pharmaceutique en mutation*, La documentation française, coll. *Économie*, 2002, p. 87.

¹⁵⁹⁸ Pas de licence éventuelle à solliciter et absence de concurrence sur le marché.

¹⁵⁹⁹ En ce sens, A. MOREAU, S. REMONT, N. WEINMANN, *L'industrie pharmaceutique en mutation*, La documentation française, coll. *Économie*, 2002, p. 90. Les auteurs précisent que les trois premiers médicaments dans une classe thérapeutique (affection particulière) représentent 80% du marché mondial.

¹⁶⁰⁰ V. *supra* n°105.

¹⁶⁰¹ V. *supra* n°126.

pour autant des maladies bénignes, à l'instar de la mucoviscidose. Les médicaments développés en direction de ces maladies orphelines, sont appelés des médicaments « compassionnels ». Le CCP pourrait alors être employé pour cette diversification de l'offre de médicaments. Il serait alors un outil efficace de restauration d'un équilibre entre l'incitation à innover et l'accessibilité des populations souffrant de maladies rares à ces produits de santé. L'idée a déjà été employée pour les médicaments à usage pédiatrique et a été surpassée pour les « médicaments orphelins ».

346.- Le cas particulier du CCP pour les médicaments à usage pédiatrique. Aujourd'hui, la plupart des médicaments donnés aux enfants sont les mêmes que ceux employés pour traiter des maladies d'adultes avec simplement une modification dans le dosage. Et pourtant, des besoins spécifiques propres justifieraient l'existence de molécules adaptées. Ou, plus grave encore certains sont employés alors qu'ils n'auraient pas fait l'objet d'essais sur les enfants. Or, le coût représenté par de telles études cliniques pédiatriques ne « rentabilisait » pas la recherche. Le droit est donc intervenu pour remédier à cette situation, avec le Règlement du Parlement européen et du Conseil n° 1901/2006 du 12 décembre 2006 relatif aux médicaments à usage pédiatrique¹⁶⁰². L'article 7 de ce règlement impose pour tout nouveau médicament, sauf dérogation accordée par le comité pédiatrique, la demande d'AMM comprend « les résultats de toutes les études effectuées et les détails de toutes les données collectées conformément à un plan d'investigation pédiatrique approuvé ». Il oblige à une étude systématique des formes pédiatriques pour les nouveaux médicaments et en contrepartie, le règlement permet une prolongation de six mois du CCP pour les médicaments en cours de développement, ainsi que pour les médicaments autorisés encore protégés¹⁶⁰³. Au point 36 du Règlement, il est disposé que pour obtenir ce CCP, le candidat doit avoir obtenu une « AMM pédiatrique » dans chacun des vingt-sept pays membres de l'Union européenne. Il a récemment été précisé que les AMM peuvent avoir été simplement demandées au jour du dépôt de dossier pour le CCP et qu'elles aient été accordées durant la phase d'instruction¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰² Règlement communautaire n° 1901/2006 du 12 décembre 2006 relatif aux médicaments à usage pédiatrique, *Journal Officiel* CE 27 Décembre 2006 (entré en vigueur le 26 juillet 2008). Sur ce point, v. notamment E. SERGHERAERT, *Le nouveau règlement communautaire relatif aux médicaments à usage pédiatrique : la recherche d'un équilibre entre spécialités de référence et génériques*, *Propr. ind.* 2006, étude n°31. - E. SERGHERAERT et A. SOETEMONT, *Actualité récente de la procédure de prorogation des certificats complémentaires de protection instituée par le « règlement pédiatrique »*, *Propr. ind.* mai 2009, étude n°10.

¹⁶⁰³ Selon l'article 13 du règlement communautaire n°1768/92 du 18 juin 1992.

¹⁶⁰⁴ TGI Paris, 3^e ch. Réf., 12 février 2010, aff. *Du pont de Nemours*, *Propr. Intell.* avril 2010, p. 740.

347.- Le cas particulier des médicaments orphelins. Le Règlement communautaire n°141/2000 du 16 décembre 1999 est relatif aux médicaments orphelins¹⁶⁰⁵. Le but est d'élargir l'offre de santé souvent inexistante pour prévenir et traiter des maladies rares (moins de 5 personnes sur 10000). Pour motiver la philanthropie des laboratoires pharmaceutiques, il est mis en place un système d'aides et d'incitations, pour assurer un « retour sur investissement ». Ils auront l'obligation de veiller à ce que les exigences de sécurité, de qualité et d'efficacité soient satisfaites. Ce règlement est opérationnel depuis le 27 avril 2000. Le critère de désignation du médicament orphelin est accordé par un comité des médicaments orphelins (COMP) qui siège à l'Agence Européenne des Médicaments (EMA, European Medicines Agency). Il impose que le médicament soit utilisé à destination de maladies sérieuses pour lesquelles il n'existe pas d'alternatives thérapeutiques et soit en phase d'essai clinique ou à l'examen pour autorisation. Les avantages donnés au statut de médicament orphelin sont : l'inscription au registre communautaire des médicaments orphelins, éligibilité aux aides et incitations prévues au niveau communautaire et national, diminution voire suppression des droits d'enregistrement, collaboration technique au cours du développement et de l'enregistrement, en cas de succès, droit exclusif d'exploitation du produit pour cette indication pendant dix ans. Ces avantages vont bien au-delà d'une protection temporelle supplémentaire, et ne peuvent qu'être applaudis. De ces dispositions, largement encourageantes pour le progrès médical¹⁶⁰⁶, on peut regretter le manque de précisions sur l'harmonisation du régime de ces médicaments au niveau communautaire, au risque que les dispositions prises soient principalement nationales.

¹⁶⁰⁵ Règlement communautaire n°141/2000 du 16 décembre 1999, *Journal officiel CE* 22 janvier 2000, p. 18. Sur ce point, v. A LAUDE, *Médicaments orphelins*, R.D.S.S. avril-juin 2000, p. 371. En ce sens, v. aussi : Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité de région : *Les maladies rares : un défi pour l'Europe*, le 11 novembre 2008, n° CELEX 52008DC0679, *Rev. Conc. Cons.* juillet 2005, p. 14.

¹⁶⁰⁶ *L'orphan drugs* aux États-Unis en 1983 a permis de proposer plus de 1238 molécules à destination des maladies orphelines dont 238 ont reçus une AMM. On peut toutefois regretter que parmi ces 238 produits il n'y en ait eu que 12 à destination des pays en voie de développement pour traiter des maladies tropicales (sur ce point, v. Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, l'Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, avril 2006, *Chapitre 3 : La longue marche depuis la découverte jusqu'au développement*, p. 106.

Paragraphe 2

L'usage commun menacé par l'exercice dévoyé du brevet dans le domaine de la santé

348.- Si l'usage commun semble de manière évidente lié à la durée des droits de propriété intellectuelle, qui ne sont que des monopoles temporaires d'exploitation, il est bien moins facile de concevoir qu'il puisse venir limiter l'exercice même des droits de propriété intellectuelle. Et pourtant, toutes les dispositions relatives aux licences en rapport avec le domaine de la santé, finalisées par le souci de la réalisation du progrès médical, aménagent cette accessibilité au « bien-être » social. Elles ont pour finalité de restaurer un accès au progrès médical qui aurait été étouffé par l'emprise du titulaire (A). De plus, nous avons eu l'occasion de remarquer que la délimitation de l'objet du droit des brevets, l'invention pouvait être envisagée comme le fruit d'une forte protection de la science contre la technique. Cette volonté de protection se prolonge même lorsque l'invention protégée est commercialisée. En effet, tout en respectant les droits de l'inventeur des concessions pour les besoins de la science lui sont demandées (B). Enfin, il se peut que l'accès à certains produits soit protégé par le mécanisme de la contrefaçon (C).

A) L'accès imposé

349.- Le mécanisme de la licence. En droit de la propriété intellectuelle, l'accès à une création peut être accordé à un tiers, sans que pour autant le titulaire ne se départît de sa propriété. C'est le système des licences, qui correspondrait, en droit civil, à un contrat de bail. Seront abordées ici, les licences obligatoires d'origine judiciaire, comme la licence de dépendance (4), les licences accordées par l'autorité administrative comme la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique (2) et enfin, une licence communautaire d'inspiration internationale avec la licence obligatoire visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation (3). Mais celle qui justifie au mieux, la nécessaire accessibilité au progrès médical est la licence accordée pour défaut d'exploitation. Cette licence obligatoire est, en effet accordée à toute personne pour un brevet souffrant d'un défaut d'exploitation, sur le fondement de l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle (1).

1) La licence obligatoire pour défaut d'exploitation

350.- Définition. La licence obligatoire accordée à toute personne pour un brevet souffrant d'un défaut d'exploitation¹⁶⁰⁷ d'une invention détenue par un tiers sur le fondement de l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle¹⁶⁰⁸ s'inscrit parfaitement dans la finalité de progrès médical. En effet, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, un tiers pourra solliciter une licence pour une invention qui n'aurait pas fait l'objet d'une exploitation (sauf excuses légitimes du propriétaire). L'octroi d'un droit privatif sur une invention, qui possède une valeur économique et surtout une valeur sociale, doit être exploitée. Par cette valorisation, on sait qu'elle permet de contribuer au « bien-être » social. Elle ne servirait donc pas le bénéfice collectif, l'amélioration de la santé, si l'inventeur pouvait la maintenir dans les secrets de son alcôve.

351.- Les « Patents Trolls ». De drôle de personnages imaginaires viennent augmenter nos angoisses sur les monopoles abusifs dans le domaine de la santé. Si leur arrivée est progressive en Europe, la pratique est installée aux États-Unis. M. le professeur LE STANC donne une définition très claire de celle-ci : « Des entreprises, essentiellement financières, constituent, par exemple par acquisition aux enchères en suite de faillites, des portefeuilles de brevet qu'elles essaient ultérieurement d'opposer à des exploitants identifiés comme possiblement contrefacteurs, en proposant auxdits exploitants de conclure des contrats de licence, à des taux de redevance très élevés, voire extravagants, sous la menace d'actions judiciaires en contrefaçon et donc en cessation »¹⁶⁰⁹. On pourrait bien sûr appeler

¹⁶⁰⁷ En ce sens, notamment : G. BODENHAUSEN, *L'obligation d'exploiter les brevets d'invention et ses sanctions*, *Propri. ind.* 1950, p. 69. – A. FRANCON, *La déchéance des brevets*, in *Vers une érosion du droit des brevets d'invention ?* Litec, coll. *IRPI*, 1982, p. 21.

¹⁶⁰⁸ L'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause : a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un État membre de la Communauté économique européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen. b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français. Il en est de même lorsque l'exploitation prévue au a) ci-dessus ou la commercialisation prévue au b) ci-dessus a été abandonnée depuis plus de trois ans. Pour l'application du présent article, l'importation de produits objets de brevets fabriqués dans un État partie à l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce est considérée comme une exploitation de ce brevet ».

¹⁶⁰⁹ C. LE STANC, *Abus dans l'exercice du droit : les « patent trolls »*, *Propri. ind.* octobre 2010, p. 36. Et du même auteur, v. aussi, *Les malfaisants lutins de la forêt des brevets : à propos des patent trolls*, *Propri. ind.* 2008, étude n°3.

JOSSERAND sur la fonction sociale des droits qui est, ici en toute vraisemblance bafouée, afin de s'orienter sur une action de droit commun en responsabilité¹⁶¹⁰. Mais le droit spécial par la licence pour défaut d'exploitation pourrait pallier cette pratique. Toutefois, cette licence ne présente pas que des avantages, outre le fait qu'il faudra attendre trois ans d'une « non-exploitation », l'action en justice est toujours délicate pour le « potentiel contrefacteur ».

2) La licence d'office dans l'intérêt de la santé publique

352.- La licence d'office dans l'intérêt de la santé publique. Définition. Cette disposition serait en quelque sorte la relique des angoisses de 1844 sur le monopole dans le domaine de la santé. Elle est originale, car elle ne consiste pas dans le contrôle des vertus thérapeutiques d'une invention, mais dans la vérification que cette invention est bien exploitée et que cette exploitation correspond aux besoins de la population¹⁶¹¹. Elle est organisée à l'article L. 613-16 du Code de la propriété intellectuelle¹⁶¹². Il existe son pendant pour les variétés végétales, à l'article L. 623-17 du Code de la propriété intellectuelle. À l'origine, le texte ne concernait que les substances et les compositions ou les procédés du médicament, puis a été progressivement élargi aux produits nécessaires à l'obtention d'un médicament et aux procédés d'obtention de ces produits. On peut se réjouir de cet élargissement qui permet un déblocage plus en amont des situations de dépendance, contraires au progrès médical. La loi n°2004-1338 du 8 décembre 2004 est venue compléter le domaine d'application de cette

¹⁶¹⁰ Telle est l'idée suggérée par Mme le professeur JALLAMION (C. JALLAMION, *La fortune de Josserand*, *Propriété ind.* octobre 2010, p. 9, *in fine*).

¹⁶¹¹ M. SABATIER, *L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique*, Litec, coll. *CEIPI*, 1976, p. 217.

¹⁶¹² L'article L. 613-16 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office, dans les conditions prévues à l'article L. 613-17, tout brevet délivré pour :

- a) Un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic in vitro, un produit thérapeutique annexe ;
- b) Leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit ;
- c) Une méthode de diagnostic ex vivo.

Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés, ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisante ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive.

Lorsque la licence a pour but de remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle ou en cas d'urgence, le ministre chargé de la propriété industrielle n'est pas tenu de rechercher un accord amiable ».

licence en y incluant les dispositifs médicaux¹⁶¹³, les dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro*¹⁶¹⁴ et *ex vivo* ou un produit thérapeutique annexe.

Les conditions d'obtention aussi tendent à s'assouplir. En effet, auparavant, il fallait démontrer que les produits brevetés étaient commercialisés en qualité ou en quantité insuffisante ou à un prix inaccessible. Aujourd'hui, non seulement la condition sur le prix tend à disparaître¹⁶¹⁵, mais la disposition est enrichie d'une possibilité supplémentaire d'obtenir une telle licence : « lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle devenue définitive »¹⁶¹⁶. Il s'agit d'une disposition large, car la notion d'intérêt de la santé publique peut recouvrir un vaste panel de situations de dépendance. Quant aux pratiques anticoncurrentielles, il est fait référence aux comportements des brevetés bloquant l'essor des médicaments génériques¹⁶¹⁷. Qu'il s'agisse de l'intérêt de la santé publique ou des pratiques anti-concurrentielles, il faudra interpréter cette disposition à la lumière de la finalité posée du progrès médical.

¹⁶¹³ Les dispositifs médicaux reçoivent une définition à l'article L. 5211-1 du Code de la santé publique : « On entend par dispositif médical tout instrument, appareil, équipement, matière, produit, à l'exception des produits d'origine humaine, ou autre article utilisé seul ou en association, y compris les accessoires et logiciels nécessaires au bon fonctionnement de celui-ci, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales et dont l'action principale voulue n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques ni par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels moyens. Constitue également un dispositif médical le logiciel destiné par le fabricant à être utilisé spécifiquement à des fins diagnostiques ou thérapeutiques.

Les dispositifs médicaux qui sont conçus pour être implantés en totalité ou en partie dans le corps humain ou placés dans un orifice naturel, et qui dépendent pour leur bon fonctionnement d'une source d'énergie électrique ou de toute source d'énergie autre que celle qui est générée directement par le corps humain ou la pesanteur, sont dénommés dispositifs médicaux implantables actifs ».

¹⁶¹⁴ Les dispositifs médicaux *in vitro* sont définis à l'article L. 5221-1 du Code de la santé publique : « Constituent des dispositifs médicaux de diagnostic *in vitro* les produits, réactifs, matériaux, instruments et systèmes, leurs composants et accessoires, ainsi que les récipients pour échantillons, destinés spécifiquement à être utilisés *in vitro*, seuls ou en combinaison, dans l'examen d'échantillons provenant du corps humain, afin de fournir une information concernant un état physiologique ou pathologique, avéré ou potentiel, ou une anomalie congénitale, pour contrôler des mesures thérapeutiques, ou pour déterminer la sécurité d'un prélèvement d'éléments du corps humain ou sa compatibilité avec des receveurs potentiels ».

¹⁶¹⁵ J. AZEMA, *Médicaments, J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4280, 2008, n°29 : « On observera que les excès en matière de prix sont plus à craindre en ce qui concerne les produits de base que s'agissant des médicaments proprement dits, enfermés, si du moins ils sont remboursables, dans un régime contraignant ».

¹⁶¹⁶ Par la loi n°2004-1338 du 8 décembre 2004.

¹⁶¹⁷ En ce sens, v. notamment, Conseil Constitutionnel, *5 mars 1996, Lilly France, BOCC* 17 juin 1996. – Com., 15 juin 1999, *JurisData* n° 1999-002482. On notera également que dans le cas de pratiques anticoncurrentielles, sont préférées des solutions à l'amiable plutôt que la procédure classique administrative et judiciaire. Ceci est particulièrement important dans la mesure où cela facilitera l'arrivée sur le marché d'un produit nécessaire à la santé publique.

Mais la procédure touchant aux licences d'office dans l'intérêt de la santé publique est lourde, car elle est à la fois judiciaire et administrative¹⁶¹⁸. Quant à ses effets, elle suit ceux d'une licence classique, à la différence près que, comme toute licence obligatoire, elle ne peut pas être exclusive¹⁶¹⁹.

353.- La licence d'office dans l'intérêt de la santé publique : « une soupape de sécurité »¹⁶²⁰. Cette licence est rarement appliquée. Cela peut s'expliquer par le pouvoir de dissuasion qu'elle dégage. Et pourtant, elle pourrait être d'un recours salutaire dans des affaires extrêmement symboliques des dérives de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, comme celle de la Société *Myriad Genetics*¹⁶²¹. La société a mis au point des tests de détection de prédisposition au cancer du sein et de l'ovaire. L'institut Curie, en Europe dispose également de tests de détection de prédisposition au cancer du sein et de l'ovaire, mais plus efficace et moins cher. L'opportun élargissement apporté par la loi n°2004-1338 du 8 décembre 2004 permet de solliciter ce type de licence pour des diagnostics *ex vivo*. Cela pourrait être une solution pour l'Institut Curie, qui se trouve être toujours sous les potentielles menaces d'une action en contrefaçon¹⁶²². Au niveau des conditions d'octroi de la licence, nous avons vu qu'un assouplissement pourrait permettre une application plus large. Ici

¹⁶¹⁸ La procédure administrative aboutit à un arrêté motivé du ministre chargé de la propriété industrielle soumettant le brevet au régime de la licence d'office. Aux termes de l'article L. 613-17 du Code de la propriété intellectuelle, toute personne qualifiée peut solliciter du ministre la délivrance d'une licence par arrêté, en déterminant les conditions, et notamment sa durée et son champ d'application. La procédure devient judiciaire pour fixer le montant des redevances. Les articles R. 613-17 à R. 613-25 du Code de la propriété intellectuelle précisent les modalités de cette deuxième phase de la procédure.

¹⁶¹⁹ En ce sens, M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°1003, p. 543 : « Il faut cependant constater que la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique répond à un souci de mettre à la disposition des maladies des médicaments dans les meilleures conditions possibles, mêmes s'ils sont déjà exploités par le breveté ou son licencié. L'exclusivité de la licence est étrangère à cet objectif essentiel de la licence d'office. Nous en concluons que la licence d'office ne devrait pas, d'une manière générale, pouvoir être exclusive ».

¹⁶²⁰J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, p. 327.

¹⁶²¹ Sur ce point, v. notamment les remarques en ce sens de H. GAUMONT-PRAT, *Suite des effets monopolistiques de certains brevets délivrés dans le domaine du vivant mettant en péril l'intérêt de la santé publique*, *Propr. ind.* juillet 2004, alerte n°95, juste avant l'entrée en vigueur des lois bioéthique de 2004. Pour une explication plus détaillée de l'affaire *Myriad Genetics*, v. notamment M. CASSIER et D. STOPPAT-LYONNET, *L'opposition contre les brevets de Myriad genetics et leur révocation totale ou partielle en Europe : premiers enseignements*, *Médecine et Sciences*, 2005, n°6-7, p. 658. – J. PEUSCET, *Brevetabilité de la biologie en France en 2006*, Litec, 2006, p. 78. Sur cette affaire, v. *supra* n°116.

¹⁶²² Concrètement, si les tests de l'Institut Curie conduisent à l'identification des mêmes mutations des gènes BRCA 1 et BRCA 2 que celles revendiquées, de manière très large, par la société *Myriad Genetics*, alors une action en contrefaçon est possible.

l'exploitation du brevet « dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique », pourrait être aisément démontré, au regard de l'attitude monopolisante de la Société *Myriad Genetics* et de la fiabilité des tests de l'Institut Curie. La décision reviendra aux instances administratives. Et même si elle entraîne le paiement d'une redevance, cette dernière sera peut-être préférable à une condamnation pour contrefaçon.

3) La licence obligatoire visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation.

354.- Premières vues. « En coopération avec l'industrie pharmaceutique, rendre les médicaments essentiels disponibles et abordables dans les pays en développement » est l'objectif 8, cible 17 dans la Déclaration des Nations Unies pour le millénaire. Cette licence, prévue à l'article L. 613-17-1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁶²³, cristallise les conflits entre la propriété intellectuelle et la santé publique au niveau mondial. Il n'est pas possible ici de retracer l'intégralité du débat qui anime ces relations, il a fait l'objet de riches études dont un résumé ici ne pourrait être qu'infidèle et lacunaire¹⁶²⁴. Le but assigné est de rapporter les éléments juridiques et de les analyser à travers le prisme du progrès médical. Une telle

¹⁶²³ L'article L. 613-17-1, al. 1 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « La demande d'une licence obligatoire, présentée en application du règlement (CE) n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006, concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique, est adressée à l'autorité administrative. La licence est délivrée conformément aux conditions déterminées par l'article 10 de ce règlement. L'arrêté d'octroi de la licence fixe le montant des redevances dues ».

¹⁶²⁴ Il existe peu de sujets qui déchaînent autant les plumes de juristes, d'économistes, de journalistes, de philosophes et de sociologues, que l'accès aux médicaments et la propriété intellectuelle. Nous avons donc dû opérer un choix, en s'arrêtant de préférence sur les textes juridiques : P. ARHEL, *Propriété intellectuelle : contribution de la communauté européenne à un meilleur accès à la santé publique*, L.P.A. 11 octobre 2007, n°204, p. 6. – B. BOIDIN, *Accès des pays pauvres à la santé : le rôle des droits de propriété intellectuelle et des firmes*, *Problèmes économiques*, n°2.818, 16 Juillet 2003, p. 9. – M.-C. CHEMTOB-CONCE, *Accès aux médicaments essentiels des pays en développement et respect du droit des brevets : un changement de position en faveur du droit à la santé*, *Gaz. Pal.* 23 décembre 2004, n°358, p. 2. – E. COMBE et E. PFISTER, *Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle*, *Économie internationale*, n°85. – A. GUESMI, *le médicament à l'OMC : entre droit des brevets et enjeux de santé. L'accès aux antirétroviraux dans les pays en développement*, Th. dactyl., Nice, 2008. – C. LE GAL, *Droit à la santé et droits de propriété intellectuelle : l'accès aux médicaments dans les pays en développement*, *R.D.S.S.* mai-juin 2005, p. 456. – C. MUFKA, *Accords ADPIC et brevets pharmaceutiques – Le difficile accès des pays en voie de développement aux médicaments antisida*, *Rev. d'économie industrielle*, 2002, spécial : *Les droits de propriété intellectuelle, nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, p. 191.

Le site internet de l'OMC est également une mine d'informations précieuses, www.wto.org. V. aussi un ancien rapport de la banque mondiale qui garde une certaine actualité dans la politique sanitaire menée contre la pauvreté, W. E. SIEBECK, R. E. EVENSON, W. LESSER et C. A. PRIMO BRAGA, *Strengthening Protection of Intellectual Property in Developing Country*. Et de même, un numéro ancien, mais particulièrement pertinent entièrement consacré aux *Brevets pharmaceutiques, innovation et santé publique*, *R.I.D.E.* 2000/1.

démarche nous permettra de vérifier à quel point l'assignation de cette finalité à la propriété intellectuelle est prometteuse pour juger de la légitimité de la règle de droit en la matière. Elle peut paraître loin l'aspiration à vouloir changer le monde qui anime et révolte face à l'urgence sanitaire dans les pays en voie de développement¹⁶²⁵. Et pourtant, il faut travailler avec ses propres armes, les nôtres sont les règles de droit, aiguisons-les.

a) Genèse de la licence obligatoire

355.- Conjonctures. C'est autour de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) que se concentrent les discussions¹⁶²⁶. Avant cet accord, chaque pays administrait à son bon souhait les règles de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Et d'ailleurs, un certain nombre de pays avait exclu toute protection par le brevet d'invention pharmaceutique, comme le Brésil¹⁶²⁷. Les premières affaires de la mondialisation dans le domaine de la propriété intellectuelle et de la santé allaient apparaître, notamment avec une version renforçant la protection conférée par les ADPIC, les

¹⁶²⁵ Il faut l'écrire : la moitié de l'humanité n'a pas accès au médicament, 3 millions d'enfants meurent chaque année de maladie pour lesquelles il existe des vaccins, 11 millions de personnes meurent de maladies infectieuses faute de médicaments de base, comme de l'aspirine, sur les 1223 nouveaux médicaments produits entre 1975 et 1997, 13 seulement étaient à destination des pays en voie de développement. Les dépenses de santé dans le Nord sont 25 fois plus importantes que dans le Sud pour une population 25 fois moins nombreuse... Pour d'autres froides données v., *Les obstacles à « la santé pour tous », points de vue du Sud* éd. Syllepse, coll. *Alternative sud*, 2004. Pour les différents types de maladies, v. J. LEBAS et G. BRUCKER, *Dossier : Santé publique et pays pauvres, A.D.S.P.* n°30, mars 2000, p. 20-68, et spéc. p. 43, sur les conditions de mise en œuvre et de succès des programmes de santé. Plus précisément sur l'épidémie du Sida, v. V. TOUZE et B. VENTÉLOU, *Pandémie de Sida et développement : un enjeu mondial, problèmes économiques*, n°2.764, 5 juin 2002, p. 22.

¹⁶²⁶ La propriété intellectuelle a été construite au niveau international sur la base de ces accords. Ils sont nés en même temps que l'Organisation mondiale du commerce (OMC), à l'issue de l'Accord de Marrakech, signé le 15 avril 1994. Pour une confrontation des dispositions des ADPIC à la situation des pays du sud, v. notamment, M. DIAS VARELLA, *L'organisation Mondiale du commerce, les brevets, les médicaments et le rapport Nord-Sud : un point de vue du Sud, R.I.D.E.* 1/2004, p. 79. Avant cet accord, la propriété intellectuelle était entachée de la « section 301 spéciale » du *Trade Act* de 1984, qui permettait aux États-Unis d'engager des mesures de rétorsion contre les pays contrevenant aux dispositions protégeant les droits de propriété intellectuelle des firmes américaines. Sur ce texte, v. B. CORIAT, *Du « super 301 » aux Trips : la vocation impériale du nouveau droit américain de la propriété intellectuelle*, *Rev. d'économie industrielle*, 2002, spécial : *Les droits de propriété intellectuelle, nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, p. 179. Plus largement, v. notamment F. CHRETIEN, *10 ans d'ADPIC, Propr. ind.* mars 2005, alerte n°25.

¹⁶²⁷ En ce sens, Rapport OMS, *Mondialisation, ADPIC et accès aux produits pharmaceutiques*, n°3, mars 2001, p. 2 : « Avant l'Accord sur les ADPIC, les conventions internationales ne fixaient pas de normes minimales en matière de brevets. Plus de 40 pays n'assuraient aucune protection par brevet des produits pharmaceutiques, beaucoup ne délivraient que des brevets de procédé, mais pas de brevets de produit, et dans de nombreux pays, la durée de la protection conférée par les brevets était bien inférieure à 20 ans ».

« ADPIC-Plus »¹⁶²⁸. Et pourtant, le texte des ADPIC, bien que d'inspiration « occidentalolibérale » et promoteur de la « propriété » intellectuelle, n'est pas dénué de toutes considérations pour réduire les inégalités en santé publique¹⁶²⁹. Ces questions sont, en outre, le siège de la résurgence des idées marxistes sur les rapports sociaux de production avec une domination du Nord sur le Sud¹⁶³⁰. L'article 8 des ADPIC, couplé à l'article 31 des ADPIC, prévoit un système de licences obligatoires, à des conditions précises, pour faire face aux situations d'urgence sanitaire¹⁶³¹. À cause de l'ampleur de l'épidémie du SIDA et des difficultés d'accès aux traitements disponibles pour les pays développés, de nombreuses frictions ont eu lieu entre les gouvernements des pays en voie de développement (notamment africains) et les laboratoires pharmaceutiques étrangers. Ces frictions atteignirent leur apogée avec le très médiatique et exemplaire « procès de Pretoria »¹⁶³², en 1997¹⁶³³, en Afrique du

¹⁶²⁸ V. notamment H. E. BALE Jr., *Untangling Thailand's Drug policies*, *Wall Street Journal Europe*, n°31, 14 mars 2007, p. 12. Un accord de libre-échange signé entre la Thaïlande et les États-Unis, qui limiterait la concurrence avec les importations parallèles et de fait réduirait l'accès aux médicaments bon marché en Thaïlande. Adde, P. ARHEL, *Le projet de libre-échange entre l'Union européenne et l'Inde : une nouvelle illustration de l'approche ADPIC-Plus*, *Propr. ind.* février 2010, études, n°4.

¹⁶²⁹ Attention, le tableau peint par les ADPIC dans le domaine de la santé n'est pas exclusivement favorable au domaine de la santé, on trouve des références à la prolongation des brevets au-delà de 20 ans pour remédier à des recherches longues et coûteuses, des licences obligatoires données dans des cas très précis, impossibilité d'accorder une AMM aux médicaments génériques sans le consentement du breveté, etc.

¹⁶³⁰ Sur cette question, v. *infra* n°58. On remarque d'ailleurs beaucoup d'associations revendiquer plus ou moins ouvertement une telle filiation (comme notamment *Act Up*).

¹⁶³¹ V. notamment l'article 8 des ADPIC : « Les membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et leurs réglementations nationales, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique, la nutrition, et pour faire prévaloir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord » [nous soulignons].

V. le parallèle que fait M. CASSIER avec loi de 1844 est intéressant, tout en soulignant que dans un cas on exclut la propriété et dans l'autre la jouissance : « il y a d'après la loi et le simple bon sens incompatibilité entre une composition pharmaceutique utile à l'humanité et une exploitation exclusive au profit d'un seul (...) » (F. Barthe, Chambre des pairs, séance du 25 mars 1843) et « Nous convenons que l'accord sur les ADPIC – Aspects de la propriété intellectuelle liés au commerce – n'empêche pas et ne devrait pas empêcher les membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique (...) Chaque membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées (...) étant entendu que les crises dans le domaine de la santé publique, y compris celles liées au VIH/sida, à la tuberculose, au paludisme et à d'autres épidémies peuvent représenter une situation d'urgence nationale » (déclaration de l'Organisation Mondiale du Commerce sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, à Doha, en novembre 2001), in M. CASSIER, *Clin d'œil, brevet et santé publique : de la chambre des pairs à l'OMC, Entreprises et histoire*, oct. 2004, n°36, p. 160.

¹⁶³² Sur ce procès très médiatique, v. notamment : K. WATKINS, *Les droits des brevets contre le droit à la santé*, *Courrier International* (extrait *International Herald Tribune*), 22 février 2001, n°538. – T. LETHU, *Accès des pays pauvres aux soins et aux médicaments : un espoir enfin ?*, *Problèmes économiques*, 18 juillet 2001, n°2.722, p. 10

Sud, où des compagnies pharmaceutiques mondiales se sont opposées aux décisions prises par le gouvernement sud-africain. Le prix des médicaments brevetés vendus dans le pays était un frein à l'accès à la santé. Aucun salut ne pouvait être trouvé du côté des licences obligatoires prévues par les ADPIC¹⁶³⁴ du fait de l'absence d'infrastructures technologiques nécessaires pour la fabrication des médicaments. Les licences obligatoires prévues par l'ADPIC restaient lettre morte, pendant que les pays se tournaient vers l'importation parallèle de médicaments¹⁶³⁵. En face, l'industrie pharmaceutique s'appuyait sur l'article 28 des ADPIC pour affirmer que le titulaire du brevet peut « empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir les actes ci-après : fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer » le produit. Ce procès prit fin en 2001, sous la pression de la société internationale, par le retrait des laboratoires pharmaceutiques de l'instance. Une première déclaration de l'Organisation Mondiale du Commerce sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, à Doha, en novembre 2001, réaffirme la possibilité pour les pays en voie de développement de recourir aux licences obligatoires dans les situations d'urgence dans le domaine de la santé publique. Mais cet accord laissait en suspens, à l'article 6, la question de la fabrication des médicaments lorsque le pays ne possédait pas les infrastructures¹⁶³⁶. Les membres de l'OMC ont renvoyé la question à la diligence des États. Non résolue, elle a été le sujet de la seconde déclaration de l'Organisation Mondiale du Commerce sur l'accord sur les ADPIC et la santé

¹⁶³³ Le gouvernement sud-africain faisait voter en 1997 le « *Médecines and related Substances and Control Act* », dans lequel, il organise une régulation de la propriété intellectuelle afin d'assurer l'offre de médicaments. Les moyens envisagés étaient à la hauteur des besoins du pays : limiter les droits du brevet dans le pays en permettant l'importation parallèle de ces médicaments à partir de pays où ils étaient moins chers. Et pourtant l'Afrique du Sud semblait être le bon élève des ADPIC, avec une législation sur la propriété intellectuelle, en ayant refusé l'offre thaïlandaise d'une technologie « libre de droits » pour fabriquer 300 médicaments génériques et l'offre indienne pour l'importation de 8 molécules anti-sida.

¹⁶³⁴ Sans oublier la crainte d'utiliser ces dispositions. En ce sens, J.-F. MORIN, *Droits de propriété intellectuelle et développement durable : les négociations multilatérales, régionales et bilatérales affectant les pays francophones, Séminaire de haut niveau sur les enjeux de la conférence ministérielle de Cancun pour les pays francophones*, 25-27 juin 2003, les pressions économiques peuvent prendre diverses formes, comme le désinvestissement, des taxes douanières plus élevées, etc. Et du même auteur, v. aussi *La brevetabilité dans les récents traités de libre-échange américains*, R.I.D.E. 2004, p. 483.

¹⁶³⁵ Il s'agit pour un importateur, dit « importateur parallèle », de faire pénétrer une spécialité pharmaceutique, achetée ou fabriquée dans l'État d'exportation, concurrentiellement avec celui qui dans l'État d'importation, en possède les droits exclusifs du fait d'un brevet ou d'une licence. En droit communautaire, cette prérogative découle du principe de la libre circulation des marchandises. L'opération peut être particulièrement juteuse au regard des différences de prix qui existent.

¹⁶³⁶ En ce sens, « nous reconnaissons que les membres de l'OMC ayant des capacités de fabrication insuffisantes ou n'en disposant pas dans le secteur pharmaceutique pourraient avoir des difficultés à recourir de manière effective aux licences obligatoires dans le cadre de l'Accord sur le ADPIC » et de demander au Conseil des ADPIC « de trouver une solution rapide à ce problème et de faire rapport au conseil général avant la fin 2002 », in OMC WT/MIN(01)/DEC/2, préc. §6.

publique, à Doha, le 30 août 2003¹⁶³⁷. Mais avant de l'aborder, il convient de s'arrêter un instant sur les risques liés à contrefaçon de médicaments que ces pays encourent.

356.- La contrefaçon de médicaments : accélératrice de l'urgence sanitaire. Face au besoin recrudescant de médicaments et à l'incapacité matérielle d'y accéder s'est développé un marché parallèle du médicament¹⁶³⁸. Il ne s'agit pas ici d'aborder le cas de la fabrication de médicaments génériques au mépris des droits de propriété intellectuelle non encore échus, que nous aborderons ci-après. Il s'agit plutôt de mettre en évidence que certaines populations sont la proie d'un commerce peu moral où les marchandises présentent comme de « vrais-médicaments » mais sont en réalité des « faux » ne possédant aucun principe actif. Selon B. FAURAN, « les faux médicaments représentent environ 6 à 10% des médicaments en circulation dans le monde entier, voire 30% des médicaments en circulation dans certaines zones, telles l'Amérique du Sud, l'Afrique sub-saharienne et l'Inde »¹⁶³⁹. Un tel constat ne fait qu'aggraver l'urgence sanitaire et le besoin de solutions.

¹⁶³⁷ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *La propriété intellectuelle dans la mondialisation*, *Propr. ind.* 2006, étude n°20. – C. TUOSTO, *The TRIPs concil decision of August 30, 2003 on the import of pharmaceuticals under compulsory licences*, *E.I.P.R.* 2004, n°12, p. 542.

¹⁶³⁸ Quelques chiffres disponibles sur le site de la Fondation Chirac : Selon les pays, le trafic de faux médicaments peut atteindre plus de 30% des médicaments mis en circulation. Les chiffres de 2007 cités représentent une augmentation d'environ 20% par rapport à 2006. C'est 10 fois plus qu'en 2000 (*Produits Contrefaits – rapport du secrétariat de l'OMS du 18 décembre 2008*) Selon certaines données, le trafic de faux médicaments serait 25 fois plus rentable que la vente de la drogue. Les bénéfices de ce commerce sont en voie de supplanter ceux du trafic dont il a emprunté les méthodes, le trafic de la drogue. Alors qu'un usager de drogue sait qu'il absorbe un produit prohibé, un malade, lui, ne sait pas que le médicament qu'il prend est dangereux. En 2007, les autorités de la plupart des pays membres de l'Organisation Mondiale de la Santé ont détecté plus de 4 cas de produits médicaux nocifs par jour (*Produits Contrefaits – rapport du secrétariat de l'OMS du 18 décembre 2008*).

<http://www.fondationchirac.eu/programmes/acces-aux-medicaments/>

¹⁶³⁹ B. FAURAN, *Interrogations sur la sécurité juridique dans les pays émergents : les enjeux de la lutte contre la contrefaçon de médicaments*, in *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC, Vuibert, 2009, p. 85 et spéc. p. 86. Rapp. F. GARNIER, *Faux médicaments : le consommateur européen est-il à l'abri ? R.I.P.I.A.* avril 2010 p. 60. Nous pensons également, à l'intervention de M. le président Chirac pour cette cause, dans ce que les médias ont nommé l'appel de Cotonou, du 12 octobre 2009. Lançant que : « de toutes les inégalités, la plus blessante est l'inégalité devant la santé », l'accès aux médicaments de qualité est une priorité pour la Fondation Chirac (<http://www.fondationchirac.eu/programmes/acces-aux-medicaments/mobilisation-internationale-contre-traffic-faux-medicaments/>). V. également, l'exhaustive étude de M. BARRE-PEPIN, *La mondialisation du système de brevet et la contrefaçon de médicaments*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 185.

b) Régime de la licence obligatoire

357.- L'article 6 de la déclaration de Doha du 30 août 2003. Il s'agit d'une étape décrite comme « historique » dans le processus de négociation de l'OMC¹⁶⁴⁰. Cet accord a pour objet d'introduire une sorte de « paternalisme » dans le domaine de la santé¹⁶⁴¹. Le mécanisme mis en place est simple : un pays exportateur industriellement compétent va solliciter l'obtention d'une licence de fabrication et d'exportation auprès du laboratoire et en face, un pays en voie de développement va déposer une demande de fabrication accompagnée de licences obligatoires pour autoriser l'importation et la vente dans le pays¹⁶⁴². Le régime de la licence de fabrication et d'exportation est déterminé par un règlement communautaire du 17 mai 2006¹⁶⁴³ et chaque pays ensuite procède à la délivrance. Cette licence est introduite en France à l'article L. 613-17-1 du Code de la propriété intellectuelle, par la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007. L'originalité du système est que ces licences reposent sur des produits brevetés pour lesquels ne sera pas exigée l'autorisation du titulaire (en cas d'urgence nationale et d'autres circonstances d'extrême urgence ou bien dans le cas de pratiques anticoncurrentielles). Il doit être précisé que la licence obligatoire n'est pas « une confiscation »¹⁶⁴⁴ et qu'elle donne lieu à « rémunération adéquate » versée au titulaire du droit. Le 4 octobre 2007, le Canada a été le premier, et le seul¹⁶⁴⁵, pays à notifier une licence

¹⁶⁴⁰ P. RAVILLARD, *La décision du 30 août 2003 sur l'accès aux médicaments : une étape historique dans le processus de négociation de l'OMC*, *Propr. intell.* janvier 2004, p. 524. Et sur la licence obligatoire au regard des dispositions internationales, avant la transposition dans la loi française, v. notamment, A.-E. KAHN, *Les licences obligatoires*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 219 et T.-L. TRAN-WASESCHA, *La mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique : la Décision du 30 août 2003 et le protocole du 6 décembre 2005 portant amendement de l'accord sur les ADPIC*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 243.

¹⁶⁴¹ En ce sens, v. F.M. SCHERER et J. WATAL, *Post-trips options for access to patented medicines in developing countries*, *Commission on macroeconomics and health*, paper n°WG4, 1.

¹⁶⁴² M. ARHEL précise que cette décision emporte trois sortes de dérogations. Tout d'abord, la dérogation à l'obligation relative à l'approvisionnement du marché intérieur à titre principal s'explique par la finalité de l'article qui implique que ces produits soient exportés vers des pays connaissant l'urgence sanitaire qui a motivé la licence. Puis, la dérogation relative à la rémunération adéquate et la dérogation en faveur de certains pays sont particulièrement favorables aux pays en voie de développement (in, P. ARHEL, *Droit des brevets : vers un meilleur accès à la santé publique*, *propr. ind.* juillet/août 2007, p. 13..

¹⁶⁴³ Le règlement CE n° 816/2006 du 17 mai 2006, *Journal Officiel de l'union européenne* 9 Juin 2006.

¹⁶⁴⁴ P. ARHEL, *Droit des brevets : vers un meilleur accès à la santé publique*, *propr. ind.* juillet/août 2007, p. 13.

¹⁶⁴⁵ Une demande de la Bolivie serait actuellement à l'étude : (http://www.wto.org/french/news_f/news10_f/trip_02mar10_f.htm)

obligatoire pour l'exportation d'un médicament générique. Il s'agissait d'une licence de fabrication du TriAvir, un médicament de trithérapie du Sida, destiné à l'exportation vers le Rwanda. Bien qu'elle nous semble particulièrement équilibrée dans les droits de chacun, on peut douter de la pertinence de cette disposition du fait de son inapplication¹⁶⁴⁶. Premièrement, il est nécessaire que le pays exportateur ait transposé ces dispositions dans son droit national, ce qui est une procédure parfois longue. Deuxièmement, certains pays, comme le Brésil et l'Inde¹⁶⁴⁷, avaient remédié à cette urgence sanitaire en s'approvisionnant en médicaments génériques non couverts par un brevet¹⁶⁴⁸. Mais les ADPIC leur imposent d'inscrire dans leur législation nationale des dispositions relatives à la protection de nouveaux produits pharmaceutiques. Enfin, comme le souligne M. ARHEL, « l'efficacité du système ne peut pas être mesurée seulement par rapport au nombre de notifications reçues par l'OMC ou au nombre de pays exportateurs qui ont modifié leur législation. Il faut également tenir

¹⁶⁴⁶ Sur un bilan, v. notamment : B. CORIAT, F. ORSI et C. ALMEIDA, *L'accord ADPIC et ses implications en matière de santé publique pour les pays du Sud : bilan et perspective pour l'après 2005*, in *L'accord ADPIC : dix ans après*, B. REMICHE (sous la dir.), éd. Larcier, 2007, p. 229.

¹⁶⁴⁷ Si le Brésil ne connaissait effectivement pas de législation sur les brevets de médicament, l'Inde, en revanche, autorisait seulement les brevets de procédés pharmaceutiques (in, M. CASSIER, *Propriété industrielle et santé publique*, *Projet* 2002, p. 47). Sur la législation de l'Inde en matière de propriété intellectuelle, v. notamment, A. DESAI et A. SHAW, *Lettre d'Inde, L'exploitation commerciale des droits de propriété intellectuelle en Inde*, *Propr. ind.* juillet 2010, p. 895. Rappr. G. VELASQUEZ, *L'accès aux médicaments est un droit de l'homme mais les médicaments pour tous sont une affaire privée*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 119.

¹⁶⁴⁸ L'exemple du Brésil mérite quelques précisions. Au Brésil, des laboratoires publics, à la différence de l'Inde où les laboratoires étaient privés, produisent des molécules hors brevet qui sont ensuite achetées par le Ministère de la santé et distribuées gratuitement à 100 000 malades (196 000 cas recensés en 2000). Ces molécules étaient copiées sur des molécules protégées, car il n'existait pas de législation sur le brevet au Brésil. Les molécules produites sont comme des médicaments génériques, elles ont les mêmes propriétés que le médicament principal. La conséquence est que le prix du médicament a considérablement chuté. En 1997, le Brésil se dota d'une législation sur la propriété intellectuelle, mais tout en continuant à protéger la production de copies, et notamment la première génération d'antirétroviraux. Et en ce qui concerne les marchandises brevetées, le Brésil exige leur production sous trois ans dans le pays, ou sinon il sera tenu de fournir la formule et d'en permettre la fabrication. Les États-Unis déposèrent plainte, mais ils la retirèrent avec les retentissements du procès de Pretoria. Les prix des molécules sont aujourd'hui négociés grâce à la menace d'une licence obligatoire d'autant qu'ils disposent des infrastructures pour les fabriquer. Sur cette question, v. notamment : M. CASSIER, *Propriété industrielle et santé publique*, *Projet* 2002, p. 47. – B. CORIAT et F. ORSI, *Brevets pharmaceutiques, génériques et santé publique. Le cas de l'accès aux traitements antirétroviraux*, in *revue de l'Institut d'Économie Public*, n°12, 2003/1, p. 153. ANRS, *Le nouveau droit de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé et du vivant, Symposium Franco-brésilien*, 23 et 24 juin 2004. – D. A. DANIEL, *The pharmaceutical industry nightmare in Brazil*, *Trade World* n°199, july/august 2007. – G. DI BLASI, *Brazil' patent law and the pharmaceutical industry*, *Intell. Asset Management*, in *IP value in life science*, p. 39. – R. GOSAIN, *in good health? Patent World Issue*, n°194, july/august 2007, p. 21. – M. B. MARQUES, *Brevets pharmaceutiques et accessibilité des médicaments au Brésil*, in *Brevets pharmaceutiques, innovation et santé publique*, *R.I.D.E.* 2000/1, p. 97. Et pour le cas de l'Inde, *Estimating the effects of global patent protection for pharmaceuticals : a case study of fluoroquinolones in India*. – Pour une analyse globale, v. notamment A. M. IMAM, *How Does Patent Protection Help Developing Countries ?*, *IIC*, vol. 37, n°3/2006, p. 245.

compte de l'impact du système sur le niveau des prix des médicaments ». L'accessibilité des pays en voie de développement aux médicaments de première nécessité passe évidemment par une offre quantitative adéquate, mais aussi par la possibilité même de les acheter. Or, le prix des médicaments brevetés est une des causes de la situation d'urgence sanitaire qui touche ces pays¹⁶⁴⁹. Ainsi, face à l'imposition de l'article 6 de la Déclaration de Doha, les laboratoires préfèrent baisser les prix plutôt que de se voir imposer une licence obligatoire¹⁶⁵⁰, même si les prix restent encore souvent trop élevés¹⁶⁵¹.

c) Réflexions autour de la finalité des droits de propriété intellectuelle.

358.- Tentative d'ébauche d'une réponse pour le progrès médical des pays en voie de développement ? Il est impossible pour nous de donner en quelques lignes une réponse aux immenses difficultés qui viennent d'être exposées. Nous pouvons toutefois comparer les réponses apportées par le droit à la finalité retenue. La finalité de progrès médical appliqué à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé renvoie au compromis qui est au cœur de ce conflit, à savoir l'équilibre à créer entre l'incitation à l'innovation, qui est le contenu du progrès médical, et la préservation de l'accès aux avancées médicales des populations les plus démunies. L'article 6 de la déclaration de l'Organisation Mondiale du Commerce sur l'accord sur les ADPIC et la santé publique, à Doha, le 30 août 2003, semble correspondre à cette

¹⁶⁴⁹ En ce sens, v. notamment E. COMBE et E. PFISTER, *Brevet et prix des médicaments dans les pays en développement*, *Propri. intell.* juillet 2003, p. 269, qui démontrent que les ADPIC ont clairement pour conséquence une hausse marquée du prix des médicaments sous brevet. V. aussi, le Rapport conjoint de l'Organisation mondiale de la santé et de l'Organisation mondiale du commerce, *Rapport sur de l'atelier sur la fixation différenciée des prix et sur le financement des médicaments essentiels*, du 8-11 avril 2001, à Høsbjorg, Norvège, disponible sur : www.who.int/medecines/docs/par/equitable_pricing.doc. Par fixation des prix différenciée, le rapport explique qu'il s'agit d'une adaptation des prix imposés par le vendeur sur le pouvoir d'achat dans différents pays. « Il est largement reconnu que la fixation différenciée des prix pourrait et devrait jouer un rôle important dans l'accès aux médicaments essentiels existant à des prix abordables, en particulier dans les pays pauvres ». Sur cette pratique, v. les remarques dubitatives de M. WADMAN, *Les médicaments à bas prix contre le Sida divise les experts*, *Courrier International* (extrait de la revue *Nature*), 19 avril 2001, n°546.

¹⁶⁵⁰ En ce sens, C. R. DAVIES, *Glaxo group Ltd v. Dowelhurst and Taylor : what futur for altruism in the pharmaceutical industry ? E.I.P.R.* octobre 2004, p. 437. On y apprend notamment que Glaxo a vendu à la France des médicaments à prix coûtant – trois antirétroviraux et un antiasthmatique – destiné à l'Afrique dans le cadre de l'aide humanitaire. On signalera aussi l'aide de Merck à la Thaïlande, A. KAZMIN, *Merck to offer aids drug price cut to Thais*, *Financial Times*, n°36245, 1^{er} décembre 2006, p. 6.

¹⁶⁵¹ En ce sens, L. SUND, *Propriété intellectuelle et santé publique : l'accord de l'OMC sur les licences obligatoires permettra-t-il d'améliorer l'accès aux médicaments des populations frappées par la maladie*, *Le courrier ACP-UE*, n°201, novembre- décembre 2003, p. 28. Un rétroviral avant le procès Pretoria se négociait autour de 10000 dollars, en 2003 ils ne coûtaient plus que 200 dollars. Il faut toutefois nuancer ces chiffres qui dépendent aussi du caractère nouveau du médicament en cause.

finalité. Le retour sur investissement est assuré pour les laboratoires par les ventes réalisées sur les pays industrialisés et l'urgence sanitaire trouve une amorce de solution par une offre de médicament accessible. Est-ce que cette réponse est complète ? Pour l'heure, elle reste inappliquée.

Une réponse plus longue et globale devrait être donnée. Pour cela, on peut se concentrer sur l'imposant travail réalisé par la Commission sur les droits de la propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique¹⁶⁵². Tout d'abord en ce qui concerne la recherche fondamentale, elle doit davantage se concentrer sur les maladies qui touchent les pays en voie de développement. Les maladies du Sud ne sont pas, ou pas autant (Sida), les maladies du Nord¹⁶⁵³. Pour cela, il est recommandé aux gouvernements d'introduire dans leurs législations nationales des programmes d'encouragement de la Recherche-Développement tant sur les produits de santé, que sur des substances ou technologies qui pourraient faciliter et accélérer leur apparition sur le marché¹⁶⁵⁴. Un travail devra être effectué pour rendre l'information de santé plus accessible pour les maladies qui affectent ces pays, notamment les données contenues dans les chimiothèques¹⁶⁵⁵. Du côté des pays en voie de développement, il est conseillé de faire travailler leurs universités et les instituts publics de recherche sur ces questions de santé publique en priorité. Du côté des laboratoires, s'unir pour élaborer ensemble les technologies de la recherche en amont, éviterait les situations de dépendance sur les éléments essentiels à l'élaboration des futurs médicaments tout en partageant l'investissement.

En ce qui concerne le développement des médicaments, la Commission préconise de renforcer les partenariats privés/publics, tout en surveillant à leur nécessaire transparence et à leur

¹⁶⁵² Elle a été créée en mai 2003 à la 56^e Assemblée Mondiale de l'OMS. Le rapport s'intitule : *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, avril 2006. Le travail effectué dans ce rapport est considérable sur les données existantes, sur l'importance et l'efficacité des régimes de propriété intellectuelle, sur les mécanismes existants pour l'incitation et le financement des démarches en faveur de l'accès aux médicaments.

¹⁶⁵³ Selon ce rapport, elles sont classées en trois grands types. Les maladies de type I, sévissent à la fois dans les pays riches que dans les pays pauvres, comme le diabète, le cancer ; les maladies de type II, telles que le VIH, sévissent à la fois dans les pays riches que dans les pays pauvres, mais les pays pauvres accusent une charge de morbidité plus conséquente ; enfin, les maladies de types III, comme la dengue ou la leishmaniose, sont celles qui sévissent essentiellement ou exclusivement dans les pays pauvres, *in* Rapport précité, *Chapitre 1 : Le cycle de l'innovation en santé : comment en faire bénéficier les populations les plus démunies*, p. 25.

¹⁶⁵⁴ Sur cette idée, voir nos remarques sur la durée des CCP, *supra* n°338.

¹⁶⁵⁵ Sur ce point, v. *infra* n°519 sur les biobanques et le droit d'auteur. Et aussi, G. CORDIER, *Les accords de « chimiothèque »*, C.C.E. octobre 2009, prat. n°9.

efficacité. Dans le même esprit, et sur le modèle du Brésil, les gouvernements devraient continuer à multiplier les formules d'achat anticipées qui permettent la mise au point, la fabrication et la distribution des médicaments essentiels.

Enfin, la distribution est l'élément final clé de l'accès aux médicaments. L'aide pour les pays en voie de développement à avoir les moyens de leurs propres innovations est indispensable. Cela peut être pour l'élaboration d'infrastructures opérationnelles ou la formation des agents de santé, ou l'élaboration d'un système de soins. Une fois en place, des accords de transfert de technologies avec les pays développés parachèveront l'aide au développement¹⁶⁵⁶. Si les politiques de prix des laboratoires pharmaceutiques sont en voie d'amélioration, la prise de conscience doit s'accroître. Un système de prix différenciés est une vieille idée, y compris à l'intérieur du pays à destination des patients les plus pauvres. Les taxes et les droits de douane sont aujourd'hui antinomiques des efforts menés. Le système instauré par la déclaration de Doha en 2003 doit être encouragé. Nous ajouterions qu'une réflexion sur l'épuisement international des droits de propriété intellectuelle devrait être engagée¹⁶⁵⁷. Nous l'étudierons au travers du droit de la concurrence. Enfin, les accords bilatéraux ne doivent pas chercher à instaurer une protection supplémentaire (ADPIC-Plus) qui serait contraire à l'accès aux médicaments dans les pays en voie de développement.

Il ne reste qu'à espérer que cette ligne de conduite, qui nous paraît équilibrée, soit celle empruntée par les membres de l'OMC, l'OMS et l'OMPI, réunis en symposium le 16 juillet 2010 pour porter le coup d'envoi à l'examen approfondi d'une série de problèmes propres aux pays en voie de développement et à la santé publique.

¹⁶⁵⁶ Sur cette idée, v. notamment, F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, A. ROBINE, *Transfert de technologie et accès aux médicaments contre le sida par les pays en développement – Quelques éléments de réflexion sur les ressources du contrat*, R.D.C. janvier 2009, p. 239.

¹⁶⁵⁷ En ce sens, ARNAUD, *L'épuisement international du droit à la marque*, D. aff. 1998, p. 1592. Soulignons que par plusieurs arrêts la jurisprudence française l'écarte (v. notamment : TGI Paris, 5 mars 1997, *PIBD* 1997, III, p. 357).

4) Les licences de dépendance

359.- Justification de l'emploi des licences de dépendance dans le domaine de la santé.

Dans la pratique, la mise au point d'un nouveau médicament nécessite de négocier au préalable des licences. Nous avons d'ailleurs abordé la difficulté de négocier ces licences *ex ante*, avant la recherche ou bien *ex post* après la recherche¹⁶⁵⁸. Une autre difficulté se présente lorsque les substances ou les technologies utiles à la réalisation de l'invention sont disséminées entre les mains d'un grand nombre d'inventeurs. Il va falloir aller chercher les licences d'exploitation dans ce que les économistes appellent un « buisson de brevets ». Pour prendre un exemple fort célèbre, la réalisation d'un riz transgénique, le *Golden Rice*, a nécessité l'établissement d'au moins soixante-dix licences¹⁶⁵⁹ auprès d'une trentaine d'instituts publics et privés¹⁶⁶⁰. Parmi les licences sollicitées, douze étaient essentielles à la réalisation de l'invention et pouvaient avoir un effet potentiellement bloquant. Outre les enjeux économiques considérables que ces situations engendrent, ces pratiques sont contre-productives pour le progrès médical et s'inscrivent dans une tendance générale à la dégradation du brevet¹⁶⁶¹. Un début de réponse à cette situation consisterait, lors de la revendication, à vérifier les dépôts abusivement multiples, au regard de la valeur sociale des inventions. Car il s'agit dans le fait d'échelonner les inventions sur un même objet dans le temps, avec pour conséquence de prolonger la protection par le brevet. Ce sont précisément de tels comportements qui aboutissent à un enchevêtrement qui stérilisent le système. En aval, une solution pourrait être envisagée grâce à l'application de l'article L. 613-15 al.2 du Code de la propriété intellectuelle relatif aux licences de dépendance¹⁶⁶². Accordée judiciairement,

¹⁶⁵⁸ V. *supra* n°115.

¹⁶⁵⁹ Ou *Material Transfert Agreements* (MTA).

¹⁶⁶⁰ J.-N. HALLET, *Un cas d'école en matière de protection internationale des brevets biotechnologiques : le Golden Rice*, in *La propriété intellectuelle en question(s), regards croisés européens*, Colloque 16-17 juin 2005, Litec, 2006, p. 199.

¹⁶⁶¹ J. TIROLE, *Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ?*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M.-A. FRISON-ROCHE (sous la dir.) et A. ABELLO, LGDJ, 2005, p. 3.

¹⁶⁶² L'article L. 613-15 al. 2 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Lorsque le titulaire d'un brevet ne peut l'exploiter sans porter atteinte à un brevet antérieur dont un tiers est titulaire, le tribunal de grande instance peut lui accorder une licence d'exploitation du brevet antérieur dans la mesure nécessaire à l'exploitation du brevet dont il est titulaire et pour autant que cette invention constitue à l'égard du brevet antérieur un progrès technique important et présente un intérêt économique considérable ». Avant cet article nécessitait pour l'octroi d'une licence de dépendance, la démonstration d'un perfectionnement. Ce qui est heureux, car le perfectionnement devait s'entendre dans un sens « étroit » (en ce sens, v. J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 530, p. 323).

elle est limitée aux besoins de l'exploitation et permet exclusivement aux inventions présentant un « progrès technique important » *et* « un intérêt économique considérable ».

Même si une telle disposition touche en premier à l'intérêt privé, on peut se réjouir des conséquences indirectes qu'elle aura sur le progrès médical. Toutefois, la lettre du texte invite à plus de modération de cet enthousiasme. En effet, les termes « considérable » et « important » placent le niveau d'exigence du juge sur l'invention assez haut. La subjectivité qui empreindra une telle appréciation était justement celle qu'il était souhaitable d'éviter lors de la recherche de l'activité inventive. Au-delà, on peut regretter que la référence soit là encore exclusivement économique. À travers les termes « intérêt économique considérable », la motivation des juges se basera sur le niveau d'investissement engagé – notamment dans le cadre de licence *ex post*. Il ne reste qu'à espérer que les discussions sur le niveau du progrès technique apporté ne soient pas occultées par l'aspect économique et qu'elles laissent entrevoir la finalité de « bien-être » social, composante du, plus large, progrès médical. Là, peut-être, pourrait commencer la prise de conscience que la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, n'est pas l'accumulation de progrès technique, économiquement rentable, mais plus l'accroissement des avancées médicales dans un souci d'amélioration de la santé – en bref, le progrès médical.

B) L'accès restauré

360.- Parfois, même si l'invention a été accordée, un domaine de l'inappropriable doit être préservé par des dispositions spéciales. Tel est par exemple le cas des préparations magistrales et des actes accomplis à titre expérimental, qui protègent la science nécessaire à la recherche fondamentale et du privilège de l'agriculteur, qui sécurise de l'emprise du brevet les mécanismes qui se produisent à l'état naturel.

1) Les préparations magistrales et les actes accomplis à titre expérimental.

361.- Les exemptions de recherches. Les préparations magistrales et les actes accomplis à titre expérimental sont traditionnellement regroupés sous l'appellation des « exemptions de recherche ». Il s'agit tout simplement d'élargir le libre accès intellectuel déjà prévu dans la description de l'invention, en permettant aux concurrents de travailler sur les éléments fournis dans cette description. Les préparations magistrales effectuées dans les officines sont une vieille exception de la propriété intellectuelle prévue à l'article L. 613-5 du Code de la

propriété intellectuelle¹⁶⁶³ et ne soulèvent pas de grands débats¹⁶⁶⁴. Elle peut être menaçante pour les droits du breveté, mais à raison gardée, car la disposition n'a jamais été relevée devant les tribunaux. Il en va autrement des actes accomplis à titre expérimental. Le même texte les exclut expressément¹⁶⁶⁵.

362.- L'importance des exemptions de recherche pour le domaine de la santé. Il s'agit de protéger la recherche fondamentale. Elle concerne à la fois les essais qui visent à mettre sur le marché une substance équivalente à celle revendiquée et les essais qui visent à la recherche de nouvelles applications thérapeutiques de la molécule¹⁶⁶⁶. Sir James Black, prix Nobel de physiologie/médecine en 1988 aurait dit : « La base la plus prometteuse pour la découverte d'un nouveau médicament est de partir d'un médicament déjà connu »¹⁶⁶⁷. Mais comme le souligne M. le professeur AZEMA, la difficulté réside dans l'interprétation de cette disposition pour ces deux types d'essais¹⁶⁶⁸. « En effet, si l'on écarte les laboratoires publics dont l'activité de recherche n'est généralement pas motivée par l'exploitation industrielle, force est de constater que, dans l'industrie, la recherche n'est pas détachée d'une perspective commerciale, de sorte qu'il est plus difficile de cerner la portée de l'exception »¹⁶⁶⁹. Dans le domaine de la santé, où placer la limite entre ce qui relève de la recherche à titre expérimental ou de la contrefaçon ? Si l'on s'arrête au caractère commercial ou non de la recherche, comme

¹⁶⁶³ L'article L. 613-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas : (...) c) à la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale, ni aux actes concernant les médicaments ainsi préparés ».

¹⁶⁶⁴ Citons tout de même l'étude récente de P. KAMINA, *Le droit de la propriété industrielle pour l'Open Science ? (les dispositions favorables à la libre exploitation des résultats industriels)*, in *Cahiers Droit, Sciences&Technologies*, n°3, 2010, p. 99 et spéc. p. 108.

¹⁶⁶⁵ L'article L. 613-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas : (...) b) aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ».

¹⁶⁶⁶ Sur le processus de recherche, v. *supra* n°341.

¹⁶⁶⁷ Cité par : J. A. STELLMACH, *Brevetabilité des composés ayant une activité biologique, Quelques relations entre structure, activité biologique et activité inventive, propr. ind.* octobre 2006, p. 9.

¹⁶⁶⁸ J. AZEMA, *Médicaments, J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4280, 2008, n°33. Sur cette difficulté, v. aussi, M. COUSTEOSTE, *L'exception de recherche en France dans le domaine pharmaceutique : une solution encore à l'essai*, *Propr. ind.* 2002, chron. n°7. – P. VERON, *Contrefaçon et brevet d'invention – Usage expérimental et essais cliniques, situation législative et jurisprudentielle dans les principaux pays industriels*, *R.D.P.I.* 2000, n°107, p. 17.

¹⁶⁶⁹ J. AZEMA, *Médicaments*, préc. n°33.

les dispositions des lois de 1968 et 1978 y invitaient¹⁶⁷⁰, on ne pourrait qualifier dans cette disposition que les recherches publiques. Le désintérêt commercial n'étant pas, à juste titre, le moteur de la recherche privée. Donc, s'il ne peut trouver de critères dans la finalité de la recherche, il faut travailler sur son contenu. La recherche a-t-elle pour but la reproduction à l'identique du médicament ou simplement d'identifier les composantes et de prendre appui sur elles pour la découverte de nouvelles molécules ? Il a naturellement été jugé que dans le second cas, il ne s'agissait pas d'un acte de contrefaçon¹⁶⁷¹, mais que le premier cas, qui reproduit à l'identique le médicament est une contrefaçon¹⁶⁷². Mais la frontière entre ces deux cas est particulièrement difficile à tracer. Et pourtant, elle est fondamentale notamment, pour l'arrivée sur le marché des médicaments génériques.

363.- L'exception Bolar. L'intérêt pour les « génériques » et pour la santé publique est de proposer le médicament au plus vite après l'extinction du monopole (brevet ou CCP). S'ils doivent attendre de faire les recherches en biodisponibilité pour la mise sur le marché¹⁶⁷³, cela retarderait d'autant la production des médicaments génériques. Considérant cet élément de santé publique, les tribunaux ont amorcé une interprétation large de ce que l'on devait entendre par « les actes accomplis à titre expérimental ». Cette position jurisprudentielle a été confortée par la directive n°2004/27/CE du Parlement et du Conseil européen, du 31 mars 2004, sur le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain¹⁶⁷⁴, à l'article 10.6¹⁶⁷⁵, transposée par les lois n° 2007-248 du 26 février 2007 et n°2008-518 du 3 juin

¹⁶⁷⁰ En ce sens, v. M. de HAAS, *Brevet et médicament en droit français et en droit européen*, Litec, 1981, n°807, p. 425 : « Selon les dispositions de l'une ou de l'autre des lois de 1968 et de 1978, un laboratoire est en droit, à des fins expérimentales, de reproduire dans son intégrité une invention brevetée : non seulement faire la synthèse du produit constituant le principe actif, mais également essayer ce produit en pharmacologie et en clinique, pour savoir s'il possède bien des propriétés décrites au brevet ».

¹⁶⁷¹ CA Paris, 14e ch., 27 janv. 1999, n°1998/51745. Rapp. TGI Paris 20 février 2001, *PIBD* 2001, n°729, III, p. 531: « les essais de bioéquivalence consistant à comparer les propriétés du produit expérimenté à la spécialité de référence (...) ne peuvent pas être considérés comme des actes accomplis à des fins industrielles et commerciales, leur finalité immédiate étant l'obtention de l'AMM ».

¹⁶⁷² CA Lyon, 5 mars 1992, *PIBD* 1992, III, p. 363. – CA Paris, 27 nov. 1984, *PIBD* 1985, III, p. 118. Rapp. – P. VERON, *Les essais cliniques en vue de la mise sur le marché d'un médicament générique ne peuvent être conduits avant l'expiration des droits de propriété industrielle sur le médicament*, *Propr. ind.* 2000, n°107, p. 31.

¹⁶⁷³ Cette notion de biodisponibilité procède de la définition du médicament générique, v. *infra* n°389.

¹⁶⁷⁴ Directive n°2004/67/CE du 31 mars 2004, sur le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain *Journal Officiel UE* 30 avril 2004.

¹⁶⁷⁵ L'article 10.6 de la directive du 31 mars 2004 dispose : « La réalisation des études et des essais nécessaires en vue de l'application des paragraphes 1, 2, 3, 4 et les exigences pratiques qui en résultent ne sont pas

2008¹⁶⁷⁶. Cette exception est dite Bolar¹⁶⁷⁷. Tous les pays membres de l'Union européenne ont introduit dans leur législation nationale une telle exception¹⁶⁷⁸. En France, elle est inscrite au Code de la propriété intellectuelle un article L. 613-5, dont le d) reprend cette limite posée du droit du breveté¹⁶⁷⁹ : « Les droits par le brevet ne s'étendent pas : (...) d) aux études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché pour un médicament, ainsi qu'aux actes nécessaires à leur réalisation et à l'obtention de l'autorisation ». Cette disposition recouvre les tests de biodisponibilité effectués par les génériqueurs.

2) Le privilège de l'agriculteur.

364.- Définition et portée du privilège de l'agriculteur. Ce privilège a été mis en place pour que le brevet n'ait pas pour effet d'interdire des processus qui ont lieu à l'état naturel. En effet, les matières végétales présentent la faculté de se répliquer, ce qui permet aux agriculteurs de réensemencer leurs champs après une culture. On ne connaît pas réellement l'impact de cette spécificité sur le « manque à gagner » causé aux obtenteurs¹⁶⁸⁰, mais la qualification et le régime juridique de cette pratique sont âprement discutés¹⁶⁸¹. Alors que les

considérées comme contraire aux droits relatifs au brevets et aux certificats complémentaires de protection pour les médicaments ».

¹⁶⁷⁶ Loi n° 2007-248 du 26 février 2007, *Journal Officiel* 27 Février 2007. Sur ce thème, v. notamment, J.-C. GALLOUX, *Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament*, *RTD com.* 2007, p. 5. On peut également citer l'ordonnance n°2007-613 du 26 avril 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament. J. PEIGNE, *Le droit du médicament après la loi du 26 février 2007 et l'ordonnance du 26 avril 2007*, *R.D.S.S.* juillet-août 2007, p. 579.

¹⁶⁷⁷ Elle tient son nom d'une affaire américaine *Roche v. Bolar pharmaceuticals*, de 1984, qui introduit la limitation aux monopoles du breveté pour l'utilisation du médicament de référence à des fins réglementaires.

¹⁶⁷⁸ AIPPI, *Question Q. 202 : The impact of public health issues on exclusive patent rights*, summary report, p. 2.

¹⁶⁷⁹ L'article L. 613-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Les droits par le brevet ne s'étendent pas : a) aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ; b) aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée ; c) à la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie sur ordonnance médicale ni aux actes concernant les médicaments ainsi préparés ; d) aux études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché pour un médicament, ainsi qu'aux actes nécessaires à leur réalisation et à l'obtention de l'autorisation ; e) aux objets destinés à être lancés dans l'espace extra-atmosphérique introduit sur le territoire français ».

¹⁶⁸⁰ J.-P. CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, L'Harmattan, 1998, p. 93.

¹⁶⁸¹ V. notamment S.-L. ANVAR, *Semences et droit, l'emprise d'un modèle économique dominant sur une réglementation sectorielle*, Th. dactyl. Paris I, 2008. V. aussi, C. GATIGNOL, *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat*

entreprises semencières criaient à l'acte de contrefaçon les agriculteurs se protégeaient derrière l'argument de la répllication naturelle. L'instauration « d'un privilège de l'agriculteur » dans le droit des obtentions végétales date de la Convention UPOV de 1991¹⁶⁸². L'équilibre entre les droits de l'obteneur et ceux de l'agriculteur n'a pas été réalisé. Largement en faveur de l'obteneur, le privilège exclut des secteurs importants, comme l'horticulture, il est limité aux besoins de l'exploitation, il est soumis à rémunération dont le taux est très légèrement inférieur à celui des licences de production et la possibilité pour l'obteneur de garder un regard sur les pratiques des agriculteurs. À côté de l'atteinte aux droits de l'obteneur, pourrait également exister une atteinte aux droits de l'inventeur si la plante a fait l'objet d'une modification génétique. La plante génétiquement modifiée fait alors l'objet d'un brevet. Outre la double redevance dont devra s'acquitter l'agriculteur (à l'obteneur et à l'inventeur), il s'expose à une assignation en contrefaçon en cas de réensemencement. La directive 98/44 du 6 juillet 1998 protège le privilège de l'agriculteur face à celui de l'inventeur, à l'article 11¹⁶⁸³. Pour se prémunir de cette protection de l'agriculteur, l'Entreprise Monsanto a mis au point une semence portant le gène *Terminator*, qui présente la faculté de stopper les possibilités reproductives de cette semence, d'où l'impossibilité de réensemencer. Face aux revendications internationales, la société a renoncé à employer cette semence dans le domaine alimentaire¹⁶⁸⁴, mais sa politique de défense agressive du brevet compense. En témoigne l'ubuesque affaire d'un agriculteur, au Canada, condamné pour avoir récolté des semences disséminées par le vent¹⁶⁸⁵.

(n°1884), relatif à la protection des inventions biotechnologiques, Assemblée Nationale, n°1936, le 23 novembre 2004, p. 43 et s.

¹⁶⁸² L'article 15§2 de la Convention UPOV dispose : « En dérogation des dispositions de l'article 14, chaque partie contractante peut, dans des limites raisonnables et sous réserve de la sauvegarde des intérêts légitimes de l'obteneur, restreindre le droit d'obteneur à l'égard de toute variété afin de permettre aux agriculteurs d'utiliser à des fins de reproduction ou de multiplication, sur leur propre exploitation, le produit de la récolte qu'ils ont obtenu par la mise en culture, sur leur propre exploitation, de la variété protégée ou d'une variété visée à l'article 14.5 a) i) ou ii) ». Sur ce point, v. notamment L. BOY, *L'évolution de la réglementation internationale : vers une remise en cause des semences paysannes ou du privilège de l'agriculteur*, R.I.D.E. 2008/3, p. 300. L'auteur dans cet article reconnaît que le privilège de l'agriculteur est d'une particulière complexité à cause d'une grande quantité de texte en vigueur.

¹⁶⁸³ L'article 11 de la Directive dispose : « par dérogation aux articles 8 et 9, la vente ou une autre forme de commercialisation de matériel de reproduction végétal par le titulaire du brevet ou avec son consentement à un agriculteur à des fins d'exploitation agricole implique pour celui-ci l'autorisation d'utiliser les produits de sa récolte pour reproduction ou multiplication par lui-même sur sa propre exploitation ».

¹⁶⁸⁴ Sur ces questions, v. notamment : <http://www.greenpeace.org/france/news/ogm-monsanto>.

¹⁶⁸⁵ J. PASSA, *La protection par le brevet des semences génétiquement modifiées. À propos de l'arrêt Monsanto de la Cour suprême du Canada*, Environnement, Mars 2005, étude n°3.

C) L'accès protégé

365.- La question de la contrefaçon de médicaments, dépasse le cadre de notre étude sur l'objet de la propriété intellectuelle et en l'occurrence la recherche d'une hypothèque sociale sur la circulation des objets brevetés. Mais il s'agit d'une question aux enjeux importants (1). Nous avons donc choisi de l'intégrer à cette étude en considération de la valeur sociale négative¹⁶⁸⁶ que pouvaient avoir certains objets (2). Ce n'est pas donc toute la question de la contrefaçon qui sera ici abordée, mais seulement une réflexion sur la finalité des dispositions de la propriété intellectuelle lorsqu'elle est confrontée à ces objets qui affectent négativement l'état de santé d'une personne et qui s'avèrent contreproductifs de progrès médical. Nous les avons déjà abordés rapidement sur les questions relatives à l'ordre public¹⁶⁸⁷, nous les retrouverons en matière de marques dans le domaine de la santé¹⁶⁸⁸.

1) Les enjeux de la contrefaçon de médicament

366.- Quelques chiffres. Même s'il est difficile de mesurer l'ampleur du problème, du fait de la diversité des sources, des différentes manières de compiler les informations Selon l'Organisation mondiale de la santé (OMS) plus d'un médicament sur deux serait une contrefaçon¹⁶⁸⁹. On estime également à 4.4 millions d'unités de produits pharmaceutiques ou parapharmaceutiques contrefaisant ont été appréhendées par les douanes européennes en 2006¹⁶⁹⁰. La contrefaçon de ces produits comme l'explique l'OMS : « est un sérieux problème de santé publique qui met en danger des vies humaines et sape la crédibilité des systèmes de santé. Les produits médicaux contrefaits compromettent les progrès accomplis en santé publique et outre les effets nocifs directs pour les patients et les échecs thérapeutiques, ils sapent la confiance du public dans l'ensemble du système de santé »¹⁶⁹¹. Nous notons une

¹⁶⁸⁶ Sur cette notion, v. *supra* n°316.

¹⁶⁸⁷ V. *supra* n°316.

¹⁶⁸⁸ V. *infra* n°433

¹⁶⁸⁹ Rapport de l'OMS du 18 décembre 2008, *Produits Médicaux Contrefaits*, disponible sur http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/EB124/B124_14-fr.pdf

¹⁶⁹⁰ Cités par C. LE GOFFIC et M. WAGNER, *La pénalisation de la contrefaçon, Dr. pénal*, décembre 2009, étude n°26.

¹⁶⁹¹ Rapport de l'OMS préc. p. 2.

particulière recrudescence de ces actes : les chiffres de 2007 représentent environ une augmentation de 20 % par rapport à 2006 et dix fois plus qu'en 2000. Mais ces chiffres ne sont pas seulement le témoignage de l'ampleur du problème ils sont également des nouveaux moyens de détection. Tout type de médicament est concerné et la cherté du produit n'est pas nécessairement un motif à une plus grande contrefaçon. En atteste, la contrefaçon de paracétamol, de préservatifs, des filets chirurgicaux, aux bandelettes de contrôle de glycémie¹⁶⁹² jusqu'aux molécules plus élaborées¹⁶⁹³.

Alors, quelle réponse apporter à ces problèmes ?

2) Le traitement juridique de la contrefaçon de médicament

367.- La définition de la contrefaçon de médicament. Dans le domaine de la santé, il est apparu un besoin d'une définition unitaire de la contrefaçon de médicament pour harmoniser les condamnations au niveau international. C'est ainsi qu'en 2008¹⁶⁹⁴, Groupe spécial International anti-contrefaçon de produits médicaux à sa troisième réunion générale (Hammamet, Tunisie, 3-5 décembre 2008) en a apporté la suivante : « Un produit médical est contrefait lorsqu'il y a une fausse représentation de son identité ou de sa source. Cela s'applique au produit, à son conditionnement ou à toute autre information concernant l'emballage ou l'étiquetage. La contrefaçon peut s'appliquer à des spécialités ou à des produits génériques. Les produits contrefaits peuvent être des produits contenant les bons ingrédients/composants ou de mauvais ingrédients/composants, pas de principe actif ou un principe actif en quantité insuffisante ou encore des produits dont le conditionnement a été

¹⁶⁹² Dont le nombre risque de croître du fait de leur prochain déremboursement par la Sécurité sociale française.

¹⁶⁹³ Par exemple, en 2009, la Chine aurait contrefait l'antidiabétique traditionnelle (hypoglycémiant), en contenant six fois la dose normale de glibenclamide, ce qui aurait causé deux morts, neuf personnes hospitalisées (source : <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/fr/index.html>). Ou encore, République-Unie de Tanzanie aurait contrefait la Metakelfin (antipaludique) dont le principe actif était finalement inexistant dans ces objets contrefaits (source : <http://www.tfda.or.tz/>). En 2007, une quantité importante de Xenical (contre l'obésité) aurait été trouvée en vente aux États-Unis pour le marché local et international (source : <http://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/2007/ucm108904.htm>).

¹⁶⁹⁴ Il existait une définition au préalable, mais elle a montré ses insuffisances. Un nombre important d'États Membres, Interpol, l'Organisation mondiale des Douanes (qui s'appelait alors le Conseil de Coopération douanière), l'Organe international de Contrôle des Stupéfiants, la Fédération internationale de l'Industrie du Médicament, l'Organisation internationale des Unions de Consommateurs et la Fédération internationale pharmaceutique avaient approuvé la définition de travail suivante : « Un médicament contrefait est un médicament qui est délibérément et frauduleusement muni d'une étiquette n'indiquant pas son identité et/ou sa source véritable. Il peut s'agir d'une spécialité ou d'un produit générique et parmi les produits contrefaits, il en est qui contiennent les bons ingrédients ou de mauvais ingrédients, ou bien encore pas de principe actif, et il en est d'autres où le principe actif est en quantité insuffisante ou dont le conditionnement a été falsifié » (*in*, Rapport de l'OMS préc. p. 2).

falsifié. Il ne faut pas assimiler les violations de brevets ou les litiges concernant des brevets à la contrefaçon de produits médicaux. Les produits médicaux (génériques ou spécialités), dont la commercialisation n'est pas autorisée dans un pays donné, mais l'est ailleurs, ne sont pas considérés comme produits contrefaits ». À partir de cette définition l'OMS préconise toute une série de mesures : « 1) à réaffirmer leur volonté d'élaborer et d'appliquer des politiques nationales, d'en surveiller la mise en œuvre et de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir l'accès à des produits médicaux de grande qualité ; 2) à adopter et appliquer des lois et des réglementations qui empêchent la fabrication, l'exportation, l'importation ou le commerce de produits médicaux contrefaits dans le cadre des transactions internationales et du système de distribution réglementé ; 3) à instaurer des mécanismes efficaces de coordination et de collaboration entre les autorités sanitaires, les services chargés de l'application des lois et les autres autorités compétentes, afin de mieux repérer les produits médicaux contrefaits, enquêter sur les cas de contrefaçon et engager des poursuites ; 4) à instaurer des mécanismes appropriés facilitant la coopération internationale et l'échange d'informations entre les autorités chargées de repérer les produits médicaux contrefaits et de combattre la contrefaçon de produits médicaux ; 5) à alerter et sensibiliser les professionnels de la santé aux risques que comportent les produits médicaux contrefaits ; 6) à sensibiliser les professionnels de la santé et les consommateurs aux risques que comportent les produits médicaux contrefaits achetés dans des points de vente non agréés ou sur des sites Internet non autorisés ». Quelle orientation a prise la loi française ?

368.- La pénalisation de la contrefaçon de médicament, une solution ? La loi française intègre cette valeur sociale négative par une pénalisation renforcée. Un régime récent inséré au Code de la propriété intellectuelle est allé dans ce sens. La Directive 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2006 relative au respect des droits de propriété intellectuelle¹⁶⁹⁵ a été transposée par la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon¹⁶⁹⁶. Elle est traditionnellement définie par un élément matériel est un élément moral. En matière de brevet, l'article L. 615-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet, tels qu'ils sont définis aux articles

¹⁶⁹⁵ Directive 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2006 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *Journal officiel UE*, 195/16, 2 juin 2006

¹⁶⁹⁶ La loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, *Journal Officiel*, du 30 octobre 2007.

L. 613-3 à L. 613-6, constitue une contrefaçon. La contrefaçon engage la responsabilité civile de son auteur ».

Une des innovations de la loi de 2007 est de prévoir des dispositions spécifiques aggravées pour les atteintes en bande organisée à des droits de propriété intellectuelle – les brevets¹⁶⁹⁷, les dessins et modèles¹⁶⁹⁸ ou les marques¹⁶⁹⁹ - qui menaceraient la santé. C'est sur ce volet répressif que nous axons notre regard. L'aggravation des peines serait une réponse à la protection de la valeur sociale qui doit être attachée aux objets du domaine de la santé. L'accès doit être protégé pour des produits de qualités seulement, c'est-à-dire ceux pour lesquels la brevetabilité répondait à une finalité de progrès médical. Envisagée en ce sens, la pénalisation de la contrefaçon est un moyen de progression du droit vers la protection de la santé. Pour autant, est-on réellement certain qu'un durcissement de la législation est la véritable solution à cette finalité ? Selon Mmes C. LE GOFFIC et M. WAGNER, « l'efficacité de la lutte contre la contrefaçon commande de procéder, à l'image de ce qui est préconisé en droit pénal des affaires, à un toilettage des textes. Il est fort paradoxal que le mouvement de pénalisation auquel on assiste en matière de contrefaçon renforce, dans les faits, l'attractivité de la justice civile »¹⁷⁰⁰. Le mouvement de pénalisation de la propriété intellectuelle ne serait pas la solution à ces maux, au contraire. Il ne faudrait donc pas compter sur l'effet dissuasif de la sanction pénale qui par certaines incohérences, notamment au regard

¹⁶⁹⁷ L'article 615-14 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende les atteintes portées sciemment aux droits du propriétaire d'un brevet, tels que définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6. Lorsque le délit a été commis en bande organisée ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende ».

¹⁶⁹⁸ L'article 521-10 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Toute atteinte portée sciemment aux droits garantis par le présent livre est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Lorsque le délit a été commis en bande organisée ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende ».

¹⁶⁹⁹ L'article L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Est puni de quatre ans d'emprisonnement et de 400 000 euros d'amende le fait pour toute personne, en vue de vendre, fournir, offrir à la vente ou louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite :

- a) D'importer, d'exporter, de réexporter ou de transborder des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ;
- b) De produire industriellement des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ;
- c) De donner des instructions ou des ordres pour la commission des actes visés aux a et b.

Lorsque les délits prévus au présent article ont été commis en bande organisée ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende ».

¹⁷⁰⁰ En ce sens, C. LE GOFFIC et M. WAGNER, *La pénalisation de la contrefaçon, Dr. pénal*, décembre 2009, étude n°26, p. 19. Rapp. P. MASSOT, *Les sanctions de la contrefaçon Des sanctions inadaptées en matière de contrefaçon Le rôle limite des sanctions pénales, Cahier de l'IRPI 2005*, p. 5.

de l'élément moral conduit à son évincement progressif au profit de sanctions civiles. Un accès protégé certes, mais dont le moyen de la protection est à relativiser.

369.- Conclusion de la Section 1 : Les ressorts internes de l'hypothèque sociale. La propriété intellectuelle aménagée effectivement, pour la poursuite de la finalité du progrès médical, les moyens de sa propre limitation. Qu'il s'agisse d'une limitation de la durée des droits ou bien d'une limitation de l'exercice des droits, elle est orientée vers un accroissement de l'accessibilité aux avancées médicales. Un tempérament a toutefois été posé, avec l'instauration d'un Certificat Complémentaire de Protection délivré pour les médicaments en prolongeant la durée légale du brevet. Si son existence se justifie pour diversifier une offre en produits de santé dans des secteurs en grand besoin, comme pour les maladies compassionnelles ou les médicaments à usage pédiatrique, sa présence pour tous les produits de santé est discutable. La concession imposée à l'usage commun de ces produits pour l'intéressement à l'accroissement technique des avancées médicales, questionne la finalité de progrès médical poursuivie. Si, le compromis de ce système semble être un « moindre mal », il nécessite une particulière vigilance contre tout abus. Le mécanisme des licences correspond à ce besoin d'accessibilité aux avancées médicales et permet d'aménager l'exercice dans ce sens. La souplesse qu'elles introduisent doit toutefois être relativisée au niveau international, où les difficultés relatives à l'accès des pays en voie de développement aux médicaments imposent une réflexion dans un spectre plus large. Enfin, même si l'invention est appropriée en considération de sa valeur sociale et que le régime de la propriété intellectuelle intègre le besoin d'usage commun, par l'accès intellectuel qu'il réserve, il est parfois, dans certains domaines, nécessaire de l'appuyer comme pour protéger l'exercice de la recherche fondamentale dans les préparations magistrales et les actes accomplis à titre expérimental. Cette disposition est notamment utile pour préparer sans perdre un temps précieux l'entrée des médicaments génériques sur le marché. Il est indispensable de protéger les mécanismes qui se produisent à l'état naturel et que le brevet aurait pour conséquence de monopoliser par le privilège de l'agriculteur. Enfin, la question de la contrefaçon des médicaments a été abordée au regard de la circulation de produits à valeur sociale négative. Toutefois, il apparaît que la réponse pénale apportée n'est pas idéale.

Il est alors nécessaire d'envisager la réalisation de l'hypothèque sociale par des mécanismes extérieurs.

Section 2

Les ressorts externes de l'hypothèque sociale

370.- Le recours à des mécanismes extérieurs à la propriété intellectuelle. Il convient de rappeler que l'octroi d'un droit privatif sur l'invention dans le domaine de la santé s'explique par la considération de la valeur sociale de ces objets. En effet, du fait même de leur appropriation, ils doivent contribuer à la réalisation du progrès médical, c'est-à-dire à l'accroissement du « bien-être » social, à l'amélioration de la santé. Cette finalité, qui pénètre les dispositions de la propriété intellectuelle, semble devoir être complétée par des droits extérieurs. Mais pourquoi ? Le monopole qu'elle crée peut-être exercé abusivement à l'encontre de l'accessibilité nécessaire à l'invention. L'utile recours au droit communautaire de la concurrence¹⁷⁰¹ sera alors un moyen de réguler de telles pratiques, contreproductives pour le bénéfice social (*paragraphe 1*). D'autre part, il est fait appel aux droits extérieurs pour des situations précises où la valeur sociale de l'objet de la propriété intellectuelle a été insuffisamment considérée au moment de l'appropriation, et qu'aucune demande en annulation n'a été intentée¹⁷⁰², ou encore qu'elle l'est insuffisamment au moment de l'exploitation. Ici, cela ne tient pas à la pratique de titulaires malveillants eu égard au progrès médical, mais à l'insuffisance même de protection de la spécificité des inventions dans le domaine de la santé, au moment de leur circulation. Il apparaît alors intéressant de mettre en regard les deux mécanismes correcteurs : par le droit de la santé, évident parce que collectif par excellence, et par le droit des contrats, surprenant parce qu'individualiste par excellence (*paragraphe 2*).

¹⁷⁰¹ Nous nous intéressons de préférence au droit communautaire de la concurrence qui est plus riche d'enseignement dans ses relations avec le droit de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. De plus, on y retrouve quelques raisonnements similaires avec le droit communautaire, notamment en termes d'entente et d'abus de position dominante. Il faut donc entendre le droit communautaire de la concurrence au sens large, c'est-à-dire sous les aspects de la libre circulation et de la libre concurrence.

¹⁷⁰² Sur cette sanction, v. *supra* n°273.

Paragraphe 1

Le mécanisme régulateur : le droit communautaire de la concurrence

371.- L'apparente divergence des logiques de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence¹⁷⁰³. L'histoire des découvertes médicamenteuses est une histoire universelle basée sur les échanges internationaux et la transmission internationale d'un savoir scientifique. La propriété intellectuelle, par le monopole qu'elle instaure, heurte la libre circulation des marchandises. De plus, un droit de propriété intellectuelle est rattaché à un territoire précis. Le droit de la concurrence décloisonne ces frontières, dans lesquelles la propriété intellectuelle naît, pour qu'elle se développe sur le marché européen. Un tel principe fonde l'idée même de l'Europe, selon l'expression commune : « ouvrez les frontières aux marchands, les politiques suivront ». D'un marché commun à la création d'une fonction de Président de l'Union européenne, la liberté économique et la liberté politique se garantissent l'une l'autre. Au-delà de ces apparentes divergences, les relations entre la propriété intellectuelle et le droit communautaire de la concurrence sont plus œuvres de compromis et de convergence que de divergence. Le droit de la concurrence est un outil précieux de régulation des droits de propriété intellectuelle.

372.- La convergence des logiques de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence : vers un droit de la régulation ? Il semblerait, au contraire, que le droit de la concurrence et le droit de la propriété industrielle/intellectuelle participent à la même fonction, à savoir la régulation d'un marché¹⁷⁰⁴. Cette convergence impliquerait selon M. le professeur SIIRIAINEN un « changement de paradigme » vers une « fonction concurrentielle des droits de propriété intellectuelle »¹⁷⁰⁵. L'avènement d'un droit de la régulation apparaît

¹⁷⁰³ En ce sens, F. DUPUIS-TOUBOL, A. PERROT, R. GOLD, *Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : convergence ou divergence ?*, dans le cadre des cycles de conférences de la Cour de Cassation : *Droit de propriété intellectuelle : approche juridique et économique*, Rev. Lamy droit de la concurrence, avril/juin 2007, n°11, p. 216

¹⁷⁰⁴ En ce sens, v. notamment, M.-A. FRISON-ROCHE, *L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits de marchés, perspectives de régulation*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO, LGDJ, 2005, p. 15. – M. VIVANT, *Droits de propriété intellectuelle : approche juridique et économique, Rapport de Synthèse, Séminaire de la Cour de Cassation*, nov. 2006, Rev. Lamy de la concurrence, avril-juin 2007, p. 222.

¹⁷⁰⁵ F. SIIRIAINEN, *Propriété intellectuelle et concurrence, problématique de la convergence*, in *La propriété intellectuelle, entre autres droits* (sous la dir.) J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 31 et spéc. p. 36.

aujourd'hui comme une question centrale du droit¹⁷⁰⁶. Il porterait, entre autres, le rôle de normalisation d'une propriété intellectuelle en déclin. De manière plus nuancée, nous présenterons dans cette étude les principaux mécanismes du droit communautaire de la concurrence¹⁷⁰⁷, basé sur le principe de libre circulation (A) et de libre concurrence (B) peuvent qui « réguler » l'exercice de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, sans nécessairement menacer le paradigme de la propriété.

A) La libre circulation

373.- Le principe de la libre circulation au niveau communautaire autorise notamment la pratique des importations parallèles (1). Mais cette dernière va à l'encontre de la logique territoriale de la propriété intellectuelle, ce pour quoi il faut user pour assurer la libre circulation de la théorie de l'épuisement des droits (2). Par ces deux dispositions, l'accessibilité aux objets du domaine de la santé est régulée.

¹⁷⁰⁶ En ce sens, v. notamment : L. BOY, *Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence*, JCP G, 2004, I, 166. – L. BOY, *Réflexion sur le droit de régulation*, D. 2001, Chr., p. 3031. – M.-A. FRISON-ROCHE, *Définition du droit de la régulation économique*, D. 2004, Chron., p. 126. Et du même auteur, *Le droit de la régulation*, D. 2001, Chr., p. 610. – G.-J. MARTIN (sous la dir) *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, coll. *Droit et société*, 1998. – H. ULLRICH, *Propriété intellectuelle, concurrence et régulation, limites de protection et limites de contrôle*, R.I.D.E. 2009, p. 399. Selon M. le professeur SIIRIAINEN : « Au vrai, la question [d'un droit de la régulation] est complexe et mérite toute la prudence qu'induit le caractère novateur, mais également polémique, de la proposition » (in, F. SIIRIAINEN, « *Droit d'auteur* », *contra* « *droit de la concurrence* » : *versus* « *droit de la régulation* », R.I.D.E., 2001/4, p. 413). L'approche de cet auteur du droit de la régulation, ou plus exactement du phénomène de la régulation est plus large que celle de Mme le professeur FRISON-ROCHE. Cette dernière y voit plus un droit qui réaliserait un équilibre entre un secteur ouvert à la concurrence et des éléments hétérogènes, comme la santé (A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la régulation*, D. 2001, Chr., p. 610).

¹⁷⁰⁷ Sur cette importante question, les écrits doctrinaux sont nombreux, v. notamment : J. AZEMA, *Les arrêts Centrafarm et la libre circulation des médicaments*, Dr. Et pharmacie 1977, 68 ; *Libre circulation des marchandises et droits de propriété intellectuelle*, J.-Cl. concurrence, fasc. 490 ; *La circulation des produits brevetés sur le territoire communautaire*, JCP E, 1982, II, 13722, p. 109. – V.-L. BENABOU, *Droit de la concurrence et propriétés intellectuelles. David et Goliath ?*, Propr. intell., janv. 2005, Chron., p. 89. – J.-S. BERGE, *Droit communautaire de la concurrence et concurrence déloyale*, JCP E, 2000, n°3, p. 5 ; *L'entre deux âges des droits intellectuels au temps communautaire*, Europe, fév. 1998, p. 4 ; *Paradoxe et droit communautaire : observations sur l'interaction des catégories juridiques à partir de données récentes tirées des droits intellectuels et du droit de la concurrence*, JDI, I, 1999, p. 85 ; *Entre autres droits, la propriété intellectuelle*, Propr. intell., juill. 2002, n° 4, p. 9 ; *Les rapports contrariés entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence*, Legipresse, n° 220, avr. 2005, p. 57. – J.-J. BURST et R. KOVAR, *Droit de la propriété industrielle et droit de la concurrence*, Gaz. Pal., 1983, 2, p. 407. – A. FRANCON, *Les relations entre les règles de concurrence et les droits de propriété intellectuelle*, Rev. Int. Conc., 1987, n°151, p.34. – C. MARECHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, coll. IRPI., 2009.

1) Les importations parallèles : manifestation de la libre circulation.

374.- Définition des importations parallèles. Les droits de propriété intellectuelle sont marqués par leur genèse territoriale. En effet, c'est le droit national qui fixe les conditions d'existence et d'exercice d'un droit de propriété intellectuelle. Roi en son royaume, l'inventeur va se défendre de toute entrée sur son territoire bravant un des grands principes du droit communautaire, celui de la libre circulation, telle que posée par le Traité de Rome. Et pourtant, sous l'égide de la libre circulation des marchandises, il sera possible pour un importateur, dit « importateur parallèle »¹⁷⁰⁸, de faire pénétrer une spécialité pharmaceutique, achetée ou fabriquée dans l'État membre d'exportation, concurrentement avec celui qui dans l'État membre d'importation, en possède les droits exclusifs du fait d'un brevet ou d'une licence. Pour cela, il sera nécessaire d'étendre l'AMM déjà accordée¹⁷⁰⁹. Ce système d'importation parallèle peut s'avérer particulièrement intéressant dans le domaine de la santé, car il permet d'obtenir des spécialités à un prix souvent plus intéressant. La fonction de régulation du droit de la concurrence s'exprime ici sur le prix et favorise ainsi un meilleur accès à la santé. En cela, la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence convergent vers la finalité de progrès médical. Notons qu'il s'agit d'ailleurs du moyen employé par les pays en voie de développement pour obtenir des médicaments à un moindre coût. Ce principe de libre circulation ne doit pas être entravé par une quelconque disposition nationale. Ce qui explique le refus de toutes Mesures d'Effet Équivalent à des Restrictions Quantitatives (MEERQ)¹⁷¹⁰, qu'elles affectent l'exportation (article 35 du TFUE)¹⁷¹¹ ou l'importation

¹⁷⁰⁸ Les importations parallèles sont définies comme : « celles qui, sur le territoire d'un État, émanent d'autres personnes que celui qui, à titre principal et le plus souvent exclusif, met le produit sur le marché de cet État, soit en l'important soit en le fabriquant » (*in*, J. AZEMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 144, p. 71). Sur ce point, v. notamment : X. DE MELLO, *Importations parallèles dans le Marché Commun*, *Gaz. Pal.*, 1971, Doctr., p.172.

¹⁷⁰⁹ En ce sens, CJCE, 1^{er} avril 2004, *aff. Kohlpfarma GmbH c/ Allemagne*, *Rev. Droit & Santé*, 2006, n°11, p. 315, note MAILLOLS.

¹⁷¹⁰ La jurisprudence communautaire par quelques grands arrêts est venue préciser ce qu'il fallait entendre par MEERQ. V. notamment, CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, *Rec.* p. 837 : il s'agit de « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement actuellement ou potentiellement le commerce intra-communautaire ». Pour un exemple récent dans le domaine de la santé, v. notamment, CJCE 11 décembre 2003, C.C.E. mai 2004, comm. n°61, *Les interdictions de la publicité et de la vente de médicaments par l'Internet peuvent être justifiées par la nécessité de protéger la santé et la vie*, note DECOCQ. Dans cet arrêt, une interdiction de vente par correspondance des médicaments dont la vente est réservée exclusivement aux pharmacies établies dans un des États membres constitue une mesure d'effet équivalent à des restrictions quantitatives. L'argument de protection de la santé publique de l'article 36 du TFUE ne s'applique pas en l'espèce.

(article 34 du TFUE)¹⁷¹². Toutefois, un État pourra se prévaloir de l'exception de l'article 30 du Traité constitutif pour imposer des restrictions relatives à la santé publique¹⁷¹³. Cette exception strictement entendue doit être proportionnée au but poursuivi, à savoir la protection de la santé publique. Le danger d'une spécialité pharmaceutique pour les « consommateurs » privera l'importateur des autorisations nécessaires à la libre circulation de sa marchandise.

2) L'épuisement des droits de propriété intellectuelle : modalité de la libre circulation.

375.- Définition de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle. La théorie de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle¹⁷¹⁴ est justement l'outil de la réalisation de la libre circulation des marchandises, le moyen de la convergence dans la divergence des logiques. L'épuisement des droits de propriété industrielle est apparu pour la première fois dans une affaire relative au domaine de la santé, à travers l'arrêt de la CJCE du 31 octobre 1974, *Sterling Drug c/ Centrafarm*¹⁷¹⁵. Dans cette affaire, la société *Sterling Drug* était

¹⁷¹¹ L'article 35 du TFUE dispose : « Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres ».

¹⁷¹² L'article 34 du TFUE dispose : « Les restrictions quantitatives à l'importation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres ».

¹⁷¹³ L'article 36 du TFUE dispose : « Les dispositions des articles 28 et 29 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

¹⁷¹⁴ E. ARNAUD, *La définition de la mise sur le marché contre l'épuisement du droit de propriété industrielle*, *Gaz. Pal.*, n° 12, janv. 2000, p. 144. – J. AZEMA, « L'épuisement communautaire » : *Quel droit de la propriété industrielle pour le 3^{ème} millénaire*, Litec, 2001, p. 305 ; *Épuisement du droit. Notion de mise dans le commerce*, *RTD Com.*, janv.-mars 2005, p. 74. – V.L. BENABOU, *Épuisement des droits, Épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ?*, *Legicom* 2001/2, n°25, p.115. – J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, *Le droit international de la propriété industrielle*, *RTD Com.*, avr.-juin 2004, p. 286. – V.L. BENABOU, *Le feuillet du droit de location face au droit communautaire ou le principe de l'épuisement revisité*, *D. Aff.*, 1999, n° 148, p. 240. – N. BOESPFLUG, *La portée territoriale de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle*, *Mélanges offerts à J.J. Burst*, Litec, 1997, p. 47. – G. BONET, *APD et droit sur les créations : une évolution inquiétante de la jurisprudence communautaire ?*, *Mélanges A. Colomer*, Litec 1993, p.87 ; *L'épuisement des droits de propriété intellectuelle*, in *L'avenir de la propriété intellectuelle*, Colloque IRPI, Paris 1992, Litec, Publications IRPI, 1993 ; *Propriété industrielle et libre circulation des produits dans la CEE, la règle de l'épuisement des droits de propriété industrielle*, *Gaz. Pal.*, 1994, I, doct., p. 345 ; *Le point sur l'épuisement du droit de marque selon la jurisprudence communautaire*, *D.* 2000, n° 21, Chron., p. 337. – J.M. MOUSSERON, *L'épuisement du droit de brevet*, *Dossiers Brevets*, 1993, 1.

¹⁷¹⁵ CJCE, 31 octobre 1974, *Sterling Drug c/ Centrafarm*, *Rec. CJCE* 1974, p. 1147. Rappr. CJCE 14 juillet 1981, *Aff. Merck&Co. Inc. c/ Stephar BV et Petrus stephanus Exler*, aff. 187/80 : « La substance du droit de brevet réside essentiellement dans l'octroi à l'inventeur d'un droit exclusif de première mise en circulation du

titulaire de plusieurs brevets sur des procédés de préparation d'un médicament, déposés sur le continent européen, notamment aux Pays-Bas et en Grande-Bretagne. Elle commercialisait son invention dans les deux pays. La société *Centrafarm* a importé les médicaments que la Société *Sterling Drug* avait mis en vente en Grande-Bretagne vers les Pays-Bas pour bénéficier de meilleurs prix de revente. La société *Centrafarm* a été assignée par la société *Sterling Drug* pour contrefaçon. La CJCE répond en posant les premiers jalons de la notion d'épuisement : « Que si un obstacle à la libre circulation peut se justifier par des raisons de protection de la propriété industrielle¹⁷¹⁶ lorsque cette protection est invoquée contre un produit en provenance d'un État membre où il n'est pas brevetable et a été fabriqué par des tiers sans le consentement du titulaire du brevet, ainsi que dans l'hypothèse de l'existence de brevets dont les titulaires originaires sont juridiquement et économiquement indépendants, en revanche, la dérogation au principe de la libre circulation des marchandises n'est pas justifiée lorsque le produit a été écoulé licitement sur le marché de l'État membre d'où il est importé par le titulaire lui-même ou avec son consentement, notamment dans le cas d'un titulaire de brevets parallèles ». Autrement dit, on considère que le droit sur l'objet breveté est épuisé après que le titulaire l'a fabriqué et l'a mis en circulation pour la première fois dans un pays membre de l'Union européenne¹⁷¹⁷. La difficulté était d'avoir une conception harmonieuse de l'objet du droit des brevets (ou du droit d'auteur ou du droit de marque)¹⁷¹⁸. Ce pour quoi elle a défini, dans l'arrêt précité, l'« objet spécifique »¹⁷¹⁹ du droit des brevets qui doit être sauvegardé. Elle l'associe à la « fonction essentielle » que doit remplir le droit¹⁷²⁰. En droit

produit, lequel droit, en réservant à l'inventeur le monopole d'exploitation de son produit, lui permet d'obtenir la récompense de son effort créateur sans cependant lui garantir en toutes circonstances l'obtention de celle-ci ».

¹⁷¹⁶ Il est ici fait référence à l'article 36 du TFUE.

¹⁷¹⁷ Au rang des conditions indifférentes à la première mise en circulation on trouve : l'invention peut avoir été mise en circulation par un licencié, ou dans un pays de l'UE où le brevet existait ou pas. Mais au contraire, on ne peut considérer que l'invention ait été mise en circulation si elle a été contrefaite. Dans tous les cas, il faut que la mise en circulation soit volontaire. «

¹⁷¹⁸ En ce sens, J.-J. BURST et R. KOVAR, *Brevets, Savoir-faire et libre circulation des marchandises en droit communautaire*, J.-Cl. Commercial fasc. 4810, qui évoquent « un processus de communautarisation des droits de propriétés intellectuelles ».

¹⁷¹⁹ Cette notion a été affirmée pour la première fois dans l'arrêt CJCE du 8 juin 1971, *Deutsch Grammophon*, Rec. CJCE 1971, p. 487.

¹⁷²⁰ La notion de « fonction essentielle » ne peut être confondue avec celle d'« objet spécifique », elle « diffère » et se « combine » avec elle (B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN, L. VOGEL, *Droit commercial européen*, Dalloz, 5^e éd., p. 510).

des brevets, elle retient la fonction de rétribution que le droit confère à son titulaire. En résumé : si l'invention a volontairement été mise en circulation dans un des pays de l'Union européenne, par le titulaire du brevet ou par son licencié, on peut considérer qu'il a obtenu son retour sur investissement, et que son droit peut être épuisé. La notion est sensiblement identique en ce qui concerne les autres droits de propriété intellectuelle, à la différence près qu'elle intègre leurs spécificités.

Cette définition de l'objet spécifique et de la fonction essentielle est importante pour la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé à un double titre. Politiquement, elle est un outil efficace de la circulation des produits de santé dans l'Union européenne. Cette dernière s'élargissant, elle permettra de répondre à des besoins sanitaires de différents degrés en permettant de se procurer des objets dont le coût varie considérablement d'un pays à l'autre. Elle répond donc à la même logique de progrès médical qui est imposée à la propriété intellectuelle, puisqu'elle n'hésite pas à éteindre le monopole une fois exercé pour favoriser l'accès à ce bénéfice social. Nous sommes bien là en présence de l'hypothèque sociale précédemment décrite. Techniquement, également cette articulation objet spécifique et fonction essentielle est intéressante. En effet, l'objet spécifique répond à une définition nationale ainsi, puisque la norme d'appropriation française est finalisée par le progrès médical, l'objet spécifique au niveau communautaire sera révélé par la double valorisation. C'est un complément important à une définition qui s'arrête le plus souvent aux portes de la constatation du progrès technique.

376.- La question de l'épuisement international pour les pays en voie de développement.

Poursuivant la même quête de progrès social, il nous semble normal d'envisager cette question pour la situation sanitaire des pays en voie de développement. Si l'épuisement régional (dans l'Union européenne, aux États-Unis) est admis, il n'en va pas de même pour l'épuisement international¹⁷²¹. À vrai dire, les ADPIC ne prévoient rien sur la question et s'en

¹⁷²¹ Certains pays dont les droits de propriété intellectuels sont assez récents, comme la Nouvelle-Zélande, l'Australie, Singapour, ont adopté les règles de l'épuisement international, soit pour tous les droits, soit pour certains d'entre eux seulement. En ce sens, R. LERAT, *L'épuisement international des droits de propriété intellectuelle dans l'industrie pharmaceutique, aspects économiques*, in *Quel droit de la propriété industrielle pour le III^e millénaire ?* Litec, coll. CEIPI, 2001. – T. COTTIER, *Vers un épuisement mondial des droits de propriété intellectuelle, aspects juridiques, L'épuisement mondial*, in *Quel droit de la propriété industrielle pour le III^e millénaire ?* Litec, coll. CEIPI, 2001.

remettent aux législations nationales¹⁷²². L'épuisement international aurait notamment le même but que l'épuisement régional à savoir, favoriser la circulation des marchandises. Cela aurait pour conséquence de diversifier l'offre, mais également d'augmenter la concurrence entre les laboratoires. L'intérêt pour les pays en développement est principalement en matière de prix, car « le consommateur se voit offrir un même produit importé moins cher que le médicament disponible dans son pays »¹⁷²³. Mais comme le souligne M. LERAT, « les effets positifs allégués ne doivent pas masquer les conséquences graves qu'ils sont susceptibles d'engendrer notamment au plan de la santé publique et du progrès technique »¹⁷²⁴. Parmi ces effets négatifs, on relèvera les risques accrus de contrefaçon qu'une telle libéralisation pourrait engendrer à cause des difficultés de suivi et de contrôle. La traçabilité des médicaments sera d'autant plus compliquée selon la diversité des pays de provenance des médicaments importés. Il n'y aura plus aucun intérêt à commercialiser un produit breveté dans un pays alors qu'il existe un écart substantiel de prix avec le médicament importé. De ce fait, la réduction des parts de marché pourrait porter les laboratoires à moins investir, à moins innover. En conclusion, l'apport en termes de progrès médical pour les pays en voie de développement de la théorie de l'épuisement international n'est pas évident. Les solutions précédemment énoncées, principalement axées sur la recherche et le développement semblent plus efficaces.

B) La libre concurrence

377.- L'exercice des droits de propriété intellectuelle peut porter atteinte à la libre concurrence par deux voies : d'une part, au travers des ententes que peuvent lier les entreprises (1) et d'autre part, dans l'exercice de leurs droits de propriété intellectuelle, l'exploitation du brevet peut être constitutive d'un abus de position dominante (2).

¹⁷²² L'article 6 des ADPIC dispose : « Aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4, aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter de la question de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle ».

¹⁷²³ R. LERAT, *L'épuisement international des droits de propriété intellectuelle dans l'industrie pharmaceutique, aspects économiques*, préc.

¹⁷²⁴ R. LERAT, *L'épuisement international des droits de propriété intellectuelle dans l'industrie pharmaceutique, aspects économiques*, préc.

1) Les ententes

378.- Considérations générales sur les ententes¹⁷²⁵. Le principe de la prohibition des ententes est prévu à l'article 101 du TFUE. Les ententes regroupent sous ce terme tous les accords susceptibles de restreindre la concurrence. L'article 101 du TFUE impose trois conditions cumulatives pour qualifier d'entente les accords ou pratiques concertées ayant un effet restrictif de concurrence. Il faut, tout d'abord, qu'il y ait échange des consentements, on le comprend aisément un accord unilatéral est antinomique de la « concertation »¹⁷²⁶. De plus, l'objet du consentement est important, dans la mesure où l'on doit être en face de pratiques concertées, mais il importe peu que ces pratiques aient un but anti-concurrentiel. Enfin, le dernier élément nécessaire pour caractériser l'entente est celui de la liberté des consentements. Et c'est celui qui est le plus souvent soulevé dans le domaine de la santé. En effet, généralement les ententes ont pour objet les prix des produits de santé ou les réseaux de distribution. L'argument dirimant de l'entente devient alors la réglementation étatique sur les prix ou les circuits de distribution. Mais la solution est bien établie : la législation étatique ne peut exonérer l'entreprise de son comportement que si elle ne lui a laissé aucune marge de manœuvre. L'interprétation générale de l'entente sur le fondement de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), doit s'analyser au regard de la finalité poursuivie par la prohibition. Il s'agit du bien-être du consommateur. Tout cloisonnement du marché va à l'encontre du « bien-être » du consommateur final. La diversité de l'offre proposée au consommateur est une composante du progrès médical. De la sorte, que la prohibition des ententes permet réintégrer l'exercice dévoyée d'une propriété intellectuelle dans la finalité de progrès médical. Les affaires relatives à des ententes sont rares dans le domaine de la santé, à l'exception de la distribution par officine¹⁷²⁷.

¹⁷²⁵ Le cadre limité de cette étude explique que nous n'entrerons pas dans les méandres des accords de transfert de technologies et des exemptions de recherche qui ne recèlent pas de spécificités dans le domaine de la santé.

¹⁷²⁶ CJCE, 1er févr. 1978, *Miller c/ Commission*, aff. 19/77, Rec. CJCE 1978, I, p. 131.

¹⁷²⁷ En ce sens, C. NOURISSAT, *L'accès au médicament dans le cadre communautaire*, in *Le médicament et la personne, Aspect de droit international*, I. MOINE-DUPUIS (sous la dir.), Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, 2007, p. 89, et spéc. p. 91.

2) L'abus de position dominante.

379.- A l'inverse de l'entente, la situation de concentration est fréquente dans le domaine pharmaceutique. « Toute la question est alors de savoir jusqu'où ne pas aller trop loin »¹⁷²⁸. L'abus de position dominante sanctionne les abus de monopole de la propriété intellectuelle (a). Mais son intérêt pour le domaine de la santé et la portée très large qui lui est donnée à travers la théorie des facilités essentielles, qui permet de réguler l'accès à des informations indispensables pour le progrès médical (b). C'est ce dernier point qui est particulièrement important pour notre étude et qui sera d'ailleurs également repris en droit d'auteur.

a) La notion d'abus de position dominante

380.- Observations sur l'abus de position dominante et le droit de la propriété intellectuelle. L'abus de position dominante est condamné par l'article 102 du TFUE. Comme son nom l'indique, il est à la fois nécessaire de démontrer que l'entreprise est en position dominante sur le marché commun et qu'elle en abuse¹⁷²⁹. Si le droit des brevets est à l'origine de la situation de dominance par son effet monopolistique, c'est bien dans son exploitation que cette dominance peut s'avérer abusive. Par exemple, est constitutif d'un abus de position dominante le fait pour un laboratoire de communiquer des informations trompeuses à des offices nationaux de brevet afin d'obtenir un CCP pour un médicament et ainsi retarder l'entrée d'un générique¹⁷³⁰.

Par ailleurs, il y a des cas où le breveté peut agir dans son plein droit pour exploiter son invention, lui-même, en refusant d'en concéder une licence. Cette pratique est exceptionnellement qualifiée d'abus de position dominante, au motif que le titulaire immobilise des infrastructures essentielles.

¹⁷²⁸ *Ibid.* p. 92.

¹⁷²⁹ Ont été qualifiés d'abusifs les comportements « qui sont de nature à influencer la structure d'un marché ou, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant, encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » (*in*, CJCE 13 février 1979, *Aff. 85/76, Hoffmann-Laroche*).

¹⁷³⁰ En ce sens, Commission européenne, 15 juin 2005, *Rev. Droit & Santé*, 2005, n°7, p. 467, note MAILLOLS, qui infligea à la société AstraZeneca une lourde amende pour de tels faits.

b) La théorie des facilités essentielles

381.- L'intérêt de la théorie des facilités essentielles¹⁷³¹. Quelques arrêts célèbres font écho à cette théorie, *Magill*¹⁷³², *IMS Health*¹⁷³³, *Microsoft*¹⁷³⁴, *INSEE*¹⁷³⁵. Les droits de propriété intellectuelle sont des monopoles d'exploitation ayant pour support des informations. Le droit de la concurrence est un régulateur de l'accès à certaines informations considérées comme essentielles. Ainsi a-t-il été jugé qu'une grille de programme (affaire *Magill*), un répertoire administratif (affaire *INSEE*) une base de données de santé (affaire *IMS Health*) étaient jugées comme essentielles. Concrètement, si une information est reconnue comme essentielle¹⁷³⁶, un opérateur pourra la revendiquer pour son infrastructure dans les mains d'un autre opérateur. Si ce dernier lui bloque l'accès, cette attitude sera qualifiée d'abus de position dominante, à condition qu'il s'agisse bien d'une information essentielle, que cette information soit indispensable à l'activité de l'opérateur la sollicitant, qu'il existe une demande des

¹⁷³¹ M. BAZEX, *Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles*, *Rev. Conc. Consomm.*, mai-juin 2001, p. 16. – C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, *R.I.D.A.* avril 1998, n° 176, p.3 ; C. CARON, *Critères de l'abus de position dominante d'un titulaire de droit d'auteur en droit communautaire*, *C.C.E.*, juin 2004, p. 28. – C. CARREAU, *Propriété intellectuelle et abus de droit*, *Mélanges A. Françon*, Dalloz, 1995, p.7. – L. IDOT, *Abus de position dominante : de nouveau sur la conciliation entre concurrence et droit de propriété intellectuelle*, *Europe*, juin 2004, p. 27. – N. MALLET-POUJOL, *La théorie des « facilités essentielles » et les créations informationnelles*, *R.L.D.I.* févr. 2006, n° 13, p. 6. – N. MALLET-POUJOL, *Propriété intellectuelle et libre concurrence : du jeu de l'article 81 TCE*, in *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004. – M. VIVANT, *La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante*, *JCP G* 1995, I, 3883.

¹⁷³² CJCE, 6 avril 1995, *Rec. CJCE*, p. 743. En l'espèce, des sociétés britanniques avaient refusé de communiquer les grilles de programme à des sociétés irlandaises, qui souhaitaient créer un journal hebdomadaire contenant ces informations. Elles ont été reconnues comme essentielles. J.B. BLAISE, *L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des facilités essentielles*, *D. Affaires* 1996, n° 28, p. 859. – G. BONET, *Le principe communautaire de facilités essentielles comme limite du droit de l'auteur : confirmation de la jurisprudence Magill*, *D.* 1999, Jur., p. 303. – H. CALVET et T. DESURMONT, *L'arrêt Magill : une décision d'espèce ?*, *R.I.D.A.* juill. 1996, n°167, p.3. – B. EDELMAN, *L'arrêt Magill : une révolution ?*, *D.* 1996, p.119. – M. VIVANT, *L'affaire Magill, propriété intellectuelle, abus de position dominante et licence obligatoire*, *Dossiers brevets*, 1995, II.

¹⁷³³ Sur cette affaire, v. *infra* n°516. Et plus généralement, v. S. LEMARCHAND, O. FREGET et F. SARDAIN, *Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence*, *Propr. intell.*, janv. 2003, n° 6, p. 11. C. STOTHERS, *IMS Health and its implications for compulsory licensing in Europe*, *EIPR* 2004, p. 467.

¹⁷³⁴ En l'espèce, il s'agissait du refus de certains concurrents de fournir des informations relatives à l'interopérabilité du logiciel, pouvant conduire à des situations d'abus de position dominante. TPICE 17 septembre 2007, aff. T-201/04, *Microsoft*. Sur cette décision, v. notamment : V.-L. BENABOU, *David contre Goliath*, *Propr. intell.*, janvier 2005, p. 89. – J. SCHMIDT-SZALEWSKI, *Microsoft : soft lex sed lex*, *Propr. ind.* mars 2008, comm. 25. – C. PRIETO, *La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain*, *D.* 2007, chron. p. 2884.

¹⁷³⁵ J.-M. BRUGUIERE, *Abus de position dominante de l'INSEE à l'occasion de la rediffusion du répertoire Sirène*, *JCP E* janv. 2003, Jur. n° 149, p. 179.

¹⁷³⁶ C'est-à-dire, qu'il n'est pas possible de la dupliquer techniquement.

consommateurs et que l'opérateur ne fasse pas valoir une justification objective¹⁷³⁷. La théorie des facilités essentielles n'affecte que l'exercice du droit et non son existence¹⁷³⁸ son application est donc secondaire¹⁷³⁹. On le comprend le droit de la concurrence est ici invoqué pour réguler toutes les situations où le monopole de droit sur une invention, une œuvre, une base de données, deviendrait un monopole de fait sur l'information « brute » qu'ils contiennent¹⁷⁴⁰. Est-on encore dans la régulation d'un objet sensible ou est-on passé dans la correction d'une appropriation induite ? La théorie des facilités essentielles apparaît comme un compromis entre le monopole de la propriété intellectuelle et la liberté de l'accès au marché¹⁷⁴¹. Elles ne peuvent toutefois pas être employées à titre principal. En effet, le contenu de l'essentialité semble non seulement difficile à caractériser, mais également impossible à appliquer à tout objet du domaine de la santé. Sauf éventuellement à se baser sur la liste diffusée par l'OMS des médicaments essentiels¹⁷⁴². Cette liste sur environ 20 000 médicaments en retient 365 comme essentiels. La difficulté est que cette liste a été établie en priorité au regard des difficultés des pays en voie de développement¹⁷⁴³. Elle ne correspondrait pas au besoin de régulation des pays développés, qui feraient appel à la théorie des facilités essentielles.

¹⁷³⁷ Ces conditions sont celles qui ont été posées par l'arrêt Microsoft. Rapp. de la motivation de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 décembre 2001, dans l'affaire *Société France télécom c/ Société Lectiel et autres*, LPA 14 janvier 2003, n°10, note DAVERAT : « si le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle sur une base de données peut légitimement prétendre à une rémunération, il ne peut, lorsque cette base de données constitue une ressource essentielle pour des opérateurs exerçant une activité concurrentielle, subordonner l'accès à cette base de données au paiement d'un prix excessif ».

¹⁷³⁸ Sur la distinction existence et exercice des droits de propriété intellectuelle, v. CJCE, 29 février 1968, *Aff. Parke Davis and Co c/ Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, aff. 24/67, *Rec. CJCE* 1968, p. 82, D. 1968, jur. p. 581, note ROBERT.

¹⁷³⁹ En ce sens, arrêt *Magill* (CJCE 6 avril 1995, *RTE-ITP c/ Commission*, *Rec. CJCE* 1995, p. 743) point n°50 : « l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif ».

¹⁷⁴⁰ Sur cette question de l'information « objet » et de l'information « support », v. *infra* n°509.

¹⁷⁴¹ En ce sens, v. notamment : G. CANIVET, *Droit de propriété intellectuelle et efficacité*, in *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC-Vuibert, 2009, p. 31 et spéc. p. 34.

¹⁷⁴² OMS, *Rapport annuel, Médicaments essentiels et politiques pharmaceutiques : donner un soutien aux pays pour réduire le manque d'accès aux médicaments*, 2002.

¹⁷⁴³ H. VAN DEN BRINK, *Existe-t-il des médicaments « essentiels » auxquels privilégier l'accès ?*, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 105.

Importante, la théorie des facilités essentielles ne permet de réduire la largeur et la profondeur des revendications qui posent difficultés lors de l'exploitation. En d'autres termes, ces revendications sont certainement à l'origine de l'emploi de cette théorie pour réguler l'exercice des propriétés intellectuelles. Pour garder des termes médicaux, à propos, elle soignerait sans guérir. Une réduction du monopole de la propriété intellectuelle en amont est indispensable.

382.- Théories des facilités essentielles et domaine de la santé. Cette théorie nous semble particulièrement importante pour limiter un *exercice* de la propriété intellectuelle qui déconsidère la valeur sociale des objets sur lesquels il s'exerce et la finalité de progrès médical qu'il doit poursuivre. Elle apparaît donc, comme une juste restauration des droits de la communauté sur des biens essentiels, et indument monopolisés.

Par exemple, face aux situations de blocage dans le domaine des biotechnologies, une partie de la doctrine a sollicité l'intervention du droit de la concurrence pour faire inscrire les gènes au titre des facilités essentielles¹⁷⁴⁴. Du fait de son caractère indispensable, l'accès doit être rendu le plus facile possible. Mais le gène en tant que tel n'est pas l'objet du brevet. En d'autres termes, l'exercice du droit que la théorie des facilités essentielles vient réguler n'a pas pour objet un gène, mais une information génétique qui contient sa fonction¹⁷⁴⁵. Et c'est l'accès à cette dernière qui est essentiel (et non celui au gène) et qui pourrait constituer un abus de position dominante. A cette condition, ce recours pourrait s'avérer d'une particulière utilité dans le domaine de la santé. En effet, nous avons eu l'occasion de démontrer qu'un médicament s'appuyant sur la chimie ou la biologie¹⁷⁴⁶ est la plupart du temps le résultat de processus en cascade. L'abus de position dominante sanctionne alors les attitudes bloquantes

¹⁷⁴⁴ En ce sens, C. HENRY, M. TROMMETTER, L. TUBIANA, *Innovation et droits de propriété intellectuelle : quels enjeux pour les biotechnologies*, in *Propriété intellectuelle*, Conseil d'Analyse économique, éd. La documentation française, 2003, p. 49, et spéc. p. 57.

¹⁷⁴⁵ En ce sens, T. MARTEU, *Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention*, Th. dactyl, Nice, 2009, p. 301-302.

¹⁷⁴⁶ Pour les biomédicaments, v. E. GUTMANN, *La protection des inventions biotechnologiques d'origine « non humaine » selon la loi du 8 décembre 2004 : pas de signe de guérison de la tératogénie juridique ? Propr. intell.* janvier 2005, p. 77, et spéc. p. 81 : « L'information génétique caractéristique d'une séquence ADN particulière, à l'origine de son aptitude à déclencher la production d'une protéine ayant les propriétés antibiotiques dans son hôte bactérien naturel, s'est avérée être à l'origine de l'induction, par l'intermédiaire de la même protéine, d'une résistance à certains herbicides dans des cellules végétales dans lesquelles la même séquence avait été incorporée dans les conditions appropriées. Aux termes de l'article 9 de la directive, le brevet portant sur les cellules végétales ainsi transformées aurait alors pu être dépendant d'un brevet antérieur relatif à cette séquence d'ADN particulière ».

et stérilisantes pour la recherche. On aurait pu arguer de son inutilité au regard de l'existence d'un mécanisme interne de régulation, *via* la licence de dépendance. Mais nous avons mis en avant les inconvénients d'une telle licence – son caractère étroit et son lien avec la valeur économique de l'invention – la théorie des facilités essentielles est un juste complément et semble éminemment plus orientée vers l'intérêt collectif¹⁷⁴⁷.

Après l'utile mécanisme régulateur du droit de la concurrence pour rétablir la finalité de la propriété intellectuelle oubliée, il convient d'étudier les mécanismes correcteurs.

Paragraphe 2

Les mécanismes correcteurs : le droit de la santé et le droit des contrats

383.- Mécanismes correcteurs. L'action est ici beaucoup plus sévère que la simple régulation du droit de la concurrence. Il s'agit de corriger l'exercice du droit de la propriété intellectuelle. Autre différence, les mécanismes correcteurs ne sont pas employés dans une logique de marché, comme la régulation des droits de propriété intellectuelle peut l'être. La déconnexion de cette logique est ici liée au fait qu'à un moment donné l'exercice de la propriété intellectuelle ne poursuivra plus sa finalité de progrès médical et que pour cela, elle doit être « substituée » par d'autres droits. Cette substitution ne sera que ponctuelle, car sinon cela signifierait qu'elle n'est pas en mesure d'atteindre la finalité qui lui est assignée. C'est ainsi que la valeur sociale objet du domaine de la santé sera à la fois appréhendée par le droit de la santé et par le droit des contrats. Chacun remplissant une forme différente de coercition de la propriété intellectuelle : public pour le droit de la santé (A), privé pour le droit des contrats (B).

A) Le droit de la santé, la coercition publique de la propriété intellectuelle

384.- Croisements normatifs. La propriété intellectuelle ne peut pas prévoir toute l'exploitation des produits de santé. C'est pourquoi il sera fait appel aux dispositions du Code de la santé publique. Les correspondances entre les deux Codes ne sont pas particulièrement fréquentes. Nous retiendrons les trois principaux croisements normatifs, dans un ordre chronologique. Tout d'abord, en introduisant l'obligation pour le titulaire d'un produit de

¹⁷⁴⁷ Notamment, travers la condition relative à la demande des consommateurs.

santé d'obtenir avant sa commercialisation une Autorisation de Mise sur le Marché (AMM). Si celle-ci n'est pas nécessaire pour la constitution des droits de propriété intellectuelle sur une invention du domaine de la santé, elle est particulièrement utile ici pour ne mettre sur le marché que des médicaments aux bénéfices thérapeutiques avérés (1). De plus, la publicité des médicaments est également strictement encadrée pour orienter l'exercice du droit de brevet sur un médicament afin de diffuser une information de santé la plus ciblée et de ne pas altérer les bénéfices sociaux apportés par les médicaments (2). Enfin, les dispositions sur les médicaments génériques prennent en quelque sorte le relai de la propriété intellectuelle dans la diffusion du progrès médical (3).

1) L'autorisation de mise sur le marché (AMM)

385.- Régime de l'autorisation de mise sur le marché (AMM)¹⁷⁴⁸. La commercialisation d'un médicament est soumise à l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché¹⁷⁴⁹. On notera la nuance qui existe dans le Code de la santé publique pour les médicaments

¹⁷⁴⁸ Sur ce point, v. J.-M. AUBY, F. COUSTOU, C. MAURAIN, M. BAUMEVIEILLE, *Droit pharmaceutique – La spécialité pharmaceutique- Évolution du cadre juridique et définition*, Litec, 1998, vol. II, fasc. 33.

¹⁷⁴⁹ L'article L. 5121-8 du Code de la santé publique dispose : « Toute spécialité pharmaceutique ou tout autre médicament fabriqué industriellement ou selon une méthode dans laquelle intervient un processus industriel ainsi que tout générateur, trousse ou précurseur qui ne fait pas l'objet d'une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'Union européenne en application du règlement (CE) n° 726 / 2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments doit faire l'objet, avant sa mise sur le marché ou sa distribution à titre gratuit, d'une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. L'autorisation peut être assortie de conditions appropriées.

Le demandeur de l'autorisation peut être dispensé de produire certaines données et études dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Une autorisation de mise sur le marché ne peut être délivrée qu'à un demandeur établi dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans et peut ensuite être renouvelée, le cas échéant, sans limitation de durée, dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'État, sauf si l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé décide, pour des raisons justifiées ayant trait à la pharmacovigilance, de procéder à un renouvellement supplémentaire, sur la base d'une réévaluation des effets thérapeutiques positifs du médicament ou produit au regard des risques tels que définis au premier alinéa de l'article L. 5121-9. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles elle peut devenir caduque.

L'autorisation peut être modifiée par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.

L'accomplissement des formalités prévues au présent article n'a pas pour effet d'exonérer le fabricant et s'il est distinct, le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché, de la responsabilité que l'un ou l'autre peut encourir dans les conditions du droit commun en raison de la fabrication ou de la mise sur le marché du médicament ou produit ».

homéopathiques dispensés de cette AMM¹⁷⁵⁰. Elle est soit nationale soit communautaire. L'AMM nationale est très rarement utilisée dans la mesure où elle ne s'applique plus qu'aux demandes de mise sur le marché limitées au territoire national. Ce qui ne présente aucun intérêt sur le plan nécessaire du retour sur investissement. Précisons simplement qu'elle s'obtient après une demande formulée du directeur de l'AFSSAPS et après avis d'une commission composée de divers spécialistes. L'AMM communautaire présente un intérêt beaucoup plus important pour l'analyse. Il existe deux procédures l'une centralisée, l'autre décentralisée. La procédure centralisée présente l'utilité de n'avoir qu'une seule AMM

¹⁷⁵⁰ Pour les médicaments homéopathiques : l'article L. 5121-13 du Code de la santé publique dispose : « Ne sont pas soumis à l'autorisation de mise sur le marché prévue à l'article L. 5121-8, les médicaments homéopathiques qui satisfont à toutes les conditions énumérées ci-dessous :

1° Administration par voie orale ou externe ;

2° Absence d'indication thérapeutique particulière sur l'étiquetage ou dans toute information relative au médicament ;

3° Degré de dilution garantissant l'innocuité du médicament ; en particulier, le médicament ne peut contenir ni plus d'une partie par 10 000 de la teinture mère, ni plus d'un centième de la plus petite dose utilisée éventuellement en allopathie, pour les principes actifs dont la présence dans un médicament allopathique entraîne l'obligation de présenter une prescription médicale.

Toutefois, ces médicaments homéopathiques doivent faire l'objet, avant leur commercialisation ou leur distribution à titre gratuit ou onéreux, en gros ou au détail, d'un enregistrement auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. Cet enregistrement peut être refusé, suspendu ou supprimé si les conditions prévues au présent article ne sont pas remplies ou en cas de danger pour la santé publique.

L'enregistrement précise la classification en matière de délivrance du médicament.

V. aussi, l'article L. 5121-14-1 du Code de la santé publique dispose : « Ne sont pas soumis à l'autorisation de mise sur le marché les médicaments traditionnels à base de plantes qui remplissent les critères suivants :

1° Ils sont conçus pour être utilisés sans l'intervention d'un médecin à des fins de diagnostic, de prescription ou de suivi du traitement ;

2° Ils sont exclusivement destinés à être administrés selon un dosage et une posologie spécifiés ;

3° Ils sont administrés par voie orale, externe ou par inhalation ;

4° La durée d'usage traditionnel est écoulée ;

5° Les données sur l'usage traditionnel du médicament sont suffisantes.

Ces médicaments font l'objet, avant leur mise sur le marché ou leur distribution à titre gratuit, d'un enregistrement auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.

Toutefois, si l'agence considère qu'un médicament traditionnel à base de plantes relève, compte tenu de ses caractéristiques, du régime de l'autorisation de mise sur le marché ou de celui de l'enregistrement de médicament homéopathique, l'enregistrement prévu à l'alinéa précédent n'est pas applicable.

Il est procédé à cet enregistrement si les critères mentionnés ci-dessus sont remplis et si le demandeur est établi dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen. Il peut être refusé en cas de danger pour la santé publique.

L'enregistrement est effectué pour une durée de cinq ans. Il peut être renouvelé, le cas échéant sans limitation de durée, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles il peut devenir caduc.

L'enregistrement peut être modifié par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé.

L'enregistrement peut être suspendu ou retiré par l'agence si les critères et les conditions auxquelles il est subordonné ne sont plus remplis ou en cas de danger pour la santé publique.

L'accomplissement des formalités prévues au présent article n'a pas pour effet d'exonérer le fabricant et s'il est distinct, le titulaire de l'enregistrement, de la responsabilité que l'un ou l'autre peut encourir dans les conditions du droit commun en raison de la fabrication ou de la mise sur le marché du médicament ».

valable pour l'ensemble du marché communautaire¹⁷⁵¹. Les laboratoires pharmaceutiques n'ont donc qu'une seule autorisation à demander à l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments (EMA). À côté, il existe une procédure décentralisée de délivrance des AMM. Elle concerne les médicaments qui ne peuvent accéder à la procédure centralisée, car les États destinent le médicament à une commercialisation à l'extérieur des frontières de l'Union européenne. Cette procédure est fondée sur une reconnaissance mutuelle des autorisations nationales de mise sur le marché.

Les critères permettant l'octroi, le retrait ou la suspension d'une AMM s'appuient sur un rapport bénéfice/risque assez subjectif. Il faut considérer d'un côté le bénéfice thérapeutique du médicament, c'est-à-dire les raisons tenant à la qualité, à la sécurité et l'efficacité du produit. Le risque est lié à l'utilisation du médicament, soit de tout risque pour la santé du patient ou pour la santé publique. C'est ainsi que des médicaments contenant des organismes génétiquement modifiés (OGM)¹⁷⁵² devront présenter une évaluation des risques plus poussée¹⁷⁵³. Un État membre pourra toujours refuser l'AMM au motif d'un risque environnemental.

¹⁷⁵¹ Elle résulte du règlement européen n°2309/93 du 22 juillet 1993, *Journal officiel CE* du 24 août 1993, qui met en place une procédure centralisée d'autorisation des médicaments et aussi de la directive 2003/63/CEE de la Commission européenne du 25 juin 2003, *Journal officiel UE* du 27 juin 2003).

¹⁷⁵² Les organismes génétiquement modifiés (OGM) sont définis par le Code de l'environnement à l'article L. 531-1, qui dispose : « Au sens du présent titre, on entend par :

1° Organisme : toute entité biologique non cellulaire, cellulaire ou multicellulaire, capable de se reproduire ou de transférer du matériel génétique ; cette définition englobe les micro-organismes, y compris les virus, les viroïdes et les cultures de cellules végétales et animales ;

2° Organisme génétiquement modifié : organisme dont le matériel génétique a été modifié autrement que par multiplication ou recombinaison naturelles ;

3° Utilisation : toute opération ou ensemble d'opérations au cours desquelles des organismes sont génétiquement modifiés ou au cours desquelles des organismes génétiquement modifiés sont cultivés, stockés, transportés, détruits, éliminés ou mis en œuvre de toute autre manière ».

¹⁷⁵³ Sur le fondement de l'article L. 5150-1 du Code de la santé publique, le contrôle né de la combinaison des articles du Code de l'environnement et du Code de la santé publique. Cette évaluation est réalisée par l'AFSSAPS, sur le fondement de l'article L. 5311-1 du Code de la santé publique. Il dispose : « L'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé est un établissement public de l'État, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé.

L'agence participe à l'application des lois et règlements et prend, dans les cas prévus par des dispositions particulières, des décisions relatives à l'évaluation, aux essais, à la fabrication, à la préparation, à l'importation, à l'exportation, à la distribution en gros, au conditionnement, à la conservation, à l'exploitation, à la mise sur le marché, à la publicité, à la mise en service ou à l'utilisation des produits à finalité sanitaire destinés à l'homme et des produits à finalité cosmétique, et notamment : (...)

3° Les biomatériaux et les dispositifs médicaux (...)

L'agence procède à l'évaluation des bénéfices et des risques liés à l'utilisation de ces produits et objets à tout moment opportun et notamment lorsqu'un élément nouveau est susceptible de remettre en cause l'évaluation initiale. Elle assure la mise en œuvre des systèmes de vigilance et prépare la pharmacopée»

De plus, il est important de signaler l'apport du règlement communautaire n°507/2006 du 26 mars 2006¹⁷⁵⁴, qui permet l'octroi d'AMM conditionnelles. Ce sont des exceptions au droit commun des AMM puisqu'elles peuvent autoriser la commercialisation de médicaments dont l'étude n'est pas achevée. Cela répond aux besoins de commercialisation rapide de certains médicaments qui satisfont à un besoin particulier. Elle est accordée dans des conditions précises, finalement assez rares, d'urgence sanitaire pour répondre à un besoin urgent en médicament ou vaccin¹⁷⁵⁵, que l'EMA vérifiera annuellement. Elle est aussi délivrée pour des médicaments orphelins afin de réduire les coûts de production de ces médicaments et accroître les incitations à l'innovation¹⁷⁵⁶.

La procédure de délivrance des AMM est totalement indépendante des considérations de propriété industrielle. Depuis la directive n°65/65/CEE du 26 janvier 1965¹⁷⁵⁷, la règle selon laquelle les AMM sont délivrées sans préjudice des droits de propriété intellectuelle est admise¹⁷⁵⁸. Et pourtant, les conséquences de l'un peuvent rejaillir sur l'autre. En effet, les AMM présentent une limite correctrice pour le droit des brevets dans la mesure où elle conditionne l'exploitation, obligatoire en droit des brevets, à son obtention. Elle finalise ainsi le droit qui, dans le domaine de la santé, ne peut prétendre à la circulation d'objets pour lesquels l'innocuité n'a pas été vérifiée. Cette limite est d'autant plus forte que si le médicament ne remplit plus les conditions qui ont permis la délivrance de l'AMM – qu'il devient nocif, par exemple – celle-ci peut être retirée et dès lors mettre fin à la circulation de l'invention brevetée¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁴ Règlement (CE) n°507/2006 du 26 mars 2006, *Journal officiel UE* 30 mars 2006.

¹⁷⁵⁵ L'article 2 du règlement dispose que celui-ci s'applique aux : « 1) médicaments destinés au traitement, à la prévention ou au diagnostic médical de maladies invalidantes graves ou potentiellement mortelles ; 2) médicaments destinés à être utilisés dans des situations d'urgence en réponse à des menaces pour la santé publique reconnue soit par l'OMS soit par la Communauté dans le cadre de la décision n°2119/98/CE ; 3) médicaments désignés comme médicaments orphelins conformément à l'article 3 du règlement CE n°141/2000 ». Ce champ d'application relativement large aux contours flous éveille la méfiance de certains auteurs. Comme notamment, F. MEGERLIN, *L'AMM conditionnelle issue du règlement communautaire n°507/2006 et l'urgence de santé publique*, R.D.S.S. juillet/ août 2006, p. 691, qui s'inquiète du risque de banalisation de cette disposition, mais relativise son importance à la force de contrôle des autorités communautaires et nationales.

¹⁷⁵⁶ Sur les médicaments orphelins, v. *supra* n°347.

¹⁷⁵⁷ Directive n°65/65/CEE du 26 janvier 1965, *Journal officiel CE*, 9 février 1965, est relative aux dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques.

¹⁷⁵⁸ C'est ainsi que l'on ne pourra pas se retourner contre l'autorité administrative en cas de délivrance de l'AMM à un contrefacteur.

¹⁷⁵⁹ La CJCE a d'ailleurs confirmé qu'une AMM pouvait être retirée dans un but de protection de la santé publique, v. CJCE 26 janvier 1984, *aff. C-301/82, SA Clin Midy, Rec. CJCE* 1984, p. 251).

Ainsi, l'AMM est l'assurance de n'avoir sur le marché que des produits favorables au « bien-être », plus précisément améliorant la santé. Cette disposition du droit de la santé pallie la neutralité du droit des brevets sur l'innocuité des produits de santé. En effet, s'il est exigé au titre de la valeur sociale que l'invention décrite apporte outre un bénéfice technique, mais également un bénéfice social, rien ne permet de vérifier s'il est avéré. Les dispositions de l'AMM sont donc bienvenues avant toute entrée sur le marché d'inventions sur les produits de santé. Une fois ce produit entré légitimement sur le marché, il convient de s'attacher à l'encadrement de sa commercialisation par le droit de la santé. Celui-ci est limité pour la publicité des médicaments.

2) La publicité pour les médicaments.

386.- Le régime de la publicité pour les médicaments. La publicité¹⁷⁶⁰ en faveur du médicament est définie à l'article L. 5122-1 du Code de la santé publique¹⁷⁶¹ de manière large, car elle concerne « toute information, y compris le démarchage »¹⁷⁶². Il faut s'en réjouir

¹⁷⁶⁰ Pour une étude sur la notion de publicité, v. notamment J.-J. BURST, *La publicité-propagande, Rapport français, Travaux de l'Association Henri Capitant*, Economica, T. XXXII, 1981, p. 305. Et plus précisément, dans le domaine de la santé, v. F. GRAS, *Publicité en faveur de la santé, J.-Cl. Communication*, Fasc. 3470, 2002 et du même auteur, v. aussi *Création et santé publique, Legicom* 1994/3, p. 51.

¹⁷⁶¹ L'article L. 5122-1 du Code de la santé publique dispose : « On entend par publicité pour les médicaments à usage humain toute forme d'information, y compris le démarchage, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de ces médicaments, à l'exception de l'information dispensée, dans le cadre de leurs fonctions, par les pharmaciens gérant une pharmacie à usage intérieur.

Ne sont pas inclus dans le champ de cette définition :

- la correspondance, accompagnée le cas échéant de tout document non publicitaire, nécessaire pour répondre à une question précise sur un médicament particulier ;
- les informations concrètes et les documents de référence relatifs, par exemple, aux changements d'emballages, aux mises en garde concernant les effets indésirables dans le cadre de la pharmacovigilance, ainsi qu'aux catalogues de ventes et listes de prix s'il n'y figure aucune information sur le médicament ;
- les informations relatives à la santé humaine ou à des maladies humaines, pour autant qu'il n'y ait pas de référence même indirecte à un médicament ».

Sur la publicité en faveur des médicaments, v. notamment : J.-M. AUBY, et F. COUSTOU, *Droit pharmaceutique*, Litec, fasc. 45. – C. MAURAIN, *Code permanent de Bioéthique et Biotechnologie, V° Publicité des médicaments*, éd. Législatives. – C. MAURAIN et G. VIALA, *La nouvelle réglementation de la publicité dans le domaine de la pharmacie*, *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. p. 80. – G. VIALA, *De nouvelles règles pour la publicité pharmaceutique*, *R.D.S.S.* 1997, p. 75. – P. SARGOS, *L'information sur le médicament*, *JCP G* 1999, I, 144. – E. FOUASSIER, *L'obligation d'information incombant aux producteurs des spécialités pharmaceutiques*, *R.D.S.S.* octobre-décembre 1999, p. 735.

Pour une comparaison internationale : v. notamment Z. HANAIZI, *La publicité pour les médicaments auprès des patients et des professionnels de santé, Exemples Internationaux*, Th. dactyl. Pharmacie, Paris XI, 2004, plus précisément à travers les exemples des États-Unis et de la Nouvelle-Zélande.

¹⁷⁶² Ce qui d'ailleurs permet d'éviter toute confusion entre publicité et information. Il faut noter aussi que la publicité en faveur des médicaments ne comprend pas les messages publicitaires destinés à des entreprises pharmaceutiques, si les messages ont un contenu financier, scientifique ou technique, ni les correspondances

au regard du caractère potentiellement dangereux de ces produits pour la santé. La limitation de la propriété intellectuelle est ici orientée pour une accessibilité de qualité à l'information médicale. En effet, la diversité de l'offre fait qu'aujourd'hui règne une certaine confusion entre tous les produits de santé. La publicité a pour fonction ici de restaurer un peu d'ordre. Pour cela, la publicité en faveur du médicament se distingue des publicités sur d'autres types de biens dans la mesure où le grand public n'est pas moteur dans la décision de consommation, c'est le médecin ou le pharmacien. Là encore, l'explication tient au but de protection que vise la disposition. La publicité du médicament a donc la particularité de distinguer les destinataires, grand public ou professionnels, du message et de l'adapter.

387.- Les destinataires de la publicité. Il faut distinguer si nous sommes ou pas en présence de professionnels de santé, plus aptes à recevoir cette information médicale.

Seuls les médicaments qui ne produisent pas de risques majeurs pour la santé publique pourront faire l'objet d'une large publicité, une publicité dite « grand public ». Pour cela, sur le fondement de l'article L. 5122-6 du Code de la santé publique, le médicament doit répondre à trois conditions : ne pas être soumis à une prescription médicale, ne pas être remboursable au titre des régimes obligatoires de l'assurance maladie, ne pas être soumis à des restrictions en matière de publicité précisées dans l'autorisation de mise sur le marché. Cette disposition ne concerne pas les campagnes de vaccins, qui doivent avoir un spectre large. La publicité à destination du grand public ne signifie pas une liberté totale, il faudra respecter les dispositions inspirées du droit de la consommation, sur la publicité trompeuse et organisée à l'article L. 5122-2 du Code de la santé publique¹⁷⁶³. Et comme nous sommes en présence de produits de santé, le message publicitaire sera accompagné d'une mention renvoyant à la consultation d'un médecin en cas de persistance des symptômes ainsi qu'une invitation expresse à lire attentivement la notice d'utilisation. Toutes les publicités pour les médicaments, quel qu'en soit le destinataire, doivent obtenir un visa de l'AFSSAPS (Agence

pour répondre à des questions sur la publicité, par exemple, ni les informations relatives aux maladies humaines ou à la santé humaine, comme une campagne de vaccination.

¹⁷⁶³ L'article L. 5122-2 du Code de la santé publique dispose : « La publicité définie à l'article L. 5122-1 ne doit pas être trompeuse ni porter atteinte à la protection de la santé publique. Elle doit présenter le médicament ou produit de façon objective et favoriser son bon usage. Elle doit respecter les dispositions de l'autorisation de mise sur le marché ».

française de sécurité sanitaire des produits de santé)¹⁷⁶⁴. On retrouve cette obligation de mention à caractère sanitaire dans la publicité des produits alimentaires¹⁷⁶⁵.

Pour les publicités de médicaments à destination des professionnels de santé, on présume une connaissance scientifique qui implique qu'ils peuvent être réceptionnaires de message sur n'importe quel médicament. Le message devra tout de même contenir quelques mentions obligatoires. Les professionnels concernés, comme l'indique l'article L. 5122-9 du Code de la santé publique, sont ceux qui sont habilités à prescrire ou à dispenser des médicaments dans le cadre de « l'exercice de leur art » et non dans un but consumériste. Notons qu'il existe un contentieux abondant sur la publicité comparative des médicaments^{1766/1767}. Le marché des produits de santé est devenu particulièrement dense et concurrentiel, ce qui explique le besoin pour un laboratoire de faire ressortir les atouts de sa spécialité pharmaceutique et les avancées médicales qu'il propose. Les règles du droit de la consommation ont vocation à s'appliquer y compris en présence d'un professionnel de santé¹⁷⁶⁸. Il faudra notamment que la comparaison porte sur les prix ou sur les caractéristiques du produit. Il s'agit d'un moyen efficace de promotion des meilleurs produits de santé, ceux qui contribuent au mieux à la réalisation du

¹⁷⁶⁴ Sur la procédure d'octroi du visa, v. notamment : S. TACHOT, *Du cadre juridique de la publicité pharmaceutique à son contrôle par l'agence du médicament*, Th. dactyl, Pharmacie, Bordeaux II, 1998.

¹⁷⁶⁵ En ce sens, v. notamment, C. GRELIER-LENAIN, *La publicité des produits alimentaires*, *Gaz. Pal.* 2004, doct. p. 3555. L'INSERM propose d'ailleurs une interdiction de la publicité de produits alimentaires à destination des enfants (www.inserm.fr). V. aussi, C. CHAILLOUX, *Trop sucré ou trop salé ? Le projet de règlement communautaire sur les allégations nutritionnelles et de santé*, *Contrats, Concurrence, Consommation*, Juillet 2005, alerte n°47.

¹⁷⁶⁶ L'entrée en vigueur en 2007 de la directive n°2006/114/CE du 12 décembre 2006, n'apporte pas de différence substantielle en matière de publicité comparative, car elle codifie à droit constant des directives précédentes. Sur la publicité comparative, v. notamment, E. GOUGE et L. L'HONNEN-FROSSARD, *Développements communautaires récents en matière de publicité comparative*, *Propriété ind.* avril 2008, p. 23. Et spécialement dans le domaine du médicament, v. notamment : P. de CANDE, *Publicité comparative notamment dans le domaine du médicament, état des lieux*, *D.* 2000, chron. p. 33. – A. GORNY, *Publicité comparative des produits de santé*, *Gaz. Pal.* 2001, p. 1891. – A. LAUDE, *La publicité comparative en matière de médicaments*, *R.D.S.S.* juillet-septembre 1998, p. 513.

¹⁷⁶⁷ C'est ainsi que la décision du T. Com. Paris, 10 janvier 2001 (citée par C. MAURAIN, *Code permanent de Bioéthique et Biotechnologie*, V° *Publicité des médicaments*, éd. Législatives, n°21), nous invite à penser que la publicité comparative à destination du grand public n'est pas admise. Dans la revue *Arkosanté* des laboratoires *Arkopharma* le laboratoire s'est vu interdire la diffusion auprès du grand public d'une étude comparative entre Harpadol (médicament d'*Arkopharma*) et la diacérhine (médicament de Negma).

¹⁷⁶⁸ Il s'agit de l'article L. 121-8 du Code de la Consommation. On regrette que la disposition ne s'appliquât sous l'empire de la loi n°92-60 du 18 janvier 1992, qu'aux consommateurs, en ce sens, v. notamment les remarques de Mme le professeur LAUDE : « la solution inverse [exclure les professionnels] conduirait à une mise en jeu beaucoup trop systématique de la responsabilité puisque toute publicité assimilée à un dénigrement ou à un acte de concurrence déloyale de son concurrent serait sanctionnée » (*in* A. LAUDE, *La publicité comparative en matière de médicaments*, *R.D.S.S.* juillet-septembre 1998, p. 513, et spéc. p. 515)

progrès médical. Il faut qu'il s'agisse des mêmes produits ayant des indications thérapeutiques similaires. L'annonceur qui réalise cette publicité doit être en mesure de prouver la véracité de ses propos. La règle est relativement large afin d'appliquer le régime protecteur au plus grand nombre de publicités « comparatives ».

En ce qui concerne le support de la publicité¹⁷⁶⁹, Internet rend l'accès beaucoup plus facile et moins contrôlable aux messages publicitaires. C'est pourquoi il faut distinguer avec plus de rigueur ce qui relève de la publicité de ce qui relève de l'information. Pour cela, citons pour sa valeur indicative et non contraignante la Charte de l'AFSSAPS, « pour la communication sur Internet des entreprises pharmaceutiques »¹⁷⁷⁰. Ainsi, il faut considérer que le fait d'aller consulter le site d'un laboratoire pharmaceutique est une démarche volontaire de l'Internaute, qui ne peut pas s'assimiler à une publicité dont il aurait été le destinataire, mais plus à une correspondance.

388.- Le contenu de la publicité est libre. La publicité est également un moyen de clamer la nécessaire hypothèque sociale des droits de propriété intellectuelle – même si l'on ne doit pas perdre de vue les intérêts marchands qui sous-tendent ce genre d'initiative. En ce sens, il a été récemment jugé par la Cour d'appel de Colmar, le 7 mai 2008¹⁷⁷¹, qu'une campagne de publicité est libre dans son contenu. Il s'agissait d'une publicité destinée à vendre des médicaments non remboursés dans les parapharmacies de centres commerciaux. Ce n'est pas tant finalement le réseau de distribution qui était discuté ici, mais plus l'emploi par le Groupe Leclerc, coutumier du fait¹⁷⁷², d'un slogan « Avec l'augmentation des prix des médicaments,

¹⁷⁶⁹ Internet confère quelques spécificités à la publicité, et notamment son caractère transfrontière (sur ce point, v. notamment : G. BUIS, *Aspects internationaux du droit de la publicité et des promotions sur Internet*, JCP E, 23 novembre 2000, p. 1846. – S. JOLY, *Commerce électronique et publicité en ligne*, J.Cl.Commercial, fasc. 810, 2004, qui souligne qu'Internet ne doit pas être considéré comme un support spécial pour la publicité. Adde. N. VARILLE, *La publicité et Internet*, D.I.T. 1998/1, p. 29. – A. de VERDELHAN, *La publicité du médicament, de l'ère de la réclame ... à la génération Internet*, Th. dactyl, Pharmacie, Rennes 1, 2003.

¹⁷⁷⁰ Pour cela, l'AFSSAPS (Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé) a mis à jour une « Charte pour la communication sur Internet des entreprises pharmaceutiques », disponible sur le site de l'Agence et C. MAURAIN, *Code permanent de Bioéthique et Biotechnologie, V° Publicité des médicaments*, éd. Législatives, Annexe 4. Sur cette Charte, v. notamment B. FAURAN, *Aspects juridiques de la publicité et de l'information des médicaments sur Internet*, *Gaz. Pal.* 26 mars 2002, n°85, p. 36.

¹⁷⁷¹ CA Colmar, 7 mai 2008, *SA SC GALEC-Groupement d'achats des centres E. Leclerc c/ SAS Univers Pharmacie*, n°JurisData : 2008-360713, *Propri. ind.* septembre 2008, comm. n°72 ; note SCHMIDT-SZALEWSKI.

¹⁷⁷² Le groupement d'achat Leclerc avait organisé une campagne de publicité en 1992 avec comme slogan : « Quelle est la différence entre une pharmacie traditionnelle et Leclerc », qui avait été jugée comme

soigner un rhume sera bientôt un luxe » accompagné de l'image d'un buste orné d'une parure de pilules et de comprimés. Sous couvert de l'argument de la cherté des médicaments, mensonger selon l'Univers Pharmacie, défendeur, c'est bien le caractère agressif du contenu de la publicité qui heurtait. Cette décision est pour nous le prétexte à rappeler qu'une publicité ou un slogan publicitaire sont des œuvres de l'esprit, protégées pour leur forme d'expression et non pour leurs contenus. Lors de sa diffusion, la publicité est protégée par la liberté d'expression garantie à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), principe qui inonde l'exercice du droit d'auteur. Tel a été le rappel de la Cour d'appel de Colmar en faveur des demandeurs¹⁷⁷³.

Il convient maintenant d'aborder une des dispositions phares des liens qu'entretiennent le Code de la santé publique et le Code de la propriété intellectuelle : les médicaments génériques. Ils entrent en scène à l'extinction des droits.

3) Les médicaments génériques.

389.- Les médicaments génériques. Notions. La réforme de la législation européenne sur le médicament défini pour la première fois ce que l'on doit entendre par le médicament générique à l'article L. 5121-1, 5°, a, du Code de la santé publique¹⁷⁷⁴. Cette définition a vocation à remplacer le concept de « similarité essentielle » tel, que posé par l'arrêt

déloyale du fait qu'elle présentait le pharmacien comme incompetent n'apportant aucune plus-value aux patients et dès lors ne pouvant justifier une différence sur les prix de vente (TGI Paris, 8 janvier 1992, *Conseil national de l'ordre des pharmaciens c/ groupement d'achats Leclerc et Sté nouvelle de presse et de communication*, cité par X. GREFFE, *La publicité et la loi*, Litec, 10^e éd., 2004, n°1086).

¹⁷⁷³ La Cour rappelle à la fois l'article 10 de la CESDH et explique : « Attendu que l'image d'une parure faite de pilules et de gélules est sans doute d'une ironie un peu agressive, mais qu'elle ne dépasse pas manifestement les limites de ce qui est permis en matière d'expression humoristique ».

L'article 10 de la CESDH avait déjà été avancé par la CEDH en matière de publicité commerciale (CEDH 24 février 1994, *Casado Coca c/ Espagne*), et également dans les célèbres affaires opposant Greenpeace à Areva et à Esso (Com. 8 avril 2008, *P.I.B.D.* 2008, III, p. 370 et p. 372).

¹⁷⁷⁴ La directive n°2004/27/CE du Parlement et du Conseil européen, du 31 mars 2004, sur le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (*Journal Officiel UE* 30 avril 2004). Sur cette réforme, v. notamment : G. MICHAUX, *La réforme de la législation pharmaceutique européenne*, *Rev. Conc. Cons.* juillet 2005, p. 8. Transposée par les lois n° 2007-248 du 26 février 2007 et n°2008-518 du 3 juin 2008 (Loi n° 2007-248 du 26 février 2007, *Journal Officiel* 27 Février 2007. Sur ce thème, v. notamment, J.-C. GALLOUX, *Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament*, *RTD com.* 2007, p. 5. On peut également citer l'ordonnance n°2007-613 du 26 avril 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament. J. PEIGNE, *Le droit du médicament après la loi du 26 février 2007 et l'ordonnance du 26 avril 2007*, *R.D.S.S.* juillet-août 2007, p. 579).

*Generics*¹⁷⁷⁵. Trois éléments composent la définition du médicament générique¹⁷⁷⁶, il doit avoir : la même composition qualitative et quantitative en principes actifs que le médicament de référence¹⁷⁷⁷ ; la même forme pharmaceutique¹⁷⁷⁸, et être bioéquivalent¹⁷⁷⁹ du médicament de référence¹⁷⁸⁰. Il ne s'agit pas ici de retracer la genèse ni l'étendue fort complexe du régime des médicaments génériques. Outre le fait que cela a été l'objet d'études exhaustives¹⁷⁸¹, cela dépasserait le cadre de celle-ci. Il convient donc d'inscrire les médicaments génériques dans le mouvement de correction du droit des brevets au regard de la finalité de progrès médical et d'en analyser la conjoncture.

À titre préliminaire, il convient de souligner que la conjoncture économique est un des facteurs de l'essor des médicaments génériques, « dans la mesure où les génériques sont

¹⁷⁷⁵ CJCE 3 décembre 1998, aff. C-368/96, *Generics et a. Europe* 1999, comm. n°66 et B. HAGUET et D. VION, *Procédure abrégée : médicaments essentiellement similaires et protection des données*, *Gaz. Pal.* 1999, 1, doct. p. 864. Concept qui ne simplifiait pas la qualification des tests de biodisponibilité durant la protection par le brevet en dehors de la contrefaçon. La définition du médicament générique était particulièrement attendue considérant les difficultés d'interprétation que présentait celle de « similarité essentielle », en ce sens, CJCE 20 janvier 2005, *L.P.A.* 14 octobre 2005, n°205, p. 4.

¹⁷⁷⁶ L'article L. 5121-1, 5°, a, du Code de la santé publique, définit en ces termes les médicaments génériques : « Spécialité générique d'une spécialité de référence, celle qui a la même composition qualitative et quantitative en principes actifs, la même forme pharmaceutique et dont la bioéquivalence avec la spécialité de référence est démontrée par des études de biodisponibilité appropriées ».

¹⁷⁷⁷ Précisions que les substances doivent contenir la même fraction thérapeutique, sur le fondement de l'article R. 5121-41-1-1° b) du Code de la santé publique, introduit par le décret n°2005-156 du 18 février 2005, relatif aux modifications d'autorisation de mise sur le marché de médicaments à usage humain et modifiant le Code de la santé publique, *Journal officiel*, n°45, 23 février 2005, p. 3000.

¹⁷⁷⁸ Ce sont les formes que peut prendre un médicament, c'est-à-dire par injection, par voie orale, en comprimé, en sirop, etc. On considère, par exemple, comme identiques les procédés de micro-, macro- ou nano- émulsion.

¹⁷⁷⁹ Cette notion est particulièrement importante dans le domaine des génériques. L'article L. R 5143-9 du Code de la santé publique définit la biodisponibilité ainsi : « la vitesse et l'intensité de l'absorption dans l'organisme à partir d'une forme pharmaceutique, du principe actif ou de sa fraction thérapeutique destinée à devenir disponible au niveau des sites d'action ». La bioéquivalence étant l'équivalence des biodisponibilités.

¹⁷⁸⁰ Le terme de « médicament de référence » a également été précisé par les dispositions européennes. La définition apportée est ici négative : ce ne sont ni les médicaments génériques, ni les médicaments autorisés sur la base d'une demande bibliographique ou d'une demande hybride.

¹⁷⁸¹ V. notamment, S. PIERRIN et Ph. ROSIER, *Les enjeux du médicament générique en France*, éd. Frison-Roche, 1995. – E. BERTHET, *Les obstacles juridiques à l'essor des génériques*, éd. De Santé, 1998. – A. WEILL et a., *La prescription des médicaments essentiellement similaires et des génériques* : *Rev. Med. Ass. Maladie*, 4-1996, p. 23. – M.-D. CAMPION, G. VIALA, *Le médicament générique : la nouvelle donne*, *Gaz. Pal.* 16 juillet 1996, p. 34. – J. LARRIEU et G. HOUIN, *Médicaments génériques et propriété industrielle*, *R.I.D.E.* janvier 2000, p. 173 et des mêmes auteurs *Régime juridique des médicaments génériques au regard des règles qui gouvernent la propriété industrielle*, *JCP G* 2001, II, 10643.

censés être moins chers que les médicaments de référence »¹⁷⁸². Par ce simple fait, ils contribuent à rendre les avancées médicales plus accessibles et à l'amélioration de l'état de santé des personnes. C'est en cela principalement que les médicaments génériques permettent la réalisation du progrès médical. Tout frein à leur essor sera également un frein posé à l'amélioration de la santé. Il conviendra donc d'être particulièrement attentif à toute volonté de prolongation des droits de propriété intellectuelle qui retarderait leur entrée sur le marché.

Les médicaments génériques ont leur existence soumise à l'expiration du monopole qui pèse sur l'invention brevetée, qu'il s'agisse du brevet ou du CCP. La mise sur le marché d'un médicament générique va se dérouler en trois temps, comme pour le médicament de référence. Le laboratoire va devoir effectuer les tests de biodisponibilité pour prouver la bioéquivalence avec le médicament de référence. Ces recherches sont admises du fait de l'exception Bolar¹⁷⁸³. Puis, il va déposer une demande d'autorisation de mise sur le marché (AMM), dite abrégée¹⁷⁸⁴, car elle pourra ne contenir que les données pharmaceutiques contenues dans le dossier d'enregistrement du médicament de référence¹⁷⁸⁵. Ces données sont le fruit de longues et coûteuses recherches et bénéficient d'une exclusivité propre dont la durée a été fixée par les lois n° 2007-248 du 26 février 2007 et n°2008-518 du 3 juin 2008¹⁷⁸⁶. M. le professeur GALLOUX, qualifie cette exclusivité des données de « proto-droit de

¹⁷⁸² J. LARRIEU, *La propriété intellectuelle et le droit à la santé*, in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, sous la dir. J.-M. BRUGUIERE, 2009, p. 15. Rapp. G. BARBIER, *Génériques, Rapport Sénat n°163* : « La définition du statut du générique constitue un enjeu stratégique pour les systèmes de santé européen. Certes les préoccupations de sécurité sanitaire ne sont pas absentes de cette réflexion, mais l'intérêt principal est économique... ». *Contra*, v. O. ARGAUT, *Les génériques : une fausse réponse au problème des dépenses de santé, Problèmes économiques*, n°2.817, du 9 juillet 2003, p. 14. Il nous semble qu'une position médiane doit être remarquée, conformément aux constats établis par la Commission européenne (in, Rapport final de la Commission européenne sur la concurrence dans le secteur pharmaceutique, du 8 juillet 2009, p. 10) : « sur les marchés où des médicaments génériques deviennent disponibles, les économies moyennes pour le système de santé (...) sont de l'ordre de 20% un an après l'entrée du premier médicament générique sur le marché et de 25% après deux ans (moyenne UE). (...) les économies réalisées grâce à l'entrée sur le marché de médicaments génériques auraient pu être de 20% supérieures à ce qu'elles ont effectivement été, si cette mise sur le marché était intervenue immédiatement après la fin de l'exclusivité ».

¹⁷⁸³ V. *supra* n°363.

¹⁷⁸⁴ Sur le fondement de l'article L. 5121-8 du Code de la santé publique, selon lequel le demandeur n'aura pas à fournir les résultats des essais précliniques et cliniques s'il peut démontrer que le médicament est un générique.

¹⁷⁸⁵ Il convient de signaler la règle de l' « Eurogénérique », qui consiste à admettre un médicament générique dans un pays de la l'Union européenne, même si le médicament de référence n'y est pas autorisé.

¹⁷⁸⁶ Et plus généralement, sur les apports de cette loi au domaine des médicaments génériques, v. E. SERGHEREART, *Vers une clarification des conditions de l'arrivée des génériques sur le marché, Propr. ind.* mai 2007, alerte n°63.

propriété industrielle »¹⁷⁸⁷. La règle peut se résumer à « 8+2+1 ». La période d'exclusivité des données est de 8 ans pour tous les médicaments, qu'ils bénéficient ou non d'une procédure centralisée de délivrance de l'AMM. Cette période a été raccourcie par rapport à l'exclusivité de dix ans dont bénéficiaient les laboratoires avant la réforme et on ne peut que s'en réjouir au regard de l'accessibilité au progrès médical qui y est ici recherchée. Mais à l'issue de ces 8 ans, ils peuvent conserver une période d'exclusivité de 2 ans durant lesquels, le médicament générique ne pourra être mis sur le marché même s'il a déjà été autorisé. À cette dernière période, il est possible d'ajouter 1 année, s'il est démontré que le médicament a une utilité thérapeutique significative par rapport aux thérapies existantes.

En définitive, le régime des médicaments génériques est un subtil compromis entre les intérêts des laboratoires, qu'il faut ménager, car à l'origine des innovations, et les besoins en santé publique représentés par les industries génériques. Il est parfois difficile de trouver cet équilibre¹⁷⁸⁸ et la finalité de progrès médical, subit ici les mêmes tiraillements que ceux vécus pour le Certificat Complémentaire de Protection¹⁷⁸⁹.

390.- Les freins à l'essor des médicaments génériques. Les « blockbusters » s'épuisent¹⁷⁹⁰. D'où les réticences à voir sur le marché des médicaments similaires, se substituant à la consommation du médicament de référence¹⁷⁹¹. Afin de retarder au maximum l'entrée des médicaments génériques sur le marché les laboratoires pharmaceutiques titulaires des médicaments de référence, jouent à la fois sur le droit de la propriété industrielle et sur le droit de la santé.

¹⁷⁸⁷ En ce sens, J.-C. GALLOUX, *L'articulation des systèmes de brevet et de santé publique*, R.I.D.E. 2000, p. 147 et spéc. p. 156.

¹⁷⁸⁸ En ce sens, J. ARMENGAUD et E. BERTHET-MAILLOLS, *Médicaments génériques et « princeps » : un nouvel équilibre à trouver*, *Propr. intell.* juillet 2006, p. 243.

¹⁷⁸⁹ V. *supra* n°338.

¹⁷⁹⁰ En ce sens, le rapport final de la Commission européenne sur la concurrence dans le secteur pharmaceutique, du 8 juillet 2009 p. 3 : En même temps, malgré les investissements croissants en R&D, les laboratoires de princeps semblent avoir de plus en plus de mal à trouver de nouveaux produits et l'on constate que le nombre de médicaments nouveaux sur le marché est en recul ». Sur la notion de « blockbusters ». Pour un commentaire, v. notamment J. AZEMA, *L'abus dans l'obtention du droit : « l'exemple des médicaments génériques »*, *Propr. ind.* octobre 2010, p. 33.

¹⁷⁹¹ Il a été constaté que près de 50% des médicaments se trouvent confrontés à l'arrivée sur le marché d'un générique dans l'année qui a suivi l'expiration de leur brevet ou CCP (rapport final de la Commission européenne sur la concurrence dans le secteur pharmaceutique, du 8 juillet 2009 p. 9).

Sur le droit de la propriété industrielle, tout d'abord, un récent rapport de la Commission européenne sur la concurrence dans le secteur pharmaceutique, du 8 juillet 2009 en atteste¹⁷⁹². Les stratégies de dépôt des brevets sont clairement orientées pour prolonger la durée du monopole d'exploitation. En ce sens, la Commission souligne : « Le dépôt de nombreuses demandes de brevet pour le même médicament [formant ce que l'on appelle des « grappes de brevets » (« *patent clusters* ») ou un « maquis de brevets » (« *patent thickets* »)] est une pratique courante. Les documents rassemblés au cours de l'enquête confirment qu'un objectif important de cette méthode est de retarder ou de bloquer l'entrée des médicaments génériques sur le marché »¹⁷⁹³. Nous ne reviendrons pas sur cette pratique, que par le jeu de la sémantique nous avons nommée « buisson de brevets »¹⁷⁹⁴. La Commission relève aussi que les actions en justice peuvent également être un obstacle à l'entrée des génériques sur le marché¹⁷⁹⁵. Qu'elles soient menées à tort ou à raison, elles sont un message fort d'avertissement aux fabricants de génériques. Enfin, nous adhérons à la remarque de M. le professeur AZEMA, relative à l'emploi du droit de la concurrence pour réguler ces situations : « Outre la difficulté de caractériser l'abus de position dominante, et en particulier, le marché pertinent sur lequel elle doit être considérée, il faut se demander en quoi l'obtention de ces brevets périphériques ou secondaires constituent-ils un abus de la part de ces entreprises dans cette situation ». En effet, cette accumulation freine abusivement par l'emploi de monopole l'entrée des médicaments génériques sur le marché. Encore faudra-t-il le prouver et accorder du temps, préjudiciable pour les médicaments génériques, à cette probation.

Sur le droit de la santé, ensuite, en employant les dispositions relatives aux AMM, il serait possible d'empêcher l'entrée des médicaments génériques sur le marché. Plus précisément, il

¹⁷⁹² Disponible sur le site : <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>. Pour un commentaire, v. notamment, J. ARMENGAUD et E. BERTHET-MAILLOLS, *Du mauvais usage du droit des brevets en matière pharmaceutique, selon le rapport préliminaire de la Commission européenne, Propr. intell.* 2009, n° 31 p. 132 ; et des mêmes auteurs, *Enquête sur les pratiques des laboratoires pharmaceutiques : les propos mesurés et constructifs de la Commission européenne, Propr. intell.* janvier 2010, p. 550.

¹⁷⁹³ Rapport final de la Commission européenne sur la concurrence dans le secteur pharmaceutique, du 8 juillet 2009, p. 12. L'enquête fait apparaître que les médicaments individuels sont protégés jusqu'à pratiquement 100 familles de brevets portant sur une même spécialité.

¹⁷⁹⁴ V. *supra* n°359.

¹⁷⁹⁵ La Commission a comptabilisé 1300 contacts extra-judiciaires et différends relatifs au brevet lors du lancement d'un médicament générique (sur les 219 molécules qui servaient de référence) (*Ibid.* p. 14). Mais les actions peuvent aussi concerner l'innocuité des médicaments génériques devant les instances administratives délivrant l'AMM (*Ibid.* p. 16). Rapp. En ce sens, P. CLAVIER, L'accès au médicament breveté, in *Cahiers Droit Sciences&Technologies*, CNRS Éditions, n°3, 2010, p. 179 et spéc. p. 189.

s'agirait de l'article L. 5121-10 du Code de la santé publique et de la phrase : « la commercialisation (d'une) spécialité générique ne peut intervenir qu'après l'expiration des droits de propriété intellectuelle, sauf accord du titulaire de ces droits ». L'aubaine était trop belle alors pour ne pas utiliser cette disposition dans le cas où il resterait sur le médicament un droit de propriété intellectuelle périphérique (marque, brevet sur un procédé de conditionnement, etc.), alors que le brevet et le CCP sur la molécule sont expirés¹⁷⁹⁶. « En d'autres termes, la simple existence d'autres droits de propriété intellectuelle, dont l'objet n'est pourtant pas reproduit pas le médicament générique, aurait pour effet de retarder la commercialisation de celui-ci à la date à laquelle tous ces droits auront cessé de produire leurs effets »¹⁷⁹⁷.

Qu'il s'agisse des pratiques issues de la propriété intellectuelle ou des dispositions du droit de la santé, tout ce qui peut entraver le développement des médicaments génériques, altère également la finalité poursuivie de progrès médical.

B) Le droit des contrats ou la coercition privée de la propriété intellectuelle

391.- Un droit des brevets corrigé par le droit des contrats pour la protection du progrès médical. L'idée que le droit des contrats pourrait être correcteur de la propriété intellectuelle afin de contribuer à la finalité de progrès médical peut au premier abord surprendre. En effet, le droit des contrats s'ancre plus dans des logiques individuelles que dans la poursuite de finalités sociales. Pourtant, l'idée a été avancée par M. le professeur MAZEAUD. Il propose « la reconnaissance définitive d'une devise « Loyauté, solidarité, fraternité » comme ligne force et directrice de notre droit contractuel contemporain »¹⁷⁹⁸. Il y aurait donc de la

¹⁷⁹⁶ En ce sens, CA Versailles, 15 juin 2004, n°04/00624 (*Glaxo c/ Qualimed*). – T. com. Nanterre 8 mars 2004, n°2004/0000249 (*Glaxo c/ Merck génériques*). – T. com. Paris 16 mars 2004, n°2004/004858 (*Glaxo c/ Ratiopharm*). – T. com. Nanterre, 19 mai 2005, n°2005/00614 (*Glaxo c/ Merck Générique*). – T. com. 10 juin 2005, n°2005/038002 (*Glaxo c/ Sandoz*).

¹⁷⁹⁷ J. PASSA, *Entre droit des brevets et droit de la santé publique : tentatives judiciaires pour faire interdire des médicaments génériques*, *Prop. intell.* janvier 2006, p. 45, et notamment, sa vive critique d'une telle interprétation. Adde, J. ARMENGAUD et E. BERTHET-MAILLOLS, *Médicaments génériques et « princeps » : un nouvel équilibre à trouver*, *Prop. intell.* juillet 2006, p. 243 et spéc. p. 246.

¹⁷⁹⁸ V. notamment, D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Litec, 1999, p. 603. L'auteur ajoute à la liste des vertus : « l'altruisme, la patience, le respect mutuel, l'indulgence, le sens de la mesure, la cohérence, l'entraide, la tolérance et d'autres vertus encore constituent un code de bonne conduite, une éthique que chaque contractant doit respecter dans l'univers contractuel ». Nous retenons cette idée, même si elle a vivement été contestée. V. notamment, Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, in *Études de droit privé, Mélanges Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247.

solidarité dans le droit des contrats. Nous pouvons le mesurer à la tendance qui se dégage dans la contractualisation des licences ordinaires à intégrer une *soft law* disposant des bonnes pratiques en la matière¹⁷⁹⁹. Le contrat ne serait donc pas totalement tourné vers la réalisation d'intérêts strictement privés.

D'où, son emploi particulier dans le domaine du vivant. Comme le soulignent Mme le professeur BELLIVIER et Mme NOIVILLE, « si le contrat apparaît comme le relai de la loi c'est par deux manifestations. D'abord, il vient corriger les effets pervers liés à la mise en œuvre de certaines règles de droit existantes ; ensuite, il donne force contraignante à des normes qui, bien qu'essentielles à la construction d'une politique du vivant, n'ont à elles seules qu'un effet limité »¹⁸⁰⁰. Au sein de la remarquable étude de ces auteures, menée sur les contrats dans le domaine du vivant, il est possible de retenir deux principales modalités de correction de « l'exclusivité exacerbée »¹⁸⁰¹ : d'une part, l'autocorrection des parties de leur contrat et d'autre part, la mutualisation des ressources et des résultats.

392.- L'autocorrection des contrats. Cette autocorrection n'est que le fruit d'une pratique malheureuse des déséquilibres en matière contractuelle. Au rang des déséquilibres, on trouve notamment les clauses dites de rétrocession ou *Grant-back*. L'une des parties met à la disposition d'une autre une substance, une molécule, un procédé, une séquence ADN sur laquelle elle a une exclusivité. Elle va organiser par le contrat, en quelque sorte, les conditions de la « reconnaissance » de son co-contractant. Le plus souvent à l'origine d'une situation de blocage, sa position de dominance dans les négociations précontractuelles lui permettra d'obtenir une clause prévoyant une rétribution sur les résultats futurs de son co-contractant, voire même un partage (ou un abandon) de l'exclusivité. Mais de telles clauses sont

¹⁷⁹⁹ En ce sens, OCDE, *Innovations génétiques, droits de propriété intellectuelle et pratiques d'octroi de licences : éléments d'informations et de politiques*, 2002, p. 82. Les experts ont suggéré aux gouvernements de mieux considérer l'établissement de « *guidelines* » pour les bonnes pratiques en matière de licence, un Code de conduite. Certaines organisations publiques s'en sont déjà dotées, à l'instar de l'INRA avec la Charte des droits de propriété intellectuelle, du 19 juin 2003 (disponible sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/42/27/33814234.pdf>).

¹⁸⁰⁰ F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, LGDJ, Coll. *Traité des contrats* (sous la dir. de J. GHESTIN), 2006, p. 219 et précisant p. 220 : « Ce que le contrat vient ici compenser, ce ne sont pas les effets du droit des brevets en lui-même, mais de sa mise en œuvre par les institutions compétentes et les titulaires des brevets ».

¹⁸⁰¹ F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, *op. cit.* p. 226.

préjudiciables pour la recherche, en particulier la recherche publique qui est ainsi flouée¹⁸⁰². La lueur d'espoir viendrait de la prise de conscience du danger de telles clauses. Au regard des pratiques actuelles tendant à limiter l'existence ou la portée de ces clauses dans les contrats scélérats, l'avenir est prometteur. En témoigne, l'adhésion des entreprises au *Genoscope*. Elles bénéficient pour continuer leurs recherches d'un accès gratuit à condition de « s'abstenir de divulguer ces données à des tiers, de les mettre dans le domaine public qu'après les avoir vérifiées et complétées, les publier comme étant le résultat d'un travail commun avec les entreprises »¹⁸⁰³. Enfin, l'autocorrection provient également d'une nouvelle vigilance à ne pas accorder des licences exclusives ou des licences non-exclusives trop larges qui bloqueraient le développement de la recherche¹⁸⁰⁴. C'est ainsi que « telle licence octroyée à une entreprise pharmaceutique concernera seulement le domaine des médicaments anti-cancéreux ; telle autre ne sera donnée que pour deux ou trois ans, sachant qu'à l'issue de ce délai, les instituts publics pourront à nouveau exploiter librement les résultats de leur recherche ou les donner en licence à des tiers »¹⁸⁰⁵. L'accroissement des avancées médicales et la préservation de la recherche dans le temps ne peuvent ici qu'être constatés. Le progrès médical est alors restauré par de telles pratiques.

393.- La contractualisation du « libre accès ». Il semblerait que par ce dernier élément, la contractualisation du « libre accès » nous fermions une sorte de boucle. Dans laquelle les choses immatérielles indûment sorties de leur antre originel trouvent le moyen, par le contrat, d'y retourner¹⁸⁰⁶. Où le contrat apparaît comme un moyen particulièrement efficace de réaliser

¹⁸⁰² En ce sens, F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant, op. cit.* p. 224 : « De nombreuses institutions ont en effet accepté des dispositions les conduisant à abandonner à leur cocontractant tout ou partie de leurs droits pécuniaires et intellectuels sur leurs futurs résultats, se privant ainsi de toute maîtrise de ces derniers ». Ainsi, il sera stipulé que le co-contractant accorde une licence non exclusive et gratuite pour utiliser tous les résultats de sa recherche, y compris des résultats obtenus des années après. L'entreprise *Monsanto* a d'ailleurs profité d'une telle clause en mettant à disposition une partie du séquençage du génome du riz à disposition « gratuite » de ses concurrents, tout en se garantissant de l'obtention des résultats de leur recherche, qu'elle brevetait ou qu'elle négociait à travers des licences à bas prix. Ce ne sont donc pas les instigateurs de la recherche qui bénéficieront des résultats et de leurs exploitations. Sur les clauses de *Grant back*, *Ibid.* p. 187-188.

¹⁸⁰³ F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant, op. cit.* p. 227.

¹⁸⁰⁴ En ce sens, v. notamment la Charte de la propriété intellectuelle de l'INRA, du 19 juin 2003.

¹⁸⁰⁵ F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant, op. cit.* p. 227.

¹⁸⁰⁶ Quoiqu'il serait toujours possible de discuter de la qualification de bien et de choses communes, de ces biens qui pour être collectivisés ou mutualisés nécessitent la plupart du temps une appropriation préalable soit privée (*pool de brevet*), soit publique (laboratoire public ou Université sur le modèle de Genoplante). De la même manière pour le système des « licences libres » qui imposent une propriété au départ. Comme l'illustre Mme

l'hypothèque sociale de la propriété intellectuelle. Concrètement comment le contrat permet-il de restaurer un accès au progrès médical, indument monopolisé par un droit de propriété intellectuelle mal exercé ? Il ouvre les portes à des attitudes collectivistes¹⁸⁰⁷ ou mutualistes¹⁸⁰⁸.

Dans une logique collective, citons, tout d'abord, le *pool de brevets*¹⁸⁰⁹. Un groupe de breveté va se réunir afin de collectiviser leur brevet. Il ne s'agit pas pour autant d'une copropriété de brevet. Le régime de la propriété privée n'est pas ici partagé¹⁸¹⁰. Cela leur permettra d'avoir accès aux ressources aisément appartenant aux membres du groupe, de négocier plus facilement des licences croisées¹⁸¹¹. M TROMMETTER cite l'exemple de la création d'un centre d'échange des brevets des universités américaines, le *Clearing House Mechanism*. Il a pour fonction de gérer des brevets complémentaires ou enchevêtrés afin de proposer des paniers de brevets attractifs et réaliser des innovations dans le secteur public¹⁸¹². Mais cette formation peut également avoir un effet pervers. Lorsque le regroupement a lieu entre leaders

ABELLO : « La technique est fin, car le système se joue de la propriété intellectuelle pour la détruire de l'intérieur. Cela correspondrait à la situation dans laquelle un propriétaire terrien ouvrirait son terrain pour que tous y installent leurs tentes et imposerait à ceux-ci d'ouvrir à leur tour leur propre espace. Ce propriétaire a le droit de saboter son droit de propriété, mais il a besoin d'être propriétaire pour autoriser valablement les tiers à venir s'y installer » (in, A. ABELLO, *La propriété intellectuelle une propriété de marché*, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO, LGDJ, 2005, p. 341, et spéc. p. 365).

¹⁸⁰⁷ Collectiviste, dans le sens où le modèle se fonde sur une propriété collective des moyens de production.

¹⁸⁰⁸ Mutualiste, dans le sens où le modèle se fonde sur l'entraide et la solidarité.

¹⁸⁰⁹ Sur cette question, v. notamment, J. TIROLE, *Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion, Rapport pour le Conseil d'Analyse Économique*, La documentation française, p. 9 et spéc. p. 30 : « Il existe de nombreuses formes de pool. En général, le pool commercialise l'ensemble des brevets (*package License*) à un prix soit déterminé à l'avance, lors de la formation du pool, soit ajusté par accord mutuel entre les membres du pool ; parfois, mais relativement peu souvent, le pool offre également un « menu d'option » (les candidats peuvent obtenir un sous-ensemble de licences à un prix plus faible). Dans certains pools, les propriétaires des brevets gardent la possibilité de négocier séparément (en dehors du pool) des licences relatives à leur innovation (*Independent licensing*) ; dans d'autres les propriétaires n'ont pas le droit de concurrencer ainsi le pool. Les royalties des licences octroyées par le pool sont partagées entre les membres du pool selon une formule prédéterminée, parfois de façon mécanique en fonction du nombre de brevets (...) parfois de façon plus élaborée en fonction de l'importance des brevets (...) ». L'auteur rappelle que l'histoire des pools est longue et date de 1856.

¹⁸¹⁰ Sur les questions de propriété collective, v. *supra* n°221.

¹⁸¹¹ En ce sens, A. SCHERENBERG-ABELLO, *La licence de droits de propriété intellectuelle, fondement d'une circulation organisée des biens*, Th. dactyl. Paris-Dauphine, 2006, p. 286 et du même auteur, *La propriété intellectuelle une propriété de marché*, préc., p. 341, et spéc. p. 364-365.

¹⁸¹² M. TROMMETTER, *Construire une propriété intellectuelle pour inciter et faciliter l'accès aux innovations est-elle économiquement et socialement suffisante*, in *Cahiers Droits Sciences & Technologies*, n°3, 2010, p. 228.

d'un marché, sur des brevets similaires les situations de blocage deviennent encore plus menaçantes pour les entreprises qui n'auraient pas la force suffisante pour négocier¹⁸¹³. En cartellisant ainsi le marché, le *pool de brevets* heurterait le droit de la concurrence communautaire en créant une situation de position dominante potentiellement abusive ou bien en créant d'éventuelles ententes¹⁸¹⁴. Pour éviter ces distorsions, certains auteurs ont préconisé l'introduction de clauses de rétrocessions au *pool* des brevets à venir motivées par l'efficacité. Comme l'explique M. TIROLE, « elles peuvent permettre d'éviter qu'un membre du pool « ne garde sous le coude » une idée ou innovation essentielle à l'implémentation de la technologie et ne réclame des conditions exorbitantes une fois le pool formé »¹⁸¹⁵.

De plus, on peut penser en matière de biobanques, ou collection de matériel biologique¹⁸¹⁶, à une démarche originale d'association de patients aux États-Unis¹⁸¹⁷. Afin de s'assurer de bénéficier des résultats des recherches entreprises par l'Université d'Hawaï sur la biobanque qu'a constituée l'Association des patients, ils vont imposer une copropriété sur les éventuels brevets futurs. « On voit bien tout l'intérêt qu'il y a à procéder de cette façon : il s'agit de garder un pouvoir de contrôle sur les résultats de recherche et sur la manière dont ils seront exploités »¹⁸¹⁸. Une telle solution semble difficile en France, où le droit des contrats, moins

¹⁸¹³ En ce sens, A. CLAEYS, *Rapport sur les conséquences des modes d'appropriation du vivant sur les plans économique, juridique et éthique*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée Nationale n°1487, 2004, p. 80

¹⁸¹⁴ Ce sujet intéresse particulièrement la doctrine dans les rapports que ce procédé entretient avec le droit de la concurrence, v. notamment : L. GAUTHIER, *Quelques observations sur le pool de brevets et le droit de la concurrence*, *Les cahiers de la propriété intellectuelle*, janvier 2007, vol. n°19, p. 103. Rapp. P. REY, *Droit de propriété intellectuelle et concurrence*, in *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC-Vuibert, 2009, p. 49, et spéc. pp. 51-52. La vérification de la conformité du *pool* à l'ordre public concurrentiel se fait le plus souvent *a posteriori*. Pour cela, on appliquera par analogie le règlement d'exemption par catégorie en date du 27 avril 2004 portant sur les accords de transfert de technologie (*Journal officiel UE*, 27 avril 2004, p. 11), qui n'a vocation qu'à régir les accords de transfert de technologie qui sont conclus entre deux entreprises, mais qui au point 40, élargit l'interprétation aux accords de licence conclus entre plusieurs entreprises. Sur ces différentes notions, v. notamment, les articles de L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRAINEN, *L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept* et H. ULLRICH, *L'ordre concurrentiel : rapport de synthèse*, tous deux réunis dans *Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2004, respectivement p. 23 et p. 677.

¹⁸¹⁵ V. aussi, J. TIROLE, *Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion*, *Rapport pour le Conseil d'Analyse Économique*, La documentation française, p. 9 et spéc. p. 31.

¹⁸¹⁶ V. *infra* n°519.

¹⁸¹⁷ L'exemple est cité par F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, Puf, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 111-112.

¹⁸¹⁸ F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, *op. cit.*, p. 112.

souple, oblige à ce que l'objet (invention) existe avant d'en contractualiser la propriété (copropriété de brevet). Ce ne sont que des initiatives isolées, sans réponse globale.

Enfin, le contrat peut également avoir pour conséquence une mutualisation des résultats. Comme le citent Mme le professeur BELLIVIER et Mme NOIVILLE, les contrats de *Génoplante* ou *Agenae* reposent sur « l'institution d'un « pot commun », somme toute classique, de ressources et de techniques détenues par chacun : l'accès à toute ressource et technologie utile à la collaboration est garanti et gratuit entre les partenaires »¹⁸¹⁹. Le libre accès est garanti par trois modalités : chacun aura accès aux résultats des travaux des autres, il pourra les utiliser librement pour ses propres recherches, et obtenir un brevet pour ses résultats sans contrepartie, sans clause de rétrocession. Au-delà, le contrat peut avoir pour objet la mutualisation des ressources. Sur le modèle des œuvres en *open access* ou *open source* en droit de l'informatique, il s'agit, dans le domaine du vivant, de retrouver les mécanismes de la « licence libre » (la *General Public Licence –GNU*, par exemple). Elle stipulera, entre autres : qu'« aucun brevet ne peut être sollicité sur aucune entité mise à disposition ; seules les applications industrielles peuvent être protégées ; les tiers auxquels le bénéficiaire transfèrera à son tour les entités seront tenus par ces mêmes obligations »¹⁸²⁰. En somme, quel meilleur moyen de préserver le progrès médical qu'en protégeant le puits de science dans lequel pourront s'alimenter toutes les techniques ?

394.- Conclusion de la Section 2 : Les ressorts externes de l'hypothèque sociale. L'appel ponctuel fait aux dispositions extérieures à la propriété intellectuelle est d'un utile secours lorsque la propriété intellectuelle, soit par un exercice dévoyé, soit par son objet indument approprié, répond insuffisamment à la finalité qui lui est assignée, à savoir le progrès médical. Le droit de la concurrence, par exemple, est un excellent régulateur pour aménager une circulation défailante de l'invention. Par la libre circulation, le mécanisme de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle permet d'éteindre le monopole après la première mise en circulation, ce qui favorise l'accès aux avancées médicales brevetées. Le droit de la concurrence par la mise en œuvre de la théorie des facilités essentielles permet peut s'avérer

¹⁸¹⁹ F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, op. cit. p. 231-232. Est souvent cité en exemple le modèle du *Center for the Application of Molecular Biology to International Agriculture (CAMBIA)*. Rapp. M. PEARCE et V. FERGUSON, *A change of scenery : open source licensing and its application to the biotech industry*, *Patent World*, décembre 2005/janvier 2006, p. 22.

¹⁸²⁰ F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Contrats et vivant*, op. cit. p. 233.

fort utile lorsque l'appropriation ne s'est pas réalisée en fonction de la valeur sociale de l'objet. En définitive, le droit de la concurrence n'est absolument pas opposé aux régimes de propriété intellectuelle, il est un complément efficace dans la réalisation du progrès médical. Mais chacun de ces droits devant préserver leurs bastions de spécificités. À côté de ce mécanisme régulateur, il a été fait appel aux touches de correction apportées par le droit des contrats. Il ne semblait pas du tout évident au premier abord que droit imprégné de volonté individuelle puisse servir des intérêts collectifs. La solidarité contractuelle qui en ressort est particulièrement efficace en complément des dispositions de la propriété intellectuelle pour restaurer un accès à une invention prometteuse pour le « bien-être » social. Plus évidente était la rencontre entre le droit de la santé et la propriété intellectuelle du domaine de la santé. Son intervention est toutefois sporadique. Avant la constitution des droits, l'AMM va permettre de s'assurer de la valeur sociale des objets appropriés, pendant l'exercice des droits la publicité des produits de santé sera organisée et enfin à l'extinction des droits, les dispositions relatives aux médicaments génériques reliaeront de manière efficace la circulation de l'invention tombée dans le domaine public.

CONCLUSION CHAPITRE 2 : LA CIRCULATION FINALISÉE DE L'OBJET DU DROIT DES BREVETS DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ.

395.- L'hypothèque sociale qui grève la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé nous a accompagné durant tous ces développements. En effet, elle sous-tend l'idée que les produits de santé ont un destin universel qui doit justifier, après leur appropriation, l'organisation la plus rigoureuse de leur accessibilité par une limitation des droits du titulaire. De la même manière qu'une hypothèque, le titulaire conserve ses droits à condition de les exercer dans le sens du progrès médical. Ainsi, le destin de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé est non seulement strictement entendu au moment de la constitution des droits, mais il serait également encadré au moment de la circulation afin de réaliser la finalité du progrès médical. Si l'on met à l'écart les doutes que nous avons sur les dispositions relatives au Certificat Complémentaire de Protection, eu égard à la poursuite de la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, les limitations posées à l'exercice de la propriété intellectuelle proviennent tant de dispositions internes que de dispositions externes.

396.- Les limites internes en faveur de l'accessibilité au progrès médical. Les principales limites internes qui sont posées à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé pour assurer au plus grand monde le bénéfice des avancées médicales sont posées par des licences. La licence pour défaut d'exploitation, est de fait celle qui contribue directement à distribuer le bénéfice de toutes avancées médicales, dans la mesure où elle ne permet pas de laisser une invention au fort pouvoir social sans être exploitée. La licence d'office dans l'intérêt de la santé publique serait une soupape de sécurité importante, surtout dans le secteur des biotechnologies. Elle possède un fort pouvoir dissuasif. La licence obligatoire visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation est certes louable, mais peu employée. À ce problème d'une telle envergure, cette seule licence ne peut répondre. Enfin, nous avons exprimé nos regrets sur le fait que la licence de dépendance ne soit qu'un moyen de protection des intérêts économiques, alors qu'elle pourrait être une garantie efficace de protection du progrès médical. À côté de cet accès imposé par le biais des licences, la propriété intellectuelle rappelle, d'une part, que doivent rester libres de droits les matériaux, aux fins de préparations magistrales d'actes accomplis à titre expérimental. Cette disposition est particulièrement importante pour préparer l'entrée des médicaments génériques sur le marché. D'autre part, c'est par l'instauration d'un privilège de l'agriculteur que sont protégés

de tout monopole les mécanismes qui se produisent à l'état naturel. A ces limites internes, il a fallu concéder la pénétration de quelques droits extérieurs.

397.- Les limites externes en faveur de l'accessibilité au progrès médical. Le droit de la concurrence va notamment être appelé par la propriété intellectuelle pour réguler des exercices monopolistiques qui ne correspondent pas à la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. En effet, toute entrave dans la circulation ou la distribution des produits de santé brevetés contrevient à la réalisation de l'amélioration de la santé par la finalité de progrès médical. Le droit de la concurrence permettra même, à travers un outil, la théorie des facilités essentielles, de remédier aux dérives monopolistiques. À côté de cette régulation, l'exercice de la propriété intellectuelle a dû être corrigé, par les mécanismes du droit des contrats et par celui du droit de la santé. D'une part, le droit de la santé par une coercition publique intervient dans la propriété intellectuelle, de sa constitution à son extinction, par les dispositions relatives à l'AMM, la publicité des médicaments ou les médicaments génériques. D'autre part, le droit des contrats, par la coercition privée, permet de restaurer un accès indispensable aux informations indument monopolisées. Une telle immixtion, bien que souvent salutaire, est à relativiser eu égard à l'effet limité *inter partes*, qu'elle instaure.

CONCLUSION DU TITRE 1 : LE DROIT DES BREVETS, GÉNÉRATEUR DE PROGRES MEDICAL

398.- Lorsqu'on lit que le droit des brevets est générateur de progrès médical, les choses semblent aller naturellement de paire. Mais bien souvent, on confond le progrès social, en l'espèce médical, et le progrès technique. Le progrès médical ne consiste pas en l'accumulation des techniques médicales¹⁸²¹. Il serait même au contraire menacé par cette accumulation, au regard des résultats produits par la valeur économique sur la propriété intellectuelle du domaine de la santé. Le progrès médical, à savoir l'amélioration du « bien-être » social, de la santé, serait principalement atteint par la préservation de la science, sur laquelle viendra se bâtir toute technique. Pour le réaliser, le monopole sera d'ailleurs limité et hypothéqué.

399.- Une propriété freinée dans son existence. Nous savons que du fait de la définition de la propriété intellectuelle comme régime d'exception, l'objet de la propriété intellectuelle devait être interprété strictement. Cette proposition acquiert encore plus de force lorsqu'elle est finalisée. En effet, l'objet du droit des brevets est particulièrement sollicité par un domaine de la santé en forte demande de protection. Nous avons pu le mesurer à la variété des objets qui servent de support à l'invention, ils ressortent tant de la chimie, que de la biologie ou de l'informatique. Finaliser la règle de droit pour exclure un grand nombre d'objets de la propriété lui confère sa légitimité. L'appropriation de l'objet du droit des brevets, l'invention, résulte donc, d'un double mouvement de valorisation. D'une part, l'intervention humaine permettra de n'appréhender que la technique – dans le domaine du vivant, la fonction, au titre du brevet. D'autre part, la considération de la valeur sociale permettra de ne retenir pour l'exceptionnelle qualification que les objets qui servent la finalité de progrès médical. Ceux dont l'objet revendiqué ne contribue pas à réaliser ce « bien-être » social par l'accroissement des avancées médicales, ne pourront pas être qualifiés d'invention et pourront encourir la nullité du titre indument délivré. Cette valorisation de l'objet implique que même les conditions d'appropriation de l'invention cantonnent l'objet à la réalisation du progrès médical. La nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle ont été lues à cette nouvelle lumière. La conséquence de cette définition fermée de l'objet du droit de propriété

¹⁸²¹ Le progrès médical a été défini comme l'accroissement dans le temps des avancées médicales, issues de la science et de la technique, qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social ».

intellectuelle est de pouvoir maintenir à l'usage commun l'ensemble des choses incorporelles, pour lesquelles l'appropriation ne permet pas cette réalisation du progrès médical. La catégorie largement ouverte est composée de tout objet de science, dont l'accessibilité doit être préservée, puisque les techniques ultérieures s'en alimenteront. Une telle délimitation de l'objet de la propriété permettra très certainement d'éteindre les relations houleuses que la propriété intellectuelle entretenait avec le domaine du vivant.

400.- Une propriété hypothéquée dans son exercice. Pour une finalité de progrès médical, il ne faut pas hésiter à grever l'invention brevetée d'une « hypothèque sociale ». L'accessibilité intellectuelle que le régime de la propriété intellectuelle prévoit est parfois insuffisante. En effet, la technique médicale a été appropriée en considération de sa valeur sociale, c'est-à-dire de sa faculté à réaliser le « bien-être » social. Ce qui signifie, que lorsque le bénéfice collectif n'est pas atteint des mécanismes internes et externes grèveront la circulation de l'invention pour la « rendre » à l'usage commun, ou au minimum à un usage plus conforme au progrès médical. La satisfaction du bien-être social ne sera atteinte que par la préservation de l'accessibilité au progrès médical, tant en termes quantitatifs – le plus grand nombre de personnes en bénéficie – qu'en termes qualitatifs – bénéficier de la meilleure offre médicale possible.

TITRE 2

LE DROIT D'AUTEUR ET LE DROIT DES MARQUES, RÉCEPTEURS DU PROGRÈS MÉDICAL

401.- Un rapprochement surprenant entre le droit d'auteur et le droit des marques. Il n'est pas classique dans le droit de la propriété intellectuelle de procéder à un tel rapprochement entre le droit des marques et le droit d'auteur, tellement leurs logiques semblent opposées¹⁸²². Le mercantile droit des marques paraît incompatible avec le noble droit d'auteur des beaux-arts. La santé va jouer les « entremetteuses ».

402.- L'intérêt de leur rapprochement pour le progrès médical. Les places du droit d'auteur et du droit des marques dans le domaine de la santé sont secondaires. Lorsque l'on évoque la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, le droit de prédilection est celui des brevets. Il concentre d'ailleurs les critiques lorsque la propriété intellectuelle est en question. Cela s'explique par la valeur sociale des objets considérés. Une marque sur un médicament ou un Traité médical ne sont pas générateurs de l'accroissement *dans le temps* des avancées médicales, issues de la *science et de la technique*. Leur valeur sociale est d'une moindre importance par rapport à celle de la séquence génétique ou de la dernière molécule chimique ayant des applications thérapeutiques qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social ». Les enjeux sur leur accès n'équivalent pas les débats passionnés qui animent le droit des brevets.

Est-ce pour autant qu'il faille conclure à l'inutilité de ces créations immatérielles et les déconsidérer dans cette étude ? Nous ne le pensons pas. Leur rôle est, nous semble-t-il, essentiel pour le progrès médical. Cette finalité de progrès médical pénétrera-t-elle dès la constitution des droits ? Et si tel est le cas, en quoi la valeur sociale d'une marque ou d'une œuvre peut-elle avoir une incidence sur le progrès médical ? Existera-t-il un particularisme au moment de leur appropriation du fait de cette valeur ? L'exercice de ces droits sera-t-il affecté par cette considération ?

¹⁸²² Et pourtant, nous le trouvons judicieusement mis en valeur notamment dans la thèse de Mme NISATO (*in*, V. NISATO, *Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle*, th. dactyl., Université d'Avignon, 2005), et dans le récent article de M. le professeur BRUGUIERE (*in*, J.-M. BRUGUIERE, *Le droit des marques dans le droit d'auteur*, *in Liber amicorum G. Bonet*, Litec, coll. IRPI, *le droit des affaires, propriété intellectuelle*, n°36, 2010, p. 87).

403.- La méthode de leur rapprochement pour le progrès médical. Le progrès médical a été défini comme un processus temporel d'accroissement des avancées médicales. Il semblerait que le droit des marques et le droit d'auteur agissent de concert dans cette dynamique temporelle. Si on considère que le droit des brevets est générateur du progrès médical, par les techniques qu'il protège et par la science qu'il préserve à l'usage commun, à quel moment vont intervenir le droit des marques et le droit d'auteur ?

Ainsi, dans un premier temps, nous démontrerons en quoi le droit des marques peut être, majoritairement, considéré comme un relai du droit des brevets sur des objets du domaine de la santé. L'objet du droit des marques portant sur le signe serait le récepteur des techniques médicales et aurait pour finalité leur commercialisation dans le temps (*Chapitre 1*). Il sera ensuite nécessaire de rechercher en quoi le droit d'auteur contribuerait au progrès médical. Sur un autre versant que le droit des marques, le droit d'auteur serait le récepteur de la science médicale et aurait pour finalité leur diffusion dans le temps (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1

LE DROIT DES MARQUES, INSTRUMENT DE COMMERCIALISATION EN FAVEUR DU PROGRÈS MÉDICAL

404.- Droit des marques et domaine de la santé, l'évidence d'un lien. Le droit des marques est présent dans le domaine de la santé. Les éléments qui nous renseignent de sa présence, les plus évidents, sont les signes qui sont apposés sur les produits de santé. Il y a aurait donc un lien direct entre la brevetabilité d'une invention dans le domaine de la santé et sa commercialisation avec le droit des marques. Même si en pratique il est évident qu'un produit de santé sera le support d'une marque, il n'existe aucune obligation légale à constituer une marque sur le produit de santé. Le droit des marques apparaît ainsi comme le partenaire privilégié du droit des brevets lors de la commercialisation des produits de santé, sans pour autant que son existence ne soit contrainte. Le droit des marques est un droit éminemment économique, dont la principale fonction, au premier abord est celle de la rétribution du titulaire par la commercialisation des objets¹⁸²³. Il serait donc chimérique d'y trouver un quelconque souci de réalisation du progrès médical.

Et pourtant, comme partenaire privilégié du droit des brevets, il a pour support des objets socialement valorisés au titre de la qualification de l'invention¹⁸²⁴. L'objet du droit des marques sera-t-il lui aussi socialement valorisé ? Si tel était le cas, comment pourrait-on l'identifier ? Outre la qualification du bien, cette valeur sociale si elle est détectée dans l'objet du droit des marques dans le domaine de la santé le conduira à finaliser ses dispositions en faveur du progrès médical. Mais quel sens auront ses dispositions relatives à la

¹⁸²³ Les liens entre le droit des marques et le droit de la consommation existent depuis longtemps : « un professionnel n'est pas tenu de proposer ses produits ou services au public sous un signe distinctif particulier. Le principe implique également que le signe distinctif utilisé le cas échéant par un opérateur n'a pas nécessairement à être déposé à titre de marque ou encore que la marque détenue par une personne n'a pas forcément à être utilisée pour la désignation de tous les produits ou services qu'elle propose au public » (J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle, op. cit.*, n° 39-40, pp. 44-45. – J. PASSA, *Droit commun des marques et protection du consommateur, in Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, n° 14, p. 793). Adde, P. NUSS, « Le consommateur d'aujourd'hui face à la marque », *in Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 373. Pour une étude détaillée de la confrontation du consommateur au droit de la propriété intellectuelle, v. V. NISATO, *Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle*, th. dactyl. Université d'Avignon, 2005.

¹⁸²⁴ Sur ce point, v. *supra* n°276.

commercialisation des techniques médicales pour réaliser le progrès médical ? En cela, le droit des marques apparaîtrait-il comme le récepteur du progrès médical généré par le brevet ? Une autre question doit également être abordée. Le droit des marques dans le domaine de la santé n'a pas seulement pour support des produits de santé. Parfois, son exercice est limité pour éviter toute atteinte au progrès médical par des objets qui menacent la santé, comme l'alcool ou le tabac. Ils composent le domaine de la santé, puisque précisément ils ne contribuent pas à la réalisation de cet « état complet de bien-être physique, mental et social ». Comment alors assigner une finalité de progrès médical à un droit, alors que ses objets ne véhiculent pas cette valeur sociale, mais en sont la négation ?

Ainsi, dans un premier temps, nous nous attacherons à démontrer que l'objet du droit des marques par la commercialisation des techniques médicales brevetées et donc socialement valorisées, tend à la réalisation du progrès médical (*section 1*). Dans un second temps, nous remarquerons que la valeur sociale négative de certains objets sur le « bien-être social », composante du progrès médical, conduit à une limitation de l'exercice du droit des marques (*section 2*).

Section 1

La poursuite de la finalité de progrès médical pour les objets à valeur sociale positive

405.- A la recherche du signe... Le Code de la propriété intellectuelle définit le signe comme « susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale » de ceux de ses concurrents¹⁸²⁵. Il ne fait, selon nous, aucun doute qu'en tant qu'objet du droit de propriété intellectuelle¹⁸²⁶, le signe est aujourd'hui

¹⁸²⁵ L'article 711-1 et s. du Code de la propriété intellectuelle résulte de la loi n° 91-7 du 4 janvier 1991, qui transpose la directive communautaire n° 89/104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, laquelle visait à « aplanir les disparités qui pouvaient entraver la libre circulation des marchandises et la libre prestation de services et entraîner des distorsions de concurrence entre opérateurs dans la communauté » (J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs – Dessins et modèles*, t. 1, LGDJ, Paris, 2006, n° 61, p. 60). Le droit national est également conforme aux dispositions sur les ADPIC.

¹⁸²⁶ M.BUSSON de la commission législative avait quant à lui souligné lors du vote de la loi du 23 juin 1857, que la « marque est le signe de la personnalité du fabricant, du commerçant, imprimée à leurs produits et qu'elle constitue donc une véritable propriété que proclame le premier mot de la loi ». Il est incontestable que le titulaire de la marque possède sur celle-ci un droit de propriété intellectuelle opposable à tous qui fait partie des droits de propriété réels garantis aux français par les dispositions de la Déclaration des

une création¹⁸²⁷. Pour justifier de cette qualité, on exige souvent de la marque qu'elle recouvre les qualités d'originalité ou de nouveauté¹⁸²⁸. Mais cela n'est pas dans la logique de ce droit¹⁸²⁹, et cela s'avère inutile. Ne suffirait-il pas de rechercher sa valorisation au titre du travail qui s'exerce sur lui pour faire émerger le caractère créatif du signe ? À côté de cette « valeur-travail », les signes à l'instar des brevets, ont-ils la particularité de cette double valorisation ? Autrement dit, le signe possède-t-il une valeur sociale ? Si oui, provient-elle de la valeur sociale identifiée en droit des brevets, ou s'agit-il d'une valeur sociale totalement indépendante du produit sur lequel porte la marque ? Au-delà, quelle sera la conséquence de la finalité de progrès médical sur le droit des marques dans le domaine de la santé, lorsqu'il sera question de la circulation de l'objet ?

Le signe, objet du droit des marques, est doublement valorisé, comme tous les objets de la propriété intellectuelle ce qui implique qu'il poursuit du fait de son appropriation la finalité de progrès médical qui lui est assignée (*paragraphe 1*). Cette finalité atteinte les dispositions du droit des marques dans le domaine de la santé, pour la circulation de l'objet (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1

L'appropriation finalisée du signe dans le domaine de la santé

406.- Valorisation du signe. De la même manière que pour l'invention il est nécessaire de séparer l'objet des conditions de son appropriation, même si ces dispositions sont toutes animées de la même finalité. Ce choix apparaît clairement dans une récente décision du

droits de l'homme et du citoyen de 1789 et qui a valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel du 8 janvier 1991, *J.O.* du 10 janvier 1991, p.524 ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, équipe de recherche en créations immatérielles, sous la direction du professeur M. VIVANT, Dalloz, 1^{er} éd., 2004, p.339 et s.

¹⁸²⁷ En ce sens, v. M. VIVANT, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415.

¹⁸²⁸ TPICE, 27 février 2002, aff. T-34/00, point n° 45 : « le défaut de caractère distinctif d'une marque ne saurait résulter de l'absence d'un surcroît de fantaisie ou d'une touche minimale d'imagination, car une marque (...) ne procède pas nécessairement d'une création et ne se fonde pas sur un élément d'originalité ou d'imagination, mais sur la capacité d'individualiser des produits ou des services dans le marché, par rapport aux produits ou services du même genre offerts par les concurrents ». *Contra*, v. OHMI, 3^{ème} chambre de recours, 28 juillet 1999, affaire R 110/1999-3 : « Selon l'examinateur, la marque figurative sollicitée était dépourvue de caractère distinctif en raison du fait qu'une couleur unique, de conception relativement simple, ne possédait pas un caractère suffisamment original pour être admise ».

¹⁸²⁹ En ce sens, J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 1421, p. 783. – P. MATHÉLY, *Le nouveau droit français des marques*, éditions du JNA, Vélizy, 1994, p. 60. – R. BERTRAND, *Le Droit des Marques et des Signes Distinctifs*, Cedat, Paris, 1999, p. 88.

TPICE : « l'aptitude générale d'une catégorie de signes à constituer une marque n'implique pas que les signes appartenant à cette catégorie possèdent nécessairement un caractère distinctif »¹⁸³⁰. Il convient de s'attacher dans un premier temps au processus de valorisation qui touche au signe du domaine de la santé, et qui permet de le circonscrire (A). Dans un second temps, nous nous attèlerons à démontrer que les conditions d'appropriation tiennent en considération cette valorisation puisqu'elles sont orientées vers la réalisation du progrès médical (B).

A) Le signe valorisé, objet du droit des marques.

407.- Circonscription du signe. L'objet du droit des marques, comme tout objet de la propriété intellectuelle est doublement valorisé (1). Cela permet de ne retenir qu'une acception stricte de l'objet de la propriété intellectuelle. Le signe n'échappe pas à la règle de l'interprétation stricte du fait du régime exceptionnel de la propriété intellectuelle. Or, cette valorisation est intimement liée à la finalité de progrès médical qui est assignée à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé (2). Il conviendra de préciser exactement en quoi la constitution d'une marque sur un produit de santé contribue à la réalisation du progrès médical.

1) L'identification des valeurs sur le signe dans le domaine de la santé

408.-Double valorisation. L'objet de la propriété est défini à partir d'un double processus de valorisation¹⁸³¹. Le premier consiste à reconnaître sur lui une intervention humaine qui va lui conférer sa « valeur-travail ». Cette première recherche, outre le fait qu'elle soit nécessaire pour déterminer l'objet du droit des marques, permettra incidemment de considérer que la marque est bien une « création intellectuelle », qui justifie une acception unitaire des propriétés intellectuelles¹⁸³². Tel sera notre premier axe d'étude (a). Dans un second temps, il sera nécessaire de rechercher la valeur sociale du droit des marques (b).

¹⁸³⁰ TPICE, 9 octobre 2002, *PIBD* 2003, n° 761, III, pp. 183-185. En ce sens également, v. TPICE, 25 septembre 2002, *JCP* 2003, chron. n° 6, p. 182, obs. M. Luby ; *D.* 2002, n° 39, *AJ*, p. 3016. — TPICE, 9 juillet 2003, aff. T-234/01.

¹⁸³¹ Sur ce point, v. *infra* n°212.

¹⁸³² J. RAYNARD, *Propriété intellectuelle : un pluriel bien singulier*, in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 527.

a) La « valeur-travail » et la diversité des signes pharmaceutiques

409.- Par différents exemples nous allons prendre conscience que le signe est véritablement une création qui nécessite l'intervention humaine. Traditionnellement dénominatif, il prend des formes variées dans le domaine de la santé.

410.- Les signes dénominatifs. Les marques les plus courantes dans le domaine de la santé sont les marques de spécialité pharmaceutique. L'article L. 5111-2 du Code de la santé publique définit la marque de spécialité pharmaceutique : « On entend par spécialité pharmaceutique tout médicament préparé à l'avance, présenté sous un conditionnement particulier, et caractérisé par une dénomination spéciale »¹⁸³³. La dénomination spéciale peut être soit : un nom fantaisie, il s'agit de l'hypothèse la plus fréquente, car elle constitue le meilleur moyen d'individualisation ; une dénomination commune assortie d'une marque ou du nom du fabricant (Exemples en pharmacie : *Pastilles Valda*, *charbon de Belloc*, etc.)¹⁸³⁴; ou une dénomination scientifique usuelle du produit assortie d'une marque ou du nom du fabricant.

411.- Formes de la marque pharmaceutique. La marque de spécialité pharmaceutique peut prendre plusieurs formes¹⁸³⁵. En effet, selon l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle, elle consiste, le plus fréquemment, en une marque verbale, souvent appelée « nom de marque » se traduisant par des vocables ; mais aussi en une marque emblématique¹⁸³⁶ désignée parfois sous le terme de « vignettes » ; ou en une marque complexe qui est la combinaison d'une marque verbale et d'une marque figurative ; enfin en

¹⁸³³ En termes de codification, la place de cet article dans le code de la santé publique n'est pas anodine, à savoir dans la cinquième partie intitulée « *produit de santé* » démontrant ainsi le rapport intrinsèque qu'il doit exister entre le produit et la dénomination choisie. Ajoutons à titre informatif que la dénomination spéciale est largement détaillée dans la partie réglementaire au sein de la première partie intitulée « *Protection générale de la santé* »... la santé comme objet de droit et comme motivation de ce droit.

¹⁸³⁴ La détermination des dénominations communes relève de la Commission de la nomenclature de la Pharmacopée (en liaison avec l'O.M.S.) et la liste est publiée au Journal Officiel.

¹⁸³⁵ Y.PLASSERAUD, *La marque de fabrication, de commerce, ou de service dans l'industrie pharmaceutique*, *Inf. pharm.* 1984, p.667.

¹⁸³⁶ La détermination des emblèmes susceptibles de constituer une marque est libre, cependant il y a des restrictions qui ont été apportées à ce principe : c'est ainsi que la loi prohibe l'usage comme marque de la Croix de l'Ordre de la Légion d'honneur, de l'emblème de la Croix Rouge (L. 4 juillet 1939) ; des armoiries ; drapeaux et autres emblèmes d'État, des armoiries de la Confédération Suisse...

une marque à trois dimensions en l'occurrence dans ce domaine les conditionnements de produits¹⁸³⁷.

Ainsi, les marques autorisées du domaine de la santé sont le plus souvent les termes courants ou de fantaisie¹⁸³⁸, mais encore, les lettres, les chiffres et les monogrammes, les noms patronymiques et les noms géographiques. Concernant les noms géographiques, un procès retentissant¹⁸³⁹ autour de la dénomination *Goménol* a amené la Cour d'appel de Paris à déclarer : « qu'en effectuant un dépôt de la marque « Goménol » pour désigner une essence végétale aux vertus thérapeutiques, le fabricant ne s'est pas servi d'une dénomination rappelant l'origine du produit, mais d'un mot dont rien ne vient détruire le caractère arbitraire et de fantaisie, rappelant seulement le nom d'un lieu où l'auteur était propriétaire exploitant » et ajoute « que la législation sur les marques de fabrique ne contient aucune interdiction relative à la marque d'un produit pharmaceutique, sous réserve qu'elle soit originale et de fantaisie ».

412.- L'importance de la « valeur-travail » et la nature du droit des marques. Ainsi, une marque judicieusement choisie, jointe à la notoriété d'un laboratoire (ou autre entreprise du domaine de la santé) assure en général à l'auteur d'un médicament (ou autre produit de santé) le positionnement de leader sur le marché, non seulement auprès du corps médical, mais aussi auprès des patients¹⁸⁴⁰. Cela n'est pas sans rappeler la théorie des « droits de clientèle » de ROUBIER¹⁸⁴¹. Les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit de marque, ne

¹⁸³⁷ À titre d'exemple international, la Cour Fédérale du Canada dans un jugement rendu le 17 octobre 2003, *Novopharm Limited c. Astrazeneca* AB T-1470-99, F.J.C. 1535, 2003 FC 1212 s'est prononcée favorablement dans l'enregistrement de la couleur et la forme d'un comprimé comme marque de commerce à condition de démontrer selon la balance des probabilités que ce comprimé est distinctif des autres comprimés des autres fabricants. Cette décision est disponible sur le site www.canlii.org/ca/cas/fc/2003/2003fc1212.html.

¹⁸³⁸ On peut dès lors citer une affaire ancienne, mais de référence en matière d'appréciation de la fantaisie : la décision *Salvarsan* de la Cour de Cassation du 14 février 1917 (*Ann. Propr. Ind.* 1914, p.94 et 1919, p.34) reconnaît la validité de la marque *Salvarsan* par ce motif « que l'expression *Salvarsan* apparaît comme une dénomination de fantaisie qui n'implique en aucune façon l'appropriation d'un monopole, mais uniquement la garantie d'une fabrication que les propriétaires de cette marque considèrent et présentent comme supérieure ».

¹⁸³⁹ Tribunal de la Seine, le 26 mars 1934, puis la Cour d'appel de Paris le 17 décembre 1935, in R.POPLAWSKI, *Traité de droit pharmaceutique*, éd. Juris-classeur, Paris, 1950, p. 605 et s. Cette décision a abouti à la condamnation d'une société concurrente du déposant, qui avait voulu faire déclarer comme non valable en tant que marque déposée dans la mesure où elle rappelait la provenance géographique du produit, et revendiquait le droit d'utiliser les mots « vaseline goménolée ».

¹⁸⁴⁰ Tel est le commentaire qu'a fait le professeur A. LAUDE du jugement du TA Rouen, 31 octobre 2000, *R.D. sanit. soc.* Avril-juin 2001, p. 291.

¹⁸⁴¹ Sur cette théorie, v. *supra* n°119.

seraient rien d'autre qu'une position juridique et patrimoniale du créateur par rapport à sa clientèle, la rémunération, octroyée par la loi, de la conquête de cette dernière. Mais si dans la logique qu'elle propose, surtout en droit des marques, elle se vérifie, elle ne peut constituer la nature des droits de propriété intellectuelle. Elle a d'ailleurs fait l'objet d'une vive critique dans cette étude, car elle est le résultat d'une appréciation subversive du bien au regard de sa valeur économique. Mais les stratégies de valorisation de la marque dans le domaine de la santé, ne seraient-elles pas révélatrices de la prise en considération de la valeur économique du signe au détriment peut-être de sa valeur sociale ?

b) L'identification de la valeur sociale du signe dans le domaine de la santé

413.- Valeur sociale et signe du domaine de la santé. Nous l'avons précisé dans les propos introductifs, la marque a vocation à être constituée sur des objets qui ont déjà été appropriés par le brevet. Ces objets entrent alors sur le marché et pour cela sollicitent la protection de la marque. Ils possèdent du fait de l'existence de l'invention, une valeur sociale. Elle a d'ailleurs été identifiée, par la propension que représente l'invention à réaliser le progrès médical. En effet, la valeur sociale confère à la technique le but de réaliser par l'accroissement des avancées médicales le « bien-être » social, en l'occurrence l'amélioration de la santé. Puisque la valeur sociale de ces objets préexiste à la création du signe, elle s'impose de fait à son existence. En quelque sorte, le signe possèdera une valeur sociale par incorporation. Cela se justifie à un double niveau. Sur un plan technique, nous avons dit que la norme en propriété intellectuelle, et plus précisément la norme d'appropriation était finalisée. Ce qui signifie bien qu'il existe une valeur sociale, la propension à réaliser le progrès médical, sur le signe susceptible d'appropriation au titre du droit des marques. Et puis, sur un plan politique, il serait totalement illogique de dire que les objets du droit des brevets pour être appropriés nécessitent la démonstration d'une valeur sociale parce qu'elle est essentielle pour réaliser les améliorations dans le domaine de la santé, et de l'abandonner une fois l'appropriation effectuée. Où passerait le bénéfice social attendu qui justifiait l'appropriation ? Donc, les signes ont bien une valeur sociale, du fait même de leur apposition sur un objet préalablement valorisé. Pour autant, il ne faut pas conclure que la valorisation influe sur la titularité des droits. Nous l'avons vu au niveau des brevets, seule la norme d'appropriation est affectée. Ultérieurement, nous avons également souligné que l'existence de la valeur sociale ne devait

pas faire changer la « propriété de mains » et en vertu d'un critère organique devenir publique ou collective¹⁸⁴². Cette proposition se vérifie pour le droit des marques.

414.- Titularité, signe et valeur sociale. S'il existe une spécificité de la commercialisation de la marque pharmaceutique, du fait du monopole des pharmaciens, rien n'indique qu'elle existe au moment de la constitution des droits. La valeur sociale du signe n'a donc aucune incidence sur la titularité des droits. La propriété de la marque est indépendante de l'usage qui en est fait. En définitive, une marque de fabrique apposée sur un produit, une spécialité, peut appartenir à un non-pharmacien, bien qu'il n'ait pas le droit d'exploiter lui-même le produit. C'est ainsi que la Cour de Cassation a expressément jugé « qu'une marque de fabrique destinée à identifier un produit pharmaceutique peut à titre de valeur patrimoniale, légitimement appartenir et être cédée à des personnes non munies du diplôme de pharmacien, mais sous réserve qu'aux pharmaciens seuls il soit permis de fabriquer et de vendre les produits »¹⁸⁴³. Au terme même de l'ordonnance du 4 février 1959¹⁸⁴⁴, un non-pharmacien peut être titulaire d'une marque pharmaceutique et même être autorisé à la donner en licence à un pharmacien.

Quid en droit comparé ? À l'étranger, la situation se présente de manière identique dans les pays de « Common Law », la marque peut être la propriété d'un non-pharmacien, mais pour qu'une licence soit valable, le licencié doit être inscrit au Registre National des Marques en tant qu'utilisateur enregistré. Le concédant doit alors surveiller l'activité du cessionnaire afin d'assurer une qualité suivie au produit ; or un non-pharmacien britannique titulaire d'une marque pharmaceutique ne peut pas contrôler le pharmacien. Dans l'Allemagne Fédérale, la Suisse, l'Autriche, l'Italie, l'Argentine, le Brésil, le Japon, etc. D'après le droit commun des marques, une entreprise ne peut être titulaire d'une marque que si l'objet social de l'entreprise tel qu'inscrit au registre du commerce est en adéquation avec le libellé de la marque. Il y aurait des disparités selon les pays dans l'influence de la valeur sociale du signe sur la titularité des droits.

¹⁸⁴² Sur ce point, v. *supra* n°221.

¹⁸⁴³ Civ. 6 juillet 1909, *D.* 1911, p.14.

¹⁸⁴⁴ Ordonnance n° 59-250 du 4 février 1959, *Journal Officiel* 8 Février 1959 et le décret n° 60-507 du 30 mai 1960, *Journal Officiel* 31 Mai 1960.

415.- Une valeur sociale corroborée par une procédure d'enregistrement lourde.

L'enregistrement d'une marque sur un produit de santé serait plus contraignant que celui d'une marque ordinaire¹⁸⁴⁵. Parallèlement au contrôle habituel de l'INPI, lors d'une demande d'autorisation de mise sur le marché (AMM) pour un produit pharmaceutique, il convient de mentionner la dénomination spéciale (qui peut être une marque) au directeur de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (l'AFSSAS). Ce contrôle exercé sur le droit d'exploitation d'une marque existe non seulement au moment de la demande initiale de mise sur le marché, mais aussi au moment de toute modification de l'autorisation de mise sur le marché. À l'issue de l'enregistrement, le droit exclusif est accordé pour dix ans¹⁸⁴⁶.

2) La finalité de progrès médical assignée à la marque dans le domaine de la santé

416.- La commercialisation des avancées médicales. La finalité que poursuit la marque¹⁸⁴⁷ dans le domaine de la santé aujourd'hui est celle de la commercialisation des avancées médicales, fruit du progrès médical généré par le brevet. Vont donc se bâtir autour de ce but de véritables stratégies de commercialisation de la marque (a). Mais celles-ci devront être strictement encadrées pour qu'elles ne deviennent pas contre-productives du progrès médical (b).

a) Le progrès médical et la diversification de l'offre des signes

417.- Progrès médical et signe. La marque est aujourd'hui un signe en pleine effervescence qui rythme notre univers quotidien, y compris dans le domaine de la santé¹⁸⁴⁸. Elle représente en excellent moyen de promotion d'un produit de santé. Les stratégies de commercialisation

¹⁸⁴⁵ Aux termes de l'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle, « la propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement ». L'enregistrement est précédé d'un certain nombre de formalités. Sur cette question, v. notamment : V. ASTIC, *Dépôt et enregistrement d'une marque*, *Dr. et patr.* octobre 1999, n° 75, p. 64. – J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 1460 et s., p. 805 et s. – J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 4^{ème} édition, Litec, Paris, 2007, n° 522 et s., p. 227 et s. – J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, *op. cit.* n° 165 et s., p. 152 et s. – P. TAFFOREAU, *Droit de la propriété intellectuelle*, 2^{ème} édition, Gualino, Paris, 2007, n° 458 et s., p. 389.

¹⁸⁴⁶ Article L. 712-1 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁸⁴⁷ La marque est le signe approprié, c'est-à-dire qu'il a passé le crible de la valorisation et des conditions d'appropriation.

¹⁸⁴⁸ En référence à l'article de J. LARRIEU, *La marque : un signe en pleine effervescence*, *Dr. et patr.* 1999, n°75, p.56, dans lequel la marque apparaît comme un signe valorisé, raréfié et convoité.

des entreprises se multiplient aboutissant ainsi à de vraies « politiques de marques ». Elle est aujourd'hui un instrument indispensable à la commercialisation de ces techniques médicales brevetées. En effet, par des stratégies de commercialisation elle assure une accessibilité à ces produits. Par les dénominations employées, elles permettent une identification du produit de santé. Comme dans toutes stratégies de commercialisation, les entreprises titulaires de marques sur les produits de santé sont à l'écoute des utilisateurs, qu'il soit le patient ou le médecin. Mais cette commercialisation des avancées médicales par l'intermédiaire de la marque pourrait s'avérer dangereuse si elle n'était pas encadrée.

418.- Les signes dénominatifs et stratégies de commercialisation. Le choix de cette marque est primordial dans l'esprit du grand public puisqu'elle suivra le produit pendant toute son existence et devra être indiquée dans tous les conditionnements du médicament. La marque permettra aussi de rappeler aux spécialistes (médecins et pharmaciens) les qualités intrinsèques du produit : elle doit avoir une consonance scientifique et ensuite comporter des éléments rappelant soit la structure du principe actif, soit le type d'activité du médicament.

La valorisation de la marque passe par un usage particulier de celle-ci. Les stratégies sont élaborées selon la cible visée (internationale, nationale, grand public ou non...). Avant la constitution de la marque, les titulaires ont pensé à ce que pourrait être une bonne marque sur le plan commercial de sorte à ne pas avoir de surprise lors de la commercialisation¹⁸⁴⁹. Des *brainstorming* se réunissent afin que la marque choisie soit : *euphonique*¹⁸⁵⁰, *mémorisable*¹⁸⁵¹,

¹⁸⁴⁹ Une étude réalisée par un institut de « créativité » auprès d'un échantillonnage de population pour déterminer ce qu'évoque un certain nombre de radicaux pour eux dans les marques sur les produits de santé a permis de constater que les marques dont le nom se termine par : « IL » sont perçues comme des produits modernes pour désigner des maladies passagères ou bénignes ; « OL » sont perçues comme des produits anciens et pour des maladies passagères ; « AL » sont perçues comme des produits anciens et pour des maladies sérieuses ; « AN » sont perçues comme des produits modernes et actifs.

¹⁸⁵⁰ Une marque *euphonique* est une marque élégante à prononcer. Des tests linguistiques seront élaborés, car il faut que la marque n'ait pas de connotation négative dans les divers pays où elle sera commercialisée, il est donc important de vérifier la signification de la marque dans les différents langages codifiés et argotiques, mais aussi de tenir compte des concepts socio-culturels propres aux pays considérés. Par exemple : un industriel allemand avait affublé son savon de la marque « viol », les ventes en France furent médiocres. Exemple de marques *euphoniques* : *Sedol*, *Gardéнал*, *Dolpyc*, etc.

¹⁸⁵¹ Une marque *mémorisable* est facile à retenir. Des tests de motivation sont effectués sur le public afin d'estimer l'impact de la dénomination sur le public. Dans un échantillonnage, on va vérifier les erreurs de prononciation ou les éventuelles confusions possibles avec d'autres marques. Il faut optimiser le produit par son automatique association à la marque. Exemples de marques *mémorisables* : *Blédine*, *Aspro*, *Ultralevure*, *Phénergan*, etc.

et évocatrice¹⁸⁵². Si ce sont surtout des intérêts économiques qui sont ici recherchés, on ne peut nier leur impact sur l'amélioration de la santé. Plus de clarté et de lisibilité dans la commercialisation des avancées médicales ne peuvent pas être seulement lucratives pour le titulaire, elle l'est également pour la collectivité.

b) Le progrès médical et la sécurisation de l'offre des signes

419.- Une commercialisation encadrée par le monopole de dispensation. En matière de médicament, il existe un monopole de dispensation, qui permet la vente exclusive aux pharmaciens des médicaments¹⁸⁵³. Ce monopole fait l'objet de vives attaques de la part de la grande distribution, comme nous avons pu le remarquer à l'occasion de l'étude de la publicité des médicaments dans le droit des brevets¹⁸⁵⁴. Ainsi, un non spécialiste ne peut pas exploiter la marque du domaine de la santé appartenant à un autre. La circulation de la marque sera par conséquent garantie par les mécanismes traditionnels : la cession ou la licence. En France, la cession de marque dans le domaine de la santé est libre¹⁸⁵⁵, elle peut intervenir indépendamment de la cession du fonds de commerce correspondant¹⁸⁵⁶. La licence de marque est aussi fréquente et s'effectue par le biais d'un contrat prévoyant le prix d'une redevance. Ils doivent être inscrits au Registre National des Marques (R.N.M.).

¹⁸⁵² Une marque évocatrice est une marque qui indique dans une certaine mesure la nature des maux pouvant être traités par le produit. Des tests d'évocation spontanée sont effectués sur un échantillonnage de population. Ce sont les meilleures marques sur le marché. Exemples de marques évocatrices : Solupsan (contient le nom du laboratoire UPSA, le préfixe « SOL » (soluble) et « SAN » (sans sodium) ; Dinintel (dîner intelligent) ; Rudil (contient les initiales du laboratoire Roussel Uclaff, R.U., et « LID » pour évoquer que cet antibiotique appartient à la famille des macrolides, etc.

¹⁸⁵³ Sur le monopole de dispensation, v. notamment, *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, Fasc. *Médicament*, 2004, p. 1281 et spéc. n°40, p. 1288. C'est en France que le monopole est le moins permissif. Il est directement lié aux questions de droit à la santé avec la garantie de l'accès aux médicaments et la possibilité de recevoir des conseils de qualité de la part de professionnel diplômés. Ce monopole est protégé par une sanction pénale : le délit d'exercice illégal de la pharmacie.

¹⁸⁵⁴ V. *supra* n°386.

¹⁸⁵⁵ Notons que l'Autorisation de mise sur le marché peut être cédée simultanément avec la marque.

¹⁸⁵⁶ À l'étranger, il n'est pas toujours possible de céder une marque sans le fonds de commerce ou une partie du fonds de commerce correspondant, ce qui pose de sérieux problèmes. M. le professeur PLASSERAUD (*in*, Y. PLASSERAUD, *les marques de fabrique, de commerce, ou de service dans l'industrie pharmaceutique*, *Inf. pharm.*, n°68), explicite : « Imaginons un laboratoire français qui ayant créé une société d'exploitation en Allemagne, se trouve un jour amené à se défaire de ladite société. En vertu du principe – du caractère indissociable du fond et de la marque - la société française ne pourra récupérer ses marques pour les exploiter seulement par l'intermédiaire d'une autre société ».

Pour remédier à ces circuits de distribution fermés et à ces moyens de communication limités – publicité des médicaments, les industriels nous l'avons vu, mettent au point de véritables stratégies de valorisation du signe en jouant sur leurs dénominations.

420.- Une commercialisation encadrée par des stratégies de défense de la marque. En plus du choix du nom de la marque comme critère de bonne commercialisation, le titulaire se doit d'être le policier de cette dénomination. Il existe aux États-Unis une pratique connue sous le nom de « *policing of trademarks* ». Une telle politique permet au titulaire de la marque, ou au licencié, ou aux clients de veiller au bon usage de la marque (veiller à la non généricité de la marque, à l'image homogène et cohérente de la marque). Elle est à la fois « offensive » et « défensive ». Cette pratique est peu répandue en France. De fait, les entreprises mentionnent sur leurs publications, conditionnements et publicités, que la marque est déposée et qu'elle appartient à X¹⁸⁵⁷. Outre la diffusion de la marque, le titulaire devra surveiller le *Journal officiel* pour vérifier si une dénomination commune¹⁸⁵⁸ ayant fait l'objet d'un arrêté de publication ne prête pas à confusion avec une marque antérieure.

L'émergence du signe est entrecoupée d'intérêts marchands et progressistes pour la santé. Il convient alors de s'attacher aux conditions d'appropriation.

B) La dangereuse flexibilité des conditions d'appropriation du signe sur un produit de santé

421.- Danger de la flexibilité des conditions d'appropriation ? Si comme nous l'avons indiqué précédemment la marque est un signe, pour être valable elle doit présenter le caractère distinctif (1), licite (3) et pour pouvoir être utilisée librement elle doit, en outre, être

¹⁸⁵⁷ Ou bien l'utilisation d'un R dans un cercle : ®, mais la mention « marque déposée appartenant à X » est plus efficace.

¹⁸⁵⁸ Rappel : une *dénomination commune* est « utilisée pour décrire la structure moléculaire du produit, elle suit des réglementations bien précises et édictées par l'I.U.P.A.C. (*International Union of Pure and Applied Chemistry*). Pour une même substance, il peut y avoir plusieurs dénominations correctes reconnues, ce qui augmente la difficulté de mémoriser des substances : les noms communs (pour les drogues végétales) ; les noms scientifiques (pour les produits de structure chimique bien définie), les dénominations approchées (si la structure reste inconnue). Il existe aussi des dénominations communes internationales (D.C.I.) établies en parallèle avec l'O.M.S. qui relève de la Commission de la nomenclature de la pharmacopée », in C. FEISTHAUER, *Les marques pharmaceutiques*, th. dactyl. Pharmacie, Nancy I, 1989, p.11 et s.

disponible (2)¹⁸⁵⁹. Or, l'objet du droit des marques doit être interprété strictement. La difficulté est qu'il se retrouve face à un dilemme : la nécessaire délimitation de son objet et en face, la multiplication des objets du domaine de la santé, sur lesquels sera apposée une marque. La ligne de conduite sera une fois de plus la vérification de la poursuite du progrès médical. En effet, si le signe ne remplit plus la finalité qui lui est assignée, c'est-à-dire de contribuer au « bien-être social », à l'amélioration de la santé par la commercialisation des avancées médicales brevetées, alors il ne devra pas être approprié.

1) La distinctivité du signe dans le domaine de la santé

422.- Une condition essentielle. La distinctivité de la marque est une condition de validité selon l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle¹⁸⁶⁰. La condition de distinctivité est prépondérante¹⁸⁶¹, c'est pourquoi certains auteurs¹⁸⁶² incitent à la reconnaître exclusive de tout autre dans l'étude de la validité de la marque, quel que soit son degré. Ainsi, dans un premier temps, il conviendra de présenter l'importance de la condition de distinctivité et de ses répercussions sur le domaine de la santé (a), puis de s'attacher à la pratique de ce critère, qui s'avère quelque peu distancié de la théorie (b).

a) L'importance de la théorie de la distinctivité :

423.- Une rigueur anciennement justifiée. Traditionnellement, les tribunaux se montraient d'une grande rigueur dans l'appréciation de la distinctivité de la marque. En effet, ils étaient conduits à cette sévérité par la crainte que la propriété de la marque ne vienne à équivaloir à un droit privatif d'exploitation du remède, en violation de l'article 3 de la loi de 1844 qui

¹⁸⁵⁹ En ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 3^e éd., Litec, 2003, p.193 et s. Mais selon le M. professeur MATHELY (in, P. MATHELY, *Le nouveau droit français des marques*, éd. JNA Vélizy, 1994, p. 59 et s.) il résulte de la définition même de la marque telle qu'elle est donnée par la loi, que la condition de validité, et la seule condition de validité de la marque est l'existence d'un caractère *distinctif*. C'est notamment pour cette raison qu'il conviendra d'étudier séparément la condition de distinctivité.

¹⁸⁶⁰ Selon l'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle « *la marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou les services d'une personne physique ou morale.* »

¹⁸⁶¹ Elle est d'ailleurs l'objet de nombreux litiges devant les tribunaux.

¹⁸⁶² P. MATHELY, *Le nouveau droit français des marques*, éd. JNA Vélizy, 1994, n°13, p. 59.

déclare non brevetable les compositions pharmaceutiques¹⁸⁶³. C'est ainsi qu'ils ont refusé la protection de la loi du 23 juin 1857 aux marques qui rappelaient la composition chimique du produit¹⁸⁶⁴. Ce régime existe encore pour les produits de santé au Mexique. En effet la marque ne doit pas comporter les éléments suivant : la composition du produit ou ses propriétés, des indications relatives aux effets, ou évoquant des données anatomiques et des phénomènes physiologiques¹⁸⁶⁵. Aujourd'hui, la rigueur demeure dans le principe (nous nuancerons la pratique) (α) et dans la sanction correspondante (β).

α) Appréciation de la distinctivité de la marque

424.- Définition de la distinctivité. L'article L.711-2 du code de la propriété intellectuelle énumère trois sortes de signes, qui en raison de leur nature, doivent être considérés comme dépourvus de caractère distinctif :

- a) les signes ou dénominations nécessaires¹⁸⁶⁶, génériques¹⁸⁶⁷ ou usuels¹⁸⁶⁸ ;
- b) les signes descriptifs¹⁸⁶⁹ ;

¹⁸⁶³ Cette position est encore défendue aujourd'hui notamment par A. CASALONGA et G. DOSSMAN, *La protection par le brevet d'invention de l'application thérapeutique et du produit pharmaceutique*, JCP E, 1987, II, 14898, n°5, au motif que la protection de la santé publique impose une libre utilisation et fabrication des médicaments.

¹⁸⁶⁴ Quelques exemples de décisions : Trib. Corr. Seine, 13 décembre 1889, *Ann. Propr. Ind.* 1898, p.191, *Lactopepsine* ; CA Paris, 8 février 1898, *D.* 1898, p. 469, *Chloralose* ; CA Paris, 10 mars 1898, *D.* 1898, p.469 *Salol* (salicylate de phénol) ; CA Paris, 30 avril 1898, *Ann. Propr. Ind.* 1898, p.256, *Formochlorol* ; CA Paris, 4 mai 1900, *Gaz. Pal.*, 2, p.413, *Antipyrine* ; CA Douai, 29 avril 1902, *Rec. Douai*, 1902, p.300, *Glycérophosphine* ; Trib. Civ. Seine, 29 juillet 1904, *Ann. Propr. Ind.* 1905, p.129, *Adrénaline* ; Cass. Civ. 24 juin 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, p.267, *Pyramidon* .

¹⁸⁶⁵ Dispositions contenues à l'article 225 al. 2 de l'équivalent mexicain du code de la propriété intellectuelle commenté à la suite de la réforme de 1997 de la législation mexicaine de la santé publique au *P.I.B.D.* du 1^{er} février 1999, n°669, p. 18 et s.

¹⁸⁶⁶ Une dénomination est nécessaire, lorsque son emploi est exigé pour la désignation de l'objet en cause, ou qu'il est imposé par la nature ou par la fonction de cet objet.

¹⁸⁶⁷ Une dénomination générique est celle qui désigne, non pas directement l'objet en cause, mais la catégorie, l'espèce ou le genre auxquels appartient cet objet.

¹⁸⁶⁸ Un signe doit être tenu pour usuel lorsqu'il vise la nature de l'emploi du signe, et que cet emploi soit défini et généralisé. En ce sens, CA Paris, 13 novembre 1996, *Ann. propr. ind.* 1997, n° 3, p. 270, « un signe est dépourvu de caractère distinctif, lorsqu'il est exclusivement et essentiellement descriptif, c'est-à-dire lorsqu'il ne comprend que des éléments de cette nature et dépeint l'objet désigné, non pas dans ses traits quelconques ou secondaires, mais en ce qu'il a d'essentiel comme touchant à sa nature, sa substance, sa destination et ses propriétés ».

¹⁸⁶⁹ Un signe est descriptif lorsqu'il désigne l'objet, auquel il s'applique, par l'une des caractéristiques qui le définissent.

c) les formes fonctionnelles, ou « conférant au produit sa valeur substantielle ».

Cependant, il peut être particulièrement difficile d'établir une distinction entre ces différents critères¹⁸⁷⁰. Comme le souligne M. le professeur PASSA, cette condition doit permettre aux consommateurs « de faire un choix raisonné parmi les multiples offres concurrentes »¹⁸⁷¹. Mais également un signe usuel générique ou descriptif pourrait gêner la concurrence par une trop grande proximité¹⁸⁷². Accorder un monopole très étendu empiétant sur le « fonds commun » des signes¹⁸⁷³ pourrait générer les mêmes difficultés que celles énoncées pour un brevet large et atteindre à la finalité de progrès médical qui est ici assignée à la marque. Mais nous relativiserons ce propos ultérieurement.

425.- Définition de la distinctivité appliquée au domaine de la santé. Cette condition revêt une particulière importance considérant la dangerosité de certains produits pharmaceutiques. On s'attachera principalement¹⁸⁷⁴ à la distinctivité des marques nécessaires, usuelles, génériques¹⁸⁷⁵ et descriptives¹⁸⁷⁶. Ne pas la considérer peut atteindre substantiellement au

¹⁸⁷⁰ En ce sens, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, 4^{ème} édition, Litec, Paris, 2007, n° 494, p. 211.

¹⁸⁷¹ J. PASSA, *Droit commun des marques et protection du consommateur*, in *Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, n° 7, p. 784.

¹⁸⁷² V. notamment : CJCE, 6 mai 2003, *D.* 2003, AJ, p. 1501, obs. DALEAU ; *JCP E* 2003 chron., 1434, p. 1616, obs. BOESPFLUG, GREFFE, BARTHELEMY ; *RJDA* oct. 2003, décision n° 1026, p. 897 ; *Dr. et patr.* juillet-août 2003, jur., p. 99, obs. BELARDOCCHIO : « Pour apprécier le caractère distinctif qu'une couleur déterminée peut présenter en tant que marque, il est nécessaire de tenir compte de l'intérêt général à ne pas restreindre indûment la disponibilité des couleurs pour les autres opérateurs offrant des produits ou des services du type de ceux pour lesquels l'enregistrement est demandé ».

¹⁸⁷³ En ce sens, CA Paris, 4 février 1988, *RTD com.* 1988, p. 626, obs. CHAVANNE, AZEMA ; *PIBD* 1988, n° 432, III, p. 190 : « En l'espèce, le signe déposé consiste uniquement en l'énoncé de la nuance bleu pâle sans qu'il soit possible d'identifier sa teinte particulière et de la distinguer d'autres nuances telles que bleu clair, bleu ciel, bleu délavé... que de plus cet énoncé doit rester à la disposition de tous pour décrire les produits, notamment de l'habillement, caractérisés par cette couleur » [nous soulignons].

¹⁸⁷⁴ En ce sens, MM. les professeurs AZEMA et GALLOUX soulignent que « l'exigence de distinctivité se trouve tout entière absorbée par cette prohibition des marques génériques ou descriptives » (in, J. AZÉMA, J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2006, n° 1420, p. 783).

¹⁸⁷⁵ Ont été considérées comme génériques les marques : *Inophylline*, Cass. 3 décembre 1956, *Ann. propr. Ind.* 1957, p. 117. – *TA 3*, CA Paris, 12 mars 1979, *Ann. Propr. Ind.* 1980, p. 206, *Doxycline*. – T.G.I. Paris, 17 mars 1982, *P.I.B.D.* 1982, III-307. N'ont pas été considérées comme génériques les marques : *Cyano-Fer*, CA Paris, 28 décembre 1900, *Ann. Propr. Industr.* 1901, p. 279. – *Lacto-Bacilline*, Trib. Civ. Seine 4 mars 1905, *D.* 1905, p.144. – *Crésyl*, CA Paris 15 mai 1971, *R.I.P.I.A.* 1971, p. 183. – *Ortho-Gynol*, T.G.I. Paris, 18 Octobre 1971, *P.I.B.D.* 1978, III-76.

¹⁸⁷⁶ Ont été considérées comme descriptives les marques : *Elixir de santé*, CA Lyon 31 mars 1887, *Ann. Propr. Industr.* 1888, p.350. – *Céphaline*, CA Colmar 31 octobre 1951, *Ann. Propr. Ind.* 1952, p.11. – *Pharmaboutique*,

« bien-être social » qui est recherché au titre du progrès médical. Pour cela, il est possible d'illustrer le propos par les motifs de deux décisions¹⁸⁷⁷ qui ont refusé de reconnaître la validité de certaines marques de fabrique, constituées par des dénominations n'ayant pas un caractère suffisant de fantaisie ou comme étant devenues la désignation nécessaire du produit.

Dans l'affaire *Pyramidon*¹⁸⁷⁸, la Cour prononce l'annulation du dépôt de la marque, car « la dénomination de *Pyramidon* n'est pas une dénomination de fantaisie, qu'elle est le nom même sous lequel, par abréviation du nom scientifique, l'inventeur a fait connaître le nouveau produit et ses propriétés thérapeutiques au monde médical ; que c'est cette dénomination usuelle que le remède est entré dans la pratique de la pharmacie et a été expérimenté et prescrit par les médecins ; qu'il importe dans l'intérêt général de ne pas laisser accaparer par un seul, directement ou indirectement, un médicament utile à la santé publique au mépris de l'article 3 de la loi du 5 juillet 1844... »¹⁸⁷⁹.

Par la suite, la Cour d'appel de Paris, le 20 mai 1927¹⁸⁸⁰ s'inspire de la solution précédente, en déclarant que la dénomination *Thiocol* ne saurait constituer une marque : « Le *Thiocol* est entré sous cette dénomination dans la thérapeutique courante (...) ; que *Thiocol* est devenu le nom sous lequel ce dernier produit s'est vulgarisé ; que ce nom s'est identifié avec lui ; qu'il ne s'en distingue plus, et que, devenu une dénomination nécessaire pour désigner

CA Paris, 11 juin 1979, *P.I.B.D.* 1979, III-277. – *Pharmashop*, CA Paris, 11 juin 1979, *Ann. Propr. Ind.* 1979, p.77. – *Glycolysat*, CA Paris, 31 octobre 1980, *Ann. Propr. Industr.* 1981, p. 51. Mais aussi des pictogrammes illustrant les horaires de la journée, matin midi et soir, CA Versailles, 12^e ch. 12 octobre 2006, *Propr. ind.* mars 2007, comm. n°20. Il a également été jugé qu'il ne sert à rien de vérifier s'il existe un risque de confusion entre deux marques (*Echinaid* et *Echinacin*), alors que leur racine latine, très commune en pharmacie est descriptive, en ce sens, TPICE, 1^{ère} ch. 5 avril 2006, aff. T. 202/04, *Propr. ind.* Juin 2006, comm n°49.

¹⁸⁷⁷ Une troisième décision importante mérite toutefois d'être citée : dans l'affaire *Lactobyl*, la Cour de Cassation le 11 mars 1940, *Ann. Propr. Industr.* 1940, p.48, rejeta le pourvoi formé contre cette décision au motif que l'on trouve dans la physionomie et l'assonance de la marque *Lactobyl*, une référence à la nature et à la composition du produit, il ne s'agit donc pas d'une appellation de fantaisie, car elle ne faisait que rappeler les qualités usuelles d'un produit ou les substances dont il se compose .

¹⁸⁷⁸ Cass. Civ. 24 juin 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, p.267, commentée par R. POPLAWSKI, in *Traité de droit pharmaceutique*, p. 605 et s, *op.cit.* n° 12.

¹⁸⁷⁹ On retrouve ici l'explication de la crainte vis-à-vis des marques sur les produits de santé, mais il convient de retenir que la dénomination présente un danger par le fait qu'elle est devenue usuelle et nécessaire. L'ancienneté des décisions permet de voir la pérennité des critères dans le temps, bien qu'anciennes leurs motifs demeurent actuels.

¹⁸⁸⁰ CA Paris, 20 mai 1927, *S.* 1927, 2, p. 121 et *Gaz. Pal.* 1927, 2, p. 389. Mais cette marque, bien qu'invalidée, restait couramment utilisée pour désigner le médicament des Laboratoires Hoffmann-Laroche (sulfagaïalcolate de potassium).

l'orthogäicol sulfanote de potassium, le *Thiocol* ne saurait constituer une propriété privative même au profit de celui qui le premier aurait déposé ce nom comme marque ». On comprend que la rigueur imposée par ces décisions soit en rapport avec la non brevetabilité des compositions pharmaceutiques. Mais aujourd'hui, elles sont toujours d'actualité, car les motivations d'hier s'apparentent à celles d'aujourd'hui : on va accorder une protection aux signes qui porteront au mieux le progrès médical du produit, sans le dévoyer.

426.- Le risque de confusion dans le domaine pharmaceutique. L'appréciation de la disponibilité d'un signe se fait en fonction du risque de confusion et s'évalue au travers d'un faisceau d'indices. Par exemple, seront pris en considération : la nature des produits, la destination du produit, les réseaux de distribution, la faculté de substitution de l'une à l'autre¹⁸⁸¹. Ainsi, le risque de confusion apprécie de manière globale¹⁸⁸² la similitude visuelle, auditive et conceptuelle de la marque en cause¹⁸⁸³, fondée sur l'impression d'ensemble qu'elle produit, en tenant compte notamment, des éléments distinctifs et dominants de celle-ci. Le public de référence est considéré *in abstracto*¹⁸⁸⁴. Il est, en effet, généralement admis que la contrefaçon s'apprécie selon les similitudes d'ensemble et non les différences de détail¹⁸⁸⁵.

¹⁸⁸¹ V. aussi : CJCE, 29 septembre 1998, aff. C-39/97, cité par S. DURRANDE, *Droit des marques*, D. 2005, n° 7, panorama, p. 506 : « Constitue un risque de confusion le fait que le public puisse croire que les produits ou services en cause proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement ».

¹⁸⁸² En ce sens, CJCE, 6 octobre 2005, aff. C-120/04 : « L'existence d'un risque de confusion dans l'esprit du public doit être appréciée globalement en tenant compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce » précisant encore que : « dans le cadre de l'examen de l'existence d'un risque de confusion, l'appréciation de la similitude entre deux marques ne revient pas à prendre en considération uniquement un composant d'une marque complexe et à le comparer avec une autre marque. Il y a lieu, au contraire, d'opérer la comparaison en examinant les marques en cause, considérée chacune dans son ensemble, ce qui n'exclut pas que l'impression d'ensemble produite dans la mémoire du public pertinent par une marque complexe puisse, dans certaines circonstances, être dominée par un ou plusieurs de ses composants ».

¹⁸⁸³ Voir l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 11 juillet 1997 dans l'affaire C-251/95 SABEL c/ PUMA, *Rec.*, I-6191, paragraphe 23, et aussi l'arrêt de la CJCE du 29 septembre 1998 dans l'affaire C-39/97 CANON c/ GOLDWIN MAYER, *Rec.* I-5507, paragraphe 17 : « la similitude des marques et la similitude des produits sont des critères interdépendants en ce sens qu'un faible degré de similitude entre les produits peut être compensé par un degré élevé de similitude entre les marques, et inversement ».

¹⁸⁸⁴ Autrement nommé « public pertinent », il comprend les patients, les médecins prescripteurs et les pharmaciens, en ce sens, v. notamment TPICE 1^{ère} ch. 17 novembre 2005, aff. T-154/03, sur le risque de confusion entre les marques pharmaceutiques *Alex* et *Artex*.

¹⁸⁸⁵ En ce sens, v. notamment, Com. 22 février 2000, D. 2001, somm. comm, p. 468, obs. DURRANDE : « La contrefaçon par imitation d'une marque complexe est réalisée dès lors que la reprise de la combinaison choisie par le déposant entraîne un risque de confusion vis-à-vis du public ». Cet attendu exprime l'idée selon laquelle il convient de s'attacher « à l'impression laissée par l'ensemble des éléments ainsi repris dans l'esprit du public, indépendamment du caractère distinctif de chacun d'eux ». – G. REQUENA, *L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque*, D. 2001, chron. p. 3604 : « Le principe essentiel est de comparer les marques dans leur ensemble, en retenant tous les éléments qui les

Or, si on applique les réalités pratiques précédemment décrites dans l'appréciation de la distinctivité, on est forcé d'admettre que la proximité des dénominations dans le domaine de la santé incline à plus de souplesse dans l'appréciation de la similitude et du risque de confusion.

D'ailleurs, quelque peu banalisé dans le domaine pharmaceutique, le risque de confusion est complété du risque thérapeutique. Une décision de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE)¹⁸⁸⁶ confirme l'appréciation d'ensemble par le biais d'un faisceau d'indices : distinction phonémique, la terminaison courante des marques pharmaceutiques, la différence entre produits vendus avec ou sans prescription, la proximité des produits dans le magasin, mais la relativise aux effets du produit¹⁸⁸⁷. Dans cette décision, apparaît clairement la finalité de progrès médical que doit poursuivre la marque dans le domaine de la santé. Cette finalité en l'espèce pourrait être caractérisée par la constatation que la commercialisation des produits de santé avec le signe crée, ne fait pas courir un risque thérapeutique au consommateur, mais au contraire, contribuera à l'amélioration de sa santé.

Il convient, désormais de s'attacher à la sanction du défaut de distinctivité de la marque.

β) Sanction du défaut de distinctivité de la marque

427.- Sanctions et justifications. La distinctivité est appréciée au moment de la constitution de la marque, mais aussi lors de tout litige contestant la validité de celle-ci après son dépôt dans l'hypothèse où elle porterait atteinte à une marque antérieurement constituée. L'atteinte au droit des marques est sanctionnée civilement et pénalement, avec quelques fois plus de vigueur qu'en droit des brevets du fait la grande compromission de l'intérêt général qu'elle entraîne¹⁸⁸⁸. Les sanctions sont d'une part la contrefaçon, et d'autre part l'imitation frauduleuse. Tandis que la contrefaçon est la reproduction intégrale ou de la partie essentielle

composent, sans procéder à un découpage artificiel. C'est une règle bien connue dès lors que l'on cherche à démontrer l'existence d'un risque de confusion ».

¹⁸⁸⁶ CJCE, 15 mai 2000, R 501/1999-1 rendue sur le fondement de l'article 81§1 du Traité des communautés européennes (nouveau 101TFUE), disponible sur le site www.curia.eu.int/fr/12k.

¹⁸⁸⁷ Dans l'espèce précédente, il y avait peu de risque dans la confusion entre un analgésique et un laxatif !

¹⁸⁸⁸ Remarque soulignée par M. le professeur R. LEMAY dans son article : *Critères d'appréciation de l'imitation de marques en pharmacie*, *Inf. pharm.* 1979, p. 797.

d'une marque appartenant à autrui¹⁸⁸⁹, l'imitation frauduleuse « consiste à réaliser un rapprochement plus ou moins caractérisé avec une marque antérieure et déjà déposée pour des produits et services voisins de telle sorte qu'il y ait possibilité de confusion dans l'esprit de l'acheteur entre cette dernière et la marque cadette »¹⁸⁹⁰.

La jurisprudence foisonne de litiges en contrefaçon¹⁸⁹¹ et en imitation illicite¹⁸⁹² de marques sur les produits de santé. Les sanctions que constituent l'imitation illicite et la contrefaçon ont pour but premier et individuel de préserver la propriété. Mais elles permettent également de s'assurer que la marque remplit la fonction qui lui était assignée c'est-à-dire une juste communication sur les produits de santé, et non jeter le trouble dans un marché déjà fort encombré. D'ailleurs, la Sybille annonce le désordre dans l'approche de la pratique des marques sur les produits de santé.

b) La distance de la pratique de la distinctivité : la coexistence pacifique entre les marques

428.- Qu'entend-on par « coexistence pacifique » ? Cette coexistence provient du grand nombre de marques dans le secteur de la santé dû au grand nombre d'objets de santé qui composent le domaine. Il devient alors difficile d'en trouver de nouvelles. En effet, de nombreux médicaments possèdent une même syllabe caractéristique évoquant l'origine du principe actif. Les spécialistes sont habitués à ces dénominations assez proches. M. le professeur CHAVANNE a fait remarquer qu'« il est des domaines dans lesquels des coexistences pacifiques sont pratiquement nécessaires en raison du peu de marge de fantaisie

¹⁸⁸⁹ Suivant les dispositions de la directive communautaire, le législateur français de 1991, a donné une énumération limitative des actes que le titulaire de la marque peut interdire à l'article L. 716-1 du code de la propriété intellectuelle (pour la responsabilité civile) et L. 716-9 et L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle (pour les infractions pénales).

¹⁸⁹⁰ Y. SAINT-GAL, *Protection et valorisation des marques de fabrique, de commerce ou de services*, Delmas, Paris, 4^e éd., 1972, p. 16.

¹⁸⁹¹ À titre d'exemple on peut citer : *Serum Nader et Nader Grosjean*, CA Paris, 2 mai 1932, *Ann. Propr. Ind.* 1933, p. 174 ; *Mercilène et Ercylène* CA Paris, 19 septembre 1978, *Ann. Propr. Industr.* 1980, p. 75 ; *Gérovital et Géro H*, CA Paris 31 janvier 1979, *Ann. Propr. Ind.* 1980, p. 64.

¹⁸⁹² À titre d'exemple on peut citer : *Salvarsan et Novarsan*, Cass. civ. 14 février 1917, *Ann. Propr. Ind.* 1919, p. 34 ; *Balsamorhinol et Rhinobalsamol*, Cass. civ. 21 octobre 1946, *Gaz. Pal.* 1947, 1, p.1 ; *Sédophylline et Sédoinophylline*, CA Paris, 9 juin 1948, *Ann. Propr. Ind.* 1949, p.85 ; *Synthol et Synthon*, CA Paris 17 décembre 1975, *P.I.B.D.* 1976, III-315 ; *Ethiflex et Epiflex*, CA Paris 25 janvier 1977, *P.I.B.D.* 1977, III-344 ; *Ulgésium et Ulgélium*, CA Paris 19 décembre 1979, *P.I.B.D.* 1980, III-99.

qu'il existe dans le choix des marques »¹⁸⁹³. Il cite notamment le domaine bancaire ou des journaux. Au sujet des marques pharmaceutiques, M. le professeur CHAVANNE fait remarquer¹⁸⁹⁴ que le problème est voisin en ce qui concerne non la contrefaçon, mais l'imitation : « dans la mesure où le corps médical souhaite par la lecture de la marque être informé sur la destination et la composition du produit, il est inévitable que l'on se retrouve en présence de marques très proches les unes des autres et qui doivent coexister pacifiquement »¹⁸⁹⁵. Ainsi, nous remarquons un passage d'une appréciation objective du risque de confusion à une approche subjective, que l'on pourrait qualifier de plus laxiste. Ce passage a été souligné à travers une célèbre décision *Chlorocalcion*, dans laquelle la Cour d'appel d'Aix¹⁸⁹⁶ a estimé que pour constituer une marque valable, il n'est pas nécessaire que la dénomination fasse preuve d'un degré de fantaisie que nul n'est en mesure d'apporter. Cette décision trop libérale a été commentée par M. le professeur PLASSERAUD comme « la limite du laxisme » que l'on pouvait attendre des juges en la matière¹⁸⁹⁷. La commercialisation des avancées médicales ne se fait pas en toute clarté et n'atteindrait pas la finalité de progrès médical.

La solution se trouve peut-être en Allemagne¹⁸⁹⁸ : lorsque le titulaire d'une marque a toléré que des marques plus ou moins voisines de la sienne coexistent dans son secteur d'activité (ou

¹⁸⁹³ A. CHAVANNE, *Les conditions de la contrefaçon de marques. Aspects actuels de la contrefaçon*. Libr. Techniques, Paris, 1975, p.51.

¹⁸⁹⁴ Appréciation de M. le professeur rapportée par M. le professeur R. LEMAY, *Critères d'appréciation de l'imitation de marques en pharmacie, op. cit.* n°60.

¹⁸⁹⁵ Selon l'auteur précité (n°66), au moins le quart des marques pharmaceutiques coexistent pacifiquement.

¹⁸⁹⁶ CA Aix 5 juillet 1943, *inédit*, in Y. PLASSERAUD, *les marques de fabrique, de commerce, ou de service dans l'industrie pharmaceutique, Inf. pharm.*, n°8. La cour énonce : « soit arbitraire au point de n'éveiller à aucun degré, directement ou indirectement, l'idée de la nature du produit auquel elle s'applique, la dénomination arbitraire opposée à la dénomination nécessaire n'ayant pas une portée absolue exclusive de toute possibilité de revendication à titre de marque d'une dénomination contenant une allusion à ce produit... » .

¹⁸⁹⁷ Il semblerait que la notoriété du caractère récalcitrant et hémostatique du médicament a ici joué un certain rôle. Est-ce la démonstration que l'on doit avoir deux niveaux d'appréciation : au départ une approche globale du risque de confusion par une appréciation subjective du risque, et par la suite maintenir le raisonnable dans une juste mesure en appréciant les limites par rapport aux faits de l'espèce (objective). Il semblerait que ce cheminement difficile à mettre en œuvre par les juridictions entraîne une grande insécurité juridique entre les titulaires.

¹⁸⁹⁸ Il existe en France un moyen de défense s'approchant de la théorie de Seelig : la forclusion par tolérance de la contrefaçon posée par l'article L. 716-5 du code de la propriété intellectuelle : lorsque le titulaire d'une marque tolère l'usage d'une marque postérieure et enregistrée, son action devient irrecevable dans un délai de cinq ans. Pour plus d'explications voir, l'ouvrage des professeurs J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, *Droit de la propriété industrielle op. cit.* n° 13, p. 253.

voisin), la jurisprudence considère une certaine habitude de voisinage, qui diminue de fait le risque de confusion. Ce sont les bases de la *théorie de la distance* décrite par M. SEELIG¹⁸⁹⁹. Cette approche n'est que la résultante d'une théorie de préservation de l'équité en chaîne. En effet, il serait contraire à l'essence même de la protection par le droit des marques, de reconnaître à la marque titulaire d'exiger de ses concurrentes l'observation d'une plus grande distance de sa marque, que celle que ses concurrents lui ont tolérée pour sa propre marque. Mais à ce compte, on risque de tout tolérer.

Le premier constat mène, par conséquent, à la conclusion que le critère de la distinctivité entre les marques, qui garantissait pourtant d'une part la propriété individuelle et d'autre part l'amélioration du « bien-être » social, se voit diminuer dans sa portée par la pratique de l'encombrement du domaine de la santé par les marques. Le second constat est que la spécificité de la relation de l'utilisateur à la marque pharmaceutique diminue considérablement les effets de la perte de distinctivité dans la pratique.

429.- Le danger d'une perte de distinctivité à relativiser. La perte de distinctivité de la marque, due à la logique de coexistence pacifique, ne serait finalement pas si attentatoire au progrès médical que ce que nous le pensions. En effet, il faut considérer la relation du patient à la marque pharmaceutique.

La relation qui lie l'utilisateur à la marque dans le domaine de la santé est particulière dans la mesure où il n'est pas en relation directe avec, mais par l'intermédiaire de professionnels de santé. En effet, la plupart des produits de santé sont délivrés sur ordonnance¹⁹⁰⁰, ce qui implique deux étapes : d'une part la prescription par un *praticien* et d'autre part la délivrance par un *pharmacien* qui a l'obligation de vérifier la régularité technique de l'ordonnance. Les tribunaux tiennent compte de ce double contrôle dans l'appréciation du risque de confusion et en concluent un faible risque thérapeutique.

¹⁸⁹⁹ Elle peut être définie comme « l'idée de base de la théorie de la distance réside dans le fait que le titulaire de la marque doit se laisser objecter l'affaiblissement de sa marque qu'il a provoqué par son attitude, soit qu'il ait subi l'existence de marques antérieures, soit qu'il en ait toléré de postérieures. Il en résulte que l'affaiblissement une fois subi, conduit à nier le risque de confusion avec d'autres marques « plus jeunes », malgré qu'elles n'offrent peut être que de faibles différences avec la sienne » in SEELIG, *La théorie de la distance*, R.I.P.I.A. 1965, n°62, p. 389.

¹⁹⁰⁰ L'ordonnance étant nécessaire pour les médicaments inscrits au régime des tableaux A, B, et C (substances vénéneuses ou assimilées) ainsi que pour les spécialités nouvelles (« cadre noir »).

De plus, le risque de confusion doit être plus nuancé par la relation que peut avoir l'utilisateur de la marque dans le domaine de la santé. Même si les marques sont entachées d'une faible distinctivité, une personne n'appartenant pas à une profession de santé va avoir une tendance psychologique à faire un peu plus attention qu'avec d'autres produits. Le risque thérapeutique est toujours présent à son esprit aujourd'hui d'autant plus du fait du matraquage médiatique en matière de santé publique. Les tribunaux et Cours tiennent compte du critère de l'utilisateur normalement plus attentif quand il s'agit de produits pharmaceutiques¹⁹⁰¹. Encore très récemment, à travers une décision du 4 mars 2010, le Tribunal de l'UE a jugé qu'en matière de marques pharmaceutiques, il fallait tenir compte d'un degré d'attention du public supérieur à la moyenne¹⁹⁰².

Selon ces éléments, la perte de distinctivité ne conviendrait pas alors à la finalité de progrès médical.

Pourtant, la triste affaire *Indocid*¹⁹⁰³, montre les failles de ce système. Un médecin avait prescrit une capsule d'*Indocid* (un anti-inflammatoire) à un bébé, alors qu'il souhaitait prescrire un anabolisant *Indusil*. Le pharmacien a délivré sans réfléchir¹⁹⁰⁴ le médicament et le nourrisson est mort. Un tel comportement est heureusement rare, et la présence de professionnels de santé entre la marque et l'utilisateur constitue une garantie supplémentaire

¹⁹⁰¹ Les tribunaux et Cours tiennent compte de cette attention plus élevée que la moyenne. Dans le litige opposant les marques « *Higalex* » et « *Givalex* », la Cour d'appel de Paris, le 14 juin 1974, *P.I.B.D* 1975, III-29, a noté la différence qu'il existait entre les deux marques phonétiquement et visuellement et s'en est référé à l'acheteur de spécialité « fait preuve d'une vigilance qu'aiguise l'existence notoire dans ce domaine de nombreuses dénominations voisines ». Dans le même sens, la cour d'appel de Paris le 20 décembre 1974, *Ann. Propr. Ind.* 1975, p.90, a expliqué que bien que deux marques désignant la même catégorie de produits, mais différentes dans leur composition et leur présentation, « l'acheteur de spécialités pharmaceutiques a le plus souvent son attention aiguisée tant par la crainte des conséquences graves d'une éventuelle confusion que par la connaissance de l'existence dans ce domaine de nombreuses dénominations voisines ».

¹⁹⁰² Trib. UE, 4 mars 2010, aff. T. 477/08, *Mundipharma AG/OHMI*, *propr. ind.* Mai 2010, comm.n°29, FOLLIARD et MONGUIRAL. Rapp. de la décision de la même juridiction, en date du 9 décembre 2009, à propos de préparations diététiques à usage médical (confusion entre *Vit4Kids* et *KidsVit*), *propr. ind.* mars 2010, n°15, note FOLLIARD et MONGUIRAL.

¹⁹⁰³ Tribunal correctionnel de Blois en date du 4 mars 1970, *Doc. Pharm. Jur.* n°1691. Le jugement a rappelé : « la délivrance de spécialités autorisées ne supprimant pas pour le pharmacien qui, en cas contraire, serait transformé en un simple épicier, l'obligation de contrôler, au moyen de ses connaissances, les termes de l'ordonnance, surtout s'il s'agit de toxiques pour la délivrance desquels un supplément d'honoraires est, du reste prévu ; contrôle qui constitue une garantie supplémentaire contre tout risque d'erreur et une obligation aussi bien morale que professionnelle du pharmacien, contrepartie du monopole dont il bénéficie pour la délivrance des médicaments ».

¹⁹⁰⁴ Son devoir de vigilance aurait dû pousser le pharmacien à vérifier la régularité de l'ordonnance auprès du médecin prescripteur.

contre tout risque d'erreur. Mais cela représente un risque, qui n'existerait pas si le marché était moins encombré.

Une autre faille, plus légère, a été remarquée : souvent l'écriture pas toujours aisément lisible des rédacteurs d'ordonnances peut entraîner un risque de confusion entre deux marques pharmaceutiques¹⁹⁰⁵, et une nouvelle fois l'attention du pharmacien lors de la délivrance constituera une garantie efficace. Mais ce dernier élément est à nuancer. En effet, le patient devenant de plus en plus consommateur s'aguerrit aux termes pharmaceutiques, au risque que sa vigilance baisse. Ce critère n'est d'ailleurs pas internationalement admis. Par exemple en Hongrie, on refuse d'accorder la validité de marques trop proches, dans la mesure où la couverture maladie s'étend à tous les médicaments. Ainsi, les personnes se retrouvent chez elles avec un grand nombre de médicaments inutilisés où elles ne seront pas protégées par le contrôle de professionnels de santé, et encourent un risque pour leur vie¹⁹⁰⁶. Toutefois, selon M. le professeur LEMAY¹⁹⁰⁷, ces considérations ne sont pas valables pour écarter le critère de l'utilisateur normalement plus attentif. En effet, lors d'une éventuelle utilisation ultérieure, l'utilisateur aura tendance à faire attention à sa vie et aux siens et sera aidé par les notices d'utilisation ou les indications thérapeutiques sur la boîte, ou par les mentions obligatoires : « ne pas avaler », « respecter la dose prescrite », etc.

En définitive, même si des arguments inclinent à minimiser le danger pour la santé que représente la coexistence de marques pharmaceutiques peu distinctives, cette tolérance paraît aller à l'encontre de la finalité du droit des marques dans le domaine de la santé, c'est-à-dire, commercialiser les avancées médicales pour améliorer la santé – et non faire prendre plus de risques au consommateur.

Il convient dès lors de s'attacher à la disponibilité des signes.

¹⁹⁰⁵ Le bulletin des syndicats des pharmaciens de la région parisienne (reproduit in *Union et défense pharmaceutique*, novembre 1972, p.537) a très sérieusement listé les marques les plus mal écrites et risquant d'engendrer un risque de confusion : « Antal » et « Endal » ; « Aromabyl » et « Aromalgyl » ; « Birectal » et « Binotal » ; « Daflon » et « Derflon » ; « Duogynon » et « Dicynone » ; « Fluocaryl » et « Fluosalyl » ; « Fluxine » et « Fulcine » ; « Hexaquine » et « Hexapneumine » ; « Hygroton » et « Hypotan » ; « Insadol » et « Insoral » ; « Insidon » et « Imidon », etc.

¹⁹⁰⁶ BOGNAR, *Le caractère distinctif des marques dans la pratique hongroise*, Rev. Propr. Int. 1972, p. 197.

¹⁹⁰⁷ R. LEMAY, *Critères d'appréciation de l'imitation de marques en pharmacie*, op. cit. n°66.

2) La disponibilité du signe dans le domaine de la santé

430.- Définition de la disponibilité. La condition de la disponibilité de la marque est traditionnellement définie à l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, comme le choix d'une marque qui n'a pas déjà fait l'objet d'une appropriation par autrui (ou ne porte pas atteinte au droit de la concurrence, ni aux droits de la personnalité, ni au droit d'auteur). Pour autant, l'atteinte ne doit concerner que la vie des affaires¹⁹⁰⁸. Si la marque est employée dans un autre contexte, comme dénoncer une cause¹⁹⁰⁹, sa validité ne sera pas discutée. Pour l'assumer, les futurs titulaires effectuent des recherches d'éventuelles antériorités. En cas d'atteinte aux droits antérieurs d'un concurrent, le candidat à la protection s'expose à d'éventuelles actions en nullité.

431.- La disponibilité dans le domaine de la santé. Le critère de disponibilité de la marque subit peu de changements du fait de la spécificité du domaine de la santé. En effet, le futur titulaire de la marque devra s'assurer de ne causer aucun trouble dans les droits antérieurs d'autrui. Il n'est d'ailleurs pas possible de voir dans la mise en œuvre de la condition de disponibilité la réalisation du progrès médical, dans la mesure où elle consiste plus en la protection d'intérêts privés. Cependant, on pourra remarquer que la recherche d'antériorités est effectuée avec beaucoup plus de rigueur que pour une autre marque. Une bonne recherche d'antériorités ne peut être effectuée que par un organisme spécialement équipé et très expérimenté. Si dans la majorité des cas on se contente de faire des recherches dans les

¹⁹⁰⁸ En ce sens, v. notamment : M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E* 1993, I, 251, spé. n° 9 : « Les propriétés intellectuelles ne confèrent une emprise (licite) sur les choses immatérielles que considérées sous certaines de leurs utilités économiques, dans les perspectives et la logique qui sont les leurs. Hors de ce « cercle », point de réservation, point d'usurpation ».

¹⁹⁰⁹ Dans le secteur industriel, une affaire *Greenpeace c/ Areva* ou *Esso* a défrayé la chronique. Le combat engagé, par le biais des marques à l'initiative de l'association Greenpeace, avait pour toile de fond une grave atteinte à l'environnement par ces deux sociétés Esso et Areva. L'association a inscrit sur son site « Stop Esso. Leurs actions montent, le thermomètre aussi » et les deux « s » étaient remplacés par le signe du dollars \$\$\$. De la même manière, elle avait dénoncé l'agence atomique Areva, qui regroupe l'ensemble des activités liées à l'industrie nucléaire. Sur les pages web de son site, elle avait inscrit : « Stop Plutonium. L'arrêt va de soi » illustré par le A de la marque, projetant en ombre chinoise une tête de mort. La Cour d'appel de Paris, le 26 février 2003 (CA Paris, 26 juillet 2003, *D.* 2003, Cah. dr. Aff., p. 1831, note EDELMAN) se prononça à la suite d'une ordonnance en date du 2 août 2002 du président du Tribunal de Paris qui avait débouté la société titulaire de la marque *Aréva* de sa demande en suppression de toute reproduction ou usage de sa marque. En revanche, par ordonnance en date du 8 juillet 2002 (*D.* 2002, A.J. p. 2801, note MANARA) le même tribunal avait accueilli la demande d'Esso, et fait interdiction à Greenpeace d'utiliser la marque semi-figurative sur son site. L'arrêt de la Cour d'appel a eu le mérite d'uniformiser la situation. Elle a jugé que Greenpeace n'avait fait qu'user légitimement de sa liberté d'expression en utilisant les marques litigieuses, et que l'application des articles L. 713-2 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle était contestable en l'état d'un différend étranger à la vie des affaires. La marque devient donc une porte d'entrée de l'engagement politique.

classes 5¹⁹¹⁰ et 10¹⁹¹¹ de la classification de Nice pour les marques de spécialité pharmaceutique, il est important de souligner que cela ne suffit pas toujours, car la jurisprudence apprécie la similitude entre les produits appartenant aux classes 5 et 10 et d'autres produits appartenant à des classes différentes. Ainsi, on peut citer l'affaire *Phosphatine*¹⁹¹². Dans ce jugement, des produits alimentaires pour enfants (classe 5) ont été considérés comme similaires à des tourteaux pour le bétail (classe 31). On peut également noter qu'au regard de la quantité de marques pharmaceutiques, une marque enregistrée pour des « produits pharmaceutiques » et utilisée pour des « produits pharmaceutiques à base de calcium » ne sera réputée enregistrée aux fins de l'opposition que pour ces produits spécifiques¹⁹¹³. Par conséquent un titulaire qui aurait négligé la recherche d'antériorité, même de bonne foi pourrait se voir contraint d'abandonner sa marque et toute la notoriété qui pouvait y être attachée. Ainsi, le principe de spécialité¹⁹¹⁴ en droit des marques pharmaceutiques est quelque peu mis à mal pour une commercialisation plus large des produits¹⁹¹⁵.

3) La licéité du signe dans le domaine de la santé

432.- Présentation. La marque choisie doit être licite, c'est-à-dire que le signe ne doit pas être interdit. Ainsi, il existe deux principales limites¹⁹¹⁶ : les signes contraires à l'ordre public

¹⁹¹⁰ La classe 5 comprend : « les produits pharmaceutiques et vétérinaires ; les produits hygiéniques pour la médecine ; les substances diététiques à usage médical ; les aliments pour bébés ; les emplâtres ; le matériel pour pansements ; la matière pour plomber les dents et pour les empreintes dentaires ; les désinfectants ; les produits pour la destruction des animaux nuisibles ; les fongicides et herbicides ».

¹⁹¹¹ La classe 10 comprend : « les appareils et instruments chirurgicaux, médicaux, dentaires et vétérinaires, membres, yeux et dents artificiels ; articles orthopédiques ; matériel de suture. ».

¹⁹¹² T. Civ. Marseille, 23 février 1942, *inédit*, in Y.PLASSERAUD, *La marque de fabrique, de commerce, ou de service dans l'industrie pharmaceutique*, *Inf. pharm.*, p.673.

¹⁹¹³ En ce sens, v. TPICE 5^e ch., 17 octobre 2006, aff. T-483/04, *Propr. ind.* décembre 2006, p. 19.

¹⁹¹⁴ La marque obéit au principe de spécialité : un signe approprié à titre de marque n'est disponible que pour désigner les produits ou les services figurant dans l'acte de dépôt (ou dans l'usage antérieur sous la loi de 1857). Elle peut donc être déposée par un tiers pour des produits ou services différents.

¹⁹¹⁵ Selon les statistiques BOPI de la source I.N.P.I, en 1978 sur 38840 marques publiées au BOPI, 7487 concernaient les classes 5 et 10 de la classification administrative internationale ; en 1980, sur 47130 marques publiées, 8640 appartenaient aux classes 5 et 10 ; en 1982, sur 35452 marques publiées, 5496 figurent dans les classes 5 et 10. La tendance continue aujourd'hui www.inpi.fr pour voir les statistiques (2001, 2002, 2003) ou le document en annexe détachée (« fichier statistiques INPI »).

¹⁹¹⁶ Ces limites sont définies à l'article L. 711-3, b et c du code de la propriété intellectuelle. La nuance entre les marques contraires à l'ordre public et les marques de nature à tromper le public est ténue. Voir à ce sujet M.

(a) et aux bonnes mœurs et les signes trompeurs ou « déceptifs » (b). L'appréciation de la contrariété à l'ordre public constitue une véritable condition à la constitution de marque. La marque étant un outil de déduction il est dès lors inadmissible qu'elle porte atteinte à des principes essentiels au bon fonctionnement de la société- au progrès médical. L'atteinte est plus ciblée (consommateur moyen) en matière de tromperie ou de signes déceptifs.

a) L'ordre public

433.- L'ordre public et les signes. Généralités. Ainsi, la condition de licéité à travers l'ordre public est difficile à cerner¹⁹¹⁷. Elle est énoncée à l'article L. 711-3,b et c du Code de la propriété intellectuelle et elle est toujours appréciée en fonction de la relation du signe utilisé comme marque et du produit servant à l'identifier. Ce que M. le professeur VIVANT¹⁹¹⁸, appelle le « message » peut être intrinsèquement neutre et accouplé avec un produit s'avérant porteur de suggestions inacceptables. À partir de là, il est clair que l'analyse se fera *in concreto* selon le rapport du produit et de la marque.

434.- Les particularités de l'ordre public sur la marque de produits de santé. La particularité de cet ordre public, qui se traduirait concrètement par une appréciation subjective du seul identifiant. Ainsi, le seul énoncé d'un mot ou d'un groupe de mot, utilisé à titre de marque pour un produit de santé ou non, et portant atteinte aux intérêts supérieurs protégés, ne serait pas admis. Cette hypothèse est consacrée dans un arrêt de la Cour d'appel de Rennes daté du 12 mars 2002¹⁹¹⁹, sur le fondement de l'article L.711-3 du Code de la propriété intellectuelle. Le directeur de l'INPI a refusé d'accorder une protection française à la marque internationale *Cannabia* désignant des produits alimentaires et des boissons, en estimant que

VIVANT, *Propriété intellectuelle et ordre public*, in Jean Foyer, *auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307, soulignant notamment la confusion de la Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 qui exclut les marques « contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs et notamment celles de nature à tromper le public ».

¹⁹¹⁷ Même s'il est empreint de moralité, l'ordre public reste une notion insaisissable, v. *supra* n°316 (en droit des brevets)

¹⁹¹⁸ M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et ordre public*, in Jean Foyer, *auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307

¹⁹¹⁹ CA Paris, 18 octobre 2000, *R.J.D.A.*4/2001, n°519; dans le même sens : CA Rennes 12 mars 2002, *P.I.B.D.*, 743/2002, III-247, a relevé la contrariété à l'ordre public pour une marque complexe, déposée pour désigner une boisson et composée d'un cadre de forme carrée, à l'intérieur duquel est dessinée une feuille de chanvre, surmonté du mot « chanvrette ».

ce signe était visuellement et phonétiquement très proche du terme Cannabis et était légalement interdit comme contrevenant aux dispositions de l'article L. 3421-4 du Code de la santé publique¹⁹²⁰, et qu'il pouvait par ailleurs conduire à une banalisation de cette substance interdite, en provoquer la « démarginalisation ». Ainsi, à la simple utilisation d'un signe, symbole d'une interdiction légale ou d'un message dangereux pour la société, il semblerait que dans le domaine de la santé l'appréciation se globalise.

Mais cette hypothèse peut être contredite par la célèbre affaire *Opium*. Les magistrats de la Cour de Paris ont refusé une application rigide des textes le 7 mai 1979 à propos de la marque *Opium*¹⁹²¹. Le directeur de l'INPI a rejeté la demande relative à la marque *Opium* pour désigner entre autres des parfums sur le fondement de l'article L. 3421-4 du Code de la santé publique. La Cour a annulé cette décision de rejet que l'Administration avait prise sur le motif : « (...) la diffusion de produits sans rapport avec les stupéfiants, sous la dénomination d' « *Opium* », qui évoque essentiellement, non pas la substance vénéneuse du même nom, mais l'évasion vers le rêve ne peut, à aucun titre, être tenue pour une provocation à l'usage des stupéfiants ou une propagande en faveur de ces mêmes substances et par la suite, comme une atteinte à l'ordre public ». Cette décision montre clairement que la contrariété à l'ordre public ne s'apprécie pas *in abstracto* mais en prenant en considération la nature des produits ou des services que ce signe a vocation à désigner. Ce qui prouve bien qu'il y a ici une appréhension de leur valeur sociale, y compris lorsque celle-ci est négative, contraire au progrès médical. Nous avons déjà remarqué cet élément à propos de l'ordre public en droit des brevets.

Mais cette décision est plus ancienne que celles précédemment citées. Compte tenu d'un climat plus sécuritaire en matière de santé, l'évolution s'est peut-être lentement façonnée vers une appréciation plus subjective de l'ordre public.

b) Les signes trompeurs.

435.- Signes trompeurs ou déceptifs dans le domaine pharmaceutique. La tromperie est la relation faussée de la marque au produit, il est donc normal que l'appréciation s'effectue *in*

¹⁹²⁰ L'article L.3421-4 (ancien article L.630) du code de la santé publique dispose « le fait de provoquer au délit prévu par l'article L.3421-1 du code de la santé publique (ancien article L.628) (*délict d'usage de l'une des plantes ou des substances classées comme stupéfiants*) ou à l'une des infractions prévues par les articles 222-34 et 222-39 du Code pénal, alors même que cette provocation n'a pas été suivie d'effet, ou de présenter ces infractions sous un jour favorable est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000F d'amende ».

¹⁹²¹ CA Paris, 7 mai 1979, *Ann. Propr. Ind.* 1979, p.306, note Pr. CHAVANNES ; *P.I.B.D.*, 1979, III-318.

concreto. Le signe fait ressortir du produit une valeur sociale qui n'existe pas. Comme le font remarquer les professeurs CHAVANNES et BURST, l'interdiction de marques déceptives « répond à la finalité de la marque touchant à la police du commerce. C'est ici, l'intérêt du consommateur et celui de l'ordre public économique qui est pris en considération (...) »¹⁹²². Pour les signes pharmaceutiques, certains termes sont considérés comme déceptifs au regard des produits visés au dépôt. Comme, par exemple, les radicaux « *diet* » et « *pharm* » pour les produits non-pharmaceutiques¹⁹²³, mais y laissant croire (alimentation, produits chimiques, cosmétiques...) seront interdits¹⁹²⁴. De même le titre de « *docteur* » s'il n'est pas assorti du diplôme du titulaire de la marque (médecine ou pharmacie) pourrait s'avérer déceptif¹⁹²⁵. Enfin, pour bien comprendre la relation qu'il doit exister entre le caractère déceptif et le produit en cause, il convient de citer quelques décisions de référence : « *Phospho-Guano* »¹⁹²⁶ ou « *Phosphoguano* » pour désigner un engrais ne contenant pas de *guano* ; « *Capilloserum Desloires* » pour un produit capillaire et non un « sérum pharmaceutique »¹⁹²⁷ ; ou encore « *crème de Nice* » pour un mélange d'huile d'olive provenant d'Afrique du Nord¹⁹²⁸ ; enfin une « *croix grecque* » pour désigner des produits parapharmaceutiques¹⁹²⁹.

Le signe approprié, la marque, fait donc l'objet d'une circulation. Il convient de s'y attacher.

¹⁹²² A. CHAVANNES et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz, 1980, n°684 et s.

¹⁹²³ Ou plus exactement pour les produits ne faisant pas partie du monopole pharmaceutique selon l'article L.4211-1 du code de la santé publique (ancien article 512 du code de la santé publique).

¹⁹²⁴ Parmi les décisions du Directeur de l'INPI rejetant partiellement à titre de marques des dénominations considérées comme déceptives citons : « *Capipharm* », *P.I.B.D.*, 1979, III-426 ; « *Pharmacap* », *P.I.B.D.*, 1979, III-426 ; « *Bismupharm* », *P.I.B.D.*, 1980, III-182 ; « *Jénapharm* », *P.I.B.D.*, 1980, III-14 ; « *Trépharm* », *P.I.B.D.*, 1980, III-14.

¹⁹²⁵ R. LEMAY, *De l'incorporation du titre de docteur dans une marque*, *Inf. pharm.* 1985, p.386.

¹⁹²⁶ Cass. Crim. 15 juin 1895, *Droit pénal*, 1901, 1, 339.

¹⁹²⁷ Paris 24 mai 1962, *Ann. propr. ind* 1963, p.68

¹⁹²⁸ Crim. 2 décembre 1964, *Inédit*.

¹⁹²⁹ CA Paris 11 mars 1998, *Juris-data* n°1998-022133. la société Parashop est titulaire d'une marque constituée d'une représentation stylisée de la lettre P, évoquant une croix grecque et est de nature à faire croire au public que ce signe désigne des produits pharmaceutiques, dans la mesure où le conseil national de l'Ordre des pharmaciens est titulaire d'une marque collective composée d'une croix grecque pour désigner des médicaments.

Paragraphe 2

La circulation finalisée de la marque dans le domaine de la santé

436.- Encore l'hypothèque sociale... Il sera dans un premier temps intéressant de constater que le droit des marques est lui aussi affecté par l'hypothèque sociale qui a été imposée à l'objet du droit des brevets dans le domaine de la santé. Cela n'aura pas la même ampleur et s'inscrira en complément de celle opérer en droit des brevets (A). Mais ce qu'il faut surtout retenir de la circulation de la marque dans le domaine de la santé, c'est qu'il existe par des mécanismes internes et externes, la possibilité d'encourager la finalité que le droit poursuit en la matière, à savoir le progrès médical (B)

A) Le sacrifice de la marque pour la finalité de progrès médical

437.- En effet, nous le verrons à travers les médicaments génériques, il ne sera fait peu de cas de la marque devant les besoins que ces médicaments couvrent pour le progrès médical (1). Mais également lorsque pour réaliser la finalité de progrès médical il sera fait appel à des mécanismes internes ou externes (2).

1) L'atteinte des médicaments génériques au droit des marques

438.- Explications. Les médicaments génériques sont des copies du médicament dont le brevet est tombé dans le domaine public¹⁹³⁰. Les marques peuvent donc être un relai efficace de la protection par le brevet et ainsi prolonger, de fait, le monopole. Ce qui explique qu'une récente proposition de loi visant à limiter les droits ait été introduite dans le projet de loi sur le financement de la Sécurité sociale¹⁹³¹. Elle n'a non seulement pas été adoptée, mais a été déclarée inconstitutionnelle¹⁹³².

¹⁹³⁰ Sur le médicament générique : v. *supra* n°389.

¹⁹³¹ Loi n°2009-1646, du 24 décembre 2009, *Journal Officiel* 27 décembre 2009.

¹⁹³² Conseil constitutionnel 22 décembre 2009, DC n°2009-596, *PIBD* 2010, n°911, 1, p. 34 : « Considérant que l'article 36 de la loi déferée limite les droits du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle protégeant l'apparence et la texture des formes orales d'une spécialité pharmaceutique ».

Le choix d'une dénomination pour le médicament générique porte atteinte au droit des marques sur deux points¹⁹³³ : d'une part, le pharmacien se voit reconnaître un pouvoir de substitution¹⁹³⁴ sans l'autorisation préalable du médecin ; d'autre part, le médecin est encadré dans le budget annuel des coûts des médicaments qu'il fournit annuellement¹⁹³⁵. Le médicament générique peut être assorti d'une marque, selon les règles de constitution énoncées précédemment. A la seule différence que, selon un arrêté du 13 mars 1997¹⁹³⁶, le nom du médicament générique doit être suivi du suffixe « Gé ».

Les médicaments génériques représentent donc une sérieuse concurrence pour les produits marqués. Concrètement, le laboratoire dont le médicament breveté vient de tomber dans le domaine public compte sur le pouvoir de la marque pour perpétuer l'aura de son produit sur le marché. La substitution opérée d'office va sérieusement limiter cette stratégie de repli des laboratoires de princeps. Ce qui explique, d'ailleurs, que de plus en plus de laboratoires vont

¹⁹³³ J. LARRIEU et G. HOUIN, *Médicaments génériques et propriété industrielle, R.I.D.E.* 1^{er} janvier 2000, p. 173 ; et *Régime juridique des médicaments génériques au regard des règles qui gouvernent la propriété industrielle, JCP G*, 2001, II, 10643. – E. LE BIHAN et L. JULIEN-RAES, *Médicaments génériques, marques et usages honnêtes, Propr. intell.* octobre 2006, p. 396.

¹⁹³⁴ Selon l'article L. 5125-23 du Code de la santé publique le pouvoir de substitution est défini comme : « Le pharmacien ne peut délivrer un médicament ou produit autre que celui qui a été prescrit, ou ayant une dénomination commune différente de la dénomination commune prescrite, qu'avec l'accord exprès et préalable du prescripteur, sauf en cas d'urgence et dans l'intérêt du patient.

Si la prescription libellée en dénomination commune peut être respectée par la délivrance d'une spécialité figurant dans un groupe générique mentionné au 5° de l'article L. 5121-1, le pharmacien délivre une spécialité appartenant à ce groupe dans le respect des dispositions de l'article L. 162-16 du code de la sécurité sociale.

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, il peut délivrer par substitution à la spécialité prescrite une spécialité du même groupe générique à condition que le prescripteur n'ait pas exclu cette possibilité, pour des raisons particulières tenant au patient, par une mention expresse portée sur la prescription, et sous réserve, en ce qui concerne les spécialités figurant sur la liste mentionnée au premier alinéa de l'article L. 162-17 du code de la sécurité sociale, que cette substitution s'effectue dans les conditions prévues par l'article L. 162-16 de ce code.

Lorsque le pharmacien délivre par substitution à la spécialité prescrite une spécialité du même groupe générique, il doit inscrire le nom de la spécialité qu'il a délivrée. Il en est de même lorsque le pharmacien délivre une spécialité au vu d'une prescription libellée en dénomination commune.

La prescription libellée en dénomination commune est obligatoire pour les spécialités figurant dans un groupe générique mentionné au 5° de l'article L. 5121-1.

Lorsqu'un traitement est prescrit pour une durée d'au moins trois mois, y compris au moyen du renouvellement multiple d'un traitement mensuel, et qu'un grand conditionnement est disponible pour le médicament concerné ou pour sa forme générique, le pharmacien doit délivrer ledit conditionnement. ».

Ce droit vient de la loi de financement de la Sécurité sociale Loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la Sécurité Sociale pour 1999. Il contribue à l'essor des médicaments génériques. Ainsi, en Allemagne le droit de substitution existe depuis 1988 et il connaît un succès certain : 38% des prescriptions s'effectuent sous la forme générique, in O. BINDER, N. BOINET, *Médicaments génériques, droit des marques, droit de substitution, et publicité comparative, L.P.A.* 24 mai 1999, n° 232.

¹⁹³⁵ Le médecin a donc tout intérêt à prescrire des médicaments génériques et à minimiser son budget, ce qui lui procurera une marge supplémentaire pour réaliser les actes qui lui rapportent, comme les consultations.

¹⁹³⁶ *Journal Officiel* 14 mars 1997 et *Journal Officiel* 5 avril 1997 (rectificatif).

produire eux-mêmes les médicaments génériques y accoler les marques nécessaires à leur commercialisation¹⁹³⁷.

Une limite a toutefois été posée par les juges de la Cour d'appel de Paris à la publicité des médicaments génériques¹⁹³⁸. Un laboratoire français a été poursuivi en contrefaçon au motif qu'il employait la marque du médicament princeps pour faire la promotion de son médicament générique. Les juges ont refusé l'argument selon lequel cette référence était nécessaire au regard de la destination du produit (sur le fondement de l'article L. 713-6, b) du Code de la propriété intellectuelle), en justifiant que : « l'usage de la marque ne constituait pas en l'espèce le seul moyen d'offrir au public concerné, ici les pharmaciens, une information compréhensible et complète, sur la destination du générique dès lors que sa Dénomination Commune Internationale (DCI) désignant le principe actif, et des indications thérapeutiques auraient constitué le moyen d'une telle information »¹⁹³⁹. Cette position a été cassée par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, considérant que la société a procédé à « une comparaison de caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits », est conforme à l'article L. 121-8 du Code de la consommation¹⁹⁴⁰.

2) La sanction de la marque pour défaut d'exploitation

439.- La déchéance. Nous avons précédemment mis en évidence à quel point la marque était importante pour réaliser la finalité de progrès médical, à savoir la commercialisation de toutes les avancées médicales qui concourent au « bien-être » des personnes. Il ne faut pas non plus être dupe du fait que cet effort d'exploitation est largement expliqué par un rapport économique attendu. Mais érigée en une obligation légale¹⁹⁴¹ on retrouve la finalité de progrès

¹⁹³⁷ En ce sens, v. O. BINDER, N. BOINET, *Médicaments génériques, droit des marques, droit de substitution, et publicité comparative*, L.P.A. 24 mai 1999, n°102.

¹⁹³⁸ CA Paris, 3 mai 2006, *Propriété intellectuelle*, octobre 2006, p. 497, note PASSA.

¹⁹³⁹ CA Paris, 3 mai 2006, *Propriété intellectuelle*, octobre 2006, p. 497, note PASSA. Sur la publicité comparative et les médicaments génériques, v. notamment J. ARMENGAUD et E. BERTHET-MAILLOLS, *Les génériques ne peuvent plus se nommer*, *Propriété intellectuelle*, septembre 2006, 13. – G. CORDIER, *Quelques points d'actualité du droit des médicaments génériques*, *Propriété intellectuelle*, Juillet-Août 2006, p. 12 et spéc. p. 14.

¹⁹⁴⁰ Com. 26 mars 2008, *Sté Sandoz c/ Sté Laboratoire Glaxosmithkline*, *JCP E* 2008, n°20, 1635.

¹⁹⁴¹ L'article L. 714-5 du code de la propriété intellectuelle dispose : « Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés à l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans. »

médical assignée aux dispositions de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Ainsi, la sanction d'une marque qui n'aurait pas fait l'objet d'une exploitation sera la déchéance de la marque. Cette sanction justifiée tant par des intérêts économiques et sociaux, a aussi une explication pratique. Nous avons précédemment vu que le secteur des marques pharmaceutiques était particulièrement encombré. Il est donc logique de destituer tout titulaire qui contribue inutilement à cet encombrement¹⁹⁴².

B) L'intérêt de la marque pour le progrès médical

440.- Rappelons-le : la finalité du droit des marques dans le domaine de la santé est la commercialisation des techniques médicales, qui contribuent à l'amélioration de la santé. Pour le réaliser au niveau de la circulation de l'objet, le droit des marques possède des ressorts internes, comme les marques collectives (1) et des ressorts externes, comme le droit de la concurrence (2).

1) Les mécanismes internes d'influence : l'exemple des marques collectives

441.- Les marques collectives. Les marques collectives sont définies à l'article L. 715-1 al. 1^{er} du code de la propriété intellectuelle¹⁹⁴³. La marque collective n'est pas une marque en copropriété : elle peut être enregistrée au nom d'une seule personne. Ainsi, quiconque satisfait au règlement d'usage¹⁹⁴⁴ est en droit d'exploiter la marque. Pour les produits de santé, on privilégiera la marque collective de certification¹⁹⁴⁵.

¹⁹⁴² En ce sens, R. LEMAY, *Déchéance d'une marque pour non exploitation en pharmacie*, *Inf. Pharm.* 1980, p.257.

¹⁹⁴³ Elle est définie comme : « la marque est dite collective lorsqu'elle peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement. » Elles suivent le même régime juridique que les marques simples. M. le professeur P. MATHELY (*in*, P. MATHELY, *Le nouveau droit français des marques*, *op. cit.* n°13, p. 385), considère que la marque collective apparaît comme un système de licences généralisées et ouvertes.

¹⁹⁴⁴ Qui fixe les conditions d'usage de la marque.

¹⁹⁴⁵ Article L. 715-1 du Code de la propriété intellectuelle : « la marque collective de certification est appliquée au produit ou au service qui présente notamment quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités, des caractères précisés dans son règlement ».

442.- Les marques collectives de certification. Il existe des marques collectives de certification dans le domaine de la santé. Elles sont des gages de la qualité du produit¹⁹⁴⁶, car l'usage se fait selon le règlement¹⁹⁴⁷. Par exemple, la croix verte des pharmaciens a fait l'objet d'un enregistrement par l'Institut national de la propriété industrielle sous le numéro 127 618, dépôt en date du 24 avril 1984, effectué pour les produits ou services suivants : médicaments, produits de la classe 5 et 10 de l'Arrangement de Nice¹⁹⁴⁸. L'usage de cet emblème à des fins publicitaires se trouve du fait du règlement exclusivement réservé aux seuls pharmaciens. Elle conquiert ainsi l'ensemble du public par un signe de reconnaissance établi et connu. La distinctivité de la marque était au niveau individuel un signe de promotion de la santé, on retrouve cette relation de cause à effet avec l'emploi d'une marque collective de certification dans des domaines de santé publique.

443.- L'intérêt des marques collectives de certification au regard du progrès médical.

Les marques collectives de certification dans le domaine de la santé présentent ainsi l'avantage de recentrer l'usage de la marque sur sa finalité, à savoir la commercialisation des avancées médicales. Les dérives économiques constatées à travers les stratégies de valorisation de la marque seront ainsi évitées par l'adhésion à un règlement contraignant. Il ne s'agit bien sûr pas d'appliquer ce régime collectif à toutes les marques du domaine de la santé. Cela briderait trop la circulation des produits de santé, ce qui n'est pas le but recherché. Par contre, une telle hypothèse peut parfaitement être envisagée pour les produits qui sont aujourd'hui fortement banalisés par les manœuvres *marketing* et qui pourtant présentent des risques pour la santé des individus, à l'instar des produits diététiques. Le règlement pourrait notamment prévoir des réseaux de distribution et de communication où la jeunesse ne

¹⁹⁴⁶ En ce sens, v. T. LANCRENON, *Ballade dans la brume des marques collectives*, *Propri. Intell.* octobre 2004, n°13, p. 846 : « Pour éviter toute confusion, il nous semble préférable de distinguer, d'un côté les « marques collectives » enregistrées dans l'intérêt privé de servir de support à l'exploitation des produits ou services d'un groupement particulier et de l'autre, les « marques de certification » enregistrées dans l'intérêt public de garantir objectivement la nature, les propriétés ou les qualités des produits ou services qu'elles désignent ».

¹⁹⁴⁷ Il ne faut pas les confondre avec la multiplication des certifications que l'on voit fleurir aujourd'hui sur le marché. Les certifications ne correspondent pas à un usage collectif de la marque, mais à une procédure par laquelle le produit a fait l'objet d'une inspection par un organisme certificateur. La certification se fait sur la base de dispositions réglementaires, à l'inverse des démarches types « label » ou « contrôlé par un organisme indépendant » qui ne bénéficient pas d'un cadre juridique. Toujours est-il que la certification peut venir en complément d'une marque, y compris d'une marque collective.

¹⁹⁴⁸ Et sur une action engagée par l'Ordre des Pharmaciens pour défendre la marque collective, v. notamment : CA Paris, 4^e ch. section A, 11 mars 1998, n°RG 96/O7855, *inédit*.

constitue pas une cible, par exemple. De plus, les marques collectives de certification apparaissent comme des garanties de la qualité des produits distribués. Ces produits diététiques se trouveraient donc valorisés par le simple fait de leur conformation au règlement.

Cette idée de fonction de la marque de garantie des produits apparaît essentielle dans le domaine de la santé. Il convient donc de l'étudier.

2) Les mécanismes externes d'influence : le droit de la concurrence

444.- Évolution de la fonction essentielle de la marque. Si l'on souhaite approcher la notion de « fonction d'une marque »¹⁹⁴⁹, on est obligé de se tourner vers le droit de la concurrence communautaire qui a fourni les traits de la fonction de chaque droit de propriété intellectuelle. En effet, afin d'assurer une libre circulation des produits, il était important d'harmoniser les concepts d'objet spécifique et de fonction essentielle dans les droits de propriété intellectuelle nationaux¹⁹⁵⁰. Récemment, la notion de fonction essentielle a été considérablement élargie (*b*), ce qui n'est pas sans conséquence positive par rapport à la traditionnelle conception de fonction de garantie de l'origine des produits (*a*).

a) La traditionnelle fonction de garantie de l'origine des produits

445.- La marque a pour fonction essentielle de permettre à la clientèle d'identifier l'origine des produits et services qu'elle consomme¹⁹⁵¹. Elle est d'ailleurs posée par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) : « la fonction essentielle de la marque est de garantir

¹⁹⁴⁹ Selon l'expression de D.J. REBSTEIN, *L'audace et le marché – L'invention du marketing aux États-Unis*, éd. Odile Jacob, 1997, p. 43, la fonction de la marque est d'« apporter au consommateur une information, et se faisant réduire ou éliminer son besoin de se renseigner sur un produit avant d'acheter celui-ci ».

Or, l'article 1^{er} de la loi du 23 juin 1857 définissait la marque comme « un signe servant à distinguer les produits d'une fabrique ou les objets d'un commerce », et cette définition reste d'actualité même si la loi du 31 décembre 1964 a introduit la notion de marque de service.

En effet, il résulte des termes mêmes de la loi, que la marque est un « signe servant à distinguer les produits et les services » et selon CA Paris, 14 décembre 1992, *P.I.B.D.* 1993, III-323, affaire des « 'Levis' délavés » et C.J.C.E. 10 Octobre 1978, *P.I.B.D.* 1979, III-10, *Centrapharm* : « La fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit marqué, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit de ceux qui ont une autre provenance ».

¹⁹⁵⁰ En ce sens, v. notamment, N. BOUCHE, *L'objet spécifique du droit des marques*, *D.* 2000, chron. p. 103.

¹⁹⁵¹ En ce sens notamment, v. V. ASTIC, J. LARRIEU, « Du lèche-vitrines au lèche-marques », *D.* 2004, p. 2433. – E. JOLY, *Marques communautaires. Acquisition, extinction, liens avec les marques nationales, exploitation*, *J.-Cl. Marques*, fasc. 7610, n° 23.

au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance »¹⁹⁵². Cette fonction ne doit pas être confondue avec l'exigence de distinctivité¹⁹⁵³, pour plusieurs raisons. En droit, la fonction de la marque s'apprécie à l'exercice du droit, et la condition de distinctivité s'évalue au moment de la constitution du signe. De plus, elle conduit à restreindre la fonction essentielle de la marque aux hypothèses où il existerait un risque de confusion par le public pertinent quant à l'origine marchande des produits. Cela est très limité. En opportunité, il n'est pas judicieux de se servir de la distinctivité qui est appréciée de manière distendue pour délimiter l'exercice du droit. La frontière est fine, « le droit de marque n'est effectif qu'à l'égard d'emplois litigieux provoquant dans l'esprit du public pertinent la confusion sur l'origine des produits ou des services »¹⁹⁵⁴. Ce qui se limite aux cas où la confusion ne peut s'opérer dans l'esprit du consommateur moyen, mais où la communication autour de la marque est altérée. Cela pose notamment un problème au niveau des reconditionnements nécessaires de la marque¹⁹⁵⁵. Même si l'atteinte au droit des marques doit être la plus faible possible, le reconditionnement est un « motif légitime » imposé par la « nécessité »¹⁹⁵⁶. Pour cela, il faut que cinq conditions cumulatives soient remplies : le reconditionnement doit être nécessaire pour l'accès au marché ; il ne doit pas affecter l'état originaire du produit ; le nom de l'importateur et celui du fabricant doivent être indiqués sur le nouveau conditionnement ; la présentation du produit ne doit pas nuire à la réputation de la marque ni à celle de son titulaire ; enfin, l'importateur doit avertir le titulaire¹⁹⁵⁷.

¹⁹⁵² En ce sens, v. notamment CJCE, 29 septembre 1998, *PIBD* 1999, n° 668, III, pp. 28-29. – CJCE, 18 juin 2002, aff. C-299/99. CJCE, 12 février 2004, aff. C-218/01. – CJCE, 6 octobre 2005, aff. C-120/04.

¹⁹⁵³ La difficulté réside néanmoins dans le fait que « de la fonction essentielle, on glisse aisément au caractère distinctif », V. ASTIC, J. LARRIEU, « Du lèche-vitrines au lèche-marques », *D.* 2004, p. 2433.

¹⁹⁵⁴ B. HUMBLLOT, *Droit des marques : apports essentiels de la CJCE autour de la fonction essentielle de la marque Regard sur les enseignements de l'arrêt « L'Oréal » du 18 juin 2009*, R.L.D.I. octobre 2009, p. 8, n°16.

¹⁹⁵⁵ G. HICHRI, *Le reconditionnement des produits importés parallèlement : un droit communautaire en voie d'achèvement*, *Rev. dr. médical*, 2008, n°26, p. 79, à propos de la décision : CJCE 26 avril 2007, aff. C-348/04, *Boehringer Ingelheim et al. contre Dowelhurst Ltd et Swingward Ltd*, *Journal officiel des Communautés Européennes* 28 avril 2007.

¹⁹⁵⁶ CJCE 26 avril 2007, aff. C-348/04, *Boehringer II*.

¹⁹⁵⁷ Ces conditions sont posées par CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-427/93 et C-429/93, *Bristol-Myers Squibb e. a. c/ Paranova*.

Le paysage des marques pharmaceutiques est aujourd'hui particulièrement encombré, obligeant les entreprises à développer des stratégies de communication qui ne correspondent pas au secteur.

b) L'ouverture opportune pour le progrès médical de la notion de fonction de la marque

446.- Dans une décision récente, opposant les sociétés *L'Oréal c/ Bellure*, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a reconnu à la marque une multitude de fonctions à côté de la fonction traditionnelle de garantie des produits d'origine. La Cour énonce que parmi les fonctions de la marque « figurent non seulement la fonction essentielle de la marque qui est de garantir aux consommateurs la provenance du produit ou du service, mais également les autres fonctions de celle-ci, comme notamment celle consistant à garantir la qualité de ce produit ou service, ou celle de communication, d'investissement ou de publicité »¹⁹⁵⁸. La définition de la fonction essentielle est importante, car c'est à la lumière de cette définition que l'on pourra reconnaître si les prérogatives des tiers atteignent ou pas le droit de propriété intellectuelle du titulaire. Si elle est définie largement ou complétée d'autres fonctions, les marges de manœuvre des tiers sur la marque se trouvent d'autant limitées¹⁹⁵⁹.

¹⁹⁵⁸ CJCE 18 juin 2009, C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure*, point 58 de l'arrêt, *JCP G* 2009, I, 180, note MARINO ; C.C.E. décembre 2009, comm. n°111, note CARON ; *Propr. ind.* septembre 2009, comm. n°51, note FOLLIARD-MONGUIRAL ; *R.L.D.I.* octobre 2009, p. 8, note HUMBLLOT, intitulée « *Droit des marques : apports essentiels de la CJCE autour de la fonction essentielle de la marque Regard sur les enseignements de l'arrêt « L'Oréal » du 18 juin 2009* ». L'instance a été introduite par la *Court of Appeal of England and Wales* qui a souhaité une décision préjudicielle de la CJCE sur certains points de la directive 89/104/CEE, relative au rapprochement des législations des États membres sur les marques. L'affaire en question opposait la société *L'Oréal* et certaines filiales contre la société *Bellure*. Cette dernière aurait produit des imitations de la société *L'Oréal*. Et les sociétés *Malaiika* et *Starion* les commercialisent en utilisant des tableaux de concordance qui mentionne la marque (notoire de préférence). Ces tableaux de concordance permettent à une société de rattacher sa marque à une marque concurrente afin de bénéficier de sa notoriété. En l'espèce, la concordance était : le parfum très bas de gamme « *Stitch n°7 sent comme Trésor* ».

La question préjudicielle consistait à savoir : « si le titulaire d'une marque notoirement connue peut s'opposer à un tel usage, au titre du paragraphe 1, sous a), de cet article [article 5 de la directive], lorsque cet usage n'est pas susceptible de porter atteinte à la marque ou à l'une des fonctions de cette dernière, mais joue néanmoins un rôle significatif dans la promotion des produits ou des services du tiers » (point 51 de l'arrêt).

¹⁹⁵⁹ Est-ce pour autant que l'on va remettre en question le caractère finalisé du droit de marque et restaurer son absoluté ? Faut-il pour cela se rappeler les justes propos de M. le professeur VIVANT : « Le cœur du problème était de savoir si le fait d'être titulaire d'un droit de marque assure effectivement une réservation de la marque contre toute utilisation par des tiers (...). Problème qui n'est, d'ailleurs, que l'expression particulière du problème à caractère général de savoir si le fait d'être titulaire d'un droit de propriété intellectuelle se traduit par la possibilité d'interdire aux tiers toute utilisation du bien réservé. Notre sentiment – disons-le tout net – est qu'il n'en est rien » (in, M. VIVANT, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP E* 1993, I, 251, spéc. n° 2). Rapp. J. MONTEIRO et V. RUZEK, *L'usage du signe à des fins autres que celle de distinguer les produits et services d'un opérateur économique*, *Propr. ind.* avril 2007, étude n°9.

M. HUMBLLOT souligne que l'apport de cet arrêt consiste en « l'atteinte à ces autres fonctions est « autonomisée » : une telle atteinte autorise l'activation du droit privatif indépendamment de toute atteinte – et même en l'absence d'atteinte – à la fonction essentielle de la marque. Réserveons-nous la liberté de le dire autrement : toutes les fonctions de la marque sont désormais essentielles... »¹⁹⁶⁰.

Bien que la place¹⁹⁶¹ et le contenu de ces nouvelles fonctions adventices restent à définir, nous pouvons rejoindre l'analyse de Mme le professeur MARINO qui constate que « la fonction de communication rappelle que la marque est aussi un véhicule de communication d'un message au public, qui forge l'image de marque. La fonction d'investissement, quant à elle, prend appui sur les efforts financiers consentis par le titulaire de marques pour la notoriété et le prestige de sa marque »¹⁹⁶².

Pour la finalité assignée au droit des marques dans le domaine de la santé, on retiendra principalement la fonction de commercialisation qui est ainsi remise au premier plan par la CJCE. Pour l'inscrire dans la finalité de progrès médical, il sera alors nécessaire de vérifier si celle-ci correspond au « bien-être social », à l'amélioration de la santé, contenu du progrès médical. On pourra dès lors par analogie avec l'affaire *L'Oréal c/ Bellure*, considérer que les agissements des tiers visant à brouiller la communication autour des marques dans le domaine de la santé atteignent à la fonction de la marque et pourront être sanctionnés sans qu'il soit nécessaire de prouver une quelconque confusion dans l'esprit du public sur l'origine des produits. Cela permettra très certainement de limiter la pratique de la coexistence, pour l'instant pacifique, entre les marques pharmaceutiques.

447.- Conclusion de la section 1 : La poursuite de la finalité de progrès médical pour les objets à valeur sociale positive. Le signe est porteur de cette double valorisation. L'identification de la « valeur-travail » au sein de la marque permet de ne plus avoir de doute sur le fait qu'il s'agit bien d'une création. C'est l'intervention humaine créatrice qui va

¹⁹⁶⁰ B. HUMBLLOT, *Droit des marques : apports essentiels de la CJCE autour de la fonction essentielle de la marque Regard sur les enseignements de l'arrêt « L'Oréal » du 18 juin 2009, R.L.D.I.* octobre 2009, p. 8, n°35.

¹⁹⁶¹ Des précédents commentaires cités, il ressort l'interrogation relative à la place de ces nouvelles fonctions : seront-elles égales à la fonction de garantie de produits d'origine ou faudra-t-il au contraire la démontrer préalablement à tout autre ?

¹⁹⁶² CJCE 18 juin 2009, C-487/07, *L'Oréal c/ Bellure*, *JCP G* 2009, I, 180, note MARINO.

permettre cette valorisation. Elle confère à la marque pharmaceutique les mêmes traits qu'une marque ordinaire dans la recherche du signe dénomiatif. Mais à ne considérer que la « valeur-travail », la nature même de ce droit risque d'être interrogée pour être requalifiée en « droit de clientèle », pour lequel nous avons déjà soulevé les lacunes. Il est donc nécessaire de s'attacher également à sa valeur sociale. Les signes ont une valeur sociale du fait même de leur apposition sur un objet du domaine de la santé qui a précédemment été breveté. Concrètement, la faculté de réaliser le progrès médical, c'est-à-dire l'accroissement des avancées médicales par l'amélioration du « bien-être » a été constatée pour une composition pharmaceutique, qui de ce fait a pu être appropriée. Son entrée dans les circuits de distribution par l'intermédiaire de son support ne lui fera pas perdre cette qualité objectivement observable. Le signe dont la finalité dès la commercialisation de ces avancées ne pourra pas l'exercer de manière anodine, puisque lui aussi est socialement valorisé. Cette valorisation s'explique par la propension de la marque à réaliser le progrès médical, à savoir la commercialisation des techniques médicales brevetées. Pour cela des stratégies de commercialisation de la marque vont offrir une diversification et une meilleure lisibilité du signe sur le marché. Cette contribution au « bien-être social » est assurée par un encadrement strict, puisque le signe pharmaceutique fera l'objet d'une distribution limitée. Or, si le progrès médical s'imisce dans toutes les dispositions de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, du fait de la valeur sociale des produits alors, il est présent dans les conditions d'appropriation du signe qu'il s'agisse de la principale distinctivité, de la disponibilité ou de la licéité. Même distanciées par la pratique cette finalité doit toujours demeurer la ligne de conduite.

En ce qui concerne la circulation des techniques médicales, le droit des marques doit suivre les enseignements dispensés à l'occasion du droit des brevets. En effet, le droit des marques va pâtir de l'hypothèque sociale que nous avons assignée à l'objet du droit des brevets. C'est ainsi que les marques sur les médicaments génériques feront, opportunément de l'ombre aux marques princeps ; ou que la marque sera déchue pour défaut d'exploitation. Mais il faut principalement retenir que la marque par des mécanismes internes, comme les marques collectives ou externes issues du droit de la concurrence, contribue à la circulation des avancées médicales dans le respect et la promotion du progrès médical.

Il convient maintenant de s'attacher à ces objets qui ne possèdent pas *a priori* de valeur sociale.

Section 2

La poursuite de la finalité de progrès médical pour les objets à valeur sociale positive

448.- La marque affectée par des produits à « valeur sociale négative »¹⁹⁶³. La valeur sociale d'un produit matériel ou immatériel dépend de sa faculté à réaliser le progrès médical. De là découlera la légitimité de la norme, qu'il s'agisse de l'appropriation ou de la commercialisation de la création qui va se greffer dessus. Certains biens, comme les techniques médicales, dont les supports les plus communs sont les produits de santé, et pour lesquels la marque assure le relai au niveau de la commercialisation, sont pourvus d'une valeur sociale positive puisqu'ils contribuent à l'essor du progrès médical. D'autres objets, sur lesquels vont être apposé une marque ne posséderont pas cette valeur sociale positive. Au contraire, leur valeur objectivement constatable est, qu'ils iraient à l'encontre du progrès médical. C'est-à-dire, qu'ils ne permettent pas la réalisation du « bien-être » social, de l'amélioration de la santé. Est-ce pour autant qu'ils doivent être privés d'appropriation, comme par le biais de l'ordre public ? Les règles n'en font pas état. Ce ne serait donc que dans leur commercialisation que ces objets seraient affectés. Nous identifions ces objets par les stigmatisations des politiques de santé publique, qui ont aujourd'hui tendance à se multiplier (*paragraphe 1*). Nous approfondirons celles qui affectent particulièrement le droit des marques. Il s'agit des marques sur le tabac et des marques sur l'alcool, dont l'exercice doit être particulièrement encadré (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1

L'identification des objets à valeur sociale négative par les politiques de santé publique

449.- Teneur des politiques de santé publique. Les politiques de santé publique¹⁹⁶⁴ présentent la flexibilité de répondre aux désirs sociaux. En effet, ces politiques sont

¹⁹⁶³ Une telle valeur a déjà été rencontrée en droit des brevets sur l'ordre public à propos du refus d'appropriation de certaines substances dangereuses pour la santé, v. *supra* n°316.

¹⁹⁶⁴ La mise en œuvre d'une politique publique est un processus complexe. Il existe donc une théorie de mise en œuvre par un découpage du processus. La première est celle de l'identification, il faut convaincre l'opinion et les décideurs publics de la nécessité d'action : on passe donc d'une question technique à un problème politique (il

directement établies en conciliation avec les attentes de la population ; les attentes du système social et économique, les évolutions démographiques, l'apparition de nouvelles pathologies ou de nouveaux comportements qui induisent une protection de la santé différente. Souvent critiquées¹⁹⁶⁵, on ne peut contester que leurs motivations premières résident dans le fait de « doter le pays des structures et de la démarche nécessaire pour mettre en œuvre une politique ambitieuse de promotion et de protection de la santé »¹⁹⁶⁶. Aujourd'hui, les politiques de santé publique sont orientées dans des secteurs particuliers : le tabac, l'alcool, la toxicomanie, le dopage, l'alimentaire et l'environnement. La préférence sera donnée dans cette étude aux luttes contre le tabagisme et l'alcoolisme, dont les relations avec le droit des marques sont beaucoup plus prégnantes que dans les autres secteurs. Mais il est important de donner quelques précisions sur les autres domaines.

450.- Les aliments. La prévention contre les troubles du comportement alimentaire présente également un intérêt pour le droit des marques. Notamment à travers les dispositions de la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010, mettant en œuvre le programme national relatif à la nutrition et à la santé, insérées à l'article L. 3231-1 du Code de la santé publique¹⁹⁶⁷. En effet, elles viennent non seulement limiter les messages publicitaires télévisés à destination du jeune

est souvent difficile de gagner la confiance. La deuxième étape est celle du développement du programme d'action. En troisième lieu, intervient la mise en œuvre, c'est-à-dire l'organisation de moyens et leur application concrète. Le quatrième mouvement est alors celui de l'évaluation. La dernière étape est celle de la terminaison du programme quand le problème est supposé résolu, in M. LORIOU, *Impossible politique de santé publique en France*, Sérès, 1998, p.103 et s.

¹⁹⁶⁵ Selon certains, la politique de santé ressemble plus « à la gestion dans l'urgence des fins de mois difficile qu'à une évaluation raisonnée des risques pour la santé et des moyens à mettre en œuvre pour y faire face » (in, M.LORIOU, *Impossible politique de santé publique en France*, op. cit. n°177).

¹⁹⁶⁶ J.-F. MATTEI, *Présentation du projet de loi devant le Conseil des ministres*, 21 mai 2003, *JCP G* 18 juin 2003, *Actualités législation*, n°310.

¹⁹⁶⁷ L'article L. 3231-1 du Code de la santé publique dispose : « Un programme national relatif à la nutrition et à la santé est élaboré tous les cinq ans par le Gouvernement.

Ce programme définit les objectifs de la politique nutritionnelle du Gouvernement et prévoit les actions à mettre en œuvre afin de favoriser :

- l'éducation, l'information et l'orientation de la population, notamment par le biais de recommandations en matière nutritionnelle, y compris portant sur l'activité physique ;
- la création d'un environnement favorable au respect des recommandations nutritionnelles ;
- la prévention, le dépistage et la prise en charge des troubles nutritionnels dans le système de santé ;
- la mise en place d'un système de surveillance de l'état nutritionnel de la population et de ses déterminants ;
- le développement de la formation et de la recherche en nutrition humaine.

Les actions arrêtées dans le domaine de l'alimentation sont également inscrites dans le programme national pour l'alimentation défini à l'article L. 230-1 du code rural et de la pêche maritime ».

Sur le droit des marques et les allégations nutritionnelles de santé, v. notamment S. JOLY, *Droit de la santé publique et droit des marques : rencontre d'un troisième type*, C.C.E. novembre 2009, étude n°23.

public durant certains créneaux horaires¹⁹⁶⁸, mais également introduire des avertissements mettant en garde le consommateur des risques d'une alimentation trop grasse et des solutions préconisées telles que le célèbre « Mangez-bougez ». En dehors de ces éléments, on ne peut pas parler de véritable restriction au droit des marques, comme nous allons l'étudier pour le tabac et l'alcool.

451.- L'environnement. En ce qui concerne l'environnement, nous citerons l'exemple des produits cosmétiques pouvant contenir des substances chimiques dangereuses¹⁹⁶⁹. La réglementation communautaire impose aux fabricants une particulière vigilance et pose un principe d'interdiction des produits chimiques dangereux sauf si ceux-ci sont employés en faible quantité et dans des conditions normales et qu'il n'existe pas de possibilités de s'en passer¹⁹⁷⁰. Les suspicions d'innocuité de tels produits n'inondent pas le droit des marques par des limitations drastiques. Les très rares produits qui sont sous le coup de cette disposition ne seront tout simplement ni commercialisés ni, par conséquent, marqués¹⁹⁷¹. Avec la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010, la méfiance eu égard aux substances

¹⁹⁶⁸ Dernièrement, le spot pour le *chocossui's* de Nestlé, avec le petit garçon qui faisait passer son poisson rouge, Maurice, pour un glouton alors qu'il avait la bouche « enchocolatée » n'est plus admise par le Bureau de la vérification de la publicité (B.V.P.), qui estimait qu'il s'agissait d'une représentation de la consommation trop excessive.

¹⁹⁶⁹ Sur les liens plus généraux entre l'environnement et la santé, v. notamment, M. BORGETTO, *Santé et environnement*, R.D.S.S. mars-avril 2006, p. 186.

¹⁹⁷⁰ Aux termes de l'article 4 de la directive 76/768/CEE du Conseil du 27 juillet 1976 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques, « les États membres interdisent la mise sur le marché des produits cosmétiques contenant : a) des substances énumérées à l'annexe II ; b) des substances énumérées dans la première partie de l'annexe III au-delà des limites et en dehors des conditions indiquées. La présence de traces de substances énumérées à l'annexe II est tolérée à condition qu'elle soit techniquement inévitable dans de bonnes pratiques de fabrication et qu'elle soit conforme à l'article 2 ». À cela il faut ajouter les dispositions de la directive 2006/121/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 afin d'adapter cette dernière au règlement (CE) n° 1907/2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), et instituant une agence européenne des produits chimiques n'est en effet pas applicable aux produits cosmétiques en vertu de son article 1, paragraphe 2, b). Dans le domaine des dispositifs médicaux, le Règlement REACH impose aux industriels d'opérer des tests afin d'apporter la preuve de la sécurité de leurs produits. Toutefois, pour éviter la multiplication de ces tests, les industriels sont amenés à réaliser des consortiums qui permettent l'échange de données de contrôle. En ce sens, O. LANTRES, A.-C. MASNIER, *L'application du règlement REACH dans le domaine des dispositifs médicaux*, R.D.S.S. mai-juin 2010, p. 463.

¹⁹⁷¹ On aurait éventuellement pu penser au caractère trompeur, rendant le signe déceptif et illicite et privant ainsi toute possibilité d'appropriation. Simplement, il ne faut pas confondre ici le support et la marque. La tromperie éventuelle du produit qui pourrait donner lieu à une action en tromperie sur les qualités essentielles du droit de la consommation sur le fondement de l'article L. 213-1 1° du Code de la consommation. Ce qui ne signifie pas que la dénomination serait trompeuse eu égard au produit.

chimiques à l'état nanoparticulaire s'accroît et se matérialise par des exigences de traçabilité¹⁹⁷².

Ces deux précédents exemples affectent finalement que sporadiquement le droit des marques. Il ne modifie pas la logique interne de son exercice, comme cela peut l'être avec les politiques de santé publique orientée sur l'alcool ou le tabac.

Paragraphe 2

L'illustration des objets à valeur sociale négative au travers de l'alcool et du tabac

452.- Une limite au droit des marques constitutionnellement consacrée. Il est des objets qui non seulement ne contribuent pas à l'accroissement des conditions sanitaires d'un pays, mais qui plus est les détériorent. Le droit de propriété intellectuelle, en l'occurrence le droit des marques, qui sera constitué sur de tels supports sera limité dans son exercice pour ces raisons. La décision du 8 janvier 1991 du Conseil constitutionnel¹⁹⁷³, sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, va dans ce sens. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé en faveur d'une limitation du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre notamment par l'interdiction de propagande et de publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou des boissons alcoolisées. Ainsi dans cette décision, le Conseil constitutionnel réaffirme les caractères généraux du droit constitutionnel du droit de propriété tels qu'ils ont déjà été établis par la jurisprudence¹⁹⁷⁴. Mais le droit de propriété, que représente la marque peut subir « des limitations à son exercice¹⁹⁷⁵ exigées au nom de l'intérêt général » et

¹⁹⁷² À cet effet, l'article L. 523-1 du Code de l'environnement dispose : « Les personnes qui fabriquent, importent ou distribuent des substances à l'état nanoparticulaire, en l'état ou contenues dans des mélanges sans y être liées, ou des matériaux destinés à rejeter de telles substances dans des conditions normales ou raisonnablement prévisibles d'utilisation déclarent périodiquement à l'autorité administrative, dans un objectif de traçabilité et d'information du public, l'identité, les quantités et les usages de ces substances, ainsi que l'identité des utilisateurs professionnels à qui elles les ont cédées à titre onéreux ou gratuit ».

¹⁹⁷³ Décision n° 90-283, DC 8 Janvier 1991, *Journal Officiel* 10 Janvier 1991, p. 524.

¹⁹⁷⁴ La décision du 8 janvier 1991 a d'ailleurs rappelé que, la propriété est un des droits de l'homme garantis à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (*considérant 6*) et depuis 1789 le droit de propriété a subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux. Et c'est pourquoi le droit pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce, ou de service d'utiliser celle-ci et de la protéger est garanti par la Constitution (*considérant 7*) (protection de la propriété intellectuelle par le juge constitutionnel).

¹⁹⁷⁵ Le *considérant 9* précise que le droit de propriété d'une marque régulièrement déposée n'est pas affecté dans son existence par des interdictions de publicité.

notamment en vue de la protection de la santé (*considérant 8*). Cette décision est l'affirmation que le droit de propriété n'est ni général ni absolu. Cette décision était aussi l'occasion de réaffirmer que la santé publique avait valeur constitutionnelle¹⁹⁷⁶. Comme nous l'avons déjà précisé, elle se situe à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, selon lequel la nation garantit à tous la protection de la santé. Le Conseil constitutionnel a considéré qu'elle faisait partie du droit positif dans la célèbre décision du 15 janvier 1975¹⁹⁷⁷. Dans le conflit entre ces deux notions constitutionnelles, la protection de la santé prend le pas sur la propriété de la marque, et impose cette limitation de son exercice¹⁹⁷⁸.

Il conviendra donc dans un premier temps d'étudier les limites posées à l'exercice du droit de marques sur le tabac (A) et à l'exercice du droit des marques sur l'alcool (B). Ces limites concernent la publicité qui sera donnée à ces marques¹⁹⁷⁹.

A) Le tabac et les marques

453.- Les politiques de santé publique contre le tabagisme. Tout d'abord, le tabagisme est une véritable cause publique aujourd'hui¹⁹⁸⁰ et semble être placé en tête de liste des urgences

¹⁹⁷⁶ Sur le droit à la santé, v. introduction, *supra* n°8.

¹⁹⁷⁷ Décision 74-54, DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, G.D. n°23.

¹⁹⁷⁸ Pour comprendre cette relation, v. notamment G. DRAGO, *La conciliation entre principes constitutionnels*, D. 1991, p. 267. L'auteur tente ainsi de démontrer dans la lignée de G. VEDEL, qu'en présence de conflits entre normes constitutionnelles « si les critères de validité *stricto sensu* ne fournissent pas de règle de solution de conflit, celui-ci ne peut être résolu que par l'interprétation. Ou bien l'interprète qualifié (le juge) découvrira que le respect de l'une et de l'autre norme est simultanément possible, ce qui revient à dire que le conflit n'était qu'apparent. Ou bien le conflit est réel, et celui qui doit faire application de l'une et de l'autre règle est amené à les concilier, c'est-à-dire à les appliquer partiellement l'une et l'autre. On comprend comment le juge constitutionnel a concilié les principes d'exercice du droit de propriété d'une marque par son exploitation publicitaire et celui de la protection de la santé qui peut légitimer l'interdiction ou la limitation de la publicité d'une marque.

¹⁹⁷⁹ Sur ce thème, v. notamment, L. FRANCESCHINI, *Les secteurs interdits de la publicité télévisée*, *Legicom*, n°16, 1998/1, p. 47, qui présente également les dispositions relatives à la publicité des médicaments (v. *supra* n°386). – L. IDOT, *Obstacles à la publicité télévisée indirecte*, sur l'arrêt CJCE 13 juillet 2004, aff. C-262/02 et aff. C-429/02, *Europe*, août 2004, comm. n°293.

¹⁹⁸⁰ Mais hier aussi. Les premiers consommateurs de tabac à partir du XVI^e siècle concevaient cette herbe, récemment importée en France comme un médicament. Un siècle plus tard, le tabac est devenu essentiellement une consommation de plaisir. Les premières condamnations du tabac sont alors essentiellement morales surtout dans les classes populaires au XIX^e siècle. En 1868, est créé par quelques notables dont Pasteur, l'Association française contre l'abus du tabac qui deviendra « comité national contre le tabagisme », mais le rayonnement est limité. Le tabac devient un fléau social comparable à l'alcool. Favorisé par l'industrialisation des procédés de production, l'État lui-même participe à ce mouvement en distribuant gratuitement du tabac aux soldats notamment lors de la Première Guerre mondiale.

sanitaires pour l'État¹⁹⁸¹. Celles-ci sont orientées aujourd'hui vers l'ensemble des personnes qui fument, mais l'accent est mis sur la protection des jeunes et des femmes enceintes. Ce programme s'inscrit dans une lutte internationale, un rapport a été signé en 2009 par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) sur « l'épidémie mondiale de tabagisme »¹⁹⁸². Tout projet législatif s'inscrira dans une « guerre contre le tabac », dont les fondements ont été présentés dans le « plan de mobilisation nationale pour le cancer »¹⁹⁸³. L'exploitation de la marque de tabac est limitée par une réglementation contraignante et rigoureuse, la loi n°91-32 du 10 janvier 1991, dite loi Évin du nom de son auteur Claude EVIN, relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme¹⁹⁸⁴. Nous présenterons donc les principes généraux de la loi afin de mieux comprendre la conciliation qu'il doit exister entre le droit des marques et la loi Évin.

454.- Les principales dispositions de la loi Évin. En premier lieu, la loi Évin est venue poser un principe général d'interdiction de toute forme de propagande ou de publicité¹⁹⁸⁵, mais pas une interdiction quant à la vente, des produits de tabac¹⁹⁸⁶, à l'article L.3323-1 et s. du Code

¹⁹⁸¹ Chaque année, le tabagisme serait à l'origine de plus d'un demi-million de décès prématurés au sein de l'Union européenne. Il s'agit donc d'un problème de santé publique.

¹⁹⁸² Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : <http://www.who.int/tobacco/mpower/2009/fr/index.html>. Selon ce rapport, le tabac est la première cause évitable de décès dans le monde aujourd'hui et il tue jusqu'à la moitié de ses consommateurs. Si les tendances actuelles se poursuivent, le tabac causera la mort de plus de 8 millions de personnes par an d'ici à 2030. D'ici la fin du siècle, il pourrait faire un milliard de victimes. On estime que plus des trois quarts de ces décès auront lieu dans les pays à revenu faible ou intermédiaire.

¹⁹⁸³ Les détails relatifs à ce plan sont disponibles : <http://www.sante.gouv.fr/htm/dossiers/cancer/index2.htm>

¹⁹⁸⁴ Avant cette loi, la loi de 1976 (L. n° 76-616 du 9 juillet 1976, dite loi Weil) a posé pour objectif la lutte contre le tabac et est le premier édifice dans ce sens avant la loi Évin et a été récemment modifiée par la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009. Sur cette loi v. l'imposante étude de G. BERGER, M. MAUFFRET, G. ROUSSEAU, A.-C. France au nom du Conseil national de l'évaluation Commissariat général au plan, *Rapport d'évaluation sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, La documentation française, 2000. Et pour un bilan dix ans après : v. notamment : Y. ATTAL, *Bilan de la législation française antitabac. La loi Évin est-elle partie en fumée ?* *Gaz. Pal.* 22-23 mars 2000, p. 534.

¹⁹⁸⁵ À l'article L. 3511-4 du Code de la santé publique dispose : « Est considérée comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ». *Rappr. Civ.* 29 juin 1999, *Bull. Crim.* 1999, n°161 ; *JCP E*, 1999, II, p. 2018, comme « une utilisation publique de la marque de cigarette quelle que soit la finalité ».

¹⁹⁸⁶ E. ANDRIEU, *Le point sur la publicité en faveur du tabac*, *Legicom* 1996, n°11, p. 76 ; J. FRANCK, *Publicité comparative et publicité pour les produits du tabac : la législation française un exemple ou un contre-exemple ?*, *R.E.D.C.* 1998, p. 85 ; F. GRAS, *Les marques de tabac : un statut juridique d'intouchable*, *Legicom* 1997 n°15, p. 81.

de la santé publique¹⁹⁸⁷. Elle a apporté une nouvelle définition des produits de tabac¹⁹⁸⁸. Les marques de tabac voient leur pouvoir de diffusion largement amoindri, la liberté des annonceurs est surveillée.

Ainsi, il convient de définir quelques notions de la loi. La loi Évin est applicable à toute forme de publicité directe ou indirecte¹⁹⁸⁹. Par conséquent sont exclus les supports tels que les enseignes de débits de tabac, les affichettes disposées à l'intérieur des établissements de débits de tabac, non visibles de l'extérieur. Mais également selon l'article L. 3511-3 du Code

¹⁹⁸⁷ Article L. 3323-3 du Code de la santé publique : «La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées exclusivement :

1° Dans la presse écrite à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse, définies au premier alinéa de l'article 1er de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse ;

2° Par voie de radiodiffusion sonore pour les catégories de radios et dans les tranches horaires déterminées par décret en Conseil d'État ;

3° Sous forme d'affiches et d'enseignes ; sous forme d'affichettes et d'objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ;

4° Sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants, les importateurs, les négociants, les concessionnaires ou les entrepositaires, de messages, de circulaires commerciales, de catalogues et de brochures, dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues à l'article L. 3323-4 et les conditions de vente des produits qu'ils proposent ;

5° Par inscription sur les véhicules utilisés pour les opérations normales de livraison des boissons, dès lors que cette inscription ne comporte que la désignation des produits ainsi que le nom et l'adresse du fabricant, des agents ou dépositaires, à l'exclusion de toute autre indication ;

6° En faveur des fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales et à l'intérieur de celles-ci, dans des conditions définies par décret ; 7° En faveur des musées, universités, confréries ou stages d'initiation œnologique à caractère traditionnel ainsi qu'en faveur de présentations et de dégustations, dans des conditions définies par décret ;

8° Sous forme d'offre, à titre gratuit ou onéreux, d'objets strictement réservés à la consommation de boissons contenant de l'alcool, marqués à leurs noms, par les producteurs et les fabricants de ces boissons, à l'occasion de la vente directe de leurs produits aux consommateurs et aux distributeurs ou à l'occasion de la visite touristique des lieux de fabrication ;

9° Sur les services de communications en ligne à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du code du sport, sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive ni interstitielle.

Toute opération de parrainage est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques ».

¹⁹⁸⁸ À l'article L. 3511-1 du Code de la santé publique : « Sont considérés comme produits du tabac les produits destinés à être fumés, prisés, mâchés ou sucés, dès lors qu'ils sont, même partiellement, constitués de tabac, ainsi que les produits destinés à être fumés même s'ils ne contiennent pas de tabac, à la seule exclusion des produits qui sont destinés à un usage médicamenteux, au sens du troisième alinéa (2°) de l'article 564 decies du code général des impôts.

Est considéré comme ingrédient toute substance ou tout composant autre que les feuilles et autres parties naturelles ou non transformées de la plante du tabac, utilisés dans la fabrication ou la préparation d'un produit du tabac et encore présents dans le produit fini, même sous une forme modifiée, y compris le papier, le filtre, les encres et les colles ».

¹⁹⁸⁹ En ce sens, l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique dispose : «La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique sont interdites ».

de la santé publique, « 1° aux publications et services de communication en ligne édités par les organisations professionnelles de producteurs, fabricants et distributeurs des produits du tabac, réservés à leurs adhérents, ni aux publications professionnelles spécialisées dont la liste est établie par arrêté ministériel signé par les ministres chargés de la santé et de la communication ; ni aux services de communication en ligne édités à titre professionnel qui ne sont accessibles qu'aux professionnels de la production, de la fabrication et de la distribution des produits du tabac ». Le contenu du message publicitaire ne pose plus de problème aujourd'hui dans la mesure où il s'agit de toute publicité, directe ou indirecte¹⁹⁹⁰. La propagande correspond à une publicité générique contrairement à une publicité déterminée pour un produit particulier¹⁹⁹¹. La publicité indirecte vise les organismes, sociétés, associations, les services (organisation de voyages...)¹⁹⁹². La Cour de Cassation le 4 mai 1999¹⁹⁹³ a retenu le fait que la SEITA avait sciemment dépassé le cadre d'une opération de mécénat pour se livrer à une opération publicitaire sur les « Gitanes » et ce, à travers une exposition organisée par la SEITA relative aux œuvres réalisées pendant un concours portant sur le nouvel emballage des paquets¹⁹⁹⁴. Le parrainage est aussi interdit¹⁹⁹⁵. En cas de parrainage de retransmissions sportives, de l'avis général¹⁹⁹⁶ on retient la responsabilité des sociétés de télévision pour les images qu'elles diffusent sur les marques de tabac. Une

¹⁹⁹⁰ L'article 8 de la loi de 1976 posait de nombreux problèmes sur le contenu des messages publicitaires. Il prévoyait que la propagande ou la publicité en faveur du tabac ne pouvait comporter que la dénomination du produit, sa composition, le nom et l'adresse du fabricant, et le cas échéant du distributeur, ainsi que la représentation du produit, de son emballage et de l'emblème de la marque. Les titulaires de marques jouaient alors d'autres moyens incitatifs à savoir la rigidité du paquet, la légèreté du produit ou le prix d'un paquet.

¹⁹⁹¹ V. notamment les riches travaux de l'Association HENRI CAPITANT, *La publicité et la propagande*, Economica, tome XXXII, 1981.

¹⁹⁹² Un autre type de publicité indirecte en faveur du tabac : lorsqu'est inséré dans un paquet de cigarettes un ticket donnant droit à d'autres objets que du tabac, Crim. 20 février 2001, *Dr. pénal*. Novembre 2001, p. 19. – Crim. 25 avril 2001, *Rev. conc. cons.* octobre 2001, p. 22-23, pour une publicité pour l'activité de voyage reprenant la marque de cigarettes *Peter Stuyvesant*.

¹⁹⁹³ Cass. Crim. 4 mai 1999, *Lamy dr. aff.* 1999, n°18, p. 1136.

¹⁹⁹⁴ Autres exemples : Cass. Crim. 18 mars 2003, n° 02-83740, disponible sur www.lexinter.net ; mais aussi, Com. 25 avril 2001, *Contrats Concurrence Consommation* 2001, n° 146, p. 22.

¹⁹⁹⁵ Définition du parrainage à l'article 2 de la loi de 1976 : « Toute opération de parrainage est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou des produits du tabac ». Elle est reprise à l'article L. 3511-3 *in fine* du Code de la santé publique.

¹⁹⁹⁶ Voir article F. GRAS, *Sport et parrainage par des marques d'alcool et de tabac*, *Legicom* 2000, n°23, p. 97 ; et plus généralement L. FRANCESCHINI, *Les secteurs interdits de la publicité télévisée*, *Legicom* 1998, n°16, p. 47. Sur cette prohibition du patronage des manifestations sportives par les producteurs et fabricants de tabac, v. notamment : Crim. 23 novembre 1994, *Bull. crim.* 1994, n°376 ; *JCP E* 1995, panorama de jurisprudence n°294.

précision est donnée par la loi pour « la retransmission des compétitions de sport mécanique qui se déroulent dans des pays où la publicité pour le tabac est autorisée » et qui « peut être assurée par les chaînes de télévision »¹⁹⁹⁷. Toujours sur la question des retransmissions sportives, la question de la publicité des marques de tabac sur le support Internet interroge le droit par son caractère transfrontière¹⁹⁹⁸.

Enfin, le seul fait qu'une marque ait été déposée à l'INPI ne peut justifier son utilisation comme support d'une publicité en faveur du tabac¹⁹⁹⁹.

455.- Droit des Marques et loi Évin. La constitution de la marque sur des produits de tabac n'est pas remise en cause²⁰⁰⁰. C'est l'exercice du droit attaché à cette marque qui est fortement limité, car elle ne peut recevoir de publicité²⁰⁰¹. Le contentieux en matière de publicité des marques de tabac est particulièrement fourni²⁰⁰². Une telle hypothèse est de toute

¹⁹⁹⁷ Selon l'article L. 3511-5 du Code de la santé publique. Pour des applications jurisprudentielles, v. Crim. 11 avril 1996, *JCP G* 1996, IV, n°1659. En l'espèce des véhicules étaient engagés dans le rallye avec la marque et le logo d'un fabricant de cigarettes. Ou encore, CA Paris, 3 mai 2002, n°*JurisData* : 2002-181523 confirmé par Crim. 18 mars 2003, n°*JurisData* : 2003-018742, où n'est pas sanctionné comme une publicité indirecte le fait d'avoir reproduit des images de Formule 1, avec des marques de cigarettes, dans un magazine. Ces images avec les marques de tabac étaient autorisées dans le pays où elles ont été prises.

¹⁹⁹⁸ S. DUTEIL, *Les grands événements sportifs à l'épreuve de la loi Évin grâce à la publicité virtuelle*, *Gaz. Pal.* 2003, n° 268, p. 7.

¹⁹⁹⁹ Crim. 19 avril 1995, n° 95-80078, *inédit*, à propos de cigarettes «*Rothmans*» présentées au milieu d'un paysage et d'objets marins.

²⁰⁰⁰ La preuve en est que le titulaire de la marque sur un produit de tabac peut toujours se défendre en contrefaçon, en ce sens : Com. 14 novembre 1995, n°92-16.331. Toutefois, le directeur de l'INPI qui aurait refusé une marque portant sur un produit de tabac sur le fondement de sa contrariété à l'ordre public, a été conforté dans cette position, par les juges de la CA Paris, 5 mars 1990, n°*JurisData* : 1990-020525. Cette décision est isolée. On retiendra que les dispositions du Code de la santé publique prohibent la propagande et la publicité de marque de tabac, mais non l'existence des marques elles-mêmes. En ce sens, CA Paris, 14 février 2003, n°*JurisData* : 2003-216182, *JCP E* octobre 2003, n°41, p. 1617, dans cet arrêt une marque tridimensionnelle représentant un flacon en forme de cigare est valable.

²⁰⁰¹ Confirmation dans l'arrêt Crim. 18 mars 2003, *Dr. pénal* juin 2003, p. 18 : la représentation d'une marque de tabac est une publicité indirecte quelle que soit la finalité du message serait-il un reportage sportif.

²⁰⁰² Crim. 29 avril 1986, n°*JurisData* : 1986-001004, sur les incitations indirectes à la consommation de tabac. – Crim. 29 juin 1994, *Bull. crim.* 1994, n°260, la publicité est interdite même si elle concerne le paquet seulement. – CA Paris, 9 mars 1995, n°*JurisData* : sur des chaussures avec des marques de cigarettes, même espèce que CA Paris 15 septembre 1998, n°*JurisData* : 1998-022190. – CA Paris, 16 avril 1996, n°*JurisData* : 1996-020920, sur des montres portant des marques de tabac et sur la même affaire Crim. 10 avril 1997, *JCP G* 1997, IV, n°1793. – Crim. 26 mars 1997, *JCP G* 1997, IV, n°1794, sur des briquets portant la marque du fabricant de cigarettes. – CA Paris, 22 mai 1997, n°*JurisData* : 1997- 021442, propagande constituée par affichettes informant des cadeaux offerts en échange de preuve d'achat de paquets de cigarettes, espèce sensiblement identique à Crim. 20 février 2001, n°00-81.519. – CA Paris, 4 juin 1997, n°*JurisData* : 1997-021854, sur une campagne de parrainage. – CA Paris, 25 novembre 1997, n°*JurisData* : 1997-024214, le fait dans un débit de tabac de distribuer des cigarettes et des cadeaux publicitaires constitue une publicité directe en faveur du tabac. – CA Paris, 18 décembre 1997, n°*JurisData* : 1997-024357, sur la collection de points pour avoir en échange des

façon déjouée par la loi, à l'article L. 3511-4 du Code de la santé publique²⁰⁰³. Il a fallu trouver une conciliation entre le droit des marques et cette loi Évin, car la frontière entre l'interdiction et la permission est fragile. Il convenait donc d'apporter une certaine souplesse au principe rigoriste de l'interdiction générale de toute forme de publicité. Auquel cas, sinon l'utilité du signe sur ces produits devenait dérisoire. Ainsi, une distinction sera proposée entre la publicité d'information commerciale et d'information générale : la notion d'information générale n'est pas visée par la loi Évin dans la mesure où elle ne concerne que la publicité commerciale²⁰⁰⁴. Le droit européen fait clairement la différence entre ces publicités sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen affirmant le principe de liberté de communication. La jurisprudence française a encore du mal à intégrer ces différences et considère encore souvent comme identique publicité commerciale et d'information²⁰⁰⁵.

paquets de cigarettes est une publicité indirecte, espèce sensiblement identique de CA Paris 25 octobre 2000, n°*JurisData* 2000-134628. – Crim. 11 février 1998, *JCP G* 1998, IV, n°2519, sur tout simplement un dépliant publicitaire. – CA Paris, 29 octobre 1998, n°*JurisData* : 1998-023066 : campagne publicitaire en faveur de montre dont la marque rappelait la marque de cigarette (Camel Trophy). – CA Paris, 9 avril 1999, n°*JurisData* 1999-023459, lorsqu'un fabricant insère dans chaque paquet une fiche proposant l'acquisition d'une montre à un prix dérisoire. – CA Paris, 4 mai 1999, n°98-82.667, sur une exposition artistique mettant en scène des marques de tabac. – Crim. 29 juin 1999, n°*JurisData* 1999-002898, lorsque le fabricant de cigarettes mécène la remise d'un prix scientifique est une publicité indirecte. – CA Paris, ch. corr. 3 novembre 1999, n°*JurisData* : 1999-104584, sur une publicité indirecte avec des vêtements portant la marque SEITA, et dans une affaire sensiblement identique v. Crim. 18 mars 2003, n°*JurisData* : 2003-018743. – CA Paris, 15 novembre 1999, n°*JurisData* : 1999-142101, sur des articles promotionnels avec des marques d'un producteur de tabac.

²⁰⁰³ L'article L. 3511-4 du Code de la santé publique dispose : « Est considérée comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1.

Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables à la propagande ou à la publicité en faveur d'un produit autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 qui a été mis sur le marché avant le 1er janvier 1990 par une entreprise juridiquement et financièrement distincte de toute entreprise qui fabrique, importe ou commercialise du tabac un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1. La création d'un lien juridique ou financier entre ces entreprises rend caduque cette dérogation ».

²⁰⁰⁴ Pour une application jurisprudentielle, v. Crim. 21 février 1996, *Bull. crim.* 1996, n°86, sous couvert d'une information dans un journal les mérites de nouvelles cigarettes étaient vantés. Il s'agit donc d'une publicité.

²⁰⁰⁵ Crim. 21 février 1996, *Petites affiches* 1997, n° 59, p. 20. – CA Paris 2 mai 1994, CNCT c/ Provost, *inédit*. – CA Paris 26 mai 1994, *Legipresse* 1994, III, p. 179. – TGI Paris 20 janvier 1993, *R.T.D. com.* 1993, p. 596. – TGI Quimper 3 juillet 1992, *Legipresse* 1992, III, p. 85.

B) L'alcool et les marques

456.- Des politiques de santé publique de lutte contre l'alcoolisme. Tant que l'on n'a pas encore trouvé le médicament que le professeur Tournesol a testé sur le capitaine Haddock, dans *Tintin et les Picaros*, qui donne à l'alcool un goût infecte pour lutter contre l'alcoolisme, demeureront les politiques de santé publique... La perception de la consommation d'alcool a oscillé entre un discours moralisateur et le respect dû à chacun de sa liberté de choix dans des pratiques privées. Il semble bien loin le temps où l'on pouvait lire sur les affiches publicitaires « *ne buvez pas plus d'un verre par jour, signé Pasteur* »²⁰⁰⁶.

Les excès liés à l'alcool sont rapidement apparus comme des priorités dans la préservation de l'ordre public (« l'alcool au volant ») et la protection de la santé publique, avec la dépendance alcoolique²⁰⁰⁷. Ce dernier élément va conduire l'État à créer en 1954, le Haut comité d'étude et d'information sur l'alcoolisme. Toutefois, de telles restrictions se heurtent à la culture gastronomique française. La filière vinicole perçoit les messages de prévention pour la santé publique et les limitations de publicité comme une atteinte à ce qui constitue une partie du patrimoine français²⁰⁰⁸. Le débat est aujourd'hui relancé par la « crise » de la filière du vin touchée par une désaffection des consommateurs²⁰⁰⁹. La modification de la loi Évin en faveur de la vitiviniculture n'a pas été à la hauteur des espérances²⁰¹⁰.

²⁰⁰⁶ P. GREFFE, *La publicité et la loi*, éd. Lexis Litec, 2003.

²⁰⁰⁷ L'alcoolisme tente une première entrée dans l'agenda politique de la santé publique avec le thème de la dégénérescence de la population avec la guerre contre la Prusse en 1870. Avant l'alcool était associé au paupérisme du XIXe siècle. Cette première croisade aboutit en 1915 à la suppression de l'absinthe. Le discours médical va par la suite remplacer le discours moral.

²⁰⁰⁸ Entre ceux qui souhaitent un régime différencié, v. P. GALINIER, *La filière du vin s'inquiète de la désaffection des consommateurs*, *Le Monde*, 22-23 février 2004, p. 15. Et ceux qui souhaitent la conserver tel quel : v. notamment, A. RIGAUD, *Gardons la loi Évin telle quelle !* *Le Monde*, 8 mai 2004, p. 16. Et ceux qui s'interrogent : E. ANDRIEU, *Réformer la loi Évin ?* *Legipresse*, n°217, décembre 2004, p. 183.

²⁰⁰⁹ En ce sens, v. P. GALINIER, *La filière du vin s'inquiète de la désaffection des consommateurs*, *Le Monde*, 22-23 février 2004, p. 15 : « La baisse des ventes, tant en France qu'à l'exportation, est régulière depuis plusieurs années. La profession viti-vinicole critique le discours officiel sur la santé, qui stigmatise la surconsommation d'alcool. Ses représentants seront reçus par le 1^{er} ministre afin de trouver une conciliation ». – A.-A. LEDIEU, *Le lobby vinicole à l'assaut de la loi Évin*, *C.C.E.* Juin 2004, alerte n°124.

²⁰¹⁰ En ce sens, v. D. BOYER, *La réforme de la publicité pour les alcools : un grand débat pour un résultat minime. Le vin entre condamnation et vénération*, *Rev. Conc. cons.* Juin 2005, étude n°6.

457.- ... et le droit des marques « tringue ». Les restrictions au droit des marques pour la lutte contre l'alcoolisme sont toujours justifiées par le respect de la santé publique²⁰¹¹. Elles sont également prévues par la Loi Évin et organisées à l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique, qui dispose : « La propagande²⁰¹² ou la publicité²⁰¹³, directe ou indirecte en faveur de boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites, sont autorisées exclusivement ». On remarque une relative souplesse par rapport à la publicité des produits de tabac, dont le principe est une interdiction totale avec quelques dérogations²⁰¹⁴. Mais le régime d'interdiction de la publicité en faveur de l'alcool est tout de même particulièrement strict²⁰¹⁵. Ainsi, lorsqu'elles sont autorisées, les marques d'alcool peuvent apparaître notamment dans la presse écrite, à la radio selon les tranches horaires²⁰¹⁶, sur les affiches et enseignes, sur les véhicules automobiles utilisés pour la livraison des boissons, dans les fêtes

²⁰¹¹ Telle est la position du Conseil constitutionnel lorsqu'il a eu à se prononcer sur la conformité de la loi Évin (*Journal Officiel* 12 janvier 1991, p. 615) : « Les restrictions exercées par le législateur à la propagande ou à la publicité en matière de boissons alcoolisées ont pour objectif d'éviter un abus de consommation notamment chez les jeunes : de telles restrictions reposent sur un impératif de protection de la santé publique principe de valeur constitutionnelle. La législation qui a pour entendue prévenir une consommation excessive d'alcool s'est bornée à limiter la publicité en ce domaine sans la prohiber de façon générale et absolue ». Pour un rapport plus général de la filière et de la propriété intellectuelle, v. notamment, J. CAYRON, *Un an de propriété intellectuelle dans le secteur vitivinicole*, juillet 2010, chron. n°6.

²⁰¹² La propagande est définie comme : « L'action exercée sur l'opinion pour l'amener à avoir certaines idées politiques et sociales (...) c'est aussi l'action de vanter les mérites d'une théorie, d'une idée et d'un homme. »

²⁰¹³ La définition posée par l'article L. 3323-3 du Code de la santé publique pour la publicité des produits alcoolisés est exactement similaire à celle pour les produits de tabac, à savoir : « Est considérée comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre qu'une boisson alcoolique qui, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une dénomination, d'une marque, d'un emblème publicitaire ou d'un autre signe distinctif, rappelle une boisson alcoolique ». Sur la publicité et l'alcool, v. la riche étude de Y. ATTAL, *Les déboires de la publicité en faveur de l'alcool*, *Rev. générale de Dr. médical*, 2000, n°5, p. 35.

²⁰¹⁴ Pourtant de l'avis de certains commentateurs de la loi Évin, la publicité en faveur des alcools tolérée en son principe s'est vue largement encadrée et du même coup restreinte dans un objectif de protection de la santé publique, en ce sens, V. notamment E. ANDRIEU et F. HONORAT, *Vers une application raisonnée de la loi Évin, Analyse des dernières décisions de justice dans le domaine de la publicité en faveur des alcools*, *Legipresse*, Juin 2004, n°212, p. 69.

²⁰¹⁵ En ce sens, v. notamment Crim. 29 novembre 2005, *Bull. crim* 2005, n°312. – Crim. 11 janvier 2005, *Bull. crim*. 2005, n°13. – Crim. 17 janvier 2006. Ces trois arrêts sont commentés par M. le professeur PASSA, à la revue *Propri. intell.* avril 2006, n°19, p. 223 : « Les dispositions pénales du Code de la santé publique encadrant la publicité en faveur des boissons alcooliques ou du tabac font l'objet d'une interprétation particulièrement stricte à l'occasion d'une répression jugée souvent excessive dans les milieux professionnels concernés ».

²⁰¹⁶ Décret n° 92-1047, 23 septembre 1992, *Journal officiel* 29 septembre 1992, p. 1226.

traditionnelles, musées et Universités, et les lieux de présentation et de dégustation d'alcool²⁰¹⁷.

Le problème demeure pour la publicité des marques d'alcool sur Internet, car l'article n'autorise pas expressément l'utilisation des supports en ligne²⁰¹⁸.

Si la publicité de la marque d'alcool est autorisée, elle ne devra contenir, selon l'article 3323-4 du Code de la santé publique, que les indications suivantes : le degré volumique d'alcool, l'origine, la dénomination et la composition du produit, le nom et l'adresse du fabricant, le mode d'élaboration, les modalités de ventes et de consommation du produit²⁰¹⁹, et enfin, le

²⁰¹⁷ L'article L. 3323-2 du Code de la santé publique prévoit de nombreux autres cas : « La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées exclusivement :

1° Dans la presse écrite à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse, définies au premier alinéa de l'article 1er de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse ;

2° Par voie de radiodiffusion sonore pour les catégories de radios et dans les tranches horaires déterminées par décret en Conseil d'État ;

3° Sous forme d'affiches et d'enseignes ; sous forme d'affichettes et d'objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ;

4° Sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants, les importateurs, les négociants, les concessionnaires ou les entrepositaires, de messages, de circulaires commerciales, de catalogues et de brochures, dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues à l'article L. 3323-4 et les conditions de vente des produits qu'ils proposent ;

5° Par inscription sur les véhicules utilisés pour les opérations normales de livraison des boissons, dès lors que cette inscription ne comporte que la désignation des produits ainsi que le nom et l'adresse du fabricant, des agents ou dépositaires, à l'exclusion de toute autre indication ;

6° En faveur des fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales et à l'intérieur de celles-ci, dans des conditions définies par décret ;

7° En faveur des musées, universités, confréries ou stages d'initiation œnologique à caractère traditionnel ainsi qu'en faveur de présentations et de dégustations, dans des conditions définies par décret ;

8° Sous forme d'offre, à titre gratuit ou onéreux, d'objets strictement réservés à la consommation de boissons contenant de l'alcool, marqués à leurs noms, par les producteurs et les fabricants de ces boissons, à l'occasion de la vente directe de leurs produits aux consommateurs et aux distributeurs ou à l'occasion de la visite touristique des lieux de fabrication ;

9° Sur les services de communications en ligne à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du code du sport, sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive ni interstitielle.

Toute opération de parrainage est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques ».

²⁰¹⁸ En ce sens, L. DUPONT, *Déontologie réglementation et publicité sur Internet*, Legicom 2000, n° 21/22, p. 65 ; et plus généralement, CONSEIL D'ÉTAT, *Internet et les réseaux numériques*, Documentation Française, 1998.

²⁰¹⁹ L'article L. 3323-4 du Code de la santé publique dispose : « La publicité autorisée pour les boissons alcooliques est limitée à l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit.

Cette publicité peut comporter des références relatives aux terroirs de production, aux distinctions obtenues, aux appellations d'origine telles que définies à l'article L. 115-1 du code de la consommation ou aux indications géographiques telles que définies dans les conventions et traités internationaux régulièrement ratifiés. Elle peut également comporter des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit ». Dans ce dernier alinéa, on remarque « la main tendue » à la filière vinicole.

message à caractère sanitaire « l'abus d'alcool est dangereux pour la santé »²⁰²⁰. La marque n'est pas expressément comprise dans cette énumération, mais elle est visée à travers la dénomination. Là encore, la frontière entre information et incitation est floue. Il est d'ailleurs délicat aussi bien pour les annonceurs que pour les magistrats d'apprécier la neutralité d'information²⁰²¹. Le régime de la publicité indirecte est le même en matière d'alcool qu'en matière de tabac. Le parrainage²⁰²² est plus librement interprété, car l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique²⁰²³ propose une interprétation *a contrario* : lorsque le parrainage n'a pas pour but de propagande ou publicitaire, il est licite. Mais cette disposition est souvent détournée lors des parrainages sportifs, par le subterfuge de la publicité d'information²⁰²⁴. C'est pourquoi le C.S.A. a élaboré un code de bonne conduite²⁰²⁵. Pour les rencontres sportives se déroulant en France et retransmises à la télévision, la publicité ne doit pas apparaître à l'écran ; pour les rencontres qui se déroulent à l'étranger, si les rencontres sont multinationales les panneaux peuvent apparaître (le français ne se sent pas concerné pas des

Les distributeurs jouent sur cette disposition pour y faire entrer des slogans qui seraient « informatifs » et non publicitaires. Par exemple, « ...une mousse fine et onctueuse. Harmonie subtile. Attente ultime », ne constitue pas un mode de consommation du produit, mais bien une publicité (illicite) en faveur d'une boisson alcoolique (Crim. 31 mai 1995, n°*JurisData* : 1995-001872, *Bull. crim* 1995, n°201). Dépasse également le cadre des mentions autorisées par la loi le slogan d'un whisky, « le présent n'est rien sans l'héritage du passé » (Civ. 2^e, 28 juin 1995, *JCP G* 1995, IV, n°2083 ; *D.* 1995, IR, p. 182)

²⁰²⁰ Ces messages sont prévus par l'article L.3311-3 du Code de la santé publique qui dispose : « Les campagnes d'information menées dans le cadre de la lutte anti-alcoolique doivent comporter des messages de prévention et d'éducation. Ces messages ne doivent pas présenter de caractères discriminatoires entre les différents produits. Les campagnes doivent également porter sur la prévention du syndrome d'alcoolisation fœtale et inciter en particulier les femmes enceintes à ne pas consommer d'alcool ».

²⁰²¹ La Cour de Cassation a notamment jugé que la représentation graphique doit être limitée à des mentions objectives. À titre d'exemple, elle jugea illicite une publicité pour la marque J&B représentant des paysages urbains nocturnes, et confirma l'argumentation de la Cour d'appel qui avait sanctionné la sensualité d'un rédactionnel décrivant la phase de pré-dégustation d'une bière, Cass. Crim. 18 mai 1994, *Bull. crim.* 1994, n°190, *Legipresse* 1994, III, p. 171.

²⁰²² Définit par la directive européenne du 3 octobre 1989, intitulée « Télévision sans frontières » comme : « Toute contribution d'une entreprise ou d'une personne morale publique ou privée, n'exerçant pas d'activité de radiodiffusion télévisuelle ou de production d'œuvres audiovisuelles, au financement d'émissions télévisées, afin de promouvoir son nom, sa marque, son image et ses activités » in P. WIHELM, *Le parrainage audiovisuel*, Legicom 1998, n°16, p.7.

²⁰²³ Article L. 3323-2 du Code de la santé publique dispose : « Toute opération de parrainage est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques.».

²⁰²⁴ Les magistrats doivent souvent se prononcer sur la difficile conciliation entre la protection de la santé publique et le droit à l'information, par le biais de la marque. Ainsi, quelques exemples : CA Paris 10 janvier 1986, Rallye Paris-Dakar, *R.T.D. com.* 1986, p. 311 ; TGI Nanterre 12 juin 1986, Coupe du monde de football, *R.T.D. com.* 1986, p. 469.

²⁰²⁵ V. notamment, la Lettre du C.S.A., n° 67, avril 1995.

produits qu'il ne connaît pas), pour les autres retransmissions, le diffuseur peut les retransmettre, mais en informant les partenaires étrangers de la législation française²⁰²⁶.

458.- Conclusion de la Section 2 : La poursuite de la finalité de progrès médical pour les objets à valeur sociale négative. Particulièrement présents dans le droit des marques, nous avons mis en évidence qu'il existe des objets à valeur sociale négative. Même si nous les avons rencontrés dans le droit des brevets, ces objets peuvent affecter autant le mécanisme de l'appropriation *via* l'ordre public²⁰²⁷, que la circulation. Ces objets à valeur sociale négative interrogent le droit des marques, car c'est lui qui va les engager sur la scène publique au travers de la finalité qu'il poursuit, le progrès médical. Dès lors des politiques de santé publique vont intervenir pour limiter cette commercialisation qui s'avère contre-productive de l'amélioration du « bien-être » de la santé qui est ici recherchée. La tendance, un peu paranoïaque, est à la multiplication de ces objets qui sont porteurs d'une valeur sociale négative et qui par leur commercialisation vont atteindre au progrès médical. Nous en avons des exemples à travers les aliments, les objets dans notre environnement, qui sont aujourd'hui à ce titre stigmatisés. Nous avons retenu les deux qui nous semblent apporter le plus de limites au droit des marques dans le domaine de la santé, à savoir l'alcool et le tabac. Par des dispositions particulièrement restrictives sur la publicité des marques d'alcool et de tabac, c'est toute la commercialisation par la communication de ces objets qui est aujourd'hui remise en cause. Le régime de ces publicités est particulièrement strict et technique. Il faut retenir de ces conclusions la finalité qu'il remplit à savoir, éviter que la marque dans le domaine de la santé ne devienne un outil pour la dégradation du « bien-être social », de la santé.

²⁰²⁶ Sur cette règle, v. la décision de la CJCE 13 juillet 2004, aff. C-429/02, *Audiovisuel*. « La loi Évin » n'est pas contraire au droit communautaire, C.C.E. octobre 2004, comm. n°128. Et pour une application de l'interdiction aux manifestations sportives, v. notamment Crim. 3 novembre 2004, n° *JurisData* : 2004-026129 : est une publicité indirecte le fait de publier dans une revue une photographie d'un pilote laissant apparaître, le nom, la marque, le logo des boissons alcooliques.

²⁰²⁷ Pour des raisons de clarté dans la démonstration, nous avons préféré laisser l'ordre public dans la présentation sur les conditions d'appropriation.

CONCLUSION CHAPITRE 1 : LE DROIT DES MARQUES, INSTRUMENT DE LA COMMERCIALISATION EN FAVEUR DU PROGRÈS MÉDICAL.

459.- Le droit des marques est effectivement récepteur du progrès médical. Lors de cette réception lui sont apparus deux rôles nécessaires à la réalisation du progrès médical. Il en est le prolongateur, mais également le protecteur.

460.- Le droit des marques, prolongateur du progrès médical. C'est précisément en réceptionnant les objets brevetés du domaine de la santé que le droit des marques est devenu le prolongateur du progrès médical. En effet, l'objet du droit des marques, pour être approprié, subira le processus de double valorisation. À ce titre, l'intervention humaine nécessaire permettra de mettre en évidence qu'il s'agit bien d'une création. À côté, l'objet du droit des marques est affecté par la valeur sociale des objets sur lesquels il porte. C'est en effet, parce que c'est objets sont appropriés au titre du brevet pour améliorer la santé, que le droit des marques va réceptionner cette valeur sociale pour les commercialiser au mieux. Les stratégies de commercialisation de la marque de santé, bien que répondant à des intérêts économiques privés, possèdent de telles conséquences. La marque dépasse ainsi la logique d'accumulation qui lui est souvent associée. La finalité du progrès médical permet ainsi de mettre en avant le rôle que remplit le signe socialement valorisé pour le progrès médical. Prolongateur du progrès médical, le droit des marques assigne également cette finalité aux dispositions relatives aux conditions d'appropriation du signe. En définitive, toute la norme d'appropriation contribue à profiler l'objet du droit des marques pour la réalisation du progrès médical, lors de la commercialisation des avancées médicales brevetées. Son rôle de prolongateur du progrès médical est également rendu possible par une organisation de son exercice pour cette finalité. Qu'il s'agisse de poursuivre l'œuvre de l'hypothèque sociale posée sur le droit des brevets, ou d'employer des ressorts internes (marques collectives) ou des ressorts externes (droit de la concurrence), les dispositions prolongent les effets bénéfiques pour le « bien-être » social, pour l'amélioration de la santé, qui avaient été chèrement acquis par le droit des brevets. À côté de ce rôle de prolongateur, le progrès médical a également un rôle de protecteur.

461.- Le droit des marques, protecteur du progrès médical. À ce niveau, le droit des marques ne s'inscrit plus dans le sillage du droit des brevets. Il a un rôle qui lui est conféré indépendamment de la valeur sociale des objets brevetés sur lesquels il sera apposé. Or, nous

l'avons dit, les dispositions de la propriété intellectuelle qui s'appliquent dans le domaine de la santé poursuivent la finalité de progrès médical du fait de la valeur sociale des choses. Ainsi, dans le domaine de la santé, il existerait des choses qui ont une valeur sociale négative, nous pouvons les identifier grâce aux politiques de santé publique. En effet, elles stigmatisent certains objets qui ne réalisent pas l'amélioration de la santé, qui ne contribuent pas au progrès médical. Pour cela, des limites seront posées au droit des marques afin de préserver le « bien-être social ». Nous les avons mesurées pour les marques apposées sur des produits comme l'alcool ou le tabac.

CHAPITRE 2

LE DROIT D'AUTEUR, INSTRUMENT DE DIFFUSION EN FAVEUR DU PROGRÈS MÉDICAL

462.- Droit d'auteur et domaine de la santé, la « non-évidence » d'un lien. Lorsque l'on évoque la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, il est un droit qui nous vient tout de suite à l'idée... pour sa récusation, c'est le droit d'auteur. En effet, le domaine de la santé est alimenté par le droit des brevets qui génère de nouvelles techniques médicales. On accepte aussi, modérément, la pénétration du droit des marques qui sera utile pour la commercialisation de ces produits. Mais *quid* du droit d'auteur ? Nous aurons l'occasion de démontrer, par quelques exemples mineurs, qu'il existe bien des œuvres dans le domaine de la santé. Toutefois, la démonstration ne réside pas dans la mise en évidence de cette seule présence. Le droit d'auteur remplirait un rôle beaucoup plus important.

463.- Le rôle fondamental du droit d'auteur dans le domaine de la santé. Le rôle du droit d'auteur dans le domaine de la santé se mesure à la recherche préalable de la valeur sociale. Rechercher la valeur sociale des choses revient en quelque sorte, à chercher ce qui va contribuer à la réalisation du progrès médical. Dans le droit des brevets, le progrès médical était généré aussi bien par la science, maintenue à l'écart de l'appropriation, que par la technique même. Dans le droit des marques, c'est la technique médicale qui était réceptionnée pour organiser une commercialisation en faveur du progrès médical. La question est alors où siège, dans le droit d'auteur, la valeur sociale ? Habite-t-elle, comme dans tous les autres droits de propriété intellectuelle l'objet du droit d'auteur ?

Elle est importante, car de son identification, la règle de droit pourra être orientée vers la réalisation du progrès médical et ses défaillances, envers cette finalité, seront identifiées et résolues.

Ainsi, dans un premier temps, notre tâche consistera à circonscrire l'objet du droit d'auteur (*section 1*), avant d'étudier, dans un second temps les méfaits que le non-respect de cette circonscription occasionne (*section 2*).

Section 1

La question du droit d'auteur dans le domaine de la santé, le cantonnement du monopole

464.- Où est la valeur sociale ? Il conviendra de répondre à cette question à l'issue de la délimitation de l'objet du droit d'auteur (à la fin du paragraphe 1)²⁰²⁸. Nous prenons comme postulat de départ, que cet objet devra être entendu strictement du fait du régime d'exception de la propriété intellectuelle, mais nous ne pourrons le justifier au titre de la finalité qu'il doit remplir qu'à l'issue de cette démonstration. Ce que l'on peut dire, pour l'instant, c'est que cette délimitation stricte implique de dissocier l'objet et les conditions lors de l'appropriation de l'œuvre de l'esprit.

465.- De l'objet aux conditions de la protection. Le fonctionnement est ici identique au droit des brevets et au droit des marques. Il est indispensable dans une étude sur la propriété intellectuelle de déterminer au préalable ce qui constitue l'objet du droit. Cette recherche n'est qu'un premier temps à la qualification de la création, « cette détermination de l'objet potentiel de droit ne préjuge évidemment pas du bien-fondé de la protection par le droit d'auteur »²⁰²⁹. L'œuvre constitue donc l'objet candidat qui devra, après analyse de sa qualité d'objet du droit, passer au crible de la condition de protection, l'originalité, pour devenir l'objet protégé par le droit privatif sollicité. Cet ordre est important. Il en va de la préservation de la nature de l'originalité qui ne doit pas servir de seul critère de disqualification des objets sollicitant protection, au risque sinon de la dénaturer²⁰³⁰. En ce sens, M. le professeur CARON certifie : « L'objet du droit d'auteur correspond au bien immatériel qui est appréhendé par cette

²⁰²⁸ Pour avoir une réponse plus rapide, v. *infra* n°490.

²⁰²⁹ N. POUJOL, *Commercialisation des banques de données*, CNRS Éditions, 1993, n°535.

²⁰³⁰ En ce sens, A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP G 1993, I, 3681, n°28 : « Ce rôle [de tri] est obscurci par le fait qu'interfère, parfois, dans le débat sur l'originalité, la question de savoir ce qu'est une création de l'esprit. Il n'est pas rare, en effet que des parties situent sur le terrain du droit d'auteur, un débat qui aurait sa place sur un autre terrain. En effet, dans l'ordre chronologique des questions, le problème d'originalité ne doit intervenir qu'en deuxième lieu, après la détermination des œuvres susceptibles, par nature, d'entrer (ou non) dans le domaine de la propriété littéraire et artistique. Aborder immédiatement l'examen de l'originalité est en réalité intervertir l'ordre logique d'étude des questions. Une partie des déboires de la notion provient certainement de cette inversion ».

discipline. Chacun sait que c'est l'œuvre de l'esprit qui est protégée »²⁰³¹. Ceci étant précisé, nous devons également constater une certaine neutralité du droit d'auteur.

466.- L'œuvre de l'esprit dans le domaine de la santé : un impératif de neutralité. Il n'existe pas de particularisme de l'œuvre de l'esprit dans le domaine de la santé. En effet, aucune règle spéciale ne vient limiter l'emprise du droit d'auteur sur un objet de santé (*paragraphe 1*) et les conditions d'appropriation renforcent cette obligation de neutralité (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1

Le constat de la neutralité de l'objet du droit d'auteur

467.- L'opportunité d'une définition claire de l'œuvre ? L'entreprise de définition de l'œuvre de l'esprit est difficile. Si l'on inscrit la propriété intellectuelle dans un rapport de filiation avec le droit des biens, on rappellera alors, l'adage *omnis definitio in jure civili periculosa est*²⁰³². De plus, comme le souligne Mme CASTETS-RENARD, pour le droit d'auteur : « Il est inconcevable que l'énonciation d'une (telle notion) destinée à formaliser un élément si essentiel ne soit pas volontaire »²⁰³³. Involontaire certes, mais le fait est que notre culture juridique s'accommode mal des concepts fuyants²⁰³⁴, cette absence de définition

²⁰³¹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°41, p. 45. En ce sens, v. aussi, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit d'auteur*, Economica, coll. *Corpus*, 2005, n°102, p. 81 : «L'objet du droit d'auteur est donc l'œuvre de l'esprit ».

²⁰³² Qui signifie qu' « en droit civil toute définition est périlleuse ».

²⁰³³ C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, n°51, p. 112. Sur cette omission volontaire, v. aussi C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°42, p. 47 : « S'agit-il d'une lacune ? Il est possible d'en douter. Il semble bien que le juriste ait renoncé à enfermer, dans une définition légale, une notion aussi complexe que celle d'œuvre ». – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°43, p. 55 : « Qu'est-ce qu'une œuvre ? Le législateur, alors même que cette qualification est essentielle, ne dit pas grand-chose ».

²⁰³⁴ On retrouve ces angoisses lors de la recherche d'une définition de l'ordre public. Et pour les auteurs s'y étant confrontés, les métaphores des « sables mouvants » (*in*, Observations de Pilon sur Req., 21 avril 1931, S. 1931, p. 377.) et des « chemins bordés d'épines et de précipices » (*in*, E. ALGRAVE, *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, Paris, Librairie Germer Baillière, 1874, 2^{ème} éd., tome I, p. 491, cité par S. JOLY, *La création artistique et l'ordre public*, th. dactyl. Montpellier I, 1999, n°34, p. 35) signent l'épreuve rencontrée.

L'idée de rapprocher la notion d'œuvre de l'esprit d'une notion-cadre, telle que celle de l'ordre public a été avancée par C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, *op. cit.*. L'auteur dans cet ouvrage développe l'idée que dans le droit d'auteur, il existe des notions à contenus variables, des notions-cadres et que la notion d'œuvre de l'esprit en serait une. Cette absence de définition dans les textes de la propriété intellectuelle serait donc « voulue et consciente » (*Ibid.* p. 27) et permettrait que le « signifiant, le contenant reste

pourrait atteindre à la sécurité juridique. En effet, au regard de l'importance croissante de la valeur économique, précédemment mise en évidence dans les concepts à la base de la propriété intellectuelle²⁰³⁵, le recours à une définition claire et formalisée permettrait de circonscrire plus efficacement cet objet dévoré d'intentions mercantilistes²⁰³⁶. Toutefois, ce besoin de définition définitive pour l'objet de la protection détonne avec sa nécessaire malléabilité²⁰³⁷. L'évolution du domaine de l'art et des technologies impose une certaine souplesse dans l'appréhension de l'œuvre de l'esprit. Le domaine de la santé en est exemplaire, car une quantité hétéroclite d'objets sollicite la protection du droit d'auteur.

468.- Une définition sibylline de l'œuvre de l'esprit. Aucun texte du Code de la propriété intellectuelle ne livre une définition abstraite et générale de l'œuvre de l'esprit²⁰³⁸. Celle-ci se

fixe alors que le signifié, le contenu, évolue dans le temps et l'espace ». Cette évolution étant livrée à l'interprétation, et non l'arbitraire, du juge (en ce sens, *Ibid.* p. 131).

²⁰³⁵ Propriété intellectuelle, dont nous avons rappelé qu'il s'agit d'un régime d'exception, qui selon l'image fort explicite de M. le professeur VIVANT, doit rester cet îlot de propriétés au milieu d'un océan de liberté.

²⁰³⁶ Le droit d'auteur, comme tous droits de propriété intellectuelle, ne doit pas être détaché de toute valeur économique. Au contraire, nous convenons avec C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°3, p. 3 : « Ce n'est pas parce que le droit d'auteur s'intéresse à l'art qu'il doit ignorer les données économiques. (...) Au contraire, c'est même sain, car ce sont ces investissements qui vont permettre aux œuvres d'art d'exister et aux artistes de vivre pour le plus grand bonheur du public. Certes, il appartient au droit d'auteur d'éviter les abus et de protéger les auteurs contre la voracité excessive de certains producteurs. Mais au lieu de toujours raisonner en terme de confrontation, il serait plus judicieux de privilégier une concorde entre les créateurs et le monde de l'économie ». Ainsi, comme nous l'avons présenté précédemment, un « juste milieu » est à trouver entre un objet économique et un objet social, d'autant plus révélé par le domaine de la santé.

²⁰³⁷ Reprenant l'idée ci-dessus, l'encadrement trop strict de l'objet du droit d'auteur brimerait notamment la liberté de création, qui repose sur celles de penser et de s'exprimer, et dont la valeur juridique est largement consacrée dans les textes, qu'il s'agisse de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 27-2^e), La Convention européenne des droits de l'homme (art.10), la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (art. 11). En ce sens, P.-Y. ARDOY, *La création intellectuelle*, th. dactyl., Pau, 2006.

Comme le soulignent M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°43, p. 55 : « On constate que l'œuvre n'est pas définie. Ce choix est à la vérité heureux, car il est difficile de donner aujourd'hui une définition abstraite et définitive de l'objet du droit. Une même démarche est d'ailleurs suivie, par exemple, en droit des brevets avec l'invention, ou dans le droit des obtentions végétales, avec la variété. Ces notions sont ouvertes à l'interprétation et partant, à l'évolution » [nous soulignons]. Dans le même sens, v. C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur, op. cit.*, n°94, p. 168 : « La notion d'œuvre est fort obscure et le choix inverse de poser une définition claire et précise de l'objet du droit aurait pu être fait. Cette solution aurait toutefois supprimé toute malléabilité des concepts, obligeant malheureusement à légiférer à chaque révolution artistique et technologique ». Pour ceux qui militent pour un statut de l'œuvre d'art (plus restrictif que la notion d'œuvre de l'esprit), v. notamment : BOURSIGOT, *Pour un statut de l'œuvre d'art*, *JCP G*, 1971, I, 2400, bis, n°1.- J.-M. PONTIER, *La notion d'œuvre d'art*, *R.D.P.*, 1990, p. 1403, et spéc. p. 1404 : « Il est donc possible, souhaitable et indispensable de développer une réflexion sur la notion d'œuvre d'art. Le droit privé et le droit public sont également sollicités en ce domaine, le premier parce qu'il fait intervenir les droits de l'individu, le second parce qu'il fait intervenir les droits de la collectivité ».

²⁰³⁸ Comme le souligne M. le professeur STROWEL : « On cherchera vainement dans le droit d'auteur une définition de l'essence de l'œuvre, mais on y trouvera des critères de qualification de la création protégée, des

laisse deviner à la lecture des premiers articles du Code. C'est ainsi que l'alinéa 1^{er} de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui définit le droit d'auteur : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, *du seul fait de sa création*, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous » [nous soulignons], nous livre le premier indice : l'œuvre procède d'un travail créatif (A). On remarque ici le premier outil, et en la matière le seul, de la valorisation de l'objet du droit d'auteur, la « valeur-travail ». Mais heureusement pour le droit d'auteur qui verrait accepter en son giron tout objet, elle n'est pas seule responsable de la qualification de l'œuvre. La quête se poursuit par la lecture combinée des articles L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soit le genre, *la forme d'expression*, le mérite ou la destination » [nous soulignons] et L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle : « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, *du seul fait de sa réalisation*, même inachevée, de la conception de l'auteur »²⁰³⁹ [nous soulignons]. Ces dernières dispositions mettent en évidence le second aspect de l'œuvre de l'esprit, à savoir sa nécessaire mise en forme (B). Semble donc confirmé, le propos de M. EDELMAN : « On peut dire qu'une œuvre de l'esprit protégée est une création réalisée par un travail intellectuel libre et s'incarnant dans une forme originale »²⁰⁴⁰.

A) Le travail créatif

469.- Le travail créatif entre exigence et conscience. La présentation traditionnelle de ce travail créatif passe par l'exigence d'une « intervention humaine »²⁰⁴¹. En ce qui concerne l'intervention, d'une part, il est parfois difficile d'admettre que le scientifique et le créateur puissent se réunir en une seule et même personne. Et pourtant, comme le souligne M. le

éléments de réponse à la question : « Quand y-a-t-il une œuvre ? », in A. STROWEL, *L'œuvre selon le droit d'auteur*, Droits, 1993-18, p. 79.

²⁰³⁹ Cet article également permet de démontrer la première qualité de l'œuvre, à savoir celle de résulter d'un travail créatif. Il serait également possible, à toutes fins utiles, de citer l'article L. 111-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui précise que la forme de l'œuvre n'a pas nécessairement besoin de s'appuyer sur un support matériel.

²⁰⁴⁰ B. EDELMAN, *La propriété littéraire et artistique*, Que sais-je ?, 2008, p. 25

²⁰⁴¹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n°44, p. 48 et s. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n°44, p. 56 et s. Le terme de « réalisation » est également employé pour décrire ce travail créatif. En ce sens, Ph. GAUDRAT, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134 : L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2)*, 2009, n°9 : « La réalisation est un cap critique dans l'acte créatif », cap auquel il ajoute celui de la conception.

professeur VIVANT « c'est certainement une vision un peu simple de la science que celle qui consiste à considérer que le regard du scientifique est neutre et qu'en élaborant une théorie il ne fait pas œuvre d'interprétation et donc de création »²⁰⁴². Il faudra constater la brisure du syntagme « œuvre d'art » (1). D'autre part, en ce qui concerne le caractère *humain* de l'intervention, il signifie simplement que seule une personne peut réaliser le travail créatif. Plus précisément, qu'il s'agit d'une personne physique, elle seule dotée d'une humanité et d'un pouvoir de création²⁰⁴³. Pour cela, il faut qu'elle en ait conscience (2).

1) L'exigence d'un travail créatif

470.- Le « jour et la nuit ». Les termes de « travail » et de créatif » semblent jurer ensemble. La création, et principalement la création artistique laisse dans l'inconscient collectif l'image de facilité, d'arrivée soudaine de l'œuvre – un peu comme l'image d'Épinal de l'inventeur dans son garage. On a peine à croire que l'auteur soit une personne laborieuse. Et pourtant, l'étymologie de l'œuvre, *opus* en latin, signifie aussi bien l'ouvrage qu'une référence en matière musicale. Bref, un rapprochement du travail et de la création est tracé dès la sémantique des termes, et l'on a moins de mal à concevoir dans le domaine de la santé (a). Les sciences transportent avec elles le bagage de la complexité qui nécessite bien un travail, mais est-il véritablement créatif ? (b).

a) L'existence d'un travail créatif

471.- Les indications légales. La liste exemplative de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle²⁰⁴⁴, mentionne sans exhaustivité²⁰⁴⁵ les choses immatérielles qui

²⁰⁴² M. VIVANT, *Création de l'esprit : la reconnaissance des créations par le droit*, in S. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, PUF, 1993, n°136-3.

²⁰⁴³ En ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°47, p. 49 : « Il n'est pas étonnant que la personne morale soit insusceptible de créer une œuvre de l'esprit. Bien évidemment, elle peut être titulaire des droits d'auteur en tant que cessionnaire ». Elle peut être également titulaire de l'œuvre *ab initio*, s'il s'agit d'une œuvre collective, définie à l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle (en ce sens, Civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *JCP G*, 1993, II, 22085, note GREFFE ; *R.I.D.A.* octobre 1993, n°158, p. 200 et p. 191, obs KEREVER, *RTD com.* 1995, p. 418, note FRANCON).

²⁰⁴⁴ L'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Sont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code :

1° Les livres, brochures et autres écrits littéraires, artistiques et scientifiques ;
2° Les conférences, allocutions, sermons, plaidoiries et autres œuvres de même nature ;
3° Les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ;

pourront accéder au rang de création par la reconnaissance d'un travail créatif. L'intérêt de cette liste, que certains ont pu nommer « à la Prévert »²⁰⁴⁶, est de fournir une *présomption* de la qualité d'œuvre à certaines choses, sans qu'il soit nécessaire de rechercher systématiquement l'intervention humaine. Alors, il suffira de démontrer leur originalité pour les faire accéder au statut d'œuvres protégées. Du reste, la présence et l'influence modeste de la propriété littéraire et artistique sur le domaine de la santé expliquent que les œuvres citées à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui affectent l'état de santé d'une personne, ouvrent peu de débats dans les prétoires. Ce qui explique que toutes les illustrations qui suivent n'aient pas fait, à notre connaissance, l'objet d'un jugement ou d'un arrêt.

472.- Illustrations. Tout d'abord, on trouve parmi les quelques rares exemples jurisprudentiels, l'ouvrage médical²⁰⁴⁷ ou même le manuel paramédical²⁰⁴⁸ au rang des

4° Les œuvres chorégraphiques, les numéros et tours de cirque, les pantomimes, dont la mise en oeuvre est fixée par écrit ou autrement ;

5° Les compositions musicales avec ou sans paroles ;

6° Les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles ;

7° Les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ;

8° Les œuvres graphiques et typographiques ;

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. Sont réputées industries saisonnières de l'habillement et de la parure les industries qui, en raison des exigences de la mode, renouvellent fréquemment la forme de leurs produits, et notamment la couture, la fourrure, la lingerie, la broderie, la mode, la chaussure, la ganterie, la maroquinerie, la fabrique de tissus de haute nouveauté ou spéciaux à la haute couture, les productions des paruriers et des bottiers et les fabriques de tissus d'ameublement ».

²⁰⁴⁵ Il s'agit d'une liste non limitative, l'adverbe « notamment » en témoigne, dressée par le législateur de 14 œuvres potentiellement protégeables (après analyse des conditions de la protection posées par le droit d'auteur). Ainsi, pour certaines œuvres, la caractérisation d'un travail créatif est d'une telle évidence, qu'elle ne suscite aucun besoin d'analyse supplémentaire. Soulignons qu'une disposition légale sera toujours nécessaire pour créer ces nouveaux objets, à l'instar des logiciels ou des bases de données. On retrouve par cette souplesse le besoin de « malléabilité » autour de la notion d'œuvre, v. *supra* n°467.

²⁰⁴⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°73, p. 77.

²⁰⁴⁷ CA Paris, 4^e ch., 14 février 1985, *Ann. propr. ind.* 1986, 94 (œuvre scientifique intitulée *Le praticien face à l'obésité*). – Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1983, *D.* 1985, I.R., p. 309, obs. COLOMBET. Pour cette dernière affaire, il est important de souligner la divergence d'appréciation entre les juges de la Cour de Cassation et les juges du fond (CA Paris, 1^{ère} ch., 22 janvier 1982, *R.I.D.A.* juillet 1982, n°113, p. 164 ; *RTD com.* 1982, p. 43, obs. FRANCON). Cette divergence sera analysée dans la partie consacrée à la distinction du fond et de la forme sur les œuvres scientifiques. De même, un lexique de termes médicaux a également été retenu en qualité d'œuvre de l'esprit (CA Paris, 4^e ch., 17 février 1993, n° *JurisData* : 1993-020769). On remarque que les ouvrages médicaux tiennent une place de plus en plus grande dans les litiges en matière de responsabilité médicale, les patients y trouvant des arguments à leur défense (en ce sens, v. notamment : Civ. 1^{ère}, 30 septembre 1997, n° *JurisData* : 1997-003797. – CA Rouen, 1^{ère} ch., 7 janvier 2004, n° *JurisData* : 2004-230974. – Civ. 1^{ère} 22 mai 2008, inédit).

œuvres écrites de l'article L. 112-2-1° du Code de la propriété intellectuelle. On aurait pourtant pu douter du classement de telles œuvres scientifiques parmi les œuvres de l'esprit, principalement, à cause du caractère scientifique que la matière impose dans les manuels ou les ouvrages. Ils peuvent effectivement s'apprécier comme la reproduction servile d'un programme officiel, sans intervention créative²⁰⁴⁹.

De plus, certaines œuvres mentionnées par l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle peuvent avoir des applications dans le domaine de la santé. Révèlent, de manière incontestée, un travail créatif, les œuvres suivantes :

- l'article L. 112-2-2° du Code de la propriété intellectuelle, les œuvres orales comme les conférences et allocutions médicales ou les cours dispensés en Faculté de Médecine, notamment²⁰⁵⁰.

²⁰⁴⁸ CA Riom, 11 janvier 2006, *D.* 2006, A.J., p. 500, obs. J. DALEAU. La question reste ouverte sur la notice explicative d'un médicament, et sur son éventuelle protection par le droit d'auteur. On sait que la jurisprudence a ouvert la porte aux écrits techniques, comme une documentation technique (T. corr. Seine, 2 février 1912, *Ann. Propr. ind.*, 1912, p. 190) ou encore pour le manuel d'utilisation d'un logiciel (CA Paris, 4^e ch., 1^{er} juin 1994, *PIBD* 1994, 574.). S'il ne semble pas exister d'obstacle à la reconnaissance d'une notice de médicament comme une création, sa protection par le droit d'auteur reste soumise à l'analyse des conditions d'appropriation, et notamment de l'originalité, qui ne semble pas garantie, si sa présentation est strictement encadrée par le Code de la santé publique.

²⁰⁴⁹ Ceci a notamment été plaidé, mais non retenu en matière de sciences économiques : CA Paris, 21 novembre 1994, *R.I.D.A.* avril 1995, p. 381 et p. 243, obs. KEREVER. De ce fait, il peut exister entre ces œuvres une grande proximité sur le fond, non protégé par le droit d'auteur, mais également sur la forme. Comme le soulignent M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°91, p. 91 : « la structure de l'œuvre ou les expressions méthodologiques sont nécessaires pour la compréhension de la discipline en cause ». Outre le fait que le fond et la forme se dissocient mal dans ce type d'œuvres, cela aura pour conséquence une analyse plus souple de la condition d'originalité (v. *infra* n°499), pour la discussion sur la forme des œuvres scientifiques, et v. *infra* n°472, pour la condition d'originalité).

²⁰⁵⁰ Dans un arrêt particulièrement intéressant, la Cour d'appel de Versailles s'est prononcée de manière indirecte sur la qualification d'œuvre à des interventions dans un colloque scientifique. L'affaire concernait une session des « Entretiens de Bichat », qui sont une formation médicale continue dispensée essentiellement à des médecins généralistes, sous la forme de communication/débat. L'enjeu de l'arrêt était de déterminer si la personne morale qui a pris l'initiative de cette session et qui a réuni les contributions dans un ouvrage pouvait se prévaloir de la qualité d'auteur d'une œuvre collective ? Celle-ci a été refusée à la personne morale, au motif que les communications libres ont toujours été individualisées et ne peuvent donc se fondre dans un ensemble, ne constituant dès lors pas une œuvre collective au sens de l'article L. 113-2 du Code de la propriété intellectuelle. (CA Versailles, 12^e ch., 16 octobre 1997, n°*JurisData* : 1997-047968). Au mieux, la qualification d'œuvre de collaboration aurait pu correspondre, mais on comprend aisément que celle-ci soit moins intéressante pour la personne morale.

- l'article L. 112-2-5° du Code de la propriété intellectuelle, les œuvres musicales et notamment celles employées dans la musicothérapie ont une influence conséquente sur l'état de santé de la personne²⁰⁵¹.

- l'article L. 112-2-6° du Code de la propriété intellectuelle, les œuvres audiovisuelles qui prennent pour objet le domaine médical sont aujourd'hui très fréquentes. Pour les œuvres cinématographiques, il existe même plusieurs festivals du film médical²⁰⁵² et pour les œuvres télévisuelles, la publicité des produits de santé tient une place grandissante²⁰⁵³.

- les articles L. 112-2-7° et L. 112-2-8° du Code de la propriété intellectuelle, les œuvres de dessin, de peinture, ou graphique ont de tout temps permis d'illustrer l'anatomie humaine et ont ainsi été un formidable vecteur de transmission des connaissances médicales²⁰⁵⁴. Nous pensons notamment des reproductions par un dessinateur d'une couche de cellules cancéreuses. En effet, malgré le soin apporté à la précision du dessin, il existe toujours une variation possible qui révèle l'intervention humaine²⁰⁵⁵.

- l'article L. 112-2-9° du Code de la propriété intellectuelle, les œuvres photographiques pourraient également trouver leur place dans le domaine de la santé, notamment à travers

²⁰⁵¹ Ce point sera approfondi dans les discussions relatives à la conscience de créer et l'art-thérapie, v. *infra* n°479.

²⁰⁵² Nous citerons à titre d'exemple, le Festival du film et du livre médical de Deauville, ou F.I.L.M.E.D., le Festival international du film médical d'Amiens, un événement dédié au multimédia médical (depuis peu, le Filmed a divisé ses activités en deux manifestations : le Telefilmed, qui récompense le meilleur reportage médical télévisé et l'Edimed, dédié quant à lui au livre d'enseignement) ou encore le Festival *Imagésanté*, Festival international du film de santé de Liège, dont le slogan fort évocateur : « La santé par l'image » affiche les objectifs d'un tel festival : « Promouvoir une meilleure santé, promouvoir de nouvelles techniques et de nouveaux comportements, faire progresser la connaissance et la science en la matière sont donc des objectifs importants, voire prioritaires ».

²⁰⁵³ Sur la publicité des médicaments, V. *supra* n°386.

²⁰⁵⁴ Quelle plus belle illustration que les œuvres picturales de Léonard de Vinci sur l'anatomie humaine ? On citera la plus célèbre : L'« homme de Vitruve », qui est le nom communément donné au dessin, intitulé *étude de proportions du corps humain selon Vitruve*, réalisé par Léonard de Vinci aux alentours de 1492. En outre, il est l'auteur de milliers de dessins sur l'anatomie scientifique (humaine et même parfois animale) représentant le squelette, les muscles, de l'épaule d'un homme, du cœur, des poumons, et l'un des premiers dessins scientifiques d'un fœtus dans l'utérus, vers 1510.

²⁰⁵⁵ Sur la recevabilité des œuvres de dessins scientifiques à la protection par le droit d'auteur, v. notamment l'arrêt CA Paris, 4^e ch., 4 février 1982, n°*JurisData* : 1982-24870. Les juges du fond se sont attachés à rechercher l'originalité dans ces œuvres scientifiques. Sur les dessins de cellules cancéreuses, v. *Ann. propr. ind.* 1956, p. 222.

l'imagerie médicale. Mais celle-ci interroge le droit d'auteur sur la conscience du travail créatif²⁰⁵⁶.

- l'article L. 112-2-10° du Code de la propriété intellectuelle qui est relatif aux œuvres d'art appliqués pourrait faire naître le débat sur l'affectation utilitaire d'œuvres qui ont trait au domaine de la santé. Mais il a été reconnu par les juges du fond qu'une monture de lunettes²⁰⁵⁷ ou qu'un mouche-bébé²⁰⁵⁸ pouvait constituer une œuvre de l'esprit, car elle combine des éléments artistiques et fonctionnels.

- l'article L. 112-2-13° du Code de la propriété intellectuelle, autorise les œuvres logicielles à prétendre à une protection par le droit d'auteur, et notamment pour les logiciels médicaux²⁰⁵⁹, mais également pour les jeux vidéo qui, à force d'utilisation, promettent une meilleure santé physique et mentale²⁰⁶⁰.

- enfin, il pourrait être surprenant de trouver des illustrations d'œuvres de l'industrie saisonnière de l'habillement et de la parure, au sens de l'article L. 112-2-14° du Code de la propriété intellectuelle.

²⁰⁵⁶ Sur l'image médicale, v. *infra* n°481.

²⁰⁵⁷ CA Aix-en-Provence, 22 Janvier 2009, n° *JurisData* : 2009-002078, confirmant qu'une monture de lunettes est une œuvre de l'esprit, et plus précisément une œuvre des arts appliqués selon l'article L.112-2-10° du Code de la propriété intellectuelle, et que pour cette raison, les articles sur la protection par le droit des brevets (art. L. 613-7 Code de la propriété intellectuelle) ou les dessins et modèles (art. L. 511-7 Code de la propriété intellectuelle) ne sont pas applicables en l'espèce.

²⁰⁵⁸ TGI Paris, 3^e ch., 25 janvier 2008, n° de RG : 07/13383, qui décrit et reconnaît le processus créatif et l'originalité (v. *infra* n°499) d'un mouche-bébé (!), mais rejette l'action en contrefaçon qui était à la base de cette affaire.

²⁰⁵⁹ Même si la qualification d'œuvre à logiciel médicale n'est pas expressément discutée par les juges, celle-ci est corroborée par ces deux affaires : CA Paris, 25^e ch., 23 novembre 1990, n° *JurisData* : 1990-024711, relatif à une concession de logiciel médical. – CA Versailles, 10 avril 2008, n° de RG : 06/03390, sur une contrefaçon de logiciel médical.

²⁰⁶⁰ Le jeu vidéo a récemment été qualifié par la jurisprudence comme une œuvre complexe (Civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, *JCP G*, I, 328, note TREPPOZ ; *C.C.E.* 2009, comm. 76, obs. CARON), rejetant la qualification unitaire d'œuvre logicielle pour une approche distributive. Donc, le classement de cette œuvre parmi les œuvres logicielles de l'article L. 112-2-13° du Code de la propriété intellectuelle n'est pas totalement exact, puisque son régime dépend également des œuvres musicales, des bases de données et audiovisuelles.

Pour les jeux les plus médiatiques qui prétendent avoir une influence positive sur l'état de santé des personnes, on citera la « Wii fit » de Nintendo, pour garder une forme physique et le « programme d'entraînement cérébral du Dr. Kawashima : Quel âge a votre cerveau ? », sur Nintendo DS, pour retrouver la vivacité d'esprit !

473.- La destination scientifique de ces œuvres. Le caractère de ces œuvres les affecte à une utilité scientifique, et plus précisément médicale. Or, le droit d'auteur récusé en son giron les œuvres ayant une vocation exclusivement utilitaire²⁰⁶¹. Doit-on alors identifier la part d'utilitaire et d'artistique contenue dans chaque œuvre ? L'entreprise semble difficile et au-delà, la théorie de l'unité de l'art²⁰⁶² impose en droit d'auteur une grande neutralité sur la destination des œuvres. Ainsi, si la fonction scientifique de ces œuvres est évidente, elle n'enlève en rien leur dimension artistique et donc ne doit pas conduire à leur exclusion. En effet, il est unanimement reconnu qu'une œuvre puisse « combiner des aspects artistiques avec des considérations utilitaires »²⁰⁶³. Tel est le lien étroit entre la Science et l'Art, qui nous l'avons vu à travers les exemples précédents traverser les époques, non dans l'adversité, mais dans la complémentarité. Les œuvres du domaine de la santé révèlent simplement la créativité dans le processus scientifique, et même s'il a parfois du mal à parler de « créations scientifiques »²⁰⁶⁴. On notera, toutefois, que les prérogatives accordées à l'auteur sur de telles œuvres, et plus précisément les prérogatives morales s'exerceront avec moins de ferveur que

²⁰⁶¹ Sur ce point v., Ph. GAUDRAT, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134 : L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2)*, 2009, n°66 : « Les formes utilitaires ne véhiculent pas de message, pas de contenu. Elles sont donc directement utilisables. (...) Les formes utilitaires ne s'adressent donc qu'à des consommateurs (par exemple : les produits brevetés). (...) Leur exploitation se fait par fabrication ou mise en œuvre industrielle. Seules les formes que l'exploitation destine à des « amateurs » constituent des œuvres ». Adde, A. LUCAS et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, coll. *Traités*, n°125 « comment déterminer si la fonction utilitaire est séparable de la forme ».

²⁰⁶² Cette théorie est très ancienne. RENOARD déjà écrivait : « le privilège existe pour les applications industrielles de tout genre, et de la plus chétive importance, pourvu toutefois qu'elles soient dues à un travail particulier de l'esprit » (*Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, 1839, T. 2, n°81). POUILLET a eu rôle fondamental dans l'installation de ce principe dans la jurisprudence et dans les esprits : « L'art, même d'application industrielle persiste, il est indélébile, il est ou il n'est pas ; s'il est, qu'importe qu'on l'applique à la décoration d'un objet industriel ? Il ne disparaît pas, il ne s'amointrit même pas pour cela ; il imprime au contraire son caractère à son objet, il le lui communique » (*in*, E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des dessins et modèles de fabrication*, Paris, 4^e éd., 1903, n°22).

²⁰⁶³ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°107, p. 84. L'auteur ajoute que : « il est apparu préférable de protéger toutes les manifestations de l'art, même si elles existent dans des créations qui, tout en étant originales, ne sont pas purement artistiques et sont même modestes ». Mais nuance son propos « Mais il existe encore un long chemin à parcourir pour parvenir à restreindre raisonnablement l'objet du droit d'auteur. Si l'art est un et est susceptible de s'immiscer partout, encore convient-il que l'on soit réellement en présence d'un art et que ce dernier s'exprime de façon originale » (*Ibid.* n°112, p. 89). Au-delà, il est inenvisageable de séparer « l'art pur et l'art appliqué », il existe « une frontière impossible à tracer » (*in* Y. GAUBIAC, *La théorie de l'unité de l'art*, th. dactyl., Paris II, 1980, p. 332). Dans le même sens, v. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°120, p. 107 « Il y a en effet, certaines créations pour lesquelles il est bien difficile de séparer l'aspect fonctionnel et l'aspect esthétique ». Les créations du *design* en sont un parfait exemple.

²⁰⁶⁴ M. VIVANT, *Création de l'esprit : la reconnaissance des créations par le droit*, *in* S. SFEZ, *Dictionnaire critique de la communication*, PUF, 1993, 136-3. Et pourtant, cet auteur les reconnaît comme MM. les professeurs LUCAS (A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2^e éd., 2001, n°109).

pour des œuvres issues de Beaux-Arts ou des Lettres. En effet, le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre a moins d'ampleur sur une paire de lunettes que sur une œuvre de Renoir. Cela est permis par une flexibilité de la notion d'œuvre de l'esprit²⁰⁶⁵.

En conclusion, cette reconnaissance est heureuse pour le domaine de la santé. En effet, cette fonction scientifique participe activement à la diffusion de l'information et du savoir médical, particulièrement indispensable dans le domaine de la santé²⁰⁶⁶. Et si le travail créatif de ces œuvres n'était pas reconnu, le déficit de protection²⁰⁶⁷ pourrait avoir pour conséquence un désengagement des professionnels.

b) L'absence de travail créatif

474.- L'exemple des méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique et de diagnostic. Les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal sont expressément rejetées de la brevetabilité par l'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle²⁰⁶⁸. Elles ont précisément été rejetées au titre de la nécessaire accessibilité au progrès médical. Mais les personnes qui les détiennent vont nécessairement en rechercher la protection par tous moyens, y compris par le droit d'auteur. Si les méthodes de traitement ou de diagnostic n'ont pas été définies par le législateur, le juge en a tracé les contours. C'est ainsi qu'une méthode de traitement chirurgical « consiste dans un ensemble de démarches

²⁰⁶⁵ En ce sens, P. SIRINELLI, *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, in *Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 397 et spéc. p. 401 : « C'est indiscutablement admettre un droit d'auteur à deux vitesses. Ici un droit complet pour les œuvres porteuses d'un message culturel ou d'un sens esthétique, là un droit essentiellement économique pour la « petite monnaie ». (...) Le raisonnable s'apparente ici à la résignation ».

²⁰⁶⁶ Avec parfois l'effet pervers de renforcer un consumérisme grandissant dans le domaine de la santé. On le remarque dans quelques affaires mettant en jeu la responsabilité médicale de praticiens et lors desquelles les arguments des parties sont directement issus d'ouvrages médicaux (en ce sens, v. notamment : Civ. 1^{ère}, 30 septembre 1997, n°*JurisData* : 1997-003797. – CA Rouen, 1^{ère} ch., 7 janvier 2004, n°*JurisData* : 2004-230974. – Civ. 1^{ère} 22 mai 2008, inédit).

²⁰⁶⁷ Si la chose immatérielle qui prétendait à devenir une œuvre ne peut être protégée par les autres droits de propriété intellectuelle.

²⁰⁶⁸ L'article L. 611-16 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Ne sont pas brevetables les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliqué au corps humain ou animal. Cette disposition ne s'applique pas aux produits, notamment aux substances ou compositions, pour la mise en œuvre d'une de ces méthodes ». Pour une justification de cette exclusion, v. *infra* n°311.

raisonnées, suivies et reliées entre-elles, émanant de l'homme du métier destiné à parvenir à la découverte des moyens de prévenir, de traiter, de soulager, de dissiper ou d'atténuer des symptômes d'un trouble résultant d'une affection ou d'un dysfonctionnement du corps humain, ou de le guérir »²⁰⁶⁹. Mais la reconnaissance d'une méthode de traitement chirurgical ou thérapeutique et de diagnostic par le droit d'auteur ne peut être reçue pour deux principales raisons.

Le premier argument est que, si la description dans une forme originale (un livre, un discours) de la méthode pourrait conférer à son auteur un monopole d'exploitation sur l'expression de la méthode²⁰⁷⁰ rien ne permet de justifier une protection du fond et donc, de la méthode en elle-même. Elle a, à ce titre, le même statut que les connaissances scientifiques, tombées dans un fonds commun qui doit être protégé au titre du progrès médical. Telle a été la position des juges de la Cour d'appel de Paris, le 4 mai 1911²⁰⁷¹. Bien qu'ancienne, cette décision n'a pas été remise en question.

Le second argument qui milite contre la reconnaissance des méthodes en tant qu'œuvres de l'esprit tient au processus même de l'élaboration de la méthode. En effet, étant souvent le résultat d'un compagnonnage, les techniques transmises se rapprochent plus de la définition du savoir-faire²⁰⁷² que de l'œuvre de l'esprit, qui implique un travail créatif personnel. Comme le soulignent MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE, non seulement le caractère insaisissable soustrait le savoir-faire aux prises du droit d'auteur, mais aussi

²⁰⁶⁹ CA Paris, 29 octobre 1997, *P.I.B.D.*, n°646, III, p. 29.

²⁰⁷⁰ Dont la durée de protection serait d'ailleurs plus intéressante que celle du brevet.

²⁰⁷¹ CA Paris, 4 mai 1911, *D.P.* 1912, p. 182 (2^e partie) : « Les inventeurs de méthodes scientifiques ou thérapeutiques jouissent, pendant leur vie, d'un droit exclusif de propriété, transmissible pendant cinquante ans à leurs héritiers, sur les livres ou les brochures écrits par eux et contenant l'exposé de leurs méthodes, et si, par application de la loi du 5 juillet 1844, ils peuvent faire, breveter les appareils nécessaires, s'il en existe, à l'emploi de ces méthodes, aucune disposition de loi ne protège l'invention des méthodes elles-mêmes, qui aussitôt publiées et divulguées, tombent forcément dans le domaine public et peuvent être appliquées par tout savant ou praticien qui en a la connaissance ». En ce sens, déjà : Req., 22 août 1844, *Jur. gén. brevet d'invention*, n°82. – Paris, 22 août 1870, *D.P.* 1871, p. 16 (2^e partie) ; *Jur. gén. v° Propriété littéraire et artistique*, n°436 et n°455.

²⁰⁷² L'incontournable formule de MOUSSERON inspire ces remarques, désignant le savoir-faire comme « les connaissances techniques transmissibles non immédiatement accessibles au public » (*in*, J.M. MOUSSERON, *Aspect juridique du Know-How*, *Cah. dr. entr.*, 1972, n°1, p. 2).

Et plus généralement, sur le savoir-faire, v. notamment : J. AZEMA, *Définition juridique du Know-How*, *in Le Know How*, 5^{ème} Rencontre de propriété industrielle, Montpellier, 1975, Litec, Paris, 1976, p. 16. – R. FABRE, *Le Know-How, sa réservation en droit commun*, Librairies techniques, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, Paris, 1976, spéc. n° 273. – J. SCHMIDT-SZALEWSKI, v° « Savoir-faire », *Rép. Dr. com. Dalloz*, n° 60, p. 8. – A. SEUBE, « La réservation du Know How par le droit des contrats », *in Le Know How*, 5^{ème} rencontre de propriété industrielle, Montpellier 1975, Litec, Paris, 1976, p. 80.

« l'agent qui n'est que l'exécutant d'une technique ne peut, si les mots ont un sens, être qualifié de créateur »²⁰⁷³.

Les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et les méthodes de diagnostic appliqué au corps humain ou animal ne peuvent pas être considérées comme des œuvres de l'esprit.

2) La conscience d'un travail créatif

475.- Il est ici intéressant de travailler sur les termes mêmes de la condition : le travail créatif dans le domaine de la santé suggère-t-il que l'auteur soit en bonne santé – principalement santé mentale ? (a) Et si, bien que sain d'esprit, le scientifique n'a pas conscience de réaliser un travail créatif, alors le travail effectué ne sera pas protégeable au titre du droit d'auteur (b).

a) Les auteurs dénués de créativité dans le travail ?

476.- L'art... sans conscience ruinerait-il l'âme du droit d'auteur ? L'exigence d'un travail créatif conscient provient de la symbiotique relation que notre romantique droit d'auteur entretient entre l'œuvre et son auteur²⁰⁷⁴. Elle prend corps dans l'expression « œuvre de l'esprit ». On le comprend les monopoles de la propriété littéraire et artistique ne doivent pas être accordés lorsque l'auteur n'avait pas l'ambition de créer cette relation. Telle serait alors la différence entre la conscience dans la science, qui relèverait plus d'une faculté à juger et la conscience dans l'art, qui tiendrait au désir.

477.- Un travail créatif nommé désir. Le travail créatif doit être le produit d'un désir et se place dans un processus créatif²⁰⁷⁵. Dans sa quête de la conscience dans le travail créatif, deux

²⁰⁷³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°52, p. 61. Les auteurs citent, à titre d'illustrations, le savoir-faire d'un coiffeur, d'un cuisinier, ou la discussion ouverte par le travail du photographe.

²⁰⁷⁴ Quoiqu'elle apparaisse pour certains auteurs comme une hypothèse inutile. En ce sens, I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC-Litec, Lausanne, 1985, n°216, p. 130 : « La façon dont la valeur a vu le jour est sans importance. Il est par conséquent erroné d'exiger de l'œuvre qu'elle résulte d'une création consciente et maîtrisée ».

²⁰⁷⁵ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins op. cit.*, n°51, p. 51. L'auteur ajoutant : « le créateur doit avoir la volonté de créer, de modifier la réalité et d'apporter quelque chose ».

éléments cumulatifs sont donc à examiner, d'une part le besoin/désir de l'auteur²⁰⁷⁶ et d'autre part, le processus créatif²⁰⁷⁷ dans lequel il se situe. Il existe quelques exemples dans le domaine de la santé où pèsent encore des incertitudes sur la conscience dans le travail créatif. Il conviendra donc de la caractériser pour l'art brut ou l'art thérapie et pour les imageries médicales, ou enfin pour l'ADN.

478.- L'art brut. On désigne par « art brut » les œuvres produites par des personnes qui souffrent de l'altération de leurs facultés mentales²⁰⁷⁸. La conscience de leur travail créatif a été mise en cause, niant alors le statut d'œuvres aux objets créés²⁰⁷⁹. Il existe pourtant plusieurs raisons militent en faveur de la qualification de création aux œuvres issues de l'art brut.

Le débat entre création et capacité²⁰⁸⁰ est au cœur de l'interrogation de la conscience dans le travail créatif. Mais il est rapidement épuisé²⁰⁸¹. D'une part, parce que les dispositions de la

²⁰⁷⁶ Le désir de créer avait notamment été mis en exergue par M. EDELMAN, à propos l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris le 25 mai 1988 (CA Paris, 25 mai 1988, D. 1988, jur. p. 542, note EDELMAN), en ces termes : « On peut se réjouir – enfin – de voir reconnaître que la « passion » est au fondement de la création et non pas seulement le profit. On a été si habitué, en la matière, à un raisonnement froid et calculeur que le recours à la subjectivité est tout à fait rafraîchissant. La cour nous rappelle en effet, que l'œuvre de l'esprit est, avant tout, une œuvre soutenue par un désir de création ».

²⁰⁷⁷ Cette notion de processus créatif permet d'éviter un écueil : celui d'exclure automatiquement les créations qui seraient le fruit d'un hasard. Cette conception est défendue par C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n°51, p. 51 : « Il est donc logique que cet enrichissement ne soit pas le fait du hasard ». Mais nombre d'œuvres de l'art contemporain sont de purs accidents. Comme le souligne E. TREPPOZ, *Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain*, R.I.D.A., juillet 2006, n°209, p. 51 et spéc. p. 89 : « Quoi qu'en dise le juriste, le hasard peut faire corps avec la création ». Il semblerait alors que, l'acceptation du hasard passe par la démonstration préalable que l'auteur se trouvait déjà dans un processus créatif. Autrement dit, « si le hasard est une composante voulue de la création, il ne saurait en lui-même la qualifier *ipso facto* » (in, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n°48, p. 59).

²⁰⁷⁸ On rencontre également les expressions de *raw art*, d'art singulier ou *d'outsider art*. Pour avoir quelques illustrations d'œuvres d'art brut, v. le catalogue de l'exposition de Lausanne, *La Foule*, 2002, collection d'Art brut fondée à partir de la collection de Jean Dubuffet (<http://www.artbrut.ch/>), ou encore à Grenoble avec le régulier salon d'Art singulier.

²⁰⁷⁹ P. ARDENNE, *L'image corps : figure de l'humain dans l'art du XXe siècle*, Paris, éd. du Regard, 2001, p. 120. Cet historien de l'art a pourtant une conception fermée de l'art : « l'art tel que le pratiquent, respectivement, l'individu normal et l'aliéné mental, diffère es qualité » (*Ibid.* p. 118) ou encore « l'élimination de la ruse, du jeu subtil de la représentation, vient distinguer de manière irréconciliable l'art des malades mentaux, de l'art « sage » ».

²⁰⁸⁰ La capacité est définie comme « Aptitude à acquérir un droit et à exercer reconnue en principe à tout individu (article 1123 du Code civil) et en fonction de leur nature, de leur objet et de leur forme, ou aux personnes morales (...) » (in, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V° *Capacité*).

propriété intellectuelle intègrent déjà l'incapacité, avec notamment l'article L. 132-7 du Code de la propriété intellectuelle qui reconnaît la possibilité à un auteur incapable de donner son consentement au contrat d'édition. Et d'autre part, parce que cette question de la capacité n'a de sens qu'au moment de l'exercice des droits et non de leur existence. Au-delà, si la conscience du travail créatif n'est pas synonyme de la capacité, nombre d'auteurs tendent à la rapprocher d'une condition de discernement²⁰⁸². Mais cette conception trop restrictive de la conscience restreint aveuglément, inopportunément, et même dangereusement l'activité créatrice.

Aveuglément, car c'est méconnaître la richesse intellectuelle que recèlent de telles œuvres, qui à la différence d'un individu « normal » n'a pas « une pratique éduquée de l'art »²⁰⁸³ avec ses canons et ses formules dans un idiome commun. En d'autres termes, doit-on exclure du champ de la création des objets, sous prétexte que nous ne les comprenons pas ?²⁰⁸⁴. Assurément non, car demeure le désir de créer²⁰⁸⁵. Or, poser comme condition au travail créatif cette quête d'un discernement, quasi-impossible²⁰⁸⁶, revient à introduire l'analyse du mérite de l'œuvre, pour lequel le droit d'auteur se doit d'être indifférent²⁰⁸⁷.

²⁰⁸¹ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°146, p. 128 : « L'intervention créative est bien celle d'un homme (fût-il incapable) et (...) le fait que cet homme n'ait toujours pas la conscience, ou la pleine conscience, de la création faite ne change pas selon nous substantiellement les choses ».

²⁰⁸² En ce sens, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, coll. *Traités*, 2006, n°55, p. 58 : « La démarche créative doit traduire un minimum de maîtrise intellectuelle du processus créatif. L'exigence devrait en toute logique conduire à exclure du bénéfice du droit d'auteur l'œuvre réalisée par un individu privé de discernement ». V. aussi, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n°51, p. 51 : « Mais les incapables, pour être des auteurs, doivent être doués de discernement ». Pour cet auteur, les très jeunes enfants ou les personnes totalement dénuées de volonté à cause d'une maladie mentale ne pourraient s'inscrire dans un processus créatif.

²⁰⁸³ P. ARDENNE, *L'image corps : figure de l'humain dans l'art du XXe siècle*, Paris, éd. du Regard, 2001, p. 120.

²⁰⁸⁴ Il a par exemple fallu des recherches très poussées pour comprendre parfois dégager les subtilités de l'art brut. En ce sens, v. C. MUZELLE, *Au-delà du handicap : l'art brut et ses créateurs*, Reliance, 2007/3, n°25, p. 107, dans lequel l'auteur cite les longues heures de décryptage des œuvres de Adolf Wölfli (et ses 25000 pages d'autobiographie imaginaire, mêlant écriture prosaïque et musicale, dessins et collages et revisitant l'histoire, la géographie, la religion, le solfège, etc.), pour que soit révélée à la fin l'extrême cohérence de l'ensemble. On pourrait soutenir que l'œuvre n'a d'existence que par sa communication au public, même si la divulgation en droit d'auteur n'est pas une obligation légale. Mais doit-on priver ces personnes de droits d'auteur au prétexte que « l'accessibilité de leur art fut sûrement leur dernière préoccupation » (*Ibid.* p. 108).

²⁰⁸⁵ Comment nier ce désir de créer, lorsque l'on découvre ce besoin de transformer la matière qu'ont eu certains artistes. Citons, entre autres, Sylvain Fusco, qui enfermé dans un hôpital psychiatrique gratta le sol pour en extraire des pigments et réalisa une fresque immense. Ou encore, Jeanne Tripiet qui détournait les médicaments, vernis et teintures capillaires, de l'hôpital pour réaliser ses dessins (cité par, C. MUZELLE, *Au-delà du handicap : l'art brut et ses créateurs*, Reliance, 2007/3, n°25, p. 109). Et, les exemples sont presque infinis.

²⁰⁸⁶ Car il faudrait dans la vie de certains artistes dissocier les moments de discernement des moments de folie, et de ce fait, déclasser certaines œuvres. Comme le soulignent M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*,

Inopportunément aussi, car la non-reconnaissance de telles œuvres ne correspond pas à la réalité du marché de l'art. En effet, les droits patrimoniaux dégagés par ces œuvres sont conséquents²⁰⁸⁸, expliquant, peut-être, cet acharnement à les maintenir hors du droit d'auteur... Il serait donc préférable qu'au lieu de nier l'entrée de ces objets dans le domaine de la création, le droit la propriété intellectuelle soit plus employé à la défense de ces personnes dans l'exercice de leur monopole.

Enfin dangereusement, une telle exclusion stigmatisante correspond à des périodes et à des idéologies bien éloignées des actuelles nôtres²⁰⁸⁹. Aujourd'hui, les priorités d'accessibilité à la culture pour les personnes handicapées les ont parallèlement fait accéder à une plus grande visibilité sur la scène artistique²⁰⁹⁰. Au final, comme le dit si bien le promoteur de l'art brut, J.

op. cit., n°49, p. 59 : « Va-t-on apprécier la qualité d'œuvre sur production d'un certificat médical ? Et distinguera-t-on ainsi dans la production de Van Gogh selon qu'il est à Paris chez son frère ou à l'hôpital d'Arles ? Certains auteurs s'interrogent même s'il n'est pas nécessaire de souffrir d'une déficience pour créer, en ce sens, P. FRANCASTEL, à propos de Van Gogh : « toute une partie de son œuvre est dominée par la folie. On peut se demander s'il y a entre le sain et le malade qu'une différence de degré, ou au contraire une différence de nature » et l'artiste lui-même considérait son propre cas, dans ses correspondances avec son frère Théo : « Il faut que j'en prenne mon parti, il n'est que trop vrai qu'un tas de peintres deviennent fous, c'est une vie qui rend, pour le moins, abstrait. » (Extraits cités par M. BRENOT-BONNEFILLE, *Le vide constructif chez Van Gogh, Le handicap en images*, 2003, p. 199, et spéc. p. 211).

²⁰⁸⁷ Sur les conditions indifférentes, v. *infra* n°491.

²⁰⁸⁸ Plusieurs études ont été consacrées à l'effervescence économique qui régnait autour de ces œuvres. V. notamment, l'enquête de l'Institut National de la Consommation publiée sur l'édition des cartes de vœux peintes par des personnes handicapées, dont la rentabilité est considérablement supérieure à toute autre forme d'édition (*in*, 50 millions de consommateurs, 1992, n°247). Dans le même sens, le numéro spécial de la Fondation de France, *Handicaps et marché de l'art : de l'atelier à la présentation publique*, Les cahiers n°6, 1992.

²⁰⁸⁹ Les périodes troubles de déconsidération de l'art des personnes handicapées vont tristement de pair avec le degré de tolérance d'une société. Alors qu'au Moyen-Âge, ils étaient bannis de la société (prison ou hospice), la Révolution française introduit plus de tolérance et apporta une réponse plus humaine à ces artistes (et même à cette catégorie de personnes, en général). Mais la période nazie réintroduit le dénigrement de ce qui était alors appelé, l'art dégénéré (expression qui existait avant le régime nazi et était associée la décadence). L'art dégénéré était l'art « impur » ou l'anti-art, comparé à l'art qui émanait de la « race supérieure » et regroupait les œuvres des artistes juifs, bolcheviques, parfois handicapés ou homosexuels. Sur ce thème, v. E. LANDA, *L'art « dégénéré » et le projet culturel nazi : finitude et quête de l'éternité*, *Le Coq-héron* 2/2004, n° 177, p. 161 (et spéc. p. 163, soulignant que l'art a été une question centrale dans l'entreprise nazie), ou encore l'article de L. MAURER, *L'art dégénéré, l'eugénisme à l'œuvre*, *Essaim* 1/2003, n° 11, p. 199, dont le titre particulièrement pertinent.

²⁰⁹⁰ Le cinéma a notamment consacré Daniel Auteuil et Pascal Duquenne par un prix d'interprétation masculine au festival de Cannes (1996) pour le *Huitième jour* de Jaco van Dormael, et le théâtre a récompensé E. Laborit par le Molière de la révélation théâtre (1993) pour l'adaptation des *Enfants du silence* par Jean Dalric. Sur ce thème, v. A. BLANC, *Art, handicap et représentations : force et faiblesse des images*, *Reliance* 3/2005, n° 17, p. 70.

DUBUFFET : « Il n'y a pas plus d'art des fous que d'art des dyspeptiques ou des malades du genou »²⁰⁹¹.

En conclusion, une forme de conscience du travail créatif est présente dans l'art brut et ne doit en aucun cas se confondre avec le discernement, qui disqualifierait ces objets du rang de création.

479.- L'art-thérapie. La question du désir de créer a suffisamment été démontrée pour qu'elle ne soit pas remise en question lorsque l'art-thérapie s'exerce sur des personnes souffrant d'altération de leurs facultés mentales. L'art-thérapie a pour but d'accompagner les personnes en difficulté par une démarche artistique²⁰⁹². Il serait possible pour les détracteurs de l'art brut, exercé lors de séances d'art-thérapie, de faire valoir que le processus médical dépasse le processus créatif, au point que l'on soit moins en présence d'une œuvre que d'une simple méthode de soin²⁰⁹³. Mais il apparaît au contraire que les choses sont étroitement liées, au point de ne pouvoir les dissocier et que le désir de créer s'exprime dans une démarche artistique avec une finalité intrinsèque thérapeutique²⁰⁹⁴.

²⁰⁹¹ J. DUBUFFET, *L'art brut préféré aux arts culturels, Prospectus et tous écrits suivants*, Paris, Gallimard, 1967, vol. I, p. 202.

²⁰⁹² J.-P. KLEIN (in, *L'art-thérapie, Cahiers de Gestalt-thérapie*, 1/2007, n°20, p. 55, et spéc. p. 57), la définit ainsi : « Ce travail subtil qui prend nos vulnérabilités comme matériau, recherche moins à dévoiler les significations inconscientes des productions qu'à permettre au sujet de se re-crée lui-même, se créer de nouveau, dans un parcours symbolique de création en création. L'art-thérapie est ainsi l'art de se projeter dans une œuvre comme message énigmatique en mouvement et de travailler sur cette œuvre pour travailler sur soi-même. L'art-thérapie est un détour pour s'approcher de soi ». Du même auteur, v. aussi, J.-P. KLEIN, *L'art-thérapie*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2010.

²⁰⁹³ Quoique la question qui intéresse plus les juristes en droit de la propriété intellectuelle tiennent à la détermination de la titularité de l'œuvre, car l'art-thérapeute, qui a guidé son patient, pourrait éventuellement revendiquer la qualité de co-auteur. Cette question implique que l'on tienne pour acquise la qualification d'œuvre à ces œuvres et ferme ainsi toute discussion.

²⁰⁹⁴ La danse est un exemple de cette fusion de la thérapie et de l'art, elle permet pour des personnes déficientes « d'acquérir une nouvelle mobilité, de développer des capacités de perception, de conscience et d'éveil à l'autre. La multiplication de ces ateliers a aussi permis la création de chorégraphies destinées à être montrées au public » (in, Muriel Guigou, *Danse et déficience Le rapport à l'autre dans la création chorégraphique, Le Handicap en images*, 2003, p. 213). De même pour le théâtre, O. COUDER (in, *Théâtre et handicap : l'œuvre à construire, Vie sociale et traitements*, 2005/4, n°88, p. 30) souligne que : « En matière de théâtre et handicap, on est bien obligé de reconnaître que « ce soir on improvise » » ! L'auteur explique d'ailleurs qu'il existe deux Écoles d'art-thérapeutes, ceux qui prétendent que l'art n'est que le surcroît d'une démarche thérapeutique (en ce sens, J.-P. KLEIN, *L'art-thérapie*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2010), et ceux qui prétendent l'inverse, comme l'auteur, que le médical ne serait qu'un surplus bienfait à une pratique artistique principale.

b) Les objets dénués de travail créatif

480.- L'imagerie médicale. L'imagerie médicale pourrait être intégrée dans la catégorie des œuvres photographiques, tel que mentionnées à l'article L. 112-2, 9° du Code de la propriété intellectuelle²⁰⁹⁵. L'essence de la photographie est de résulter d'une « empreinte lumineuse »²⁰⁹⁶, ce qui est le cas pour l'imagerie médicale, et notamment pour les radiographies. Le caractère automatisé de la photographie ne fait pas non plus obstacle à la reconnaissance de certaines images, telles que les images satellites²⁰⁹⁷. Toutefois, une grande partie de la doctrine émet des doutes sur la recevabilité des images médicales au titre du droit d'auteur²⁰⁹⁸. Le principal argument avancé consiste en l'analyse des conditions du droit d'auteur et repose sur le défaut d'originalité de telles images²⁰⁹⁹. Mais au préalable, il n'est pas certain qu'elles puissent constituer de véritables créations, faute pour l'artiste de s'inscrire dans un processus créatif. En effet, le médecin n'ambitionne pas d'ajouter à l'acte médical une démarche artistique et n'émane de lui aucun autre désir que celui de soigner. Les images médicales, avant même de s'interroger sur leur originalité ou leur banalité, ne passeraient pas le crible de l'objet du droit d'auteur. L'image médicale ne deviendra artistique qu'après avoir

²⁰⁹⁵ L'entrée des photographies dans la catégorie d'œuvre d'art a longtemps fait débat, à cause de l'exécution mécanique de l'image, qui fait perdre la « prédominance au fait de l'homme » (H. DESBOIS, *La photographie et le droit d'auteur*, D. 1960, chron. p. 81).

²⁰⁹⁶ En ce sens, v. Y. GENDREAU, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1150 : *Propriété littéraire et artistique. Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Photographies*, 2008, n°10.

²⁰⁹⁷ CA Riom, Ch. Com., 14 mai 2003, D. 2003, p. 2754, note SIRINELLI ; *JCP E*, 2004, 1170, §1, obs. GAUDRAT et LALLEMANT ; *C.C.E.* 2003, comm. 117, note CARON.

²⁰⁹⁸ Pour P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2007, n°78, l'imagerie médicale fait partie des clichés documentaires, qui doivent présenter un intérêt pour le public autre que l'aspect esthétique.

²⁰⁹⁹ En ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n°157, p. 124. – P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2007, n°77 : « les juges tiennent pour banal le cliché qui ne traduit, par sa complète absence d'effet esthétique sur l'homme moyen, aucun effort créatif suffisant de la part de son auteur ». Tel est notamment, le cas de photos d'identité Crim. 18 février 1960, D. 1960, p. 278, note DAMOUR ; *RTD com.*, 1960, p. 583, note DESBOIS (du même auteur, v. le chapitre consacré à la photographie dans son ouvrage *Le droit d'auteur en France*, 2^e éd. refondue, Paris, Dalloz, 1966). Ce point de vue est également partagé par A. LATREILLE (in, *L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : élément de réflexion sur un objet du droit d'auteur*, D. 2002, p. 299) qui considère que « le cliché doit être original par lui-même indépendamment de l'œuvre qu'il reproduit » et justifie ainsi qu'« en France, l'imagerie médicale est écartée du droit d'auteur ». B. EDELMAN (in, *Le droit saisi par la photographie*, Champs Flammarion, 2000, p. 52) l'exprime ainsi : « Mais elle [la machine] n'est pas le lieu de n'importe quel travail, encore faut-il, que devenue pure médiation, elle laisse le sujet « investir » le réel ». Regrettant que une « toute protection » pour les photographies, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE (in, *Droit d'auteur*, op. cit., n°216, p. 176, remarquent que la protection ne sera pas accordée que dans les cas où la photographie présente une « extrême banalité ».

fait l'objet d'une transformation de la part de l'artiste²¹⁰⁰, comme sa colorisation²¹⁰¹. Dès lors, lorsque l'on voit fleurir les expositions d'imagerie médicale, seule pourra accéder au rang de création, l'exposition, renvoyant alors aux remarques sur les œuvres réceptacles.

481.- Idées « folles » sur l'ADN. Serait-ce véritablement une idée saugrenue, que de vouloir accorder un droit d'auteur sur l'écriture ADN ? Après tout, il est possible d'écrire le code qu'il recèle. Ne pouvant être admis au titre de la brevetabilité, en tant que tel, le droit d'auteur serait salutaire. La solution est suggérée en premier par les pays de *Copyright*. Le « modèle » s'est exporté à travers les suggestions de M. le professeur CLAVIER, qui propose la considération de l'ADN sous une forme logicielle²¹⁰². Et l'idée a récemment germé dans le *DNA Copyright Institute*, qui propose ce type de protection, puisque « *EveryOne a designer Original* »²¹⁰³. L'intérêt pratique est douteux, comme le souligne M. LEFRANC, « on peine à imaginer l'intérêt immédiat de ce qui ressemble à une « SACEM » de l'ADN »²¹⁰⁴. L'auteur a également avancé l'impossibilité de détacher cet élément du corps humain pour le réifier²¹⁰⁵.

²¹⁰⁰ En ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n°157, p. 124 : « Les photographies automatisées (...) ne sont pas éligibles, en tant que telles, à la protection, sauf si elles sont retouchées de façon originale ».

²¹⁰¹ On citera l'impressionnante exposition de Rodolphe GOMBERGH au Palais de l'Unesco, à Paris, en 2000, sur *La vie en transparence*, dans laquelle l'artiste-radiologue a retravaillé les clichés issus de l'imagerie médicale pour faire ressortir leur transparence et les mettre en couleur. D'autres artistes, comme Laura FERGUSON, utilisent les images médicales pour les reproduire dans des dessins. Sur le thème des images médicales artistiques, v. R. HORIO MONTEIRO, *Images médicales entre art et science, Sociétés*, 1/2007, n° 95, p. 97. L'auteur étudie les interactions de l'art et de la science, notamment à travers les œuvres de la brésilienne Monica MANSUR, et l'application qu'elle fait des images de rayons X, d'endoscopie, etc. dans un milieu non médical. Il est intéressant d'ailleurs de noter que cette artiste nomme sa méthode : les « rephotographies ».

²¹⁰² J.-P. CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, L'Harmattan, 1998, p. 230. Rapp. des interrogations de M. le professeur VIVANT : « Nous ajouterons qu'il faudra, selon nous, certainement aller plus loin encore et penser de manière radicale en termes de création et de droit de la création globalement considéré. On travaille dès aujourd'hui à ces "puces moléculaires" que nous avons déjà évoquées : or en présence d'une telle "puce" qui ne serait qu'un brin d'ADN, synthétique sans doute, chargé de traiter l'information comme aujourd'hui une puce en silicium, comment imaginer de continuer à raisonner dans les cadres reçus... même "bricolés" ? Droit des brevets ? Droit d'auteur (parce que cela ressemble à un logiciel) ? Droit des topographies (parce qu'il s'agit de puce) ? Droit du vivant ? Œuvre ? Information ? Machine ? Il faudra bien, pour ce vin nouveau, imaginer de nouvelles outres... » (in, M. VIVANT, *L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire, JCP G*, I, 193).

²¹⁰³ P. RICHE, *États-Unis : touche pas à mes gènes, Libération*, 20 août 2001, p. 7. Cet effet d'annonce est toutefois à relativiser dans la mesure où il n'y a pas eu de dépôt à l'*US Copyright Office* (in I. KAYTON,

²¹⁰⁴ En ce sens, D. LEFRANC, *L'auteur et la personne (libres propos sur les rapports entre le droit d'auteur et les droits de la personnalité)*, *D.* 2002, p. 1926 : « Quelques questions viennent alors à l'esprit : Que serait la saisie-contrefaçon ? L'emprisonnement du clone ?... Que serait la destruction des exemplaires contrefaisants ? La mort du clone ?... ».

Mais l'argument dirimant tient, très certainement, en l'absence de travail créatif, lors de la « mise en forme » de la séquence. Or, sans travail créatif, pas d'œuvre, et donc aucune raison d'aller se perdre dans les méandres d'une originalité de la séquence, qui *a fortiori* serait bien difficile à caractériser. Enfin, la question prendra de l'ampleur avec l'étude des collections d'échantillons biologiques et l'appréhension des résultats de la recherche sur le séquençage du génome dans ces collections²¹⁰⁶.

B) La forme de l'œuvre appréciée sans considération de la valeur sociale de l'objet

482.- La délimitation stricte de la forme (2), permet d'exclure les idées (1).

1) Le principe de l'attachement à la forme d'expression

483.- Après avoir étudié le principe (a), il conviendra de vérifier s'il existe une spécificité de l'appréciation dans le domaine de la santé (b).

a) L'exigence d'une forme en droit d'auteur.

484.- L'absence de définition de la forme. Bien que le concept de « forme » soit central dans la logique du droit d'auteur, il n'en demeure pas point fuyant. M. le professeur GAUDRAT souligne cette lacune : « Il y a quelque chose de surprenant à ce que la substance même de l'objet soit si peu approfondie »²¹⁰⁷. Ajoutant que « toute forme n'est pas protégeable par la propriété littéraire et artistique. Faute d'avoir suffisamment cerné la nature de la forme protégeable, on tend à y accueillir de plus en plus volontiers des formes étrangères à l'esprit de sa protection »²¹⁰⁸. Et pourtant, la doctrine se contente le plus souvent de rappeler

²¹⁰⁵ Nous rejoignons les propos de M. LEFRANC : « Dans notre cas, l'œuvre de l'esprit serait introuvable, dans la mesure où l'homme est enchaîné à ses gènes, qu'il soit poussière ou embryon. L'absence de liberté exclurait *a priori* toute forme de création ; la forme - si forme il y avait - serait totalement imposée par la nature » (*Ibid*).

²¹⁰⁶ V. *infra* n°519.

²¹⁰⁷ Ph. GAUDRAT, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit*, in *Mélanges en l'honneur d'A. FRANCON*, Dalloz, 1995, p. 195.

²¹⁰⁸ *Ibid*. p. 195.

les caractéristiques de ce point commun que l'on retrouve en chaque œuvre²¹⁰⁹ et de réaffirmer son opposition aux idées. On apprend ainsi, qu'elle ne dépend pas de son niveau d'achèvement²¹¹⁰, qu'elle ne s'appuie pas nécessairement sur un support²¹¹¹ et qu'elle doit être perceptible au sens.

Sur la perceptibilité au sens, certains auteurs, à l'instar de MM. les professeurs LUCAS²¹¹², l'ont érigée en véritable critère de la mise en forme, au regard de la finalité de communication au public que doit remplir l'œuvre de l'esprit. L'évolution de la jurisprudence permet d'affiner cette considération en fonction des sens²¹¹³. Ainsi, les sens chimiques, dans la neurophysiologie, à savoir le goût et l'odorat²¹¹⁴ n'ont pas la préférence des juges²¹¹⁵, qui

²¹⁰⁹ En ce sens, M. VIVANT, *Les métamorphoses de l'œuvre. Des mythologies aux mythes informatiques*, D. 2010, p. 776 et spéc. p. 777 : « Je rejoins I. Cherpillod quand il observe que « des créations industrielles à l'art contemporain, la distance est telle que ce serait une gageure que de vouloir dégager des propriétés ontologiques communes aux unes et aux autres ». Non point donc une essence mais plus modestement, « quelque chose » à quoi puisse se reconnaître une œuvre (...)».

²¹¹⁰ Tel en dispose l'article L. 111-2 du Code de la propriété intellectuelle : « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de sa réalisation, même inachevée, de la conception de l'auteur ».

²¹¹¹ Le « seul fait de la création » de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, suffit à récuser l'exigence de matérialisation de l'œuvre de l'esprit, permettant par exemple d'accepter les œuvres éphémères.

²¹¹² A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, coll. *Traités*, 2006. Cette exigence de concrétisation de l'œuvre par les sens, est partagée par une grande partie de la doctrine, v. notamment : C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n°61, p. 55 : « Si la forme n'est pas perceptible par autrui (ou susceptible de l'être), il ne peut pas exister une œuvre de l'esprit ». – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n°72, p. 76 : « L'œuvre (achevée ou non, enchâssée ou non sur un support) doit échapper à son auteur pour être perçue par le public ».

²¹¹³ Bien que la liste exemplative de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle n'opère aucune distinction entre les œuvres selon leur perceptibilité, on remarque que la plupart de ces illustrations font appel aux sens mécaniques. Cet argument pourrait tenir, si le texte n'était pas précédé de l'adverbe « notamment » qui autorise l'entrée de tout type d'œuvre.

²¹¹⁴ À la différence des sens mécaniques comme le toucher, la vue et l'ouïe.

²¹¹⁵ Elle est particulièrement nette pour le refus de considérer des fragrances comme des œuvres de l'esprit. En ce sens voir les deux principaux arrêts de la Cour de Cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 307, p. 267 ; D. 2006, A.J. p. 1741, note DALEAU ; D. 2006, jur., p. 2470, note EDELMAN ; D. 2006, panorama, p. 2993, obs. SIRINELLI ; *JCP G*, 2006, II, 10138, p. 1597, note F. POLLAUD-DULIAN « Lorsque la loi dit que la catégorie des œuvres de l'esprit est ouverte, cela n'implique pas que le fruit de tout travail intellectuel soit une œuvre, ni que l'absence de tout exemple d'œuvre perceptible par un autre sens que la vue ou l'ouïe soit dépourvue de signification. Au contraire, le choix de ces exemples peut fort bien être délibéré pour exclure implicitement de la qualification d'œuvre, ce qui ne passe ni par la vue, ni par l'ouïe, tout en étant exemplatif pour les œuvres accessibles par la vue ou l'ouïe... » (spéc. p. 1599) ; *JCP E*, 2006, I, 162, §5, note CARON ; *Dr. et Patr.* 2007, n°156, p. 42, note BRUGUIERE ; *RTD com.* 2006, p. 587, obs. POLLAUD-DULIAN, *Propr. intell.* 2006, n°21, p. 442, note LUCAS ; *RLDI* 2006, juillet/août, n° 18, p. 10, obs. HUMBLLOT ; *C.C.E.* 2006, comm. 119, note CARON ; *Propr. industr.* 2006, comm. 82, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI. Décision confirmée par : Cass. com., 1^{er} juillet 2008, *C.C.E.* 2008, comm. 100, note CARON ; D. 2008, AJ, p. 1993, *Propr. intell.* 2008, n°29, p. 419, note BRUGUIERE.

récusent systématiquement les œuvres de l'esprit perceptibles par ces sens, par des motifs discutés²¹¹⁶ et principalement axés sur l'insuffisance de description.

Si ce seul critère de la perceptibilité au sens est nécessaire pour comprendre ce que recouvre la notion de forme, il apparaît toutefois comme insuffisant. D'autres théories avaient également été avancées pour préciser ce concept et particulièrement, celle de DESBOIS. Pour expliquer le processus créatif de l'idée vers sa mise en forme, il propose une théorie dont les idées constituent une première étape, qui se prolonge par la *composition* et l'agencement des idées et après, par *l'expression* dans une forme²¹¹⁷. Dépassant cette analyse, M. le professeur GAUTIER ajoute que l'œuvre doit s'extérioriser de son auteur, avec une *précision* suffisante²¹¹⁸. Or, si la forme d'une œuvre de l'esprit résulte d'une composition et d'une expression des idées, on peut opérer un rapprochement avec le travail créatif. On remarquera qu'il est à la base de l'expression des idées dans une forme et qu'il permet d'éclairer les modalités de l'expression, notamment celles des œuvres dérivées²¹¹⁹. Pour la recherche de la mise en forme, le domaine de la santé ne diffère pas des domaines classiques d'application du

²¹¹⁶ En ce sens, v. D. GALAN, *La protection de la création olfactive par le droit de la propriété intellectuelle*, PUAM, 2010 – O. LALIGANT, « Des œuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher », *RRJ* 1992-1, n° 3, p. 105. – M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°72, p. 76. – M. VIVANT, « Parfums : l'heureuse résistance des juges du fond », *D.* 2007, p. 954.

²¹¹⁷ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 2^e éd. refondue, Paris, Dalloz, 1966, p. 22 : « Les idées, comme telles, échappent à l'appropriation ; c'est au développement que l'idée a reçu, à la composition et à l'expression que le monopole temporaire est attaché ». Approfondissant cette gradation, v. l'exhaustive étude sur la forme établie par M. le professeur Ph. GAUDRAT (*in*, Ph. GAUDRAT, *Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit : Mélanges en l'honneur d'A. FRANCON*, Dalloz, 1995, p. 195. Le point de départ de son analyse est une définition empirique de la chose : « Une forme, de quelque nature ou espèce qu'elle soit, consiste toujours dans l'organisation d'une substance » (spéc. p. 196). Cette définition le conduit à distinguer entre deux types de formes, qui constituent par « emboîtement » l'œuvre de l'esprit : la forme externe de l'œuvre est une forme extérieure au sujet que l'on peut percevoir par les sens et la forme interne qui ne vit que dans l'esprit de l'homme. En d'autres termes, la forme interne serait le stade de la conception, sur lequel se grefferait la forme externe, le stade de la réalisation.

²¹¹⁸ Éclairant la théorie de DESBOIS, M. le professeur P.-Y. GAUTIER (*in*, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2001, n°29, p. 52) emploie une belle métaphore : « le processus de création artistique ne serait autre qu'un enfantement, analogue à celui de l'être humain : l'œuvre est conçue – c'est l'«idée» ; puis intervient la gestation : préparation, assemblage, coordination (plan), croissance – c'est la « composition » ; enfin, l'œuvre vient au monde : écriture du roman, de la pièce du scénario – c'est l'« expression » ». Mais l'auteur propose son dépassement, avec la notion de *précision*. Procédant à un rapprochement avec le droit des obligations et le consentement extériorisé, « la mise en forme de l'idée, ce n'est pas l'écriture du roman ou son plan détaillé, consigné sur une feuille de papier, c'est le fait de parvenir à une précision suffisante quant à l'œuvre future dans l'exposé que l'on peut en faire à autrui, oralement ou de toute autre façon, c'est la détermination des contours de ce qui n'est pas un vague thème, un sujet encore flou » (*ibid.* n°31, p. 55).

²¹¹⁹ Nous l'avons étudié précédemment, le travail créatif dans les œuvres dérivées consiste dans le *choix* ou la *disposition* des matières, qui traduit une mise en forme.

droit d'auteur. En effet, si l'on reprend la liste exemplative de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, appliquée au domaine de la santé, il n'existe pas de véritables spécificités sur la forme des œuvres en ce domaine. L'analyse est le plus souvent opérée par les juges lors de litiges en contrefaçon. Toutefois, il est nécessaire de rester particulièrement vigilant à cette notion, car s'inscrivant dans une catégorie alternative à celle des idées, il est important d'en avoir une conception stricte²¹²⁰.

b) Un particularisme de la forme d'expression dans le domaine de la santé ?

485.- L'absence de spécificité. Dans le domaine de la santé, il n'existe pas de notables particularités sur la forme d'expression. En effet, si l'on reprend la liste exemplative de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, dressée précédemment pour le domaine de la santé, les œuvres littéraires, artistiques ou musicales, etc. sont représentées de manière hétérogène dans ce domaine pourtant peu enclin au droit d'auteur. Nous noterons, toutefois, avec M. le professeur STRUBEL, une préférence pour les œuvres littéraires, qui servent souvent de point de départ à l'exposé des théorèmes scientifiques²¹²¹.

Mais il semble que la spécificité de ce domaine réside moins dans les modalités d'expression de la forme que dans la délimitation du domaine de la forme d'expression. Comme il a été noté précédemment, la notion de forme est un concept alternatif de celui d'idée. Autrement dit, une chose incorporelle mise en forme ne fait plus partie du domaine des idées. Or, pour les œuvres scientifiques, le contenu prime sur la forme d'expression²¹²². Au-delà, le scientifique paraît même lié par une expression précise et rigoureuse pour assurer la véracité de son propos et la diffusion la plus crédible de ses théories. En ce sens, M. le professeur STRUBEL souligne que « d'une manière générale, la finalité du langage scientifique, sa

²¹²⁰ Mais comme dans toute catégorie alternative, l'une peut souffrir du succès de l'autre. On pense naturellement à l'autre catégorie alternative phare de cette étude, à savoir celles des choses communes, le plus souvent, définie en fonction de celle des biens.

²¹²¹ X. STRUBEL, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Éditions, 1997, p. 20 : « La finalité ultime d'un auteur scientifique consiste à exposer le fruit de sa pensée, de ses recherches ou de sa réflexion. (...) De fait, l'écriture et plus généralement la communication constituent une part importante de l'activité des scientifiques ».

²¹²² En ce sens, F. POIGNON, *Comment le droit peut-il protéger l'œuvre scientifique*, Th. Lille, 1928, p. 19 (cité par X. STRUBEL, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Éditions, 1997, p. 21) : « Pour le poète, ou le romancier, la forme est tout. Les idées qu'il exprime n'ont rien d'original, car il les puise dans le fonds commun, dans l'esprit de son siècle. Il lui importe peu qu'elles soient exploitées à nouveau par un auteur qui viendra près lui (...) pour le travailleur scientifique, au contraire, seule l'idée importe ».

précision terminologique risquent de laisser peu de place à l'auteur pour imprimer à sa création l'individualité formelle qu'exige le droit d'auteur »²¹²³. Ce qui pose également un problème de titularité des droits. En effet, si l'apport à la mise en forme permet de recevoir la qualité de coauteur, la fourniture de l'idée à un tiers ne le permet pas²¹²⁴. La frontière s'amincissant entre l'idée et la forme rend la tâche de délimitation encore plus ténue. Il convient donc de circonscrire scrupuleusement l'œuvre scientifique, au risque d'un rétrécissement délétère du domaine des idées²¹²⁵.

2) La conséquence : l'exclusion des idées de l'appropriation

486.- Il convient de présenter le principe général de l'exclusion des idées (a), avant de s'attacher au cas particulier des connaissances scientifiques (b).

a) Le principe général de libre parcours des idées

487.- L'exclusion négative des idées. Si l'origine de la valeur économique peut être perçue dès le stade de « l'idée »²¹²⁶, la tendance naturelle sera de rechercher une protection aux limites de la forme d'expression de l'œuvre et au plus proche du « fond »²¹²⁷, pour offrir au titulaire un droit privatif beaucoup plus large. Telle est la tendance de la laquelle il faut se

²¹²³ X. STRUBEL, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, op. cit. p. 21. Ce point sera débattu également dans les conditions de la protection, et notamment dans la recherche de l'originalité dans les œuvres scientifiques.

²¹²⁴ À propos des œuvres scientifiques, v. notamment Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1983, *D.* 1985, I.R., p. 309, obs. COLOMBET, qui refuse la qualité de coauteur d'un ouvrage médical. Mais cette décision doit être relativisée au regard de la célèbre affaire *Renoir c/ Guino* (Civ. 1^{ère} 13 novembre 1973, *D.* 1974, p. 533, note COLOMBET, *JCP G* 1975, II, 18029, note MANIGNE. Dans cette affaire, l'œuvre était réalisée par un sculpteur sous les indications de Renoir qui ne pouvait plus sculpter, les juges ont considéré que la sculpture portait l'empreinte du talent créateur personnel du jeune sculpteur, lui conférant de ce fait la qualité de coauteur. Sur cette question, v. les deux incontournables articles : B. EDELMAN, *La main et l'esprit*, *D.* 1980, chron p. 43. – R. LINDON, *L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation*, *JCP G* 1970, I, 2295.

²¹²⁵ Mais comme dans toute catégorie alternative, l'une peut souffrir du succès de l'autre. On pense naturellement à l'autre catégorie alternative phare de cette étude, à savoir celles des choses communes, le plus souvent, définie en fonction de celle des biens.

²¹²⁶ En ce sens, v. la pertinente remarque de M. le professeur C. CARON (*in, Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit. n°73, p. 64) : « (...) force est de constater qu'il peut paraître paradoxal de bouter hors du droit d'auteur des idées, siège d'une grande valeur, alors que le droit de la propriété littéraire et artistique étend ses largesses sur des créations bien plus modestes ».

²¹²⁷ Les notions de fond et d'idée sont liées en droit d'auteur. Autrement dit par C. CARON (*in, Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit. n°66, p. 59) : « le fond d'une œuvre est, en effet, souvent constitué par des idées ».

préservé pour protéger la valeur sociale des idées. En effet, la catégorie des idées est exclue du droit d'auteur par l'interprétation *a contrario* de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose que le droit d'auteur ne s'attache qu'à la *forme d'expression*. Cela signifie que l'idée est inappropriable à cause de son niveau d'abstraction²¹²⁸. Autrement dit, « il est clair qu'aucune protection juridique ne saurait être accordée à la pensée d'un homme »²¹²⁹. Mais d'une part, cet argument ne permet pas de comprendre pourquoi certaines idées sont exclues du droit d'auteur, quand bien même elles sont mises en forme, comme notamment pour les idées publicitaires²¹³⁰. En effet, l'idée fusionne dans la création, au point que, « l'idée est tellement prise dans la forme qu'elle en est devenue indivisible »²¹³¹. Ce qui vaut, en art contemporain, la qualification « d'œuvre idéale » par M. le professeur VIVANT²¹³². La confusion se dissipe légitimement dans l'esprit du titulaire du droit. Et

²¹²⁸ D'ailleurs, comment apprécier un litige en contrefaçon si l'examen du juge doit porter sur une idée ? Son niveau d'abstraction ne fait pas ressortir la personnalité de l'auteur qui permettra de déceler l'originalité de l'auteur.

²¹²⁹ A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Masson, 1991, n°5.112, p. 81.

²¹³⁰ CA Paris, 28 novembre 1958, *Ann. propr. ind.* 1959, p. 186. – Com. 16 juin 1994, *JCP G* 1965, II, 14059. – CA Paris, 22 avril 1969, *D.* 1970, p. 214, note MOUSSERON, *JCP G* 1970, II, 16148, note GREFFE.

Il est particulièrement difficile d'apprécier le moment de la concrétisation de l'œuvre dans une forme en matière de publicité, car elle fusionne dans la création. Selon M. le professeur GAUTIER « la protection n'interviendra que s'il y a eu des maquettes, projets écrits, tournages préparatoires, etc. » (P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2007, n°29, p. 53. Le régime juridique de l'exploitation de l'œuvre de publicité est précisé à l'article L. 132-31 du Code de la propriété intellectuelle.). Mais les enjeux financiers engagés sur l'idée publicitaire conduisent à repousser le curseur toujours plus loin dans le monde des idées. Mais dans le domaine de la santé, le message publicitaire doit être particulièrement soigné pour que la compréhension du produit n'entraîne pas des risques pour la santé du consommateur. Pour ce faire, la forme d'expression doit rester la plus libre possible et s'appuyer sur un panel large d'idées, sans craindre d'action en contrefaçon. Dans ce cas, la préservation de la liberté de création rejoint la protection à la santé.

Sur cette question, v. notamment C. BIGOT, *Droit de la création publicitaire*, LGDJ, coll. *Droit des affaires*, 1997.- A. FRANCON, *La publicité soumise au droit commun de la loi de 1957, Où commence l'œuvre publicitaire*, in *Publicité et droit d'auteur*, Colloque de l'IRPI, 22 mai 1990, Librairies Techniques, 1990, p. 7, et spéc. p. 8-9. – E. PARENT, *Le droit d'auteur sur les créations publicitaires*, Eyrolles, 1989.

²¹³¹ B. EDELMAN, *Création et banalité*, *D.* 1983, p. 73, et spéc. p. 74.

²¹³² L'art contemporain invite aujourd'hui à repenser la notion d'œuvre de l'esprit. On en a l'exemple récent de Bétina Rheims dans ce qu'il est convenu d'appeler affaire *Paradis*, La Cour de Cassation admet la protection de l'œuvre aux motifs que : « Mais attendu que l'arrêt relève que l'œuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme « Paradis » mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille, que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur ; que de ces constatations et appréciations souveraines faisant ressortir que l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale la Cour d'Appel en a à bon droit déduit que l'œuvre bénéficiait de la protection du droit d'auteur » (Civ. 13 novembre 2008, *JCP G* 2008, II, 10204, note LOISEAU, *C.C.E.* janvier 2009, comm. 1, note CARON). Pour des études approfondies de la question : v. notamment : E. TREPPOZ, *Quelle(s) protection(s) juridique(s) pour l'art contemporain*, *R.I.D.A.*, juillet 2006, n°209, p. 51. – J. ICKOWICZ, *Une analyse juridique de l'art contemporain*, Th. dactyl. Paris II, 2009.

d'autre part, cet argument autorise certains à imaginer qu'une idée originale et exprimée, même vaguement, serait protégeable par le droit d'auteur²¹³³. Au-delà, certains auteurs considèrent que « l'opposition idée-forme est totalement artificielle »²¹³⁴, car la protection de la seule forme exclut de manière automatique les idées non exprimées²¹³⁵. Ce raisonnement conduit à définir négativement la sphère de l'inappropriation. Or, cette exclusion négative des idées s'avère insuffisamment protectrice de la valeur sociale²¹³⁶ véhiculée par l'idée et mène à des réservations excessives²¹³⁷ qui nécessitent de s'interroger sur les modalités d'une protection plus adéquate.

488.- L'exclusion par principe des idées. Ce débat sur l'opposition du fond et de la forme atteint un tel classicisme, qu'il peut sembler vain d'y apporter une nouvelle contribution²¹³⁸. Étant précisé que, le fond désigne « le message d'une œuvre ou l'information qu'elle contient »²¹³⁹. Et pourtant, la célèbre formule de DESBOIS selon laquelle « les idées sont de

²¹³³ En ce sens, v. la remarque de M. le professeur P.-Y. GAUTIER (*in*, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2001, n°29, p. 52) : « c'est en réalité parce que l'idée est banale qu'on ne la protège pas – serait-elle mise en forme qu'elle ne connaîtrait pas un meilleur sort ». V. également C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°71, p. 64, qui se prononce pour l'abandon de la notion d'idée et la réhabilitation du concept de forme », car « la notion d'idée a surtout un sens pour désigner une idée non exprimée ».

²¹³⁴ Ph. LE TOURNEAU, *Folles idées sur les idées*, C.C.E. 2001, chron. n°4, et spéc. n°9.

²¹³⁵ En ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.* n°71, p. 64 : « En effet, dès lors que l'idée est formalisée, le droit d'auteur ne doit plus se préoccuper que de la création de forme qui en résulte ».

²¹³⁶ Une première piste dans notre recherche de cette valeur...

²¹³⁷ En effet, dans le domaine de la science toute idée recèle un minimum de formulation, la propulsant de manière automatique dans le giron du droit d'auteur.

²¹³⁸ Cette opposition atteint un tel classicisme qu'on la retrouve dans les dispositions internationales du droit d'auteur, à l'article 9.2 des accords ADPIC et dans l'article 2 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, du 20 décembre 1996. Pour d'autres exemples en droit comparé, v. Cl. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé*, Litec-Unesco, 2^e éd., 1992. Dans cet ouvrage l'auteur cite également la protection accordée aux idées par l'article 102 (lettre b) du *Copyright Act* des États-Unis, du 19 octobre 1976, qui dispose qu'il : « ne s'étend en aucun cas à tout procédé, idée, procédure, système, mode opératoire, concept, principe ou découverte ». Pourtant, certains auteurs envisagent sa remise en cause, v. notamment, I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC-Litec, Lausanne, 1985, p. 183 : « La propriété littéraire et artistique doit s'attacher à tous les éléments de l'œuvre qui remplissent les conditions de la protection, sans qu'il y ait lieu de distinguer la forme de l'idée ». L'auteur pose toutefois, un tempérament sur « les procédés et méthodes s'adressant à l'intelligence » (*Ibid.*, p. 183) afin de ne pas menacer les libertés de la recherche, pour lesquelles il préconise « le mécanisme de la libre utilisation ». V. aussi, B. EDELMAN, *Création et banalité*, D. 1983, Chron. p. 73.

²¹³⁹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.* n°65, p. 59.

libre parcours »²¹⁴⁰ s'avère complexe dans son application²¹⁴¹. Pour comprendre l'importance de la soustraction des idées, il faut expliquer que le monopole offert par le droit d'auteur en ne portant pas sur le fond de l'œuvre va pouvoir donner prise à une multitude de formes protégeables²¹⁴². En d'autres termes, à partir d'une seule idée, plusieurs œuvres vont naître²¹⁴³. La plupart des auteurs s'accordent ainsi à considérer que les idées forment la base

²¹⁴⁰ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, p. 22 : « les idées qu'émettent les historiens, les philosophes, les juristes, sont de libre parcours ; ils les offrent à la méditation et à la critique de leurs pairs ». La doctrine adopte également cette conception, v. notamment : R. PLAISANT, *Propriété littéraire et artistique*, 1^{ère} éd., Delmas et Cie., Paris, 1985, n°19, p. 19 : « Le droit d'auteur ne protège pas l'idée, qui est libre, mais la forme sous laquelle une idée est exprimée. L'idée doit être libre. Elle constitue un bien commun à tous. Quiconque doit pouvoir le reprendre pour en tirer de nouveaux développements. Autrement, le droit d'auteur dont le but est de favoriser le progrès de la culture, entraverait celui-ci avec la liberté de la pensée ». – Celle-ci étant tellement de libre parcours, qu'elle est même reprise par le juge, qui l'utilisent pour fonder leurs décisions.

On citera également l'étude globale de I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC-Litec, Lausanne, 1985 et du même auteur, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, in I. de LAMBERTERIE, éd., *Le droit d'auteur aujourd'hui*, CNRS Éditions, 1990, p. 29 : « Finalement ce n'est qu'en matière scientifique que l'on pourra voir des idées qui seraient exclues de la protection légale, et c'est là le seul point qui peut donner lieu à controverse. Pour le reste, je pense que la protection s'attache aux œuvres littéraires et artistiques dans leur entier, indépendamment de cette distinction entre idée et forme, qui n'intervient, concrètement qu'en matière scientifique, à mon avis ».

²¹⁴¹ En ce sens, A. LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975, n°47, p. 30 : « Tel est le principe de l'exclusion des idées, considéré comme l'une des règles les plus fondamentales et les moins contestables du droit de la propriété intellectuelle. Ce principe n'a pas donné lieu à des études approfondies. La plupart des auteurs et des décisions l'énoncent comme s'il allait de soi. Pourtant, il est capital, pour comprendre les solutions du droit positif, de s'attarder sur les arguments qui ont été invoqués pour le justifier », et du même auteur « La vérité est que le mot « idée » est parfaitement ambigu » (in, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2002, p. 13).

Et pourtant, ce n'est pas faute d'une littérature foisonnante en la matière : v. notamment : A. BERTRAND, *L'exclusion des idées du champ du droit d'auteur*, *Cah. Dr. d'auteur*, septembre 1990, n°30, p. 1. – Association littéraire et artistique internationale (ALAI), *La protection des idées*, actes du colloque de Sitges du 4-7 octobre 1992, ALAI 1994, et spéc. A. LUCAS, *La distinction entre la forme et l'idée en matière de droit d'auteur*, p. 119, évoquant la « fascination » de la doctrine. – Ch. BROSSARD et Ph. DURNERIN, *L'absence de protection des idées par le droit d'auteur*, *Gaz. Pal.* 1988, 1, p. 69. – B. EDELMAN, *La main et l'esprit*, *D.* 1980, chron. p.44. – A. FRANCON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, coll. *Les cours de droit*, 1999, p. 158. – Ph. GAUDRAT, *Le statut juridique des idées*, in *Appropriation et circulation de l'information*, *Brises*, 1988, n°12, p. 28. – P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2001, n°29, p. 52. – X. LINANT de BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, avec la collaboration de C. ZOLINSKI, Dalloz, coll. *Cours séries droit privé*, 2002, n°212, p. 38. – R. LINDON, *L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation*, *JCP G*, 1970, I, 2295. – E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, par G. Maillard et C. Claro, 3^e éd., Paris, Marchal et Billar, 1908, n°14 et s., selon qui : « la pensée en elle-même échappe à toute appropriation. Elle reste dans le domaine inviolable des idées dont le privilège est d'être éternellement libre ».

²¹⁴² « Il en résulte que l'instauration d'un monopole sur l'idée paralyse toute création qui s'en inspirerait » selon C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°67, p. 60.

²¹⁴³ B. EDELMAN (in, *Création et banalité*, *D.* 1983, p. 73) citant SCHOPENHAUER (*Métaphysique de l'amour, Métaphysique de la mort*, 10/18, 1964, p. 37-38 : « L'amour est à l'ordinaire le thème principal de toutes les œuvres dramatiques, les tragiques comme les comiques, les classiques comme les romantiques, les hindoues comme les européennes ; il n'est pas moins la matière de la majeure partie de la poésie lyrique et épique ; et encore, pourra-t-on ajouter à celle-ci les amas considérables de romans que dans tous les pays civilisés d'Europe, et depuis des siècles déjà, chaque année produit aussi régulièrement que les fruits de la terre ».

indispensable à toute création²¹⁴⁴, qui ne se construit pas *ex nihilo*²¹⁴⁵. En ce sens, M. le professeur LUCAS explique que « l'exclusion, à la vérité, coule de source, tant il est évident que tous les auteurs puisent dans un fonds commun, et s'impose en même temps comme une conséquence de la liberté d'expression »²¹⁴⁶ et plus précisément de la liberté de création²¹⁴⁷.

Et le rapprochement de M. EDELMAN avec la propriété industrielle présente un grand intérêt pour notre démonstration : « le statut de l'idée – en tant qu'elle exprime un fonds commun imaginaire – dans la propriété littéraire est donc tout à fait comparable au statut de la nature dans la propriété industrielle. Ici comme là on respecte un patrimoine commun, et ici comme là ce patrimoine est inappropriable »²¹⁴⁸. Par cela, les idées représentent une valeur essentielle à tous les processus créatifs, qu'il est donc nécessaire de protéger du monopole du droit d'auteur, et tout particulièrement dans le domaine de la santé²¹⁴⁹. Et M. le professeur CARON de conclure parfaitement : « si les idées étaient des œuvres, la pression du droit d'auteur serait purement et simplement insoutenable »²¹⁵⁰.

On comprend alors pourquoi une simple interprétation *a contrario* de la forme d'expression, reléguant l'idée dans sa dimension abstraite, est insuffisante. La proposition²¹⁵¹ d'ériger la maxime, selon laquelle les idées sont de libre parcours », en principe général du droit²¹⁵²,

²¹⁴⁴ En ce sens, v. notamment, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.* n°63, p. 69 : « (...) c'est précisément parce que ce qu'il est convenu d'appeler création, à l'échelle humaine, n'est jamais que recréation et toujours recréation ».

²¹⁴⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.* n°62, p. 68.

²¹⁴⁶ A. LUCAS, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2002, p. 12.

²¹⁴⁷ D. COHEN, *La liberté de créer*, in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, M. A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, Dalloz, 10^e éd., 2004, p. 407. La liberté de créer serait une liberté spécifique, même si par certains traits elle se présente comme un sous-ensemble de la liberté d'expression. On pourrait même souligner que la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie sont également sauvées grâce à ce principe (en ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°62, p. 69) ou encore, la liberté de la recherche scientifique.

²¹⁴⁸ B. EDELMAN, *Création et banalité*, *D.* 1983, p. 73 et spéc. p. 75.

²¹⁴⁹ Ce raisonnement peut également servir aux œuvres d'art contemporain, qui interrogent le droit d'auteur.

²¹⁵⁰ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°67, p. 60.

²¹⁵¹ En ce sens, v. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°64, p. 71.

²¹⁵² Sur ce principe, v. notamment : J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950.– Ph. BLONDEL, *Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation*, in *Entretiens de Nanterre, JCP* 1989, éd. E., suppl. n° 5, p. 20.– J.-P. GRIDEL, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé*, *D.* 2002, chron., p. 228.– P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, LGDJ, coll. *Droit privé*, Paris, 1999.– M. OPPETIT, « Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation », in *Entretiens de Nanterre, JCP* 1989, éd. E., suppl. n° 5,

semble bien plus efficace et utile²¹⁵³, et tout particulièrement dans le domaine de la santé. En d'autres termes, l'inappropriation assurerait la souveraineté de la valeur sociale répandue par les idées.

b) Le libre parcours des connaissances scientifiques

489.- Le libre parcours des idées dans le domaine de la santé : le cas des connaissances scientifiques. Le domaine de la santé enrichi particulièrement la catégorie des idées à travers les connaissances scientifiques. « Les connaissances sont la graine et le fruit du savoir (culturel et scientifique) de l'humanité, elles se développent au fil des temps, se répartissent dans les différents domaines de la science »²¹⁵⁴. Si l'on raisonne à partir de l'insuffisance de mise en forme de l'idée pour justifier son inappropriation, on se heurte à la spécificité des œuvres scientifiques. En effet, comment créer plusieurs formes différentes et originales, c'est-à-dire des œuvres, en s'appuyant sur une seule et même idée, et en restant fidèle à cette idée au risque de la dénaturer et de menacer la santé humaine. Il semble dans ce cas précis, assez difficile de dissocier le fond de la forme dans une œuvre scientifique, au risque sinon, de s'éloigner dangereusement d'un propos scientifique avéré.

La justification selon laquelle les connaissances scientifiques, par leur valeur sociale, doivent demeurer accessibles à tous afin de pouvoir multiplier les œuvres de l'esprit dans le domaine de la santé apparaît, d'une part, comme plus adaptée, mais aussi particulièrement indispensable à la diffusion du progrès médical. Les connaissances scientifiques servent de socle à la recherche fondamentale, ce qui explique que dès leur divulgation par l'auteur, elles

p. 16.

²¹⁵³ Aurait également pu être proposé de créer une disposition spéciale relative à l'exclusion des idées du monopole du droit d'auteur, sur le modèle du droit des brevets, qui exclus expressément les découvertes du champ de la brevetabilité, sur le fondement de l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle. *Contra*, I. CHERPILLOD, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, in I. de LAMBERTERIE (sous la dir.), éd., *Le droit d'auteur aujourd'hui*, CNRS Éditions, 1990, p. 30, selon qui la protection des idées est propre au droit des brevets et ne doit pas être transposée au droit d'auteur.

²¹⁵⁴ X. STRUBEL, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Éditions, 1997, p. 36. L'auteur précise que selon la nature des résultats on parlera d'idées, d'hypothèses, de théories, ou de méthodes, de découvertes, citant les distinctions entre ces termes opérées par P. OLAGNIER, *Le Droit des savants*, LGDJ, 1937, p. 11. En ce sens également, v. E. ULMER, *La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateurs en particulier*, *R.I.D.A.* octobre 1972, p. 47 : « les connaissances scientifiques, les idées et les théories, les formules mathématiques, etc. contenues dans les œuvres scientifiques ne peuvent pas faire l'objet de la protection du droit d'auteur ».

doivent entrer dans le fonds commun de la science²¹⁵⁵. Comme le souligne M. STRUBEL : « le développement culturel et scientifique d'un pays implique naturellement que le public puisse accéder aux connaissances contenues dans les œuvres de l'esprit éditées »²¹⁵⁶. Leur protection est également assurée par le juge. À titre d'illustration, le Tribunal civil de Marseille, le 11 avril 1957 a considéré que « l'idée scientifique ne peut faire l'objet d'une protection légale »²¹⁵⁷, nous ajouterions ni par le droit des brevets²¹⁵⁸ ni par le droit d'auteur. Ce raisonnement a récemment permis de juger qu'un ouvrage, s'adressant aux personnes atteintes de la maladie d'Alzheimer, ne constitue qu'une idée dont seule la mise en forme originale pourrait être protégée par le droit d'auteur²¹⁵⁹. La finalité du droit d'auteur est donc,

²¹⁵⁵ En ce sens, A. BERTRAND, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, Masson, 1991, n°5.112, p. 166. Et aussi, M. PLAISANT, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 302, n°35 : « les ouvrages scientifiques sont protégés en tant qu'expression de la pensée humaine, ils ne le sont pas dans la mesure où ils énoncent, sous une forme banale ou nécessaire, des lois ou des procédés de caractère technique, eux-mêmes non protégés. En effet, la découverte scientifique procède et progresse en fonction d'acquis successifs dont seule la présentation sous une forme originale demeure l'exclusivité de l'auteur ».

²¹⁵⁶ X. STRUBEL, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Éditions, 1997, p. 47. Sur ce thème, l'auteur cite P. FAYARD, *La culture scientifique : enjeux et moyens*, La documentation française, coll. *Problèmes politiques et sociaux*, n°634, 1990. Dans le même sens, v. aussi A. LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975, n°283, p. 184 : « Cette solution est parfaitement justifiée ; il est moins dangereux de laisser un créateur monopoliser le contenu intellectuel d'une œuvre littéraire que le contenu intellectuel d'une œuvre à caractère scientifique ou technoscientifique » et citant : J.-F. BANZHAF, *Copyright protection for computer programs*, *Columbia Law Review*, vol. 64 (1964), p. 1289 « La société a moins à perdre à accorder un droit privatif sur l'intrigue d'une aventure de James Bond que sur une idée (scientifique) dont peut dépendre le bien de l'humanité ».

²¹⁵⁷ Trib. civ. de Marseille, 11 avril 1957, *D.* 1957, jur. p. 369. – Ou encore, l'arrêt : CA Paris, 22 janvier 1982, *R.I.D.A.*, 1982, n°114, p. 164 : « Les dispositions de la loi du 11 mars 1957 ne concernent pas les idées exprimées, mais la forme originale sous laquelle elles sont données. Un ouvrage, même de vulgarisation scientifique, peut donc, sans encourir le reproche de reproduction systématique, utiliser le langage propre à la matière traitée, énumérer et décrire de manière identique à celle des ouvrages précédents (...) les caractéristiques, les propriétés des produits thérapeutiques, les formules de traitements, leurs applications ». Un arrêt plus ancien fait référence non aux idées, mais aux méthodes thérapeutiques : CA Paris, 4 mai 1911, *D.* 1912, p. 2 et p. 181 : « Les inventeurs de méthodes scientifiques ou thérapeutiques jouissent, pendant leur vie, d'un droit exclusif de propriété, transmissible pendant cinquante ans, à leurs héritiers, sur les livres et brochures écrits par eux et contenant l'exposé de leurs méthodes. Et ils peuvent faire breveter les appareils nécessaires, s'il en existe, à l'emploi de ces méthodes. Mais aucune disposition de la loi ne protège l'invention des méthodes elle-même qui aussitôt publiées et divulguées tombent forcément dans le domaine public et peuvent être appliquées par tout savant ou praticien qui en a connaissance ». Plus généralement, v. B. EDELMAN, *La main et l'esprit*, *D.* 1980, chron., p. 43.

²¹⁵⁸ V. *supra* n°310 en droit des brevets l'exclusion des découvertes scientifiques et des théories mathématiques.

²¹⁵⁹ CA Paris, 4^e ch., 15 mars 1994, *Gaz. Pal.* 1995, 1, somm. p. 93. Cette décision peut être rapprochée d'un ancien et incontournable arrêt de la Cour de Cassation, rendu à propos d'une méthode d'enseignement du solfège destinée à des enfants, où les notes étaient déguisées en personnage. Il s'en rapproche, non dans la solution, qui en l'espèce a fait droit au demandeur dans leur action en concurrence déloyale, mais plus dans une motivation, qui consiste en « Si une idée ou une méthode d'enseignement n'est pas susceptible en elle-même d'une appropriation privative, son auteur, lorsqu'il en fait application, dans une œuvre radiophonique ou littéraire, est en droit d'exiger que ses concurrents n'en fassent pas application sous une forme générale identique de nature à créer une confusion entre les ouvrages » (Com. 29 novembre 1960, *RTD com.* 1961, p. 607, note DESBOIS ;

dans l'intérêt du progrès médical, de permettre la diffusion de ces connaissances sans les monopoliser.

490.- Conclusion : où est cette valeur sociale ? L'important n'est pas tant la recherche de la valeur sociale en elle-même, mais plus l'orientation qu'elle va donner au droit d'auteur en le finalisant. Nous savons que la finalité de progrès médical inonde les dispositions des différents droits de propriété intellectuelle, mais dans quel sens agit le droit d'auteur ? La définition de l'objet du droit d'auteur nous permet de dire que l'objet même du droit d'auteur n'est pas imprégné de cette valeur sociale. En effet, ne s'attachant qu'à la forme de la création il ne peut lui être reconnu une quelconque considération du contenu médical des œuvres qu'il a vocation à protéger. En d'autres termes, il ne sera pas accordé de droit d'auteur à des objets pour leur valeur sociale, c'est-à-dire pour leurs qualités objectives aptes à réaliser le « bien-être » social. L'objet du droit d'auteur - l'œuvre de l'esprit - bien que présent dans le domaine de la santé ne serait pas socialement valorisé (juste économiquement, par la « valeur-travail »). Cette déconsidération du fond s'explique par son extrême valeur sociale. Comme la science en droit des brevets, qui est à protéger de toute intrusion de la technique pour générer plus de progrès médical. Le droit d'auteur valorise les choses incorporelles extérieures aux contours stricts posés à son objet. Finalement, la valeur sociale serait extérieure au droit d'auteur et la définition de l'objet, ne s'attachant qu'à la forme et non au contenu de l'œuvre le démontre.

Si c'est le contenu de l'œuvre de l'esprit qui est socialement valorisé, quel est le sens de la règle de droit au regard du progrès médical ? *Tout est mis en œuvre dans la définition de l'objet pour que ce contenu ne soit pas approprié, mais diffusé le plus largement possible.* C'est ainsi que les idées doivent être maintenues dans la sphère de l'inappropriable. Mais pourquoi ? Parce qu'à la manière de la science en droit des brevets, elles sont le puits de connaissance dans lequel s'alimentent toutes les œuvres. Dans le domaine de la santé, le contenu de l'œuvre de l'esprit est le résultat de toutes les connaissances scientifiques acquises depuis longue date. Est-ce qu'on ne pourra pas aller au-delà et reconnaître un rôle bien plus fondamental au droit d'auteur ? En disant que par la considération de la valeur sociale des connaissances scientifiques, il alimente non seulement les œuvres de l'esprit, mais également

Gaz. Pal., 25-28 février 1961, p. 152 ; *R.I.D.A.* 1961, n°31, p. 78 ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, commentaire n°6, C. FRUTEAU).

toutes les techniques futures, certainement brevetées, qui tendront à la réalisation du progrès médical. Il serait donc un vecteur essentiel dans la diffusion²¹⁶⁰ des connaissances sur toute science. La préservation de l'accès au contenu socialement valorisé des œuvres serait finalement la garantie de la réalisation de tout le progrès médical. Et même au-delà, notamment si on regarde dans le domaine de l'information publique. Comme le souligne M. le professeur BRUGUIERE, source de valeur sociale, les droits de propriété intellectuelle vont assurer sa diffusion afin de préserver son accessibilité²¹⁶¹.

Le droit d'auteur, loin d'être un droit secondaire dans le domaine de la santé, devient le pilier du progrès médical.

En somme, la finalité du droit d'auteur dans le domaine de la santé est la diffusion des connaissances scientifiques, essentielles au progrès médical, eu égard à la valeur sociale qu'elles véhiculent. Toute entrave monopolistique à la diffusion de ces connaissances est une entrave à l'accroissement dans le temps du progrès médical.

Les conditions d'appropriation doivent d'ailleurs être lues à la lumière de cette finalité.

Paragraphe 2

Le renforcement de la neutralité de l'œuvre de l'esprit par les conditions d'appropriation

491.- Des conditions négatives aux conditions positives de l'appropriation. Comme le souligne M. le professeur CARON, « alors qu'il n'existe pas de définition de l'œuvre de l'esprit dans le Code de la propriété intellectuelle, les textes légaux sont bien plus prolixes sur les qualités indifférentes pour accéder à la protection du droit d'auteur »²¹⁶². Sans présumer de la volonté du législateur, il semble que par cette indifférence appuyée il soutienne d'autant la protection conférée par le droit d'auteur à la seule forme. La principale motivation du rappel

²¹⁶⁰ En ce sens, v. notamment N. MALLET-POUJOL, *Le double langage du droit à l'information*, D. 2002, chron. p. 2420, et spéc. p. 2424 : « la notion d'œuvre n'est pas réductible à celle d'information. Au demeurant, le droit d'auteur participe à la diffusion de l'information. Il postule la diffusion de la création protégée, ne serait-ce que pour permettre à l'auteur d'en percevoir les fruits ».

²¹⁶¹ J.-M. BRUGUIERE, *La diffusion de l'information publique : le service public face au marché de l'information*, th. dactyl. Montpellier I, 1995, p. 10 : « La notion de diffusion de l'information peut être appréhendée à travers une confrontation, tant matérielle, qu'intellectuelle avec la notion d'accès à l'information ».

²¹⁶² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°100, p. 80.

de cette exclusion est la volonté d'éviter que s'abatte sur les œuvres de l'esprit l'arbitraire subjectif²¹⁶³ du juge. Alors que les conditions indifférentes sont au nombre de quatre : le genre, le mérite, la destination et la forme d'expression (A), seule une condition positive est exigée : l'originalité (B).

A) L'indifférence réaffirmée au contenu de l'œuvre

492.- Présentation. Il existe quatre qualités indifférentes lors de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur : le mérite (1), le genre et la forme d'expression (2) et la destination (3).

1) Le mérite

493.- Le mérite des œuvres du domaine de la santé. La considération du mérite dans le domaine de la santé serait tellement aisée²¹⁶⁴. Apprécier le contenu cognitif de l'œuvre ou la notoriété de l'auteur²¹⁶⁵ sont, dans le domaine scientifique et médical, des éléments appréciables avec plus d'objectivité que dans le domaine de l'art²¹⁶⁶. Mais le droit d'auteur s'y refuse *in fine* à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle, et fort

²¹⁶³ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°176, p. 145, qui justifient la protection indifférente aux caractéristiques de l'œuvre par « un principe de non-discrimination » ajoutant à propos du mérite, que « le juge ne doit pas en effet s'ériger en juge du beau, du bon goût ou du « politiquement correct » » (*Ibid.*, n°183, p. 149).– P.-Y. GAUTIER (*in, Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2001, n°35, p. 62, qui y voit une « règle d'égalité ».

²¹⁶⁴ Facilité éprouvée par les juges de la CA Paris, 13^e ch., 22 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974, I, p. 139 : « l'auteur s'est livré à un compendium des connaissances ordinaires en matière notamment anatomique, physiologique, médicale, diététique, esthétique ». On aurait également pu rejoindre les inquiétudes de M. le professeur STRUBEL (*in, La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Éditions, 1997, p. 88) à propos des comités de lecture des revues scientifiques qui évaluent les contributions scientifiques à l'aune de leurs qualités intrinsèques. Mais si le comité a le pouvoir de bloquer la publication de l'œuvre, il ne remet pas en question son existence. Autrement dit, le droit d'auteur naît, même s'il est entravé dans son exercice.

²¹⁶⁵ Nous nous attachons ici à ce que M. le professeur CARON (*in, Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°104, p. 82) appelle le mérite « qualitatif », et qui ne concernerait que les « œuvres géniales ». À côté, il existe aussi une appréciation « quantitative » du mérite, qui « signifie que l'œuvre longue et l'œuvre courte seront égales devant la loi », sauvant ainsi le subtil et unique vers du poème d'Apollinaire, *Chantre* face à l'encyclopédie *Diderot et d'Alembert*.

²¹⁶⁶ En ce sens, B. POIGNY, *La protection des œuvres scientifiques par le droit d'auteur*, Mémoire DESS, Paris II, 1982, n°5, p. 2 « l'œuvre scientifique appartient au monde de la connaissance exacte et objective, exprimée et vérifiable par des lois dont l'intérêt apparaît général et universel » (cité par X. STRUBEL, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Éditions, 1997, p. 25).

heureusement²¹⁶⁷. Et « cela est logique puisque le droit d'auteur ne s'intéresse qu'à la forme et pas au processus de création pour accorder ses bienfaits, ni au fond »²¹⁶⁸. À ce titre, une notice de médicament pourra au même titre qu'un Traité médical recevoir la protection du droit d'auteur, de même que le dessin d'une cellule cancéreuse ou le dernier documentaire médical²¹⁶⁹.

494.- L'appréciation du mérite revient à réintégrer la valeur économique au moment de l'appropriation. Les justifications avancées à l'impérative neutralité du droit d'auteur face au mérite expliquent l'absence d'appel fait aux justifications axiologiques. Et pourtant, ce n'est pas faute, tant pour la valeur économique que pour la valeur sociale d'avoir essayé de s'inviter au débat sur les conditions d'appropriation²¹⁷⁰.

La valeur économique, qui prend son origine dans la « valeur-travail » est, comme nous avons eu l'occasion de le démontrer, le moteur de l'apparition de nouveaux objets en propriété littéraire et artistique. Or, une fois divulguée, l'œuvre va acquérir une valeur d'échange, qui varie, principalement, en fonction de la qualité de l'œuvre et de la popularité de son auteur. La considération du mérite de l'œuvre s'effectue souvent en anticipation de cette valeur d'échange et revient à se poser la question déraisonnable d'accorder ou pas une place aux œuvres de faible valeur. Certains juges se sont laissés tenter par l'appréciation du talent ou du

²¹⁶⁷ Les justifications de cette exclusion sont diverses. La subjectivité de l'appréciation du juge, déjà évoquée, vient naturellement au premier plan. Mais on pourrait ajouter avec C. BERNAULT (*in* « Propriété littéraire et artistique. Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Règles générales », *J.-Cl. propriété littéraire et artistique*, fasc. 1135, n° 22) que l'inscription dans le temps de l'œuvre est aussi fondamentale, car « si le mérite devait entrer en ligne de compte, une œuvre pourrait être jugée non protégeable à un instant T puis protégeable à un instant T+1 ». Ou encore, l'explication de la théorie de l'unité de l'art, qui constitue un des points centraux de l'étude de référence en la matière, C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Paris, 1981.

²¹⁶⁸ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.* n°104, p. 82. Rappr. C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, *op. cit.* n° 309, p. 213 : l'indifférence au mérite s'explique par le « refus de toute appréciation des qualités intrinsèques de l'œuvre ». Dans cet ouvrage, l'auteur souligne que cette neutralité face au mérite ne concernait, selon les dispositions de la loi des 19-24 juillet 1793, que les œuvres de l'art pur (*Ibid.* n°18, p. 34). S'appuyant sur la théorie de l'unité de l'art, elle a étendu « les bienfaits de l'interdiction à des œuvres des Beaux-Arts, qui purent en être jadis exclues à des degrés divers. Elle favorisa en outre l'extension de cette mesure aux œuvres de l'art appliqué », par le biais des lois du 11 mars 1902 et du 11 mars 1957 (*Ibid.* n°226, p.160).

²¹⁶⁹ Pour une généralisation à toutes les œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur v. la remarque de M. le professeur GAUTIER illustre parfaitement le principe d'égalité des œuvres : « l'on traitera de la même façon une publicité pour une poudre à récurer qu'un film de Renoir, le dessin illustrant une poudre chocolatée, qu'un tableau de Max Ernst, une brochure sur l'épargne-logement, qu'un poème de Francis Ponge, un film pornographique qu'une œuvre érotique, etc. » (*in*, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 49, p. 68).

²¹⁷⁰ Renforçant la position de Mme CARREAU, selon qui le mérite est « un critère inéluctable de protection des œuvres de l'esprit » (*Ibid.* n°334, p. 231).

génie de l'auteur, tel que le démontre de manière générale Mme CARREAU²¹⁷¹. L'appréciation des talents du créateur procède également d'une confusion entre la condition exigée de l'originalité, traditionnellement définie comme l'empreinte de la personnalité de l'auteur, et de celle indifférente du mérite²¹⁷². D'ailleurs, les réticences exprimées sur l'art brut ne seraient-elles pas la manifestation d'une prise en compte du mérite de l'auteur lors de la protection de l'œuvre ?

D'autres, ont porté un jugement sur une éventuelle valeur sociale de l'œuvre dans son ensemble²¹⁷³. C'est ainsi que par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 novembre 1973²¹⁷⁴, les juges ont apprécié le mérite d'ouvrages médicaux, en considérant que « « La nature médecin » et « le Nouveau Médical » ne font qu'exploiter à des fins vulgairement commerciales, en mettant à profit la naïveté d'un public fortuné, des connaissances ramassées au hasard de lectures hâtives ou puisées dans le fonds commun des manuels sinon tirées de l'expérience pratique de tout un chacun ». De telles considérations sont regrettables dans le domaine de la santé, car en privant de protections certaines œuvres au seul motif de leur absence de mérite, on limite d'autant la richesse d'une offre diversifiée, sur laquelle viendront se bâtir de nouvelles théories scientifiques. Il convient donc, de résister fermement à l'assaut de cette condition négative.

²¹⁷¹ C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, op. cit. n° 419, p. 302, soulignant que l'appréciation « des vertus créatrices de l'auteur » « ne peut être conforme à la volonté du législateur (...) Or, la loi prohibe toute approche subjective et élitiste de la création littéraire, artistique ou musicale » et « L'insaisissabilité du talent, particule d'un univers intellectuel insondable, le place de la sorte dans les hautes sphères de la spéculation esthétique. Le Droit ne saurait en principe avoir d'emprise sur une donnée aussi peu accessible au sens commun. Il y perdrait non seulement toute efficacité, mais aussi toute crédibilité. L'indifférence seule le préserve de ces deux maux. Dans cette mesure, l'appréciation du talent, comme celle du mérite, trahit la finalité des dispositions législatives existant en la matière. (...) En réalité, le talent corrompt à un double point de vue l'approche juridique normale de la création littéraire et artistique. Il y introduit des notions qui devraient y être étrangères, telles la distinction ou la réussite de l'auteur » (*Ibid.* n° 421, p. 303).

À cet effet, l'auteur cite, entre autres, l'affaire Renoir, jugée devant la Cour d'appel de Paris, dans laquelle les juges prennent certaines libertés avec la notion de talent : « Considérant que si Guino n'a pas atteint la notoriété de Renoir, son talent de sculpteur, attesté par son œuvre personnelle, n'est pas contesté » (*in*, CA Paris, 9 juillet 1971, *R.I.D.A.* avril 1973, n°76, p. 160).

²¹⁷² Sur cette confusion, v. *infra* n°499 et s., nos remarques sur l'originalité. Pour illustrer nous reprendrons l'exemple ci-dessus relatif à l'affaire Renoir (*in*, CA Paris, 9 juillet 1971, *R.I.D.A.* avril 1973, n°76, p. 160), qui « permet à la Cour d'estimer, comme l'ont fait l'expert et les premiers juges, que certaines attitudes, certaines expressions, ont été acceptées et non dictées par Renoir, qu'elles marquent l'empreinte du talent créateur personnel de Guino, et que ces sculptures auraient été autres si elles avaient été l'œuvre du seul Renoir » [nous soulignons].

²¹⁷³ En ce sens, v. C. CARREAU, *Mérite et droit d'auteur*, op. cit. n° 338, p. 236 : « À des degrés divers, il faut le reconnaître, les juges du fond détournent en quelque sorte la notion de référence de son but initial et à travers elle, mesure le mérite de l'œuvre dans son entier ». L'auteur souligne que ces références peuvent être expresses (*Ibid.* n° 339, p. 236) ou par des allusions discrètes (*Ibid.* n° 342, p. 240)

²¹⁷⁴ CA Paris, 22 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974, I, 139.

495.- L'indifférence au mérite ou une certaine « hypocrisie » du droit d'auteur. Le droit d'auteur ne tient pas en considération le contenu de l'œuvre, et donc son mérite. Une œuvre démeritante pourra donc être appropriée. Mais lorsque le moment de sa circulation viendra se lèveront les boucliers de l'ordre public, du droit de la presse – un documentaire diffamant sur un laboratoire pharmaceutique – des droits fondamentaux – la publicité pour de l'alcool et le droit à la santé, etc. Ainsi, il a été démontré, qu'à travers les exemples des publications interdites des ouvrages attentatoires à la santé²¹⁷⁵ ou encore de l'affiche du film sur Gainsbourg²¹⁷⁶ les limites portées à la liberté d'expression par l'interdiction d'une publication se justifient par le souci de protection de la santé ou plus généralement pour le maintien de l'ordre public²¹⁷⁷.

Et pourtant, cette limitation du droit d'auteur au moment de son exercice interroge le droit dans son existence. Il est effectivement, difficile de comprendre l'utilité et la légitimité de l'octroi de prérogatives morales et patrimoniales à un auteur, qui ne pourra pas les exercer sur la scène publique ou même les défendre sur la scène juridique²¹⁷⁸. Pour cette raison, il serait

²¹⁷⁵ Par exemple, l'interdiction de diffusion, puis de réimpression de l'ouvrage C. GUILLON et Y. LE BONNIEC, *Suicide, mode d'emploi : histoire, technique et actualité*, éd. Alain Moreau, 1982, ou encore l'ouvrage de Rika Zarái, *Ma médecine au naturel*, Michel Lafon, 1985, ayant fait l'objet d'une condamnation pour exercice illégal de la pharmacie, sur assignation du Conseil de l'Ordre des Pharmaciens et donc d'une interdiction de circulation de cet ouvrage (Crim. 19 décembre 1989, n°88-87.082).

²¹⁷⁶ Sur cette affaire, v. C. CARON, *Dieu (n'est) plus un fumeur de havanes*, C.C.E. janvier 2010, repère 1.

²¹⁷⁷ Pour une étude approfondie de l'ordre public dans le domaine de la propriété littéraire et artistique, v. S. JOLY, *Création artistique et ordre public*, Th. dactyl., Montpellier I, 1999, p. 35.

La conjonction des termes *ordre* et *public* démontre bien cette orientation vers la collectivité et le lien fait avec les valeurs sociales (en ce sens, v. l'interrogation de M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.* n°185, p. 150 : « Comment l'ordre public, cet ensemble de principes, écrits ou non, qui au moment où l'on raisonne, sont considérés comme porteurs de valeurs essentielles, peut-il toucher le droit d'auteur ? »).

Or, la définition même de l'ordre public n'est pas aisée et reste une notion insaisissable de l'avis général (en ce sens, M. TALLON, *Considérations sur la notion d'ordre public dans les contrats en droit français et anglais*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1965), pour laquelle la doctrine rivalise de métaphores (« des sables mouvants », in, Req. 21 avril 1931, S. 1931, p. 377, note PILON, au « chemin bordé d'épines et de précipices », S. JOLY, *Création artistique et ordre public*, Th. dactyl., Montpellier I, 1999, p. 35). Il est donc nécessaire d'admettre que l'ordre public serait une notion-cadre, qui ne peut être définie par « son contenu ou sa forme » et qui « doit trouver en dehors son fondement et son expression » (in, Ph. MALAURIE, *L'ordre public à la fin du XXe siècle, Rapport de synthèse*, Paris, Dalloz, 1996, p. 105). Pour cette raison, la définition proposée par M. le Doyen CORNU emporte l'adhésion d'une majorité de la doctrine : « Ensemble de principes, écrits ou non, qui sont au moment où l'on raisonne, considérés dans un ordre juridique, comme fondamentaux, et qui, pour cette raison, imposent d'écarter l'effet, dans cet ordre juridique, non seulement de la volonté privée (C. civ. art. 6) mais aussi des lois étrangères et les actes des autorités étrangères (en quoi il est dit parfois ordre public d'éviction) » (in, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V^o *Ordre Public*).

²¹⁷⁸ Nous avons eu l'occasion de démontrer que l'action en réparation demandée pour, par exemple, un livre préjudiciable pour la santé humaine serait difficile, voire impossible. De même, en va-t-il pour l'action en

tentant de réhabiliter dans l'analyse du mérite les considérations relatives à l'ordre public²¹⁷⁹. Séparer dès l'appropriation « un bon grain de l'ivraie »²¹⁸⁰, éviterait au droit d'auteur l'écueil de la constitution d'une coquille vide de propriété. Telle est, la tentation que l'on perçoit chez les juges de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 28 septembre 1999²¹⁸¹ : « en l'absence de preuve de son caractère illicite, une œuvre pornographique bénéficie de la protection accordée par la loi sur la propriété littéraire et artistique ». Ce qui signifie, *a contrario* que ne pourrait accéder à la protection une œuvre dont le caractère illicite serait prouvé et partant, à apprécier le mérite de son contenu. Alors, qu'est-ce qui compte le plus : conférer peu fréquemment des droits à un titulaire qui ne pourra jamais les exercer ou remettre toute la logique du droit d'auteur ? Fort heureusement, la seconde position est largement préférée. La précédente position des juges est largement récusée par la doctrine²¹⁸² et peu marquée dans la jurisprudence par la suite²¹⁸³. Les motifs avancés sont que l'appréciation de l'illicéité est contingente et relative à une époque²¹⁸⁴ et principalement aussi,

contrefaçon. Le titulaire du droit d'auteur sur son œuvre est dès lors dans une situation inextricable, avec un monopole sans pouvoir l'exercer. Cette situation permet de s'interroger sur l'effectivité d'un droit qui ne serait pas justiciable (en ce sens, H. MOTULSKI, *Le droit subjectif et l'action en justice*, A.P.D., t. IX, Le droit subjectif en question, Sirey, 1964, p. 215).

²¹⁷⁹ Sur l'hypothèse de déclarer la mise en forme de la création « hors la loi », v. M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et ordre public*, in Jean Foyer, *auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307 et spéc. p. 317.

²¹⁸⁰ M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et ordre public*, in Jean Foyer, *auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307 et spéc. p. 311.

²¹⁸¹ Crim., 28 septembre 1999, C.C.E. 2000, comm. n°4, obs. CARON ; *Legipresse* 1999, n°171, III, p. 66, note DREYER ; J.-M. BRUGUIERE, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°7.

²¹⁸² V. notamment les remarques appuyées de : J.-M. BRUGUIERE, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°7 : « l'admission d'une remise en cause de l'existence du droit d'auteur au nom de l'ordre public conduirait à contrôler les idées, hors du monopole, ce qui n'est pas acceptable. (...) L'existence du droit n'est ici pas touchée. Seul l'exercice est en définitive compromis ». – M. VIVANT, *Propriété intellectuelle et ordre public*, in Jean Foyer, *auteur et législateur : leges tulit, jura docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 307 et spéc. p. 314 : « En effet, si le caractère contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs d'une œuvre est de nature à faire échapper l'éditeur à son obligation de publier, cela n'empêche pas que naisse le droit de l'auteur ». – Et ensemble : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.* n°186, p. 151 : « Ainsi, à s'en tenir aux principes du droit d'auteur, la thèse révisionniste ou le film pédophile – évidemment hautement condamnables par ailleurs – peuvent être protégés au titre du droit d'auteur pour autant que la mise en forme est originale ».

²¹⁸³ La question avait déjà été débattue devant les juges de la chambre criminelle (Crim. 6 mai 1986, D. 1987, somm. comm., p. 151, obs. COLOMBET et somm. comm., p. 404, obs. ROUJOU de BOUBEE ; *JCP G* 1986, IV, 200 ; *R.I.D.A.* 1986, n°130, p. 149) ou encore peu de temps après CA Paris, 4^e ch., 7 juin 1990, n°*JurisData* : 23051.

²¹⁸⁴ En ce sens, v. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°103, p. 82 : « Cette solution est critiquable, car la notion d'illicéité est susceptible de varier avec les époques et lois ». L'auteur rappelant à juste titre l'immoralité du recueil des *Fleurs du Mal* de Baudelaire, sous le Second Empire.

car le jugement de valeur d'une œuvre est contraire à l'esprit du droit d'auteur au moment de l'appropriation. Comme le souligne M. le professeur CARON, « le droit d'auteur, loin d'être moral ou immoral, est tout simplement amoral »²¹⁸⁵. La conclusion opportune est le cantonnement de l'ordre public et par voie de conséquence, de l'appréciation du mérite, au moment de la circulation de l'œuvre²¹⁸⁶.

2) Le genre et la forme d'expression

496.- Généralités sur le genre et la forme d'expression des œuvres. L'éventail des œuvres déployé à l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle est un exemple de cette indifférence sur le genre ou la forme d'expression des œuvres de l'esprit. Alors que le genre consisterait plus à regrouper les œuvres selon des caractères intrinsèques communs²¹⁸⁷, la forme d'expression s'attache aux éléments extrinsèques qui assureront la diffusion de l'œuvre²¹⁸⁸. Toutefois, ce devoir d'indifférence est bafoué notamment pour les fragrances ou les recettes de cuisine²¹⁸⁹, qui attendent encore aux portes du droit d'auteur. Leur admission aurait des répercussions sur le domaine de la santé. Nous pensons notamment à la protection de l'aromathérapie²¹⁹⁰ ou bien des recettes culinaires des « alicaments »²¹⁹¹.

²¹⁸⁵ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°103, p. 82.

²¹⁸⁶ Cette position est défendue depuis longtemps par les juges, v. Req., 25 octobre 1909, *D.P.* 1911, 1, p. 423. Rapp. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.* n°103, p. 82 : « Par conséquent l'œuvre illicite doit être protégée, même s'il est normal et logique que l'illicéité qui l'imprègne interdise sa circulation ».

²¹⁸⁷ En ce sens, l'ouvrage de H. DESBOIS (*Le droit d'auteur en France*, 2^e éd. refondue, Paris, Dalloz, 1966, est divisé entre les œuvres littéraires, artistiques et musicales. Le genre est, comme l'illustre parfaitement, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.*, n°177, p. 146, une « famille d'œuvres ».

²¹⁸⁸ Selon, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.* 2009, n°180, p. 148 : « Cette forme d'expression doit être comprise comme la manière par laquelle (une technique, un art, un procédé) l'œuvre est réalisée (existe) et est communiquée, manifestée, au public ». Nous adhérons également à l'interrogation de ces auteurs sur la nécessité d'une telle précision, au regard de l'article L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

²¹⁸⁹ En ce sens, v. le jugement du TGI Paris, 30 septembre 1997, *R.I.D.A.* juillet 1998, p. 273, note PIREDDA. Et l'arrêt de la Cour de cassation (cassation de l'arrêt de la Cour d'appel CA Paris, 17 mars 1999, *C.C.E.* 1999, comm. n°23, obs. CARON), Civ. 1^{ère}, 5 février 2002, *D.* 2002, p. 2253, note EDELMAN, intitulée : *La Cour de cassation et le cuisinier : une recette ratée*. Ou encore, dans la série des jolis titres : V. PIREDDA, *La cuisine mettrait-elle les pieds dans notre P.L.A. ? R.I.D.A.* juillet 1998, n°177, p. 276.

²¹⁹⁰ Sur le refus de protection des fragrances par le droit d'auteur, v. *supra* n°484.

²¹⁹¹ Sur les alicaments, v. *supra* n°281.

497.- Le genre et la forme d'expression des œuvres du domaine de la santé. Mais ces objets, attendent-ils parce que l'objet est insaisissable par le droit d'auteur, ou à cause d'une application erronée des conditions d'appropriation, et en l'occurrence du désintérêt sur le genre et la forme d'expression ? Il semblerait que l'explication première à leur rejet provienne de leur incapacité à être considérés comme des œuvres de l'esprit.

Enfin, la neutralité du droit d'auteur sur le genre et la forme d'expression interroge certains auteurs sur l'inflation des objets « en tout genre » dans le droit d'auteur, du célèbre bouton²¹⁹² au dernier Goncourt et par conséquent, sur le devoir resserrer les liens du droit d'auteur autour de l'œuvre d'art²¹⁹³. C'est ainsi que la monture de lunettes ou le mouche bébé qui illustre les dispositions de l'article L. 112-2-10°, sur les œuvres d'art appliqué, se trouveraient recalés²¹⁹⁴.

Mais si une telle conception était consacrée, elle sonnerait le glas de la présence du droit d'auteur dans le domaine de la santé. En effet, peu d'œuvres du domaine de la santé ont une vocation exclusivement artistique. Comme le souligne CORNU à propos des sciences et travaux : « Il s'agit d'œuvres utilitaires dans leur fin première. (Ce n'est pas affirmer que ce genre de travaux soient nécessairement dépourvus de qualités littéraires ; mais l'intention qui les fait naître n'est pas littéraire) »²¹⁹⁵. Cette discrimination entre les œuvres ne serait donc pas souhaitable au regard de la diffusion du savoir thérapeutique.

²¹⁹² Nous dirons, célèbre malgré lui : Civ. 1^{ère}, 11 février 1997, *D.* 1998, p. 291, note GREFFE ; *D.* 1998, somm. comm. p. 189, obs. COLOMBET ; *JCP G* 1997, II, 22973, note DAVERAT. À travers l'intitulé de cette note « sur une « généralisation » du droit d'auteur », M. le professeur DAVERAT exprime ses regrets de l'extension du champ d'application du droit d'auteur et souligne que : « la tentation est grande de protéger tout (ou n'importe quoi) par le droit de la propriété littéraire et artistique ».

²¹⁹³ En ce sens, v. notamment : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2001, n°38, p. 66 qui propose une nouvelle définition de l'œuvre, plus restrictive : « tout effort d'innovation de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle, qui peut tendre vers un but pratique, mais doit comporter un minimum d'effet esthétique, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des beaux-arts ». Cette position est partagée par C. CARON (*in, Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.* n°111, p. 87), à propos de la qualité indifférente de la destination de l'œuvre : « La règle de l'absence de prise en considération de la destination produit de redoutables effets pervers. Bien évidemment, elle surprend le profane qui découvre que le droit d'auteur protège également des créations modestes et n'est pas seulement réservé qu'aux œuvres d'art pur. (...) Il est possible que les œuvres industrielles fassent figure de vers dans le fruit du droit d'auteur et le pourrissent dans son intégralité ». Rapp. B. OPPETIT, *Philosophie de l'art et droit de l'art, A.P.D.*, t. 40, *Droit et esthétique*, 1996, p. 203 (sur la conséquence d'un affaiblissement du droit d'auteur).

²¹⁹⁴ Ces œuvres étant alors reléguées au rang de « quasi-crédation » (en ce sens, v. M. BUYDENS, *La protection de la quasi-crédation*, Bruylant, 1993, qui propose un régime de protection spécifique.– C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°112, p. 88). Toutefois, il semble que notre système juridique s'obscurcisse par la multiplication des catégories juridiques, menaçant alors la sécurité juridique et l'effectivité des catégories plus anciennes. Œuvre

²¹⁹⁵ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 9^e éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 1999, n°1685, p. 649.

3) La destination

498.- La destination médicale des œuvres. Le caractère de ces œuvres les affecte non à une finalité artistique, mais à une utilité scientifique, et plus précisément médicale²¹⁹⁶. Or, le droit d'auteur récuse en son giron les œuvres ayant une vocation exclusivement utilitaire²¹⁹⁷. Doit-on alors identifier la part d'utilitaire et d'artistique contenue dans chaque œuvre du domaine de la santé ? L'entreprise semble difficile et au-delà, la théorie de l'unité de l'art²¹⁹⁸ impose en droit d'auteur une grande neutralité sur cette appréciation. Ainsi, si la fonction scientifique de ces œuvres est évidente, elle n'enlève en rien leur dimension artistique et donc ne doit pas conduire à leur exclusion. En effet, il est unanimement reconnu qu'une œuvre puisse « combiner des aspects artistiques avec des considérations utilitaires »²¹⁹⁹. Tel est le lien étroit entre la Science et l'Art, qui nous l'avons vu à travers les exemples d'œuvres précédentes traversent les époques, non dans l'adversité, mais dans la complémentarité. Les œuvres du domaine de la santé révèlent simplement la créativité dans le processus scientifique.

En conclusion, cette reconnaissance est heureuse pour le domaine de la santé. En effet, cette fonction scientifique participe activement à la diffusion de l'information et du savoir médical, particulièrement indispensable dans le domaine de la santé²²⁰⁰. Et si le travail créatif de ces

²¹⁹⁶ En ce sens, v. A. LUCAS, *La protection des créations industrielles abstraites*, Litec, 1975, n°31, p. 17 : « Plutôt que d'œuvres littéraires, il serait tentant de parler d'œuvres du langage. Sont, en effet, considérées comme des œuvres littéraires, au sens du droit d'auteur, non seulement les créations tournées vers le Beau, mais aussi les œuvres scientifiques, tournées vers le Vrai, et même des œuvres plus modestes tournées vers l'Utile ».

²¹⁹⁷ Sur ce point v., Ph. GAUDRAT, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134 : L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2)*, 2009, n°66 : « Les formes utilitaires ne véhiculent pas de message, pas de contenu. Elles sont donc directement utilisables. (...) Les formes utilitaires ne s'adressent donc qu'à des consommateurs (par exemple : les produits brevetés). (...) Leur exploitation se fait par fabrication ou mise en œuvre industrielle. Seules les formes que l'exploitation destine à des « amateurs » constituent des œuvres ».

²¹⁹⁸ V. *supra* n°473.

²¹⁹⁹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n°107, p. 84. L'auteur ajoute que : « il est apparu préférable de protéger toutes les manifestations de l'art, même si elles existent dans des créations qui, tout en étant originales, ne sont pas purement artistiques et sont même modestes ». Au-delà, il est inenvisageable de séparer « l'art pur et l'art appliqué », il existe « une frontière impossible à tracer » (in Y. GAUBIAC, *La théorie de l'unité de l'art*, th. dactyl., Paris II, 1980, p. 332. Dans le même sens, v. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.* n°120, p. 107 « Il y a en effet, certaines créations pour lesquelles il est bien difficile de séparer l'aspect fonctionnel et l'aspect esthétique ». Les créations du *design* en sont un parfait exemple.

²²⁰⁰ Avec parfois l'effet pervers de renforcer un consumérisme grandissant dans le domaine de la santé. On le remarque dans quelques affaires mettant en jeu la responsabilité médicale de praticiens et lors desquelles les arguments des parties sont directement issus d'ouvrages médicaux.

œuvres n'était pas reconnu, le déficit de protection²²⁰¹ pourrait avoir pour conséquence un désengagement des professionnels.

L'analyse des qualités d'une œuvre candidate à la protection doit être rigoureusement indifférente pour deux raisons. D'une part, l'esprit du droit d'auteur, une protection de la seule forme pour préserver la liberté d'expression qui le sous-tend²²⁰², est fragilisé par les menaces d'appréciation du fond à travers, le mérite, le genre, la forme d'expression et la destination. D'autre part, l'incursion dans le processus d'appropriation de telles considérations menace indirectement le contenu scientifique de l'œuvre, qui par voie de conséquence peut se retrouver injustement écarté pour sa scientificité – ou son défaut, si l'on s'attache au mérite. Nous rejoignons, par cela, la conclusion de M. le professeur CARON : « Il en résulte que, faute de pouvoir définir l'art, qui serait éligible au titre du droit d'auteur, il est préférable que toutes les créations soient, indépendamment de leur destination²²⁰³, *virtuellement* protégeables par le droit d'auteur. Seulement, cette virtualité doit être distincte de la réalité. Or afin d'y parvenir, il est impérieux que les juges interprètent restrictivement, non seulement la notion de création, mais aussi et surtout celle d'originalité »²²⁰⁴. Ce qui nous conduit naturellement vers l'analyse de cette unique condition positive à l'appropriation : l'originalité.

B) La seule condition : l'originalité de la forme

499.- Logomachie autour de l'originalité. Passé le crible de l'originalité, l'œuvre pourra accéder au statut privilégié des œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur. Mesurant l'importance de cette qualité²²⁰⁵, on serait légitime d'en rechercher la définition dans le Code

²²⁰¹ Si la chose immatérielle qui prétendait à devenir une œuvre ne peut être protégée par les autres droits de propriété intellectuelle.

²²⁰² Donc des informations médicales contenues dans ces œuvres.

²²⁰³ Il serait possible d'ajouter les autres conditions, le genre, le mérite et la forme d'expression, à ce propos.

²²⁰⁴ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n°112, p. 88.

²²⁰⁵ La définition de l'originalité a une influence pratique considérable, car sa constatation permet de déclasser une œuvre de l'esprit de la protection accordée et d'avoir des conséquences sur l'action en contrefaçon, alors engagée. En ce sens, A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, *JCP G* 1993, I, 3681, n°24, p. 258, s'interrogent à travers une jolie formule : « s'il n'est pas paradoxal de faire dépendre des sanctions si dures d'un concept si mou ».

de la propriété intellectuelle²²⁰⁶. Cette quête serait vaine. La seule référence – et non définition – que l'on trouve de cette notion est à l'article L. 112-4, alinéa 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle, qui précise que le titre doit être original²²⁰⁷. Bien qu'il s'agisse d'un régime spécial, dans lequel prévaut la règle de l'interprétation stricte, cette exigence est, en dehors de tout fondement textuel, étendue à tous les objets prétendant à la protection²²⁰⁸. À ce sujet, il est fort intéressant de remarquer à quel point le droit d'auteur s'emploie à ne pas définir les notions qui fondent la substance de cette matière, comme la notion d'œuvre et l'originalité, les intégrant dans l'utile catégorie des « notions cadres » ou « à contenu variable »²²⁰⁹, préservant ainsi leur relativité et dont le contenu sera décidé au gré des évolutions jurisprudentielles²²¹⁰ et des opinions doctrinales²²¹¹. Alors que la notion

Sur l'importance de la notion : MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE la définissent comme la « pierre angulaire du droit d'auteur » (M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°197, p. 160). Ce critère sert d'élément de définition de l'œuvre, en ce sens, v. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°57, p. 54 : « les deux qualités de la création : une forme et une originalité », et il souligne qu'« il est même surprenant qu'un monopole aux effets si puissants soit accordé en contemplation d'une notion si fuyante ».- V. aussi, O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999.

²²⁰⁶ Les juristes étant selon l'expression de MM. les professeurs LUCAS et SIRINELLI, des « obsédés textuels » (in, A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, *JCP G* 1993, I, 3681). Et pourtant, il constate également que « le législateur s'est à peu près totalement désintéressé de cette notion fondamentale » (*Ibid.*).

²²⁰⁷ Selon l'article L. 112-4, alinéa 1^{er} du Code de la propriété intellectuelle : « Le titre d'une œuvre de l'esprit, dès lors qu'il présente un caractère original, est protégé comme l'œuvre elle-même ».

²²⁰⁸ En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur op. cit.* n°197, p. 160 : « De ce qu'incidemment le titre original soit dit devoir être protégé comme l'œuvre, on déduit que l'œuvre doit être protégée pour autant qu'elle est originale. Le lien fait n'est pas sot. Mais on pourrait rêver d'une affirmation plus ferme ». Ce même regret est partagé par une large partie de la doctrine, v. notamment P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2007, n°34, pour qui la notion d'originalité est le « vice fondamental » de notre discipline. Pour, A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 3^e éd., 2006, n°79, p. 72 : l'originalité est « une notion en crise ».

²²⁰⁹ Plus largement sur ce thème en droit d'auteur, v. C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003.

²²¹⁰ De l'« omniprésence jurisprudentielle » (in, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.* n°77, p. 67) au « maquis jurisprudentiel » (in, A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur, JCP G* 1993, I, 3681, n°9, p. 256) ces expressions révèlent le malaise que fait peser la notion lors de l'examen par les juges. Parmi les études de références sur le thème de l'originalité, on trouve A. MAFFRE-BAUGE, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Th. dactyl. Montpellier I, 1997 (et spéc. p. 43 et 66), dans laquelle est consacrée une étude complète sur l'apparition ancienne et progressive de cette notion par et dans la jurisprudence.

²²¹¹ Dès ses balbutiements, le concept a été influencé par la plume avertie de H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n°4 : « Il suffit, pour qu'une œuvre donne prise au droit d'auteur, qu'elle soit originale au sens *subjectif* du mot : point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens *objectif* ». Il illustre ce propos par le célèbre exemple des peintres, qui devant le même paysage réalisent des œuvres différentes et toutes deux empreintes d'originalité, car marquées « d'une activité créatrice », malgré, pour une, son absence de nouveauté du fait de l'existence de l'autre (*Ibid.* n°3).

d'originalité oscille entre la « notion-cadre » et la « notion floue »²²¹², elle ne peut pas se contenter d'une définition négative à travers son antonyme, la banalité²²¹³. Une querelle de mot s'engage (1) dont les effets sur le domaine de la santé doivent être mesurés (2). Le but de notre recherche ne consiste pas en la formulation d'une énième définition de l'originalité, le projet, solidement mené par de brillants auteurs²²¹⁴, dépasse le cadre de notre étude. En revanche, il est nécessaire parmi les différentes acceptions de l'originalité de trouver la plus rigoureuse²²¹⁵ afin, qu'aucun monopole indu ne s'installe dans le domaine de la santé.

Ces notions de nouveauté et d'originalité ne doivent pas être confondues, car elles sont « l'une des pièces maîtresses du contraste qui existe entre les institutions de la propriété industrielle et de la propriété littéraire et artistique » (*Ibid.* n°4).

²²¹² A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.* n°79, p. 72 : « L'originalité est bien une « notion-cadre ».

²²¹³ Certes, l'originalité et la banalité s'opposent tant dans le langage courant que dans le langage juridique. Sur ce point v. notamment : B. EDELMAN, *Création et banalité*, D. 1983, p. 73. Mais cette opposition ne peut à elle seule définir le concept juridique d'originalité, et ainsi influencer tout le régime du droit d'auteur. En ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.* n°198, p. 161 : « Si pour le sens commun, l'originalité s'oppose à la banalité, il est, en effet, admis qu'ici elle ne peut recevoir une telle définition purement négative ou point seulement ». *Contra*, P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., PUF, 2001, n°25, p. 48 : « Voilà pourquoi l'on doit tâcher de mieux cerner l'originalité par son antonyme : la banalité ». Cette banalité M. le professeur GAUTIER la définit comme : « La reprise, par un auteur prétendu, de matériaux artistiques (...) connus de tous, souvent déjà employés auparavant par d'autres et qui, n'appartenant à personne, sont le bien de tous, ce que les spécialistes appellent, par un emprunt déformant du droit administratif, « le domaine public ». Alors, que la qualification d'une œuvre banale, selon le propos de cet auteur, se rapprocherait de la catégorie des choses communes, l'auteur considère la réification de l'œuvre banale « en fera une *res nullius* » (*Ibid.*). ce qui correspond effectivement mieux à son statut. La définition de la banalité n'étant dès lors plus en adéquation avec cette qualification.

²²¹⁴ V. notamment : B. ADER, *L'évolution de la notion d'originalité dans la jurisprudence [en matière de photographie]*, *Legicom*, 2005, n°34, p. 13.– B. EDELMAN, *Création et banalité*, D. 1983, p. 73.– O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ?*, PUAM, 1999.– A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, *JCP G* 1993, I, 3681.– A. MAFFRE-BAUGE, *L'œuvre de l'esprit ,empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Th. dactyl. Montpellier I, 1997. – M. VIVANT, *Considération au fil de la plume sur la norme subtile*, in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1059. – N. WALRAVENS, *L'œuvre d'art en droit d'auteur : forme et originalité des œuvres d'art contemporaines*, *Economica*, 2005.

²²¹⁵ Nous rappelons les propos précités de M. le professeur CARON, qui animent nos quelques modestes lignes sur le vaste concept d'originalité : « Il en résulte que, faute de pouvoir définir l'art, qui serait éligible au titre du droit d'auteur, il est préférable que toutes les créations soient, indépendamment de leur destination, *virtuellement* protégeables par le droit d'auteur. Seulement, cette virtualité doit être distincte de la réalité. *Or afin d'y parvenir, il est impérieux que les juges interprètent restrictivement, non seulement la notion de création, mais aussi et surtout celle d'originalité* » [nous soulignons] (*in*, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.* n°112, p. 88). Et non, comme le suggère M. le professeur GAUTIER une reconnaissance automatique du critère d'originalité : « La seule sécurité véritable consisterait à protéger automatiquement toutes les œuvres, par une sorte de présomption d'originalité qu'il appartiendrait au défendeur de combattre, ou, plus radicalement, d'instaurer un contrôle administratif « minimum » d'originalité » (P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., PUF, 2007, n°36, p. 54).

1) Présentation des thèses en présence

500.- L'originalité : une lecture subjective. L'approche subjective est également l'approche la plus classique de l'originalité²²¹⁶, elle s'entend comme « l'empreinte de la personnalité de l'auteur ». Elle recueille l'adhésion d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence²²¹⁷, en considérant qu'« une œuvre est originale parce qu'elle exprime le caractère unique d'un individu »²²¹⁸. Symbole de la symbiotique relation qui existe entre l'auteur et son œuvre, cette conception subjective de l'originalité sublime le processus de création. Elle illustre la philosophie personnaliste qui inspire notre droit d'auteur et le distingue de l'anglo-saxon *copyright*²²¹⁹. Mais l'attachement fidèle à cette recherche de l'« empreinte de la personnalité de l'auteur » conduit parfois les juges à étirer la notion d'originalité jusqu'à sa dénaturation²²²⁰. Alors que le domaine de « l'art pur » se prêtait naturellement à cette

²²¹⁶ Le qualificatif « classique » est d'ailleurs préféré par certains auteurs, v. notamment P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, 2004, p.16.

²²¹⁷ En ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit. n°82, p. 69 « La jurisprudence a toujours été sensible à cette conception traditionnelle de l'originalité ». Pour quelques illustrations de la réception de « l'empreinte de la personnalité » en jurisprudence : CA Paris, 4^e ch., 1^{er} avril 1957, *D.* 1957, p. 456 : « l'empreinte personnelle » (1^{ère} esp.) et « le reflet de la personnalité du créateur » (2^e esp.). – CA Paris, 4^e ch., 4 mars 1982, *D.* 1983, IR, p. 93, obs. COLOMBET : « reflet de la personnalité » (catalogue de présentation de produits) ou de la même année CA Paris, 11^e ch., 23 novembre 1982, *D.* 1983, IR, p. 512, obs. COLOMBET : « la marque de la personnalité » (bracelet). – TGI Nanterre, 10 mars 1993, *R.I.D.A.* 1993, n°157, p. 343, note GAUBIAC : « empreinte émotionnelle personnelle ». – CA Versailles, 12^e ch., 22 novembre 2001, *Legipresse* 2002, n°188, p. 6 : « empreinte de la personnalité discernable dans la sensibilité de l'auteur que laisse transparaître l'œuvre » (photographies).

²²¹⁸ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°80, p. 68. En ce sens, v. aussi : C. COLOMBET, *propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 9^{ème} éd., Dalloz, 1999, n°32, p. 26. – H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n°4. – A. FRANCON, *La propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1979, n°2, p. 10. – A. MAFFRE-BAUGE, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°9, et spéc. p. 119 : « En clair, pour que l'œuvre soit protégeable, il faut que l'on y retrouve un peu de la personne de l'auteur ».

²²¹⁹ La personnalité de l'auteur empreint sa création, au point de s'y confondre, d'où le célèbre « Madame Bovary, c'est moi » de Flaubert. La philosophie personnaliste, que certains ont pu qualifier de romantique, se perçoit dans les règles positives et exorbitantes du droit de la propriété littéraire et artistique, et en particulier par le droit moral conféré à l'artiste sur son œuvre. Rappr. A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, *JCP G* 1993, I, 3681, n°8, p. 255 : considérant que le lien entre l'auteur et son œuvre justifie pleinement la « toute puissance du droit moral ».

Sur l'opposition du droit d'auteur et du *copyright*, v. notamment M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit. n°16, p. 21, qui considèrent que les divergences entre les deux droits tendent à s'estomper. Rappr. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°36, p. 36 : « Osons le dire : les différences entre le droit d'auteur et le *copyright* appartiennent, au-delà des symboles, assez largement au passé ».

²²²⁰ Nous soulignons avec MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE (in, *Droit d'auteur*, op. cit. n°208, p. 168) que : « Les termes « originalité » et « empreinte de la personnalité » sont employés comme une *clause de style* [nous soulignons]. Le juge dit que l'œuvre est originale parce qu'il faut qu'il le dise s'il veut lui reconnaître

identification de l'auteur dans son œuvre²²²¹, les nouveaux domaines conquis par droit d'auteur²²²², ce que l'on désigne par l'expression « la petite monnaie » du droit d'auteur, et qui regroupent principalement, les œuvres fonctionnelles, les catalogues, les annuaires, les compilations, les bases de données²²²³, ne s'y conforment pas. Au plus, ces objets rendent l'appréciation subjective de l'originalité surannée. Il est, en effet, drolatique de rechercher l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans un « panier à salade »²²²⁴ ou dans l'écriture d'un logiciel²²²⁵ ! Au-delà, le danger vient du fait que la condition de l'originalité « ne répond plus à sa fonction de filtre à l'entrée du droit d'auteur »²²²⁶. Ceci expliquant qu'une partie de

protection. Et il le dit comme on attend qu'il le dise, allant jusqu'à déceler l'empreinte de la personnalité de l'auteur dans l'effacement de l'auteur, parce qu'il veut que sa décision soit à l'abri de la critique ».

²²²¹ En ce sens, v. A. MAFFRE-BAUGE, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Th. dactyl. Montpellier I, 1997, n°259-n°265. Rapp. A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, *JCP G* 1993, I, 3681, n°12 et n°13, qui expliquent que « l'originalité des œuvres des arts plastiques ne prête généralement pas à discussion dans la mesure où ces œuvres s'adressent plus au sentiment qu'à la raison ».

²²²² Est-ce le droit d'auteur qui a conquis de nouveaux domaines, ou les nouveaux domaines qui ont envahi le droit d'auteur ? La question reste entière. Mais il est certain que ce n'est qu'en maintenant fermement les critères d'appropriation d'une œuvre de l'esprit qu'on protégera l'esprit du droit d'auteur, tant durant ses conquêtes que lors des invasions qu'il subira.

²²²³ En ce sens, v. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit. n°83, p. 70 : « Cohérente au sien d'un droit d'auteur tourné vers les beaux-arts, elle est bien moins pertinente lorsqu'elle gouverne un droit d'auteur d'entreprise, dominé par des impératifs industriels ».

²²²⁴ Le « panier à salade » est très représentatif de cette évolution, car la motivation des juges sur son originalité fait apparaître la confusion qui existe autour de la notion : Crim. 2 mai 1961, *D.* 1962, jur. p. 163, note GREFFE ; *JCP G* 1961, II, 12242, note RAYMOND, *RTD com.* 1961, p. 834, note ROUBIER et CHAVANNE : « la cour d'appel, en statuant ainsi (impossibilité de découvrir la moindre apparence artistique à ces objets purement utilitaires), sans avoir procédé à un examen descriptif des éléments caractéristiques des modèles en cause, ni recherché s'ils étaient *originaux et nouveaux* et contrôlé l'argumentation du prévenu sur le défaut de validité desdits modèles, n'a pas justifié sa décision » [nous soulignons].

²²²⁵ Selon l'expression de MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE, parlant du logiciel : « Et voici le loup dans la bergerie », très illustratif des changements augurés par cette intrusion, consacrée à l'article L. 112-2-13° du Code de la propriété intellectuelle. En général, sur la protection du logiciel, v. notamment : M. VIVANT et alii, *Lamy Droit de l'informatique et réseaux*, Lamy 2009. – A. LUCAS, *Logiciel, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1160, 2003. – P. CHALLINE, *L'informatique et le régime des sources*, *D.* 1997, p. 162. – H. CROZE et F. SAUNIER, *Logiciels : retour aux sources*, *JCP G* 1996, I, 3909. – C. CARON, *Réflexion sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel*, *R.I.D.A.* 2000, n°184, p. 3. – X. DESJEUX, *Logiciel, originalité et activité créative dans la loi du 3 juillet 1985*, *Exp.* 1986, n°81, p. 32. – Ph. GAUDRAT, *La protection des logiciels*, *R.I.D.A.* 1986, n°128, p. 181. – J.-L. GOUTAL, *La protection juridique du logiciel*, *D.* 1984, p. 197. – C. LE STANC, *La protection juridique des logiciels*, *Cah. dr. entr.* 3/1984, p. 13 ; *Droit d'auteur et droit de brevet sur logiciel : conséquences*, *Propr. ind.* 2003, chron. 2. – A. LUCAS, *Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels*, *JCP G* 1982, I, 3081 ; *La protection des créations industrielles abstraites*, *Litec*, 1975. – R. PLAISANT, *La protection du logiciel par le droit d'auteur*, *Gaz. Pal.* 1983, 1, doct., p. 348.

²²²⁶ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n°83, p. 70.

la doctrine et de la jurisprudence²²²⁷ marquent leur préférence en une conception plus objective, moins romantique, de l'originalité.

501.- L'originalité : une lecture objective. L'absence de définition légale de l'originalité autorise une évolution de la teneur de la notion, dans un sens plus objectif, où l'objet apparaît moins « connecté » à son créateur. Ce processus s'opère par un rapprochement avec la notion de nouveauté et aussi par la découverte d'un critère jurisprudentiel : l'apport intellectuel.

La nouveauté est l'apanage du droit de la propriété industrielle, il peut donc sembler hérétique de l'introduire dans la propriété littéraire et artistique²²²⁸. Et pourtant, cette thèse est défendue par une partie de la doctrine, principalement à cause de l'imprécision qui entoure la conception subjective de l'originalité²²²⁹. On retrouve cette idée de gémellité entre la nouveauté et l'originalité sous la plume de M. le professeur GAUTIER : « Tant pis ! Écrivons-le : *en pratique : les deux notions se confondent*, car l'effort de la personnalité sera dans bien des cas la nouveauté requise, par rapport aux antériorités »²²³⁰. Une des difficultés que peut causer l'appréciation de la nouveauté dans les œuvres de l'esprit qui prétendent à la protection est, la confusion qu'elle peut engendrer entre le fond et la forme²²³¹. Ce pour quoi,

²²²⁷ En ce sens, Cass. Civ. 1^{ère}, 17 février 2004, *R.D.P.I.*, 2004, n°11, p. 630, obs. LUCAS ; *C.C.E.* comm. 99, note CARON : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le caractère relatif de l'originalité n'est pas exclusif de l'empreinte de la personnalité de l'auteur (...) ».

²²²⁸ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.* n°85, p. 71 : « Cela ne pourrait pas être choquant outre mesure et contribuerait à réaliser un droit commun de la propriété intellectuelle ». Rapp. J. JONQUERES, *R.D.P.I.* 1986, p. 30, n°55 : « Qu'ils soient artistes, auteurs ou inventeurs (les créateurs) sont tous novateurs. Leur point commun est d'introduire dans le patrimoine culturel universel ou dans l'état de la technique des nouveautés. Ainsi, à des degrés divers, l'originalité est la synthèse de la nouveauté et de l'esprit inventif du créateur ».

²²²⁹ En ce sens, v. I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC-Litec, Lausanne, 1985, n° 220, p. 133 « les traits qui donnent à l'œuvre son caractère individuel ne peuvent être que ceux qui la distinguent de ce qu'aurait fait quelqu'un d'autre. Dans cette perspective, l'originalité doit être appréciée objectivement, car elle ne se détermine guère par rapport à l'auteur, mais par rapport aux biens actuellement ou virtuellement existants. La relation entre les notions d'individualité et de nouveauté devient dès lors évidente : l'œuvre est protégée si elle diffère de ce qui est connu – nouveauté – et de ce qui en découle directement – individualité ; l'originalité est ainsi un degré supérieur de nouveauté ».

²²³⁰ Admission fataliste de P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., PUF, 2001, n°26, p. 49. Rapp. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, *op. cit.* n°205, p. 165 : « Mais alors, optant pour une rupture plus radicale, ne pourrait-on pas, contre toutes les leçons répétées, dire que l'originalité ne se démarque pas substantiellement de la nouveauté ? On l'admettra, résigné, comme P.-Y. GAUTIER (...) ». – C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.* n°84, p. 71 : « Une œuvre originale est une œuvre nouvelle. Cette affirmation hétérodoxe n'est pas, pour autant novatrice ».

²²³¹ Sur cette importance de la prise en considération de la seule forme, mais sans nécessairement rejoindre la conception de la nouveauté, v. notamment A.LUCAS, *Droit de l'informatique*, PUF, 1987, n°198, p. 226 : « La *summa divisio* n'est pas entre la nouveauté (objective) et l'originalité (subjective). Elle est entre le fond et la

il est préférable de préciser avec M. le professeur VIVANT qu'il s'agit de « nouveauté dans l'univers des formes »²²³². Cette référence à la nouveauté est depuis longtemps employée, explicitement ou implicitement, par les juges dans leur recherche de l'originalité²²³³.

L'apport intellectuel est directement inspiré de cette conception objective de l'originalité basée sur la nouveauté²²³⁴. Il a été posé par le célèbre arrêt Pachot, rendu par l'assemblée plénière de la Cour de Cassation, relative à la protection d'un logiciel : « la cour d'appel, qui a ainsi retenu que les logiciels conçus par Monsieur Pachot portaient la marque de son apport

forme. D'où l'on doit déduire que l'originalité ne peut s'apprécier que par rapport à la forme. Mais la forme ne peut elle-même être prise en compte que si elle est séparable de la fonction ».

²²³² M. VIVANT, *Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels, Informatica e Diritto*, Florence, 1984, p. 73. Rapp. P. CATALA, *La propriété de l'information*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1983, p. 11 : « il suffit que l'expression de l'œuvre soit nouvelle dans sa forme » et I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC-Litec, Lausanne, 1985, n° 221, p. 134.

²²³³ En ce sens, v. notamment : T. com. Paris, 24 septembre 1999, *R.J.D.A.* mars 2000, décision n° 355, p 290 ; *L.P.A.* 3 mars 2000, n° 45, p. 13, obs. CALVO ; *JCP E* 2001, I, p. 77, obs. COSSON ; *C.C.E.* avril 2000, comm. n° 41, p. 20, note CARON (sur des fragrances de parfum soulignant l' « absence d'antériorité »). – CA Paris, 4^e ch., 21 septembre 2001, *Propr. intell.* 2002, n°4, p. 49, obs. LUCAS (sur les « réalisations antérieures » de photographies). – Civ. 27 mai 1942, *S.* 1942, 1, p. 124 (sur un dessin qui ne présente pas de « caractère de nouveauté »). – Crim. 2 mai 1961 (sur le panier à salade). – Com. 23 mars 1965, *Gaz. Pal.* 1965, 2, 81, les juges précisant que « l'œuvre est nouvelle et se distingue du domaine public antérieur ».

À l'inverse, sur un refus clair de la nouveauté v. : Civ. 1^{ère}, 11 février 1997, *D.* 1998, p. 291, note GREFFE ; *D.* 1998, somm. comm. p. 189, obs. COLOMBET ; *JCP G* 1997, II, 22973, note DAVERAT : « Attendu que les dispositions de ce code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels que soient le genre, le mérite ou la destination, à la seule condition que ces œuvres présentent un caractère original, indépendamment de la notion d'antériorité inopérante dans le cadre de l'application du droit de la propriété littéraire et artistique » [nous soulignons]. – Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, *JCP G* 2007, I, 101, §1, obs. CARON ; *Propr. intell.* 2007, n°22, p. 78 ; *R.L.D.I.* janv. 2007, n°718, obs. COSTES et AUROUX ; *R.I.D.A.* 2007, n°211, p.335, note SIRINELLI ; *C.C.E.* 2007, comm. 4, note CARON. Selon les juges : « Attendu que pour retenir le grief de contrefaçon, l'arrêt attaqué énonce que l'originalité de l'ouvrage de M. X... résultait de la conjonction de caractéristiques éditoriales tenant notamment au format adopté, à la couleur et à la qualité du papier choisi et à l'apposition de simples légendes, que ces caractéristiques, si elles avaient déjà été utilisées par le passé, se trouvaient pour la première fois réunies, qu'aucun des ouvrages produits par DCL, édités antérieurement, ne présentant l'ensemble de ces caractéristiques, celles-ci, prises en leur combinaison devaient donc être protégés par le droit d'auteur ; Qu'en fondant ainsi sa décision sur l'absence d'antériorité de toute pièce et le caractère nouveau des choix opérés par l'EURL Micca Nomi et par M. X..., la cour d'appel qui n'a pas caractérisé en quoi ces choix pour arbitraires qu'ils soient portaient l'empreinte de la personnalité de ses auteurs, a violé les textes susvisés » [nous soulignons].

²²³⁴ En ce sens, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit. n°86, p. 73, selon qui le critère de l'apport intellectuel « évoque directement la nouveauté puisqu'un apport est forcément nouveau par rapport à ce qui existe ». On retrouve d'ailleurs ce lien entre l'apport et la nouveauté, à travers la définition de l'originalité proposée par P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., PUF, 2001, n°27, p. 50 : « L'originalité, constitue l'apport artistique propre à l'auteur de la création, qui vient au minimum se superposer à un patrimoine intellectuel préexistant, qu'il appartienne privativement à un autre auteur ou qu'il soit le lot commun de tous les créateurs. Ou plus brièvement, c'est celle qui est relativement nouvelle, par rapport aux œuvres préexistantes du même genre ».

intellectuel, a légalement justifié la décision de ce chef »²²³⁵. On remarque que la principale qualité de l'apport est d'être intellectuel, ou parfois personnel²²³⁶, objectivement décelable dans les œuvres informatiques et utilitaires, en particulier. Cette notion a vocation à inonder l'ensemble des œuvres du droit d'auteur, déchargeant ainsi les juges de la recherche de ce qui est propre à l'auteur considéré²²³⁷. Mais cette nouvelle approche de l'originalité n'est pas exempte de critiques, principalement à cause du manque de précision donné sur le contenu de la notion.

L'« assez fort désarroi jurisprudentiel »²²³⁸ a conduit alors certains auteurs à proposer des solutions médianes aux lectures subjectives et objectives²²³⁹. Nous retiendrons celle

²²³⁵ Ass. Plen. 7 mars 1986, *Bull. civ. AP*, n°3, p. 5; *D.* 1985, p. 405, concl. CABANNES et note EDELMAN ; *JCP E* 1986, II, 14713 et 14737 bis, note MOUSSERON, TEYSSIE et VIVANT ; *JCP E* 1986, I, 15791, n°1, obs. VIVANT et LUCAS ; *Dr. Informatique*, 1986, n°2, p. 53, note BRIAT, *R.I.D.A.* juillet 1986, p. 136, note LUCAS ; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. FRANCON, et A. MAFFRE-BAUGE, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°9. Ce critère a largement été repris par la jurisprudence postérieure, v. notamment : Civ. 1^{ère}, 2 mai 1989 (*Coprosa*), *JCP G* 1990, II, 21392, note LUCAS ; *JCP E* 1990, II, 15751, obs. VIVANT et LUCAS ; *RTD com.* 1989, o. 675, obs. FRANCON ; *D.* 1990, somm. comm. p. 49, obs. COLOMBET et p. 330, obs. HUET ; *D.I.T.* 2/1990, p. 38, note GAUDRAT.

Rappr. du rapport du président JONQUERE, qui indique que cet arrêt est la réunion des deux lectures, subjective et objective : « L'originalité naît de la combinaison de deux composantes : l'élément subjectif résultant de l'apport intellectuel personnel où se discerne la marque de l'auteur (...) et le rapport chronologique avec « l'existant » d'où ressort l'élément objectif de la nouveauté ». (*in*, J. JONQUERES, *R.D.P.I.* 1986, p. 30, n°55).

²²³⁶ Sur « l'apport personnel », v. Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, *JCP G* 1991, II, 21770, note CROZE ; *JCP E* 1991, I, 141, n°2, obs. VIVANT et LUCAS ; *D.* 1993, somm. comm. p. 13, obs. COLOMBET « Mais attendu que, la cour d'appel a légalement justifié sa décision en constatant, par motifs propres et adoptés, fondés sur les explications fournies par le rapport d'expertise judiciaire, que le contenu des " modules mémoires " et les indications de traçage résultaient de choix créatifs caractéristiques de véritables programmes, dont elle a souverainement apprécié l'originalité au regard de l'apport personnel de l'auteur, et sans avoir à se référer à la notion d'invention nouvelle, étrangère à l'application de la loi du 11 mars 1957 ; d'où il suit que le premier moyen n'est pas fondé et que le second est inopérant ». Il est intéressant de souligner à travers cette décision, à quel point cette notion « d'apport personnel » se situe entre la lecture objective et la lecture subjective. On remarque également l'expression d'« effort intellectuel individualisé », sous la plume de C. LE STANC, *La protection des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale, Dossiers Brevets*, 1979.

²²³⁷ P. GAUDRAT, *La protection des logiciels par le droit d'auteur, R.I.D.A.* 1988, n° 138, n° 42, p. 141 : le critère de l'apport intellectuel « élude cette part de sensibilité et de subjectivité introuvable dans les programmes et transporte les recherches sur le plan objectif des qualités intellectuelles dont fait montre le traitement logique ».

²²³⁸ M. VIVANT et alii, *Lamy Droit de l'informatique et réseaux*, Lamy 2003, n°166, p. 104 : « L'« après-Pachot » n'a pas cependant la belle simplicité que l'objectivation du critère d'originalité pouvait laisser attendre ou, du moins, se proposait ».

²²³⁹ On citera notamment, l'approche de M. le professeur LALIGANT, qui propose de substituer le critère l'originalité par la notion de création « doit être qualifiée de création, au sens du droit d'auteur, l'œuvre de l'esprit qui présente une individualité suffisante pour être distinguée des créations similaires déjà existantes et qui vient de la facture suffisamment personnelle donnée à ses formes par son auteur » (*in*, O. LALIGANT, *La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création*, PUAM, Aix-en-Provence, 1999, n°274, p. 220). Ou encore, celle de Mme A. MAFFRE-BAUGE, qui propose d'utiliser la notion « d'activité créatrice », pour éviter le dévoiement du droit d'auteur, se caractérisant par : « la démarche de l'auteur

récemment développée par M. le professeur SIIRIAINEN, sur une base volontariste. Ainsi, « la volonté joue donc le rôle central dans l'originalité » expliquant « c'est finalement toujours une volonté (humaine) qui imprime son caractère original à une chose et la fait accéder au rang d'œuvre protégée »²²⁴⁰. Le critère de la volonté serait donc au-delà de la nouveauté, qui ne s'attache qu'objectivement à la chose et en deçà de l'empreinte de la personnalité, plus subjective. Mais ce critère ne serait-il pas redondant avec celui du travail créatif ? Au point, que l'on en revienne à confondre la distinction acquise de l'objet et des conditions de l'appropriation. Cela se vérifie d'autant plus à travers l'exemple cité des œuvres d'art brut, dont l'éventuelle disqualification tient à la « conscience » du travail créatif, plus qu'à la condition d'originalité.

Il convient désormais d'étudier ces différentes propositions dans le contexte sensible du domaine de la santé.

2) Application des thèses en présence aux œuvres du domaine de la santé

502.- L'originalité à géométrie variable ? Sans jouer les conciliateurs dociles, nous nous inclinons devant la précision des différentes lectures proposées et leur souci d'adaptabilité du droit au fait²²⁴¹. Il serait donc tentant d'admettre que le contenu de la notion d'originalité puisse varier selon la nature de l'œuvre. L'idée, d'une originalité à géométrie variable, fut défendue en doctrine²²⁴². Elle aurait le mérite de la simplicité pour les juges, qui n'auraient

démontrant, de sa part, un effort, qui se traduit par un apport soit d'ordre quantitatif, soit d'ordre qualitatif (ces deux aspects n'étant pas nécessairement cumulés) perceptible dans la création de forme » (*in*, A. MAFFRE-BAUGÉ, *L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ?*, Thèse, Montpellier I, 1997, n° 283, p 333). Ces approches ont le mérite de rendre mieux compte de la réalité de la jurisprudence.

²²⁴⁰ F. SIIRIAINEN, *Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction, propr. ind.* octobre 2010, p. 39. À cet effet, M. le professeur SIIRIAINEN propose d'une définition de l'œuvre de l'esprit : « une œuvre originale, et donc protégée comme œuvre de l'esprit consistant en une forme nouvelle, directement extériorisée d'une ou plusieurs manifestations de volonté arbitrairement tournées vers l'obtention d'une forme à la fois non banale et séparable de contraintes et d'utilités techniques » (*Ibid.* p. 40).

²²⁴¹ On remarque avec M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.*, n°206, p. 166 : « La jurisprudence est, en effet, très pragmatique. Les décisions s'adaptent à leur objet. Elles le font parfois trop peut-être ».

²²⁴² H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n°60. – J. JONQUERES, *R.D.P.I.* 1986, p. 30, n°56 : « La représentation d'une notion à géométrie variable qui se colore différemment selon les genres concernés, qu'il s'agisse d'œuvre littéraire ou dérivée, originale par leur composition (anthologies) ou leur expression (traductions), d'œuvres de fiction, de travaux scientifiques, de peinture, de sculpture ou de musique (arrangements, variations) de chorégraphie ». – A. STROWEL, *L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable*, *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 513.

qu'à appliquer un modèle déjà prédéfini en fonction de l'œuvre²²⁴³. Or, une telle approche porterait incontestablement atteinte « à la cohérence du droit d'auteur »²²⁴⁴ et irait à l'encontre des méthodes d'interprétation analogique à la base de notre droit²²⁴⁵. Toutefois, sans aller jusqu'à admettre une variabilité dangereuse du contenu, il serait réaliste d'admettre qu'il existe des degrés d'appréciation différents selon les œuvres²²⁴⁶. Notre choix s'effectuera finalement par défaut. En effet, il semblerait que l'approche objective de l'originalité rappelle dans le giron du droit d'auteur une valeur économique que nous avons préféré soustraire. Il reste donc, avec quelques réserves, la préférence en la conception subjective de l'originalité.

503.- Le rejet de l'approche objective de l'originalité. Nous craignons, d'une part, que seules les œuvres scientifiques « nouvelles » soient qualifiées d'originales. Or, qu'il s'agisse du processus créatif en droit d'auteur ou même dans le droit des brevets, les biens intellectuels protégés prendront toujours appui sur des biens préexistants²²⁴⁷. La proximité intellectuelle

²²⁴³ En simplifiant à l'extrême, on aboutirait à l'application de la conception subjective de l'originalité au domaine de l'art, et de la conception objective aux œuvres fonctionnelles et utilitaires.

²²⁴⁴ X. STRUBEL, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Éditions, 1997, p. 107. L'auteur ajoutant, à juste titre, que c'est tout le régime du droit de la propriété littéraire et artistique qui devrait être repensé à la lumière de ces variations. L'octroi du droit moral ne se justifiant plus dans une logique non-personnaliste. Mais tel ne serait-il pas le cas déjà pour le logiciel, pour lequel, le droit moral est réduit à peau de chagrin. Dans le même sens que M. le professeur STRUBEL, v. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit. n°94, p. 83 : « Il est cependant difficile d'admettre que la naissance d'un même droit exclusif soit subordonnée à des exigences différentes selon la création candidate à la protection. Une chose est de dire, avec Desbois, que l'originalité se manifeste différemment selon le genre de l'œuvre, une autre qu'elle change de nature d'une catégorie à l'autre, ce qui, selon nous, serait le cas s'il fallait admettre que la notion s'entend dans un sens subjectif pour certaines œuvres et dans un sens objectif pour d'autres. Ainsi entendue, la "géométrie variable" ne serait rien d'autre que le constat de l'impossibilité d'une définition. Elle ne pourrait d'ailleurs rester sans conséquence sur le contenu des droits. Inévitablement, le régime du droit exclusif varierait selon la nature de l'originalité (...) Il faudrait alors parler, non seulement d'une originalité, mais d'un droit d'auteur à géométrie variable. Mais pourquoi les deux régimes devraient-ils porter le même nom ? ».

²²⁴⁵ Sur ce point, v. G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 9^e éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 1999, n°410, p. 156 : « L'analogie est l'opération intellectuelle de comparaison qui consiste à étendre la règle énoncée pour un cas, à un autre cas reconnu analogue pour lequel aucune solution expresse n'avait été donnée ». Cet argument est fondé sur la maxime « *Ubi eadem ratio, ibi idem jus* ».

²²⁴⁶ N'est-ce finalement pas dans ce sens, qu'il faut comprendre la position de H. DESBOIS : « Ayant pris conscience du caractère subjectif et du caractère relatif de l'originalité, le juriste soucieux de synthèse a encore le devoir de mesurer l'influence, qu'exerce la diversité des œuvres sur le critère déduit de l'originalité » (*in*, H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 2^e éd., 1960, n°2, p. 4. En ce sens également, X. STRUBEL, *La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français*, CNRS Éditions, 1997, p. 107 : « Il est indiscutable que la condition d'originalité ne peut pas s'appliquer de la même manière à tous les types d'œuvres ».- P. SIRINELLI, *Propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Dalloz, 2004, p.16 : « L'originalité est une notion relative (...) Par conséquent il n'est pas étonnant qu'elle ne soit pas toujours appréciée de la même façon. En quoi, elle s'oppose encore à la nouveauté qui est une notion absolue ».

²²⁴⁷ En ce sens, v. E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3^e éd., Paris, éd. Marchal et Billard, 1908, n°12, p. 34 : « La création est la cause efficiente de la propriété littéraire et artistique ; mais créer, dans le langage humain, ce n'est pas bien entendu, faire quelque

des œuvres du domaine de la santé, pour des raisons évidentes d'intégrité des propos, peut rendre difficile cette qualification d'apport intellectuel, car il est le plus souvent assez mince. Mais principalement la crainte vient du rapprochement de la notion d'apport intellectuel avec la valeur économique. En effet, le critère de nouveauté, bien moins, exigeant, nous rapproche de la protection de l'investissement en droit des brevets. Une telle approche serait d'autant plus aisée à considérer pour les œuvres du domaine de la santé, qui par leur caractère scientifique se prêtent plus à une analyse objective²²⁴⁸. Mais si l'identification de l'originalité est plus facile, « il résulte un indiscutable abaissement du seuil d'exigence posé pour l'accès à la protection »²²⁴⁹. Par voie de conséquence, un tel raisonnement tend à conforter l'inversion de la logique de l'appropriation qui doit rester exceptionnelle. En d'autres termes, le droit d'auteur est ainsi assuré dans sa propension à s'appliquer à tout objet, y compris ceux qui ne devraient pas entrer dans le domaine de son application. Le domaine de l'inappropriable est alors considérablement menacé.

504.- La préférence de l'approche subjective de l'originalité. L'approche subjective semble être finalement celle qui correspond le mieux la logique personnaliste du droit d'auteur. Pourtant, le domaine de la santé n'est pas le domaine de prédilection pour un auteur pour exprimer sa personnalité. Il est, en effet, retenu par des impératifs scientifiques qui lui imposeront finalement une grande neutralité sur la forme afin que, sur le fond, l'information diffusée soit la plus fidèle possible à la science. Mais le critère de l'empreinte de la personnalité n'en est pas pour le moins inepte. Elle est au contraire une condition efficacement discriminante. L'originalité doit se présenter comme un filtre efficace aux appropriations indues sur le fonds commun de la création, qui auraient passé le crible de l'objet, ou aux œuvres banales. Selon les termes de MM. les professeurs LUCAS et

chose de rien, c'est faire quelque chose qui n'existait pas, le plus souvent, on doit même dire toujours, avec des matériaux existants ». Sur l'avènement d'un bien nouveau s'installe l'idée d'un enrichissement collectif, que le droit d'auteur vient compléter par l'octroi d'un monopole qui en permettra une large diffusion (en ce sens, v. M. VIVANT, *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, in *Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415).

²²⁴⁸ Tel est justement l'intérêt de la réflexion sur l'originalité. Comme le souligne M. le professeur LUCAS, elle va de soi dans les œuvres les plus classiques du droit d'auteur (I. CHERPILLOD, *L'objet du droit d'auteur*, CEDIDAC-Litec, Lausanne, 1985 et du même auteur, *Le droit d'auteur aujourd'hui*, in I. de LAMBERTERIE, éd., *Le droit d'auteur aujourd'hui*, CNRS Éditions, 1990)

²²⁴⁹ M. VIVANT et alii, *Lamy Droit de l'informatique et réseaux*, Lamy 2003, n°166, p. 104.

SIRINELLI, elle doit être – devenir ? – une notion « gendarme »²²⁵⁰. Pour autant, il faut être particulièrement vigilant à ce qu'une telle analyse dans le domaine de la santé ne conduise pas à la trop aisée disqualification pour défaut de mérite²²⁵¹. Enfin, nous reconnaissons que, les œuvres du domaine de la santé ne contribueront pas à redorer une image de la propriété littéraire et artistique ternie par sa « petite monnaie ».

505.- Conclusion de la section 1 : La question du droit d'auteur dans le domaine de la santé, le cantonnement du monopole. Il a tout d'abord été observé que l'objet du droit d'auteur était valorisé par l'intervention humaine, par le travail. Ce travail créatif permet de dégager des choses incorporelles, de futures œuvres de l'esprit et doit non seulement exister, mais encore, être exercé en toute conscience. Cette exigence ne permet toutefois pas d'exclure les œuvres issues de l'art-brut. Le premier processus de valorisation est acquis par cette constatation dans l'objet du droit d'auteur de la « valeur-travail ». Mais il est un objet singulier de la propriété intellectuelle, puisqu'exclusivement axé sur la forme de l'œuvre, on ne peut détecter le deuxième mouvement de valorisation, celui qui touche à la valeur sociale. En effet, tout l'objet du droit d'auteur est défini pour protéger la valeur sociale des choses qui existent en dehors de lui : les connaissances scientifiques. Autrement dit, la valeur sociale se situe dans le contenu de l'œuvre, qui n'est protégée que par sa forme. Or, reconnaître une telle valeur sociale aux connaissances scientifiques permet de définir la finalité que doit remplir le droit d'auteur dans le domaine de la santé. Il doit nécessairement participer à la diffusion la plus large de ces connaissances qui sont le puits où vont s'alimenter par la suite, toutes les œuvres, toutes les techniques, tous les signes. Le droit se définit donc négativement par rapport à la finalité qui lui est assignée, en s'imposant *de ne pas* monopoliser tout contenu. En effet, cela menacerait cette nécessité de large diffusion des connaissances scientifiques. Pour cela, la définition de son objet et de ses conditions impose une impérative neutralité. Cette neutralité est même légalement organisée, en ce qui concerne les conditions d'appropriation, qui empêche toute appropriation d'une œuvre en considération de son mérite, de sa destination ou de son genre et de sa destination. Seule la forme originale issue d'un travail

²²⁵⁰ A. LUCAS et P. SIRINELLI, *L'originalité en droit d'auteur*, JCP G 1993, I, 3681, n°28 : « L'originalité devrait être une notion « gendarme » mais l'étude de la jurisprudence montre que ce rôle n'est pas, ou il est mal rempli ».

²²⁵¹ On remarque d'ailleurs une telle confusion dans l'expression employée par les juges : l'empreinte du talent créateur personnel (Civ. 1^{ère} 13 novembre 1973, D. 1974, p. 533, cote COLOMBET).

créatif est protégée par le droit d'auteur. Pour la condition d'originalité, il sera préféré une approche subjective axée sur l'empreinte de la personnalité de l'auteur.

Ce serait peut-être la considération de cette seule « valeur-travail » dans le droit d'auteur, qui occasionnerait sa remise en question dans le domaine de la santé ?

Section 2

Le droit d'auteur en question dans le domaine de la santé : le débordement du monopole

506.- De la diffusion à l'immobilisation des connaissances scientifiques par le droit d'auteur : le cas des œuvres informationnelles. La délimitation stricte de l'objet du droit d'auteur dans le domaine de la santé s'explique par la finalité de progrès médical qu'il poursuit. Pourront alors être largement diffusées les connaissances scientifiques, puisque l'objet du droit ne concerne que la forme originale.

Toutefois, les choses sont dans la pratique souvent bien plus compliquées. La forme peut aisément se perdre dans cet amas d'information, au point d'une confusion sur l'objet du droit entre la forme et le fond. Tel est le cas notamment des œuvres informationnelles. Elles sont particulièrement présentes dans le domaine de la santé. En d'autres termes, « le droit d'auteur a de plus en plus tendance à protéger des créations de formes informationnelles qui sont des informations avant d'être des œuvres »²²⁵². Or c'est précisément cette dérive qu'il convient de constater (*paragraphe 1*) et qui fait que le droit d'auteur est aujourd'hui en question dans le domaine de la santé. Pour cette raison, nous réfléchissons à d'éventuelles solutions (*paragraphe 2*).

Paragraphe 1

Les difficultés posées par les œuvres informationnelles du domaine de la santé

507.- Les œuvres informationnelles interrogent le droit d'auteur, et particulièrement dans le domaine de la santé. Ainsi, à l'appréhension des risques théorique (A) succèdera la vérification pratique (B).

²²⁵² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, n°76, p. 66.

A) Les risques théoriques de l'appropriation des œuvres informationnelles

508.- L'information. La propriété intellectuelle a toujours entretenu des liens très étroits avec l'information²²⁵³. Dans le domaine de la santé, nous avons eu l'occasion de le préciser, il s'agit des connaissances scientifiques, qui servent de fonds commun à toute création. Mais l'objet du droit d'auteur ne doit pas être réduit à une identité avec l'information²²⁵⁴. Ainsi, comme le note très justement M. le professeur LUCAS, « le droit d'auteur ne saisit que des œuvres, pas des informations »²²⁵⁵. La notion même d'« œuvre informationnelle » peut être source de confusions. Il conviendra donc d'en présenter la définition (1) puis sa forme la plus courante en propriété littéraire et artistique, avec les œuvres réceptacles (2).

1) La définition de l'œuvre informationnelle

509.- La légitimité de l'information-support. La problématique de l'insertion de l'information dans la catégorie des œuvres de l'esprit soulève des débats passionnés tant en doctrine²²⁵⁶ qu'en jurisprudence²²⁵⁷. Bien que reconnu comme un concept fuyant²²⁵⁸, il est

²²⁵³ Nous retiendrons la même définition que M. le professeur SIIRIAINEN : « Dans son sens le plus large, et peut-être le plus consensuel, l'information peut être définie comme une « *expression* », une « *formulation destinée à rendre un message communicable ...* ». À partir de cette définition délibérément large, l'information « appropriable » (...) est potentiellement toute information » (in, F. SIIRIAINEN, *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété*, in *Immatériel, nouveaux concepts*, sous la dir. de J. De BANDT et G. GOURDET, éd. Economica, 2001, p. 129).

²²⁵⁴ En ce sens, M. VIVANT, *A propos des « biens informationnels*, *JCP G* 1984, I, 3132.

²²⁵⁵ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, n°46.

²²⁵⁶ P. CATALA, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, *D.* 1984, chron. p. 97. – E. DARAGON, *étude sur le statut juridique de l'information*, *D.* 1998, chron. p. 63. – J.-C. GALLOUX, *Ébauche d'une définition juridique de l'information*, *D.* 1994, chron. p. 229. – N. MALLET-POUJOL, *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, *D.* 1997, chron. p. 330. – J. PASSA, *La propriété de l'information, un malentendu ? Droit et patrimoine*, n°91, mars 2001, p. 65.

²²⁵⁷ En droit pénal notamment, si l'immatérialité de l'information la fait échapper aux qualifications de recel (Crim. 3 avril 1995, *Bull. crim.*, n°142, p. 397 ; *D.* 1995, somm. p. 320, obs. PRADEL ; *JCP G*, II, 22429, note DERIEUX), elle entre dans celle d'abus de confiance, qui vise directement les biens incorporels (Crim. 14 novembre 2000, *D.* 2001, p. 1423, note De LAMY ; *Dr. pénal*, 2001, comm. 28, obs. VERON et chron. 16, obs. JACOPIN ; *RTD civ.* 2001, p. 912, obs. Th. REVET. Décision confirmée par Crim. 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n°125, p. 397 ; *D.* 2004, somm. p. 2749, obs. De LAMY ; *Dr. pénal*, 2004, comm. 129, obs. VERON ; et par Crim. 22 septembre 2004, *Bull. crim.*, n°218, p. 397 ; *D.* 2005, p. 411, note De LAMY ; *JCP G*, 2005, II, 1034, note MENDOZA-CAMINADE ; *Dr. pénal*, 2004, comm. 179, obs. VERON). Rapp. du vol d'information, J. DEVEZE, *Le vol de biens informatiques*, *JCP G*, 1985, I, 3210, selon qui le vol ne peut avoir pour objet qu'un bien meuble corporel, et M.-P. LUCAS de LEYSSAC, *Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?*, *D.*, 1985, chron. p. 43. – J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal*

nécessaire de connaître ce que l'on entend traditionnellement par « information ». M. le professeur CATALA éclaircit cette définition : « l'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable ; elle est ensuite communiquée, ou peut l'être, à l'aide du signe choisi pour porter le message à autrui »²²⁵⁹. L'information peut entrer dans la catégorie des œuvres de l'esprit par le support qu'elle représente pour une forme d'expression. De ce fait, elle se soumet à une évidente appropriation²²⁶⁰, qui est, le plus souvent, justifiée par son imprégnation économique²²⁶¹. Ceci explique l'emploi, si fréquent, de la notion de « biens informationnels »²²⁶² pour la désigner. Or, cette expression est trompeuse et source de confusion sur l'objet de l'appropriation : est-ce la forme d'expression de l'information ou l'information, elle-même, qui sera appropriée²²⁶³ ?

510.- Les dangers de l'information-objet. La pratique s'éloigne de la satisfaisante théorie de « l'information-support ». L'explication suit l'évolution de l'économie : « qu'elle participe

spécial, Droit commun - droit des affaires, 4^e éd., Cujas, Paris, 2007, n° 834, p. 593 : « il n'est pas impossible que, dans l'avenir, la chambre criminelle consacre expressément le vol d'informations ».

²²⁵⁸ M. VIVANT, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, R.I.D.E. 2006/4, p. 361, et spéc. n°2, p. 363.

²²⁵⁹ P. CATALA, *La propriété de l'information*, in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97, et spéc. n°5, p. 98.

²²⁶⁰ L'appropriation ne soulève guère de doute. Elle s'adaptera aux différents droits de propriété intellectuelle. Comme nous l'avons vue pour le droit, l'information pour devenir une œuvre de l'esprit se matérialisera dans une forme originale. Et pour le droit des brevets, dont l'objet est l'invention prend appui sur une technique et donc une information. Mais dans ces deux cas, l'information « n'était, cependant, saisie par le droit que de manière en quelque sorte médiate » (M. VIVANT, *An 2000 : L'information appropriée ?*, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p.651).

²²⁶¹ En ce sens, P. CATALA, *Ébauche d'une théorie juridique de l'information*, D. 1984, chron. p. 97 : « Posons en premier postulat que l'information est un bien susceptible d'appropriation. Sa vocation naturelle est de posséder, sauf exception, une valeur patrimoniale. Quand le commerce n'en est pas interdit, l'information est un bien marchand dont le prix se détermine par les lois du marché ». – N. MALLET-POUJOL, *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D. 1997, chron. p. 330, n°1 : « Dans une société de communication, où l'information a une valeur marchande, une tentation récurrente d'appropriation, consciente ou non, est perceptible ».

²²⁶² Sur la notion, v. notamment : M. VIVANT, *A propos des biens informationnels*, JCP G, 1984, I, 3132 : « il n'y a pas de propriété intellectuelle sans la reconnaissance du bien-information. – A. LUCAS, *L'adaptation du droit aux biens informationnels*, in *L'appropriation de l'information*, sous la dir. de J.-P. CHAMOUX, Librairies techniques, 1986, p. 80.

²²⁶³ En ce sens, v. M. VIVANT, *An 2000 : L'information appropriée ?*, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p.651 et du même auteur, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle*, R.I.D.E. 2006/4, p. 361, et spéc. p. 362 : « Si les « biens informationnels » ont eu leur heure de gloire dans les écrits de certains juristes, bien qu'à la vérité l'information ait toujours été au cœur de la propriété intellectuelle, la question – point tout à fait neuve et peut-être « éternelle chimère » – se pose, en effet, aujourd'hui avec une acuité singulière de savoir si l'information n'est pas désormais « saisie » en tant que telle par les droits de propriété intellectuelle ».

d'un fait ou d'un acte juridique, qu'elle soit objet de droit ou source d'obligation, souvent les deux à la fois, l'information est un élément majeur de la vie des affaires : à ce titre, elle investit la plupart des rapports juridiques et des instruments conceptuels du droit »²²⁶⁴. Pour qu'elle soit objet de droit, il est nécessaire de la rapprocher de la qualification d'une des créations disposées au Code de la propriété intellectuelle²²⁶⁵.

En effet, plus encore que dans le domaine des idées²²⁶⁶, le fond et la forme de l'œuvre sont indissociables. Comme le soulignent MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE : « La forme de l'information est couramment un résultat obligé, c'est-à-dire conduit par des contraintes et des procédés techniques ou scientifiques »²²⁶⁷. L'originalité perçue serait alors plus celle de l'information contenue que de la forme qui la révèle. Cela est d'autant plus vrai dans le cas des bases de données. En effet, la directive du 11 mars 1996, relative à la protection juridique des bases de données, et transposée par la loi du 1^{er} juillet 1998, a introduit les dispositions L. 112-3²²⁶⁸ et L. 341-1²²⁶⁹ dans le Code de la propriété

²²⁶⁴ F. SIIRIAINEN, *Les réalités immatérielles et le Droit*, in *Immatériel, nouveaux concepts*, sous la dir. de J. De BANDT et de G. GOURDET, éd. Economica, 2001, p. 40.

²²⁶⁵ En ce sens, « C'est donc en principe la consécration législative de « droits exclusifs » ou assimilés qui permet d'étendre ponctuellement le champ de l'appropriation des « biens » immatériels » (in, F. SIIRIAINEN, *L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété*, in *Immatériel, nouveaux concepts*, sous la dir. de J. De BANDT et G. GOURDET, éd. Economica, 2001, p. 137&).

²²⁶⁶ Il n'est pas possible d'assimiler l'information à une idée. Telle le prouve la définition de M. le professeur CATALA précédemment mentionnée. Et comme le souligne Mme MALLET-POUJOL (in, *Appropriation de l'information : l'éternelle chimère*, D. 1997, chron. p. 330, n°6) : « (...) la notion d'information n'est pas réductible à celle d'idée. L'information peut-être le support d'une idée comme elle peut n'être qu'une donnée brute à valeur stratégique (donnée météorologique). (...) Les ressorts en sont toutefois les mêmes et le principe de « libre parcours » est souvent « réinvesti » et invoqué à propos de l'information ».

²²⁶⁷ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°79, p. 83 : « Or si l'information comporte bien une forme, celle-ci est souvent (...) indissociable du fond ».

²²⁶⁸ L'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle dispose : « Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, telles que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.

On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessible par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ».

²²⁶⁹ L'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose dans son premier alinéa, que : « Le producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel ». Et dans son second alinéa que, « Cette protection est indépendante et s'exerce sans préjudice de celles résultant du droit d'auteur ou d'un autre droit sur la base de données ou un de ses éléments constitutifs ».

intellectuelle²²⁷⁰. Alors que le droit d'auteur concerne exclusivement la forme reflétée par le choix ou la sélection des données, par l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, la protection de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle crée un véritable droit *sui generis* sur le contenu de la base de données. En pratique, le monopole d'exploitation du droit d'auteur, autorisant une liberté d'action sur les données contenues dans la base, se trouve considérablement étendu par ce nouveau droit qui interdit l'extraction et la réutilisation des données que prévoient la directive, puis la loi. Comme le souligne M. le professeur VIVANT : « pour la première fois l'information comme telle, devient objet direct (et non point indirect) d'un droit et d'un droit, qui n'est pas loin d'être privatif »²²⁷¹. Il convient alors d'étudier par quel moyen.

2) Les modalités d'appropriation : l'œuvre réceptacle

511.- L'élargissement légal de la notion d'œuvre réceptacle. Le domaine de la santé est constitué d'éléments épars immatériels ou matériels pouvant affecter l'état de santé d'une personne. En ce qui concerne les éléments immatériels, ils peuvent à eux seuls constituer une œuvre de l'esprit, tel qu'il l'a été démontré ci-dessus, mais également faire l'objet de rassemblement, offrant alors une démarche scientifique globale. L'image offerte par la notion « d'œuvre réceptacle »²²⁷² permet de cerner le nouvel objet comme un dispositif de réception des différents éléments immatériels. Or, par principe, l'acte de rassembler ou de collecter des objets matériels ou immatériels ne constituerait pas un travail créatif. « Le travail de collecte,

²²⁷⁰ Ce régime de réservation privative a été instauré par le droit communautaire. C'est ainsi que la directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données, laquelle a été transposée en droit interne à l'issue de la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998, instaure un droit *sui generis* au bénéfice du producteur de bases de données, entendu comme celui « qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants » (article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle). Ce droit protège le contenu des bases de données telles que définies à l'article L. 112-3 alinéa 2 du code précité, dès lors que ce dernier « atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel ». Le monopole conféré est très puissant. « Les articles L. 342-1 et suivants (...) l'envisagent comme un droit d'interdire certains comportements (tels que l'extraction ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de la base). C'est donc un monopole très défensif qui semble consacré » (in, C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 1^{ère} édition, Litec, 2006, n° 592, p. 465). La durée de ce droit est toutefois limitée « prene effet à compter de l'achèvement de la fabrication de la base de données » et « expire quinze ans après le 1^{er} janvier de l'année civile qui suit celle de cet achèvement » (article L. 342-5). Néanmoins, tout nouvel investissement permet notamment de reporter le point de départ de ce délai. En pratique, la protection est souvent perpétuelle.

²²⁷¹ M. VIVANT, *An 2000 : L'information appropriée ?*, in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 651. Rapp. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°80, p. 84, ajoutant que : « Ceci est bien une manière de rendre indisponible certaines informations brutes ».

²²⁷² L'expression, parfaitement illustrative, est empruntée à M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°146, p. 128.

aussi pénible et onéreux soit-il, reste une prestation non qualifiante : collecter des fonds, des ordures ou des archives n'est pas un acte créatif »²²⁷³. Il ne s'agit plus de rechercher le travail créatif pour les éléments qui composent la collection, mais bien dans la forme que revêtirait l'ensemble. Avec la loi de 1957²²⁷⁴, seul un rassemblement d'œuvres de l'esprit avait une chance d'accéder à une protection pour l'ensemble. En effet, loin de protéger toute forme de collection, la loi de 1957 accueillait favorablement les créations dérivées des œuvres préexistantes, dont les exemples types sont l'anthologie ou le recueil d'œuvres. Cette position a été confortée par la Cour de Cassation au travers du célèbre arrêt *Coproza*, dans lequel les juges estimaient « qu'un travail de compilation d'informations n'est pas protégé en soi par la loi du 11 mars 1957 »²²⁷⁵. Mais là encore, sous la pression d'une valeur économique grandissante de ces produits de rassemblement et dans un but d'alignement sur les ADPIC, le droit de la propriété intellectuelle a ouvert son régime de protection avec les lois du 18 décembre 1996 et du 1^{er} juillet 1998²²⁷⁶. C'est ainsi que présente *un travail créatif le choix ou la disposition des matières* dans les recueils d'œuvres et de données diverses, telles que les bases de données. À cette approche du travail créatif dans les œuvres réceptacles s'accompagne la définition des bases de données, par l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle, comme « un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessible par des moyens électroniques ou tout autre moyen ».

²²⁷³ Ph. GAUDRAT, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134 : L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2)*, 2009, n°129.

²²⁷⁴ Loi n°57-298, du 11 mars 1957 relative à la propriété littéraire et artistique. À l'article 4 de ce texte, repris par une codification à droit constant par la loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, relative au Code de la propriété intellectuelle, à l'article L. 112-3 : « Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il est en de même des auteurs d'anthologies ou recueils *d'œuvres diverses* qui, par le choix *et* la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles » [nous soulignons].

²²⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 2 mai 1989, *JCP G*, 1990, II, 21392, obs. LUCAS ; *JCP E*, 1990, II, 15751, note VIVANT et LUCAS ; *RTD com.* 1989, p. 675, note FRANCON ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n°9, comm. MAFFRE-BAUGE). Dans cette affaire, il a été jugé la « protégeabilité » d'un organigramme d'entreprise.

²²⁷⁶ La loi n°96-1106 du 18 décembre 1996 modifie le code de la propriété intellectuelle en application de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce. Seule la fin de l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle est changée en ces termes : « Il en est de même des auteurs d'anthologies ou *de recueils d'œuvres ou de données diverses* qui, par le choix *ou* la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles » [nous soulignons]. La loi n°98-532 du 1^{er} juillet 1998, transpose la directive européenne n°96/9/CE du 11 mars 1996, concernant les bases de données, qui en plus de donner une définition aux bases de données a organisé à côté de la protection par le droit d'auteur une protection par un droit *sui generis*.

512.- L'élargissement préjudiciable de la notion d'œuvre réceptacle ? Il importe de rechercher si dans les œuvres ci-dessous analysées l'ouverture de la notion d'œuvre réceptacle par la loi apparaît comme préjudiciable à la logique du droit d'auteur et à la finalité de diffusion en faveur du progrès médical qu'il poursuit. De nos jours, une quantité toujours plus importante d'informations se prête à des rassemblements, qu'ils soient des recueils d'œuvres ou de données diverses. Considérant que les données recueillies sont de plus en plus pointues, le travail de collecte s'en trouve être de plus en plus laborieux expliquant, peut-être, l'assouplissement des exigences sur la caractérisation du travail créatif. Autrement dit, on accepte de plus en plus que la qualification de la création dépende exclusivement de la « valeur-travail »²²⁷⁷ et qu'elle nous entraîne de plus en plus de « l'information support » à « l'information objet ». Alors qu'auparavant, un travail créatif consistait dans le choix *et* la disposition des matières, avec les récentes modifications, le choix *ou* la disposition des matières suffit. De fait, « on ne voit pas quels arguments pourraient être invoqués à l'encontre de la protection d'une création reposant sur la seule sélection »²²⁷⁸, ni quelles œuvres réceptacles ne seraient pas le produit d'un travail créatif. Ce constat se retrouve dans l'étude de quelques objets, particulièrement significatifs du domaine de la santé.

513.- L'impuissante originalité ? Puisque le travail créatif ne permet pas de disqualifier les objets qui relèvent de la définition ou pas de l'œuvre, il aurait été opportun de compter sur la définition retenue de l'originalité. Les objets accèderaient ainsi au statut d'œuvre, mais non d'œuvre protégée. Or, « la question de l'originalité des compilations d'informations, des collections de données, a toujours quelque peu « empoisonné » la doctrine en ce que l'on s'éloigne prodigieusement de l'esprit du droit d'auteur pour venir protéger les créations d'investissement »²²⁷⁹. Il convient de dire à nouveau que l'originalité n'évalue que la « présentation formelle » et non le « contenu informationnel de l'œuvre »²²⁸⁰. Cela n'a pas été relevé à chaque décision, mais la caractérisation de l'originalité tient souvent à la simple

²²⁷⁷ Sur l'importance de la valeur économique de l'information, v. notamment, J. de BANDT, *De l'information à la production de connaissances et de valeurs in Immatériel, nouveaux concepts*, sous la dir. de J. De BANDT et G. GOURDET, éd. Economica, 2001, p. 229.

²²⁷⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.* n°53, p. 62.

²²⁷⁹ N. MALLET-POUJOL, *Marché de l'information le droit d'auteur injustement « tourmenté »*, R.I.D.A. avril 1996, p. 111, et spéc. p. 121.

²²⁸⁰ N. MALLET-POUJOL, *Marché de l'information le droit d'auteur injustement « tourmenté »*, préc. p. 111, et spéc. p. 129.

constatation d'un travail créatif pour les juges – ou, peut-être que, dans la recherche, l'un et l'autre étaient confondus, comme sont confondus objet et condition de la protection ? On trouve dans une simple collecte l'empreinte de la personnalité de l'auteur, tout ceci est apprécié dans une extrême souplesse²²⁸¹. Souplesse largement confirmée par l'introduction de l'approche objective de l'originalité, que l'on s'est empressé d'appliquer à ce type de créations auxquelles elle convient mieux²²⁸². « Toujours est-il que la compilation ne sera déclarée originale que si sa structuration ne s'impose pas inévitablement à tout esprit, les opérations de choix et de disposition ne relevant pas alors d'une démarche intellectuelle »²²⁸³. Voilà, qui nous permet alors de ne retenir comme seul critère l'identification d'un « pseudo travail créatif ». Quelles en sont les conséquences dans le domaine de la santé ?

B) La vérification des risques théoriques de l'appropriation de l'œuvre informationnelle dans le domaine de la santé

514.- Illustrations. L'étude d'un panel d'œuvres réceptacles du domaine de la santé nous permettra de mettre en évidence les conséquences des débordements de l'appropriation sur le contenu informationnel et les conséquences sur la diffusion du progrès médical. En ce sens, nous étudierons les annuaires médicaux (1), les listes statistiques de médicaments (2), les pharmacopées (3), les collections d'échantillons biologiques ou « biobanques » (4).

1) Les annuaires médicaux.

515.- La progressive admission des annuaires médicaux. Avant la loi de 1957, il existait dans la jurisprudence un certain flottement sur la possibilité ou non de qualifier des rassemblements d'éléments non protégés d'œuvre de l'esprit. Si certains juges du fond ont semblé l'admettre à propos de la célèbre affaire *Didot-Bottin* et d'un annuaire universel de

²²⁸¹ V. en ce sens, l'affaire citée ci-dessous, *Didot-Bottin*. Laxisme ou équité dans l'appréciation la question est longuement étudiée par Mme MALLET-POUJOL, in N. MALLET-POUJOL, *Marché de l'information le droit d'auteur injustement « tourmenté »*, préc. p. 111, et spéc. p. 121-135.

²²⁸² En ce sens, « Reste à déterminer clairement si l'on demande au choix et à la disposition ou à la réunion et au classement, critères d'appréciation de l'originalité, d'être le révélateur du seul apport intellectuel, de la création intellectuelle ou plus encore de la personnalité de l'auteur », in N. MALLET-POUJOL, *Marché de l'information le droit d'auteur injustement « tourmenté »*, préc. p. 111, et spéc. p. 129.

²²⁸³ N. MALLET-POUJOL, *Marché de l'information le droit d'auteur injustement « tourmenté »*, préc., p. 111, et spéc. p. 130.

l'industrie et du commerce²²⁸⁴, le travail créatif semble difficile à caractériser. Les matériaux servant à cette collection sont « inexpressifs et utilitaires, l'organisation, elle-même, ne peut être qu'utilitaire et inexpressive »²²⁸⁵. Ainsi, on aurait pu penser que l'entrée en vigueur de la loi de 1957, aurait mis fin à la protection des annuaires, car ne constituant pas le rassemblement d'œuvres préexistantes, mais seulement un recueil d'informations banales. Au contraire, les juges du fond ont persisté en reconnaissant notamment un annuaire médical et pharmaceutique comme une œuvre de l'esprit²²⁸⁶. Or, si *a minima* le travail créatif consiste en une sélection, un choix, on peut s'interroger sur son existence dans de telles œuvres qui ont vocation à l'exhaustivité. Est alors consacrée la plus simple disposition des données. Ainsi, avec la nouvelle formulation de l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle, rien ne semble pouvoir freiner cette reconnaissance de nouveaux objets de compilation. Le seul espoir de l'éviction de ces annuaires du droit d'auteur viendra, peut-être, du crible de l'originalité.

2) Les listes statistiques de médicament.

516.- L'affaire IMS. Il semblerait au regard des dispositions de la loi de 1957 que les listes statistiques de médicaments ne puissent être considérées comme une forme protégeable dans son ensemble. En effet, ce nouvel objet ne se présente pas comme le rassemblement d'œuvres préexistantes, mais plus comme la simple compilation de données brutes. Et pourtant, le Tribunal de Grande instance de Paris, par une ordonnance de référé du 18 janvier 1989 en a

²²⁸⁴ CA Paris, 18 déc. 1924, *DH*, 1925, p. 30 : « le fait de réunir en un ensemble ordonné et complet les noms, adresses et renseignements divers dont se compose un annuaire et de les classer en diverses nomenclatures comporte un travail important dont le résultat, comme celui de toute industrie humaine, donne lieu à un droit privatif, véritable droit de propriété couvert par des garanties de la loi ».

²²⁸⁵ Ph. GAUDRAT, *Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134 : L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2)*, 2009, n°132.

²²⁸⁶ CA Paris, 27 novembre 1986, n°*JurisData* : 1986-028715. Il s'agissait d'un annuaire de laboratoire d'analyses médicales, distribué par une société et dont les informations ont été reprises dans un autre annuaire, distribué par une autre société. L'argument de la contrefaçon a été porté à l'analyse des juges, qui ont eu préalablement la tâche de qualifier l'annuaire médical d'œuvre de l'esprit. Pour ce faire, ils ont recherché et caractérisé l'effort créateur dans l'inscription des titres en caractères noirs sur une couverture de ronds de toutes les couleurs formant de grandes circonférences et par la mise en page des informations. Il a principalement été noté que les deux sociétés reprenaient exactement les mêmes informations pour chaque laboratoire qu'elle présentait, à savoir la ville et l'adresse, le numéro de téléphone, le nom des responsables, la spécialité, le numéro d'autorisation et d'exploitation de ces laboratoires.

décidé autrement²²⁸⁷. Il a reconnu que le travail de collecte de statistiques sur la vente de certains médicaments de la société *IMS France* revêt un travail créatif, susceptible de protection par le droit d'auteur²²⁸⁸. L'entrée en vigueur du nouvel article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle aurait permis de justifier cette décision en considérant qu'il s'agissait de données diverses et que le travail créatif se manifestait dans le choix et la disposition des matières. Quelques années plus tard, le groupe *IMS International*, ou *IMS Health*, se retrouve, devant les instances communautaires, au centre d'un débat plus large sur la conciliation de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence²²⁸⁹. Ce contentieux était relatif à des statistiques qui présentaient aux laboratoires pharmaceutiques les médicaments les plus prescrits par les médecins²²⁹⁰. La structure présentant ces statistiques, appelée « structure à 1860 modules », a été admise par les juridictions allemandes comme une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur. Il n'était pas du ressort du juge communautaire de revenir sur cette qualification, qui relève de la compétence exclusive des

²²⁸⁷ TGI Paris, ord. réf., 18 janvier 1989, n° *JurisData* : 1989-043760. Dans cette affaire, les sociétés I.M.S. et I.S.E.E., qui ont pour objet le traitement de données statistiques sur la vente de produits pharmaceutiques à partir d'informations fournies par des officines pharmaceutiques réparties sur le territoire français, contestent la publication dans la revue mensuelle *Sciences et Vie* d'un article utilisant « leurs » données statistiques.

²²⁸⁸ L'effort de création est en ces termes constaté : « Ces études témoignent d'un effort de création tant en ce qui concerne leur méthode de réalisation que de présentation ; (que) ces statistiques très affinées n'ont pu être obtenues qu'à partir d'échantillons représentatifs sur le plan national et traités selon des méthodes scientifiques sophistiquées ; (que) les informations ainsi recueillies sont ensuite présentées sous forme de tableaux synoptiques faisant l'objet d'une publication trimestrielle réservée par contrat à chaque souscripteur ; (que) les résultats ainsi présentés sont le fruit d'un effort d'imagination et de conception protégeable au sens de la loi du 11 mars 1957 ». L'œuvre de rassemblement a aussitôt été qualifiée d'œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur, car la condition de l'originalité de la création n'a même pas été soulevée par la société défenderesse et n'a donc pas fait l'objet de discussion sur le fond.

²²⁸⁹ Sur la conciliation – ce terme est préféré à celui de confrontation – de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence dans le domaine de la santé, v. *infra* n°371.

²²⁹⁰ Il s'agit en réalité de deux décisions : TPICE, ord. réf., 26 octobre 2001, *JCP E*, 2002, p. 952 ; *Prop. intell.* 2002, n° 3, p. 117, note BENABOU et CJCE 29 avril 2004, *C.C.E.* 2004, comm. 69, note CARON ; *D.* 2004, jur. p. 2366, note SARDAIN ; *Legipresse* 2004, n°220, III, p. 57, note BERGE ; *Prop. Ind.*, 2004, comm. 56, obs. KAMINA. L'ordonnance du TPICE a été prononcée à la suite d'une décision de la Commission européenne, obligeant le titulaire de la structure à accorder une licence à ses concurrents, au motif qu'il détenait dans cette structure des informations essentielles, pour lesquelles ils étaient dans l'obligation de faciliter l'accès. C'est l'application en droit de la concurrence de la théorie dite des facilités essentielles, qui remettent en question l'exercice du monopole d'exploitation pour le titulaire d'une œuvre indispensable. Or, aussi bien dans la décision du TPICE que de la CJCE, l'abus de position dominante, pouvant contraindre le titulaire d'un droit d'auteur à concéder une licence, n'a pas été caractérisé. La CJCE fournit à cette occasion de précieuses indications sur les conditions de l'abus de position dominante d'un titulaire de droit d'auteur en droit communautaire, il faut notamment un refus d'accorder une licence empêche la sortie d'un bien nouveau pour lequel il existe une demande, que ce refus ne soit pas justifié et qu'il élimine toute concurrence sur le marché en aval (sur la théorie des facilités essentielles, v. *supra* n°381). La décision du TPICE (TPICE, 25 avril 2005, *Gaz. Pal.* 5 août 2005, n°217, p. 2507) qui a suivi cette affaire avait simplement pour but de faire disparaître les effets juridiques qui subsistaient à l'issue des deux premières décisions.

États membres. La conclusion s'impose donc, la composition de statistiques de médicament dans une structure modulaire présente un travail créatif. Même si les discussions engagées sur le terrain du droit de la concurrence remettraient seulement en question l'exercice du droit d'auteur, sans discuter l'existence du droit, nous convenons avec M. le professeur C. CARON qu'« il peut être impératif, notamment par l'abus de position dominante, de réguler l'exercice d'un monopole qui n'aurait jamais dû être accordé par un juge »²²⁹¹. Le jour où l'objet de la propriété intellectuelle sera apprécié strictement au regard de la valeur sociale qui le caractérise (y compris pour l'objet du droit d'auteur), alors le recours au droit de la concurrence sera anecdotique. Cette question ravive les conflits de la forme et du fond au sujet des œuvres informationnelles.

3) Les pharmacopées.

517.- L'exclusion des textes officiels du droit d'auteur. On ne trouve aucun fondement textuel à cette exclusion qui repose exclusivement sur une ancienne construction doctrinale et jurisprudentielle²²⁹². Ne bénéficiant donc pas de critères légalement prédéfinis, cette catégorie s'est forgée au fil du temps. Un choix entre une lecture stricte des actes officiels, assimilables à la norme juridique²²⁹³, ou une lecture plus large et plus accueillante des « textes de portée générale, émanant de l'État ou de ses prolongements, qui a vocation à s'imposer à tous, sans pour autant être obligatoire, et qui par voie de conséquence devrait recevoir une publicité par le biais d'un canal officiel »²²⁹⁴, doit être opéré. Il semble que dans l'un et l'autre cas, la caractéristique commune de l'acte officiel est l'origine de sa production, à savoir étatique. La préférence en l'une des deux définitions aura des incidences pratiques sur le domaine de la santé, à savoir si, la catégorie ne comprend que les textes à valeur normative ou si, on y inclut,

²²⁹¹ L'auteur ajoute : « Il faut donc veiller à ce que le droit de la concurrence atténue les excès du droit d'auteur et joue un rôle de régulation pour gommer certaines pathologies qui affectent la discipline. A l'inverse, il convient d'être vigilant pour que le droit de la concurrence ne rogne pas, petit à petit, l'essence même du droit d'auteur (in, C. CARON, *Droit d'auteur et droit voisins*, op. cit. n°300, p. 247).

²²⁹² En ce sens, v. M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit., n°76, p. 79.

²²⁹³ Selon J.-M. BRUGUIERE, *Les données publiques et le droit*, Litec, coll. *Droit@Litec*, 2002, p. 83 : « le texte officiel serait assimilable à la norme juridique, ce qui s'étend, par accessoire, à tout ce qui éclaire sa portée, c'est-à-dire aussi bien en amont, les travaux préparatoires, qu'en aval, une décision de justice ou une circulaire, qui parce qu'ayant vocation à s'imposer à tous, doit recevoir une large publicité ».

²²⁹⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit. n°77, p. 81.

par exemple, les questions posées à un concours médical²²⁹⁵. Force est de constater que, nombre de textes aujourd'hui admis, comme les circulaires ou les décisions, n'entrent pas de ce canon trop restrictif²²⁹⁶. D'un côté, l'extension de la catégorie des textes officiels ne saurait causer trop de difficultés, surtout dans le domaine de la santé où l'accessibilité doit être préservée, le flou entourant ces critères pourrait conduire à un dangereux rétrécissement de la catégorie et à une protection trop large et non avenue par le droit d'auteur²²⁹⁷. D'un autre côté, dans un souci de pratique judiciaire, une acception large des textes officiels expose « l'interprète à de redoutables difficultés, l'imprécision de l'objet pouvant conduire à ranger dans la liste nombre de documents disparates »²²⁹⁸.

Pour effectuer ce choix, il faut se concentrer sur la finalité de l'exclusion des actes officiels c'est-à-dire, rechercher pourquoi cet objet doit être protégé de tout monopole. La finalité visée est la diffusion du progrès médical. Ainsi, rétifs à toute forme d'appropriation, les actes officiels sont « essentiellement destinés au service du public »²²⁹⁹, qui doit pouvoir y trouver les éléments relatifs aux avancées thérapeutiques. Cette destination collective des textes officiels voit son prolongement dans le droit d'accès des individus à l'information de santé²³⁰⁰.

²²⁹⁵ CA Paris, 4^e ch., 13 juin 1991, *D.* 1992, somm. 12, obs. COLOMBET.

²²⁹⁶ En ce sens, J.-M. BRUGUIERE, *Les données publiques et le droit*, Litec, *op. cit.*, p. 83, qui constate que plusieurs décisions de justice ne correspondent pas à cette lecture trop restrictive de la catégorie des actes officiels (par exemple : le catalogue officiel de l'exposition Universelle, CA Paris, 1^{er} juillet 1867, *Ann.* 1867, p. 109), estimant alors qu'une redéfinition de la catégorie permettrait de mieux l'appréhender. Ainsi, un texte officiel serait « un texte de portée générale, émanant de l'État ou de ses prolongements, qui a vocation à s'imposer à tous, sans pour autant être obligatoire, et qui par voie de conséquence, devrait recevoir une publicité par le biais d'un canal officiel ». Cette approche a en partie été consacrée par la classification dans les textes officiels de questions d'examens posées à un concours médical (CA Paris, 4^e ch., 13 juin 1991, *D.* 1992, somm. p. 12, obs. COLOMBET). Cette définition n'affecte en rien la reconnaissance des spécifications de la pharmacopée comme des textes officiels, car selon l'adage, *quid potest majus potest et minus*, s'inscrivant déjà dans une définition fermée, elles n'auront aucun mal à être acceptées dans une conception plus ouverte.

²²⁹⁷ En ce sens, v. notamment : *Information et propriété intellectuelle, Ensemble informationnel automatisé et propriété intellectuelle*. Rapport pour le compte de la Commission des Communautés, par M. VIVANT, avec le concours de C. LE STANC et A. LUCAS, 1989, et spéc. p. 385, le rapport spécifique de M. BIBENT sur les « documents de travail ».

²²⁹⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur op. cit.*, n°77, p. 82.

²²⁹⁹ A.-Ch. RENOARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, 1839, T. 2, p. 132.

²³⁰⁰ Ce droit d'accès à l'information contenue dans les textes officiels, découle de l'adage *Nemo legem ignorare censetur* (sur l'adage, v. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, éd., 1999, n°248, p. 494 et n°291, p. 579), qui voit ainsi son prolongement dans la non appropriation : « si nul n'est censé ignorer la loi alors, nul n'est autorisé à s'opposer à cette connaissance » (J.-M. BRUGUIERE, *Propriété intellectuelle et choses communes*, in *Propriété intellectuelle et droit commun*, sous la direction de J.-M. BRUGUIERE, N. MALLET-POUJOL, A. ROBIN, préf. M. VIVANT, PUAM, 2007, p. 39, et spéc. n°18, p. 48). Et sur cette question

518.- Les pharmacopées, des textes officiels. De la même manière, il est possible de s'interroger sur le travail créatif qui consiste à regrouper dans un ouvrage des informations relatives aux médicaments. Pour RENOUARD, les choses semblent évidentes dans la mesure où selon le *Codex medicamentarius* ou *Pharmacopea parisiensis* : « personne ne mit en doute que ce fut au domaine de l'État »²³⁰¹. Très certainement aussi parce qu'il s'agissait d'un des derniers bastions des privilèges exclusifs du Roi. Qu'en est-il aujourd'hui ?

Ainsi, en va-t-il des pharmacopées, définies à l'article L. 5112-1 du Code de la santé publique²³⁰². Historiquement, les pharmacopées étaient des ouvrages encyclopédiques qui recensaient toutes les substances issues du monde animal, végétal ou minéral à usage thérapeutique. De nos jours, elles ont vocation à définir les critères de pureté, de toxicité et d'identification des matières premières ou des préparations. Ce sont, en quelque sorte, les « recettes »²³⁰³ nécessaires à la fabrication d'un médicament. La pharmacopée française est rassemblée dans le formulaire national aujourd'hui édité par l'AFSSAPS²³⁰⁴. À cette pharmacopée nationale se substitue progressivement la pharmacopée européenne élaborée par la DEQM²³⁰⁵, qui entend réaliser une harmonisation entre les états membres.

Elles interrogent le droit d'auteur sur leur protection à un double niveau : tout d'abord au niveau de leurs éléments et puis sur le nouvel ensemble créé.

précisément, v. N. MALLET-POUJOL, *Droit à et droit sur l'information de santé, Rev. gen. dr. médical*. 2004, p. 77 et spéc. p. 79 : « S'agissant des données de santé, informations éminemment sensibles, la tentation est exacerbée de se prévaloir d'un droit de propriété pour se garantir une meilleure protection contre tout usage préjudiciable ». L'auteur jugeant toutefois la voie du droit de la propriété « improbable ».

²³⁰¹ A.-Ch. RENOUARD, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, Paris, 1839, T. 2, p. 225. Vendu 40 000 francs par un imprimeur parisien, l'État obligeait chaque officine à posséder un *Codex*...

²³⁰² L'article L. 5112-1 du Code de la santé publique dispose : « La pharmacopée comprend les textes de la pharmacopée européenne et ceux de la pharmacopée française, y compris ceux relevant de la pharmacopée des outre-mer qui remplissent les conditions de la réglementation en vigueur dans le domaine. Elle est préparée, rendue obligatoire et publiée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Un décret en Conseil d'État fixe les adaptations de la pharmacopée française nécessitées par les particularités des plantes médicinales d'usage traditionnel dans les départements et collectivités d'outre-mer ».

²³⁰³ Plus scientifiquement, appelé étalon de référence et spectre de référence, qui sont spécialement sélectionnés, vérifiés et certifiés par la Commission de la pharmacopée européenne.

²³⁰⁴ L'AFSSAPS est l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. La publication de la pharmacopée française est actuellement à sa 10^e édition. L'AFSSAPS est un établissement public de l'État placé sous la tutelle sur Ministère de la santé

²³⁰⁵ La DEQM est la Direction Européenne de la Qualité du Médicament & des Soins de Santé. La pharmacopée européenne est publiée par le Conseil de l'Europe, et en est à sa 6^e édition. Soulignons qu'il existe également une pharmacopée mondiale, publiée par l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS).

Dans un premier temps, les spécifications qui composent la pharmacopée ont un caractère obligatoire dans la constitution des dossiers d'enregistrement des médicaments²³⁰⁶. Ce caractère pourrait les faire entrer dans la catégorie des textes officiels qui, en droit français, sont exclus de la protection du droit d'auteur. La non-appropriation des textes officiels se justifie par leur production étatique, qui se confirme pour les pharmacopées européenne et française²³⁰⁷. Il est donc préférable de conclure que les spécifications de la pharmacopée, et plus précisément de la pharmacopée européenne sont des textes officiels exclus du droit d'auteur.

Dans un second temps, si les éléments qui composent la pharmacopée ne peuvent être qualifiés d'œuvre de l'esprit, l'ensemble ne pourra donc pas accéder à la protection en tant qu'œuvre dérivée²³⁰⁸. Et pourtant, les nouvelles dispositions introduites par la loi de 1996 à l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle admettent comme travail créatif le choix ou la disposition de simples données diverses. Peu important que ces données diverses soient spécialement récusées par le droit d'auteur et les justifications d'accessibilité qui ont motivé cette exclusion, le contenant, et lui seul, pourra prétendre à la protection, notamment comme base de données. Pour cela, il sera nécessaire de démontrer un travail d'arrangement de ces informations exclues du droit d'auteur. Ce qui semble être le cas des pharmacopées, expliquant que l'on trouve des logiciels et des bases de données accessibles en ligne donnant accès, contre paiement, aux textes de la pharmacopée²³⁰⁹. Mais une telle conclusion va à l'encontre de la finalité du droit d'auteur dans le domaine de la santé. En effet, la diffusion du progrès médical qui est ici poursuivie implique que ces actes soient accessibles au plus grand

²³⁰⁶ Ceci est prescrit dans les directives 2001/82/CE et 2003/63/CE (amendée), relatives aux médicaments à usage humain et vétérinaire. Ces spécifications concernent la composition qualitative et quantitative et les essais à effectuer sur les médicaments, les matières premières utilisées en cours de production et les intermédiaires de synthèse. Tous les producteurs de médicaments ou de substances à usage pharmaceutique doivent donc appliquer les normes de qualité de la Pharmacopée Européenne pour permettre la mise sur le marché et l'utilisation de leurs produits en Europe.

²³⁰⁷ Dans le Code de la santé publique, l'article L. 5121-1 impose qu'aucune préparation médicinale ne soit réalisée si sa formule ne figure pas dans la pharmacopée. Et plus généralement, les articles L.5112-1 et R.5112-2 du Code de la santé publique indiquent que tous les textes de la pharmacopée sont rendus obligatoires sur le territoire national. De plus, tous les additifs à la Pharmacopée française sont publiés au Journal Officiel de la République Française, et sont repris dans l'édition suivante de la pharmacopée.

²³⁰⁸ Le produit de rassemblement, selon l'interprétation livrée de la loi de 1957, ne pourrait accéder à une protection, si les éléments qui le composent ne sont pas des œuvres de l'esprit.

²³⁰⁹ On pourrait également appliquer cette qualification au support papier qui répertorie les pharmacopées, car bien qu'une majeure partie des bases de données soient électroniques, aucun texte ne limite leur existence à un support particulier.

nombre. Les œuvres réceptacles, comme les bases de données constituées sur des spécifications de la pharmacopée, limitent la diffusion de ce service, pourtant indispensable au regard de sa valeur sociale. En effet, pour avoir accès aux préparations, il faut obtenir un accès payant à une base de données électronique²³¹⁰, ou bien, contre paiement, se procurer les nombreux volumes de la version papier. Cette pratique va à l'encontre de la logique d'exclusion des actes officiels.

Enfin, on pourrait s'interroger sur la possibilité pour des personnes morales de droit public (AFSSAPS ou DEQM) d'effectuer un quelconque travail créatif, et après vérification des conditions de protection d'être titulaire du droit d'auteur sur la forme créée. Cette question trouve sa solution dans les deux hypothèses les plus courantes : soit la personne morale est titulaire des droits sur l'œuvre par cession du fonctionnaire qui a agi dans le cadre de sa mission, soit il s'agit d'une œuvre collective²³¹¹.

4) Les collections d'échantillons biologiques ou « biobanques »²³¹².

519.- Définition des biobanques. Les biobanques se définissent par « les éléments caractéristiques et communs suivants : une infrastructure, privée ou publique, regroupant de façon organisée et pour un certain temps échantillons biologiques (cellules, tissus, urines, gènes, fragments d'ADN ou d'ARN...) et données (données cliniques concernant des malades et leur famille, voire toute une population, données généalogiques ou biologiques, données relatives au mode de vie...) et ce dans un but de recherche médicale »²³¹³.

²³¹⁰ Dont le coût pour un nombre d'utilisateurs illimité est considérable, près de 50000 euros, pour l'accès en ligne à la 7^e édition, v. le site <http://www.edqm.eu/fr/Pharmacopée-europeenne-6e-Edition-681.html>.

²³¹¹ Certains auteurs, comme M. KEREVER proposé la création d'un véritable « Copyright d'État », in 4^e Rapport de la Commission de coordination de la documentation administrative : la politique documentaire dans les administrations, droit d'auteur et activités administratives, et spéc. A. KEREVER, *Droit d'auteur et activités administratives*, p. 71.

²³¹² Le terme de *biobanque* est apparu en Scandinavie dans les années 1990, alors que l'expression « collection d'échantillons biologiques » est celle utilisée par le législateur français. Ce seront les deux termes préférés dans cette étude. Mais comme le soulignent les auteurs F. BELLIVIER et C. NOIVILLE (in, *Les biobanques*, Puf, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 5) « la terminologie est flottante et l'imagination sémantique des acteurs, débridée ». En effet, sont employés indifféremment biobanques, bibliothèques, collections d'échantillons biologiques, ou centre de ressources biologiques (CRB) ou banques du vivant.

²³¹³ F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, *Les biobanques*, Puf, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 6. L'article L. 1243-3 du Code de la santé publique, introduit par l'ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010, en donne une définition identique : « Les termes " collections d'échantillons biologiques humains " désignent la réunion, à des fins scientifiques, de prélèvements biologiques effectués sur un groupe de personnes identifiées et sélectionnées en

520.- De la « biobanque » à la « biobase ». À la lecture de cette définition, on cerne aussitôt l'enjeu de la qualification de la « biobanque » en « biobase »²³¹⁴. En effet, « consommatrice d'information, une banque de données est aussi productrice d'information et à ce titre, elle cherchera tout naturellement, à son tour protection »²³¹⁵. Il faudra donc reprendre les critères de qualification de l'œuvre de l'esprit. En ce qui concerne le travail créatif, la réponse à cette sollicitation de protection pour les biobanques intervient en deux temps.

Dans une première hypothèse, il peut s'agir d'une base de pure compilation d'objets matériels issus du vivant. Au niveau de la propriété corporelle, la « valeur collective »²³¹⁶ de la biobanque justifie que le régime préféré pour sa gestion et sa circulation soit plus le contrat que la propriété²³¹⁷. Concrètement, il s'agit de savoir si l'intervention humaine qui a été nécessaire à la constitution de tumorothèques, de tissuthèques, plasmathèques ou autres collections d'ADN peut être qualifiée de créative et révéler un objet potentiellement protégeable par le droit d'auteur. Si ces objets nouveaux de collections peuvent, à juste titre surprendre, l'activité de collectionner le vivant est relativement ancienne, que l'on songe notamment, à partir de la Renaissance, aux cabinets de curiosités, dans lesquels on rassemblait les singularités de la nature²³¹⁸. De nos jours, la source d'alimentation des biobanques la plus courante vient de la pratique médicale. Il s'agit donc d'une simple conservation méthodique des éléments recueillis. Les échantillons peuvent également

fonction des caractéristiques cliniques ou biologiques d'un ou plusieurs membres du groupe, ainsi que des dérivés de ces prélèvements ».

²³¹⁴ Avant de se référer à la directive du 11 mars 1996, transposée par la loi du 1^{er} juillet 1998, qui définit les bases de données, l'arrêté du 22 décembre 1981, *JONC* 17 janvier 1982, p. 624, relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique (cité par M. VIVANT *et al.*, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Lamy, éd. 2003, n°362) il convient d'apporter quelques précisions. Il fallait entendre par banque de données : « un ensemble de données relatif à un domaine défini des connaissances et organisé pour être offert aux consultations d'utilisateurs » et par base de données : « un ensemble de données organisé en vue de son utilisation par des programmes correspondants à des applications distinctes et de manière à faciliter l'évolution indépendante des données ».

²³¹⁵ M. VIVANT, *Informatique et propriété intellectuelle*, *JCP G*, 1984, I, 3169. Soulignons qu'à l'époque de l'écriture de cet article, les termes de bases ou de banques étaient employés de manières indifférentes ne connaissant pas encore la précision actuelle de notre vocabulaire.

²³¹⁶ F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, A.-L. MORIN, *L'accord de transfert de matériel, du prêt-à-porter au sur-mesure ?*, *R.D.C.* avril 2010, p. 737.

²³¹⁷ En ce sens, v. notamment, F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, *La circulation d'éléments et produits du corps humain : quand la propriété –exclusivité occulte la question de l'accès*, *R.D.C.* 2008, p. 1357.

²³¹⁸ F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, *op. cit.*, p. 11.

provenir de la recherche biomédicale, qui sera souvent accompagnée d'un essai clinique²³¹⁹. Mais issue de la recherche ou de la pratique (bio)médicale, la réunion plénière de la matière vivante pourrait prétendre pour l'ensemble à la protection du droit d'auteur au titre de l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle²³²⁰. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 mai 1988 fournit de précieux éléments de réponse²³²¹. En l'espèce, il s'agissait d'une collection de véhicules automobiles et les juges ont considéré qu'il s'agissait certes, d'une « œuvre de l'homme » susceptible de mériter une protection judiciaire²³²², mais sans y voir une œuvre de l'esprit au sens de la loi de 1957²³²³. Cette timide protection ne confèrera pas aux intimés le but de leur action à savoir, obtenir des droits patrimoniaux, et notamment de reproduction, sur cette réunion d'objets. Cette décision rend dubitatif sur l'entrée des biobanques dans la catégorie des bases de données, pour deux raisons. Tout d'abord, le terme de *collection* se heurte à la définition du travail créatif dans les œuvres réceptacles. En effet, les biobanques ont pour ambition l'exhaustivité et non la réalisation d'un choix. Mais l'alternative introduite par la loi du 1^{er} juin 1998, entre le « choix *ou* la disposition des matières », laisse entrevoir la possibilité de reconnaître un travail créatif dans la seule disposition de la matière. Puis, la décision de la Cour d'appel de Paris renforce l'idée selon laquelle une base de données serait principalement électronique, parce qu'« ''interrogeable''

²³¹⁹ En ce sens, F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques, op. cit.*, p. 34 : « Telle entreprise pharmaceutique expérimentant un nouveau médicament regroupera ainsi cellules et tissus des praticiens testant la molécule pour mesurer l'influence des facteurs génétiques sur les vertus thérapeutiques et les effets secondaires du médicament ».

²³²⁰ En droit comparé, cette question de la protection des bases de pure compilation déclencherait moins de débats. En effet, les pays de *copyright* l'admettraient sans trop de difficultés et les pays scandinaves connaissent un *catalogue rule* qui autorise la protection des compilations.

²³²¹ Alors que les premiers juges avaient retenu la qualification d'œuvre de l'esprit (TGI Paris, 25 novembre 1986, inédit) la Cour d'Appel de Paris le 25 mai 1988 (CA Paris, 25 mai 1988, *D.* 1988, jur. p. 542, note EDELMAN) refusa cette qualification. Confortant cette position, v. l'étude exhaustive sur la forme de l'œuvre de l'esprit de Ph. GAUDRAT, *Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit, Mélanges en l'honneur d'A. FRANCON*, Dalloz, 1995, p. 195, et spéc. p. 205 : « en revanche exercé à l'état brut sur un objet extérieur (...) il [le choix] ne peut jamais être un acte créatif, d'où se déduit que l'acte du collectionneur – même lorsqu'il est extrêmement sélectif – ne lui confère pas la qualité d'auteur ».

²³²² Accorder une protection pour une « œuvre de l'homme », telle a été l'audace des juges de la Cour d'appel de Paris. Cette protection, ne pouvant pas être celle du droit d'auteur, s'en limite en une pâle copie, en utilisant le régime des droits de la personnalité. Par conséquent elle consiste en une reconnaissance de la paternité et d'un droit au respect.

²³²³ On aurait pu penser à la qualifier d'anthologie, mais ce serait se heurter à un triple problème. Tout d'abord, *anthologie* et *collection* ne peuvent se confondre, quand l'anthologie se forme à partir d'un *corpus* existant, la collection prend forme au fil des acquisitions. De plus, comme le souligne, à juste titre, B. EDELMAN, il existe une différence de finalité entre ces deux activités : « Alors que, en son fond, l'anthologie consiste en un *choix*, la collection vise à l'*exhaustivité* » (in CA Paris, 25 mai 1988, *D.* 1988, jur. p. 542, note EDELMAN).

par un truchement électronique dont elle est inséparable»²³²⁴. Toutefois, si cela est vrai pour une grande majorité des bases de données, une telle restriction n'est pas d'origine légale²³²⁵ et ne vérifie pas systématiquement²³²⁶. Le critère essentiel dépasse la considération du support pour s'attacher à la finalité même de la base de données, à savoir, sa consultation, car tel est le but de l'arrangement des informations au sein d'une base de données²³²⁷. Or, pour les collections de matériel biologique, l'impératif d'accès doit être préservé²³²⁸ et facilité par des lexiques, des thésaurus ou un logiciel d'interrogation. À cette seule condition, le travail créatif semble être constitué dans la base de données : la disposition des matières doit permettre ou être pensée dans le but d'une mise à disposition publique. On retrouve ce souci de partage pour la plupart des biobanques²³²⁹. Ainsi, les éléments matériels simplement collectionnés ne devraient pas être protégés au titre du droit d'auteur.

Dans une seconde hypothèse, la base peut être constituée de données de santé²³³⁰ élaborée à partir des matériaux issus du vivant. Cette activité s'exerce en parallèle de la collection de

²³²⁴ Tel était le sens des premières moutures du projet de directive. L'évidence de ce support avait alors été commentée par la doctrine, v. en ce sens, M. VIVANT, *Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? À propos et au-delà de la proposition de directive européenne*, D. 1995, p. 197. C'est une conception que l'auteur avait développée qualifiant la base de données d'œuvre « complexe », car intégrant un système de recherche comme un thésaurus et/ou un lexique et/ou un logiciel d'interrogation, in M. VIVANT, *Banques de données et droit d'auteur, Actes du colloque de l'Institut Henri Desbois*, novembre 1986.

²³²⁵ Aucun texte de pose comme condition à l'existence d'une base de données qu'elle soit électronique. En effet, le texte transposé de la directive indiquait même que la base de données pouvait être sur un support exploitable par une machine ou sous toute autre forme (art. 1^{er}, al. 2^o de la Directive n°96/9/CE, du 11 mars 1996, concernant les bases de données).

²³²⁶ V. par exemple, la qualification de base de données au catalogue édité à l'occasion d'un salon ou d'une exposition, CA Paris, 4^e ch., 12 septembre 2001, n°*JurisData* 2001-155210, *JCP G*, 2002, II, 10000, note POLLAUD-DULIAN ; *JCP E*, 2002, n°888, obs. VIVANT, MALLEY-POUJOL et BRUGUIERE.

²³²⁷ Les finalités des biobanques sont diverses. Elles se classent en trois catégories (in F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, Puf, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 37) Ainsi, les biobanques peuvent servir à la recherche sur une maladie précise ou sur une famille de maladies, comme pour la recherche sur le gène responsable de maladies neuromusculaires, type myopathie. Elles peuvent également consister en un inventaire des informations sur des populations contractant les mêmes maladies. Enfin, une dernière partie des biobanques est directement affectée à la recherche biomédicale et aux essais cliniques pour des thérapies innovantes.

²³²⁸ En ce sens, v. F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, *op. cit.* p. 89.

²³²⁹ Ainsi, la biobanque de Picardie a été conçue dès l'origine pour être prestataire de service et proposer aux équipes de recherche des échantillons. Pour ce faire, son catalogue est mis en ligne sur Internet à disposition des chercheurs. En ces termes, F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, *op. cit.* p. 45 : « Tel est bien du reste le sens de la mise en réseau croissante des banques : en faire l'instrument de recherches soutenues, si possible internationales ».

²³³⁰ Les données de santé sont communément qualifiées de données sensibles. En ce sens, v. CNIL, *Délibération n°04-054 du 10 juin 2004 portant avis sur le projet de loi relatif à la réforme de l'assurance maladie*, selon lequel, les données de santé « révèlent l'intimité de la vie privée et doivent donc faire l'objet d'une protection

matière corporelle et a pour but de réunir toute l'information qui y est liée²³³¹. Le travail qui consiste à traiter et coder ces données est proportionnel à l'ampleur de la recherche engagée²³³². Et les exigences techniques sont alors à la hauteur de la sensibilité des données et il est par exemple souvent nécessaire d'adapter les contrôles d'accès et de protection de la base. Or, si le travail de collecte est conséquent, il n'est pas certain qu'il soit créatif. Se situe-t-on dans la simple juxtaposition de données ou dans l'arrangement et la mise en corrélation de celles-ci ? Autrement dit, est-on en présence d'une base de pure compilation qui ne devrait pas mériter protection, à cause de l'absence de travail créatif ? En l'occurrence, dans ce type de biobanques, le choix des matières est entièrement soumis à l'existence d'une biobanque « matérielle » et la disposition des matières s'impose également. Il semble donc que ces données objectives ne soient pas révélatrices d'un travail créatif, pouvant donner lieu à une protection par le droit d'auteur. N'ayant jamais été jugé²³³³, nous ne pouvons toutefois pas apporter de réponse définitive à cette question. Nous ne sommes pas à l'abri d'une protection par le droit d'auteur qui aurait pour conséquence d'immobiliser un contenu informationnel qui doit demeurer à la libre disposition de chacun. D'ailleurs, celle-ci semble déjà acquise pour une doctrine récente, qui cherche déjà les moyens pour organiser l'accès²³³⁴.

particulière ». Plus généralement, v. F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE et C. ZORN, *Gestion et partage des données de santé : un démarrage poussif du contrat*, R.D.C. avril 2009, p. 711.

²³³¹ En pratique, il s'agira de réunir des données générales du donneur, comme son âge, son sexe, ses lieux de vie et de naissance, s'il est éventuellement porteur d'une maladie, ou s'il l'a été, etc. On comprend mieux pourquoi ces données sont protégées par la CNIL.

²³³² En ce sens, D. PONTILLE, F. MILANOVIC, E. RIAL-SEBBAG, *Collectionner le vivant : régulation, marché, valeur*, *Revue d'économie industrielle*, n°120, 2007, p. 195. Les auteurs décrivent la méthode de collecte, à la fin des années 1970, de scientifiques pour mettre en évidence la diversité génétique humaine en France. L'envergure nationale et le caractère multicentrique de cette recherche en faisaient une expérience inédite, qui a nécessité une organisation et une coordination parfaites.

²³³³ Tel n'a jamais été confirmé par les Tribunaux. Mais ce rejet de la compilation des informations purement objectives dans la composition d'une base de données a déjà été affirmé à l'occasion d'affaires analogues. Le premier est celui du TGI Compiègne, 2 juin 1989, *Cahier Lamy*, août 1989, p. 24, qui refusait la protection à un recueil d'informations boursières et le second, T. com. Lyon, 30 juillet 1993, refusant également la protection à une réunion d'informations objectives sur des entreprises (raison sociale, secteur d'activités, localisation, etc.) accessibles par Minitel. Telle a été la conception défendue lors du Congrès de l'Association littéraire artistique et internationale (ALAI) intitulé *Copyright in information*, en 1989. Et pourtant, cette conception va à l'encontre de la décision rendue en matière d'annuaire médicaux qui était la simple compilation d'informations brutes. Nous regrettons, à propos de ces compilations utilitaires, avec M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, op. cit. n°146, p. 128 : « il n'est malheureusement pas facile aujourd'hui de comprendre le sens de la jurisprudence » et avec P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 6^e éd., PUF, 2007, n°61, dont la protection relève le plus souvent de la « pagaille ».

²³³⁴ En ce sens, P. LAURENT et L. VILCHES ARMESTO, *La Constitution, la propriété et l'accès aux « biobanques » sous l'angle de la protection juridique des bases de données : place à l'open access*, in *Cahiers Droit Sciences&Technologies*, CNRS Éditions, n°3, 2010, p. 193 et spéc. p. 198 : « Les collections d'échantillons et de données que sont les biobanques peuvent répondre à la définition de « base de données » de

Il serait, à notre sens, bien préférable de s'interroger en profondeur sur l'objet des droits, avant de chercher quelles limites l'exercice de ces droits pourra encore subir.

521.- Conclusion : la théorie élémentaire de « l'arroseur-arrosé ». La question de la captation du fond dans les compilations d'informations risque de se retourner, à terme, contre ceux qui en aurait abusé. En effet, « un producteur de base de données qui veut pouvoir disposer librement des œuvres premières, pour constituer son fond documentaire, doit à son tour subir ce libre accès au profit des tiers. C'est la mise en œuvre de la théorie élémentaire de « l'arroseur-arrosé »²³³⁵. En attendant - chimériquement ? – cette prise de conscience, et pour restaurer cet accès iniquement privatisé, il est nécessaire de réfléchir à quelques solutions possibles.

Paragraphe 2

Des pistes de réflexion pour les œuvres informationnelles du domaine de la santé

522.- A la recherche de mécanismes d'hypothèque sociale : les exceptions au droit d'auteur ? Il est particulièrement difficile en droit de la propriété intellectuelle de distinguer ce qui relève de l'exception et de ce qui relève de la limite. Nous avons déjà eu l'occasion d'aborder la notion de limite en droit des brevets, qui nous a permis de délimiter les prérogatives du titulaire dans des cas bien précis. L'exception n'a pas pour but de délimiter un droit, mais de faire comme si celui-ci n'existait pas. L'exercice du droit est dans un cas impossible – défendre son œuvre contre une copie privée (exception) – dans l'autre cas, l'exercice du droit est restreint dans le temps – monopole temporaire d'exploitation (limite). Ou encore, autrement dit par MM. les professeurs BRUGUIERE et VIVANT, « l'exception (...) écarte l'exclusivité du droit (...). La limite vise, elle, à « borner » le droit »²³³⁶.

C'est ainsi qu'en droit d'auteur, le droit de la concurrence apparaît comme une limite externe. Il n'aura pas pour but de priver le titulaire de son exclusivité et de toute action en défense de

la directive, aussi bien en ce qui concerne la partie matérielle (les échantillons) que la partie informatisée (ensemble des données liées à ces échantillons) ».

²³³⁵ P. SIRINELLI, *Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur*, in *Mélanges en l'honneur d'A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 397 et spéc. p. 403.

²³³⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°557, p. 368-369. Ne pourrait-on pas dire également que l'exception touche à l'existence même du droit et la limite à son exercice ?

son droit à quiconque le menacerait, mais bien de corriger une mauvaise application du droit d'auteur (appropriation induue et refus de licence). L'exercice sera dans ce cas simplement « réorienté » vers la finalité à laquelle il doit tendre, à savoir dans notre cas la diffusion du progrès médical. Nous avons eu l'occasion avec le droit des brevets de présenter la théorie des facilités essentielles²³³⁷. Elle est d'un utile secours lorsque des protections par le droit des bases de données ont pour conséquence la captation du fond, et un comportement monopoliste qui prive les tiers d'accès, comme dans l'affaire *IMS*²³³⁸.

Tentons de réfléchir à la signification d'une application systématique de ces limites. Les exemples précédents extraits du domaine de la santé nous ont permis de constater que, souvent, les ensembles informationnels donnaient lieu à une maîtrise exclusive du contenu, parfois abusive. La finalité du droit d'auteur poursuivie dans ce domaine est une correcte diffusion des connaissances scientifiques en faveur du progrès médical. Il semblerait donc que ce soit l'appropriation même des œuvres qui soit remise en question dans ce domaine d'une particulière sensibilité. Or, le droit d'auteur est acquis par le *fait* juridique de la création. Aucun acte n'est nécessaire pour délivrer le droit et ainsi vérifier sa juste constitution (comme pour le brevet ou la marque). Au lieu d'appliquer systématiquement des limites externes au droit d'auteur²³³⁹, ne pourrait-on pas conférer au droit d'auteur les moyens de sa propre défense, par le biais d'une exception ? Elle aurait alors pour but d'exclure l'exclusivité (A).

523.- De l'exception à l'exclusivité à la titularité de l'exclusivité. Le droit international fournit une autre piste de protection d'un contenu informationnel sensible et destiné à la circulation. Il s'agit de changer le régime de la propriété de certaines informations en les publicisant. Tel est l'originale proposition faite pour les bibliothèques numériques de savoirs médicaux traditionnels (B).

²³³⁷ Nous ne répèterons pas inutilement les développements relatifs à cette théorie et aux relations du droit de la concurrence avec le droit d'auteur, donc v. *supra* n°381.

²³³⁸ V. *Supra* n°516.

²³³⁹ Droit, qui à notre sens souffre plus mal que le droit des brevets de l'immixtion d'autres droits pour sa régulation.

A) Une piste, restaurer l'accès : Vers la création d'une nouvelle exception au droit d'auteur ?

524.- Une exception, Un texte. Dans le Code de la propriété intellectuelle, les exceptions au droit d'auteur sont limitativement énumérées à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle²³⁴⁰. En vertu de l'adage *exception est strictissimae interpretationis*, les exceptions seront d'interprétation stricte²³⁴¹. Ainsi, seul le législateur a le pouvoir de consacrer des exceptions au droit d'auteur et cela a pour conséquence de rendre l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle difficilement pénétrable pour le profane. Plusieurs nomenclatures ont été proposées pour éclaircir la lecture²³⁴². Nous retiendrons celle de MM. les professeurs VIVANT et BRUGUIERE²³⁴³, qui consiste à séparer les limites envisagées comme exception²³⁴⁴ des dérogations techniques²³⁴⁵, catégorielles²³⁴⁶ et fondamentales²³⁴⁷.

²³⁴⁰ En ce sens, v. notamment : M. BUYDENS et S. DUSOLLIER, *Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses*, C.C.E. septembre 2001, chron. n°22. S. CARRE, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, th. dactyl. Montpellier I, 2004. – S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'environnement numérique : Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, Larcier, 2005. – C. GEIGER, F. MACREZ, A. BOUVEL, S. CARRE, T. HASSLER, J. SCHMIDT, *Quelles limites au droit d'auteur dans la société de l'information ? Réponse au Livre vert sur « le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance, Propr. Intell. juillet 2009, p. 231. – P. KAMINA, Le droit du public à l'information peut-il justifier une exception au droit d'auteur, D. 1999, p. 580. – P. EL KHOURY, Les exceptions au droit d'auteur, étude de droit comparé, Th. dactyl. Montpellier I, 2007. – Y. GAUBIAC, Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir, C.C.E. juin 2001, chron. n°15. – C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Litec, 2004, et du même auteur, parmi de nombreux articles contenant la même démonstration, nous avons sélectionné le plus récent : *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité*, in *Liber amicorum George Bonet*, Litec, coll. IRPI droit des affaires-propriété intellectuelle, n°36, 2010, p. 249. – M. VIVANT, *Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006*, D. 2006, p. 2159.*

²³⁴¹ Même si le test des trois étapes pourrait donner une certaine flexibilité au juge dans l'interprétation de ces exceptions. Réduit à deux étapes le test a été introduit par le législateur avec la loi du 1^{er} août 2006, à l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle : « Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». Comme l'expliquent M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°572, p. 382 : « Le droit français accueille ainsi une logique qui n'est pas sans évoquer celle anglo-saxonne du *fair use*, c'est-à-dire un système d'exceptions ouvert dans lequel il revient au juge de dire si la prétention des bénéficiaires potentiels d'échapper à l'exclusivité est ou non raisonnable, mais qui aujourd'hui est indubitablement source d'insécurité ». Et pour l'exception de recherche, qui nous intéresse particulièrement, v. P. TAFFOREAU, *Les exceptions à la propriété littéraire et artistique aux fins de recherche et d'enseignement*, in *Cahiers Droit Sciences&Technologies*, CNRS Éditions, n°3, 2010, p. 129, et spéc. p. 153.

²³⁴² On peut citer par exemple celle de M. le professeur LINANT de BELLEFONDS qui dissociait les exceptions données sur l'intérêt du public (sur la communication de l'œuvre) et sur l'intérêt privé (copie privée, entre autres), in X. LINANT de BELLEFONDS, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, Coll. *Cours*, 2^e éd., 2004. Même si l'on peut toujours arguer que le droit d'auteur n'existe qu'à travers la trilogie œuvre-auteur-public, D. BECOURT, *La trilogie Œuvre –Auteur –Public*, Les Petites Affiches 13 décembre 1993, n°149, p. 11.

²³⁴³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur, op. cit.* n°580, p. 390.

²³⁴⁴ Considérés par le législateur comme des exceptions, comme les représentations dans le cercle de famille, la copie privée, les reproductions provisoires sur Internet.

525.- Une exception pour le droit d’auteur du domaine de la santé ? Il convient dans un premier temps d’identifier les besoins. Les difficultés concernent les connaissances scientifiques qui servent de bases aux futures créations dans le domaine de la santé. Ces connaissances doivent être diffusées librement et largement, car elles contribuent aux avancées thérapeutiques majeures de demain –progrès médical. En effet, qu’elle soit privée ou publique, « la recherche n’est pas seulement productrice d’œuvres. Elle en est aussi consommatrice »²³⁴⁸. Tel est inscrit à l’article L. 112-1 du Code de la recherche : « La recherche publique a pour objectifs : a) Le développement et le progrès de la recherche dans tous les domaines de la connaissance ; b) La valorisation des résultats de la recherche ; c) Le partage et la diffusion des connaissances scientifiques ; c bis) Le développement d'une capacité d'expertise ; d) La formation à la recherche et par la recherche »²³⁴⁹.

Or, l’appropriation de la forme aujourd’hui, qu’il s’agisse d’œuvres primaires, mais surtout pour les œuvres réceptacles, déborde largement sur le contenu de l’œuvre. Les idées, les informations supports, les connaissances scientifiques, peu importe le terme, elles recouvrent une même réalité, celui d’un fonds commun qu’il est nécessaire de préserver de toute exclusivité. Une telle attente, dans la nomenclature précédemment énoncée correspond à des dérogations inspirées des droits fondamentaux^{2350/2351}. Au rang des droits fondamentaux

²³⁴⁵ Ce sont par exemple, les reproductions nécessaires à l’utilisation du logiciel, la copie de sauvegarde du logiciel, les reproductions nécessaires à l’accès au contenu d’une base de données.

²³⁴⁶ Il s’agit principalement de l’exception concernant les commissaires-priseurs.

²³⁴⁷ On y retrouve notamment la liberté d’expression et de communication des informations (avec les analyses et les citations, les revues de presse, les discours destinés au public, les parodies, pastiches et caricatures, l’exploitation des œuvres graphiques et plastiques dans un but d’information immédiate, avec le célèbre droit à l’information), la liberté d’enseignement et de la recherche (avec l’exception pédagogique ou l’analyse et la décompilation de logiciel), l’accès à la culture pour les personnes handicapées, notamment et l’accès à la justice et de droit à la sécurité.

²³⁴⁸ M. CORNU, *A propos des productions intellectuelles de la recherche, entre logique privative et nécessités publiques*, *Propr. intell.* juillet 2006, p. 270, et spéc. p. 277. En ce sens, on trouve au rang des missions fondamentales de la recherche la diffusion et la valorisation des connaissances.

²³⁴⁹ Qui se rapproche d’ailleurs de la politique de la recherche définie à l’article L. 111-1 du Code de la recherche : « La politique de la recherche et du développement technologique vise à l’accroissement des connaissances, à la valorisation des résultats de la recherche, à la diffusion de l’information scientifique et à la promotion du français comme langue scientifique ».

²³⁵⁰ Sur l’influence des droits fondamentaux sur le droit de la propriété intellectuelle, v. *supra* n°198.

²³⁵¹ Rappel : Cela serait d’autant plus difficile selon la conception des droits fondamentaux que l’on retiendrait. M. le professeur PICARD retient trois modes de définition des droits fondamentaux : une approche « impressionniste » qui consiste à traiter les divers droits que l’on ressent comme fondamentaux ; une approche « existentialiste », qui considère qu’est fondamental ce que les textes ou le juge disent « fondamental » ; et enfin,

mobilisés, on pense naturellement au droit à la liberté de recherche²³⁵² à laquelle est relative l'exception L. 122-5 e), pour le droit d'auteur et L. 342-3, 4° du Code de la propriété intellectuelle. Mais elle n'intègre pas les informations que nous souhaitons protéger, car son domaine est relativement restreint, aux « œuvres conçues à des fins pédagogiques », les partitions de musique etc. et pour toute utilisation dans les stricts cadres de recherche et d'enseignement²³⁵³.

Il serait très certainement contreproductif de vouloir ajouter encore une nouvelle exception au droit d'auteur, qui en est déjà fort encombré. Il faudrait, si l'on souhaite prolonger cette idée qu'elle ne soit que le complément d'une disposition qui existe déjà, comme celles des articles L. 122-5 e), pour le droit d'auteur et L. 342-3, 4° du Code de la propriété intellectuelle. Elle pourrait notamment protéger le contenu des œuvres réceptacles du domaine de la santé, de sorte à ce que tout utilisateur puisse reproduire ou représenter ces informations. Mais sur le plan du droit d'auteur, cela semble inutile dans la mesure où il ne protège que la forme, le fond est – en théorie – libre d'accès. Et sur le plan du droit des bases de données, cela viderait de son contenu le droit *sui generis* qui prive les tiers d'extraction ou d'utilisation des données. Face au risque de décourager la création, il faudrait réduire la portée d'une telle exception. On peut la réduire sur la nature et la destination de l'objet. En ce qui concerne la nature des objets, on pourrait considérer que le titulaire ne pourrait plus interdire l'extraction ou la réutilisation des informations essentielles, sur le modèle de la théorie des facilités essentielles du droit de la concurrence, où ce qui est essentiel est ce qu'il n'est pas possible de dupliquer techniquement. En ce qui concerne la destination des objets, il faudrait préciser que l'extraction ou l'utilisation ne peut donner lieu à aucune exploitation commerciale. Au risque,

une manière « systématique » qui reconnaît le caractère fondamental des textes constitutionnels (in, E. PICARD, *L'émergence des droits fondamentaux*, A.J.D.A. 20 juillet/20 août 1998, p. 6. Rappr. M.-L. PAVIA, *Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental*, L.P.A. 6 mai 1994, n°54, p. 6.).

²³⁵² La liberté individuelle de la recherche a été consacrée dans la décision du Conseil constitutionnel le 20 janvier 1984 (v. notamment, parmi les nombreuses références citées par L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11^e éd., 2001, p. 581 : *Rec.* p. 30 ; A.J.D.A 1984, p. 163 ; R.D.P. 1984, p. 702 note FAVOREU ; D. 1984, p. 125, note GAUDEMET), à propos du contrôle de constitutionnalité de la loi sur l'enseignement supérieur. Sur cette liberté, v. notamment, C. BLAIZOT-HAZARD, *Droit de la recherche scientifique*, PUF, coll. *Thémis Droit public*, 2003, p. 23 et s. Pour une application de la liberté de la recherche en matière d'environnement, v. notamment : L. FONBAUSTIER, *Recherche, innovation et environnement : difficulté d'un ménage à trois*, *Environnement*, Avril 2005, comm. n°37.

²³⁵³ Sur cette exception v. notamment C. ALLEAUME, *Les exceptions de pédagogie et de recherche*, C.C.E. 2006, comm. n°27. – A. LEBOIS, *Les exceptions à des fins de recherche et d'enseignement : la consécration ?* R.L.D.I. mars 2007, p. 18. - P. TAFFOREAU, *Les exceptions à la propriété littéraire et artistique aux fins de recherche et d'enseignement*, in *Cahiers Droit Sciences&Technologies*, CNRS Éditions, n°3, 2010, p. 129.

sinon de voir continuellement cette disposition utilisée pour la même information. Mais beaucoup de points restent encore en suspens, et mériteraient d'être approfondis par une recherche pragmatique sur les intérêts en présence, notamment sur la question d'une éventuelle rémunération forfaitaire du titulaire d'une base.

526.- L'intérêt de la mise en œuvre d'une telle exception ? Une nouvelle exception est-elle bien utile ? En effet, il existe des systèmes de licences ou de cessions qui permettent d'obtenir un contenu informationnel qui serait privatisé en particulier par le droit *sui generis* des bases de données. Et si tant est que ces licences ou cessions soient expressément refusées par le titulaire, il suffira d'actionner la justice sur le fondement d'un abus de position dominante sur une donnée essentielle. Oui. Mais ces tergiversations judiciaires sont autant de temps perdu pour la recherche, déjà longue dans le domaine médical. L'avantage de l'exception serait la possibilité de se saisir de l'information mobilisée sans autorisation préalable. Elle deviendrait un moyen de défense en cas d'action en contrefaçon, nul n'étant d'ailleurs besoin de la consacrer en droit – droit subjectif (au risque de perdre en lisibilité sur son caractère exceptionnel)²³⁵⁴. Mais pour cela, encore ne faut-il pas qu'elle se perde dans l'amas d'exceptions qui existe déjà, qui en oublie déjà leur sens et leur effectivité.

B) Une autre piste, reconsidérer la forme de la propriété : l'exemple des bibliothèques numériques de savoirs médicaux traditionnels

527.- Qu'entend-on par savoir traditionnel dans le domaine de la santé ? La notion de médecine traditionnelle est définie à partir de deux composantes indissociables²³⁵⁵.

²³⁵⁴ Cette idée d'un « droit aux exceptions » a été développée par M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°569, p. 379-380. L'enjeu est également pratique : « en matière de convention sur les exceptions par exemple, la contractualisation se fait beaucoup plus facilement sur des droits que sur des tolérances. Un droit n'a pas non plus la même valeur quand il s'agit de l'opposer à une mesure technique ». Mais la réponse de ces auteurs, que nous partageons, est négative : « À considérer que nous nous trouvons dans un système où l'intérêt public n'est pas prédominant, il est certain qu'il est bien difficile de reconnaître qu'« un droit subjectif » aux exceptions puisse exister ».

D'ailleurs, est-ce vraiment nécessaire ? Un droit aux exceptions n'est qu'un simple retour au principe. Nous expliquons. Les objets appropriés par la propriété intellectuelle ne sont que des exceptions à un principe généraliste de liberté qui touche toutes les choses immatérielles. L'exception est définie comme privant l'exclusivité. Or, l'exception d'une exception est le retour au principe, c'est-à-dire la non appropriation. Plus besoin de mettre en avant un droit aux exceptions, mais seulement un retour au principe de la non-appropriation. Cela serait d'autant plus vrai si l'on admettait un véritable droit de l'inappropriation...

²³⁵⁵ Ces éléments sont plus longuement développés, v. Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, Avril 2006, Chapitre 5 : *Encourager l'innovation dans les pays en voie de développement*, p. 189.

Premièrement, elle consiste en un système de traitement et d'évaluation de l'état de santé des malades. L'*Ayurveda* indien²³⁵⁶ ou la médecine chinoise traditionnelle²³⁵⁷ reposent sur des bases théoriques de traitement cohérentes. Deuxièmement, la médecine traditionnelle est une source de savoirs sur les remèdes naturels²³⁵⁸. La Convention sur la biodiversité biologique²³⁵⁹ a d'ailleurs posé une définition des savoirs traditionnels en retenant qu'ils doivent provenir de connaissances, d'innovations ou de pratiques issues d'expérience ancestrale, qui peuvent être transmis oralement de génération en génération, sous la forme notamment, de chanson,

²³⁵⁶ L'*Ayurveda*, la « *Science de la longévité* », a été dictée par *Brahma* au II^e siècle av. J.-C. Cette pratique a été transmise par des Traités de médecine les *Samhitâ* ou *Corpus* (v. J.-C. DOUSSET, *Histoire des médicaments, des origines à nos jours*, éd. Payot, Paris, 1985, p. 20). L'idée de transcrire la tradition médicale orale dans des Traités est souvent à l'initiative des médecins eux-mêmes. Le médecin du roi Kaschita (I^{er} et II^e siècles avant J.-C.) relate ainsi sa pratique dans le *Tshakara Samitâ*. Ce rôle central du médecin est aussi décrit dans le Traité de *Suçruta* (V^e siècle avant J.-C.) : « Le médecin, le patient, le remède et l'infirmier sont les quatre piliers de la médecine sur lesquels repose la guérison. Si trois de ces piliers sont ce qu'ils doivent être, avec l'aide du premier, le médecin, la guérison sera complète ». Un des premiers témoignages écrits de ces médecines indiennes, l'*Atharvaveda*, retrace, selon les maux, les différentes sollicitations aux Dieux.

²³⁵⁷ A la lumière de la cosmogonie chinoise – les célèbres forces *Yin et Yang* (L'empereur Fu Hsi ou *Phye-Hi*, au III^e siècle avant J.-C. dégagera des principes universels par l'équilibre du *Duong* ou *Yang*, principe mâle, chaud et actif, et du *Am* ou *Yin*, principe femelle froid et faible. Succinctement : c'est partir de ces deux principes que se développent les cinq éléments (l'eau, le feu, la terre, le bois et le métal), à partir desquels se formeront le ciel et la terre, qui engendreront l'Homme) la maladie sera interprétée comme une défaillance de la circulation d'énergie dans le corps. Toutes les techniques et les compositions médicinales œuvreront dans le sens d'un rétablissement des flux énergétiques, permettant à l'Homme d'accéder à l'harmonie universelle. Comme technique médicinale, la Chine du III^e siècle avant J.-C. découvrira l'acupuncture. Sous la première dynastie chinoise, celle des *Hia*, l'Empereur Hoang-Dé a rédigé le premier traité de base de l'acupuncture, le *Noi Kinh*. Son propos, loin de l'altruisme, trahit sa méfiance à l'égard des plantes médicinales et n'est pas sans rappeler l'origine étymologique du mot *pharmacie* : « Je regrette tout ce que mes peuples arrêtés par les maladies ne me paient pas en taxes et en corvées. Mon désir est qu'on ne leur donne plus de remèdes-poisons et qu'on ne serve plus des antiques poinçons de pierre. Je désire qu'on utilise seulement les mystérieuses aiguilles de métal avec lesquelles on dirige l'énergie » (in J.-C. DOUSSET, *Histoire des médicaments, des origines à nos jours*, éd. Payot, Paris, 1985, p. 22). Sous la dynastie suivante, celle des *Han*, l'acupuncture est enseignée et sanctionnée par des examens.

²³⁵⁸ Comme compositions médicinales, la thérapeutique chinoise fera appel principalement au monde végétal. Malgré les réticences de l'Empereur Hoang-Dé à l'égard de la phytothérapie, les plantes médicinales trouvent une légitimité lorsqu'elles permettent de rétablir le déséquilibre énergétique dû à la maladie. Ainsi, une plante dont les propriétés sont de provoquer le froid, la menthe notamment, sera employée pour les maladies occasionnant de la chaleur. L'empirisme chinois mena même à considérer qu'une plante ressemblait nécessairement à l'organe qu'elle allait soigner. C'est la *théorie des signatures* ou des *similitudes*. Le haricot, par exemple, a la forme d'un rein et sera donc préconisé dans les maladies rénales ; le Panax Ginseng ayant deux grandes racines qui évoquent les jambes humaines²³⁵⁸, sera utilisé pour ses qualités toniques. Devant la richesse prometteuse du monde végétal, au III^e siècle avant J.-C., l'Empereur *Than Nông* inventorie dans le « Grand Herbier » ou *Pents'ao* tous les modes de guérison des maladies par les plantes, les végétaux et les minéraux. Il dota ainsi la Chine d'une des pharmacopées plus riches et dont le rayonnement jaillit encore de nos jours.

²³⁵⁹ Moins générale que la *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, de septembre 2007, qui dans son article 28 consacre la protection des savoirs traditionnels : « *Indigenous peoples are entitled to the recognition of full ownership, control and protection of their cultural and intellectual property. They have the right to special measures control, develop and protect their sciences, technologies and cultural manifestations, including human and other genetic resources, seeds, medicines, knowledge of properties of fauna and flora, oral traditions, literatures, design and visual performing arts* ».

histoires, folklore, et qui, surtout, appartiennent collectivement à la population locale²³⁶⁰. Comme nous avons eu l'occasion de le noter en droit des brevets, la matière végétale est souvent la base de l'élaboration de nouveaux médicaments²³⁶¹. Outre les ouvrages sur la médecine traditionnelle, protégeables par le droit d'auteur, c'est la compilation des savoirs dans une base de données qui ici nous intéresse. En effet, on retrouve les problématiques énoncées sur les biobanques, mais à un niveau international. La réponse apportée, entre autres²³⁶², la constitution de bibliothèque numérique des savoirs traditionnels, nous semble particulièrement intéressante pour restaurer un accès qui était menacé.

Il convient donc dans un premier temps de cerner le contexte qui a donné naissance aux « bibliothèques numériques pour les savoirs médicaux traditionnels » (1) afin de s'attacher après à leur régime et aux avantages qu'il présente (2).

1) Le contexte entourant les savoirs médicaux traditionnels

528.- La pratique. Les laboratoires de recherche vont constituer des bases de données pour recueillir les deux composantes du savoir traditionnel médical, c'est-à-dire, les pratiques thérapeutiques et la matière vivante végétale. Ces bases de données serviront à la recherche, au développement et à la commercialisation future des nouveaux médicaments. Le temps du processus de recherche est ainsi réduit puisque l'on passe d'une recherche « molécule-souris-homme » à une recherche « homme-souris-homme ». On appelle ceci la « pharmacologie

²³⁶⁰ Plus exactement, la Convention stipule: « *Traditional knowledge refers to the knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities around the world. Developed from experience gained over the centuries and adapted to the local culture and environment, traditional knowledge is transmitted orally from generation to generation. It tends to be collectively owned and takes the form of stories, songs, folklore, proverbs, cultural values, beliefs, rituals, community laws, local language, and agriculture practices, including the development of plant species and animal breeds. Traditional knowledge is mainly of a practical nature, particularly in such fields as agriculture, fisheries, health, horticulture, forestry, and environmental management in general* » disponible sur <http://www.cbd.int/programmes/socio-eco/traditional/>. (traduit dans le texte).

²³⁶¹ Sur ce point, v. notamment, E. CHOUVIN, S. LOUAFI, B. ROUSSEL, *Prendre en compte les savoirs et savoir-faire sur la nature. Les expériences françaises*, Les documents de l'IDDRI, n°1, fév. 2004.

²³⁶² Toujours dans une logique de restauration de l'accessibilité, on citera la proposition de plusieurs auteurs pour mettre en place un système de droits de propriété intellectuelle collectifs élaborés par et pour les communautés. Comme ils le soulignent ces droits seront communautaires et axés sur la diversité biologique, V. SHIVA, A. H. JAFRI, G. BEDI, R. HOLLA-BHAR, *The Enclosure and Recovery of the Commons : Biodiversity, Indigenous Knowledge and Intellectual Property Rights*, New Delhi, Research Foundation for Science, Technology and Ecology, 1997.

inverse » qui consiste en « une redécouverte qui privilégie la recherche clinique sur des produits naturels »²³⁶³.

529.- Les enjeux. La pharmacologie inverse représente une part de marché importante dans l'industrie pharmaceutique. On estime, en effet, le poids financier des médicaments synthétisés à partir de plantes utilisées en médecine traditionnelle à environ 40 milliards de dollars dans le monde²³⁶⁴. Un marché lucratif réalisé grâce aux savoirs médicaux traditionnels mais au détriment des populations qui les avaient secrètement conservés de génération en génération, certains l'appelle le « biopiratage »²³⁶⁵. Ce débat soulève, à maints égards, des problèmes qui vont très au-delà de la problématique de notre recherche et qui ont fait l'objet de brillantes études²³⁶⁶. Mais un rapide détour par ces questions, nous permettra de mieux apprécier l'intérêt de la constitution de bibliothèques numériques de savoirs traditionnels et à sa transposition pour nos problèmes en droit d'auteur.

²³⁶³ Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, Avril 2006, Chapitre 5 : *Encourager l'innovation dans les pays en voie de développement*, p. 191. La pharmacologie inverse comporte trois principaux domaines de connaissance : « une bonne documentation des effets biodynamiques des médicaments et des plantes, des études exploratoires faisant intervenir la normalisation des plantes et des produits naturels et des études initiales sur les doses, avec des paramètres finaux pertinents en matière d'innocuité et d'activité ; un domaine expérimental caractérisé par des modèles *in vitro* et *in vivo* ainsi que des travaux de pharmacologie de sécurité pour étudier les cibles, établies hypothétiquement à partir des études antérieures, la détermination des doses pour la sécurité et l'efficacité, et de vastes études cliniques sur le médicament naturel, avec une surveillance post-commercialisation.

²³⁶⁴ Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, Avril 2006, Chapitre 5 : *Encourager l'innovation dans les pays en voie de développement*, p. 193.

²³⁶⁵ Il existe, malheureusement de très nombreux cas, cités notamment par A. ZERDA-SARMIENTO et C. FORERO-PINEDA, *Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques*, R.I.S.S. 2002/1, n°171, p. 111, et spéc. p. 119. On soulèvera, entre autres, le brevet déposé par l'Université du Mississippi sur le curcuma, épice ancestrale connue en Inde pour ses propriétés thérapeutiques multiples, pour ses applications en matière de traitement anti-inflammatoire et de cicatrisation des plaies.

²³⁶⁶ En ce sens, v. Commission on Intellectual Property Rights, *Integrating intellectual property rights in development policy*, Londres, 2002, http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm. – C. CORREA, *Protection and promotion of traditional medicine. Implications for public health in developing countries*. Genève, South Centre, 2002. – N. S. GOPALAKRISHNAN, *TRIPs and Protection of Traditional Knowledge of Genetic Resources: New Challenges to the Patent System*, *EIPR*, vol. 27, 2 février 2005, p. 11. – B. PATWARDHAN, *Traditional medicine : modern approach for affordable global health*, Genève, CIPIH study paper, 25 mars 2005, <http://www.who.int/intellectualproperty/studies/B.Patwardhan2.pdf>. Et pour un exemple, v. notamment : V. FLOYD, E. GBODOSSOU, C. KATY, *AIDS in Africa : scenarios for the future, the role of traditional medicine in Africa's fight against HIV/AIDS*, Senegal, The Association of the Promotion of Traditional Medicine, 2005, <http://www.prometra.org/Documents/AIDSinAfrica-ScenariofortheFuture.pdf>.

530.- Les problèmes liés au partage des avantages. Comme le notent Mme le professeur BELLIVIER et Mme NOIVILLE, ces difficultés sont à relativiser : « des savoirs traditionnels ne sort pas toutes les semaines une invention brevetable, encore moins un « *blockbuster* » »²³⁶⁷. Ils posent notamment des problèmes sur le recueil du consentement et de rétribution pour le « prélèvement » effectué. En effet, le savoir que les communautés ont accumulé pendant des siècles est profondément ancré en eux, la tradition est d'ailleurs souvent orale. Un juste équilibre doit être trouvé entre les avancées thérapeutiques que l'exploitation de ce savoir vernaculaire laisse augurer et le respect des traditions de ces communautés. L'œuvre contractuelle devra être parfaitement ciselée pour ménager ces intérêts souvent antagonistes. Mais elle s'annonce particulièrement compliquée, on en citera quelques exemples. Tout d'abord, en ce qui concerne les parties : les difficultés de communication avec les populations locales peuvent compliquer les négociations, le poids des croyances peut entraver la communication des « secrets médicaux »²³⁶⁸. De plus, l'objet du contrat, en particulier pour la matière végétale, doit préciser si le prélèvement sera local où s'il prévoit une culture délocalisée. Auxquels cas, les populations locales risquent de souffrir d'un pillage de leurs ressources naturelles si elles sont en nombre limité²³⁶⁹. Quant au prix, il est non seulement difficile de chiffrer une telle connaissance souvent séculaire, mais il semble être encore plus difficile d'évaluer de manière anticipée les profits que ces savoir-faire, une fois synthétisés, vont pouvoir générer – si tant est qu'un produit commercialisable s'en dégage. Il est également inquiétant que, la plupart du temps, les produits obtenus ne profitent pas aux populations locales²³⁷⁰.

²³⁶⁷ F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, *Les contrats d'accès aux bases de savoirs traditionnels : le brevet au secours du paysan indien*, R.D.C. janvier 2010, p. 331.

²³⁶⁸ Pour y remédier, on voit d'ailleurs apparaître de nouveaux protagonistes, des représentants des populations locales, qui se placent comme négociateurs. Sur ce point, v. notamment B. ROUSSEL, *Savoirs locaux et conservation de la biodiversité : renforcer la représentation des communautés*, *Mouvements*, n°41, septembre-octobre 2005, p. 82.

²³⁶⁹ Telle a été la conséquence du contrat signé entre le laboratoire Merck et l'Institut de biologie du Costa Rica, qui prévoyait la vente de service de récolte et de préparation d'un grand nombre d'éléments de la diversité biologique (en ce sens, v. A. ZERDA-SARMIENTO et C. FORERO-PINEDA, *Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques*, R.I.S.S. 2002/1, n°171, p. 111, et spéc. p. 118).

²³⁷⁰ Cette question renvoie au droit des donneurs sur les résultats d'une recherche effectuée sur une biobanque à laquelle ils ont contribué. Si les Comités d'Éthique s'interrogent v. en ce sens, Comité Consultatif National d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé, *Problèmes éthiques posés par la collection de matériel biologique et les données d'information associées : « biobanques » et « biothèques »*, avis n°77, du 20 mars 2003. D'autres éminents auteurs qualifient, à juste titre, la solution « d'absurde » (F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, Puf, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 108-109), considérant que la seule revendication des donneurs porte sur le développement de nouvelles thérapies. Mais ceci constitue la principale différence avec les savoirs médicaux traditionnels, les populations locales ayant contribué à l'arrivée de nouveaux médicaments,

Pour tenter de remédier à ces difficultés, la Convention sur la diversité biologique²³⁷¹ stipule que les parties qui ont acquis les ressources génétiques doivent assurer « le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que les avantages résultants de l'utilisation commerciale et autres des ressources génétiques »²³⁷². Elle ajoute que toute recherche ayant pour base des savoirs traditionnels doit avoir fait l'objet de consentements préalables.

Sur ce modèle, il est possible de citer l'exemple de l'accord, en 2004, entre le Samoa et l'Université de Californie, portant sur le principe actif contenu dans l'écorce de l'arbre *mamala*²³⁷³. Encore à l'étude, cette écorce aurait une application dans le traitement du SIDA²³⁷⁴. Le contrat entre les parties prévoit une redistribution égale des bénéfices effectués à partir de ce prélèvement. La part du Samoa sera partagée entre les pouvoirs publics, le village et la famille des guérisseurs. Il est également stipulé que le produit de la recherche, un médicament, serait redistribué aux pays en voie de développement pour un bénéfice minimal.

531.- Les problèmes liés à l'accès aux savoirs médicaux traditionnels. La plupart du temps, les solutions recherchées se rapportent, à juste raison, au partage équitable des avantages d'une exploitation des savoirs médicaux traditionnels. Elles négligent la partie concernant l'accès au savoir médical. Or, l'établissement d'un droit de propriété intellectuelle amène à des situations de monopoles qui peuvent bloquer l'accès des tiers, et de ce fait freiner l'innovation en aval et le progrès médical en amont. Tel a été le cas avec les pratiques

n'en profiteront pas, à l'inverse des patients occidentaux qui ont la quasi-assurance qu'un nouveau traitement leur sera accessible.

²³⁷¹ Sur cette convention, v. notamment : M.-A. HERMITTE (coord.) et I. DOUSSAN, S. MABILE, S. MALJEAN-DUBOIS, Ch. NOIVILLE et F. BELLIVIER, *La Convention sur la diversité biologique a quinze ans, Annuaire Français de droit international*, CNRS éd., 2006, p. 351. – L. GLOWRA et a., *Guide de la Convention sur la diversité biologique*, UICN, Gland et Cambridge, 1996. Rapp. M.-A. HERMITTE, *Souveraineté, peuples autochtones : le partage équitable des ressources et des connaissances*, in *La bioéquité*, sous la dir.) F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, éd. Autrement, coll. *Frontières*, 2009, p. 115.

²³⁷² *Convention on Biological Diversity*, article 15, *Access to genetic resources*, 1992, disponible sur http://www.biodiv.org/convention/articles.asp?lg=0&a=cbd-15_

²³⁷³ Exemple plus amplement détaillé sur le site de l'Université de Berkeley en Californie, à l'adresse : <http://www.berkeley.edu/news>. On aurait également pu citer l'exemple de l'Équateur qui, en compensation du dévoilement d'un secret médicinal chaman, a bénéficié de la construction d'un aéroport, cité par A. ZERDA-SARMIENTO et C. FORERO-PINEDA, *Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques*, *R.I.S.S.* 2002/1, n°171, p. 111, et spéc. p. 118.

²³⁷⁴ Plus précisément, elle aurait pour application de faire sortir le virus du SIDA des cellules immunitaires afin de mieux le cibler avec les actuels traitements anti-SIDA.

dénoncées du brevet sur la matière végétale²³⁷⁵, mais également avec le droit d'auteur, *via* le droit des bases de données, qui prive l'extraction et la réutilisation des informations de la base. En effet, un laboratoire peut parfaitement collecter ces informations relatives aux savoirs médicaux traditionnels et les pratiques médicales qui y sont attachées dans une base de données. Le droit *sui generis* du producteur de la base sur ce contenu permettra d'en fermer l'accès²³⁷⁶. Il convient donc de protéger ces précieuses ressources de la réservation privative qu'autorise la propriété intellectuelle²³⁷⁷. Pour cela, a été proposée la constitution de bibliothèques numériques des savoirs médicaux.

2) Le régime juridique des « bibliothèques numériques pour les savoirs médicaux traditionnels »

532.- La propriété publique sur une bibliothèque numérique pour les savoirs médicaux traditionnels. L'intérêt de la constitution de telles bibliothèques est, à titre principal, de promouvoir l'utilisation des savoirs traditionnels dans l'intérêt du progrès médical. L'accessibilité permise à ces bibliothèques ouvrira de nouvelles perspectives d'avancées thérapeutiques. L'ouverture à une pluralité de chercheurs et de laboratoires autorise à croire que la répartition des avantages commerciaux serait plus équitable que dans l'hypothèse où une seule société profite – abuse ? – de sa position monopolistique. Ces bibliothèques seront alors appropriées par des organismes publics, des laboratoires ou centres de recherche dans

²³⁷⁵ Des brevets *up stream*, des licences négociées *ex post* ou *ex ante*, etc. v. *supra* n°115.

²³⁷⁶ Pour les collections biologiques d'échantillons d'origine humaine, c'est le cas de la société privée de biotechnologies deCode Genetics. Mme le professeur BELLIVIER et Mme NOIVILLE (*in*, F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, Puf, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 95) explique que la société a obtenu un droit d'exploiter les données des échantillons biologiques pendant douze ans. Et pour valoriser ses recherches la société deCode Genetics s'est liée pour cinq ans à deux géants de la pharmacie, Hoffmann-La Roche et Merck. L'accès à ces données est alors largement privatisé. Rappr. M.-F. VIARD, *La personne humaine peut-elle encore constituer une limite à l'accès à l'information génétique ? (Le cas islandais)*, *in* *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, I. MOINE DUPUIS (sous la dir), Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 363).

²³⁷⁷ En ce sens, A. ABDELGAWAD, *La biopiraterie et le commerce des produits pharmaceutiques face aux droits des populations locales sur leurs savoirs traditionnels*, *in* *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, CNRS, vol. 28, 2007, p. 323 et spéc. pp. 357-358 : « En dépit de leur utilité certaine, la création de ces bases de données appelle certaines réserves. Le recensement et la diffusion des savoirs traditionnels pourront priver les détenteurs de ces savoirs divulgués de toute possibilité d'exploitation économique ou faciliter la biopiraterie, comme en a témoigné dans le passé le scandale lié aux activités du groupe consultatif international de la recherche agricole (CGIAR) ». Cet organisme reçoit des dons de plantes et de matériels génétiques de la part d'autorités nationales, de l'Organisation des Nations Unies et de la Banque Mondiale, destinés à faciliter la recherche scientifique. Sauf que quelques multinationales Nord-Américaines ont déposé une série de brevets sur ces informations. La diffusion ne consiste maintenant qu'en des savoirs qui sont déjà dans l'état de la technique.

les Universités, des institutions, etc. Les bases de données regroupant les savoirs traditionnels constitueront autant d'antériorités qui priveront la possibilité d'octroyer des brevets sur de telles informations²³⁷⁸. Pour cela, il faudrait d'ailleurs intégrer ces bases de données aux documents de recherches des offices de brevets, afin qu'elles soient prises en considération au moment de l'examen des demandes – et non faire l'objet de recours ultérieurs²³⁷⁹.

Si on mesure l'intérêt pour le droit des brevets de constituer de tels documents de références pour préserver les « antériorités traditionnelles », qu'en est-il du droit d'auteur ? Est-ce qu'il serait alors intéressant de transposer un tel schéma aux œuvres réceptacles du domaine de la santé, qui mobilise un contenu informationnel essentiel au progrès médical ? La propriété publique assure une libre accessibilité, souvent arrangée et assurée par contrat²³⁸⁰. Il faudra, toutefois, rester vigilant, les informations contenues dans la base, librement accessibles, ne doivent pas être englobées dans une revendication trop large de l'invention qui prendra appui sur de telles connaissances²³⁸¹. L'OEB semble d'ailleurs engagé à mener une telle politique de surveillance en intégrant la bibliothèque de savoirs traditionnels Indiens à ses documents scientifiques²³⁸². Cela pourrait constituer une solution ponctuelle efficace. Mais nous ne

²³⁷⁸ Cette solution est celle préconisée par le Rapport de la Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, Avril 2006, Chapitre 5 : *Encourager l'innovation dans les pays en voie de développement*, p. 195. Il rappelle, dans le respect des populations locales, que « là où les savoirs traditionnels ne sont pas consignés par écrit ou sont jalousement protégés par une communauté, il est important de ne pas introduire l'information dans des bases de données sans avoir le consentement éclairé de la communauté concernée ».

²³⁷⁹ L'Inde a déjà constitué une telle bibliothèque sur ses savoirs traditionnels issus de l'*Ayurveda*, l'*Unani* et le *Siddha* sur le modèle de la classification internationale des brevets.

²³⁸⁰ Les moyens d'accès techniques, tels qu'Internet seront par exemple privilégiés pour étendre l'accès à la base. Il est également possible de soumettre l'accès à des conditions : la qualité éthique du projet de recherche envisagé, sa validité sur un plan scientifique, à l'existence de partenariats locaux, ou sur la destination scientifique des échantillons (*in*, F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE, *Les biobanques*, Puf, coll. *Que sais-je?*, 2009, p. 96).

²³⁸¹ Une proposition est à l'étude à l'OMC et à l'OMPI pour que les déposants d'une demande de brevet soient obligés de révéler l'origine géographique du savoir sur lequel leur invention se fonde. Mais les laboratoires pharmaceutiques n'admettent pas de telles solutions et préféreraient organiser un accès en passant directement des contrats de bioprospection avec les États ou les collectivités locales. Mais pour que cela soit possible, il faut que les États aménagent clairement les conditions de bioprospection dans leur pays, c'est-à-dire : le prélèvement des ressources, leur utilisation et leur commercialisation ultérieure. Sur ces points, v. notamment le Rapport de l'OMS précité, et aussi, H. GAUMONT-PRAT, *UE : introduction dans l'accord sur les ADPIC d'une prescription impérative concernant la divulgation de l'origine des ressources biologiques et des savoirs traditionnels*, *Propr. ind.* novembre 2008, alerte n°173.

²³⁸² Cette base a été élaborée par le Conseil indien de la Recherche scientifique et industrielle. Un accord a d'ailleurs été conclu pour l'OEB, en février 2009, pour accéder à cette bibliothèque indienne (la *Traditional Knowledge Digital Library*). Sur ce point, v. H. GAUMONT-PRAT, *OEB : accès à la bibliothèque numérique des savoirs traditionnels de l'Inde*, *Propr. ind.* avril 2009, alerte n°60. – F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, *Les contrats d'accès aux bases de savoirs traditionnels : le brevet au secours du paysan indien*, *R.D.C.* janvier 2010, p. 331.

pouvons pas l'appliquer à toutes les œuvres réceptacles du domaine de la santé qui menacent le contenu informationnel, et qui de fait, contreviennent à la finalité de progrès médical. La propriété publique, nous l'avons déjà souligné, n'est pas une solution à toute épreuve pour les maux qui touchent à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Le salut ne pourra venir que d'une redéfinition stricte de l'objet du droit d'auteur à partir de la finalité de diffusion du progrès médical que le droit d'auteur doit poursuivre et d'arrêter de considérer que seule la « valeur-travail » permet de qualifier une création.

533.- Conclusion de la section 2 : Le droit d'auteur en question dans le domaine de la santé : le débordement du monopole. Puisque la valeur sociale ne peut pas être directement intégrée dans l'objet du droit d'auteur, nous devons alors composer avec les débordements prévisibles d'un droit d'auteur qui tend de plus en plus à ne considérer que la « valeur-travail » dans le processus de qualification de la création. La place de l'investissement engendré par le travail nécessaire donne une dimension économique à l'objet du droit d'auteur qui le désinscrit de la progression sociale dans lequel nous préférons l'inscrire. Or, nous nous confrontons au même souci qu'en droit des brevets, où un minimum de travail permet de considérer que l'objet du droit existe. Cela est d'autant plus dangereux pour les œuvres informationnelles particulièrement présentes dans le domaine de la santé. Souvent contenues dans des œuvres réceptacles, le moindre travail, au niveau créatif minimum, suffit à conférer le monopole. L'alternative posée par l'article L. 112-3 du Code de la propriété intellectuelle, entre le choix *ou* la disposition des matières, n'est plus un rempart suffisant, au point que toute élaboration d'un contenant puisse être qualifiée de travail créatif. La qualification de base de données ouvre alors la possibilité d'une protection *sui generis* des bases de données pour le contenu la création. Il serait donc judicieux de repenser plus strictement l'objet du droit d'auteur afin de préserver la valeur sociale de son contenu.

Nous avons pu le constater à travers les annuaires médicaux, qui tendent à l'exhaustivité, qui n'implique plus de choix. De même, pour les listes statistiques de médicaments, où l'on protège allègrement les compilations de données brutes. On décèle encore un travail créatif dans les pharmacopées occasionnant un monopole intrusif sur des données essentielles à la fabrication des médicaments. Enfin, les collections d'échantillons biologiques, ni par leurs collections corporelles, ni par les rassemblements immatériels qu'elles occasionnent, ne reflètent un quelconque travail créatif, permettant de les qualifier d'objet du droit d'auteur et du droit *sui generis* des bases de données. Dans peu de temps, des actions seront intentées

pour protéger le contenu « économiquement créatif » de la collection d'échantillons biologiques. Face à ces difficultés, des pistes de réflexion ont été avancées, pour mettre en place l'hypothèque sociale dans ces appropriations indues. Notamment, à travers les exceptions au droit d'auteur ou encore à propos de la forme de la propriété, vers une propriété publique. Il a été également rappelé l'emploi possible de la théorie des facilités essentielles développées pour le droit des brevets. Mais cela ne pourrait pas constituer une solution globale. La seule valable étant un recentrage de l'objet du droit d'auteur sur un véritable travail créatif, d'une protection pour le droit d'auteur de la seule forme, d'une délimitation du droit *sui generis* sur le contenu.

Tous ces points sont éclairés par la finalité que poursuit le droit d'auteur dans le domaine de la santé, en faveur du progrès médical, à savoir, la diffusion la plus large des connaissances médicales.

CONCLUSION CHAPITRE 2 : LE DROIT D'AUTEUR, INSTRUMENT DE DIFFUSION EN FAVEUR DU PROGRÈS MÉDICAL

534.- La valorisation originale du droit d'auteur dans le domaine de la santé. Traditionnellement, nous avons mis en évidence pour l'objet du droit de propriété intellectuelle un phénomène de double valorisation. Il s'agit d'une part, de la « valeur-travail » et d'autre part, de la valeur sociale des objets qui justifie la norme d'appropriation. La « valeur-travail » est un élément de la définition de l'œuvre de l'esprit. Le travail créatif doit non seulement exister, mais en plus être conscient. L'autre élément de la définition de l'œuvre de l'esprit est son attachement à la seule forme, qui justifie la non-appropriation des idées. Cette dernière condition explique qu'il ne soit pas possible de trouver dans l'objet du droit d'auteur la valeur sociale. En cela, la valorisation dans le droit d'auteur est originale. En effet, celle-ci imposerait au droit d'auteur qu'il tienne en considération des qualités objectives des choses qu'il a vocation à protéger. Or, à ce sujet, nous avons démontré que le droit s'impose une grande neutralité jusque dans ses conditions d'appropriation. La valeur sociale girait donc exclusivement à l'extérieur du droit d'auteur dans les choses incorporelles. Ces choses incorporelles, socialement valorisées parce que permettant de réaliser le progrès médical, sont les connaissances scientifiques. Le droit d'auteur en ne saisissant que leur forme originale devient un vecteur essentiel de la diffusion de ces connaissances qui libres de droits alimenteront toutes nouvelles techniques ou toutes nouvelles œuvres. En définitive, tout débordement du monopole sur le contenu contrevient à la diffusion de ces connaissances et de ce fait atteint à l'accroissement dans le temps du progrès médical.

535.- Les conséquences de cette originale valorisation. La « valeur-travail » acquiert une place grandissante dans certaines œuvres, notamment les œuvres réceptacles. Elle trouve pour les œuvres informationnelles l'indispensable frontière entre le fond et la forme. Le danger vient également de la porte ouverte par la qualification de base de données au droit *sui generis* qui est une véritable protection du contenu. Au travers, des annuaires médicaux, des pharmacopées, des listes de médicaments ou des collections d'échantillons biologiques nous avons pu constater cette évolution. Cette immixtion du monopole sur les connaissances scientifiques pourra avoir des conséquences particulièrement néfastes sur le progrès médical. L'accès ainsi freiné, ne pénalise pas seulement une génération d'œuvres de l'esprit, mais également toutes les sciences et les techniques médicales. Les pistes proposées, comme

l'exception au droit d'auteur ou le changement ponctuel de forme de propriété, ne peuvent pas constituer une solution globale à une situation actuelle dans l'impasse.

La seule véritable issue de secours consisterait à se remémorer que le droit d'auteur dans le domaine de la santé existe dans la finalité de diffuser le plus largement possible les connaissances scientifiques et que pour cela son objet doit être strictement délimité.

CONCLUSION DU TITRE 2 : LE DROIT D'AUTEUR ET LE DROIT DES MARQUES, RÉCEPTEURS DU PROGRÈS MÉDICAL

536.- Le droit des marques et le droit d'auteur sont effectivement récepteurs du progrès médical. Ils contribuent à la dynamique temporelle du progrès médical. Il convenait par les études de ces deux droits le domaine de la santé de préciser en quoi, ils remplissent cette finalité. Mais au préalable, rappelons que le progrès médical peut être défini comme l'accroissement dans le temps des avancées médicales, issues de la science et de la technique, qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social ».

537.- Le droit des marques, récepteur de la commercialisation des techniques médicales.

Le rôle du droit des marques dans le domaine de la santé est principalement axé sur les marques de produits de santé, même si nous avons identifié que l'exercice du droit des marques pouvait parfois être limité pour préserver des objets recelant une valeur sociale négative, contreproductive de progrès médical. Le droit de marques apparaît alors juste après la brevetabilité d'une invention lors de sa mise sur le marché. Le droit de marques sera ainsi sollicité pour assurer cette commercialisation. Oui, et dans quel but ? Cela tient à son objet. Le signe est une véritable création et pour cela, une intervention humaine est nécessaire. Cette dernière confèrera la « valeur-travail » qui est la première des valeurs à identifier durant le processus de double valorisation qui permet de qualifier l'objet de la propriété intellectuelle. Quant à l'autre valeur, alors, il s'agit de la valeur sociale. Celle-ci affecte le signe par le simple fait de l'apposition de la marque sur un produit issu d'une invention brevetée – dont nous avons préalablement constaté la valeur sociale. Le constat que le signe est socialement valorisé nous renseigne sur la finalité que le droit des marques poursuit dans le domaine de la santé. En effet, la marque aura pour fonction la commercialisation des techniques appropriées au titre du brevet et dans le sens du progrès médical. Cette considération du progrès médical à penser toute appropriation et toute commercialisation de la marque du domaine de la santé comme orientées vers la réalisation du « bien-être social ».

538.- Le droit d'auteur, récepteur de la diffusion de la science médicale dans le temps.

L'objet du droit d'auteur dans le domaine de la santé est singulier, parce que sa qualification ne s'inscrit pas dans le double processus de valorisation que nous avons pourtant jusque-là identifié dans chaque objet. En effet, seul le travail créatif compte à côté de l'exigence d'une

forme pour donner naissance à l'œuvre protégeable. Ce qui signifie que, déconnecté des qualités objectives de l'objet sur lequel il porte, de son contenu, l'objet du droit d'auteur est valorisé au titre de la « valeur-travail », mais pas au titre de la valeur sociale. Est-ce pour autant qu'il ne poursuit aucune finalité dans le domaine de la santé ? Non, et au contraire, son rôle en faveur du progrès médical est fondamental. *En effet, la forme qu'il protège permet de véhiculer le contenu de l'œuvre et de le diffuser largement.* Or, ce contenu dans le domaine de la santé est composé des connaissances scientifiques. Cette science, composante du progrès médical, est la base de toutes les techniques, de toutes les œuvres et de tous les signes futurs. Le monopole du droit d'auteur ne doit pas déborder sur le contenu pour cela, l'objet du droit d'auteur défini strictement doit s'imposer une grande neutralité jusque dans les conditions d'appropriation.

Malgré cette considération, il est des cas, comme pour les œuvres informationnelles, où la confusion du fond et de la forme est plus facile, où l'appropriation de leur réceptacle entraîne une maîtrise de fait ou de droit (*via* le droit *sui generis* des bases de données) sur le fond. Cela s'explique par la place de plus en plus conséquente de la « valeur travail », et appréciée *a minima*, dans le processus de qualification du bien. Nous avons pu constater à travers quelques exemples que cette situation est particulièrement dangereuse du fait qu'elle freine le développement du progrès médical dans le temps. La seule réelle solution serait de se remémorer la finalité du progrès médical dans le droit d'auteur du domaine de la santé : la diffusion la plus large possible des connaissances scientifiques (science) dans le temps.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2 : MISE EN PERSPECTIVE DE LA VALEUR SOCIALE DANS L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

539.- Idées reçues... Si en commençant cette étude, nous aurions éventuellement pu penser que le droit des brevets était l'unique droit qui agissait dans le domaine de la santé, un détour par le droit des marques et le droit d'auteur nous a permis de démontrer le contraire. Ils sont tous, du moment de leur sollicitation pour le domaine de la santé appelés à réaliser la même finalité de progrès médical. La finalité de progrès médical, défini comme l'accroissement dans le temps des avancées médicales, issues de la science et de la technique, qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social » peut être constatée dans chacun de ces droits. Donc, en quelque sorte, ils y contribuent chacun à leur manière.

540.- Le droit des brevets, générateur de progrès médical. À la lecture de cette proposition, elle ne peut que, nous pensons, soulever l'adhésion. Car dans notre inconscient collectif, le droit des brevets est un producteur et protecteur efficace de toutes techniques, y compris celles qui portent sur la matière vivante. Mais ce n'est pas dans ce sens qu'il faut entendre la finalité assignée au droit des brevets dans le domaine de la santé. Nous pourrions, presque dire, au contraire. Le droit des brevets devra avoir tendance à s'effacer pour mieux exister. Ainsi, seulement il servira la finalité de progrès médical qui l'anime. Pour cela, il a été nécessaire de réaffirmer l'interprétation stricte de son objet. Redonner les contours à un objet, dévoyé par la valeur économique, était essentiel. Pour cela, il est nécessaire d'avoir une conception de la catégorie de l'invention fermée, et de toutes les choses incorporelles qui gravitent autour, une catégorie ouverte et largement à l'usage commun – du fait de leur nature de chose commune. Il est donc nécessaire de redécouvrir l'objet du droit des brevets, l'invention, par un processus de double valorisation. Cette qualification nous a permis de redéfinir les limites du domaine de l'appropriable. L'invention est révélée par sa « valeur-travail », précisément par la fonction qui est dévoilée et contribue par sa valeur sociale à réaliser le progrès médical. Plus, précisément, par l'appropriation dont elle est l'objet, elle permettra l'accroissement des avancées médicales, dans le temps. Tout empiètement de cet objet dans la sphère des choses incorporelles dont la valeur sociale implique leur maintien dans la catégorie des choses communes, sera contre-productif du progrès médical et ne devra pas donner lieu à la délivrance d'un titre. Voilà, à quoi nous sert la finalité de progrès médical, elle est le sens de la règle de droit qui va permettre de rendre l'appropriation de

l'invention légitime. Mais la réalisation du progrès médical ne s'arrête pas aux portes de la découverte de l'objet. Celui-ci valorisé, va avoir pour conséquence d'imposer cette logique à toutes les règles de la propriété intellectuelle qui l'approcheront. Et notamment, les règles relatives aux conditions de son appropriation, qui permettront de transformer une invention brevetable en une invention brevetée. Or, à y regarder de plus près, elles sont aussi imprégnées de cette finalité de progrès médical et contribuent alors à la définition stricte de l'objet du brevet. La nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle sont effectivement le moteur de l'accroissement des avancées médicales dans le temps. Elles n'ont pas vocation, comme avec la valeur économique, à permettre l'appropriation de tout objet. Au contraire, par leur interprétation stricte, elles contribuent à la redéfinition des contours de cet objet. Nos propos se sont consacrés à une tentative de délimitation ferme de l'objet du droit des brevets, parce qu'autour doit régner parmi les choses incorporelles, qui ont emprunté la nature de chose commune au droit des biens, un climat d'usage commun, libre, égal et gratuit.

D'ailleurs, même appropriée, l'invention, est toujours soumise à ce besoin d'accès, et qui, plus est, dans le domaine de la santé. Il existerait sur elle, comme une hypothèque sociale, tellement son bénéfice collectif est grand. Alors, la circulation de l'invention sera ainsi grevée à la réalisation du progrès médical. En d'autres termes, on a admis ces inventions au titre du bien-être social qu'elles procurent, encore faut-il, aménager les conditions de sa circulation lorsque celle-ci est insuffisante. L'accessibilité à l'invention, au-delà de son accès intellectuel, qui fait partie de son régime, doit être organisée. Elle l'est par des dispositions internes, comme les licences, qui permettent d'imposer un accès essentiel pour certains produits de santé ou pour une certaine catégorie de population. Elle l'est par le recours, ponctuel à des droits extérieurs. Strictement cantonné aux cas d'une circulation à réguler, le droit de la concurrence permettra de réguler l'accès à l'invention indument monopolisée, et le droit de la santé ou le droit des contrats viendront corriger l'exercice d'une propriété intellectuelle insuffisamment protecteur du progrès médical. En définitive, ce n'est qu'au prix d'une redéfinition stricte de son objet en finalisant les normes d'appropriation et de circulation que le droit des brevets pourra être considéré comme générateur de progrès médical. On s'éloigne vraiment de l'évidence de l'acceptation de départ.

Il en va de même pour le droit des marques et le droit d'auteur. Tous deux également essentiels à la réalisation du progrès médical, ils seront aspirés à des fonctions différentes.

541.- Le droit des marques, récepteur du progrès médical. Le droit des marques, tout d'abord, s'avère récepteur des techniques médicales brevetées. Nous retiendrons ce rôle principal de prolongateur du progrès médical dans le temps, même s'il est nécessaire de ne pas occulter sa fonction de protection du progrès médical à l'encontre des objets dotés d'une valeur sociale négative. Le signe, créé par une intervention humaine, et ainsi valorisé au titre du travail, est apposé sur les techniques médicales brevetées. Ce simple fait suffit à lui accorder une valeur sociale qui lui permettra de tendre vers le progrès médical. La marque contribuera à cette finalité par la commercialisation des objets du domaine de la santé la plus respectueuse du « bien-être » social, de l'amélioration de la santé. Même s'il ne faut pas être aveugle des intérêts économiques qui sous-tendent la matière, elle devient totalement compatible avec cette finalité. Leur concert permet d'avoir une approche légitime de ce droit mercantile dans le domaine de la santé. Ainsi, toujours selon une même méthode, nous avons mis en évidence que la définition stricte de l'objet et des conditions de l'appropriation du signe permet de réaliser cette finalité de progrès médical. Le consommateur de produit de santé doit concentrer toutes les attentions amélioratrices de la commercialisation. L'accessibilité au signe est, dans ce domaine, moins primordiale que pour le droit des brevets. En quelque sorte le droit des marques est soumis à la quantité de protections délivrées par le brevet et s'adapte. Mais un encombrement des objets pourrait affecter toute aspiration à réaliser le progrès médical. Il a également été mis en évidence que la circulation du signe était également pondérée de cette finalité, par là encore l'aménagement de l'hypothèque sociale.

542.- Le droit d'auteur, récepteur du progrès médical. La place du droit d'auteur dans le domaine de la santé au regard de la finalité qu'il poursuit est originale. En effet, le caractère scientifique des œuvres du domaine de la santé oblige à « désacraliser » l'œuvre de l'esprit et à casser le syntagme qui lui est associé, « d'œuvre d'art ». Nous nous sommes attaché aux « œuvres de science ». La surprise ne s'est pas arrêtée à ce seul constat. Toujours animé de la recherche de l'acception la plus stricte de l'objet de la propriété intellectuelle, nous avons entrepris le processus de double valorisation qui caractérise les autres droits de propriété intellectuelle. Si déceler la « valeur-travail » dans l'œuvre est chose aisée, il n'en pas été autant de la valeur sociale. La « valeur-travail » est incluse dans la définition retenue de l'œuvre qui nécessite l'existence d'un travail créatif conscient. Mais la définition de l'œuvre se complète d'un attachement à la seule forme, et non au contenu. L'objet du droit d'auteur se garderait donc une grande neutralité vis-à-vis de la valeur sociale, c'est-à-dire les qualités objectives des choses, qui lui servent de support. C'est précisément à partir de ce constat que

nous avons pu déceler la finalité que remplit le droit d'auteur, lorsqu'il s'applique au domaine de la santé. Le droit d'auteur, en ne s'attachant qu'à la forme et non au contenu de l'œuvre, permet de préserver ce contenu à l'usage commun dans le domaine de l'inappropriable. Son rôle est essentiel. Il préserve ainsi la science, via les connaissances médicales, et le transporte de manière neutre dans le temps. En d'autres termes, la science, composante du progrès médical, peut grâce au droit d'auteur être diffusée de manière large, parce qu'il ménage l'accès libre, égal et gratuit en ne conférant aucun monopole sur le fond. Le droit d'auteur remplissant cette finalité s'avère être à la base de toutes les œuvres, de toutes les techniques, de tous les signes. Nous comprenons alors à quel point la stricte délimitation de son objet est essentielle pour réaliser cette finalité de progrès médical. Et au-delà de cette compréhension, il est possible de le mesurer lorsque le monopole déborde sur la science et hypothèque privativement la société du « bien-être » social, de l'amélioration de la santé qui aurait pu lui être apportée. Il déborde justement parce que l'objet même du droit d'auteur n'est pas finalisé, parce que trop de place est laissée à la « valeur-travail » dans le processus de qualification de l'objet. On la remarque dans le cas des œuvres informationnelles, où la protection de la seule forme se confond avec le fond pour protéger l'information elle-même. Cela a été particulièrement remarqué dans les œuvres réceptacles du domaine de la santé. Elles sont aujourd'hui protégées à raison du seul investissement que représente leur contenu et non de leur seule forme, qui permet l'usage commun.

En conclusion, de manière transversale, si l'on ne devait retenir qu'un seul enseignement de l'étude de ces droits, ce serait que, seule une définition stricte de l'objet de la propriété intellectuelle permet la réalisation du progrès médical. La méthode pour y parvenir, le double valorisation, devient automatiquement corrélée, à cette proposition. Et la plus grande accessibilité aux objets qui font le progrès médical (science et technique), n'en est qu'une conséquence – mais pas la moindre.

CONCLUSION GENERALE

539.- L'importante décision du Conseil Constitutionnel du 8 janvier 1991, relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme interrogeait la propriété intellectuelle dans son rapport à la fois au droit commun des biens et à la santé. Les chemins que nous avons empruntés dans cette étude sont quelque peu différents de la solution qu'il préconisait. D'une part, si nous avons affirmé les liens la propriété intellectuelle et la propriété de droit commun, de l'article 544 du Code civil, la distance de l'objet de la propriété intellectuelle avec le bien du droit commun doit être soulignée. Elle s'explique par le souci d'émanciper l'objet de la propriété intellectuelle de la valeur économique. D'autre part, la protection de la santé n'implique pas nécessairement le recours à des mécanismes externes ni une limitation de l'exercice de la propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle possède ses propres moyens de légitimation notamment par la considération de la valeur sociale de l'objet de la propriété intellectuelle du domaine de la santé.

540.- L'affirmation de la spécificité de la propriété intellectuelle par l'émancipation de la valeur économique. La nature de la propriété intellectuelle a puisé ses bases dans le droit commun des biens. La propriété intellectuelle est une propriété, construite sur le modèle de l'article 544 du Code civil. Ces propriétés entretiennent les rapports d'un droit spécial, la propriété intellectuelle, à son droit commun, le droit des biens. D'ailleurs, un appel est fait au droit commun lorsque les catégories de la propriété intellectuelle font défaut ou que leurs régimes sont insuffisamment précisés. Nous avons notamment eu l'occasion de le constater à travers l'analyse des choses communes régies par l'article 714 du Code civil, lorsqu'il était nécessaire d'appliquer le régime de l'usage commun aux choses incorporelles du domaine de la santé. L'usage libre, égal et gratuit est essentiel pour ces choses incorporelles du domaine de la santé. A l'inverse, l'objet de la propriété intellectuelle qui doit son existence aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle n'a pas besoin d'aller se confondre avec le bien, entendu dans son acception commune. En pratique, cela s'est opéré insidieusement sous la houlette de la valeur économique. Cette notion extrajuridique est parfaitement utile pour révéler les choses incorporelles à l'univers juridique, au travers de la dématérialisation. Puis, elle s'est peu à peu immiscée dans la qualification du bien. La raison tient simplement à la définition même de la valeur économique. Le détour opéré par la science économique nous a permis de découvrir que le processus de production du bien était identique à celui de la valeur, les deux finissant par s'assimiler l'un à l'autre. Ainsi, le bien naît du simple constat de l'existence de cette valeur et puisera son origine dans le travail (« valeur-travail »), dans l'utilité et dans la rareté (« valeur-utilité-rareté »). D'ailleurs, cette dernière devrait être

nommée « utile rareté » pour être conforme à la pensée économique. Il aurait été possible de constater que ce mouvement d'adaptation du droit à l'économie sans qu'il n'affecte la propriété intellectuelle et encore moins la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Au contraire, non seulement tout le domaine de la santé est baigné d'économie et les sirènes de la valeur économique ont ensorcelé l'objet de la propriété intellectuelle. La valeur économique résultant de la nature des choses, la qualification de l'objet devient plus facile : elle se déduit au lieu de se construire.

Que s'est-il alors passé pour l'objet de la propriété intellectuelle soit ainsi aspiré par le droit commun des biens ? La multitude d'objets, que le domaine de la santé contient, force les critères de l'appropriation. Si au début certains s'offusquaient de revendications larges sur des produits chimiques servant de base aux médicaments, l'indignation est encore plus grande lorsque sous couvert d'investissement massif, les offices de brevets ont commencé à accorder une protection sur la matière vivante (humaine, animale ou végétale). L'homme deviendrait-il fétiche de sa marchandise ? Le domaine de l'inappropriable n'a pas résisté. La chose commune, une notion alternative à celle de bien, est devenue une chose dépourvue de valeur économique, c'est-à-dire une chose inutile abondante ou improductive (et même hors du commerce, si l'on retient la valeur d'échange dans la définition du bien). Or, trouver dans le domaine de la santé une chose improductive, inutile ou même abondante est difficilement concevable. Le domaine de l'inappropriable est alors un vrai résidu de la notion de bien et perd de plus en plus sa belle qualité de « vivier », de fonds commun indispensable à la science.

De cette large ouverture de l'objet de la propriété intellectuelle au droit commun des biens, par l'intermédiaire de la valeur économique, le droit ne sort pas indemne. Principalement, il va perdre sa qualité d'exception, qui faisait que son existence était strictement confinée aux objets prévus par les dispositions légales de la propriété intellectuelle. L'appropriation de toute chose incorporelle économiquement valorisée devient alors le principe, alors que leur maintien dans la catégorie des choses commune est exceptionnel. Autre conséquence de ce droit corrodé par la valeur économique, tient à sa nature même. En effet, le droit de la propriété intellectuelle par l'emploi de la valeur économique pour justifier l'appropriation de son objet va se rapprocher d'une logique de marché en devenant un droit de clientèle. Pétri alors de consumérisme et d'utilitarisme, il apparaît normal qu'il déclenche de vives passions lorsqu'il s'applique à des domaines comme celui de la santé, où les besoins sanitaires dépassent les logiques économiques.

541.- La restauration de la légitimité de la propriété intellectuelle par la considération de la valeur sociale. La santé humaine subit la perversion de l'objet de la propriété intellectuelle. Il est donc apparu nécessaire de retrouver cet objet avant l'intrusion de la valeur économique et de restaurer l'indispensable complémentarité de la propriété intellectuelle et du domaine de la santé. Pour cela, il a été nécessaire de découvrir la finalité que poursuit la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. En effet, si l'on souhaite appliquer les règles relatives à l'appropriation en toute légitimité, il est nécessaire de rechercher si le but *vaut* la peine d'être atteint. Or, c'est à partir de la valeur sociale de ces objets du domaine de la santé que cette finalité a été déterminée. Ainsi, la démarche empruntée pour découvrir la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, a été à la fois téléologique et axiologique. La finalité de progrès social est celle qui correspond le mieux à la propriété intellectuelle. Dans le domaine de la santé, le progrès social va prendre la forme du progrès médical. Sa définition permet de le dissocier du progrès technique. Il est constitué par l'accroissement dans le temps des avancées médicales issues de la science et de la technique qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et, d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social ». Par conséquent, nous ne situons plus la propriété intellectuelle dans une logique d'accumulation sans fin, mais bien dans le sens d'une progression et d'une amélioration appliquée au domaine de la santé. Or, atteindre cette finalité n'implique pas seulement de travailler sur l'exercice des droits de propriété intellectuelle comme nous le suggère le Conseil constitutionnel. Il est nécessaire de réfléchir, en premier, à son objet. Pour atteindre la finalité de progrès médical, il doit être entendu strictement, parce que le droit spécial de la propriété intellectuelle est un régime d'exception. L'exceptionnelle appropriation de l'invention, du signe ou encore de l'œuvre de l'esprit doit contribuer à la réalisation du progrès médical, c'est-à-dire à la réalisation de ce « bien-être » social, à cette amélioration de la santé.

Au niveau des modalités, la finalité de progrès médical contenue dans la norme d'appropriation ne peut être atteinte que par une qualification du bien reposant sur une double valorisation. C'est ainsi que la « valeur-travail » sera strictement contenue dans son rôle de révélateur des objets au droit. Elle ne pourra pas, de son seul fait, donner lieu à une quelconque qualification. Nous en avons mesuré, d'ailleurs, les conséquences en droit d'auteur, dont la neutralité de l'objet interdit tout rapprochement de la valeur sociale²³⁸³. Elle

²³⁸³ V. *supra* n°490.

est en revanche présente dans le signe et l'invention. L'appropriation de l'objet finalisée à la réalisation du progrès médical présente une solution efficace pour limiter les contestations de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé.

Pour l'objet inappropriable, il quitte sa place de résidu dans lequel l'avait confiné la valeur économique, pour devenir l'objet prioritairement protégé. En effet, par la délimitation exceptionnelle de l'objet de la propriété intellectuelle, le domaine de l'inappropriable est reconstitué. Nous lui avons appliqué le régime de la chose commune, à savoir un accès libre, égal et gratuit. Cette large catégorie correspond aujourd'hui aux besoins de la recherche en mal d'accessibilité. La science est, en effet, une composante du progrès médical. Ce qui signifie que l'amélioration du « bien-être » social, de la santé, ne peut passer que par une nécessaire préservation du contenu scientifique.

L'accessibilité touche également la circulation des objets appropriés, ce qui est déjà plus surprenant, dans la mesure où leur qualification d'objet donne lieu à un monopole d'exploitation. Certains objets du fait de leur importante valeur sociale impliquent que leur circulation soit grevée d'une *hypothèque sociale*. L'appel sera alors fait à des mécanismes internes à la propriété intellectuelle ou à des mécanismes externes. Ces derniers devront être appliqués avec parcimonie lorsque l'exercice est dévoyé (notamment, en cas d'abus de position dominante en droit de la concurrence), ou insuffisamment encadré (droit de la santé), ou encore lorsque l'appropriation était induite (aménagements contractuels, par exemple). Les biens du domaine de la santé, du fait de leur valorisation, sont dotés d'un destin universel tourné vers le progrès médical. Il justifie l'idée de l'existence d'une hypothèque sociale.

Tous ces éléments nous ont permis de définir les rôles de chaque droit pour la concrétisation du progrès médical. Le droit des brevets apparaît comme générateur de progrès médical. En effet, il n'a pas vocation à multiplier les techniques médicales appropriées, mais à partir de la redéfinition de l'objet, il maintient la part essentielle d'accessibilité à la science tout en stimulant un accroissement raisonné des avancées médicales. Le droit des marques est devenu son récepteur privilégié, parce qu'il permet la commercialisation de ces avancées médicales dans le souci de la préservation du bien-être social et donc de l'amélioration de la santé. Il contribue à la dimension temporelle de la définition du progrès médical, de la même manière que le droit d'auteur. Le rôle de ce dernier aurait pu être éludé du fait de la distance apparente de son objet avec le domaine de la santé. Et pourtant, il a une fonction clé pour le progrès médical, puisque par la neutralité de son contenu, il va permettre une large diffusion de la

science médicale. Il sera alors l'outil indispensable de la préservation des connaissances scientifiques qui alimenteront, demain, toutes les avancées thérapeutiques.

542.- Le domaine de la santé et la propriété intellectuelle : un enrichissement commun.

La rencontre des deux domaines, loin de se terminer par la limitation de l'un au profit de l'autre est, selon nous, fructueuse pour les deux. Pour cela, il est nécessaire de retenir deux apports pour la propriété intellectuelle, mis en lumière grâce au domaine de la santé.

D'une part, il est nécessaire de réfléchir à partir de *l'objet* du droit de la propriété intellectuelle. Le Conseil Constitutionnel, comme la plupart des personnes qui s'intéressent aujourd'hui à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé, ne pense qu'à limiter l'exercice de cette propriété, au lieu de commencer par ce qui serait chronologiquement logique, à savoir l'objet. Pourtant, trop de limitations de l'exercice finissent par produire l'effet contraire : la récusation de la propriété intellectuelle dans son entier. Si, par exemple, dans l'arrêt *Magill*²³⁸⁴ l'objet de la propriété intellectuelle avait été mieux cerné, il n'aurait pas été nécessaire de recourir aux mécanismes régulateurs issus du droit de la concurrence.

D'autre part, il semble essentiel aujourd'hui de rechercher de manière systématique la *valeur sociale* des objets de la propriété intellectuelle. Cette composante du bien, qui cohabite avec la « valeur-travail », est un pilier de l'acceptation de la propriété intellectuelle. En effet, lors de l'élection des objets à la protection, elle devient une sorte de « boussole » pour la réalisation du progrès social. Ainsi, la propriété est légitimée dans des domaines où elle était vivement contestée, car la règle de droit est mieux acceptée. N'est-ce pas le but du droit ? D'ailleurs cette finalité est un modèle qui aurait vocation à s'exporter dans les autres domaines où intervient la propriété intellectuelle.

543.- La finalité de progrès social dans la propriété intellectuelle, hors du domaine de la santé.

Il est possible d'assigner le même rôle à la finalité de progrès social dans d'autres domaines. Nous pensons, par exemple, à un avatar culturel du progrès social. Le droit d'auteur n'a pas vocation à saisir la valeur sociale d'un objet, son impérative neutralité l'impose. La valeur sociale est décelable dans le contenu de l'objet du droit d'auteur, non

²³⁸⁴ Arrêt *Magill* (CJCE 6 avril 1995, *RTE-ITP c/ Commission*, *Rec. CJCE* 1995, p. 743) point n°50 : « l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif ».

monopolisé. En la diffusant, le droit d'auteur remplirait une finalité de progrès culturel²³⁸⁵. Même si son identification et le contenu de ce progrès culturel devraient être affinés, il est possible de l'entrevoir dans, par exemple, le système de la gestion collective. Elle a été définie par M. le professeur SIIRIAINEN comme « l'activité d'une personne morale qui a pour objet principal l'exercice des droits d'auteur et/ou des droits voisins de ses membres ou d'ayant droit, pour le compte de ce ceux-ci, c'est-à-dire dans un cadre fiduciaire. L'exercice de ces droits consiste, le cas échéant, dans la fixation des conditions et délivrances des autorisations d'exploitation, dans le contrôle, la perception et la répartition des rémunérations dues en contrepartie de l'exploitation des droits. Les membres des sociétés de gestion collective sont obligatoirement des auteurs, des artistes-interprètes, des producteurs de phonogramme ou de vidéogramme, des éditeurs ou des ayants droit. *La gestion collective poursuit également la promotion des intérêts moraux et matériels de ceux dont les droits sont ainsi exercés, notamment dans le cadre d'une action culturelle, voire sociale* » [nous soulignons]²³⁸⁶. Ce régime complexe de gestion des intérêts patrimoniaux des auteurs répond en priorité à un souci de rémunération. Mais on pourrait voir derrière ces dispositions l'aspiration moins matérielle d'une finalité culturelle, par l'accroissement de créations artistiques que le système encourage²³⁸⁷. Un autre exemple se trouve dans la servitude sociale qui est également imposée au droit d'auteur du fait de la considération culturelle du contenu de l'œuvre qu'il a pour finalité de diffuser. Mme le professeur BENABOU explique notamment que « les législations voient fleurir des exceptions soit au monopole, soit à la

²³⁸⁵ En filigrane, on peut retrouver cette idée dans les propos de Mme la professeure BENABOU (in V.-L. BENABOU, *Propriété intellectuelle et diversité culturelle, approche juridique*, in *Droit d'auteur et culture* (sous la dir.) J.-M. BRUGUIERE, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2007, p. 79 et spéc. p. 81) : « Nombreux sont les mécanismes de la propriété intellectuelle qui sont pétris de l'idée d'une redistribution des produits de la création qui excède notablement le cercle des créateurs ou des investisseurs d'origine. Ainsi, le produit de la richesse résultant de la création est susceptible de profiter à une communauté élargie de bénéficiaires qui ne sont pas nécessairement les créateurs à la source du bénéfice réalisé. Tout ou partie des redevances est alors affecté à des actions de promotion de la création qui contribuent encore à élargir l'offre culturelle, en affranchissant partiellement des circuits commerciaux ». Elle prend notamment l'exemple des redevances servant à financer des actions culturelles.

²³⁸⁶ F. SIIRIAINEN, *Théorie générale de la gestion collective. Logique de droit exclusif de la gestion collective, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc. n°1550, 2006, n°10.

²³⁸⁷ En ce sens, peuvent être lues les dispositions relatives à ce que la pratique a nommé, les « irrépartissables ». Certaines sommes perçues par les sociétés de gestion collective ne sont pas réparties entre les auteurs²³⁸⁷, et sont distribuées à des fins culturelles. En effet, depuis la loi n°97-283 du 27 mars 1997, portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle des directives du Conseil des Communautés européennes nos 93/83 du 27 septembre 1993 et 93/98 du 29 octobre 1993, les sommes sont affectées à « l'aide à la création, à la diffusion du spectacle vivant et à des actions de formation des artistes »²³⁸⁷. M. le professeur SIIRIAINEN (in, F. SIIRIAINEN, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, Th. dactyl. Nice, 1999) a soulevé le risque de collectivisation du droit d'auteur, qui est à relativiser à la seule catégorie autonome des irrépartissables (en ce sens, M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur*, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, n°911, p. 620).

rémunération à destination des handicapés, des prisonniers, des malades, des élèves, des chercheurs »²³⁸⁸.

Ainsi, qu'il s'agisse de progrès culturel ou de progrès médical, il est possible de reconnaître le progrès social que poursuivent certaines dispositions de la propriété intellectuelle. Il nous semble que l'on aurait intérêt, pour une progression harmonieuse du droit de la propriété intellectuelle, à envisager une consécration plus générale de cette finalité et des enseignements de cette étude.

544.- Vers des principes directeurs de la propriété intellectuelle. Il serait envisageable d'instaurer des principes directeurs de la propriété intellectuelle, sur le modèle de la procédure civile²³⁸⁹. Pour le procès civil, ces textes permettent de délimiter les rôles respectifs du juge et des parties, et notamment l'important principe du contradictoire.²³⁹⁰ La définition de MOTULSKY retient notre attention, les principes directeurs de la procédure servent à « tracer en présence d'une doctrine divisée et surtout d'une jurisprudence hésitante, voire contradictoire, l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties »²³⁹¹. Tout d'abord, cela correspondrait aux attentes de la propriété intellectuelle, aujourd'hui si contestée par les monopoles qu'elle confère. Ces principes permettraient d'inscrire la propriété intellectuelle comme le droit spécial du régime commun de la propriété. À cet effet, les règles d'articulation de ces droits seraient clarifiées afin de fixer les limites de leurs domaines respectifs. Ensuite, et par voie de conséquence, l'interprétation stricte des dispositions définissant l'objet de la propriété intellectuelle serait rappelée. Enfin et surtout, ces principes permettraient d'affirmer que la propriété intellectuelle

²³⁸⁸ V.-L. BENABOU, *Propriété intellectuelle et diversité culturelle, approche juridique, op. cit.* p. 82.

²³⁸⁹ Sur la question, v. notamment G. BOLARD, *Les principes directeurs du procès dans le droit positif depuis Henri Motulsky*, JCP 1993, I, 3693 et *Principes de procédure et efficacité : du droit commun civil et pénal au droit de la concurrence et de la bourse*, JCP E, 1993, suppl. 5. – G. COUCHEZ, *Procédure civile*, 13^e éd., éd. Armand Colin, 2004, p. 235 et s. Et surtout, l'exhaustive étude menée par M. le professeur VERGES : E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire, Étude d'une catégorie juridique*, th. dactyl. Aix-Marseille, 2000.

²³⁹⁰ En ce sens, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Ass. H. Capitant, 7^e éd., 2005, V^o *Principes directeurs* : CORNU les définit comme « l'ensemble des règles placées en tête du NCPC qui ont pour objet essentiel de déterminer le rôle respectif des parties et du juge dans le procès civil (...) et d'établir certaines garanties fondamentales »

²³⁹¹ H. MOTULSKY, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, D. 1972, chron., p. 93.

quel que soit son domaine d'application est finalisée par la réalisation du progrès social au regard de la valeur sociale de son objet.

L'introduction de ces principes directeurs permettrait de désigner de manière large les acteurs de la légitimation de la propriété intellectuelle. En effet, ils s'imposeraient tant au législateur, qu'au juge, qu'aux enquêteurs des offices de brevet, qu'aux parties à travers leurs stipulations contractuelles.

De ces conclusions ressort le sentiment que la finalité de progrès social, culturel, médical, inspire le droit, comme si la formule sacrée du positivisme, « l'amour pour principe, l'ordre pour base, et le progrès pour but »²³⁹² se vérifiait chaque fois ; comme si, la *fin* du progrès dans le droit était justement... sans fin.

²³⁹² A. COMTE, *Système de politique positive* (1851-1854), Georges Crès & Cie, 1912, II, p. 65 : « Car l'amour cherche l'ordre et pousse au progrès ; l'ordre consolide l'amour et dirige le progrès ; enfin, le progrès développe l'ordre et ramène à l'amour ».

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX (Manuels, Cours et Traités)

- ATIAS C.
Droit civil, Les biens, 10^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009.
- AUBY J.M.
Le droit de la santé, PUF, 1981.
- AUBY J.-M. et COUSTOU F.
Droit pharmaceutique, Litec, 1998.
- AUBRY C. et RAU C.-F.
Cours de Droit civil français, d'après la méthode de Zachariae, revue par E. Bartin, T.IX, 5^e éd., Paris, Marchal et Godde, 1917.
- AZEMA J. et GALLOUX J.-C.
Droit de la propriété industrielle, 6^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, Paris, 2006.
- BAUDY-LACANTINERIE G. et CHAUVEAU M.
Traité théorique et pratique du droit civil. Des biens, 1^{ère} éd., Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du Palais, 1896.
- BATIFFOL H.
La philosophie du droit, PUF, coll. *Que sais-je ?* 1997.
- BEIGNIER B. et BLERY C.
Manuel d'introduction au droit, PUF, coll. *Droit fondamental*, 2004.
- BERGEL J.-L.
Théorie générale du droit, 3^e éd., Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2003.
- BERGEL J.-L., BRUSCHI M. et CIMAMMONTI C.
Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2010.
- BERTRAND A.
La propriété intellectuelle, livre II, Marques et brevets dessins et modèles, Delmas, 1994.
- BERTRAND A.-R.
Le Droit des Marques et des Signes Distinctifs, Cedat, Paris, 1999.
Le droit d'auteur et les droits voisins, Masson, 1991.
- BURST J.-J. et CHAVANNE A.
Droit de la propriété industrielle, 5^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 1998.
- CABRILLAC R., FRISON-ROCHE M.-A. et REVET Th.
Libertés et droits fondamentaux, 8^e éd., Dalloz, 2002.
- CARBONNIER J.
Droit civil, Les biens, Les obligations, PUF, coll. *Quadrige Manuel*, T. 2, 2004.

- Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. *Quadrige Manuel*, T. 1, 2004
- CARON C.
Droit d'auteur et droits voisins, 2^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009.
- CARON C. et LECUYER H.
Le droit des biens, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2002.
- CHAVANNE A. et BURST J.-J.
Droit de la propriété industrielle, 5^e éd., Dalloz, 1998.
- CLEMENT J.-M.
Les grands principes du droit de la santé, éd. Les Études Hospitalières, 2005.
- COLIN A. et CAPITANT H.
Cours élémentaire de droit civil français, 3^e éd. Paris, Dalloz, 1921-1922.
- COLOMBET C.
Propriété littéraire et artistique et droits voisins, 9^e éd., Dalloz, 1999.
- COMTE C.
Traité de la propriété, t. 1^{er}, Paris, Chamenot et Ducollet, 1834.
- CORNU G.
Droit civil, Les biens, 13^e éd., Montchrestien, 2007.
Vocabulaire juridique, 7^e éd., PUF, Ass. H. Capitant, 2005.
Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, 9^e éd., Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 1999.
- DEMOLOMBE Ch.
Cours de Code Napoléon, volume IX, Traité De la distinction des biens. De la propriété. De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, T. I, Paris, éd. A. Durand et L. Hachette et Cie., 1866.
- DESBOIS H.
Le droit d'auteur en France, 3^e éd., Dalloz, 1978.
- DUGUIT L.
Traité de droit constitutionnel, t.1, *La règle de droit. Le problème de l'État*, 3^e éd., Fontemoing & Cie, Paris, 1927.
- DUPRE de BOULOIS X.
Droits et libertés fondamentaux, PUF, 2010.
- COLLART-DUTILLEUL F. et DELEBECQUE, Ph.,
Contrats civils et commerciaux, Dalloz, *Précis*, 6 éd., 2002.
- EDELMAN B.
La propriété littéraire et artistique, coll. *Que sais-je ?*, 2008.
- FAVOREU L. et PHILIP L. (sous la dir.)
Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 11^e éd., Dalloz, 2001.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E.
Les obligations, t. 1, *L'acte juridique*, 11^e éd., Colin, 2004.

- FORGES (de) J.-M.
Le droit de la santé, 6^e éd., PUF, coll. *Que sais-je ?* 2006.
- FOYER J. et VIVANT M.
Le droit des brevets, PUF, coll. *Thémis*, 1991.
- FRANCON A.
Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Litec, coll. *Les cours de droit*, 1999.
La propriété littéraire et artistique, PUF, coll. *Que sais-je ?* 1979.
- GALLOUX J.-C.
Droit de la propriété industrielle, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2000.
- GAUTIER P.-Y.
Propriété littéraire et artistique, 6^e éd., PUF, 2007.
- GHESTIN J. et GOUBEAUX G.
Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 1990.
- HUARD G.
Traité de la propriété intellectuelle, Tome 2, Paris, Marchal et Billard, 1906.
- IZORCHE M.-L.
Droit civil, Les biens, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Sirey Université*, 2006.
- LEVY J.-P.
Cours d'histoire des institutions privées. La propriété. – Les biens, Licence 3^e année, Paris, Les cours de droit, 1963.
- LINANT de BELLEFONDS X.
Droits d'auteur et droits voisins, 2^e éd. Dalloz, coll. *Cours*, 2004.
- LUCAS A. et H.-J.
Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, coll. *Traités*, 2006.
Propriété littéraire et artistique, 2^e éd., Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2002.
- MALAURIE Ph. et AYNES L.
Droit civil. Les personnes, la protection des mineurs et des majeurs, 4^e éd., Défrenois, 2009.
Droit civil. Les biens, 2^e éd., Défrenois, 2005.
- MARTY G., RAYNAUD P., JOURDAIN P.
Les biens, Dalloz, 1995.
- MATHELY P.
Le nouveau droit français des marques, éd. du JNA, Vélizy, 1994.
Le droit européen des brevets d'invention, éd. du JNA, Paris, 1978
- MILLARD E.
Théorie générale du droit, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2006.
- MOREAU J. et TRUCHET D.
Droit de la santé publique, Dalloz, coll. *Mémentos*, 2004.
- MOUSSERON J.M.
Traité des brevets, Litec, éd. Librairies techniques, Paris, 1984.

OBERDORFF H.

Droits de l'homme et libertés fondamentales, 2^e éd., LGDJ, 2009.

OPPETIT B.

Philosophie du droit, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2005.

Droit et modernité, PUF, 1998.

PASSA J.

Droit de la propriété industrielle, Marques et autres signes distinctifs – Dessins et modèles, t. 1, LGDJ, Paris, 2006.

PIEDELIEVRE A.

Droit des biens, Masson, 1977.

PLAISANT R.

Propriété littéraire et artistique, 1^{ère} éd., Delmas et Cie., Paris, 1985.

PLANIOL M.

Traité élémentaire de droit civil, Principes généraux, Les personnes, la famille, les incapables, les biens, LGDJ, 1906.

PLANIOL M. et RIPERT G.

Traité pratique de droit civil français, t. III, *Les biens* par M. Picard, LGDJ, 1952.

POLLAUD-DULIAN F.

Le droit d'auteur, Economica, coll. *Corpus*, 2005.

Droit de la propriété industrielle, Montchrestien, coll. *Domat Droit privé*, 1999.

POPLAWSKI R. (sous la dir.)

Traité de droit pharmaceutique, éd. JurisClasseur, 1950.

POTHIER R.-J.

Œuvres complètes. Tome 14. *Traité des donations, du domaine de propriété*, éd. Chez Thomine et Fortic, 1821.

Traité du droit du domaine de propriété (2 vol.) Paris, 1772.

POUILLET E.

Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, par G. Maillard et C. Claro, 3^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1908.

Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon, 4^e éd., Paris, Marchal et Billard, 1906.

RENOUARD A.-C.

Traité des brevets d'invention, 3^e éd., Guillaumin et Cie, Paris, 1865.

Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts, Paris, T. 2, 1839

ROUBIER P.

Le droit de la propriété industrielle, Sirey, t. 2, 1954.

SAVIGNY (de) C.

Traité de droit romain, t. I, trad. par Ch. Guenoux, 1840.

SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L.

Droit de la propriété industrielle, 4^e éd., Litec, Paris, 2007.

SIMLER Ph.

Les biens, 3^e éd., PUG, 2006.

SIRINELLI P.

Propriété littéraire et artistique, 2^e éd., Dalloz, 2004.

STARCK B., ROLAND H. et BOYER L.

Introduction au droit, 4^e éd., Litec, 1996.

TAFFOREAU P.

Droit de la propriété intellectuelle, 2^e éd., Gualino, Paris, 2007.

TERRE F.

Introduction générale au droit, 6^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2003.

TERRE F. et SIMLER P.

Droit civil, Les biens, 7^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006.

VIVANT M.

Le droit des brevets, 2^e éd., Dalloz, Connaissance du droit, Paris, 2005.

VIVANT M. (sous la dir.)

Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, 1^{ère} éd., Dalloz, 2004.

VIVANT M. et BRUGUIERE J.-M.

Droit d'auteur, 1^{ère} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009.

ZENATI-CASTAING F. et REVET Th.

Manuel de droit des personnes, 1^{ère} éd., PUF, coll. *Manuels*, 2006.
Les biens, 3^e éd., PUF, 2008.

II. OUVRAGES SPECIAUX (Monographies et Thèses)

- JURIDIQUES :

ABELLO A.

La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle, LGDJ, 2008.

ALLART H.

De la pharmacie du point de vue de la propriété industrielle, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1883.

ALMA-DELETTRE S.

Unité ou pluralités des propriétés intellectuelles ? Th. dactyl., Montpellier I, 1999.

AMSELEK P.

Méthode phénoménologique et théorie du droit, préf. C. Eisenmann, LGDJ, coll. *Bibl. de phil. du droit*, 1964.

ANDORNO R.

La bioéthique et la dignité, de la personne, PUF, 1997.

ARDOY P.-Y.

La création intellectuelle, Th. dactyl., Pau, 2006.

Association HENRI CAPITANT

La publicité et la propagande, Economica, tome XXXII, 1981.

Association JC RDST

Le corps humain entre sacralisation et marchandisation, Journée d'étude du 16 décembre 2009, à l'Université Paris-Descartes, LexisNexis (à paraître, 2011).

AZEMA J.

L'épuisement communautaire : Quel droit de la propriété industrielle pour le III^e millénaire, Litec, 2001.

Droit pénal de la pharmacie, Litec, 1990.

BACQUET J.

Des biens qui n'appartiennent à personne (res nullius) et des biens dont l'usage est commun à tous les hommes (res communes), LGDJ, 1921.

BANDT (de) J. et GOURDET G.

Immatériel, nouveaux concepts, éd. Economica, 2001.

BATIFFOL H.

Droit et nature des choses, Travaux du colloque de philosophie du droit comparé, Toulouse 16-21 septembre 1964, Paris, Dalloz, 1965.

BECQUET S.

La spécification, Essai sur le bien industriel, Th. dactyl., Lyon III, 2002.

BELLIVIER F.

Le patrimoine génétique humain. Étude juridique, Th. dactyl., Paris I, 1997.

BELLIVIER F. et NOIVILLE Ch. (sous la dir.)

La bioéquité, éd. Autrement, Frontières, 2009.

BELLIVIER F. et NOIVILLE Ch.

Les biobanques, PUF, coll. *Que sais-je?* 2009.

Contrats et vivant, LGDJ, coll. *Traité des contrats* (sous la dir. de J. Ghestin), 2006.

BELTRAN A., CHAUVEAU S., GALVEZ-BEHAR G.

Des brevets et des marques, Une histoire de la propriété industrielle, Fayard, 2001.

BERGE J.-S.

L'entre deux âges des droits intellectuels au temps communautaire, Europe, 1998.

BERLIOZ P.

La notion de bien, préf. L. Aynès, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, T. 489, 2007.

BERTHET E.

Les obstacles juridiques à l'essor des génériques, éd. De Santé, 1998.

BIGOT C.

Droit de la création publicitaire, LGDJ, coll. *Droit des affaires*, 1997.

BINCTIN N.

Le capital intellectuel, préf. G. Bonet et M. Germain, Litec, coll. *Bibl. dr. entr.*, 2007.

BINET J.-R.

Le nouveau droit de la bioéthique, Commentaire et analyse de la loi n°2004-800 du 6 août 2004, relative à la bioéthique, Litec, coll. *Carré Droit*, 2005.

Droit et progrès scientifique, Science du droit, valeurs et biomédecine, PUF, 2002.

BINOCHE B. et CLERO J.-P.

Bentham contre les droits de l'homme, PUF, coll. *Quadrige*, 2007.

BLAIZOT-HAZARD C.

Droit de la recherche scientifique, PUF, coll. *Thémis Droit public*, 2003.

Propriété scientifique et recherche : des pistes pour l'avenir, Actes des colloques de l'Académie des sciences, morales et politiques, Paris 15 janvier 2002 et 14 janvier 2004, éd. Tec&doc, 2005.

BLANC E.

L'inventeur breveté, Paris, De Cosse, 1852.

BRUGUIERE J.-M.

Les données publiques et le droit, Litec, coll. *Droit@Litec*, 2002.

La diffusion de l'information publique : le service public face au marché de l'information, Th. dactyl., Montpellier I, 1995.

BRUGUIERE J.-M. (sous la dir.)

La propriété intellectuelle entre autres droits, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009.

Droit d'auteur et culture, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2007.

BRUGUIERE J.-M., MALLET-POUJOL N., ROBIN A. (sous la dir.),

Propriété intellectuelle et droit commun, PUAM, 2007.

BUYDENS M.

La protection de la quasi-crétation, Bruylant, 1993.

CARBONNIER J.

Droit et passion du droit sous la V^e République, Flammarion, 1996.

Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, 6^e éd. LGDJ.

Sociologie juridique, PUF, 2004.

CARON C.

Abus de droit et droit d'auteur, Litec, coll. *Droit des affaires, propriété intellectuelle*, n°17, 1998.

CARRE S.

L'intérêt du public en droit d'auteur, Th. dactyl., Montpellier I, 2004.

CARREAU C.

Mérite et droit d'auteur, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, Paris, 1981.

CASTETS-RENARD C.

Notions à contenu variable et droit d'auteur, L'Harmattan, 2003.

- CHAMARD C.
La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la notion de biens publics, Dalloz, 2004.
- CHAMOIX J.-P.
L'appropriation de l'information, Librairies techniques, 1986.
- CHARDEAUX M.-A.
Les choses communes, préf. G. Loiseau, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, 2006.
- CHAVANNE A.
Les conditions de la contrefaçon de marques. Aspects actuels de la contrefaçon, Librairies Techniques, Paris, 1975.
- CHEMTOB M.-C. et GALLOCHAT A.
La brevetabilité des inventions biotechnologiques appliquées à l'homme, 3^e éd., éd. Lavoisier, Tec&Doc, 2006.
- CHERPILLOD I.
L'objet du droit d'auteur, CEDIDAC-Litec, Lausanne, 1985.
- CHOISY S.
Le domaine public en droit d'auteur, avant-propos P.-Y. Gautier, Litec, coll. *IRPI*, 2002.
- CLAVIER J.-P.
Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques, L'Harmattan, 1998.
- CLEMENT-FONTAINE M.
Les œuvres libres, Th. dactyl. Montpellier I, 2006.
- COLOMBET C.
Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde, Approche de droit comparé, Litec-Unesco, 2^e éd., 1992.
- COUSIN G.
Intérêt général et propriété industrielle, Th. dactyl., Nantes, 2006.
- DABIN J.
Le droit subjectif, Paris, 1952.
- DAVID A.
Structure de la personne humaine : Essai sur la distinction des personnes et des choses, PUF, 1955.
- DEMOGUE R.
Notions fondamentales du droit privé, Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations, 1^{ère} éd., Paris, Rousseau, 1911.
- DUGUIT L.
Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon (1912), éd. La mémoire du droit, 2008.
L'État, le droit objectif et la loi positive (1901), Dalloz, 2003.

EDELMAN B.

Quand les juristes inventent le réel, fabulation juridique, Hermann éditeurs, 2007.

L'adieu aux arts, Aubier, 2001.

Le droit saisi par la photographie, Champs Flammarion, 2000.

EDELMAN B., HERMITTE M.-A. (sous la dir.)

L'Homme, la nature et le droit, C. Bourgeois Éditeur, 1988.

EL KHOURY P.

Les exceptions au droit d'auteur, Étude de droit comparé, Th. dactyl., Montpellier I, 2007.

FAUVARQUE-COSSON B.

Libre disponibilité des droits et conflits de lois, préf. Y. Lequette, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, T. 272, 1996.

FENET P.-A.

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, T. 11, Paris, éd. Videcoq, 1836.

Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome Premier, Paris, éd. Videcoq, 1836.

FOUASSIER E.

Le médicament : notion juridique, éd. Tec&Doc Lavoisier et éd. Médicales Internationales, 1999.

FRANCESCHI M.

Droit et marchandisation de la connaissance sur les gènes, éd. CNRS, 2004.

FRISON-ROCHE M.-A. et ABELLO A. (sous la dir.)

Droit et économie de la propriété intellectuelle, LGDJ, 2005.

GALLOUX J.-C.

Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique, Th. dactyl., Bordeaux I, 1988.

GARREAU O.

Droit de la santé, Th. dactyl., Montpellier I, 2004.

GAUBIAC Y.

La théorie de l'unité de l'art, Th. dactyl., Paris II, 1980.

GEIGER C.

Droit d'auteur et droit du public à l'information, Litec, 2004.

GENY F.

Science et Technique en droit privé positif, t. III, *Élaboration technique du droit positif*, éd. L. Tenin, Paris, 1921.

Science et Technique en droit privé positif, t. II, *Élaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel)*, Sirey, 1915.

Science et Technique en droit privé positif, t. I, *Position actuelle du problème du droit positif. Élément de sa solution*, Sirey, 1914.

GERARD P., OST F., Van de KERCHOVE M.

Droit et Intérêt, vol. 2 : *Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1990.

- Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, 1988.
- GIRARD C. et HENNETTE-VAUCHEZ S.
La dignité de la personne humaine, recherches sur un processus de judiciarisation, PUF, 2005.
- GLEIZE B.
La protection de l'image des biens, Défrenois, coll. de Thèses, t. 33, 2008.
- GOYARD-FABRE S.
La philosophie du droit de Kant, Vrin, 1996.
- GREFFE X.
La publicité et la loi, 10^e éd., Litec, 2004.
- GRZEGORCZYK C.
La théorie des valeurs et le droit, Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique, LGDJ, vol. XXV, 1982.
- GUESMI A.
Le médicament à l'OMC : entre droit des brevets et enjeux de santé. L'accès aux antirétroviraux dans les pays en développement, Th. dactyl., Nice, 2008.
- HAAS (de) M.
Brevet et médicament en droit français et en droit européen, Litec, 1981.
- HAURIOU M.
Principes de droit public, éd. Larose, 1910.
- HERMITTE M.-A.
La liberté de la recherche et ses limites, Romillat, 2001.
La protection de la création végétale, le critère de la nouveauté, Litec, 1985.
- HERMITTE M.-A., DOUSSAN I., MABILE S., MALJEAN-DUBOIS S., NOIVILLE Ch. et BELLIVIER F.
La Convention sur la diversité biologique a quinze ans, Annuaire Français de droit international, éd. CNRS, 2006.
- HURIET C.
Contre le clonage thérapeutique, Bioéthique : les questions, La documentation française, Regards sur l'actualité, 2003.
- IHERING (Von) R.
Der Zweck im recht, Leipzig, t. I, 3^e éd., 1893, trad. française par O. de Meulenaere, sous le titre *L'évolution du droit*, Paris, 1901, t. II, 3^e éd., 1898.
L'esprit du droit romain, dans les différents stades de son développement, t. IV, trad. par O. Meulanaere, 3^e éd., Librairie Chevalier-Maresq, Paris, 1888.
- JOLY S.
Création artistique et ordre public, Th. dactyl., Montpellier I, 1999.
- JOSSERAND L.
De l'esprit des droits et de leur relativité (1939), 2^e éd., Dalloz, 2006.

JOUDAIN-FORTIER C.

Santé et Commerce International, Contribution à l'étude de la protection des valeurs non marchandes par le droit du commerce international, Litec, 2006.

KAUL I., CONCEICAO P., Le GOULVEN K., MENDOZA R.-U.

Pourquoi les biens publics mondiaux sont importants aujourd'hui, Oxford University Press, 2003.

KRIEF-SEMITKO C.

La valeur en droit civil français Essai sur les biens, la propriété et la possession, éd. L'Harmattan, 2009.

LACOUR S.

Le temps dans les propriétés intellectuelles : contribution à l'étude du droit des créations, Litec, coll. *Bibl. dr. entr.* 2004.

LALIGANT O.

La véritable condition d'application du droit d'auteur : originalité ou création ? PUAM, 1999.

LAMBERTERIE (de) I. (sous la dir.)

Le droit d'auteur aujourd'hui, éd. CNRS, 1990.

LE GAL C.

Le statut de l'embryon humain et sa place dans la recherche au regard du droit, Th. dactyl., Montpellier I, 2004.

Appréhension du secteur pharmaceutique par le droit de la propriété industrielle : du médicament aux inventions biotechnologiques, Th. dactyl. Pharmacie, Montpellier I, 2002.

LEMAY R.

Santé publique et brevetabilité du médicament, Th. dactyl., Paris I, 1969.

LEPAGE H.

Pourquoi la propriété ? Hachette, 1985.

LEVY E.

Les fondements du droit, Felix Alcan, coll. *Bibl. de phil. contemporaine*, 1939.

LIBCHABER R.

Recherches sur la monnaie en droit privé, préf. P. Mayer, LGDJ, 1992.

LOMBOIS J.-C.

De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1963.

LOQUIN E. et MARTIN A.

Droit et marchandisation, Actes du colloque du CREDIMI, Dijon, 18 et 19 mai 2009, Litec, 2010, p. 27.

LUCAS A.

Droit d'auteur et numérique, Litec, 1998.

Droit de l'informatique, PUF, 1987.

La protection des créations industrielles abstraites, Litec, Librairies Techniques, 1975.

MACKAAY E. et ROUSSEAU S.

Analyse économique du droit, 2^e éd., Thémis-Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2008.

- MAFFRE-BAUGE A.
L'œuvre de l'esprit, empreinte de la personnalité de l'auteur ? Th. dactyl., Montpellier I, 1997.
- MARMIN G.
La notion de finalité en droit privé, Th. dactyl., Paris XI, 2007.
- MARTEU T.
Les informations génétiques saisies par le brevet d'invention, Th. dactyl, Nice, 2009.
- MATHIEU B.
La bioéthique, Dalloz, 2009.
Génome humain et droits fondamentaux, Economica, PUAM, 2000.
- MERLE J.-C.
Justice et progrès. Contribution à une doctrine du droit économique et social, PUF, coll. *Droit, éthique, société*, 1997.
- MOINE-DUPUIS I. (sous la dir.)
Le médicament et la personne, Aspects de droit international (sous la dir), Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, éd. CNRS, vol. 28, 2007.
- MOINE I.
Les choses hors du commerce, une approche de la personne humaine juridique, préf. E. Loquin, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, T. 271, 1997.
- MOUSSERON J.M.
Le droit du breveté d'invention : contribution à une analyse objective, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, 1961.
- NISATO V.
Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle, Th. dactyl., Avignon, 2005.
- NOIVILLE Ch.
Ressources génétiques et droit : Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines, Pédone, 1997.
- OLAGNIER P.
Le Droit des savants, LGDJ, 1937.
- PAUL F.
Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. *Bibl. dr. privé*, T. 377, 2002.
- PAVIAT M.-L. et REVET Th. (sous la dir.)
La dignité de la personne humaine, Economica, 1999.
- PELISSIER A.
Possession et meubles incorporels, Dalloz, coll. *Nouvelle bibl. de thèses*, 2001.
- POLLAUD-DULIAN F.
La brevetabilité des inventions : Étude comparative de jurisprudence France-OEB, Litec, 1997

POUJOL N.

Commercialisation des banques de données, éd. CNRS, 1993.

POULANTZAS N.

Nature des choses et droit : essai sur la dialectique du fait et de la valeur, préf. M. Villey, LGDJ, coll. *Bibl. de phil. du droit*, 1965.

RAYNARD J.

Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur, préf. M. Vivant, Litec, 1990.

REGLADE M.

Valeur sociale et concepts juridiques, Norme et technique, Étude de Philosophie du Droit et de Théorie générale du droit, Sirey, 1950.

REMICHE B. (sous la dir.)

Brevet, Innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ? Actes du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, éd. Larcier, 2006.

REMICHE B. et KORS. J. (sous la dir.)

L'accord ADPIC : dix ans après, Regards croisés Europe-Amérique latine, actes du séminaire de Buenos Aires organisé par l'Association internationale de Droit économique éd. Larcier, 2007.

RENOUARD M.

Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses, Guillaumin et Cie, Paris, 1860.

REVET Th.

La force de travail (Étude juridique), préf. F. Zénati, Litec, coll. *Bibl. dr. entreprise*, t. 28, 1992.

REVET Th. (sous la dir.)

Code civil et modèles : des modèles du Code au Code comme modèle, ouvrage collectif, LGDJ, Tome 6, 2005.

RIPERT G.

Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955.

Aspect juridique du capitalisme moderne, 2^e éd., 1951.

La règle morale dans les obligations civiles, 4^e éd., LGDJ, 1949.

L'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines, Paris, Rousseau, 1902.

ROBIN A.

La copropriété intellectuelle : contribution à l'étude de l'indivision et de la propriété intellectuelle, éd. Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, coll. *des thèses*, T. 23, 2006.

ROUBIER P.

Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et Philosophie des valeurs sociales, 2^e éd., Sirey, 1951.

ROUX-VAILLARD S.

Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de la brevetabilité, éd. Presses universitaires de Strasbourg, 2003.

SABATIER M.

L'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique, Litec, coll. CEIPI, 1976.

SAUVAT C.

Réflexions sur le droit à la santé, PUAM, 2004.

SAVATIER R.

Le droit comptable au service de l'homme, Dalloz, 1969.

Les métamorphoses économiques et sociales. 3^e série. Approfondissement d'un droit renouvelé, 2^e éd., Dalloz, 1959.

SAYAG A.

Essai sur le besoin créateur de droit, préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1969.

SCHMIDT-SZALEWSKI J.

L'invention protégée, Litec, 1972.

SHIVA V., JAFRI A.-H., BEDI G., HOLLA-BHAR R.

The Enclosure and Recovery of the Commons : Biodiversity, Indigenous Knowledge and Intellectual Property Rights, New Delhi, Research Foundation for Science, Technology and Ecology, 1997.

SIIRIAINEN F.

Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective, Th. dactyl. Nice, 1999.

SIMLER C.

Droit d'auteur et droit commun des biens, Litec, coll. CEIPI, 2010.

STRUBEL X.

La protection des œuvres scientifiques en droit d'auteur français, éd. CNRS, 1997.

THOMAS Y.

Causa. Sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain, Th. dactyl., Paris II, 1976.

TRICOIRE E.

L'extracommercialité, Th. dactyl., Toulouse I, 2002.

TOSI I.

Acte translatif et titularité des droits, LGDJ, 2006

VERGES E.

Les principes directeurs du procès judiciaires, Étude d'une catégorie juridique, th. dactyl. Aix-Marseille, 2000.

VIGAND P.

L'invention brevetable en droit européen des brevets, Th. dactyl. Montpellier I, 1979.

VILLEY M.

Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Dalloz, 1975.

Leçon d'histoire de la philosophie du droit, 1962 (Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg, IV), Paris, Dalloz, 1957.

VINCENTE S.

L'activité en tant que bien, Réflexion sur les fondements de la distinction des obligations de faire et de donner, Th. dactyl. Grenoble, 1999.

VIVANT M. (sous la dir.)

Les créations immatérielles et le droit (sous la dir), Ellipses, coll. *Le droit en questions*, 1997.

VIVANT M. et BRUGUIERE J.-M.

Protéger les inventions de demain, Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires, La documentation française, INPI, coll. *Propriété intellectuelle*, Paris, 2003.

WALRAVENS N.

L'œuvre d'art en droit d'auteur : forme et originalité des œuvres d'art contemporaines, Economica, 2005.

WOLFELSPERGER A.

Les biens collectifs, PUF, 1969.

XIFARAS M.

La propriété, étude philosophique du droit, PUF, 2004.

ZENATI F.

Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif, Th. dactyl., Lyon III, 1981.

NON JURIDIQUES :

ARDENNE P.

L'image corps : figure de l'humain dans l'art du XXe siècle, Paris, éd. du Regard, 2001.

ARISTOTE,

La physique, trad. par A. Stevens, éd. J. Vrin, 1999.

BENTHAM J.

Traité de législation civile et pénale, t. I, *Les principes du Code civil*, 2^e éd., E. Dumont, Paris, 1820.

Déontologie ou science de la morale, Vol. 1 ; Théorie, 1834 (ouvrage posthume, revu, mis en ordre et publié par J. Bowring), trad. française, B. Laroche, Paris, éd. Charpentier, 1834.

BLONDEAU A.

Histoire des laboratoires pharmaceutiques en France et de leurs médicaments, éd. du Cherche-Midi, 1994.

BONAH C. et RASMUSSEN A.

Histoire et médicament, aux XIXe et XXe siècle, éd. Glyphe.

CARITAT CONDORCET (de) J.A.N.

L'Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain (1793), Paris, J. Vrin, 1970.

CHAUVEAU S.

L'invention pharmaceutique, Sanofi-Synthélabo, 1999.

- COASE R.
The Nature of the Firm, *Economica*, Novembre 1937.
- CONDILLAC (de) E.-B.
Œuvres Complètes, t. IV, *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre* (1776), Slatkine Reprint, 1970.
- CORNELISSEN C.
Traité général de science économique, T.1, *Théorie de la valeur*, 2^e éd., Paris, M. Giard, 1926.
- DAB W.
Santé et environnement, PUF, coll. *Que sais-je ?* 2010.
- DAGOINET F.
Philosophie de la propriété, L'avoir, PUF, 1992.
- DEMEULENAERE P.
Homo oeconomicus, PUF, coll. *Quadrige*, 2003.
- DOUSSET J.-C.
Histoire des médicaments, des origines à nos jours, Payot, 1985.
- DUBUFFET J.
L'art brut préféré aux arts culturels, Prospectus et tous écrits suivants, Paris, Gallimard, 1967.
- DURKHEIM E.
Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit, PUF, coll. *Bibl. de philosophie contemporaine*, 1950.
- GIDE C.
Principes d'économie politique, 1931, Les classiques des sciences sociales, éd. Électronique, 2004.
- GOLDFINGER C.
L'utile et le futile : l'économie de l'immatériel, éd. O. Jacob, 1994.
- HEIDEGGER M.
Qu'est-ce qu'une chose ? trad. par J. Reboul et J. Taminiaux, Paris, éd. Gallimard, coll. *Classique de la philosophie*, 1971.
- KAHN A.
Raisnable et humain ? éd. Nil, 2004.
Et l'homme dans tout ça ? Plaidoyer pour un humanisme moderne, éd. Nil, Paris, 2000.
- KLEIN J.-P.
L'art-thérapie, PUF, coll. *Que sais-je ?* 2010.
- KUNTZ M.
Les OGM, l'environnement et la santé, Ellipses, 2006.
- LAVELLE L.
Traité des valeurs, I : Théorie générale de la valeur, PUF, 1950.

LERNER M.-P.

Recherche sur la notion de finalité chez Aristote, PUF, 1969.

LEVEQUE BERTRAND A.-R.

Le Droit des Marques et des Signes Distinctifs, Cedat, Paris, 1999F. et MENIERE Y.
Économie de la propriété intellectuelle, La Découverte, coll. *Repères*, 2003.

LOCKE J.

Deuxième Traité du gouvernement civil (1690), 5^e éd., 1728, trad. française par D. Mazel, 1795, Les classiques des sciences sociales, éd. Électronique, 2001.

MACPHERSON C.-B.

La théorie politique de l'individualisme possessif, De Hobbes à Locke, Paris, Gallimard, Folio, 2004.

MADAY (de) A.

Essai d'une explication sociologique de l'origine du droit, Paris, V. Giard et E. Brière, 1911.

MARX K.

Le capital. Critique de l'économie politique, Livre premier : Le développement de la production capitaliste, t. I, 1867, trad. française J. Roy, Paris, éd. Sociales, 1969.
Lettres sur « Le Capital », Paris, éd. Sociales, 1964.

MENACHEM G.

La santé mondiale entre racket et bien public, éd. Charles Léopold Mayer, 2004.

MILL J.-S.

De l'utilitarisme, 1871, trad. française par Le Monnier, 1889, Les classiques des sciences sociales, éd. Électronique, 2008.

MOREAU A., REMONT S., WEINMANN N.

L'industrie pharmaceutique en mutation, La documentation française, coll. *Economie*, 2002.

RICARDO D.

Les principes de l'économie politique et de l'impôt, 1817, Les classiques des sciences sociales, éd. Électronique, 2002.

RIFKIN J.

L'âge de l'accès, La découverte, 2008.

ROBIN M.-M.

Le Monde selon Monsanto : De la dioxine aux OGM, une multinationale qui vous veut du bien, éd. La Découverte, coll. *Poche n°300*, 2009.

ROUBINE I.

Essai sur la théorie de la valeur de Marx, 2^e éd., trad. par J.-J. Bonhomme, Paris, éd. F. Maspéro, 1978.

SAMUELSON P.-A. et NORDHAUS W.-D.

Economie, 16^e éd., Economica, 2000.

SAY J.-B.

Traité de l'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent ou se consomment les richesses, 1803, Les classiques des sciences sociales, éd. Électronique, 2001.

SCHELER M.

Formalisme en éthique et éthique matériale des valeurs : essai pour fonder un personnalisme éthique, 5^e éd., trad. par M. Gandillac, Paris, Gallimard, coll. *Bibl. de philosophie*, 1955.

SMITH A.

Recherche sur la nature et les causes de la richesse des Nations, 1776, Les classiques des sciences sociales, éd. Électronique, 2002.

STIGLITZ J, SEN A et FITOUSSI J.-P.

Richesses des nations et bien-être des individus. Performances économiques et progrès social, Odile Jacob, 2009.

TURGEON C.

Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes, T.IX, La valeur, Rennes, Plihon et Hommay, 1925.

WALRAS A.

Mémoire sur l'origine de la valeur d'échange, 1849, Les classiques des sciences sociales, éd. Électronique, 2002.

De la nature de la richesse et de l'origine de la valeur, 1831, Les classiques des sciences sociales, éd. Électronique, 2002.

Théorie de la richesse sociale ou résumé des principes fondamentaux de l'économie politique, Paris, Guillaumin et Cie, 1849.

WALRAS L.

Éléments d'économie politique pure ou théorie de la richesse sociale, *Economica*, *Œuvres complètes*, vol. 8, 1988.

WEBER M.

Sociologie du droit, 1^{ère} éd., PUF, 1986.

WITTOP K. et DIRK A.

L'art et la pharmacie, De IJsel, 1964.

III. DICTIONNAIRES ET REPERTOIRES

ALLAND D. et RIALS S. (sous la dir.)

Dictionnaire de la culture juridique, Lamy-PUF, coll. *Quadrige*, 2003

BONET G. (sous la dir.)

JurisClasseur Marques-Dessins et modèles.

CABRILLAC R. (sous la dir.)

Dictionnaire du vocabulaire juridique, Litec, coll. *Objectif Droit-Dico*, 2008.

CATALA P. et SIMLER Ph. (sous la dir.)

JurisClasseur Civil.

DALLOZ D. (sous la dir.)

Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de Droit civil, commercial, criminel et administratif, de Droit des gens et de Droit public, Bureau de la jurisprudence générale du royaume, 1845-1873, vol. 8.

- HUARD A. et PELLETIER M.
Répertoire de législation et de jurisprudence en matière de brevet d'invention, Paris, 1885.
- LAUDE A., MOURALIS J.-L., PONTIER J.-M., LEGROS B. (sous la dir.)
Lamy Droit de la santé.
- LEGEAIS D. (sous la dir.)
JurisClasseur Commercial.
- LE STANC Ch. (sous la dir.)
JurisClasseur Communication.
- LEVENEUR L. (sous la dir.)
JurisClasseur Concurrence-Consommation.
- LUCAS A. (sous la dir.)
JurisClasseur Propriété littéraire et artistique.
- MALAFOSSE (de) J. et PICOD F. (sous la dir.)
JurisClasseur Europe.
- SAVAUX E. (sous la dir.)
Répertoire civil Dalloz, 2002.
- SFEZ S. (sous la dir.)
Dictionnaire critique de la communication, PUF, 1993.
- REBOUL Y. et MOUSSERON J.M. (sous la dir.)
JurisClasseur Brevet.
- ROLAND H. et BOYER L.
Adages du droit français, Litec, 1999.
- VIGNEAU D. (sous la dir.)
Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies, juin 2000.
- VIVANT M., RAPP L. et GUIBAL M. et *alii* (sous la dir.)
Lamy Droit de l'informatique et réseaux, Lamy, 2009.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

- JURIDIQUES :

- ABELLO A.
La propriété intellectuelle une propriété de marché, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de M.-A. Frison-Roche et A. Abello, LGDJ, 2005, p. 341.
- AERTS R.-J.
The industrial applicability and utility requirements for the patenting of genomic inventions : a comparaison between European and US Law, *E.I.P.R.* 2004, p. 349.

AGOSTINI E.

Corporel et incorporel, Être, voir et avoir, *D.* 2004, p. 821.

ALLEAUME C.

Les exceptions de pédagogie et de recherche, *C.C.E.* 2006, comm. n°27.

AMSELEK P.

La teneur indéfinie du droit, *R.D.P.* 1991, p. 1200.

La phénoménologie et le droit, *A.P.D.*, *L'interprétation dans le droit*, t. XVII, Sirey, 1972, p. 185.

ANDRE C.

La cohérence de la notion de produit, *R.J.J.*, 2003/2, p. 751.

ANDRE-VINCENT Ph.

Le concept juridique de chose dans la pensée de LAS-CASAS, *A.P.D.*, t. XXVI, *L'utile et le juste*, 1981, p. 255.

ANDRIEU E.

Réformer la loi Évin ? *Legipresse*, n°217, décembre 2004, p. 183.

Le point sur la publicité en faveur du tabac, *Legicom*, 1996, n°11, p. 76.

ANVAR S.-L.

Pourquoi a-t-on peur du domaine public des variétés végétales, *Propr. ind.* mars 2008, p. 14.

ARHEL P.

La contribution du droit des brevets à la protection de l'environnement, *Propr. ind.* septembre 2010, p. 8.

Propriété intellectuelle : contribution de la communauté européenne à un meilleur accès à la santé publique, *L.P.A.* 11 octobre 2007, n°204, p. 6.

Droit des brevets : vers un meilleur accès à la santé publique, *Propr. ind.* juillet/août 2007, p. 13.

ARMINGAUD J. et BERTHET-MAILLOLS E.

Les certificats complémentaires de protection : dernières évolutions, *R.D.P.I.* janvier 2008, p. 11.

Les génériques ne peuvent plus se nommer, *Propr. ind.* septembre 2006, 13.

Médicaments génériques et « princeps » : un nouvel équilibre à trouver, *Propr. intell.* juillet 2006, p. 243.

ARNAUD E.

L'épuisement international du droit à la marque, *Dr. aff.* 1998, p. 1592.

La définition de la mise sur le marché contre l'épuisement du droit de propriété industrielle, *Gaz. Pal.*, n° 12, janvier 2000, p. 144.

Association HENRI CAPITANT

Avant-projet de réforme du droit des biens, sous la présidence de M. le professeur H. Périnet-Marquet, le 31 octobre 2008, présenté au colloque de Lyon, le 4 décembre 2008, et disponible sur <http://www.henricapitant.org>.

ASTIC V.

Dépôt et enregistrement d'une marque, *Dr. et patr.* octobre 1999, n° 75, p. 64.

ASTIC V. et LARRIEU J.

Du lèche-vitrines au lèche-marques, *D.* 2004, p. 2433.

ATIAS C.

La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face, *Droit prospectif, R.R.J.-Droit prospectif*, 1987/2, n°10, p. 477 et n°14, p. 493.
Destins du droit de propriété, *Ouverture, Droits*, 1985, n°1, p. 5.

ATIAS C. et LINOTTE D.

Le mythe, l'adaptation du droit au fait, *D.* 1977, chron. p. 251.

ATTAL Y.

Bilan de la législation française antitabac. La loi Évin est-elle partie en fumée ? *Gaz. Pal.* 22-23 mars 2000, p. 534.

Les déboires de la publicité en faveur de l'alcool, *Rev. générale de Dr. médical*, 2000, n°5, p. 35.

AUBY J.-M.

La notion de médicament, *JCP G*, 1962, I, 1703.

AUBY J.-M. et COUSTOU F.

Origines et perspectives du brevet spécial de médicament, *Labopharma*, septembre 1960, p. 9.

AUBY J.-M., COUSTOU F., MAURAIN C., BAUMEVIEILLE M.

Droit pharmaceutique – La spécialité pharmaceutique- Évolution du cadre juridique et définition, *Litec*, 1998, vol. II, fasc. 33.

AZEMA J.

L'abus dans l'obtention du droit : « l'exemple des médicaments génériques », *Propri. ind.* octobre 2010, p. 33.

Médicaments, *J.-Cl. Brevets*, Fasc. 4280, 2008.

L'incidence des dérives du parasitisme sur le régime des droits de propriété industrielles, in *Études de droit privé offertes à Paul Didier*, Economica, 2008.

Épuisement du droit. Notion de mise dans le commerce, *RTD Com.*, janv.-mars 2005, p. 74.

Existe-t-il encore une spécificité du brevet pharmaceutique ?, *JCP E*, 1990, II, 15744.

Grandes surfaces et monopole pharmaceutique, *Inf. pharm.* 1986, n°291, p. 120.

Essai de démystification du brevet de sélection, *Mélanges Bastian*, Litec, 1974, t. 2, p. 144.

Libre circulation des marchandises et droits de propriété intellectuelle », *J.-Cl. concurrence*, fasc. 490.

La circulation des produits brevetés sur le territoire communautaire », *JCP E*, 1982, II, 13722, p. 109.

Rapport au colloque « Protection et exploitation de la recherche pharmaceutique », *Litec*, coll. *CEIPI*, 1980.

Les arrêts Centrafarm et la libre circulation des médicaments, *Dr. et Pharmacie*, 1977, 68.

Définition juridique du Know How, in *Le Know How*, 5^e rencontre de propriété industrielle, Montpellier, 1975, Litec, Paris, 1976, p. 15.

AZEMA J. et GALLOUX J.C

Le droit international de la propriété industrielle, *RTD Com.*, avr.-juin 2004, p. 286.

BARRE-PEPIN M.

La mondialisation du système de brevet et la contrefaçon de médicaments, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, éd. CNRS, vol. 28, 2007, p. 185.

BASTIAN K. et STORELLA J.

Ease burden of proving utility for pharmaceutical inventions, *Biotechnology Law Report*, Novembre/décembre, 1995, vol. 14, n°6, p. 953.

BASTIDE M.-G.

L'action du droit comme rectitude ou comme rectification, *in Droit et nature des choses*, Travaux du colloque de philosophie du droit comparé, Toulouse 16-21 septembre 1964, Paris, Dalloz, 1965, p. 13.

BATIFFOL H.

Problèmes contemporains de la notion de biens, *A.P.D.* t. XXIV, *Les biens et les choses*, 1979, p. 8.

BAZEX M.

Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles, *Rev. Conc. Cons.*, mai-juin 2001, p. 16.

BECOURT D.

La trilogie Œuvre –Auteur –Public, *L.P.A.* 13 décembre 1993, n°149, p. 11.

BELANGER M.

Origine et histoire du concept de santé en tant que droit de la personne, *J.I.B.* 1998, vol. 9, n°3, p. 57.

BELLIVIER F.

Matériaux et résultats de la recherche en génétique humaine : richesses sans propriétaires ? *Dr. et Pat.* mars 2001, p. 56.

Le génome entre nature des choses et artefact, *Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p.55.

BELLIVIER F., BRUNET L., HERMITTE M.-A., LABRUSSE-RIOU C., NOIVILLE C.

Les limitations légales de la recherche génétique et la commercialisation de ses résultats : le droit français, *R.I.D.C.* 2006/2, p. 227.

BELLIVIER F., NOIVILLE Ch.

Les contrats d'accès aux bases de savoirs traditionnels : le brevet au secours du paysan indien, *R.D.C.* janvier 2010, p. 331.

La circulation d'éléments et produits du corps humain : quand la propriété –exclusivité occulte la question de l'accès, *R.D.C.* 2008, p. 1357.

La circulation du vivant humain : Modèle de la propriété ou du contrat ? *in, Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle* (sous la dir.) Th. Revet, LGDJ, 2005, p. 101.

F. BELLIVIER, Ch. NOIVILLE, A.-L. MORIN,

L'accord de transfert de matériel, du prêt-à-porter au sur-mesure ?, *R.D.C.* avril 2010, p. 737.

BELLIVIER F., NOIVILLE Ch., SUPIOT E.

Le consommateur de tests génétiques, un patient avisé ou berné ? *R.D.C.* octobre 2009, p. 1573.

BENABOU V.-L.

Propriété intellectuelle et diversité culturelle, approche juridique, *in Droit d'auteur et culture* (sous la dir.) J.-M. Bruguière, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2007, p. 79

Patatras ! À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006, *Prop. intell.* 2006, n° 20, p. 240.

David contre Goliath, *Prop. intell.*, janv. 2005, *Chron.*, p. 89.

Épuisement des droits, Épuisements des droits : une approche globale de la théorie de l'épuisement est-elle possible ? *Légicom*, 2001/2, n°25, p.115.

Le feuillet du droit de location face au droit communautaire ou le principe de l'épuisement revisité, *Dr. aff.*, 1999, n° 148, p. 240.

- La circulation des produits brevetés sur le territoire communautaire, *JCP E*, 1982, II, 13722, p. 109.
- BERAUD R.**
L'indisponibilité juridique, *D.* 1952, chron., p. 187.
- BERGE J.-S.**
Les rapports contrariés entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, *Légipresse*, n° 220, avril 2005, p. 57.
- BERGEL J.-L.**
Vers une réforme du droit des biens dans le Code civil : L'essentiel, *D.* 2008, p. 2783.
Différence de nature (égale) différence de régime, *RTD civ.* 1984, p. 255.
Méthodologie juridique, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, Lamy-PUF, Coll. *Quadrige*, p. 1022.
- BERLAN J.-P.**
La biologie, la propriété et l'avantage collectif. Le cas de l'industrie semencière, *Rev. d'économie industrielle*, n°18, 1981, p. 173.
- BERNAULT C.**
Propriété littéraire et artistique. Objet du droit d'auteur. Œuvres protégées. Règles générales, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1135.
- BERTHET-MAILLOLS E.**
Certificat complémentaire de protection. La Cour de cassation rend un arrêt favorable aux laboratoires de génériques, *Propr. ind.* mai 2005, étude n°15.
- BERTRAND A.**
L'exclusion des idées du champ du droit d'auteur, *Cah. Dr. d'auteur*, septembre 1990, n°30, p. 1.
- BIENAYME A.**
Le progrès économique et le droit de la concurrence, *Rev. Conc. Cons.* 1^{er} novembre 1996, n°94, p. 3.
L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence : un point de vue d'économiste, *R.I.D.E.* 1995/3, p. 361.
- BINCTIN N.**
Les biens intellectuels : contribution à l'étude des choses, *C.C.E.* juin 2006, étude n°14.
Le capital intellectuel, *C.C.E.* 2005, étude 32.
- BINDER O. et BOINET N.**
Médicaments génériques, droit des marques, droit de substitution, et publicité comparative, *L.P.A.* 24 mai 1999, n° 232.
- BINET J.-R.**
Protection de la personne – Principes, *J.-Cl. Civil*, art. 16 à 16-3, 2008.
La loi relative à la bioéthique – Commentaire de la loi du 6 août 2004 : 3^e partie, *Dr. famille* décembre 2004, étude 28.
- BLAISE J.-B.**
L'arrêt Magill : un autre point de vue. Une illustration de la théorie des facilités essentielles, *D. Aff.* 1996, n° 28, p. 859.

BONET G.

Le point sur l'épuisement du droit de marque selon la jurisprudence communautaire, *D.* 2000, n° 21, chron., p. 337.

Le principe communautaire de facilités essentielles comme limite du droit de l'auteur : confirmation de la jurisprudence Magill, *D.* 1999, Jur., p. 303.

Propriété industrielle et libre circulation des produits dans la CEE, la règle de l'épuisement des droits de propriété industrielle, *Gaz. Pal.*, 1994, I, doct., p. 345.

BONNARD R.

L'origine de l'ordonnement juridique, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Sirey, 1929, p. 45.

Les idées de Léon Duguit sur les valeurs sociales (avec les inédits de Duguit), *A.P.D.*, t. 1-2, *L'œuvre de Léon Duguit*, Sirey, 1932, p. 7.

BOUCHE N.

L'objet spécifique du droit des marques, *D.* 2000, chron. p. 103.

BOULANGER J.

Principes généraux du droit et droit positif, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950.

BOY L.

L'évolution de la réglementation internationale : vers une remise en cause des semences paysannes ou du privilège de l'agriculteur, *R.I.D.E.*, 4/2008, p. 301.

Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence, *JCP G*, 2004, I, 166.

Réflexion sur le droit de régulation, *D.* 2001, Chr., p. 3031.

BOY L., RACINE J.-B. et SIIRIAINEN F.

L'ordre concurrentiel : essai de définition d'un concept, in *Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2004, p. 23.

BRUGUIERE J.-M.

Le droit des marques dans le droit d'auteur, in *Liber amicorum G. Bonet*, Litec, coll. *IRPI, le droit des affaires, propriété intellectuelle*, 2010, p. 87.

Propriété intellectuelle et choses communes, in *Propriété intellectuelle et droit commun* (sous la dir.) J.-M. Bruguière, N. Mallet-Poujol, A. Robin, préf. M. Vivant, PUAM, 2007, p. 39.

La dignité schizophrène, *D.* 2005, p. 1169.

Southern District Court of Florida, n°02-22244-CIV, Moreno, 29 mai 2003, aff. *D. Greenberg et al. v. Miami Children's Hospital Research Institute*, in *Propr. Intell.* juillet 2004, p. 838.

Abus de position dominante de l'INSEE à l'occasion de la rediffusion du répertoire Sirène, *JCP E*, janvier 2003, Jurispr. n° 149, p. 179.

L'appropriation du vivant, *Economie et société*, n°39, « Développement », III, 2001/9-10, p. 1523.

BRUGUIERE J.-M. et NISATO V.

Propriétés intellectuelles et consommation, in *Les Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, M. Vivant (sous la dir.), Dalloz, 2003, n°32, p. 421.

BUFFET-DELMAS X. et DOAT A.

La protection des plantes : entre brevet et certificat d'obtention végétale, *Propr. ind.* mai 2004, étude n°8.

BURST J.-J.

La publicité-propagande, *Rapport français, Travaux de l'Association Henri Capitant, Economica*, T. XXXII, 1981, p. 305.

BUYDENS M.

L'intérêt général, une notion protéiforme, *in Brevet, Innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?* B. Remiche (sous la dir.), Actes du colloque du Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Bruxelles, éd. Larcier, 2006, p. 1.

La problématique de la brevetabilité des logiciels : antécédents et conséquences du rejet de la proposition du Parlement et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, *in La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens*, Colloque 16-17 juin 2005, Litec, coll. *Droit des affaire-Propriété intellectuelle*, p. 149.

BUYDENS M. et DUSOLLIER S.

Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses, *C.C.E.*, septembre 2001, chron. n°22.

BYK C.

La place du droit à la santé au regard du droit constitutionnel, *Gaz. Pal.* 25-27 novembre 2001, doct. p. 1858.

CAEN T.

Réflexion sur l'efficacité des systèmes juridiques : focus sur les brevets pharmaceutiques et la contrefaçon de produits, *in Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC-Vuibert, 2009, p. 65.

CALVO J.

La notion de médicament en droit communautaire, *L.P.A.* juillet 1987, n°85, p. 30.

Médicaments : notion à contenu variable ? *Gaz. Pal.* 30 juin 1987, p. 476.

CAMPION M.-D. et VIALA G.

Le médicament générique : la nouvelle donne, *Gaz. Pal.* 16 juillet 1996, p. 34.

CANDE (de) P.

Publicité comparative notamment dans le domaine du médicament, état des lieux, *D.* 2000, chron. p. 33.

CANIVET G.

Droit de propriété intellectuelle et efficacité, *in Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC-Vuibert, 2009, p. 31.

CARBONNIER J.

Les choses inanimées ont-elles une âme ? *in Anthropologie juridique, Mélanges P. Braun*, textes réunis par J. Hoareau-Dodineau et P. Tixier, PULIM, 1998, p. 135.

CARON C.

Dieu (n'est) plus un fumeur de havanes, *C.C.E.* janvier 2010, repère 1.

Critères de l'abus de position dominante d'un titulaire de droit d'auteur en droit communautaire, *C.C.E.* juin 2004, p. 28.

Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle, *JCP G*, 2004, I, 162.

Le consommateur en droit d'auteur, *in Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 245.

Réflexion sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel, *R.I.D.A.* 2000, n°184, p. 3.

Abus de droit et droit d'auteur, *R.I.D.A.* avril 1998, n° 176, p. 3.

CARREAU C.

Santé et droits de propriété intellectuelle, *in Liber amicorum G. Bonet*, Litec, coll. *IRPI*, 2010, p. 133.

- Propriété intellectuelle et abus de droit, *Mélanges en l'honneur d'A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 7.
- CASALONGA A. et DOSSMANN G.
La protection par le brevet d'invention de l'application thérapeutique et du produit pharmaceutique, *JCP E*, 1987, II, 14898.
- CASAUX-LABRUNEE L.
Le droit à la santé, in *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet (sous la dir.), 8^e éd., Dalloz, 2002, p. 774.
- CASSIER M.
Clin d'œil, brevet et santé publique : de la chambre des pairs à l'OMC, *Entreprises et histoire*, octobre 2004, n°36, p. 160.
Brevets pharmaceutiques et santé publique en France : opposition et dispositifs spécifiques d'appropriation des médicaments entre 1791 et 2004, *Entreprises et Histoire*, octobre 2004, n°36, p. 29.
Les débats sur la brevetabilité du vivant et du génome humain, *Revue Regard sur l'actualité*, n°291, mai 2003, p.45.
L'expansion du capitalisme dans le domaine du vivant : droits de propriété intellectuelle et marchés de la science, de la matière biologique et de la santé, *Actuel Marx*, 2003/2, n°34, p. 63.
Propriété industrielle et santé publique, *Projet*, 2002, p. 47.
Bien privé, bien collectif et bien public à l'âge de la génomique, *R.I.S.S.* 2002/1, n°171, p. 95.
- CASSIER M. et STOPPAT-LYONNET D.
L'opposition contre les brevets de *Myriad genetics* et leur révocation totale ou partielle en Europe, premiers enseignements, *Médecine et Sciences*, 2005, n°6-7, p. 658.
- CATALA P.
Rapport de synthèse, in *Droit et patrimoine*, mars 2002, n°88
Les lois du marché, in *Études offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 201.
L'immatériel et la propriété, A.P.D. *Le droit et l'immatériel*, T. XLIII, Sirey, 1999, p. 61.
La propriété intellectuelle des banques de données sur leurs données, in *Le droit à l'épreuve du numérique., Jus ex machina*, PUF, 1998, p. 283
L'évolution contemporaine du droit des biens, in, *L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes Journées R. Savatier*, PUF, 1991, p. 181.
Ébauche d'une théorie juridique de l'information, *D.* 1984, chron. p. 97.
La propriété de l'information, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 97.
L'indivision, *Défrenois*, 1979, art. 31874, p. 3 et art. 31886, p. 81.
La transformation du patrimoine dans le Droit civil français, *RTD Civ.* 1966, p. 185.
- CAYLA J.-S.
La santé et le droit, *R.D.S.S.* avril-juin 1996, p. 278.
- CAYLA O.
La qualification, ou la vérité du droit, *Droits*, n°18, 1993, p. 3.
- CHABERT-PELTAT C. et RUANO CICUENDEZ M.
Le régime juridique des alicaments ou « aliments santé » : un statut hybride, *Gaz. Pal.* 24 juillet 1999, p. 1087.
- CHAVANNE A.
Commentaire de la loi de 1968, *RTD com.* 1968, p. 681.

La protection des inventions végétales, *D.* 1954, chron. p. 95.

CHAVRIER M.

L'activité inventive dans les brevets d'invention, *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 387.

CHEMTOB-CONCE M.-C.

La prolongation des droits issus de brevets de médicaments, *Propr. ind.* mai 2009, alerte 66.
Accès aux médicaments essentiels des pays en développement et respect du droit des brevets : un changement de position en faveur du droit à la santé, *Gaz. Pal.* 23 décembre 2004, n°358, p. 2.

CHERPILLOD I.

Le droit d'auteur aujourd'hui, in *Le droit d'auteur aujourd'hui*, I. de Lamberterie (sous la dir.), CNRS Éditions, 1990, p. 30.

CHILSTEIN D.

Les biens à valeur vénale négative, *RTD civ.* 2006, p. 663.

CHOISY S.

L'avenir des notions de biens publics et de patrimoine commun de l'humanité face à la marchandisation des connaissances, in *Cahiers Droit Sciences&Technologies*, éd. CNRS, n°3, 2010, p. 89.

CHOUVIN E., LOUAFI S., ROUSSEL B.

Prendre en compte les savoirs et savoir-faire sur la nature. Les expériences françaises, *Les documents de l'IDDRI*, n°1, février 2004.

CHRETIEN F.

10 ans d'ADPIC, *Propr. ind.* mars 2005, alerte n°25.

CLAM J.

Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes, *A.D.P.* 1997, T. 41, *Le privé et le public*, p. 215.

CLAVIER P.

L'accès au médicament breveté, in *Cahiers Droit Sciences&Technologies*, éd. CNRS, n°3, 2010, p. 179.

CLEMENT C.

La notion de médicament en droit communautaire de la santé, *L.P.A.* 27 janvier 1995, n°12, p. 19.

CLEMENT-FONTAINE M.

Singularités et pluralités des licences libres, *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux*, 2003, n°157, p. 14.

COHEN D.

La liberté de créer, in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche, Th. Revet, 10^e éd., Dalloz, 2004, p. 407.

Le droit à..., in *Mélanges en l'honneur de François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, J.-Cl., Paris, 1999, p. 393.

COMBE E. et PFISTER E.

Brevet et prix des médicaments dans les pays en développement, *Propr. intell.* juillet 2003, p. 269.

Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle, *Économie internationale*, n°85.

CORDIER G.

Quelques points d'actualité du droit des médicaments génériques, *Propr. ind.* juillet-août 2006, p. 12.

CORIAT B.

Du « super 301 » aux Trips : la vocation impériale du nouveau droit américain de la propriété intellectuelle, *Rev. d'économie industrielle*, 2002, n° spécial : *Les droits de propriété intellectuelle, nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, p. 179.

Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle, contours et caractéristiques clés, *Rev. d'économie industrielle*, n°99, *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, 2002, p. 17.

CORIAT B. et ORSI F.

Brevets pharmaceutiques, génériques et santé publique. Le cas de l'accès aux traitements antirétroviraux, in *Rev. de l'Institut d'Économie Public*, n°12, 2003/1, p. 153.

CORIAT B., ORSI F. et ALMEIDA C.

L'accord ADPIC et ses implications en matière de santé publique pour les pays du Sud : bilan et perspective pour l'après 2005, in *L'accord ADPIC : dix ans après*, B. Remiche (sous la dir.), éd. Larcier, 2007, p. 229.

CORNU G.

L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, *Cours de D.E.S.*, 1970-1971, p. 212.

CORNU, M.

À propos des productions intellectuelles de la recherche, entre logique privative et nécessités publiques, *Propr. intell.* juillet 2006, p. 270,

CORNU M. et MALLET-POUJOL N.

Droit d'auteur à l'épreuve du droit à la culture, in *Droit d'auteur et culture*, J.-M. Bruguière (sous la dir.), Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2007, p. 129.

CORTEN O.

Éléments de définition pour une sociologie politique du droit, *Droit et société*, n°39, 1998, p. 347.

COTTIER T.

Vers un épuisement mondial des droits de propriété intellectuelle, aspects juridiques, L'épuisement mondial, in *Quel droit de la propriété industrielle pour le III^e millénaire ?* Litec, coll. *CEIPI*, 2001.

COUSTEOUSTE M.

L'exception de recherche en France dans le domaine pharmaceutique : une solution encore à l'essai, *Propr. ind.* 2002, chron. n°7.

COUTURIER I.

Remarques sur quelques choses hors du commerce, *L.P.A.* 6-13 septembre 1993, p. 7.

CRISTAU B. et VIALA G.

La vitamine C est-elle un médicament ? Ass. Plen. 6 mars 1992, *L.P.A.* 11 mai 1992, n°57, p. 9.

CROZE H. et SAUNIER F.

Logiciels : retour aux sources, *JCP G*, 1996, I, 3909.

DABIN J.

Droit subjectif et subjectivisme juridique, *A.P.D.*, t. IX, *Le droit subjectif en question*, 1964, p. 19.

Les droits intellectuels comme catégorie juridique, *Rev. crit. législ. et jurisp.* 1939, p. 413.

DAM K.-W.

Intellectual property in an Age of software and biotechnology, *Law & Economics working paper*, University of Chicago, n°35.

DANIEL D. A.

The pharmaceutical industry nightmare in Brazil, *Trade World*, n°199, july/august 2007.

DARAGON E.

Étude sur le statut juridique de l'information, *D.* 1998, chron. p. 63.

DAVIES C.-R.

Glaxo group Ltd v. Dowelhurst and Taylor : what futur for altruism in the pharmaceutical industry ? *E.I.P.R.* octobre 2004, p. 437.

DELPECH H.

La loi du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales, *JCP G*, 1971, I, 2371.

DESJEUX X.

Quelle protection pour le modèle « fonctionnel » ? *Gaz. Pal.* 1981, p. 298.

DESMOULIN S.

Santé animale, l'utilisation des animaux clonés à des fins d'élevage, *Gaz. Pal.* 11 mars 2009, n°70-71, Droit de la santé, p. 65.

DIAS VARELLA M.

L'organisation Mondiale du commerce, les brevets, les médicaments et le rapport Nord-Sud : un point de vue du Sud, *R.I.D.E.* 1/2004, p. 79.

DILLEMANN G.

Le monopole pharmaceutique et le décret du 2 mars 1791, *Rev. d'histoire de la pharmacie*, 1980, n°247, p. 235.

Les remèdes secrets et la réglementation de la pharmacopée française, *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1976, n°228, p. 39.

Les problèmes posés par l'application pratique de l'article L.511 du Code de la santé publique aux aliments diététiques, *JCP G*, 1974, I, 2624.

La pharmacopée au Moyen-Âge, *Revue d'histoire de la pharmacie*, 1968, n°199, p. 163.

Considérations sur les définitions scientifiques et juridiques des éléments constitutifs du médicament, *D.* 1963, chron. p. 189.

DORSNER-DOLIVET A.

De l'interdiction du clonage à la réification de l'être humain, Loi n°2004-800 du 6 août 2004, *JCP G*, 2004, I, 172.

- DRAGNE J., FOYER J., BLAIZOT-HAZARD C., SCHMIDT-SZALEWSKI J.
La propriété scientifique, un droit sur les résultats de la recherche fondamentale ? *La presse médicale*, 2002, vol. n°31, p. 822.
- DRAGO G.
La conciliation entre principes constitutionnels, *D.* 1991, p. 267.
- DREYER E.
Les mutations du concept juridique de dignité, *R.R.J.* 2005, p. 28.
- DROSS W. et MALLET-BRICOUT B.
Avant-projet de réforme du droit des biens, premier regard critique, *D.* 2009, chron. p. 508.
- DUPONT L.
Déontologie réglementation et publicité sur Internet, *Legicom* 2000, n° 21/22, p. 65.
- DUPRE de BOULOIS X.
Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé, *JCP G*, 2007, I, p. 211.
- DUPUIS-TOUBOL F., PERROT A., GOLD R.
Droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence : convergence ou divergence ? dans le cadre des cycles de conférences de la Cour de Cassation : Droit de propriété intellectuelle : approche juridique et économique, *Rev. Lamy droit de la concurrence*, avril/juin 2007, n°11, p. 216.
- DUPUY R.-J.
Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité, *Droits*, 1985, p. 63.
- DUPUY P.-M.
Technologie et ressources naturelles nouvelles et partagées, in *Études offertes à C. A. Colliard, Droits et Libertés à la fin du XXe siècle*, Paris, Pedone, 1984, p. 207.
- DUVERT C.
La propriété collective, *L.P.A.* 6 mai 2002, n° 90, p. 4.
- EDELMAN B.
De la propriété-personne à la valeur désir, *D.* 2004, Chron. p. 155.
Où la concurrence sera le genre humain, *D.* 2000, chron. p. 261.
L'arrêt Magill : une révolution ? *D.* 1996, p. 119.
L'Homme aux cellules d'or, *D.* 1989, p. 225.
Vers une approche juridique du vivant, in *L'Homme, la nature et le droit*, B. Edelman et M.-A. Hermitte (sous la dir.), éd. C. Bourgeois, 1988, p. 33.
Création et banalité, *D.* 1983, p. 73.
La main et l'esprit, *D.* 1980, chron p. 43.
- EISENBERG R.-S.
Analyse this : A Law and Economics Agenda for the Patent System, *Vanderbilt Law Review*, vol. 53, p. 2081.
Gene, Patents, and Product Development, *Science*, n°257, p. 903.
- EISENMANN Ch.
Une nouvelle conception du droit subjectif : la théorie de M. Jean Dabin, *Rev. Dr. pub.* 1954, p. 753.

ELLUL J.

Sur l'artificialité du droit et le droit d'exception, *A.D.P.* n°8, *Le dépassement du droit*, Sirey, 1963, p. 21.

FABRE-MAGNAN M.

Propriété, patrimoine et lien social, *RTD civ* 1997, p. 583.

FARCHY J.

L'analyse économique des fondements du droit d'auteur : une approche réductrice pourtant indispensable, *Propr. intell.* octobre 2006, n°21, p. 388.

FARJAT G.

Droit économique et l'essentiel (pour un colloque sur l'éthique), *R.I.D.E.* 2002/1, p. 153.

FAURAN B.

Interrogations sur la sécurité juridique dans les pays émergents : les enjeux de la lutte contre la contrefaçon de médicaments, in *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC, Vuibert, 2009, p. 85.

Aspects juridiques de la publicité et de l'information des médicaments sur Internet, *Gaz. Pal.* 26 mars 2002, n°85, p. 36.

La Cour de justice des Communautés et la définition du médicament (à propos des arrêts Delattre et Monteil du 21 mars 1991 et Upjohn Company du 16 avril 1991), *Gaz. Pal.* 17 septembre 1992, p. 654.

FONBAUSTIER L.

Recherche, innovation et environnement : difficulté d'un ménage à trois, *Environnement*, Avril 2005, comm. n°37.

FOUASSIER E.

La santé : qu'est-ce que c'est ? in Actes du colloque de la DGCCRF, *La santé : un modèle français ?* 19 octobre 2000.

L'obligation d'information incombant aux producteurs des spécialités pharmaceutiques, *R.D.S.S.* octobre-décembre 1999, p. 735.

Du parasitisme en matière de parapharmacie, *D.* 1999, p. 661.

L'influence de la jurisprudence européenne sur la définition française du médicament, *R.D.S.S.* avril 1997, p. 301.

FRANCESCHELLI R.

Nature juridique des droits de l'auteur et de l'inventeur, in *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 453.

FRANCON A.

La publicité soumise au droit commun de la loi de 1957, Où commence l'œuvre publicitaire, in *Publicité et droit d'auteur*, Colloque de l'IRPI, 22 mai 1990, Librairies Techniques, 1990, p. 7.

Les relations entre les règles de concurrence et les droits de propriétés intellectuelles, *Rev. Int. Conc.*, 1987, n°151, p.34.

La déchéance des brevets, in *Vers une érosion du droit des brevets d'invention ?* Litec, coll. *IRPI*, 1982, p. 21.

FRISON-ROCHE M.-A.

L'évolution conceptuelle et technique du cadre juridique européen et français relatif à la propriété intellectuelle sur le médicament et le vivant, in *Droit et Économie de la propriété intellectuelle*, M.-A. Frison-Roche et A. Abello, LGDJ, 2005, p. 289.

L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits de marchés, perspectives de régulation, in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, sous la dir. de M.-A. Frison-Roche et A. Abello, LGDJ, 2005, p.15.

Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine, in *Propriété intellectuelle et mondialisation*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2004, p.165.

Définition du droit de la régulation économique, *D.* 2004, chron., p. 126.

La régulation : nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? *RF Adm. Publ.* 2004, n°109, p. 53.

Le droit de la régulation, *D.* 2001, Chr., p. 610.

FRISON-ROCHE M.-A. et TERRE-FORNACCIARI D.

Quelques remarques sur le droit de propriété, *A.P.D.* T. XXXV, *Vocabulaire fondamental du droit*, 1990, p. 233.

GALLOCHAT A.

Le brevet et l'éthique ou le mélange des genres, *Dossiers Brevets*, 1993, II, p. 1.

GALLOUX J.-C.

Les dispositions de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie relative à la propriété intellectuelle, *RTD com.* 2008, p. 720.

Cellules souches humaines et brevetabilité, *Propr. intell.* juillet 2007, p. 306.

Les exclusions de brevetabilité : les inventions portant sur des cellules souches humaines et impliquant l'utilisation d'embryons humains, *Propr. intell.* avril 2007, p. 227.

Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament, *RTD com.* 2007, p. 5.

La brevetabilité des gènes humains, Précisions sur le séquençage des gènes, Aff. Des gènes BRCA 1 et BRCA 2, *Propr. intell.* avril 2006, p. 191.

Premier bilan de la protection communautaire des variétés végétales, *Propr. intell.* juillet 2005, p. 290.

Le corps humain dans le Code civil, in *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 381.

Bioéthique et brevet, *D.* 2001, somm. comm. p. 1354.

L'articulation des systèmes de brevet et de santé publique, *R.I.D.E.* 2000, p. 147 et spéc. p. 156.

Le droit de brevet à l'aube du III^e millénaire, *JCP G* 2000, I, 195, n°8.

Brevetabilité des inventions biotechnologiques et principes éthiques de respect des droits de la personne et de sa dignité, *D.* 1998, somm. comm. p. 158.

Le certificat complémentaire de protection pour les produits phytopharmaceutiques, *JCP E*, 1996, I, 609.

Ébauche d'une définition juridique de l'information, *D.* 1994, chron. p. 229.

Éthique et brevet ou le syndrome bioéthique, *D.* 1993, p. 83.

L'impérialisme du brevet d'invention, in *Nouvelles technologies et propriété*, Montréal-Paris, Thémis-Litec, 1991, p. 111.

Fabrique-moi un mouton... Vers la brevetabilité des animaux-chimères en droit français, *JCP G*, 1990, I, 3430.

Réflexion sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français, *Les cahiers de Droit*, 4 décembre 1989, vol. 30, n°4, p. 1011.

GALLOUX J.-C. et GAUMONT-PRAT H.

Les banques de sang de cordon ombilical, *D.* 2005, p. 542.

GALLOUX J.-C. et GUTMANN E.

La protection juridique des inventions biotechnologiques selon la loi du 6 août 2004 : du génie génétique à la tératogénie juridique ? *Propr. intell.* octobre 2004, p. 871.

GALLOUX J.-C., GUTMANN E. et WARUSFEL B.

L'entrée en vigueur de la CBE 2000, *Propr. intell.* 2008, n° 26, p. 77.

GARNIER F.

Faux médicaments : le consommateur européen est-il à l'abri ? *R.I.P.I.A.* avril 2010, p. 60.

GAUBIAC Y.

Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir, *C.C.E.* juin 2001, chron. n°15.

GAUDEMET Y.

L'avenir des propriétés publiques, in *Mélanges en l'honneur de François Terré, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Paris, 1999, p. 567.

GAUDRAT P.

L'objet du droit d'auteur, Œuvres protégées- Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2), *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, Fasc. 1134*, 2009, n°7 et 9.

Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit, in *Mélanges en l'honneur d'A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 195.

La protection des logiciels par le droit d'auteur, *R.I.D.A.* 1988, n° 138, n° 42, p. 141.

Le statut juridique des idées, in *Appropriation et circulation de l'information*, Brises, 1988, n°12, p. 28.

La protection des logiciels, *R.I.D.A.* 1986, n°128, p. 181.

GAUMONT R.

Le médicament : brevetabilité et portée du brevet, *RTD com.* 1989, p. 441.

GAUMONT-PRAT H.

OEB : accès à la bibliothèque numérique des savoirs traditionnels de l'Inde, *Propr. ind.* avril 2009, alerte n°60.

France : agence de la biomédecine, bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004, *Propr. ind.* n° 12, décembre 2008, alerte 188.

UE : introduction dans l'accord sur les ADPIC d'une prescription impérative concernant la divulgation de l'origine des ressources biologiques et des savoirs traditionnels, *Propr. ind.* novembre 2008, alerte n°173.

Loi n°2006-236 du 1^{er} mars 2006, relatives aux obtentions végétales, *Propr. ind.* avril 2006, alerte n°32.

La brevetabilité des inventions impliquant des cellules souches, *D.* 2005, p. 3087.

Résolution du Parlement européen sur la brevetabilité des inventions biotechnologiques, *Propr. ind.* décembre 2005, alerte n°139.

Suite des effets monopolistiques de certains brevets délivrés dans le domaine du vivant mettant en péril l'intérêt de la santé publique, *Propr. ind.* juillet 2004, alerte n°95.

Les tribulations en France de la directive 98/44 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, *D.* 2001, p. 2882.

GAUTHIER L.

Quelques observations sur le pool de brevets et le droit de la concurrence, *Les cahiers de la propriété intellectuelle*, janvier 2007, vol. n°19, p. 103.

GAUTIER P.-Y.

Contre Bentham, l'inutile et le droit, *RTD civ.* 1995, p. 797.

GAZAGNE D.

Etat de l'art des nanotechnologies et cadre juridique européen et français (2^e partie), *Gaz. Pal.*, 22 Juillet 2009, n° 203-204, p. 15.

État de l'art des nanotechnologies et cadre juridique européen et français (1^{ère} partie), *Gaz. Pal.*, 22 Avril 2009, n° 112-113, p. 23.

GEIGER C.

Propriété intellectuelle et droits fondamentaux : une saine complémentarité, in *Liber amicorum George Bonet*, Litec, coll. *IRPI, droit des affaires-propriété intellectuelle*, n°36, 2010, p. 249.

La fonction sociale des droits de propriété intellectuelle, *D.* 2010, chron. p. 510.

Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ? *JCP G*, 2004, I, p. 150.

GERVAIS A.

Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts », in *Mélanges offerts à P. Roubier*, Paris, 1961, t. 1, p. 243.

GOLD R.

Myriad Genetics, In Eye of the Policy Storm, Case Study in Propriété intellectuelle, biotechnologies et enjeux sociaux, à l'heure de la globalisation, colloque organisé par la Chaire Régulation de SciencesPo Paris, 13 et 14 novembre 2008.

GOPALAKRISHNAN N. S.

TRIPs and Protection of Traditional Knowledge of Genetic Resources: New Challenges to the Patent System, *EIPR*, vol. 27, 2 février 2005, p. 11.

GOSAIN R.

In good health ? *Patent World Issue*, n°194, july/august 2007, p. 21.

GOUBEAUX G.

À propos de l'erreur sur la valeur, in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389.

GOUGE E. et L'HONNEN-FROSSARD L.

Développements communautaires récents en matière de publicité comparative, *Propr. ind.* avril 2008, p. 23.

GOUTAL J.-L.

La protection juridique du logiciel, *D.* 1984, p. 197.

GRAS F.

Publicité en faveur de la santé, *J.-Cl. Communication*, Fasc. 3470, 2002.

Sport et parrainage par des marques d'alcool et de tabac, *Legicom* 2000, n°23, p. 97.

Les marques de tabac : un statut juridique d'intouchable, *Legicom*, 1997 n°15, p. 81.

Création et santé publique, *Legicom* 1994/3, p. 51.

GRELIER-LENAIN C.

La publicité des produits alimentaires, *Gaz. Pal.* 2004, doct. p. 3555.

GRIDEL J.-P.

La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé, *D.* 2002, chron., p. 228.

GRZEGORCZYK C.

Le concept de bien juridique: l'impossible définition ? *A.P.D. Les biens et les choses*, t. XXIV, Sirey, 1979, p. 259.

GUTMANN D.

Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique, *A.P.D.*, T. XLIII, *Le droit et l'immatériel*, Sirey, 1999, p. 65.

GUTMANN E.

La brevetabilité des inventions relatives aux cellules souches humaines, *Propr. intell.* juillet 2007, p. 302

La convergence des exigences de susceptibilité en matière d'application industrielle et d'utilité selon le droit des brevets européen et américain, *Propr. intell.* juillet 2006, n°20, p. 341.

Les substances d'origine naturelle : de la découverte à l'invention brevetable, *Propr. intell.* octobre 2005, p. 392.

La protection des inventions biotechnologiques d'origine « non humaine » selon la loi du 8 décembre 2004 : pas de signe de guérison de la tératogénie juridique ? *Propr. intell.* janvier 2005, p. 77.

Aspects éthiques et juridiques de la brevetabilité des inventions issues de la recherche sur les cellules souches d'origine humaine, *Propr. intell.* 2003, p. 67.

Le brevet, l'éthique : le piège du langage ? *Propr. intell.* octobre 2003, p. 359.

L'invention d'un « élément du corps humain » : un brevet pour l'application d'une de ses fonctions ou pour un produit technique ? (le projet de loi modifié par le Sénat relatif à la bioéthique), *Propr. intell.* avril 2003, p. 49.

Les inventions biotechnologiques, *Chronique droit des créations techniques*, *Propr. intell.* avril 2002, p. 74.

HAAS (de) M.

Originalité de l'invention pharmaceutique, in *Mélanges Daniel Bastian*, Litec, 1974, t. 2, p. 237.

HALLET J.-N.

Un cas d'école en matière de protection internationale des brevets biotechnologiques : le *Golden Rice*, in *La propriété intellectuelle en question(s), regards croisés européens*, Colloque 16-17 juin 2005, Litec, 2006, p. 199.

HELLER M.-A. et EISENBERG R.-S.

Can patent deter innovation ? The anticommons in biomedical research, *Science*, 1998, n°280, Issue 5364, p. 698.

HENRY C., TROMMETTER M., TUBIANA L.

Innovation et droits de propriété intellectuelle : quels enjeux pour les biotechnologies, in *Propriété intellectuelle*, Conseil d'Analyse économique, éd. La documentation française, 2003.

HERMITTE M.-A.

Souveraineté, peuples autochtones : le partage équitable des ressources et des connaissances, in *La bioéquité* (sous la dir.) F. Bellivier et Ch. Noiville, éd. Autrement, coll. *Frontières*, 2009, p. 115.

Histoires juridiques extravagantes la reproduction végétale, in *L'homme, la nature et le droit* (sous la dir.) B. Edelman et M.-A. Hermitte, éd. Christian Bourgeois, 1988, p. 40

Le droit est un autre monde, *Enquête*, 1998, n°7, *Les objets du droit*, p. 55.

Les concepts mous de la propriété industrielle : passage du modèle de la propriété foncière au modèle de marché, in *L'homme, la nature et le droit* (sous la dir.) B. Edelman et M.-A. Hermitte éd. Christian Bourgeois, 1988, p. 85.

Le corps hors du commerce, hors du marché, *A.D.P.*, t. XXXIII, *La philosophie du droit aujourd'hui*, Sirey, 1988, p. 325.

Les réponses au droit au démarquage scientifique, variétés parasites, variétés déceptives, in *La protection de la création végétale, le critère de la nouveauté*, Litec, 1985, p. 51.

Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjudiciarisation, L'exemple des droits intellectuels, *A.D.P.* 1985, t. XXX, p. 331.

HUMBLLOT B.

Droit des marques : apports essentiels de la CJCE autour de la fonction essentielle de la marque Regard sur les enseignements de l'arrêt « L'Oréal » du 18 juin 2009, *R.L.D.I.*, octobre 2009, p. 8, n°16.

HUSSON L.

Droits de l'homme et droits subjectifs, *A.P.D.* t. XXVI, *L'utile et le juste*, 1981, p. 378.

IMAM A.-M.

How Does Patent Protection Help Developing Countries ? *IIC*, vol. 37, n°3/2006, p. 245.

ISUR Y.

La brevetabilité des méthodes de traitement thérapeutique du corps humain, Étude comparée, *Propr. ind.* 1985, p. 178.

JACQ F.

A la recherche d'un critère de brevetabilité, *Propr. ind.* 1952, p. 52.

JADOT B.

L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police en règlent la manière d'en jouir, in *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?* Actes du colloque organisé par le CEDRE et le CIRT, sous la direction de F. Ost et de S. Gutwirth, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1996.

JALLAMION C.

La fortune de Josserand, *Propr. ind.* octobre 2010, p. 9.

JEANCLOS Y.

Les brevets d'invention en France à l'époque révolutionnaire, recherches sur l'objet brevetable, in *Mélanges offert à J.-J. BURST*, Litec, 1997, p. 19.

JESTAZ Ph.

La qualification en droit civil, *Droits*, 1993, n°18, *La qualification*, p. 45.

JOLY E.

Marques communautaires. Acquisition, extinction, liens avec les marques nationales, exploitation, *J.-Cl. Marques*, fasc. 7610, n° 23.

JOLY S.

Droit de la santé publique et droit des marques : rencontre d'un troisième type, *C.C.E.*, novembre 2009, étude n°23.

Commerce électronique et publicité en ligne, *J.-Cl. Commercial*, fasc. 810, 2004.

JOSSERAND L.

La personne humaine dans le commerce juridique, *D. Chron.* 1932, p. 1.

Essai sur la propriété collective, in *Société d'études législatives, le code civil*, éd. A. Rousseau, Paris, 1904, p. 357.

JOURDAIN-FORTIER C.

L'ambivalence des concentrations d'entreprises au sein de l'industrie pharmaceutique, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international*, I. Moine-Dupuis (sous la dir.),

Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, éd. CNRS, vol. 28, 2007, p. 127.

JUAN S.

L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif, *R.D.P.* 2/2006, p. 439.

KAHN A.

Temps, droit et progrès médical, *Les Tribunes de la santé*, 2006/4, n°13, p. 87.

LABBEE X.

Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine, *D.* 1999, chron. p. 437.

LACOUR S.

Libres Propos sur le droit des brevets et les nanotechnologies, *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, éd. CNRS, numéro 1, 2008.

LALIGANT O.

Des œuvres aux marches du droit d'auteur : les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher, *R.R.J.* 1992-1, n° 3, p. 105.

LAMBERT T.

Le brevet et la personne. Bref propos sur un double rendez-vous manqué, *D.* 2005, p. 2006.

LAMBERT-FAIVRE Y.

La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, II, Les droits des malades, usagers du système de santé, *D.* 2002, chron. p. 122.

LAMBERT T. et VENNIN F.

Le brevet et la personne, brefs propos d'un rendez-vous manqué, *D.* 2005, chron. p. 2005.

LAMBERT T. et VIALA G.

La vitamine C sera-t-elle – enfin – un médicament ? à propos de CA Versailles 22 janvier 1996, *L.P.A.* 18 mars 1996, p. 4.

LAMBOLEY A., PITCHO B. et VIALLA F.

Le consumérisme dans le champ sanitaire, un concept dépassé ? in *Études de droit de la consommation*, liber amicorum Jean Calay-Auloy, Dalloz, 2004.

LANCRENON T.

Ballade dans la brume des marques collectives, *Propr. Intell.* octobre 2004, n°13, p. 846.

LARRIEU J.

La propriété intellectuelle et le droit à la santé, in *La propriété intellectuelle entre autres droits*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires* (sous la dir.) J.-M. Bruguière, 2009, p. 15.

La marque : un signe en pleine effervescence, *Droit et Patrimoine*, 1999, n°75, p.56.

LARRIEU J. et HOUIN G.

Régime juridique des médicaments génériques au regard des règles qui gouvernent la propriété industrielle, *JCP G*, 2001, II, 10643.

Médicaments génériques et propriété industrielle, *R.I.D.E.* janvier 2000, p. 173.

LATREILLE A.

L'appropriation des photographies d'œuvres d'art : élément de réflexion sur un objet du droit d'auteur, *D.* 2002, p. 299.

LAUDE A.

L'encadrement juridique de l'innovation, *Les Tribunes de la santé* 1/2004 (n° 2), p. 37-46.

Le consommateur de soins, *D.* 2000, p. 415.

Médicaments orphelins, *R.D.S.S.* avril-juin 2000, p. 371.

La publicité comparative en matière de médicaments, *R.D.S.S.* juillet-septembre 1998, p. 513.

LAVOIX J. et MATHELY P.,

L'activité inventive, condition de la brevetabilité, *Ann. propr. ind.* 1956, p. 277.

LAZARUS M.

L'approche française et communautaire du progrès économique, *Rev. Conc. Cons.*, 1^{er} novembre 1996, n°94, p. 13.

LE BIHAN E.

Perte du droit sur la marque : renonciation, forclusion, déchéance, nullité, *J.-Cl. Marques – Dessins et Modèles*, 2009, Fasc. 7405 : n°72.

LE BIHAN E. et JULIEN-RAES L.

Médicaments génériques, marques et usages honnêtes, *Propr. intell.* octobre 2006, p. 396.

LEBOIS A.

Les exceptions à des fins de recherche et d'enseignement : la consécration ? *R.L.D.I.* mars 2007, p. 18.

LEBRETON G.

Y a-t-il un progrès du droit ? *D.* 1991, p. 99.

LE GAL C.

Droit à la santé et droits de propriété intellectuelle : l'accès aux médicaments dans les pays en développement, *R.D.S.S.* mai-juin 2005, p. 456.

LE GAL C. et MONLEAUD-DUPY J.

Brevetabilité des séquences génétiques : le point, in *Les Grands arrêts de la propriété intellectuelle* (sous la dir.) M. Vivant, Dalloz, 2003, p. 281.

LEMARCHAND S., FREGET O. et SARDAIN F.

Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence, *Propr. intell.* janvier 2003, n° 6, p. 11.

LEMAY R.

Déchéance d'une marque pour non exploitation en pharmacie, *Inf. Pharm.* 1980, p.257.

Critères d'appréciation de l'imitation de marques en pharmacie, *Inf. pharm.* 1979, p. 797.

Les médicaments : particularités du brevet, *Dr. social*, n°1, janvier 1971, p. 15.

De l'incorporation du titre de docteur dans une marque, *Inf. pharm.* 1985, p. 386.

LEMOINE P.

Nanotechnologies, Informatique et Libertés, *Communication du 12 janvier 2006*, CNIL, p. 10.

LENOIR N.

Bioéthique, constitution et droits de l'homme, *Diogène*, n°172, oct.-décembre 1995, p. 31.

LEPAGE H.

L'analyse économique et la théorie de la propriété, *Droits*, 1985, n°1, *Destins du droit de propriété*, p. 91.

LERAT R.

L'épuisement international des droits de propriété intellectuelle dans l'industrie pharmaceutique, aspects économiques, in *Quel droit de la propriété industrielle pour le III^e millénaire ?* Litec, coll. CEIPI, 2001.

LE STANC C.

Abus dans l'exercice du droit : les « patent trolls », *Prop. ind.* octobre 2010, p. 36.

À quoi ça sert ? *Prop. ind.* mai 2009, repère n°5.

Droit d'auteur et droit de brevet sur logiciel : conséquences, *Prop. ind.* 2003, chron. 2.

La propriété intellectuelle dans le lit de Procuste, Observations sur la proposition de loi du 30 juin 1992 relative à la protection des créations réservées, *D.* 1993, chron. p. 4.

La protection juridique des logiciels, *Cah. dr. entr.* 3/1984, p. 13.

La protection des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur dans les pays d'Europe continentale, *Dossiers Brevets*, 1979.

LE TOURNEAU Ph.

Folles idées sur les idées, *C.C.E.* 2001, chron. n°4.

LEVEQUE F.

Droits de propriété intellectuelle et innovation ; le brevet favorise-t-il l'innovation ? in *Droits de propriété intellectuelle dans un monde globalisé*, ESSEC, Vuibert, 2009, p. 43.

LEVEQUE F. et MENIERE Y.

Propriété intellectuelle, frein ou moteur du développement économique, *R.I.P.I.A.* avril 2004, n°216, p. 78.

LIBCHABER R.

Le recodification du droit des biens, in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 297.

Biens, *Rép. civ. Dalloz*, 2002, n°9, p. 3.

Le juriste et ses objets, Trois exemples de construction en droit privé, *Enquête*, 1998, n°7, Les objets du droit, p. 251.

LILLE F.

Biens publics mondiaux et services publics mondiaux, *Rev. Peuples en marche*, n°192, janv-février 2004.

LINDON R.

L'idée artistique fournie à un tiers en vue de sa réalisation, *JCP G*, 1970, I, 2295.

LOCHAK D.

Droit, normalité et normalisation, in *Le droit en procès*, PUF CRAPP, 1983, p. 71.

LOISEAU G.

Pour un droit des choses, *D.* 2006, p. 3015.

Typologie des choses hors du commerce, *RTD civ.* 2000, p. 47.

LUCAS A.

Logiciel, *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, Fasc. 1160, 2003.

Invention et caractère industriel, *J.-Cl. Brevets*, 1997, fasc. 4230, n°15 et n°16.

L'adaptation du droit aux biens informationnels, in *L'appropriation de l'information*, sous la dir. de J.-P. Chamoux, Librairies techniques, 1986, p. 80.

Les programmes d'ordinateurs comme objets de droits intellectuels, *JCP G*, 1982, I, 3081.

LUCAS de LEYSSAC M.-P.

Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ?
D. 1985, chron. p. 43.

LUCAS A. et SIRINELLI P.

L'originalité en droit d'auteur, *JCP G*, 1993, I, 3681, n°28.

LYON-CAEN G.

L'argent du travail, *A.P.D.*, t. 42, *L'argent et le droit*, Sirey, 1998, p. 31.

MACKAAY E.

La propriété est-elle en voie d'extinction ? in *Nouvelles technologies et propriété*, Actes du colloque tenu le 9 et 10 novembre 1989 à la faculté de droit de l'Université de Montréal, Litec diffusion, Thémis, 1991, p. 217.

Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? *R.R.J.-Droit prospectif*, 1987/2, p. 419.

MAILLOT-BOUVIER E.

Les limites à la notion de médicament par présentation, jurisprudence administrative et pénale comparée, *Rev. conc. cons.* 1990, n°58, p. 4.

A la frontière du médicament, *Rev. conc. cons.* mars/avril 1989, n°48, p. 11.

MALAURIE Ph.

L'ordre public à la fin du XXe siècle, Rapport de synthèse, Paris, Dalloz, 1996.

MALLET-POUJOL N.

La théorie des « facilités essentielles » et les créations informationnelles, *R.L.D.I.* février 2006, n° 13, p. 6.

Droit à et droit sur l'information de santé, *Rev. gen. dr. médical.* 2004, p. 77.

Le double langage du droit à l'information, *D.* 2002, chron. p. 2420.

Appropriation de l'information : l'éternelle chimère, *D.* 1997, chron. p. 330.

Marché de l'information le droit d'auteur injustement « tourmenté », *R.I.D.A.* avril 1996, p. 111.

La directive concernant la protection juridique des bases de données : la gageure de la protection privative, *D.I.T.* 1996/1, p. 6.

MARANDON V.

Méthodes thérapeutiques et de diagnostic, La jurisprudence des chambres de recours de l'Office européen des brevets, *R.D.P.I.* 1988, n° 17, p. 33.

MARCOS A.

Repères dans la définition du médicament, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international* (sous la dir.) I. Moine-Dupuis, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, éd. CNRS, vol. 28, 2007, p. 15.

MARGUENAUD J.-P. et DUBOS O.

Le droit communautaire et les produits cosmétiques expérimentés sur les animaux, *D.* 2006, p. 1774.

MARQUES M.-B.

Brevets pharmaceutiques et accessibilité des médicaments au Brésil, in *Brevets pharmaceutiques, innovation et santé publique*, *R.I.D.E.* 2000/1, n° spécial : *Les droits de propriété intellectuelle, nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, p. 97.

MARTIN A.

Le médicament, une marchandise pas comme les autres, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international* (sous la dir.) I. Moine-Dupuis, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, éd. CNRS, vol. 28, 2007, p. 279.

MATHELY P.

La réforme par la loi de 1968 dans l'appréciation de la brevetabilité, in *Mélanges Daniel Bastian*, Litec, 1974, t. 2.

MATHIEU B.

De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique, *D.* 2005, p. 1649.

La bioéthique, ou comment déroger au droit commun des droits de l'homme ? in *La société internationale et les enjeux bioéthiques*, colloque des 3 et 4 décembre 2004, PUAM, 2005, p. 85.

La dignité de la personne humaine : Quel droit ? Quel titulaire ? *D.* 1996, p. 285.

Pour une reconnaissance de « principes matriciels » en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme, *D.* 1995, chron. p. 211.

MATTEI J.-F.

Présentation du projet de loi devant le Conseil des ministres, 21 mai 2003, *JCP G*, 18 juin 2003, Actualités législation, n°310.

MAURAIN C. et VIALA G.

La nouvelle réglementation de la publicité dans le domaine de la pharmacie, *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct. p. 80.

MAZEAUD D.

Du nouveau sur l'obligation de renégocier, *D.* 2004, chron. p. 1754.

MAZEN N.-J.

De l'imprécision de la définition du médicament ou la révolte de la commission européenne des droits de l'homme, *Gaz. Pal.* 14 juillet 1996, p. 3.

Problèmes juridiques liés aux applications médico-industrielles de la carte génétique, *R.R.J.* 1990, p. 365.

MEGERLIN F.

L'AMM conditionnelle issue du règlement communautaire n°507/2006 et l'urgence de santé publique, *R.D.S.S.* juillet/ août 2006, p. 691.

MELLO (de) X.

Importations parallèles dans le Marché Commun, *Gaz. Pal.* 1971, Doctr., p.172.

MEMETEAU G.

Statut du corps humain, de ses éléments et de ses produits, in *Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies*, juin 2000, fasc. 2360, p. 23, n°12.

MENAHÉM G.

La santé est-elle un bien économique public ou privé ? in *La santé, usage et enjeux d'une définition*, éd. Cahiers d'étude et de réflexion éd. par la coopérative d'édition de la vie mutualiste, 1996, p. 167.

MENIERE Y.

Les fonctions des droits de propriété intellectuelle : le point de vue de l'économie, *Propr. ind.* octobre 2010, p. 12.

- MESTRE A.
Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit, *A.P.D.* t. 1-2, *L'œuvre de Léon Duguit*, Sirey, 1932, p. 163.
- MICHAUX G.
La réforme de la législation pharmaceutique européenne, *Rev. Conc. Cons.* juillet 2005, p. 8.
- MIRKOVIC A.
Recherche sur l'embryon : vers la fin d'un grand gâchis éthique ? *JCP G*, 2009, I, 448.
Mère porteuse : maternité indéterminée, *Dr. famille*, 2009, étude 24.
- MOLFESSIS N.
La dignité de la personne humaine en droit civil, in *La dignité de la personne humaine*, M.-L. Pavia et Th. Revet (sous la dir.), *Economica*, 1999, p. 107.
- MONTEIRO J. et RUZEK V.
L'usage du signe à des fins autres que celle de distinguer les produits et services d'un opérateur économique, *Propr. ind.*, avril 2007, étude n°9.
- MOREAU J.
Le droit à la santé, *A.J.D.A.* 1998, n° spécial, 20 juillet-20 août 1998, *Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?* p. 185.
- MORET-BAILLY J.
Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques, *Droits*, 2002, n°35, p. 195.
- MORIN J.-F.
La brevetabilité dans les récents traités de libre-échange américains, *R.I.D.E.* 2004, p. 483.
- MOTULSKI H.
Le droit subjectif et l'action en justice, *A.P.D.*, t. IX, *Le droit subjectif en question*, Sirey, 1964, p. 215.
- MOUSSERON J.M.
L'épuisement du droit de brevet, *Dossiers Brevets*, 1993, 1.
Valeurs, biens, droits, in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277.
L'évolution du droit de la propriété industrielle, in *L'évolution contemporaine du droit des biens, Troisièmes Journées R. Savatier*, Poitiers 4 et 5 octobre 1990, PUF, 1991, p. 157.
Responsabilité civile et droits intellectuels, in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Litec, 1990, n°30, p. 258.
Aspect juridique du Know-How, *Cah. dr. entr.* 1972, n°1, p. 2.
- MOUSSERON J.M., RAYNARD J. et REVET Th.
De la propriété comme modèle, in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, p. 281.
- MOUSSERON J.M. et VIVANT M.
Les mécanismes de réservation et leur dialectique : le "terrain" occupé par le droit, in *L'entreprise, l'information et le droit*, *JCP E*, 1988, suppl. n° 1, p. 2.
- MUFKA C.
Accords ADPIC et brevets pharmaceutiques – Le difficile accès des pays en voie de développement aux médicaments antisida, *Rev. d'économie industrielle*, 2002, n°spécial : *Les droits de propriété intellectuelle, nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, p. 191.

NUSS P.

Le consommateur d'aujourd'hui face à la marque, *in Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 373.

NOURISSAT C.

L'accès au médicament dans le cadre communautaire, *in Le médicament et la personne, Aspect de droit international*, I. Moine-Dupuis (sous la dir.), Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, 2007, p. 89.

OPPETIT B.

Philosophie de l'art et droit de l'art, *A.P.D.* t. 40, *Droit et esthétique*, 1996, p. 203.

Les principes généraux dans la jurisprudence de cassation, *in Entretiens de Nanterre, JCP E*, 1989, suppl. n° 5, p. 16.

L'hypothèse d'un déclin du droit, *Droits*, 1986, p. 9.

L'engagement d'honneur, *D.* 1979, chron. p. 107.

ORSIF.

La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis, Origine et signification économique d'un dépassement de frontière, *Rev. d'économie industrielle*, n°99, *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, 2002, p. 81.

OST V.

Les brevets portant sur les inventions biotechnologiques, *in Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?* sous la dir. de B. Remiche, Actes du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Larcier, 2006, p. 131.

PARAIN-VIAL J.

La catégorie de l'avoir chez Gabriel Marcel et la notion de bien, *Archives de philosophie du droit*, t. 24, *Les biens et les choses*, p. 183

PASSA J.

Entre droit des brevets et droit de la santé publique : tentatives judiciaires pour faire interdire des médicaments génériques, *Propr. intell.* janvier 2006, p. 45.

La protection par le brevet des semences génétiquement modifiées. A propos de l'arrêt Monsanto de la Cour suprême du Canada, *Environnement*, Mars 2005, étude n°3.

Droit commun des marques et protection du consommateur, *in Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, n° 14, p. 793.

La propriété de l'information, un malentendu ? *Droit et patrimoine*, n°91, mars 2001, p. 65.

PAULIAT H.

Le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme, *RTD pub.* 1995, p. 1445.

PAVIA M.-L.

Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental, *L.P.A.* 6 mai 1994, n°54, p. 6.

PEARCE M. et FERGUSON V.

A change of scenery : open source licensing and its application to the biotech industry, *Patent World*, décembre 2005/janvier 2006, p. 22.

PEIGNE J.

Le droit du médicament après la loi du 26 février 2007 et l'ordonnance du 26 avril 2007, *R.D.S.S.* juillet-août 2007, p. 579.

PERGET J.

Transposition de la Directive biotechnologies : l'arrivée de la biodiversité, in *Quel droit de propriété industrielle au III^e millénaire ?* Litec, coll. CEIPI, 2001.

PERINET-MARQUET H.

La place de l'incorporel dans l'avant-projet de droit des biens, in *L'appréhension par le droit de l'incorporalité. Le droit commun est-il apte à saisir l'incorporel ?* Actes du colloque du 21 novembre 2008, Université de Rennes, *Rev. Lamy Droit civil*, novembre 2009, p. 19.

PIATTI M.-C.

Le consommateur au pays des propriétés immatérielles, Publication collective, *R.L.D.A.* décembre 2004, supplément n°77.

PIATTI M.-C. et GAUBIAC Y.

La création artistique assistée par ordinateur, *Problèmes de droit d'auteur, R.I.D.A.* 1983, n°118, p. 109.

PICARD E.

L'émergence des droits fondamentaux, *A.J.D.A.* 20 juillet/20 août 1998, p. 6.
Embryologie juridique, *Journal du droit international privé*, 1883, p. 565.

PIEDELIEVRE A.

Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien, in *Aspects du droit privé à la fin du XX^{ème} siècle : études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, LGDJ, Montchrestien, éd. Techniques, 1986, p. 55.

PIREDDA V.

La cuisine mettrait-elle les pieds dans notre P.L.A. ? *R.I.D.A.* juillet 1998, n°177, p. 276.

PIROVANO A.

Droit de la concurrence et progrès social après la loi NRE du 15 mai 2001, *D.* 2002, p. 62.
Progrès économique ou progrès social, *D.* 1980, p. 145.
La fonction sociale des droits : réflexion sur le destin des théories de Josserand, *D.* 1972, chron. p. 67.

PLAISANT R.

La protection du logiciel par le droit d'auteur, *Gaz. Pal.* 1983, 1, doct., p. 348.
Critères objectifs et subjectifs en matière de brevetabilité, in *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 527.
Les brevets spéciaux de médicaments, *JCP G*, 1961, I, 1616.

PLASSERAUD Y.

La marque de fabrique, de commerce, ou de service dans l'industrie pharmaceutique, *Inf. pharm.* 1984, p. 667.

PLAT M.

La définition nouvelle des produits d'hygiène ayant le statut de médicament, *R.D.S.S.* 1972, n°299, p. 44.

POLLAUD-DULIAN F.

Abus de droit et droit moral, *D.* 1993, chron., p. 97.

PONTIER J.-M.

La notion d'œuvre d'art, *R.D.P.* 1990, p. 1403.

PONTILLE D., MILANOVIC F., RIAL-SEBBAG E.

Collectionner le vivant : régulation, marché, valeur, *Rev. d'économie industrielle*, n°120, 2007, p. 195.

PORTALIS

Discours relatif au titre du Code civil consacré à la propriété, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. Fenet, T. 11, Paris, Videcoq, 1836, p. 112.

PRIETO C.

La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain, *D.* 2007, chron. p. 2884.

PUTMAN E.

Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale justiciable du référé-liberté, *R.J.P.F.*, janvier 2006, p. 12.

QUATRAVAUX C.

Médicaments-biomédicaments : les demandes de brevets français, *Propr. ind.* décembre 2008, alerte 193.

QUENAUDON (de) R.

La « doctrine progressiste » : une lecture du droit du travail en crise ?, *D.* 2005, p. 1736
Droit et Progrès, in *Mélanges Dominique Schmidt*, éd. Joly, 2005, p. 187.

RAMPELBERG R.-M.

Pérennité et évolution des res incorporeales après le droit romain, *A.P.D.* t. XLIII, *L'immatériel et le droit*, Sirey, 1999, p. 35.

RAVILLARD P.

La décision du 30 août 2003 sur l'accès aux médicaments : une étape historique dans le processus de négociation de l'OMC, *Propr. intell.* janvier 2004, p. 524.

RAVILLON L.

Les contrats internationaux relatifs aux médicaments, in *Le médicament et la personne, Aspects de droit international* (sous la dir.) I. Moine-Dupuis, Actes du colloque des 22 et 23 septembre 2005, Dijon, Université de Bourgogne, éd. CNRS, vol. 28, 2007, p. 53.

RAYNARD J.

Propriété intellectuelle : un pluriel bien singulier, in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 527.

REMOND-GOUILLOUD M.

Ressources naturelles et choses sans maîtres, *D.* 1985, chron. p. 27.

REQUENA G.

Les certificats complémentaires de protection pour les médicaments. Plus de dix ans de pratique de l'INPI, *Propr. intell.* juillet 2005, p. 313.

L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque, *D.* 2001, chron. p. 3604.

REVET Th.

L'incorporalité en droit des biens, in *L'appréhension par le droit de l'incorporalité. Le droit commun est-il apte à saisir l'incorporel ?* Actes du colloque du 21 novembre 2008, Université de Rennes, *Rev. Lamy Droit civil*, novembre 2009, p. 5.

- Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire, *Dr. et patr.* 2004, n°124, p. 20.
L'argent et la personne, *A.P.D.*, t. 42, *L'argent et le droit*, Sirey, 1997, p. 43.
- ROBERT J.-A. et CHARLUTEAU Q.
La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats commerciaux et industriels, *Lamy droit civil*, juill.-août 2009, p. 51.
- ROCHFELD J.
Entre propriété et accès : la résurgence du commun, in *La bioéquité* (sous la dir.) F. Bellivier et Ch. Noiville, éd. Autrement, coll. *Frontières*, 2009, p. 69
- ROMEYER-DHERBEY G.
Chose, cause et œuvre chez Aristote, *A.P.D. T. XXIV, Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 127.
- ROSE-ACKERMAN S.
L'inaliénabilité et la théorie des droits de propriété, *R.R.J.* 1987/2, n°14, p. 533.
- ROUBIER P.
L'histoire des doctrines juridiques et ses leçons, *Annales de l'École française de Beyrouth*, 1947, p. 20.
Droits intellectuels ou droits de clientèle, *RTD civ.* 1935, p. 251.
- ROZES S.
Le médicament et le monopole pharmaceutique à l'épreuve du Marché commun, *Inf. pharm.* Mars/avril 1989, n°317, p. 275.
- SAGOT-DUVAUROUX D.
La propriété intellectuelle, c'est le vol ! Le débat du droit d'auteur au milieu du XIXe siècle, *L'Économie politique*, 2004/2, n°22, p.34.
- SAINT-JAMES V.
Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, *R.D.P.* 1997, p. 457.
- SARGOS P.
L'information sur le médicament, *JCP G*, 1999, I, 144.
- SAUVAT C.
Précision normative sur le droit à la santé, *RTD civ.* 2006, p. 24.
- SAVATIER R.
Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels, *RTD civ.*, 1958, n°29, p. 23.
Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine, *D.* 1958, p. 95.
Le droit et l'échelle des valeurs, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, t. 1, Théorie générale du droit et droit transitoire*, p. 441.
Le droit et l'accélération de l'histoire, *D.* 1951, chron. p. 29
- SCHATZ U.
La brevetabilité des inventions en matière de génie génétique, *Ann. propr. ind.* 1997, n°2, p. 105.

SCHERER F.-M.

Le bien-être mondial en matière de brevetabilité des produits pharmaceutiques, *in Brevet, innovation et intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?* sous la dir. de B. Remiche, Actes du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Larcier, 2006, p. 51.

SCHEUCHZER A.

L'invention brevetable en 2002, Réflexion sur la notion d'invention et les conditions de la brevetabilité, *in Protéger les inventions de demain*, La documentation française, INPI, coll. *Propriété intellectuelle*, sous la dir. de M. Vivant, Paris, 2003 p. 215.

SCHMIDT M.P.

Qu'est-ce qu'une composition de principes actifs d'un médicament ? *Propr. ind.* avril 2005, étude 10.

SCHMIDT-SZALEWSKI J.

Microsoft : soft lex sed lex, *Propr. ind.* mars 2008, comm. 25.

La propriété intellectuelle dans la mondialisation, *Propr. ind.* 2006, étude n°20.

La notion d'invention face aux développements technologiques, *in Droit et économie de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 2005, p. 243.

Les droits des chercheurs sur leurs découvertes : les enseignements du droit comparé, communication au colloque *La propriété scientifique*, organisé par l'Académie des sciences et des sciences morales et politiques, janvier 2002,

Savoir-faire, *Rép. Dr. com.* Dalloz, n° 60, p. 8.

La distinction entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale dans la jurisprudence, *RTD com.*, 1994, p. 455.

SCHOETTL J.-E.

La propriété intellectuelle est-elle constitutionnellement soluble dans l'univers numérique ? *L.P.A.*, n° 161,162, 163, 14 août 2006.

SCOTCHMER S.

Standing on the shoulders of giants : cumulative research and the patent law, *Journal of economics perspective*, vol. 5, n°1, Hiver 1991, p. 29.

SEELIG

La théorie de la distance, *R.I.P.I.A.* 1965, n°62, p. 389.

SEGURA-CARISSIMI J.

Éléments de réflexion et d'analyse autour du statut juridique des "chimères réelles" et de l'animal, dans les xénogreffes et les biotechnologies, *Gaz. Pal.* 28 décembre 2008, n°363, p. 62.

SERGHERAERT E.

Vers une clarification des conditions de l'arrivée des génériques sur le marché, *Propr. ind.* mai 2007, alerte n°63.

Le nouveau règlement communautaire relatif aux médicaments à usage pédiatrique : la recherche d'un équilibre entre spécialités de référence et génériques, *Propr. ind.* 2006, étude n°31.

SERGHERAERT E. et SOETEMONT A.

Actualité récente de la procédure de prorogation des certificats complémentaires de protection instituée par le « règlement pédiatrique », *Propr. ind.* mai 2009, étude n°10.

SERIAUX A.

Maternité pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? *D.* 2009, chron. p. 1215.

La notion de choses communes, nouvelles considérations sur le verbe avoir, in *Droit et Environnement, Propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, PUAM, 1995, p. 23.

SEUBE A.

La réservation du Know How par le droit des contrats, in *Le Know How*, 5^e rencontre de propriété industrielle, Montpellier 1975, Litec, Paris, 1976, p. 80.

SEVE R.

Droit et Économie : quatre paradigmes, *A.P.D.* t. XXXVII, *Droit et Économie*, 1992, p. 63.

SIIRIAINEN F.

Libres propos et pensées sur la notion d'œuvre protégée et sa fonction, *Propr. ind.* octobre 2010, p. 39.

L'appropriation, in *Droit et marchandisation* (sous la dir.) de E. Loquin et A. Martin, Litec, 2010, p. 137.

Propriété intellectuelle et concurrence, problématique de la convergence, in *La propriété intellectuelle, entre autres droits* (sous la dir.) J.-M. Bruguière, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 31.

Théorie générale de la gestion collective. Logique de droit exclusif de la gestion collective, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, *Fasc. n°1550*, 2006, n°10.

« Droit d'auteur », contra « droit de la concurrence » : versus « droit de la régulation », *R.I.D.E.* 2001/4, p. 413.

L'appropriation de l'information : grandeur ou décadence de la propriété, in *Immatériel, nouveaux concepts*, sous la dir. de J. de Bandt et G. Gourdet, éd. Economica, 2001, p. 132.

Les réalités immatérielles et le Droit, in *Immatériel, nouveaux concepts*, sous la dir. de J. de Bandt et de G. Gourdet, éd. Economica, 2001, p. 38.

SIRINELLI P.

Brèves observations sur le « raisonnable » en droit d'auteur, in *Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 397.

STELLMACH J. A.

Brevetabilité des composés ayant une activité biologique, Quelques relations entre structure, activité biologique et activité inventive, *Propr. ind.* octobre 2006, p. 9.

STOTHERS C.

IMS Health and its implications for compulsory licencing in Europe, *E.I.P.R.* 2004, p. 467.

STOYANOVITCH K.

Les biens selon Marx, *A.P.D.*, T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 197.

STROWEL A.

L'œuvre selon le droit d'auteur, *Droits*, 1993-18, p. 79.

L'originalité en droit d'auteur : un critère à géométrie variable, *Journal des Tribunaux*, 1991, p. 513.

A la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique, in *Droit et Intérêt*, P. Gerard, F. Ost, M. van de Kerchove, vol. 1, *Approche interdisciplinaire*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1990, p. 37.

STROWEL A. et TRIAILLE J.-P.

De l'équilibre entre le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle. A propos de la proposition de loi Godfrain sur les créations réservées, *D.I.T.* 1993/2, p. 25.

SUDRE F.

La protection du droit de propriété par la Cour européenne des droits de l'homme, *D.* 1988, chron. p. 71.

SUND L.

Propriété intellectuelle et santé publique : l'accord de l'OMC sur les licences obligatoires permettra-t-il d'améliorer l'accès aux médicaments des populations frappées par la maladie, *Le courrier ACP-UE*, n°201, novembre- décembre 2003, p. 28.

SYLVESTRE J.-P.

Marchandisation et société, intervention dans le cadre du colloque du CREDIMI, *Droit et marchandisation* (sous la dir.) E. Loquin et A. Martin Dijon, 18 et 19 mai 2009, Litec, 2010, p. 27.

TABATONI P.

L'incorporel comme ressource économique. Propos introductifs, *A.P.D.*, T. XLIII, *L'immatériel et le droit*, Sirey, 1999, p. 149.

TABBAH B.

La trilogie : sécurité, justice et progrès social, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, *Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, 1961, p. 459.

TABUTEAU D.

Le droit à la santé : quelques éléments d'actualité, *Droit Social*, n°4, avril 1991, p. 332.

TERRE D.

Droit, morale et sociologie, *L'année sociologique*, 2004-2, p. 483.

TERRE F.

L'être et l'avoir ? La personne et la chose, Responsabilité civile et assurances, in *Études offertes à Hubert Groutel*, Litec, 2006, p. 459.

THERY R.

De l'utilisation à la propriété des choses, in *Études offertes à G. Ripert*, T. 2, Paris, LGDJ, 1950, p. 20.

THOMAS Y.

La valeur des choses. Le droit romain hors la religion, *Annales – Histoire, Sciences Sociales*, novembre-décembre, 2002, p. 1431.

Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain), *A.P.D.*, t. XXV, *La loi*, Sirey, 1980, p. 416.

TIROLE J.

Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? in *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, M.-A. Frison-Roche et A. Abello (sous la dir.), LGDJ, 2005, p. 3.

Protection de la propriété intellectuelle : une introduction et quelques pistes de réflexion, in *Propriété intellectuelle, Conseil d'Analyse Economique*, La documentation française, 2003, p. 9.

TISSEYRE M. et CAMPION M.-D.

Quel statut pour les produits de thérapie cellulaire et génique ? *Bull. ordre pharm.* mars 1996, n°350, p. 81.

TORRE-SCHAUB M.

Existe-t-il un modèle dans la classification des biens ? L'exemple des biens de l'environnement, *in Code civil et modèles: des modèles du Code au Code comme modèle*, ouvrage collectif sous la direction de Th. Revet, LGDJ, Tome 6, 2005, p. 139.

TUBIANA M.

Aspects médicaux et éthiques de l'utilisation des cellules souches, *La lettre de l'Académie des Sciences*, n°4, été 2002, p. 11.

TUOSTO C.

The TRIPs concil decision of August 30, 2003 on the import of pharmaceuticals under compulsory licences, *E.I.P.R.* 2004, n°12, p. 542.

ULLRICH H.

Propriété intellectuelle, concurrence et régulation, limites de protection et limites de contrôle, *R.I.D.E.* 2009, p. 399.

L'ordre concurrentiel : rapport de synthèse, *in Mélanges en l'honneur de A. Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2004, p. 677.

ULMER E.

La protection par le droit d'auteur des œuvres scientifiques en général et des programmes d'ordinateurs en particulier, *R.I.D.A.* octobre 1972, p. 47.

VALABREGUE R.

La notion de nouveauté et de brevetabilité, *in Mélanges Marcel Plaisant*, 1960, p. 187.

VALETTE

Le juge communautaire et l'harmonisation des législations nationales relatives au médicament à usage humain, *RTD eur.* 1996, n°32, p. 25.

VERON P.

Contrefaçon et brevet d'invention – Usage expérimental et essais cliniques, situation législative et jurisprudentielle dans les principaux pays industriels, *R.D.P.I.* 2000, n°107, p. 17.

Les essais cliniques en vue de la mise sur le marché d'un médicament générique ne peuvent être conduits avant l'expiration des droits de propriété industrielle sur le médicament, *Propr. ind.* 2000, n°107, p. 31.

VIALA G.

De nouvelles règles pour la publicité pharmaceutique, *R.D.S.S.* 1997, p. 75.

Vers l'achèvement du marché intérieur des produits pharmaceutiques et parapharmaceutiques, *R.D.S.S.* 1990, p. 74.

Définition du Médicament, *Mon. pharm.* 1990, n°1914, p. 17.

Le Conseil de la Concurrence et la distribution pharmaceutique, *R.D.S.S.* 1988, p. 48.

VIALA G. et CAMPION M.-D.

Le médicament et l'Union européenne : la nouvelle donne, *L.P.A.* 1994, n°59, p. 26.

Médicament et monopole devant la Cour de justice de Luxembourg, *L.P.A.* juillet 1991, p. 51.

L'élargissement communautaire en matière de libre circulation des médicaments, *Bull. ordre pharm.* août 1989, n°320, p. 742.

VILLEY M.

Critiques de l'utilitarisme juridique, *R.J.J.* 1981-1982, p. 166.

Préface, *A.D.P.*, t. XXVI, *L'utile et le juste*, 1981, p.6.

Questions sur l'ontologie d'Aristote et le langage juridique romain, *Rev. d'histoire du droit français et étranger*, vol. 54, 1976, p. 637.

Préface historique, *A.P.D.*, T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 1.

La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam, *A.P.D.* t. IX, *Le droit subjectif en question*, 1964, p. 97.

Gaius et le droit subjectif, in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1962, p. 177.

VIVANT M.

Les métamorphoses de l'œuvre. Des mythologies aux mythes informatiques, *D.* 2010, p. 776.

Considération au fil de la plume sur la norme subtile, in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1059.

Synthèse des débats, Cycle de conférences de la Cour de Cassation, Droits de propriété intellectuelle : approches juridique et économique, Rapport de Synthèse, Séminaire de la Cour de Cassation, nov. 2006, *Rev. Lamy de la concurrence*, avril-juin 2007, p. 222.

Et donc la propriété littéraire et artistique est une propriété... *Propr. Intell.* avril 2007, p. 193.

Le système brevet en question, in *Brevet, innovation, intérêt général, Le brevet : pourquoi et pour quoi faire ?* Actes du colloque du Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor, Bruxelles, éd. Larcier, sous la dir. de B. Remiche, 2007, p. 19.

Parfums : l'heureuse résistance des juges du fond, *D.* 2007, p. 954.

La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle, *R.I.D.E.* 2006/4, t. XX, 4, p. 374.

Les exceptions nouvelles au lendemain de la loi du 1^{er} août 2006, *D.* 2006, p. 2159.

Contre la logique de l'instant, Le droit et l'air du temps à travers l'exemple de la propriété intellectuelle, in *Droit et actualité : études offertes à Jacques Beguin*, Paris, Litec, 2005, p. 769.

Savoir et avoir, *A.P.D.*, t. XLVII, *La mondialisation entre illusion et utopie*, Sirey, 2003, p. 333.

Office européen des brevets, L'heure des clarifications, *Courrier de la Planète*, n°57, 2000, p. 24.

L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles, in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, coll. *Centre du droit de l'entreprise*, 1998, p. 441.

Propriété intellectuelle et ordre public, in *Mélanges Jean Foyer*, éd. PUF, 1997, p. 307.

An 2000 : l'information appropriée ? in *Mélanges offerts à J.-J. Burst*, Litec, 1997, p. 652.

La notion juridique de brevet, in *Le génome et son double*, G. Hubert (sous la dir.), éd. Hermes, 1996, p. 147.

La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante, *JCP G*, 1995, I, 3883.

L'affaire Magill, propriété intellectuelle, abus de position dominante et licence obligatoire, *Dossiers brevets*, 1995, II.

Pour une épure de la propriété intellectuelle, in *Mélanges en l'honneur de A. Françon*, Dalloz, 1995, p. 415.

Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? A propos et au-delà de la proposition de directive européenne, *D.* 1995, p. 197.

Sciences et praxis juridique, *D.* 1993, p. 109.

Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle, *JCP E*, 1993, I, 251.

La brevetabilité de la seconde application thérapeutique, *JCP G*, 1989, I, 3382.

La création générée par ordinateur, *Cahiers Lamy Informatique*, février 1989, p. 2.

Banques de données et droit d'auteur, *Actes du colloque de l'Institut Henri Desbois*, novembre 1986.

A propos des « biens informationnels », *JCP G*, 1984, I, 3132.

Informatique et propriété intellectuelle, *JCP G*, 1984, I, 3169.

Brèves réflexions sur le droit d'auteur suscitées par le problème de la protection des logiciels, *Informatica e Diritto*, Florence, 1984, p. 73.

VIVANT M. et BRUGUIERE J.-M.

Réinventer l'invention ? *Prop. intell.* juillet 2003, p. 286.

VIVANT M. et PITOIS T.

La technique au cœur du brevet : un concept social évolutif, *Droit et société*, 1996, n°32, p. 120.

VON LEWINSKI S.

Américanisation de la propriété intellectuelle, *Prop. Intell.* janvier 2004, n°10, p. 482.
Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ? Actes du Colloque de Montpellier organisé par l'ERCIM, 2002, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2004.

VULLIERME J.-L.

La chose (le bien) et la métaphysique, *A.P.D.*, T. XXIV, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 31.

WIHELM P.

Le parrainage audiovisuel, *Legicom*, 1998, n°16, p.7.

WILCKHAM S.

Caractéristiques de la concurrence moderne et intérêt du consommateur, *Rev. Conc. Cons.*, 1^{er} mars 1996, n°90, p. 31.

XIFARAS M.

Le copyleft et la théorie de la propriété, *Multitudes*, n°41, 2010, p. 50.
La destination politique de la propriété chez Jean-Jacques Rousseau, *Études philosophiques*, n°3/2003, p. 331.

ZENATI F.

L'immatériel et les choses, *A.P.D.* t. XLIII, Sirey, 1999, p. 79.
Étendue de la propriété foncière, *RTD civ.* 1999 (chron.) p. 142.
Pour une rénovation de la théorie de la propriété, *RTD civ.* 1993, p. 305.
Le droit des biens dans l'œuvre du Doyen Savatier, in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, 3^e journées R. Savatier, PUF, 1991, p. 16.

ZENATI-CASTAING F.

La proposition de refonte du Livre II du Code civil, *RTD civ.* 2009, p. 211.

ZERDA-SARMIENTO A. et FORERO-PINEDA C.

Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques, *R.I.S.S.* 2002/1, n°171, p. 111.

- NON JURIDIQUES

ADORNO T. et HELLER A.

Par delà le vrai et le faux. Deux textes sur la théorie des besoins, *Mouvements*, 2008/2, n°54, p.13.

ARROW K.

Economic Welfare and allocation of ressource for invention, in *The rate and direction of inventive activity*, R.-R. Nelson, Princeton University Press, 1962.

BONNEMAIN H.

Remèdes secrets, *Rev. d'histoire de la pharmacie*, 2001, n°332, p. 471.

Charlatans, *Rev. d'histoire de la pharmacie*, 1963, n°179, p. 233.

COASE R.

The problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics*, 3, 1960.

COMTE-SPONVILLE A.

À propos de la vie, du droit et de la morale, in *Éthique médicale et droits de l'Homme*, éd. Actes-Sud- Inserm, 1988, p. 275.

CORVOL P. et POSTEL-VINAY N.

Le progrès médical à l'aube du XXI^e siècle : quel palmarès ? *Les Tribunes de la santé*, 2009/4, n°25, p. 27.

DEPLOIGE S.

La théorie thomiste de la propriété (suite), *Rev. Néo-Scholastique*, vol. 2, n°6, 1895, p. 163.

DURKHEIM E.

Jugement de valeur et jugements de réalité, *Rev. de métaph. et mor.*, 1911, p. 437.

GIRAUD G.

Le rapport Sen-Stiglitz et le progrès social, *Projet*, 2010/1, n°314, p. 74.

HARDIN G.

The tragedy of the commons, *Science*, 1968, vol. 162, p. 1243.

HARRIBEY J.-M.

La richesse au-delà de la valeur, *Alterdémocratie, Alteréconomie*, n°26, 2005/2, p. 361.

KOHLER G., MILSTEIN C.

Continuous cultures of fused cells secreting antibody of predefined specificity. *Nature*, 1975, 5517, 495-7.

LEFEBVRE T.

Le génie inventif des pharmaciens, brevets d'invention 1836-1852, *Rev. d'histoire de la pharmacie*, 1994, n°302, p. 277.

LOCKE J.

Some Considerations on the Consequences of the Lowering of Interest, 1691, in *Works*, Londres, 1777, t. II, p. 28.

LONG P.-O.

Invention, Authorship, « Intellectual property » and the Origin of Patents: Notes toward a Conceptual History, *Technology and Culture*, Vol. 32, n°4, Special Issue : *Patent and Invention*, octobre 1991, p. 846.

V. RAPPORTS ET AVIS

- Académie des sciences, *Les plantes génétiquement modifiées*, rapport sur la Science et la Technologie, n°13, éd. Lavoisier, 2002, p. 40-66.

- Académie des sciences, *Le monde végétal - Du génome à la plante entière*, R. DOUCE et F. GROS, rapport sur la Science et la Technologie, n°10, octobre 2000.

- Agence de Biomédecine, *Bilan d'application de la loi bioéthique de 6 août 2004*, rapport d'octobre 2008, disponible sur www.agence-biomedecine.fr/fr/doc/rapport-bilan-LB-oct2008.pdf, p. 60.
- AIPPI, *The impact of public health issues on exclusive patent rights*, summary report, Q. 202, p. 2.
- AIPPI, *Le contenu et la pertinence des critères de l'application industrielle et/ou de l'utilité comme condition de la brevetabilité*, rapport Q.180 du Groupe français, n°2.1.3. 1, p. 5, disponible sur <http://www.aippi.asso.fr>.
- Association littéraire et artistique internationale (ALAI), *La protection des idées*, actes du colloque de Sitges du 4-7 octobre 1992, ALAI 1994, A. LUCAS, *La distinction entre la forma et l'idée en matière de droit d'auteur*, p. 119.
- G. BARBIER, Rapport n° 163 (2006-2007) , fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 17 janvier 2007, sur Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament.
- A. CLAEYS et J.-S. VIALATTE, *Rapport sur la Recherche sur les cellules souches*, n°2718-n°652, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 8 juillet 2010.
- A. CLAEYS, *Les recherches sur le fonctionnement des cellules humaines*, rapport n°3498, Assemblée Nationale, décembre 2006.
- A. CLAEYS, *Rapport sur les conséquences des modes d'appropriation du vivant sur les plans économique, juridique et éthique*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologique, Assemblée Nationale n°1487, 2004, p. 80.
- A. CLAEYS, *Rapport sur la brevetabilité du vivant*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée Nationale, n°3502, 20 décembre 2001.
- CNIL, *Délibération n°04-054 du 10 juin 2004 portant avis sur le projet de loi relatif à la réforme de l'assurance maladie*.
- Comité Consultatif National d'éthique, *Questions éthiques posées par les nanosciences, les nanotechnologies et la santé*, avis n°96 pour les sciences de la vie et de la santé du 1^{er} mars 2007.
- Comité Consultatif National d'éthique, *Problèmes éthiques posés par la collection de matériel biologique et les données d'information associées : « biobanques » et « biothèques »*, avis n°77 pour les sciences de la vie et de la santé du 20 mars 2003.
- Comité Consultatif National d'Éthique, *Les banques de sang de cordon ombilical en vue d'une utilisation autologue ou en recherche*, avis n°74 pour les sciences de la vie et de la santé.
- Comité Consultatif National d'Éthique, Avis sur l'avant-projet de loi portant transposition, dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 6 juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, avis n°64 du 8 juin 2000.
- Commission des Communautés, *Information et propriété intellectuelle, Ensemble informationnel automatisé et propriété intellectuelle*, M. VIVANT, avec le concours de C. LE STANC et A. LUCAS, 1989.
- Commission sur les Droits de la propriété intellectuelle, l'Innovation et la Santé publique, *Santé publique, innovation et droits de propriété intellectuelle*, Rapport d'avril 2006.

- Commission Européenne, *La concurrence dans le secteur pharmaceutique*, rapport final du 8 juillet 2009 p. 3.
- Conseil d'analyse économique, *Propriété intellectuelle*, La documentation française, 2003.
- Conseil Économique, social et environnemental, *Les biomédicaments : des opportunités à saisir pour l'industrie pharmaceutique*, avis du 10 juin 2009, La documentation Française, 1^{ère} partie, p. 5.
- Conseil d'État, *Rapport public, Réflexions sur le droit de la santé*, éd. La documentation française, *Études et Commentaires*, 1998, p. 235.
- Conseil d'État, *L'éthique des sciences du vivant : réflexions à partir de l'expérience française*, N. QUESTIAUX, Rapport public, 1998, p. 323.
- Conseil National de l'Évaluation Commissariat Général au Plan, *Rapport d'évaluation sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, La documentation française, 1991.
- P.-L. FAGNIEZ, Rapport parlementaire : cellules souches et choix éthiques, du 26 juillet 2006.
- C. GATIGNOL, *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat (n°1884), relatif à la protection des inventions biotechnologiques*, Assemblée Nationale, n°1936, le 23 novembre 2004, p. 43.
- Groupe Européen d'Ethique, *Aspect éthique des implants TIC dans le corps humain*, avis n°20 du 16 mars 2005.
- Groupe Européen d'Ethique, *Rapport sur les banques de sang de cordon autologue*, avis n°19, 2004.
- Groupe Européen d'Ethique, *A history of patenting life in the United States with comparative attention to Europe and Canada*, D.-J. KEVLES, rapport du 12 janvier 2002, disponible sur : http://ec.europa.eu/european_group_ethics/publications/docs/study_kevles_en.pdf.
- Groupe International d'experts en biotechnologie, innovation et propriété intellectuelle, *Vers une nouvelle ère de propriété intellectuelle : de la confrontation à la négociation*, MacGill, CIPP, Septembre 2008.
- M. LEVY et J.-P. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, La croissance de demain*, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, 2006, p. 11.
- OCDE, *Innovations génétiques, droits de propriété intellectuelle et pratiques d'octroi de licences : éléments d'informations et de politiques*, 2002, p. 57, disponible sur : <http://www.oecd.org/dataoecd/42/27/33814234.pdf>.
- Office parlementaire d'Évaluation des choix scientifiques et technologiques, Rapport n°2145-n°155, de Michel Lejeune et Jean-Louis Touraine, le 9 décembre 2009, sur l'expérimentation animale en Europe. Quelles alternatives ? Quelle éthique ? Quelle gouvernance ?
- Organisation Mondiale de la Santé et Organisation Mondiale du Commerce, *Rapport sur de l'atelier sur la fixation différenciée des prix et sur le financement des médicaments essentiels*, rapport conjoint du 8-11 avril 2001, à Hosbjorg, Norvège, disponible sur : www.who.int/medecines/docs/par/equitable_pricing.doc.
- Organisation Mondiale de la Santé, *Mondialisation, ADPIC et accès aux produits pharmaceutiques*, Rapport, n°3, mars 2001.

- Organisation Mondiale de la Santé, *Report of the Commission Macroeconomics and Health, Macroeconomics and Health : Investing in Health for economic development*, 2001, chaired by J. D. SACHS, éd. OMS. En français : « Commission Macroéconomie et Santé, *Macroéconomie et Santé : Investir dans la santé pour le développement économique* ». (disponible en version électronique : <http://whqlibdoc.who.int/publications/2001/924154550x.pdf>).

- STIGLITZ, SEN et FITOUSSI, *Rapport de la Commission sur la mesure des performances économiques et du progrès social*, du 14 septembre 2009, disponible sur <http://www.stiglitz-sen-fitoussi.fr>.

VI. PRESSE, SITES INTERNET

Sites internet (la matière implique un travail avec Internet, nous évoquons les sites mentionnés dans l'étude et régulièrement consultés)

- <http://www.aippi.asso.fr>, AIPPI, *Rapport du Congrès de Genève, Rapport Q. 180 : Le contenu et la pertinence des critères d'application industrielle et/ou de l'utilité comme condition de brevetabilité*.
- <http://www.biodiv.org/convention/articles.asp?lg=0&a=cbd-15>, *Convention on Biological Diversity*, article 15, *Access to genetic resources*, 1992.
- www.bpem.org
- <http://www.cbd.int/programmes/socio-eco/traditional/> : *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, de septembre 2007. la Convention stipule : « *Traditional knowledge refers to the knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities around the world. Developed from experience gained over the centuries and adapted to the local culture and environment, traditional knowledge is transmitted orally from generation to generation. It tends to be collectively owned and takes the form of stories, songs, folklore, proverbs, cultural values, beliefs, rituals, community laws, local language, and agriculture practices, including the development of plant species and animal breeds. Traditional knowledge is mainly of a practical nature, particularly in such fields as agriculture, fisheries, health, horticulture, forestry, and environmental management in general* »
- <http://developpementdurable.revues.org/documents5303.html>, *Santé et biens communs : un regard de juriste, Développement durable et territoire*, I. MOINE-DUPUIS, Dossier 10, *Biens communs et propriété*.
- www.diplomatie.gouv.fr, Ministère des Affaires Etrangères propose un dossier complet sur la définition des biens publics mondiaux à travers les publications de la D.G.C.I.D.
- <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>
- http://www.ecoconso.be/IMG/fc144_hygiene_parfums.pdf : « Produits d'hygiène : un parfum de danger ».
- <http://www.edqm.eu/fr/Pharmacopee-europeenne-6e-Edition-681.html>. Dont le coût pour un nombre d'utilisateurs illimité est considérable, près de 50000 euros, pour l'accès en ligne à la 7^e édition
- <http://www.greenpeace.org/raw/content/france/press/reports/parfum-de-scandale.pdf> : « Parfum de scandale, une enquête sur la composition chimique de 36 eaux de toilette et eaux de parfum ».
- <http://www.greenpeace.org/france/news/ogm-monsanto>.
- <http://www.greenpeace.org/france/news/ogm-monsanto>.
- <http://www.henricapitant.org>, *Avant-projet de réforme du droit des biens*, Association H. CAPITANT, sous la présidence de M. le professeur H. PERINET-MARQUET, le 31 octobre 2008, présentée au colloque de Lyon, le 4 décembre 2008.
- <http://histoirepharmacie.free.fr> : sur l'histoire des pharmacopées de l'Antiquité à la Renaissance en passant par les temps médiévaux.
- <http://www.inpi.fr>, 4^{ème} rencontre INPI de l'Innovation, *Du médicament au biomédicament : tendance de l'innovation*.

- http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm : Commission on Intellectual Property Rights, *Integrating intellectual property rights in development policy*, Londres, 2002.
- <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/> : Rapport parlementaire : cellules souches et choix éthiques, du 26 juillet 2006, P.-L. FAGNIEZ.
 - <http://www.leem.org/>, *Bioproduction 2008, Etat des lieux et recommandations pour l'attractivité de la France*, LEEM (les entreprises du médicament) et Genopole, 2008.
 - <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t030315ex1.pdf>, la chambre des recours technique de l'OEB, le 6 juillet 2004, T. 0315/03, *RTD com.* 2006, p. 342, n°2, note GALLOUX.
 - http://www.minefe.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_conso/atelier16.htm *La santé : qu'est-ce que c'est ?* E. FOUASSIER, in actes du colloque de la DGCCRF, *La santé : un modèle français ?* 19 octobre 2000.
 - <http://www.questia.com/library/book/facts-and-values-studies-in-ethical-analysis-by-charles-l-stevenson.jsp>.
 - http://www.sitec.fr/users/akenatondocks/DOCKSdatas_f/forums_f/theory_f/DONGUY_f/perfdong.html, entretien de 1991, rapportés par J. DONGUY sur la performance comme catégorie artistique.
 - http://survie.org/IMG/pdf/Mondialisation_BP_sante.pdf, Colloque *La santé comme bien public, du local au mondial*, 8 novembre 2003 organisé par H. LATRON, F.-X. VERSCHAVE, P. LAPORTE, dont une partie est consacrée à « *Pour une mondialisation du bien public santé !* » traitée par G. KRİKORIAN, M. EL MOUBARAKI, E. PINHEIRO.
 - <http://www.uspto.gov/web/menu/utility.pdf>, *Guidelines for Examination of Applications for Compliance with the Utility Requirement*, p. 5.
 - <http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM-89542>, *Du contrat social ou principe du droit politique*, J.-J. ROUSSEAU, éd. Marc-Michel Rey, 1762.
 - <http://www.who.int/intellectualproperty/studies/B.Patwardhan2.pdf> : B. PATWARDHAN, *Traditional medicine : modern approach for affordable global health*, Geneve, CIPIH study paper, 25 mars 2005.
 - www.wto.org.

Presse

- « *BioIntelligence* », le programme qui peut révolutionner la fabrication des médicaments, *Le Monde*, 28 octobre 2009.
- *Gardons la loi Evin telle quelle !* A. RIGAUD, *Le Monde*, 8 mai 2004, p. 16.
- *La filière du vin s'inquiète de la désaffection des consommateurs*, P. GALINIER, *Le Monde*, 22-23 février 2004, p. 15.
- *La propriété intellectuelle, c'est le vol*, D. COHEN, *Le Monde*, 8/9 avril 2001.
- *Le génome humain sauvé de la spéculation*, J. SULSTON, *Le Monde diplomatique*, décembre 2002.
- *Les droits des brevets contre le droit à la santé*, K. WATKINS, *Courrier International (extrait International Herald Tribune)*, 22 février 2001, n°538.
- *Les médicaments à bas prix contre le Sida divise les experts*, M. WADMAN, *Courrier International (extrait de la revue Nature)*, 19 avril 2001, n°546.
- *Merck to offer aids drug price cut to Thais*, KAZMIN, *Financial Times*, 1^{er} décembre 2006, n°36245, p. 6.
- *Myriad Genetics obtient gain de cause devant l'office européen des brevets*, J.-Y. NAU, *Le Monde*, 20 novembre 2008.
- *Untangling Thailand's Drug policies*, H. E. BALE Jr., *Wall Street Journal Europe*, 14 mars 2007, n°31, p. 12.

ANNEXES

I. TABLE CHRONOLOGIQUE DES DECISIONS

Décisions étrangères

D. Greenberg et al. v. Miami Children's Hospital Research Institute, Southern District Court of Florida, n°02-22244-CIV, Moreno, 29 mai 2003, *Propr. Intell.* juillet 2004, p. 838, note J.-M. BRUGUIERE

Trust Co v. Signature Financial Group. INC, 47 U.S.P.Q. 1596, 1601 (1998)

In re Brana, 34 USPQ 1437 (1995), K. Bastian et J. Storella, *Ease burden of proving utility for pharmaceutical inventions*, *Biotechnology Law Report*, Novembre/décembre 1995, vol. 14, n°6, p. 953

Moore v. Regents of the University of California, Cour d'appel de Californie (1988)

Nelson v. Bowler, 206 USPQ 881-883 (1980)

Diamond v. Chakrabarty, 447 USPQ303, 206 (1980)

Rey-Bellet v. Engelhardt, 181 USPQ 453, 454 (1974)

Campbell v. Wettstein, 177 USPQ 376-379 (1973)

Brenner v. Manson, 148 USPQ 689-693 (1966)

In re Krimmel, 130 USPQ 215-219 (1961), *Biotechnology Law Report*, sept./oct. 1994, vol. 13, n°5, 633.

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 18 septembre 2007 n°s 25379/04, 21688/05, 21722/05 et 21770/05, *Paeffgen GMBH c/ Allemagne* : www.echr.coe.int (non disponible en français) ; *RTD civ.* 2008, p. 503, obs. Revet ; *C.E.E.* 2008, comm. n° 88, p. 26, note Caron ; *C.C.E.* 2008, chron. n° 11, p. 26, obs. Marino.

CEDH, 11 janv. 2007, n° 73049/01, *Anheuser-Busch inc. c/ Portugal*, *Com. com. électr.* 2007, comm. n° 67, note Caron.

CEDH, 30 nov. 2004, n° 48939/99, *Öneryildiz c/ Turquie*, *AJDA*, 2005, p. 1133 ; *RTD civ.* 2005, p. 422, obs. Revet.

CEDH, 15 novembre 1996, aff. 45/1995/551/637, *Cantoni c/ France*, *JCP G* 30 avril 1997, II, 22836, note Fouassier et Vion.

CEDH, 23 févr. 1995, n° 15375/89, *Gasus Dossier und Fördertechnik c/ Pays-Bas*.

CEDH, 24 février 1994, *Casado Coca c/ Espagne* (en matière de publicité commerciale)

CEDH, 26 juin 1986, n°8543/79, *Van Marle et autres c/ Belgique*, disponible sur le site <http://cmiskp.echr.coe.int>.

O.E.B.

Grande chambre de recours de l'O.E.B.

GCR, décision du 19 février 2010, aff. G. 0002/08 (publiée le 29 octobre 2010) *Propr. intell.* avril 2010, p. 737, comm. Galloux, Warusfel.

GCR, décision 2/06, 25 novembre 2008, *Winsconsin Alumni Research Foundation*, *Propr.ind.* janvier 2009, alerte n°10, obs. Gaumont-Prat.

GCR, décision 5/2006, 16 décembre 2005, , *Propr. intell.* avril 2006, p. 188, note Galloux, Gutmann, Warusfel.

GCR, décision 01/98, 21 décembre 1999, *RTD com.* 2000, n°1, p. 79, note Azema et Galloux.

GCR, décision du 5 décembre 1984, n°G0001/83, *P.I.B.D.* 1985, III, p. 146.

Chambres de recours technique de l'O.E.B.

CRT, décision T.0666-05, 19 novembre 2008, *Propr. ind.* janvier 2009, alerte 11, note Nau.

CRT, décision du 7 avril 2006, *Propr. intell.* avril 2007, p. 227, note Galloux.

CRT, décision 1374/04, 23 novembre 2005, *Winsconsin Alumni Research Foundation*, *Propr. intell.* avril 2006, p. 191, note Galloux.
 CRT, décision 0870/04, 11 mai 2005, aff. *BDP1 phosphatase/Max-Planck*.
 CRT, décision T 0890/2, 14 octobre 2004, *Bayer CropScience SA*, *Journal Officiel OEB 2005*, p. 497 ; *Propr. ind.* octobre 2006, p. 24, note Raynard et Vigand.
 CRT, décision 0383/03, 1^{er} octobre 2004, *propr. intell* avril 2006, p. 187, note Galloux.
 CRT, décision T. 0315/03, 6 juillet 2004, *RTD com.* 2006, p. 342, n°2, note Galloux, décision disponible sur <http://legal.european-patent-office.org/dg3/pdf/t030315ex1.pdf>.
 CRT, décision T 728/98, 12 mai 2000, *Journal Officiel de l'OEB 2001*, p. 319.
 CRT, décision T 958/94, 30 septembre 1996, *Journal Officiel OEB 1997*, p. 241.
 CRT, décision 356/93, 21 février 1995, *Plant Genetic System, P.I.B.D.* 1996, III, p. 561
 CRT, décision T. 19/90, 3 octobre 1990, *Souris oncogène/Harvard, JO OEB 1990*, p. 476 ; *PIBD* 1991, III, p. 96. CRT, décision T 301/87, 16 février 1990, *Alpha interferon/Biogen, Journal Officiel OEB*, 1990, p. 335.
 CRT, décision 14 octobre 1987, *P.I.B.D.* 1989, III, p. 198.
 CRT, décision 25 septembre 1987, *P.I.B.D.* 1988, III, p. 482.
 CRT, décision 36/83, *Journal Officiel OEB* 1986, p. 295.
 CRT, décision T 61/83, *inédit, RTD com.* 1984, p. 78, n° 3, obs. Chavanne et Azema.
 CRT, décision 49/83 du 26 juillet 1983, *Ciga-Geigy*.

Divisions d'opposition et d'examen

Div. Opp., 7 novembre 2001, *Souris oncogène/Harvard, JO OEB 2003*, p. 473 ; *Propr. Intell.* avril 2004, n°11, p. 654, obs. Galloux.
 Div. Opp., 8 décembre 1994, *Howard Florey Institute v. Fraktion der Grünen im Europäischen Parlament et Paul Lannoye, Journal Officiel OEB 1995*, p. 388 ; *D.* 1996, *Jur.* p. 44, note Galloux, v. point 5.2.
 Div. Opp., 14 juillet 1989, *JO OEB 1989*, p. 451.

Cour de Justice des Communautés Européennes

CJUE, 9 mars 2010, *Monsanto technology c/ Cefetra et a., aff. C-428/08*.
 CJCE, 3 septembre 2009, aff. C. 482-07, *AHP Manufacturing BV c/ Bureau Voor de Industriële Eigendom, Propr. intell.* avril 2010, p. 739, note Galloux.
 CJCE, 18 juin 2009, *L'Oréal c/ Bellure, C-487/07, JCP G 2009*, I, 180, note Marino ; *C.C.E.* décembre 2009, comm. n°111, note Caron ; *Propr. ind.* septembre 2009, comm. n°51, note Folliard-Monguiral ; *R.L.D.I.* octobre 2009, p. 8, note Humblot, intitulée « *Droit des marques : apports essentiels de la CJCE autour de la fonction essentielle de la marque Regard sur les enseignements de l'arrêt « L'Oréal » du 18 juin 2009* ».
 CJCE, 4 mai 2006, *Massachussets Institute of Technology*, aff.. C-431/04, *Rec. CJCE 2006*, p. 4089 ; *PIBD* 2006, n° 834, III, p. 485, *Rev. Droit&Santé*, juillet 2006, n°12, p. 425, note Maillols.
 CJCE, 6 octobre 2005, aff C-120/04 (risque de confusion marque)
 CJCE, 20 janvier 2005, *L.P.A.* 14 octobre 2005, n°205, p. 4.
 CJCE, 13 juillet 2004, aff. C-262/02 et aff. C-429/02, *Europe*, août 2004, comm. n°293.
 CJCE, 13 juillet 2004, aff. C-429/02, *Audiovisuel. « La loi Evin » n'est pas contraire au droit communautaire, C.C.E.*, octobre 2004, comm. n°128.
 CJCE, 29 avril 2004, *C.C.E.* 2004, comm. 69, note Caron ; *D.* 2004, *jur.* p. 2366, note Sardain ; *Légipresse*, 2004, n°220, III, p. 57, note Berge ; *Propr. Ind.*, 2004, comm. 56, obs. Kamina.
 CJCE, 1^{er} avril 2004, *Kohlpharma GmbH c/ Allemagne, Rev. Droit & Santé*, 2006, n°11, p. 315, note Maillols.
 CJCE, 6 mai 2003, *D.* 2003, *AJ*, p. 1501, obs. Daleau ; *JCP E 2003 chron.*, 1434, p. 1616, obs. Boespflug, Greffe, Barthelemy ; *RJDA* oct. 2003, décision n° 1026, p. 897 ; *Dr. et patr.* juillet-août 2003, *jur.*, p. 99, obs. Belardocchio.
 CJCE, 3 décembre 1998, *Generics et a., aff. C-368/96, Europe 1999*, comm. n°66.
 CJCE, 29 septembre 1998, *Canon c/ MetroGoldwyn-Mayer, aff. C-39/97, Rec. CJCE I-5507*, §17.

CJCE, 11 juillet 1997, *Sabel c/Puma*, aff. C-251/95, *Rec.*, I-6191, paragraphe 23.
 CJCE, 23 janv. 1997, *Biogène Smith Kline*, aff. C-181/95, *Rec. CJCE* 1997, p. 386.
 CJCE, 6 avril 1995, *aff. Magill*, *Rec. CJCE* 1995, p. 743.
 CJCE, 16 avril 1991, *Upjohn*, aff. C-112/89, *L.P.A.* 10 juillet 1991, n°82, p. 51.
 CJCE, 21 mars 1991, *Monteil-Samanni*, aff. 60/89, *Rec. CJCE* p. 1547.
 CJCE, 21 mars 1991, *Delattre*, aff. C-369/88, *Rec. CJCE*, p. 1487.
 CJCE, 26 janvier 1984, *SA Clin Midy*, aff. C-301/82, *Rec. CJCE* 1984, p. 251.
 CJCE, 30 novembre 1983, *Leedert Van Bennekom*, aff. 227/82, *Rec. CJCE* p. 3883, concl. Rozes.
 CJCE, 14 juillet 1981, *Merck&Co. Inc. c/ Stephar BV et Petrus stephanus Exler*, aff. 187/80.
 CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-Laroche*, *Aff.* 85/76.
 CJCE, 10 Octobre 1978, *Centrapharm, P.I.B.D.*, 1979, III-10.
 CJCE, 1^{er} février 1978, *Miller c/ Commission*, *aff.* 19/77, *Rec. CJCE* 1978, I, p. 131.
 CJCE, 31 octobre 1974, *Sterling Drug c/ Centrafarm*, *Rec. CJCE* 1974, p. 1147.
 CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, *Rec.* p. 837
 CJCE, 8 juin 1971, *Deutsch Grammophon*, *Rec. CJCE* 1971, p. 487.
 CJCE, 29 février 1968, *Parke Davis and Co c/ Probel, Reese, Beintema-Interpharm et Centrafarm*, aff. 24/67, *Rec. CJCE* 1968, p. 82, *D.* 1968, jur. p. 581, note Robert.

TPICE

TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft*, aff. T-201/04.
 TPICE, 17 octobre 2006, aff. T-483/04, *Propr. ind.* décembre 2006, p. 19.
 TPICE, 5 avril 2006, aff. T. 202/04, *Propr. ind.* Juin 2006, comm n°49.
 TPICE, 17 novembre 2005, aff. T-154/03.
 TPICE, 25 avril 2005, *Gaz. Pal.*, 5 août 2005, n°217, p. 2507.
 TPICE, 9 octobre 2002, *PIBD* 2003, n° 761, III, pp. 183-185.
 TPICE, 25 septembre 2002, *JCP* 2003, chron. n° 6, p. 182, obs. M. Luby ; *D.* 2002, n° 39, *AJ*, p. 3016.
 TPICE, 27 février 2002, aff. T-34/00, point n° 45 .
 TPICE, ord. réf., 26 octobre 2001, *JCP E*, 2002, p. 952 ; *Propr. intell.* 2002, n° 3, p. 117, note Benabou.
 TPICE, 10 juillet 1991, *RTE*, *Rec. CJCE* 1991, p. 485.

Conseil Constitutionnel

Cons. Const., 27 juillet 2006, sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *D.* 2006, p. 2157, note Castet-Renard ; *C.C.E.* 2006, comm. 140, Caron.
 Cons. Const., 5 mars 1996, *Lilly France*, *BOCC* 17 juin 1996.
 Cons. Const., 27 juillet 1994, DC n°94-345, *D.* 1995, p. 237, note Mathieu ; *D.* 1995, somm. p. 299, note Favoreu, *A.J.D.A.* 1994, p. 731, note Wachsmann.
 Cons. Const., 8 janvier 1991, DC n°90-283, *J.O.* du 10 janvier 1991, p.524.
 Cons. Const., 20 janvier 1984, Favoreu et Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 11^e éd., 2001, p. 581 ; *Rec.* p. 30 ; *A.J.D.A.* 1984, p. 163 ; *R.D.P.* 1984, p. 702, note Favoreu ; *D.* 1984, p. 125, note Gaudemet.

Conseil d'Etat

CE, réf., 8 septembre 2005, *Précision normative sur le droit à la santé*, *RTD civ.* 2006, p. 24, note Sauvat.

Cour de Cassation

Civ. 1^{ère}, 25 juin 2009, *JCP G*, I, 328, note Treppoz ; *C.C.E.* 2009, comm. 76, obs. Caron.
 Com., 1^{er} juillet 2008, *C.C.E.* 2008, comm. 100, note Caron ; *D.* 2008, *AJ*, p. 1993, *Propr. intell.* 2008, n°29, p. 419, note Bruguière.

Civ. 1^{ère} 22 mai 2008, *inédit*.

Com., 8 avril 2008, *P.I.B.D.* 2008, III, p. 370 et p. 372.

Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, *JCP G* 2007, I, 101, §1, obs. Caron ; *Propr. intell.* 2007, n°22, p. 78 ; *R.L.D.I.* janv. 2007, n°718, obs. Costes et Auroux ; *R.I.D.A.* 2007, n°211, p.335, note Sirinelli ; *C.C.E.* 2007, comm. 4, note Caron.

Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 307, p. 267 ; *D.* 2006, A.J. p. 1741, note Daleau ; *D.* 2006, jur., p. 2470, note Edelman ; *D.* 2006, panorama, p. 2993, obs. Sirinelli ; *JCP G*, 2006, II, 10138, p. 1597, note Pollaud-dulian ; *JCP E*, 2006, I. 162, §5, note Caron ; *Dr. et Patr.* 2007, n°156, p. 42, note Bruguière ; *RTD com.* 2006, p. 587, obs. Pollaud-dulian, *Propr. intell.* 2006, n°21, p. 442, note Lucas ; *RLDI* 2006, juillet/août, n° 18, p. 10, obs. Humblot ; *C.C.E.* 2006, comm. 119, note Caron ; *Propr. industr.* 2006, comm. 82, obs. Schmidt-Szalewski.

Crim., 29 novembre 2005, *Bull. crim* 2005, n°312.

Com., 8 mars 2005, *JurisData* n° 2005-027483 ; *JCP G* 2005, IV, 1925.

Crim., 17 novembre 2004, *aff. « Baume de Tigre », Droit pénal* février 2005, comm. 25.

Crim., 3 novembre 2004, *JurisData* n°2004-026129.

Crim., 22 septembre 2004, *Bull. crim.*, n°218, p. 397 ; *D.* 2005, p. 411, note De Lamy ; *JCP G*, 2005, II, 1034, note Mendoza-Caminade ; *Dr. pénal*, 2004, comm. 179, obs. Veron.

Com., 9 juin 2004, *P.I.B.D.* 2004, n°794, III, p. 547.

Crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n°125, p. 397 ; *D.* 2004, somm. p. 2749, obs. De Lamy ; *Dr. pénal*, 2004, comm. 129, obs. Veron ;

Com., 31 mars 2004, *D.* 2004, p. 1312 ; *R.J.D.A.* 2004, p. 960.

Civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *Bull. civ.* I., n°86 ; *Lamy Droit civil*, mai 2004, p. 11, note Doireau.

Civ. 1^{ère}, 17 février 2004, *R.D.P.I.*, 2004, n°11, p. 630, obs. Lucas ; *C.C.E.* comm. 99, note Caron.

Com., 26 novembre 2003, pourvoi n° 00-22.605, *Bull. civ.* IV, n° 178, p. 195 ; *JCP G* 2004, I, 113, obs. Caron.

Com., 24 septembre 2003, *Sté CCP c/ Sté Ginger*, pourvoi n°01-11504, *RTD civ.* 2004, p. 117, obs. Revet, *D.* 2003, p. 2683, note Caron ; *RTD civ.*, 2003, p. 703, note Mestre et Fages ; *L.P.A.*, 28 mai 2004, n°107, p. 13, note Parance et Tricoire ; *R.D.C.* 1^{er} avril 2004, n°2, p. 337, note Brun ; *R.D.C.* 1^{er} avril 2004, n°2, p. 263, note Stoffel-Munk.

Com., 17 juin 2003, *EMS France*, *Propr. intell.* 2003, n°9, p. 409, obs. Galloux ; *D.* 2003, p. 1912, note Daleau et p. 2959, note Schmidt ; *JCP G* 2003, IV, 2436.

Crim., 18 mars 2003, *JurisData* n° 02-83740.

Crim., 18 mars 2003, *JurisData* n° 2003-018742.

Civ. 1^{ère}, 5 février 2002, *D.* 2002, p. 2253, note Edelman, intitulée : *La cour de cassation et le cuisinier : une recette ratée*.

Com., 4 décembre 2001, *Société France télécom c/ Société Lectiel et autres*, *LPA*, 14 janvier 2003, n°10, note Daverat.

Civ. 1^{ère}, 2 mai 2001, *RTD civ.* 2001, p. 620, Revet.

Crim., 25 avril 2001, *Rev. conc. cons.* octobre 2001, p. 22-23.

Com., 25 avril 2001, *Contrats Concurrence Consommation* 2001, n° 146, p. 22.

Crim., 14 novembre 2000, *D.* 2001, p. 1423, note De Lamy ; *Dr. pénal*, 2001, comm. 28, obs. Veron et chron. 16, obs. Jacopin ; *RTD civ.* 2001, p. 912, obs. Revet.

Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, n° 98-17.731, *Bull. civ.* I, n° 283 ; *D.* 2002, p. 930, obs. Tournafond ; *JCP G* 2001, II, n° 10452, note Vialla ; *JCP G* 2001, I, n° 301, n° 16, obs. Rochfeld ; *JCP E* 2001, n° 419, note Loiseau ; *RTD civ.* 2001, p. 130, obs. Mestre ; *RTD civ.* 2001, p. 167, obs. Revet ; *Rev. contrats conc., consom.* 2001, comm. n° 18, note Leveneur ; *Deffrénois* 2001, art. 37338, note Libchaber.

Com., 22 février 2000, *Bull. civ.* n°782.

Crim., 28 septembre 1999, *C.C.E.* 2000, comm. n°4, obs. Caron ; *Légipresse* 1999, n°171, III, p. 66, note Drezer.

Civ., 29 juin 1999, *Bull. Crim.* 1999, n°161 ; *JCP E*, 1999, II, p. 2018.

Crim., 29 juin 1999, *JurisData* n°1999-002898.

Com., 15 juin 1999, *JurisData* n° 1999-002482.

Crim., 4 mai 1999, *Lamy dr. aff.* 1999, n°18, p. 1136.

Crim., 11 février 1998, *JCP G* 1998, IV, n°2519.

Civ. 1^{ère}, 30 septembre 1997, n° *JurisData* : 1997-003797.

Crim., 10 avril 1997, *JCP G* 1997, IV, n°1793.

Civ. 1^{ère}, 11 février 1997, *D.* 1998, p. 291, note Greffe ; *D.* 1998, somm. comm. p. 189, obs. Colombet ; *JCP G* 1997, II, 22973, note Daverat.

Civ., 27 novembre 1996, *Le Lous-SED à propos du produit « Juvamine 500 mg – Vitamine C, D.* 1997, inf. rap. p. 52.

Com., 21 mai 1996, *JurisData* n°94-14.540.

Crim., 21 février 1996, *Bull. crim.* 1996, n°86, *Petites affiches* 1997, n° 59, p. 20.

Com., 12 décembre 1995, *Météo France c/ SJT, AJDA* 1996, p. 131, note Bazex ; *D.I.T.* 1995/4, p. 18, note Bruguière.

Civ. 2^e, 28 juin 1995, *JCP G* 1995, IV, n°2083 ; *D.* 1995, IR, p. 182.

Crim., 31 mai 1995, *JurisData* n°1995-001872, *Bull. crim* 1995, n°201.

Crim., 3 avril 1995, *Bull. crim.*, n°142, p. 397 ; *D.* 1995, somm. p. 320, obs. Pradel ; *JCP G*, II, 22429, note Derieux.

Crim., 23 novembre 1994, *Bull. crim.* 1994, n°376 ; *JCP E* 1995, panorama de jurisprudence n°294.

Com., 16 juin 1994, *JCP G* 1995, II, 14059.

Crim., 18 mai 1994, *Bull. crim.* 1994, n°190, *Légipresse* 1994, III, p. 171.

Civ. 1^{ère}, 24 mars 1993, *JCP G*, 1993, II, 22085, note Greffe ; *R.I.D.A.* octobre 1993, n°158, p. 200 et p. 191, obs. Kerever, *RTD com.* 1995, p. 418, note Françon.

Ass. Plén. 6 mars 1992, *L.P.A.* 11 mai 1992, n°57, p. 9, note Cristau et Viala.

Crim., 5 décembre 1991, *JurisData* n° 91-86.231.

Ass. Plén., 31 mai 1991, *D.* 1991, p. 417, note Chartier et note Thouvenin, *JCP G* 1991, II, 21752, concl. Dontenwille et note Terre.

Civ. 1^{ère}, 16 avril 1991, *JCP G* 1991, II, 21770, note Croze ; *JCP E* 1991, I, 141, n°2, obs. Vivant et Lucas ; *D.* 1993, somm. comm. p. 13, obs. Colombet.

Civ. 1^{ère}, 2 mai 1989, *Coproসা*, *JCP G* 1990, II, 21392, note Lucas ; *JCP E* 1990, II, 15751, obs. Vivant et Lucas ; *RTD com.* 1989, o. 675, obs. Françon ; *D.* 1990, somm. comm. p. 49, obs. Colombet et p. 330, obs. Huet ; *D.I.T.* 2/1990, p. 38, note Gaudrat.

Crim., 12 janvier 1989, *Bull. crim.*, n°14 ; *D.I.T.* 1989, n°3, p. 34, note Deveze ; *Gaz. Pal.* 14-15 juillet 1989, p. 23, obs. Doucet ; *Expertises* 1989, p. 269 ; *Dossiers Brevets*, 1990, II, 1 ; *JCP E*, 1990, II, 15761, n°18, obs. Vivant et Lucas ; Lucas de Leyssac, *R.S.C.* 1990, p. 507.

Crim., 6 mai 1986, *D.* 1987, somm. comm., p. 151, obs. Colombet et somm. comm., p. 404, obs. Roujou de Boubée ; *JCP G* 1986, IV, 200 ; *R.I.D.A.* 1986, n°130, p. 149.

Ass. Plén. 7 mars 1986, *Bull. civ. AP*, n°3, p. 5 ; *D.* 1985, p. 405, concl. Cabannes et note Edelman ; *JCP E* 1986, II, 14713 et 14737 bis, note Mousseron, Teyssie et Vivant ; *JCP E* 1986, I, 15791, n°1, obs. Vivant et Lucas ; *Dr. Informatique*, 1986, n°2, p. 53, note Briat, *R.I.D.A.* juillet 1986, p. 136, note Lucas ; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. Françon.

Civ. 1^{ère}, 8 novembre 1983, *D.* 1985, I.R., p. 309, obs. Colombet.

Crim. 14 octobre 1980, *Bull. ordre pharm.* n°239, décembre 1980, p. 1793, obs. Viala.

Com., 3 mai 1978, *Ann. propr. ind.* 1978, p. 157.

Com., 26 mars 1974, *Bull. civ.* IV, n°108.

Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1973, affaire *Renoir c/ Guino*, *D.* 1974, p. 533, note Colombet, *JCP G* 1975, II, 18029, note Manigne.

Crim. 28 mai 1968, *D.* 1968, p. 746, aff. *Inoplast*, note Dillemann et Plat.

Com., 23 mars 1965, *Gaz. Pal.* 1965, 2, 81.

Com., 12 décembre 1964, *Ann. propr. ind.* 1964, p. 112.

Crim. 2 décembre 1964, *Inédit*.

Crim., 25 janvier 1963, cité au *Lamy Droit de la santé – Produits cosmétiques*, étude 418, n°23

Crim., 2 mai 1961, *D.* 1962, jur. p. 163, note Greffe ; *JCP G* 1961, II, 12242, note Raymond, *RTD com.* 1961, p. 834, note Roubier et Chavanne.

Com., 29 novembre 1960, *RTD com.* 1961, p. 607, note Desbois ; *Gaz. Pal.*, 25-28 février 1961, p. 152 ; *R.I.D.A.* 1961, n°31, p. 78 ; *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, commentaire n°6, Fruteau.

Crim. 18 février 1960, *D.* 1960, p. 278, note Damour ; *RTD com.*, 1960, p. 583, note Desbois.

Ch. Réunion, 29 novembre 1943, *JCP G* 1944, II, 2628.

Civ., 27 mai 1942, *S.* 1942, 1, p. 124.

Req. 21 avril 1931, *S.* 1931, p. 377, note Pilon.
Civ., 24 juin 1908, *Pyramidon*, *Gaz. Pal.*, 1908, 2, p.267.
Crim. 15 juin 1895, *Droit pénal*, 1901, 1, 339.
Rej., 29 juin 1875, *S.* 1877, 1, p. 206 ; *D.P.* 1876, 1, p. 12.
Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, *D.* 1876, chron. p. 193, note Giboulot.
Rej., 17 août 1867, *S.* 1868, 1, p. 232 ; *D.P.* 1868, 1, p. 44.
Rej., 30 mars 1853, *S.* 1853, 1, p. 263 ; *D.P.* 1853, 1, p. 198.
Com., 12 novembre 1839, *S.* 1839, 1, p. 932.

Juridictions judiciaires du fond

CA Paris, 4^e ch. 4 mars 2009, aff. *Institut Pasteur c/ Laboratoire Chiron*, *Propr. intell.* avril 2010, p. 743, note Galloux.
CA Aix-en-Provence, 22 Janvier 2009, n°*JurisData* : 2009-002078.
CA Colmar, 7 mai 2008, *SA SC GALEC-Groupement d'achats des centres E. Leclerc c/ SAS Univers Pharmacie*, n°*JurisData* : 2008-360713, *Propr. ind.* septembre 2008, comm. n°72 ; note Schmidt-Szalewski.
CA Paris, 11 avril 2008, *JurisData* n° 2008-362304 ; *PIBD* 2008, n° 876, III, p. 355.
CA Paris, 11 avril 2008, *Propr. intell.* octobre 2008, n°29, p. 470, note Galloux.
CA Paris, 9 avril 2008, *Propr. intell.* octobre 2008, n°29, p. 470, note Galloux.
CA Versailles, 12^e ch. 12 octobre 2006, *Propr. ind.* mars 2007, comm. n°20.
CA Paris, 28 juin 2006, *P.I.B.D.* 2006, n° 838, III, p. 641.
CA Paris, 3 mai 2006, *Propr. intell.* octobre 2006, p. 497, note Passa.
CA Riom, 11 janvier 2006, *D.* 2006, A.J., p. 500, obs. Daleau.
CA Paris, 4^e ch., 23 septembre 2005, *EMS France*, *P.I.B.D.* 2005, III, p. 651.
CA Angers, 6 septembre 2005, *Cendrier et a. c/ Conseil National Ordre des Pharmaciens, Contrats, Concurrence, Consommation*, n°5, mai 2006, comm. 95.
CA Versailles, 15 juin 2004, *Glaxo c/ Qualimed*, n°04/00624.
CA Paris, 26 juillet 2003, *D.* 2003, Cah. dr. Aff. , p. 1831, note de B. Edelman.
CA Riom, Ch. Com., 14 mai 2003, *D.* 2003, p. 2754, note Sirinelli ; *JCP E*, 2004, 1170, §1, obs. Gaudrat et Lallemand ; *C.C.E.* 2003, comm. 117, note Caron.
CA Paris, 14 février 2003, *JurisData* n°2003-216182, *JCP E* octobre 2003, n°41, p. 1617.
CA Rennes, 12 mars 2002, *P.I.B.D.*, 743/2002, III-247.
CA Versailles, 12^e ch., 22 novembre 2001, *Légipresse* 2002, n°188, p. 6.
CA Paris, 4^e ch., 21 septembre 2001, *Propr. intell.* 2002, n°4, p. 49, obs. Lucas.
CA Paris, 4^e ch., 12 septembre 2001, n°*JurisData* 2001-155210, *JCP G*, 2002, II, 10000, note Pollaud-Dulian ; *JCP E*, 2002, n°888, obs. Vivant, Mallet-Poujol et Bruguière.
CA Paris, 31 janvier 2001, *R.D.P.I.* 2001, n°124, p. 14 ; *Ann. propr. ind.* 2001, p. 42.
CA Paris, 25 octobre 2000, *JurisData* n°2000-134628.
CA Paris, 18 octobre 2000, *R.J.D.A.*4/2001, n°519.
CA Paris, 17 mars 1999, *C.C.E.* 1999, comm. n°23, obs. Caron.
CA Paris, 13^e ch. Corr., 26 octobre 1998, *JCP G* 1999, IV, 1687.
CA Paris, 4^e ch., 29 octobre 1997, *JCP E* 1999, p. 414, obs. Mousseron, *PIBD* 1998, n°646, III, p. 29.
CA Paris, 13 novembre 1996, *Ann. propr. ind.* 1997, n° 3, p. 270.
CA Paris, 28 juin 1996, *PIBD* 1996, n°622, III, p. 606.
CA Versailles, 22 janvier 1996, *L.P.A.* 18 mars 1996, p. 4, note Lambert et Viala.
CA Paris, 21 novembre 1994, *R.I.D.A.* avril 1995, p. 381 et p. 243, obs. Kerever.
CA Paris, 4^e ch., 1^{er} juin 1994, *PIBD* 1994, 574.
CA Paris 26 mai 1994, *Legipresse* 1994, III, p. 179.
CA Paris, 2 mai 1994, *CNCT c/ Provost*, inédit.
CA Paris, 4^e ch., 15 mars 1994, *Gaz. Pal.* 1995, 1, somm. p. 93.
CA Paris, 4^e ch., 27 avril 1993, *P.I.B.D.* 1993, n°551, III, p. 535..
CA Paris, 14 décembre 1992, *P.I.B.D.* 1993, III-323, affaire des ‘*Levis*’ délavés.
CA Lyon, 5 mars 1992, *PIBD* 1992, III, p. 363.

CA Paris, 4^e ch., 13 juin 1991, *D.* 1992, somm. 12, obs. Colombet.
CA Paris, 25 mai 1988, *D.* 1988, jur. p. 542, note Edelman.
CA Paris, 27 novembre 1986, n^o *JurisData* : 1986-028715.
CA Paris, 10 janvier 1986, Rallye Paris-Dakar, *R.T.D. com.* 1986, p. 311.
CA Paris, 4^e ch., 14 février 1985, *Ann. propr. ind.* 1986, 94.
CA Paris, 27 nov. 1984, *PIBD* 1985, III, p. 118.
CA Paris, 4^e ch, 24 sept. 1984 (1^{ère} esp) *P.I.B.D.* 1984, III, p. 251, *Dossiers Brevets* 1984, V, 2 ; *Ann. propr. ind.* 1985, p. 111 ; *RTD com.* 1985, p. 105, obs Chavanne et Azéma
CA Paris, 26 mars 1983, *P.I.B.D.* 1983, III, p. 189.
CA Paris, 11^e ch., 23 novembre 1982, *D.* 1983, IR, p. 512, obs. Colombet.
CA Paris, 4^e ch., 4 mars 1982, *D.* 1983, IR, p. 93, obs. Colombet.
CA Paris, 1^{ère} ch., 22 janvier 1982, *R.I.D.A.* juillet 1982, n^o113, p. 164 ; *RTD com.* 1982, p. 43, obs. Françon.
CA Paris, 22 janvier 1980, *P.I.B.D.* 1980, n^o260, III, p. 123.
CA Paris, 7 mai 1979, *Ann. Propr. Industr.* 1979, p.306, note Pr. Chavannes ; *P.I.B.D.*, 1979, III-318.
CA Paris, 12 mars 1979, *Doxyclyne*, *Ann. Propr. Industr.* 1980, p. 206.
CA Paris, 31 janvier 1979, *Gérovital* et *Géro H*, *Ann. Propr. Industr.* 1980, p. 64.
CA Paris, 19 septembre 1978, *Mercilène* et *Ercylène* *Ann. Propr. Industr.* 1980, p. 75. .
CA Paris, 20 décembre 1974, *Ann. Propr. Industr.* 1975, p.90.
CA Paris, 14 juin 1974, *P.I.B.D* 1975, III-29.
CA Paris, 16 janvier 1974, *P.I.B.D.* 1974, n^o129, III, p. 228
CA Paris, 13^e ch., 22 novembre 1973, *Gaz. Pal.* 1974, I, p. 139.
CA Paris, 23 juin 1972, *Ann. propr. ind.* 1972, p. 116-124.
CA Paris, 20 mai 1972, *Ann. propr. ind.* janv. 1973, p. 65, note Azéma.
CA Paris, 9 juillet 1971, *R.I.D.A.* avril 1973, n^o76, p. 160.
CA Paris, 15 mai 1971, *Crésyl*, *R.I.P.I.A* 1971, p. 183.
CA Nancy, 14 mai 1969, *Dr. pharm.* 1969, n^o1638.
CA Paris, 22 avril 1969, *D.* 1970, p. 214, note Mousseron, *JCP G* 1970, II, 16148, note Greffe.
CA Paris, 30 Juin 1967, *Annales de la propriété industrielle*, 1967, p. 250.
CA Paris, 25 février 1965, *Ann. propr. ind.* 1968, p. 15.
CA Aix-en-provence, 27 janvier 1965, *JCP G* 1965, II, 14263.
CA Paris, 24 mai 1962, *Ann. propr. ind* 1963, p.68.
CA Paris, 14 janvier 1960, *Ann. propr. ind.* 1960, p. 9.
CA Paris, 4 novembre 1959, *Ann. propr. ind.* 1959, p. 302.
CA Paris, 28 novembre 1958, *Ann. propr. ind.* 1959, p. 186.
CA Paris, 27 juin 1958, *JCP G* 1959, II, 11407, note Plaisant.
CA Paris, 4^e ch., 1^{er} avril 1957, *D.* 1957, p. 456.
CA Paris, 2 mai 1932, *Serum Nader* et *Nader Grosjean*, *Ann. Propr. Industr.* 1933, p. 174.
CA Paris, 18 déc. 1924, *DH*, 1925, p. 30.
CA Paris, 4 mai 1911, *D.P.* 1912, p. 182..
CA Paris, 28 décembre 1900, *Cyano-Fer*, *Ann. Propr. Industr.* 1901, p. 279.
CA Paris, 4 mai 1900, *Antipyrine*, *Gaz. Pal.*, 2, p.413.
CA Lyon, 31 mars 1887, *Elixir de santé*, *Ann. Propr. Industr.* 1888, p.350.
CA Lyon, 29 janvier 1872, *D.P.* 1872, 1, p. 196.
CA Paris, 1^{er} juillet 1867, *Ann.* 1867, p. 109.

TGI Paris, 3^e éch. Réf., 12 février 2010, aff. *Du pont de Nemours*, *Propr. intell.* avril 2010, p. 740.
TGI Paris, 3^e ch., 20 février 2009, *GlaxosmithKline c/ Sandoz*, *Propr. intell.* avril 2010, p. 742, note Galloux.
TGI Paris, 3^e ch., 25 janvier 2008, n^o de RG: 07/13383.
TGI Strasbourg, 14 février 2005, *P.I.B.D.* 2005, n^o810, IIIB.
TGI Paris, 3^e ch., 16 juin 2000, *P.I.B.D.* 2000, n^o710, III, 605.
TGI Paris, 20 février 2001, *PIBD* 2001, n^o729, III, p. 531.
TGI Paris, 11 mars 1998, *P.I.B.D.* 1998, n^o659, III, p. 398.

TGI Paris, 18 févr. 1998, *PIBD* 1998, III, p. 368.
 TGI Paris, 30 janv. 1998, *RD.S.S.* octobre-décembre 1998, p. 776.
 TGI Paris, 30 septembre 1997, *R.I.D.A.* juillet 1998, p. 273, note Piredda.
 TGI Paris, 5 mars 1997, *PIBD* 1997, III, p. 357.
 TGI Paris, 18 juin 1996, *PIBD* 1997, III, p. 113.
 TGI Nanterre, 10 mars 1993, *R.I.D.A.* 1993, n°157, p. 343, note Gaubiac.
 TGI Paris, 20 janvier 1993, *R.T.D. com.* 1993, p. 596.
 TGI Quimper, 3 juillet 1992, *Légipresse*, 1992, III, p. 85.
 TGI Paris, 8 janvier 1992, *Conseil national de l'ordre des pharmaciens c/ groupement d'achats Leclerc et Sté nouvelle de presse et de communication.*
 TGI Compiègne, 2 juin 1989, *Cahier Lamy*, août 1989, p. 24.
 TGI Paris, ord. réf., 18 janvier 1989, n° *JurisData* : 1989-043760.
 TGI Paris, 25 novembre 1986, *inédit*.
 TGI Nanterre, 12 juin 1986, Coupe du monde de football, *R.T.D. com.* 1986, p. 469.
 TGI Paris, 3° ch., 25 avril 1985, *P.I.B.D.* 1985, III, p. 246.
 TGI Paris, 17 mars 1982, *P.I.B.D.* 1982, III-307.
 TGI Paris, 19 octobre 1976, *Dossier brevets*, 1977, III, p. 4 ; *P.I.B.D.* 1977, n°192, III, p. 209
 TGI Paris, 11 févr. 1976, n° *JurisData* : 1976-760679, *D.* 1976, p. 686, note Azema.
 TGI Paris, 5 janvier 1972, *P.I.B.D.* 1972, n°84, III, p. 168
 TGI Paris, 18 Octobre 1971, *Ortho-Gynol*, *P.I.B.D.* 1978, III-76

T. com. de Nanterre, 19 mai 2005, *Glaxo c/ Merck Générique*, n°2005/00614.
 T. com. de Paris, 16 mars 2004, *Glaxo c/ Ratiopharm*, n°2004/004858.
 T. com. de Nanterre, 8 mars 2004, *Glaxo c/ Merck génériques*, n°2004/0000249.
 T. adm. de Rouen, 31 octobre 2000, *R.D. sanit. soc.* Avril-juin 2001, p. 291.
 T. com. Paris, 24 septembre 1999, *R.J.D.A.* mars 2000, décision n° 355, p 290 ; *L.P.A.* 3 mars 2000, n° 45, p. 13, obs. Calvo ; *JCP E* 2001, I, p. 77, obs. Cosson ; *C.C.E.* avril 2000, comm. n° 41, p. 20, note Caron.
 T. corr. de Blois, 4 mars 1970, *Doc. Pharm. Jur.* n°1691.
 T. civ. de Grasse, 5 mars 1963, *JCP G* 1963, II, 13297.
 T. civ. de Seine, 9 mai 1957, *Ann. propr. ind.* 1963, p. 337
 T. civ. de Marseille, 11 avril 1957, *D.* 1957, jur. p. 369.
 T. civ. de Seine, 28 avril 1949, *Ann. propr. ind.* 1951, p. 143.
 T. civ. de Marseille, 23 février 1942, *inédit*.
 T. com. de Nice, 23 mars 1921, *S.* 1923, II, 153.
 T. civ. de Seine, 29 novembre 1913, *Ann. propr. ind.* 1915-1919, 2, p. 16.
 T. corr. de Seine, 2 février 1912, *Ann. Propr. ind.*, 1912, p. 190.
 T. civ. de Seine, 4 mars 1905, *Lacto-Bacilline*, *D.* 1905, p.144.

II. TEXTES

Textes étrangers

Les *Guidelines for Examination of Applications for Compliance with the Utility Requirement* (2001), disponible en intégralité sur <http://www.uspto.gov/web/menu/utility.pdf> et commentée au *Federal Register*, vol. 66, n°4, 5 janvier 2001, p. 1092.

Arrêtés

- Arrêté du 30 juin 2000, *J.O.* 12 juillet 2000.
- Arrêté du 22 décembre 1981, *JONC* 17 janvier 1982, p. 624, relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique.
- Arrêté du 1^{er} juillet 1976, *J.O.* 14 septembre 1976.

Conventions internationales

- Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (Convention UPOV), Paris, 2 décembre 1961, Code de la propriété intellectuelle, éd. Dalloz, 2004, p. 1288.

Règlements

- Règlement (CE) n° 1901/2006 du 12 décembre 2006 relatif aux médicaments à usage pédiatrique.
- Règlement (CE) n° 816/2006 du 17 mai 2006, concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers des pays connaissant des problèmes de santé publique.
- Règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques ainsi que les restrictions applicables à ces substances
- Règlement (CE) n° 507/2006 du 26 mars 2006.
- Règlement (CE) n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie.
- Règlement (CE) n° 726/2004 du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments.
- Règlement (CE) n° 1610/96 du 23 juillet 1996, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les produits phytopharmaceutiques.
- Règlement (CE) n° 2100/94 du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales.
- Règlement (CE) n° 2309/93 du 22 juillet 1993, sur une procédure centralisée d'autorisation des médicaments
- Règlement n°1768/92 du 18 juin 1992, sur le CCP communautaire.

Directives

- Directive 2006/121/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006, 2006 afin d'adapter cette dernière au règlement (CE) n° 1907/2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH),
- Directive n° 2006/114/CE du 12 décembre 2006, relative aux médicaments à usage pédiatrique
- Directive n° 2004/67/CE du 31 mars 2004, sur le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.
- Directive 2003/15/CE du 27 février 2003, et transposée dans la loi n° 2008-337 du 15 avril 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-613 du 26 avril 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament.
- Directive n° 2001/83/CE du 6 novembre 2001, instituant un Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.
- Directive n° 98/44 du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.
- Directive n° 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données.
- Directive européenne du 3 octobre 1989, intitulée « Télévision sans frontières ».
- Directive communautaire n° 89/104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques.
- Directive n°86-609 du 24 novembre 1986, sur le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la protection des animaux utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques.
- Directive du 25 juillet 1985, sur les produits défectueux dans le cadre d'un acte médical.

- Directive n°76/768/CEE du 27 juillet 1976 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques.
- Directive n° 65/65/CEE du 26 janvier 1965, relative aux dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques.

Lois

- Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009, modifiant loi Évin.
- Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
- Loi n°2008-518 du 3 juin 2008 sur le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.
- Loi n° 2008-337 du 15 avril 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-613 du 26 avril 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament.
- Loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon
- Loi n° 2007-1475 du 17 octobre 2007, sur la Convention sur la délivrance de brevets européens.
- Loi n° 2007-248 du 26 février 2007, sur le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain.
- Loi n°2006-236 du 1^{er} mars 2006, relatives aux obtentions végétales.
- Loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004, relative à la protection des inventions biotechnologiques.
- Loi n° 2004-800 du 6 août 2004, relative à la Bioéthique.
- Loi n°2001-420 du 15 mai 2001, sur les nouvelles régulations économiques.
- Loi n°98-535 du 1^{er} juillet 1998, relative au renforcement de la veille sanitaire des produits destinés à l'homme.
- Loi n°96-1106 du 18 décembre 1996 modifie le code de la propriété intellectuelle en application de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (base de données).
- Loi n° 91-7 du 4 janvier 1991, rapprochant les législations des États membres sur les marques.
- Loi du 13 juillet 1978, modifiant celle du 2 janvier 1968, sur les brevets.
- Loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature.
- Loi du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales
- Loi du 2 janvier 1968 (fin du brevet spécial de médicament).
- Loi n° 67-1184 du 28 décembre 1967 autorisant la ratification de la convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961.
- Loi n°57-298, du 11 mars 1957 relative à la propriété littéraire et artistique.
- Loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse.
- Loi du 5 juillet 1844 sur l'interdiction de brevetabilité des médicaments.

Décrets

- Décret n° 2008-428 du 2 mai 2008, *Journal Officiel* 4 Mai 2008 (Convention sur la délivrance de brevets européens)
- Décret n°2005-156 du 18 février 2005, relatif aux modifications d'autorisation de mise sur le marché de médicaments à usage humain et modifiant le Code de la santé publique, *Journal officiel* 23 février 2005, p. 3000.
- Décret n°2001-131 du 6 février 2001 portant publication de la Convention européenne sur la protection des animaux vertébrés utilisés à des fins expérimentales ou à d'autres fins scientifiques, adoptée à Strasbourg le 18 mars 1986 et signée par la France le 2 septembre 1987, *JORF* n°37 du 13 février 2001 p. 2369.
- Décret n° 60-507 du 30 mai 1960, *Journal Officiel* 31 Mai 1960 (brevet spécial de médicament).

Proposition de lois

- Proposition de loi *Godfrain*, du 30 juin 1992, *Journal Officiel de l'Assemblée Nationale*, n°2858.

Ordonnances

- Ordonnance n°2007-613 du 26 avril 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament.
- Ordonnance n° 59-250 du 4 février 1959, *Brevet spécial de médicament*.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

- **Abus de position dominante**
(*v. concurrence*)

- **Accès**
Économique, 222-223
Intellectuel, 222, 2204
Paradigme, 231

- **Acte de créer**, 132

- **Actes officiels**, 517, 518

- **Action en contrefaçon** (*v. Contrefaçon*)

- **Activité inventive**, 294-302

- **ADN (droit d'auteur)**, 482

- **ADPIC**, 112, 315

- **Aliments**, 262, 282, 450, 497

- **Annuaire médicaux**, 515

- **Application industrielle**, 112, 302-304

- **Animaux**
Expérimentation, 129
Races animales, 329
Statut, 129
Transgéniques (souris Oncogène), 32, 129

- **Archipel et Continent**, 120-121, 208

- **Art brut**, 478

- **Art thérapie**, 479

- **Auteur (droit d')**
Droit de l'homme, 38
Droit de propriété, 38
Publicité médicament, 386-388

- **Autorisation de mise sur le marché**,
385

- **Avancées médicales**
Science médicale, 177
Techniques médicales, 174, 176

- **Axiologie**
Courant cognitiviste, 82, 154
Courant non-cognitiviste, 82, 154

B

- **Base de données**
Base de données, 511-513
Collection d'échantillons biologiques (*v. à ce mot*)

- **Besoin**
Approche Qualitative, 69
Approche Quantitative, 70
Définition, 68
Illimité, 104-107
Virtuels, 106

- **Bien**
Chose commune, 92

Collectif, 94
Définition automatique, 83
Définition par la CEDH, 83
Définition par la valeur économique, 80-89,
Définition par la valeur sociale, 212-216
D'humanité, 219
Double valorisation, 212
Incorporel, 11, 212-216
Objet de droit, 17
Public, 220
« Valeur d'échange », 89
« Valeur-rareté », 87
Valeur sociale négative, 316, 365, 434, 448
« Valeur-travail », 88
« Valeur-utilité », 84-86
Valeur vénale négative, 101

- Biomédicament

Définition/Potentiel, 105, 179, 259
Industrie, 131
Marché, 30

- Brevet (droit de)

Bloquant, 107, 109, 279, 282, 311, 359, 390
Brevet Spécial de Médicament, 27, 252
Conditions (*v. à ce mot*)
Droit américain, 110, 112
« Droit à prospecter », 115
Durée des droits, 337
Effet anti-innovation, 109
Étendue, 114-115, 303
Multiplication, 109
Objet (*v. à invention*)
Patent pool, 223, 393
Patent troll, 351
Privilège de l'agriculteur, 364

C

- Catégories alternatives, 92

- Cellules souches

Brevetabilité, 324
Valeur économique, 73

- Certificat complémentaire de protection, 338-346

- Chose

Corporelle, 14
Définition, 12, 91
Droit (des choses), 226
Et personne, 12, 136
Incorporelle, 15
Utilités, 86

- Choses communes

Bien, 92
Bien en puissance, 117
Catégorie ouverte, 229
Définition, 90
Droit positif, 97
Hors du commerce, 96, 100, 101
Improductive, 95
Insaisissable, 95
Inutile et inépuisable, 94
Nature, 228, 229
Patrimoine commun, 227
Régime, 231

- Clientèle (droit de), 119

- Collection d'échantillons biologiques, 181, 519-520

- Commercialité

Économique, 100
Juridique, 100

- Concurrence (droit de la)

Abus de position dominante, 380
Concurrence déloyale/parasitaire, 19, 20
Convergence/divergence, 371, 372
Entente, 377, 378
Épuisement des droits, 375, 376
Facilités essentielles, 381, 382, 522
Fonction essentielle, 203
Importations parallèles, 374
IMS (décision), 32, 516
Magill (décision), 203

- Conditions d'appropriation du signe

Coexistence pacifique, 428, 429
Disponibilité, 430, 431
Distinctif, 422-429
Licéité, 433-435

- Conditions de brevetabilité

Activité inventive, 293-301
Application industrielle, 112, 302-303
Distinction objet, (*v. invention*)
Homme du métier, 296-298
Nouveauté, 286-292
Seconde application thérapeutique, 290-292
Utilité, 108-117
Utility, 110, 112

- Condition du droit d'auteur

Définition, 491
Destination, 498
Genre et forme d'expression, 496
Mérite, 493-495
Ordre public, 495
Originalité, 499-504

- Consommation

Consumérisme, 123-124
Patient-consommateur, 123

- Contrat

Contrat social, 224

- Contrats (droit des), 391-393

- Contrefaçon

Médicament, 356, 365-368
valeur sociale, 274

- Copyright, 126, 481

- Corps humain

ADN, 481
Cellules souches, 324
Commercialité, 100-101
Greenberg (décision), 134
Matière vivante, 323
Moore (décision), 134
Sacralisation, 323
Statut éléments, 100, 134, 324

- Création

Créations culinaires (*v. Aliment*)
Définition, 21

D

- Dématérialisation, 16

- Dépendance

Situation, 107

- Description

Obscure, 114

- Dessins et modèles, 22

- Domaine de l'appropriation, 208-209

- Donné/construit, 189

- Droit

Droit et Fait, 188-191
Dynamique, 196
Mou, 195
Système, 188

- Droits et libertés fondamentaux

Définition du bien, 83
Droit à la santé, 8
Droit d'auteur, droit de l'homme, 38
Exceptions fondées sur les droits fondamentaux, 525
Liberté du commerce et de l'industrie, 120, 208
Progrès, 172
Propriété intellectuelle, 198

- Droit spécial de la propriété intellectuelle, Droit commun des biens, 38

- Droit subjectif

Balkanisation, 104
Définition, 85

E

- Économie de l'immatériel, 44

- Épuisement du droit (*v. concurrence*)

- Exemption de recherche, 361-362

- Exception *Bolar*, 363, 389

- Exceptions en droit d'auteur

Caractère limitatif, 524
Différence avec les limites, 522
« Droit aux exceptions », 526
Exception pédagogique et de recherche, 525
Exceptions fondées sur les droits fondamentaux, 525
Interprétation, 524
Triple test, 524

- Exclusions de brevetabilité

Découvertes scientifiques, 310
Dignité, 319
Matière vivante, 323
Méthodes de traitement et de diagnostic, 291, 311-313, 474
Ordre public, 316-318
Principe, 305-306
Races animales, 329
Variétés végétales, 325-326

F

- Fair use, 8,

- Fait social, 188-189

- Finalité

DUGUIT, 165
Finalité générale, 164
Fins intermédiaires, 163
IHERING, 165
Légitimité règle de droit, 162
Moyen et but, 192
OPPÉTIT, 165
Qualification, 193
ROUBIER, 166
Sens courant, 161
Valeur sociale, 160-161

- Fonction essentielle, 203

- Fonction sociale, 36, 202

- Forme (*v. Œuvre*)

- Forme de la valeur, 57

G

- Génétique

Activité inventive, 301
Anticorps monoclonaux, 179, 182
Application industrielle, 303
Fonctions inconnues, 107
Gènes *EST*, 114
Génome, Chose commune, 96
Invention, 271-272, 289
Myriad Genetics (décision), 32, 116, 353
Nombre de brevets, 109
Nouveauté, 289
Relaxine (décision), 112, 265
Séquençage, informatique, 181
Thérapie cellulaire, 179
Thérapie génique, 179
Thérapie protéique, 179

- Gestion collective (conclusion générale)

- Grandeur de la valeur, 57

H

- Hypothèque sociale, 334, 436, 522

I

- Idées, 487-489

- Image

Biens, 11, 37
Médicale, 181, 480

- Industrie pharmaceutique, 31, 131, 341, 345

- Information

Information objet, 510
Information support, 509
Droit pénal, 11, 121

- Intérêt général, 127, 163, 199, 220

- Interprétation stricte, 208

- Invention

Découverte, 264-265
Définition, 268
Description, 275
Distinction objet/condition
d'appropriation, 111, 215, 262, 306
Double valorisation, 276
Invention d'application et de composition
de moyens connus, 283
Invention de procédé, 282
Invention de produit, 280-281
Invention de sélection, 280, 288
Nomenclature, 278
Product-by-process, 329
Revendications, 273
Technique, 267
« Valeur-travail », 266
Valeur sociale, 270

- Investissement, 204

J-K

L

- Libre circulation (*v. concurrence*)

- Libre concurrence (*v. concurrence*)

- Licence

Défaut d'exploitation, 350
Dépendance, 359
D'office dans l'intérêt de la santé, 352
Ex post et *ex ante*, 115, 359
Obligatoire pour défaut d'exploitation, 350
Obligatoire visant à la fabrication des
produits pharmaceutiques destinés à
l'exportation, 354

M

- Maladie

Orpheline, 130, 345, 347
Santé, 4
Types de maladie (OMS), 113

- Marché

Industrie pharmaceutique, 30
« Loi de l'offre et de la demande », 54
Marchandise, 31
Marchandise fétiche, 139
Omnimarchandisation, 117
« Propriété de marché », 219, 223

- Marque (droit de)

Concurrence, 444-446
Conditions d'appropriation (*v. à ce mot*)
Contrefaçon/imitation, 427
Défaut d'exploitation, 439
Marques collectives, 441-443
Monopole dispensation, 419
Objet (*v. signe*)
Principe de spécialité, 106
Publicité alcool, 456-457
Publicité tabac, 453-455
Reconditionnement, 445
Titularité, 414

- Médicaments

Brevet Spécial de Médicament, 27
Compassionnel, 345, 347
Contrefaçon (*v. à ce mot*)
Coût, 341
Définition, 256-259
Histoire brevetabilité, 250-252
Invention de produit, 280
Marchandise, 31
Médicament générique, 389-390
Non brevetabilité (loi de 1844), 26
Phase d'élaboration, 341, 345
Publicité médicament, 386-388
Recherche fondamentale, 362, 390
Usage pédiatrique, 346

- Médicament générique, 352, 390, 389, 438

- Monsanto, 107, 124, 274, 364

N

- Nanotechnologie, 22, 67, 181, 278

- Nature des choses

Factuelle/ juridique, 81
Naturalisme, 187
Valeur économique, 82

- Nature des droits de propriété intellectuelle, 38, 119

- Nature du bien intellectuel

Définition automatique, 83
Définition par la CEDH, 83
Définition par la valeur économique, 80-89,
Définition par la valeur sociale, 212-216
Double valorisation, 212

O

- Objet de la propriété intellectuelle
(*v. bien*)

- Œuvres

Annuaire médicaux, 515
Collection d'échantillons biologiques, 519-520
Définition, 467, 468
Distinction objet/condition, 465
Forme, 484, 485
Idées, 487-489
Neutralité, 466
Œuvres informationnelles, 508-510
Œuvres réceptacles, 511-513
Œuvres scientifiques, 472, 473
Pharmacopée, 517
« Valeur-travail »/travail créatif, 469-471, 476, 477

- Ordre public

Droit d'auteur, 495
Droit des brevets, 316-318
Droits des marques, 433-435

- Originalité, 499-504

P

- Pharmacopée, 67, 517

- Positivisme

Approche, 187
Finalité, 191
Sociologique, 189

- Procédés essentiellement biologiques, 328

- Produits de santé

Cosmétique, 281
Illustrations, 260
Invention de produit, 281
Médicament, (*v. à ce mot*)

- Progrès

Du droit, 172
Scientifique, 166, 176
Technique, 167

- Progrès médical,

Biologie, 179
Chimie, 180
Définition, 174-177
Numérique, 181

- Progrès social

Bien-être, 170
Définition, 167-172
RIPERT, 168
ROUBIER, 167
Social, 169

- Propriété, 38

- Propriété intellectuelle

Archipel, 120
Distinction objet/condition d'appropriation, 111, 215, 262
Diversité des droits, 22
Domaine, 209
Droit pénal, 121
Droit spécial/droit commun, 38
Exercice, 36
Finalité, 204
Histoire, 25
Nature, 38, 119
Objet (*v. bien*)
Régime (*v. à ce mot*)
Régime d'exception, 120, 121, 208
Unité, 23

- « **Propriété de marché** », 223

- **Propriété scientifique**, 230

- **Publicité**
médicament, 386-388

Q

- **Qualification**, 193

R

- **Régime de la propriété intellectuelle**
Propriété collective, 221
Propriété publique, 220
Régulation, 219

- *Res corporales et Res incorporales*, 15

- **Réservation**
École de Montpellier, 18
Non-privative, 19-20
Proposition de loi Godfrain, 121

- **RFID**, 22

S

- **Santé**
Alcool, 456
Aliments (*v. à ce mot*)
Définition, 4
«Domaine de la santé », 9-10
Droit à la santé, 8
Droit de la santé, 7, 383,384
Environnement, 451
Tabac, 453
Type de maladie (OMS), 113
Santé publique, 6, 449

- **Santé (Droit de la)**, 383,384

- **Savoir-faire**, 20, 474

- **Savoirs médicaux traditionnels**
Bibliothèque numérique, 532,533
Définition, 527
Enjeux médicaux, 527-531

- **Schéma de synthèse**, 240

- **Secret**, 19

- **Signe**
Distinction objet/condition, 406
Finalité, 417-420
Valeur sociale, 413-415
Valeur-travail, 409-412

- **Solidarité sociale**, 165

- **Support**
Indépendance, 37, 254
Pluralité d'invention, 279

- **Système**, 188

T

- *The tragedy of the commons*
HARDIN, 115
Tragedy of the anticommons, 115, 229
(M. A. HELLER et R. S. EISENBERG)

- **Topographie de semi-conducteur**, 22

U

- **Usage**, 66,67

- **Usage commun**, 231

- « **Utile rareté** », 71

- **Utilité**
Définition économique 66-70
Réception juridique, 108-117
Utilitarisme , 126
Utilité sociale, 127
- *Utility*, 110, 112

V

- **Valeur économique**

Critère de dissociation, 92
Définition du bien, 80-89
Dématérialisation, 16
Droit des contrats, 16
Droit public, 16
Nature des choses, 82
Valeur d'échange, 50
Valeur d'usage, 50

- « **Valeur rareté** »

Bien, 87
Définition, 72
Utile rareté, 71

- « **Valeur sociale** »

Conception objective, 159
Conception subjective, 152
Définition du bien, 212-216
Fait social, 160
Finalité, 161
Invention, 270
Justification, 146,147
Modalité d'appréhension, 148
Morale, 150
Négative, 316, 365, 434, 448

Objet valorisé, 209
Règle de droit, 191
ROUBIER, 166
Universalité, 156, 160

- « **Valeur-travail** »

Acte de créer, 132
Définition du bien, 213
Diamond v. Chakrabarty, 138
École anglaise, 53-55
Invention, 266
Marx, 56-58
Matière vivante, 134, 136
Santé, 59-62

- « **Valeur-utilité** »

Approche qualitative du besoin, 69
Approche quantitative du besoin, 70
Besoin (subjectif), 68, 85, 104-107, 152
Usage (objectif), 66, 86
Utilité, 108-117

- **Variétés Végétales**

Protection, 134, 325-326

W-X-Y-Z.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GENERALE	11
<i>I) Qu'entendre par la « propriété intellectuelle » et le « domaine de la santé » ?</i>	<i>2</i>
A) Le « domaine de la santé », un objet d'étude bigarré.....	2
1) L'occasion pour la propriété intellectuelle d'autres confrontations.	3
2) La préférence en l'analyse de la propriété intellectuelle dans le « domaine de la santé ».	8
B) La propriété intellectuelle, un droit unifié	10
1) L'identification du bien incorporel.....	12
2) La réservation du bien incorporel.....	19
a) L'exclusion des mécanismes de réservation non privative	20
b) Les mécanismes de réservation privative.....	22
<i>II) Pourquoi s'intéresser à la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé ?</i>	<i>25</i>
A) Une propriété intellectuelle historiquement discutée dans le domaine de la santé	25
B) Une propriété intellectuelle actuellement contestée dans le domaine de la santé	28
1) Les facteurs pratiques de la contestation	29
2) La teneur théorique de la contestation.....	32
<i>III) Comment traiter la question de la propriété intellectuelle</i>	<i>37</i>
<i> dans le domaine de la santé ?</i>	<i>37</i>
A) Le nœud de la question : l'objet de la propriété intellectuelle.	37
B) Le dénouement de la question : une réflexion sur la valeur dans le droit des biens.....	38
1) La valeur économique : une valeur connue	39
2) La valeur sociale : une valeur à découvrir.....	43

PARTIE 1: LA MISE EN ÉVIDENCE DE LA VALEUR SOCIALE DANS L'OBJET DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 47

TITRE 1 : LE DIAGNOSTIC DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE SUR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE..... 51

CHAPITRE 1: LA DÉFINITION DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ..... 53

Section 1 : La « valeur-travail » 55

Paragraphe 1 : La « valeur-travail » par l'École anglaise 55

Paragraphe 2 : La « valeur-travail » par Marx..... 59

Paragraphe 3 : Les manifestations de la « valeur-travail » dans le domaine de la santé..... 63

Section 2 : La « valeur-utilité » et la « valeur-rareté » 66

Paragraphe 1 : La « valeur-utilité » 67

A) La conception objective : l'usage de la chose 67

B) La conception subjective : le besoin de la chose 70

1) L'approche qualitative 72

2) L'approche quantitative 74

Paragraphe 2 : La « valeur-rareté » 76

CHAPITRE 2 : LA RÉCEPTION DE LA VALEUR ÉCONOMIQUE PAR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ 82

Section 1 : Le principe de la réception de la valeur économique dans le droit commun des biens 83

Paragraphe 1 : La définition du bien d'après la valeur économique 84

A) Le fondement à la qualification du bien incorporel d'après la valeur économique 85

B) Les modalités de la qualification de bien d'après la valeur économique 89

Paragraphe 2 : La définition de la chose commune d'après la valeur économique..... 98

A) Approche négative de la chose commune 99

B) Approche pratique de la chose commune dans le domaine de la santé	102
Section 2 : Les limites à la réception de la valeur économique dans la propriété intellectuelle du domaine de la santé	106
<i>Paragraphe 1 : L'inefficace « valeur d'échange » pour la propriété intellectuelle</i>	<i>107</i>
<i>Paragraphe 2 : Le danger de la valeur « utilité-rareté » pour la propriété intellectuelle</i>	<i>113</i>
A) L'expansion du domaine de la propriété intellectuelle.	113
1) Le besoin, facteur du « tout appropriable »	114
2) L'utilité, moteur du « tout appropriable »	120
a) L'utilité, cause de la multiplication des objets en droit des brevets.	120
b) L'utilité, cause de l'étendue de l'objet en droit des brevets.	129
c) L'utilité, vecteur du « rien inappropriable »	134
B) L'altération du droit de la propriété intellectuelle	135
1) L'exacerbation de la nature économique des droits de propriété intellectuelle	135
2) La fin d'un régime d'exception pour la propriété intellectuelle	138
3) Le changement de logique pour les droits de propriété intellectuelle	141
a) Un droit consumériste.	141
b) Un droit utilitariste.	145
α) Qu'est-ce que l'utilitarisme ?	145
β) L'utilitarisme dans le domaine de la santé	149
<i>Paragraphe 3 : La prudence avec la « valeur travail » dans le processus d'appropriation.</i>	<i>155</i>
A) La nécessité de la « valeur travail »	156
B) La méfiance envers la « valeur travail »	160
1) La « valeur travail » et la confusion de la chose et de l'homme.	160
2) La « valeur travail » et la domination de la chose sur l'homme.	164

TITRE 2 : LES PRONOSTICS DE LA VALEUR SOCIALE SUR LA PROPRIETE INTELLECTUELLE..... 173

CHAPITRE 1 : LA DEFINITION DE LA VALEUR SOCIALE DANS LE DOMAINE DE LA SANTE 177

Section 1 : Les remarques générales sur l'appréhension de la valeur sociale : la finalité du progrès social..... 178

Paragraphe 1 : Le rejet d'une conception subjective de la valeur 179

A) La présentation de la conception subjective de la valeur	179
B) La critique de la compréhension subjective de la valeur	182
<i>Paragraphe 2 : La préférence en une conception objective de la valeur sociale</i>	186
A) L'identification de la valeur dans les qualités de l'objet	186
B) La détermination de la valeur à partir de la finalité de l'objet	188
1) Le rejet des fins intermédiaires	191
2) La préférence en une finalité générale	193
3) La valeur sociale retenue : le progrès social	198

Section 2 : Les remarques particulières sur l'appréhension de la valeur sociale dans le domaine de la santé : la finalité du progrès médical..... 208

<i>Paragraphe 1 : Le progrès médical : un processus d'accroissement des avancées médicales</i>	209
A) Les descriptions du processus d'accroissement des avancées médicales	209
B) Les illustrations du processus d'accroissement des avancées médicales	210
<i>Paragraphe 2 : Le progrès médical : un processus temporel d'accroissement</i>	216

CHAPITRE 2 : LA RÉCEPTION DE LA VALEUR SOCIALE PAR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ 221

Section 1 : Le principe de la réception de la valeur sociale et de la finalité par le droit de la propriété intellectuelle 222

<i>Paragraphe 1 : La méthode d'intégration du progrès médical au droit de la propriété intellectuelle</i>	223
A) L'élaboration du droit en un « système ouvert »	223
B) L'application du droit comme un « système ouvert »	233
<i>Paragraphe 2 : Les conséquences de l'intégration du progrès médical au droit de la propriété intellectuelle</i>	234
A) Les écueils à éviter	234
B) Les avantages à constater	236
1) L'indépendance de la propriété intellectuelle	236
2) La légitimation de la propriété intellectuelle	240
a) La légitimité retrouvée au-delà de la « fonction »	240
b) La réintégration de la propriété intellectuelle dans une logique de progrès	245

Section 2 : Les solutions apportées à l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé..... 247

Paragraphe 1 : La synthèse des solutions développées pour l'objet de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé..... 248

A) Le caractère exceptionnel de la norme d'appropriation 248

B) Le caractère finalisé de la norme d'appropriation. 250

Paragraphe 2 : L'application des solutions proposées aux catégories de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé..... 252

A) La délimitation de la création, une catégorie fermée 252

1) La nature juridique de la création intellectuelle 253

a) Une valorisation économique incontournable 253

b) Une valorisation sociale indispensable. 255

2) Le régime juridique de la création intellectuelle 257

a) Vers une autre forme de propriété ? 257

b) L'efficacité des mécanismes privatifs de la propriété intellectuelle 262

B) La délimitation de la chose commune incorporelle : une catégorie ouverte 266

1) La nature juridique de la chose commune 269

2) Le régime juridique de la chose commune.....284

PARTIE 2 : LA MISE EN PERSPECTIVE DE LA VALEUR SOCIALE DANS L'OBJET DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE 285

TITRE 1 : LE DROIT DES BREVETS, GENERATEUR DE PROGRES MEDICAL 288

CHAPITRE 1 : L'APPROPRIATION FINALISÉE DE L'OBJET DU DROIT DES BREVETS DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ..... 290

Section 1 : L'interprétation stricte de l'objet breveté dans le domaine de la santé 291

Paragraphe Préliminaire : Le passé contrasté de l'objet de santé en droit des brevets : de l'objet de science à la matière industrielle 292

Paragraphe 1 : L'invention, objet valorisé du droit des brevets 303

A) La présentation des objets du domaine de la santé..... 303

1) L'objet phare du domaine de la santé : le médicament 304

2) Les objets secondaires du domaine de la santé.....	313
B) La « réinvention de l'invention » pour le domaine de la santé.....	315
1) L'approche théorique de la notion d'invention	317
a) L'invention, objet économiquement valorisé du droit des brevets	317
b) L'invention, objet socialement valorisé du droit des brevets.....	322
α) Les généralités sur la recherche de la valeur sociale et l'invention	323
β) La valeur sociale et l'exemple des séquences génétiques	324
χ) La portée de la valeur sociale lors de l'appropriation de l'invention □	327
2) L'appréciation pratique de la notion d'invention dans le domaine de la santé	332
a) L'invention pharmaceutique de produit.	335
b) L'invention pharmaceutique de procédé.	341
c) L'invention d'application et de composition de moyens connus.	343
<i>Paragraphe 2 : Les conditions finalisées de la brevetabilité dans le domaine de la santé. ..</i>	<i>344</i>
A) La nouveauté	344
1) Définition du concept de nouveauté.	345
2) Application du critère de nouveauté au domaine de la santé.	346
B) L'activité inventive.....	353
1) L'activité inventive, en général	353
2) L'activité inventive, en particulier	357
a) L'appréciation de l'activité inventive dans le domaine de la santé.....	357
b) Illustration de l'activité inventive dans le domaine de la santé.	358
C) L'application industrielle.....	360

Section 2 : La réhabilitation nécessaire de l'objet inappropriable dans le domaine de la santé..... 363

<i>Paragraphe 1 : « L'inappropriable » consensuel.....</i>	<i>365</i>
A) Les modalités de protection de certains objets essentiels au progrès médical	365
1) Les découvertes et les théories scientifiques.	366
2) L'exclusion des méthodes de traitement ou de diagnostic.	367
B) Les modalités d'exclusion de certains objets contraires au progrès médical	369
1) L'ordre public et les bonnes mœurs	371
2) La dignité.....	374
<i>Paragraphe 2 : « L'inappropriable » controversé.....</i>	<i>377</i>
A) La matière vivante d'origine humaine.....	377
1) L'immensité du domaine de l'exclusion	378
2) Le corps humain et ses éléments : le cas des cellules souches.	379

B) La matière vivante d'origine végétale.	383
1) Les variétés végétales.	384
2) Les procédés essentiellement biologiques.	388
C) La matière vivante d'origine animale.	389

CHAPITRE 2 : LA CIRCULATION FINALISÉE DE L'OBJET DU DROIT DES BREVETS DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ..... 394

Section 1 : Les ressorts internes de l'hypothèque sociale 395

Paragraphe 1 : L'usage commun retardé par la durée allongée du brevet dans le domaine de la santé 396

A) Le Certificat Complémentaire de Protection, un outil discuté	397
1) Le domaine d'application du Certificat Complémentaire de protection	398
2) Le régime du Certificat Complémentaire de Protection	401
3) Les solutions de remplacement au Certificat Complémentaire de protection ?	402

B) Le Certificat Complémentaire de Protection : un outil mieux accepté pour les médicaments compassionnels 404

Paragraphe 2 : L'usage commun menacé par l'exercice dévoyé du brevet dans le domaine de la santé 407

A) L'accès imposé	407
1) La licence obligatoire pour défaut d'exploitation.....	408
2) La licence d'office dans l'intérêt de la santé publique	409
3) La licence obligatoire visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation.	412
a) Genèse de la licence obligatoire	413
b) Régime de la licence obligatoire	417
c) Réflexions autour de la finalité des droits de propriété intellectuelle.	419
4) Les licences de dépendance	422
B) L'accès restauré	423
1) Les préparations magistrales et les actes accomplis à titre expérimental.....	423
2) Le privilège de l'agriculteur.	426
C) L'accès protégé.....	428
1) Les enjeux de la contrefaçon de médicament	428
2) Le traitement juridique de la contrefaçon de médicament	429

Section 2 : Les ressorts externes de l'hypothèque sociale..... 433

Paragraphe 1 : Le mécanisme régulateur : le droit communautaire de la concurrence..... 434

A) La libre circulation 435

1) Les importations parallèles : manifestation de la libre circulation 436

2) L'épuisement des droits de propriété intellectuelle : modalité de la libre circulation. 437

B) La libre concurrence 440

1) Les ententes 441

2) L'abus de position dominante. 442

a) La notion d'abus de position dominante 442

b) La théorie des facilités essentielles 443

Paragraphe 2 : Les mécanismes correcteurs : le droit de la santé et le droit des contrats... 446

A) Le droit de la santé, la coercition publique de la propriété intellectuelle..... 446

1) L'autorisation de mise sur le marché (AMM) 447

2) La publicité pour les médicaments. 451

3) Les médicaments génériques. 455

B) Le droit des contrats ou la coercition privée de la propriété intellectuelle..... 460

TITRE 2 : LE DROIT D'AUTEUR ET LE DROIT DES MARQUES, RÉCEPTEURS DU PROGRÈS MÉDICAL 471

CHAPITRE 1 : LE DROIT DES MARQUES, INSTRUMENT DE COMMERCIALISATION EN FAVEUR DU PROGRÈS MÉDICAL 473

Section 1 : La poursuite de la finalité de progrès médical pour les objets à valeur sociale positive..... 474

Paragraphe 1 : L'appropriation finalisée du signe dans le domaine de la santé..... 475

A) Le signe valorisé, objet du droit des marques. 476

1) L'identification des valeurs sur le signe dans le domaine de la santé 476

a) La « valeur-travail » et la diversité des signes pharmaceutiques 477

b) L'identification de la valeur sociale du signe dans le domaine de la santé..... 479

2) La finalité de progrès médical assignée à la marque dans le domaine de la santé ... 481

a) Le progrès médical et la diversification de l'offre des signes 481

b) Le progrès médical et la sécurisation de l'offre des signes..... 483

B) La dangereuse flexibilité des conditions d'appropriation du signe sur un produit de santé.....	484
1) La distinctivité du signe dans le domaine de la santé.....	485
a) L'importance de la théorie de la distinctivité :.....	485
α)Appréciation de la distinctivité de la marque.....	486
β)Sanction du défaut de distinctivité de la marque.....	490
b) La distance de la pratique de la distinctivité : la coexistence pacifique entre les marques.....	491
2) La disponibilité du signe dans le domaine de la santé.....	496
3) La licéité du signe dans le domaine de la santé.....	497
a) L'ordre public.....	498
b) Les signes trompeurs.....	499
<i>Paragraphe 2 : La circulation finalisée de la marque dans le domaine de la santé.....</i>	<i>501</i>
A) Le sacrifice de la marque pour la finalité de progrès médical.....	501
1) L'atteinte des médicaments génériques au droit des marques.....	501
2) La sanction de la marque pour défaut d'exploitation.....	503
B) L'intérêt de la marque pour le progrès médical.....	504
1) Les mécanismes internes d'influence : l'exemple des marques collectives.....	504
2) Les mécanismes externes d'influence : le droit de la concurrence.....	506
a) La traditionnelle fonction de garantie de l'origine des produits.....	506
b) L'ouverture opportune pour le progrès médical de la notion de fonction de la marque.....	508

Section 2 : La poursuite de la finalité de progrès médical pour les objets à valeur sociale positive..... 511

Paragraphe 1 : L'identification des objets à valeur sociale négative par les politiques de santé publique..... 511

Paragraphe 2 : L'illustration des objets à valeur sociale négative au travers de l'alcool et du tabac..... 514

A) Le tabac et les marques.....	515
B) L'alcool et les marques.....	521

CHAPITRE 2 : LE DROIT D'AUTEUR, INSTRUMENT DE DIFFUSION EN FAVEUR DU PROGRÈS MÉDICAL..... 528

Section 1 : La question du droit d'auteur dans le domaine de la santé, le cantonnement du monopole..... 529

Paragraphe 1 : Le constat de la neutralité de l'objet du droit d'auteur 530

A) Le travail créatif 532

1) L'exigence d'un travail créatif 533

a) L'existence d'un travail créatif..... 533

b) L'absence de travail créatif 539

2) La conscience d'un travail créatif..... 541

a) Les auteurs dénués de créativité dans le travail ?..... 541

b) Les objets dénués de travail créatif 546

B) La forme de l'œuvre appréciée sans considération de la valeur sociale de l'objet 548

1) Le principe de l'attachement à la forme d'expression..... 548

a) L'exigence d'une forme en droit d'auteur..... 548

b) Un particularisme de la forme d'expression dans le domaine de la santé ?..... 551

2) La conséquence : l'exclusion des idées de l'appropriation 552

a) Le principe général de libre parcours des idées..... 552

b) Le libre parcours des connaissances scientifiques 557

Paragraphe 2 : Le renforcement de la neutralité de l'œuvre de l'esprit par les conditions d'appropriation 560

A) L'indifférence réaffirmée au contenu de l'œuvre..... 561

1) Le mérite..... 561

2) Le genre et la forme d'expression 566

3) La destination 568

B) La seule condition : l'originalité de la forme 569

1) Présentation des thèses en présence..... 572

2) Application des thèses en présence aux œuvres du domaine de la santé 577

Section 2 : Le droit d'auteur en question dans le domaine de la santé : le débordement du monopole..... 581

Paragraphe 1 : Les difficultés posées par les œuvres informationnelles du domaine de la santé 581

A) Les risques théoriques de l'appropriation des œuvres informationnelles 582

1) La définition de l'œuvre informationnelle..... 582

2) Les modalités d'appropriation : l'œuvre réceptacle	585
B) La vérification des risques théoriques de l'appropriation de l'œuvre informationnelle dans le domaine de la santé	588
1) Les annuaires médicaux.	588
2) Les listes statistiques de médicament.	589
3) Les pharmacopées.	591
4) Les collections d'échantillons biologiques ou « biobanques ».	595
<i>Paragraphe 2 : Des pistes de réflexion pour les œuvres informationnelles du domaine de la santé</i>	600
A) Une piste, restaurer l'accès : Vers la création d'une nouvelle exception au droit d'auteur ?.....	602
B) Une autre piste, reconsidérer la forme de la propriété : l'exemple des bibliothèques numériques de savoirs médicaux traditionnels.....	605
1) Le contexte entourant les savoirs médicaux traditionnels	607
2) Le régime juridique des « bibliothèques numériques pour les savoirs médicaux traditionnels »	611
CONCLUSION GENERALE	623
BIBLIOGRAPHIE	632
ANNEXES	689
INDEX ALPHABETIQUE.....	700
TABLE DES MATIERES	7099

Vu et permis d'imprimer
Grenoble, le

Le Président de l'Université Pierre-Mendès-France,

Alain SPALANZANI

RESUME EN FRANÇAIS

La valeur est une notion particulièrement présente dans le droit des biens, prisme par lequel nous analyserons l'objet de la propriété intellectuelle du domaine de la santé. Qualifiée d'économique, la valeur de l'objet de la propriété intellectuelle le conduit dans la sphère du droit commun des biens, lui faisant perdre sa spécificité et l'ouvrant à tout objet économiquement valable du domaine de la santé. Les solutions proposées au rétablissement de la légitimité de la propriété intellectuelle, dans ce domaine où elle est indispensable, sont doubles. D'une part, il est nécessaire de se concentrer sur l'objet de la propriété et moins sur son exercice, comme cela est souvent fait. La délimitation stricte de l'objet du droit de propriété intellectuelle est importante. Il ne peut répondre à toutes les sollicitations de protection pressantes des objets du domaine de la santé et doit préserver la part d'inappropriable. D'autre part, cet argument doit être consolidé par la recherche de la finalité de la propriété intellectuelle dans le domaine de la santé. Elle n'est découverte que par la considération de la valeur sociale des objets qui affectent l'état de santé des personnes. Ainsi, l'appropriation de tout objet dans le domaine de la santé doit contribuer à réaliser le progrès médical. Le progrès médical est défini comme un processus d'accroissement dans le temps des avancées médicales, issues de la science et de la technique, qui contribuent à l'amélioration du « bien-être » et, d'après la définition retenue de la santé, à l'« état complet de bien-être physique, mental et social ». Sa présence sera vérifiée à la lumière des principaux droits qui composent la propriété intellectuelle. Il sera remarqué que l'appropriation dans le droit des brevets est génératrice des avancées médicales, tandis que le droit des marques et le droit d'auteur réceptionnent ces objets pour assurer le progrès médical dans sa dynamique temporelle.

TITRE ET RESUME EN ANGLAIS

The object of intellectual property in the healthcare field

Value is a notion especially present in intellectual property law, and this is the prism we have chosen to analyse the object of intellectual property in the healthcare field. When labeled economic, this value present in the object of copyright drives it (the object) into the sphere of property common law, thus losing its specificity and opening it to all objects economically valid in the healthcare field. The solutions offered to re-establish the legitimacy of intellectual property in this field where it is essential are two-fold. On the one hand, it is essential to focus on the object of intellectual property and not its exercise as it is often done. The strict delimitation of the object is important. It should not meet all the pressing solicitations for protection of objects in the healthcare field but must preserve its in-appropriable portion. On the other hand, this argument must be reinforced with the search of the purpose of intellectual property in the healthcare field. This purpose can only be found when considering the social value of the objects affecting people's health. Therefore the appropriation of any object in the healthcare field must contribute to the achievement of medical progress. Medical progress is defined as a process of an increase in time of medical advances stemming from science and technique, advances which contribute to an improved well-being and, according to the health definition here used, to an improved complete physical, mental and social well-being. Its presence (of medical progress?) will be verified (checked) in light of the principal rights which make up the copyright law. It will be noted that the appropriation in patents rights is generating medical advances, whereas in trademark and royalties rights receive these objects to ensure medical progress in its temporal dynamic.

DISCIPLINE : DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES

MOTS-CLES : Droit de la propriété intellectuelle – Droit des biens – Théorie générale du droit – Analyse économique du droit – Valeur – Bien – Chose commune – Santé – Génétique.

**Thèse préparée au sein du Centre de Recherches Juridiques dans l'Ecole Doctorale
« Sciences Juridiques »
Faculté de Droit de Grenoble II - BP 47 - 38040 Grenoble cedex 9**