Candidature à la Journée de la Jeune Recherche en Propriété Intellectuelle
Édition 2022

Candidate : Chloé Dornbierer
Sujet de thèse : Le régime juridique des choses non rivales : analyse au prisme des choses informationnelles
Directeurs de thèse : Madame le Professeur Valérie-Laure Benabou et Monsieur le Professeur David Bosco
Université de rattachement : Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de Science Politique, Centre de droit économique
Première inscription en thèse : Septembre 2017

Présentation du sujet de thèse

1. **Définition de la non-rivalité en économie.** En science de l'économie, le terme de « bien » est employé en opposition à celui de « service ». Il désigne une chose qui a une utilité : celle de répondre à un besoin ou un désir. Il n'est empreint d'aucune considération juridique liée à la propriété ou l'exclusivité. Nous pouvons y voir la « *summa divisio* » de l'économie. Concernant les biens (les services sont exclus du champ de recherche de cette étude), deux critères de distinction sont utilisés pour classer ceux-ci : l'excluabilité et la rivalité. Les biens excluables sont ceux dont une personne peut interdire l'usage à une autre, alors que les biens non excluables sont ceux pour lesquels il est techniquement difficile ou coûteux d'en interdire l'usage. Les biens rivaux sont quant à eux des biens dont l'usage par une personne empêche une autre de l'utiliser simultanément, là où à l'inverse les biens non rivaux peuvent être utilisés par plusieurs personnes en même temps. Par exemple, un poisson de la mer Méditerranée est un bien non excluable et rival. Un poisson vendu à la poissonnerie est un bien excluable et rival. Une invention brevetée est un bien excluable et non rival. Une idée est un bien non excluable et non rival.

2. **Transposition de la notion de non-rivalité en droit.** En analysant les critères de distinction des biens en science économique, nous observons que la rivalité renvoie à la *nature* des choses, tandis que l'excluabilité renvoie au *régime*. En effet, ce sont les caractéristiques intrinsèques d'une chose qui permettent de la qualifier de rivale ou de non rivale. Une chose corporelle est nécessairement rivale et son usage déterminera ensuite son degré de rivalité (par exemple, si un véhicule est utilisé en tant que transport collectif, son degré de rivalité sera moins élevé que s'il est utilisé en tant que transport individuel ; ou encore, une autoroute, selon sa congestion, sera plus ou moins rivale), tandis qu'une chose douée d'ubiquité sera nécessairement non rivale. C'est le cas des

informations, leur caractère ubiquitaire[1] leur confère une nature non rivale : elles peuvent être utilisées en plusieurs lieux simultanément, ainsi il n'y a pas de rivalité entre les différents utilisateurs. C'est aussi le cas des énergies renouvelables ; en revanche leur usage, lui, comme la construction d'éoliennes, l'installation de panneaux solaires, est généralement rival.

3. **« Différence de nature égal différence de régime »**[2]. En droit français, le modèle prédominant permettant d'organiser l'usage des choses est **le droit de propriété privé et individuel**. Si les fondements de ce droit remontent au droit romain, le droit de propriété tel qu'on le connaît en droit positif est celui instauré après la Révolution française dans le Code civil de 1804. Ce droit de propriété individuel, protégé en tant que droit constitutionnel[3] et droit fondamental[4], a été le socle du modèle économique capitaliste, et du modèle juridique exclusiviste. En effet, outre l'article 544 du Code civil instaurant une exclusivité sur des choses rivales, de nombreux régimes ont progressivement régi des choses non rivales, notamment informationnelles, *via* l'exclusivité. C'est le cas des droits de propriété intellectuelle, de la concurrence déloyale et du parasitisme économique, du secret des affaires ou encore du droit *sui generis* du producteur de bases de données qui permettent à une personne de détenir un droit exclusif sur une chose non rivale, et d'interdire son usage par des tiers. Pourtant, le droit de propriété individuel a initialement été créé pour organiser la *rivalité* des choses, résultant de leur corporalité et de leur rareté. De plus, la valeur économique des choses rivales émane à la fois de leurs utilités propres, mais également de leur *nature rivale*, et c'est cela que le droit de propriété entend protéger : c'est une exclusivité naturelle. **Pourquoi alors étendre un même régime à des choses de nature différente ?** Les informations étant non rivales, leur exclusivité est nécessairement artificielle. Ici, la valeur économique devrait résider dans les utilités des informations *et* dans leur non-rivalité (c'est-à-dire leur capacité à être utilisées de manière plurale et simultanée). Pourtant, notre modèle économique ne valorise pas le partage, c'est pourquoi le droit a créé artificiellement de l'exclusivité (par le droit et/ou la technique, par exemple les droits de propriété intellectuelle et les mesures techniques de protection) sur les choses non rivales afin de les empreindre de rareté et d'augmenter leur valeur économique dans le modèle capitaliste.

Il y a donc deux arguments en faveur d'un changement de paradigme : la nature de ces choses (argument juridique), et l'intérêt général (argument juridico-économique).

4. **Le partage comme nouveau modèle adapté aux choses non rivales et outil de valorisation.** Si le partage ne constitue pas un modèle dominant, il reste qu'il n'est pas inconnu du droit français. En effet, les régimes de libre usage des choses ont toujours existé, notamment dans l'objectif de préserver l'intérêt général, face aux intérêts individuels protégés par l'exclusivité.

---

[1] Terme emprunté à Monsieur F. BERTHILLON, *L'ubiquité des biens*, thèse de droit, dir. William Dross, Université Jean Moulin (Lyon), 2020, 679 p.
[2] J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.*, 1984, pp. 255-272.
[3] DDHC, art. 2 et 17.
[4] Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 17. – Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, art. 1.

Toutefois, ces régimes n'ont toujours été que l'ombre de l'exclusivité : les choses communes sont traitées comme une catégorie résiduelle des choses appropriables. Le domaine public intellectuel est celui dans lequel « tombent »[5] les œuvres après avoir été protégées par le droit d'auteur. Le secret des affaires est le principe, là où la liberté d'information n'est que l'exception etc. Or, **le maintien du modèle unique de l'exclusivité engendre un phénomène d'insécurité juridique** en appliquant le même régime à deux catégories de choses de nature opposée. Il semble nécessaire de repenser les catégories juridiques actuelles pour les adapter à une réalité économique et sociale où les choses non rivales, et particulièrement les informations, jouent un rôle central. De plus, la consécration d'un modèle alternatif au modèle exclusiviste permettrait de faire primer l'intérêt général sur les intérêts individuels, tout en offrant aux informations une valeur économique autre que celle issue de l'exclusivité. À ce titre, l'expérience de l'ouverture des données publiques a montré que certaines informations, non protégeables par un droit exclusif (propriété intellectuelle, secret des affaires) ni protégées par la vie privée, pouvaient être valorisées en étant réutilisées par des tiers. C'est notamment le cas du prix des carburants qui peut être utilisé par une application GSP afin de suggérer à ses utilisateurs la station-service la moins chère à proximité. De surcroît, **le modèle exclusiviste montre ses limites en matière économique,** comme en témoigne le développement de l'économie collaborative ou du libre, mais également en matière sociale notamment sur le plan environnemental (avec la résurgence de communautés) ou sanitaire (utilité des données de Google pour la fréquentation des lieux, de celles des opérateurs mobiles pour les déplacements durant la pandémie de Covid-19), où l'exclusivité créé de l'interdépendance. C'est la raison pour laquelle, à l'aune d'une modernisation des catégories juridiques, les régimes de partage doivent être repensés et valorisés pour offrir une organisation plus cohérente des usages des choses en accord avec leur nature, pour soutenir l'innovation par l'ouverture, et rétablir un équilibre entre les intérêts individuels et l'intérêt général.

[5] Cette formule est employée à plusieurs reprises au sein du Code de la propriété intellectuelle.

Axes de recherche

- **La finalité poursuivie par la propriété intellectuelle est-elle adaptée à la nature non-rivale des informations ?**

À l'origine, les droits de propriété intellectuelle ont été instaurés pour récompenser et encourager les auteurs, les inventeurs, etc. En effet, la littérature, les avancées techniques et technologiques ou encore les arts sont des moteurs sociaux et économiques. De fait, la création est indispensable aux évolutions de la société. Seulement, cette dernière nécessite de l'investissement : économique, intellectuel, humain. Pour la maintenir et l'encourager, il a donc fallu fournir aux créateurs une contrepartie : une exclusivité patrimoniale, autrement dit, un droit de propriété. Le droit a ainsi octroyé au créateur le pouvoir d'interdire ou d'autoriser l'utilisation de la création par un tiers, et donc de la monnayer. Or, si ces droits protègent directement les intérêts individuels des créateurs, ils protègent aussi indirectement l'intérêt général par le développement de la culture et de l'innovation. De plus, ces droits individuels ont été dès le départ assortis de limites destinées à préserver l'intérêt général : le domaine public intellectuel, les exceptions au droit d'auteur, les licences imposées en droit des brevets, des conditions de protection strictes.

Cependant, l'expansion de la propriété, des droits individuels et du capitalisme a eu pour effet de remplacer cette finalité sociale de la propriété intellectuelle par une finalité économique. Ainsi, nous assistons à un assouplissement des conditions de protection, à un allongement des durées de protection, à une réduction du domaine public intellectuel, à des difficultés de mise en œuvre des exceptions du droit d'auteur etc. Pourtant, la nature non rivale des informations leur permet d'être utilisées par plusieurs personnes en même temps. Cette faculté de partage pourrait être valorisée autant que l'exclusivité créée par la propriété intellectuelle. Certains créateurs ont ainsi utilisé les outils contractuels, à défaut d'outils normatifs, pour valoriser leurs créations à travers l'accessibilité notamment grâce aux licences libres, à l'*open data*, etc. Toutefois, non encadrée, la liberté contractuelle créé une forme d'insécurité juridique tant pour les créateurs que pour les utilisateurs. Cela s'illustre notamment par la complexité d'identification du titulaire du droit, ou encore par la difficulté à respecter les conditions de la licence libre initiale lorsque d'autres licences s'y sont ajoutées par la suite. Il semble alors nécessaire de rétablir la finalité première de la propriété intellectuelle, et de l'assortir de régimes de partage.

- **Le domaine public intellectuel est-il apte à recevoir les choses non rivales informationnelles ?**

Le domaine public intellectuel est le corollaire de la propriété intellectuelle. Cette notion est une construction doctrinale utilisée pour désigner, d'une part, les choses qui ont été protégées par un droit de propriété intellectuelle désormais arrivé à expiration : elles sont alors libres d'utilisation *uniquement* dans le domaine concerné par le droit expiré, mais peuvent faire l'objet d'un nouveau droit de propriété intellectuelle. Par exemple, une œuvre protégée par le droit d'auteur dont la protection a expiré entre dans le domaine public du droit d'auteur, elle peut donc être reproduite et représentée sans contrainte ; elle peut toutefois faire l'objet d'un nouveau droit : marque, dessins et modèles… Cette notion de domaine public est utilisée, d'autre part, pour désigner les choses non protégées par les droits de propriété intellectuelle qui alors peuvent être librement utilisées.

Cette notion est très représentative du modèle exclusiviste (comme décrit dans la présentation du sujet de thèse). Elle est à la fois définie par la négative et réduite à une catégorie résiduelle : tout ce qui n'est pas protégé est dans le domaine public. Cependant, elle est également empreinte d'une connotation négative, à lire l'expression utilisée dans notre Code de la propriété intellectuelle, les œuvres « tomberaient » dans le domaine public… Comme nous tomberions dans les abîmes. Ainsi, si nous revenions au postulat de départ, il s'agirait plutôt d'écrire : **le domaine public intellectuel n'est *que* le corollaire de la propriété intellectuelle**.

De ce fait, depuis près de vingt ans, la doctrine tente de donner au domaine public intellectuel une définition positive et un régime à part entière. En effet, pour recevoir les choses non rivales informationnelles, la notion devrait avoir une définition plus étendue que celle livrée plus haut, et comprendre : les choses entrées dans le domaine public par expiration des droits, les choses informationnelles inappropriables (par la propriété intellectuelle, le secret des affaires et le droit *sui generis* des producteurs de bases de données), celles qui ne remplissent pas les conditions de protection de la propriété intellectuelle, celles exclues de toute exclusivité pour motif d'intérêt général comme les faits divers, et celles qui pourraient être protégées mais pour lesquelles le créateur a renoncé à détenir une exclusivité. Aussi et surtout, ce domaine public intellectuel devrait avoir un régime propre afin d'assurer une véritable protection des choses qu'il comprend et garantir leur libre usage.

- **Les « communs » sont-ils une réponse aux choses non rivales informationnelles ?**

Lorsqu'il s'agit de questionner le modèle de la propriété individuelle, la doctrine a recours à la notion de « communs ». Pourtant, la notion est loin de répondre aux problématiques de partage et, contrairement à ce que nous pourrions croire, elle n'est pas une alternative au droit de propriété. En effet, la notion nous vient de l'économie et renvoie initialement au « bien commun », à savoir un bien rival et non excluable (comme un pâturage ou un poisson en mer)[6]. La notion a donc été construite pour répondre à une problématique attachée à des choses *rivales*, et non pas des choses *non rivales* comme les informations. Ainsi, le régime choisi par les théoriciens des communs est la *bundle of rights*, à savoir un régime propriétaire où la propriété n'est pas individuelle mais collective : elle est un faisceau de droits, divisés et distribués à plusieurs titulaires.

Depuis sa naissance, la notion de « communs », telle que définie ci-dessus, a évolué et est plus extensive qu'à l'origine, lui permettant notamment d'accueillir les choses non rivales. Toutefois, le régime qui y est attaché reste celui d'une propriété commune où le pouvoir d'exclure demeure présent ; nous ne pouvons pas y voir un régime de partage. En effet, c'est un régime où la chose est partagée *au sein* de la communauté, mais elle est *exclue* de l'usage des tiers à la communauté. Ainsi, les « communs » ne semblent pas représenter un régime applicable à l'intégralité des choses non rivales informationnelles, notamment les informations brutes qui devraient être inappropriables. En revanche, ils sont une vraie perspective pour normer les œuvres libres, c'est-à-dire les œuvres protégées par un droit de propriété intellectuelle mais pour lesquelles les auteurs renoncent (en totalité ou en partie) à leur exclusivité. Aussi, la notion semble être une véritable opportunité pour les ressources naturelles, de nature rivale.

[6] Voir le point n° 1 de la présentation du sujet de thèse.