

Les droits de propriété intellectuelle vecteurs de transmodernité ?

Sigrid Aubert et Étienne le Roy

La propriété, pilier du code civil, fondement du système libéral et maïeute de la modernité, organise notre droit positif. Cependant, si l'on y regarde de plus près, la propriété, mythifiée dans les discours, ne se rencontre que très rarement lorsque l'on observe les rapports d'appropriation mis en œuvre par les acteurs, que ce soit dans les pays industrialisés ou dans les pays en développement. Le colloque organisé en 1989 pour célébrer le deuxième centenaire de l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui posait que " la propriété (est) un droit inviolable et sacré " avait déjà démontré " l'impossible propriété absolue ", selon le titre de la communication de Joseph Comby¹). Tant les praticiens que les théoriciens du droit de propriété savent ainsi qu'il y a une distorsion entre les discours et les pratiques, les représentations originelles et leurs applications contemporaines : la propriété décrite dans l'article 544 du Code civil est ainsi un mythe au sens du muthos grec, un discours fantasmatique sur la face cachée du monde.

Ce que l'on sait moins, en revanche, c'est que, selon les contextes, la propriété désigne l'affectation à un usage ou la réservation plus ou moins exclusive à un usager² et ainsi, qu'en s'associant à certains qualificatifs, la notion de propriété peut voir ses attributs et ses signifiants bouleversés. Il en est ainsi de la propriété dite intellectuelle qui va tirer des conditions particulière de création d'un usage un droit exclusif qui pèsera sur l'usager.

Car la propriété intellectuelle ne se distingue pas seulement de la propriété par la qualification qui lui est assignée. Puisant sa source dans le travail de l'homme, elle permet à son titulaire de se constituer et d'exploiter de manière exclusive un ensemble original de relations patrimoniales. Initialement conçue comme une riposte systématique à l'extension de la sphère marchande, elle a progressivement conduit au réajustement du discours sur la propriété avec la pratique de la propriété, offrant une nouvelle donne aux capacités d'agir dans un contexte de liberté des échanges. C'est le premier point que nous voudrions examiner avant d'expliquer que sa remise en perspective sur le long terme et la relation structurale que les droits de propriété intellectuelle ont avec les maîtrises foncières ou fruitières précapitalistes en font à la fois un vecteur de transmodernité et un promoteur de complexité au sein de l'ordre social.

Dans ces conditions, la notion de propriété intellectuelle trouve toute sa justification dans une démarche visant la gestion viable des ressources naturelles et des connaissances qui y sont attachées.

¹ COMBY J. " l'impossible propriété ", *Un droit inviolable et sacré, la propriété*, Paris, ADEF, 1991, p. 9-20

² LE ROY E., " L'appropriation et les systèmes de production ", *L'appropriation de la terre en Afrique noire*, LE BRIS E., LE ROY E., MATHIEU P., (eds), Paris, Karthala, 1991, p. 31.

La propriété intellectuelle comme promotion d'un équilibre entre intérêts particuliers et intérêt général et comme exception au régime commun de la propriété

Dès le 15^e siècle les différentes monarchies de l'Europe accordent des privilèges à certains de leurs sujets afin de leur concéder un monopole d'exploitation sur une invention ou sur une œuvre. Cette pratique permettait au souverain, investi par la volonté divine, de récompenser ceux qui, parmi ses sujets, savaient faire preuve de diligence, et dans le même temps, elle permettait de diffuser les progrès susceptibles d'assurer la prospérité du royaume.

Mais avec la Révolution française, on passe de la notion de "sujet du roi" à celle de "sujet de droit". Désormais, dans le cadre de la définition de normes générales et impersonnelles, les inventeurs et les auteurs, acteurs du développement économique et culturel de la nation, vont être dotés d'un statut légal qui leur permettra de se voir récompensés de leurs efforts. Or, à cette époque, la plus grande des récompenses est l'attribution d'une propriété...

Cependant, la propriété, découlant d'une notion imaginée pour le statut des immeubles, doit, lorsqu'elle est appelée à régir des choses meubles et incorporelles, être spécialement aménagée afin d'exprimer et de pérenniser la relation qui s'établit entre le créateur et la société.

Une relation individu-société héritée du siècle des lumières

Le besoin d'un cadre juridique original

Malgré la reconnaissance du lien exclusif qui pouvait être établi entre un inventeur et son invention ou entre un auteur et son œuvre, la réalisation d'une œuvre ou d'une invention ne pouvait être réduite à la seule relation qui pouvait exister entre un individu et sa création. En l'absence de cadre juridique adapté, le créateur se trouve face à deux possibilités : soit il garde sa création secrète, et il doit alors l'exploiter seul, à l'abri des regards indiscrets, soit il la livre au premier venu, et à ce moment, il perd le bénéfice de sa création. Dans le premier cas, il prive la société d'un avantage substantiel, dans le second, il en devient tributaire.

Les effets du droit des brevets, c'est à dire essentiellement l'attribution, par l'Etat, d'un monopole d'exploitation temporaire, s'inscrivent comme une exception au principe fondamental de libre concurrence. C'est cependant le prix à payer pour obtenir de l'inventeur les informations techniques permettant la reproduction de son invention. En demandant la protection par le brevet, l'inventeur s'engage à livrer au public des informations suffisamment pertinentes pour permettre la reproduction de son invention par un homme de métier. La société se trouve alors en mesure d'établir un état technique des moyens dont disposent les citoyens pour promouvoir le développement de leur civilisation. Cette gestion des connaissances disponibles est à la fois un préalable et un stimulant de l'activité intellectuelle déployée par la société. Consciente de la richesse susceptible d'être tirée de l'exploitation de telles informations, la nation accepte d'accorder à l'inventeur le bénéfice de l'exploitation de son invention, mais seulement pour une durée limitée : une fois la protection échu (20 à 25 ans selon les pays), ces informations tombent dans le domaine public...

Encadré 1 : **L'apparition du droit des brevets**

Au 18^e siècle, alors qu'en Angleterre le carcan de l'ancien régime entrave encore la libéralisation de l'industrie et du commerce, l'économie se trouve plongée dans une succession de déséquilibres (pénurie de main d'œuvre pour l'industrie du coton, pénurie de bois pour la sidérurgie...) qui va pousser les entrepreneurs à envisager plusieurs séries d'innovations. Dans ce contexte, le "statuts of monopolies", établi en 1623 par le roi Jacques 1^{er} Stuart, va permettre aux industriels de s'allier à des inventeurs et de se constituer, pour les inventions susceptibles d'être utiles à la société, des monopoles d'exploitation. Ces dispositions vont encourager le développement de l'industrie et porter la Révolution industrielle.

Inspiré de cet exemple, les Etats Unis, vont, avec l'Acte du 10 août 1790, introduire la première législation sur les brevets, abandonnant ainsi explicitement les privilèges au profit de la reconnaissance du statut de l'inventeur.

En France, à la même époque, les entrepreneurs sont invités à participer directement à la valorisation de ces inventions, ce qui leur permet de légitimer l'accumulation du capital et la propriété privée des biens de production comme la condition de la diffusion d'un réel progrès technique. L'augmentation substantielle de la production devant assurer le bonheur du peuple. C'est ainsi que le droit des brevets est introduit en France par les décrets des 31 décembre 1790 et 7 janvier 1791.

Les fondements du rapport juridique qui s'établit entre l'auteur et la société a, quant à lui, été plus problématique. Il s'agissait de savoir si la création était une activité propre de l'auteur, ou s'il puisait dans un environnement social des concepts qu'il lui appartenait ensuite simplement de mettre en formes.

Dans le premier cas, l'artiste n'a pas de comptes à rendre à la société car il est l'unique initiateur de l'œuvre. Pour le bonheur de la société, il consent à la lui faire partager, mais cette démarche doit être assortie d'un engagement de la société à protéger son intérêt personnel. C'est ainsi qu'en échange du plaisir accordé, la société accepte de ne pas se saisir unilatéralement de l'œuvre et lui accorde un monopole d'exploitation temporaire.

Dans le second cas, "à un public considéré comme la source de toute inspiration mais incapable de créer lui même correspond un auteur qui incarnera dans son œuvre toutes les idées éparses et informelles. En d'autres termes, le public est un donateur, et le l'auteur un donataire, avec charges ; il doit lui rendre ce qu'il a reçu, mais sous une forme anoblie et, pour prix de son effort, il bénéficiera d'un droit temporaire d'exploitation."³.

Entre ces deux figures de "contrat social", la loi ne permettait pas de trancher. La jurisprudence et la doctrine optèrent finalement pour la reconnaissance de la contribution individuelle de l'artiste qui seul choisit d'attribuer une forme à sa création. C'est par conséquent sur la forme de l'œuvre que porte finalement la protection accordée par la propriété littéraire et artistique. Or cette protection ne peut être envisagée que grâce à un aménagement spécifique de la propriété dont la finalité est la protection des intérêts de l'auteur, ceci, malgré le fait que l'œuvre soit communiquée au public et mise en circulation

Encadré 2 : L'apparition des droits d'auteur

Au début du 18^e siècle, la seule manière pour un auteur de s'enrichir était de se faire "libraire" (éditeur) ou de faire partie d'une troupe de théâtre. En effet, les travaux de la plume ne pouvaient faire l'objet d'une valorisation directe. Les artisans et les artistes étaient regroupés en corporations, chacune faisant valoir, par le biais de son propre système d'organisation, son hégémonie dans le royaume.

Ainsi les libraires achetaient des manuscrits à des auteurs, puis inscrivait les ouvrages qu'ils entendaient diffuser sur le registre de leur librairie, mais sans que cette disposition ne garantisse la moindre exclusivité. Celle

³ EDELMAN B., "Propriété littéraire et artistique", Editions techniques, Juris-classeurs, fasc. 301-1, 1991

ci ne pouvait être accordée que par le roi lui même, grâce à la délivrance d'un privilège qui, seul, pouvait garantir un monopole d'exploitation.

La question d'un éventuel partage des avantages des produits de l'exploitation de l'œuvre au profit de l'auteur ne se posait pas plus dans le milieu littéraire⁴ que dans le milieu du spectacle : les comédiens refusaient la publication d'une pièce de théâtre tant que celle ci faisait l'objet de représentations. Ils craignaient les troupes concurrentes qui pouvaient, à moins que le roi n'ait accordé un privilège d'exploitation, envisager à tout moment de présenter un spectacle identique.

C'est seulement en 1777 alors que Louis XIV institue l'Académie royale et reconnaît aux membres le droit de diffuser librement leurs œuvres en dehors de l'influence des corporations que l'auteur trouve la possibilité de se voir à son tour attribuer un privilège.

Lorsque la Révolution française abolit les privilèges, les auteurs se retrouvent à nouveau sans protection. Cependant le principe d'une rétribution pour leur contribution au développement culturel de la nation avait fait son chemin et il est décidé de leur accorder un droit de propriété sur leur œuvre. Cette propriété, peut être encore plus sacrée que les autres du fait qu'elle est le fruit de la pensée, allait même être pourvue d'une protection particulière. C'est ainsi que le droit de représentation fut introduit par la loi du 19 janvier 1791 et que le droit de reproduction le fut par la loi du 19 juillet 1793.

Désormais, l'auteur dispose des moyens légaux lui permettant, durant sa vie entière, de maîtriser la diffusion et l'intégrité de son œuvre. Cependant, afin de préserver les intérêts de l'auteur sans affecter ceux du public, il est prévu qu'à l'issue d'une certaine période, le public pourra accéder gratuitement à l'œuvre qui contribuera ainsi à enrichir la culture populaire.

La spécificité française

C'est dans ce contexte que fut institué ce droit moral, perpétuel, inaliénable et imprescriptible, et lié à la personnalité de l'artiste. L'auteur peut jouir du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre ; Il peut divulguer son œuvre et jouir du droit de repentir ou de retrait⁵.

Le développement du droit moral n'a que faiblement touché le droit des brevets, rapidement encadré par des dispositions normatives internationales dans lesquelles l'aspect très technique de ce droit lui permet de faire abstraction de considérations d'ordre éthique. Par contre, malgré la convention de Paris qui dès 1883 sauvegarde les droits de l'inventeur à l'échelle internationale en lui accordant un droit de priorité sur tous les dépôts envisagés dans les pays signataires, le droit des brevets, dont l'assise reste exclusivement nationale, n'est pas uniformisé. Ainsi, si dans leurs effets, les législations françaises et anglo-saxonnes se recourent largement, elles ne n'ont pas été élaborées sur les mêmes principes fondateurs. Par exemple, en France et contrairement à la pratique des pays anglo-saxons, le brevet est délivré sans examen préalable de la valeur scientifique de l'invention. C'est pourquoi, en 1844, alors que le système des brevets devait être précisé pour asseoir la France dans sa situation de puissance économique, aux côtés des critères classiques de nouveauté et d'activité inventive, on a opté sur le continent pour l'application industrielle de l'invention alors qu'outre Manche le choix avait porté sur l'utilité industrielle...

Une construction juridique ouverte à la régulation sociale

⁴ Diderot, dans son texte " Sur la liberté de la presse ", pourtant commandé par les libraires parisiens dans le but de défendre leur monopole face aux libraires provinciaux exprime la relation étroite qui existe entre l'auteur et son œuvre. Ce texte, évidemment très controversé, ne sera effectivement mis en circulation qu'au 19 e siècle...

⁵ le droit moral est loin d'être aussi étendu dans l'homologue anglo-saxon du copyright.

La propriété intellectuelle entre droit réel et droit personnel

Le droit de propriété reconnu à l'inventeur ou à l'artiste sur sa création implique l'existence d'un droit réel⁶. Mais quel est l'objet de droit impliqué dans cette relation ? Il ne peut s'agir de la représentation matérielle de l'invention ou de l'œuvre puisque celle-ci va être reproduite et circuler indépendamment de la volonté de son créateur, selon les exigences du marché. La protection accordée porte sur un objet incorporel : l'information qui permet la reproduction de l'invention, ou la forme d'une œuvre, intimement liée à la personnalité de l'artiste qui l'a produite. Picard⁷ est le premier à avancer le terme de " bien intellectuel ".

Les " biens intellectuels " tirent leur existence d'une construction juridique abstraite. Ils sont définis comme des objets de droits particuliers susceptibles d'être pourvus d'une certaine valeur à la fois sociale et économique. Leur consistance immatérielle leur permet de se constituer à l'infini, chaque fois que l'objet de la protection offerte se manifeste dans le processus de reproduction de l'invention ou de l'œuvre. Ainsi, l'information comme la forme, conçues sous leur aspect juridique comme des biens intellectuels, vont pouvoir être identifiées comme des attributs inaliénables de tout objet matériel qui les représente. C'est alors sur cette dimension incorporelle, portée par l'objet corporel indépendamment de ses modalités de circulation, que pourront s'exercer les droits patrimoniaux et moraux des créateurs.

La propriété intellectuelle se pose alors comme un droit de clientèle, à cheval entre le droit réel et le droit personnel : elle postule, pour une durée limitée, l'existence d'un droit réel sur une chose, identifiée comme un bien intellectuel, et en même temps, elle postule l'existence d'un droit personnel dans le sens où elle attribue à son titulaire des prérogatives lui permettant d'exiger d'autrui (la personne qui tire des bénéfices de l'exploitation du bien intellectuel en question – et uniquement celle-ci...) une prestation.

La reconnaissance des droits de propriété intellectuelle conditionnée par des droits inclusifs

A la suite de l'institution des droits des brevets et des droits d'auteur, les régimes de propriété intellectuelle se sont multipliés dans les pays industrialisés. Une multitude de communautés d'intérêts (les producteurs d'œuvres cinématographiques, les auteurs interprètes, les sélectionneurs, les producteurs de vins, de fromage...) ont revendiqué des droits de propriété intellectuelle et se les sont vus attribuer. La propriété intellectuelle s'est imposée comme une possibilité de se réserver certaines parts de marché, et de ce fait, comme la possibilité, pour certaines communautés d'intérêts, de se voir reconnaître comme des entités homogènes et influentes.

Des régimes spécifiques de propriété intellectuelle sont successivement apparus pour répondre à un besoin de régulation de la circulation des biens corporels supportant de biens intellectuels définis par la communauté d'intérêts concernée, qui ensuite identifie les critères d'obtention de la protection revendiquée. La protection a été organisée, d'abord au sein de la communauté d'intérêt concernée, puis au niveau national, et enfin au niveau international. Une fois institué, le régime de propriété intellectuelle a pu s'adapter aux contraintes nouvelles résultant de l'évolution des techniques, des besoins et des attentes de la société, par ailleurs réduite au réseau de clientèle constitué. Tous ces éléments ne se sont pas mis en place en une seule fois. Les régimes de propriété intellectuelle sont le résultat de la lutte qu'une

⁶ ZENATI F., " Pour une théorie de la propriété ", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, (2), Dalloz, Paris, avril.-juin 1993, pp. 305-323

⁷ PICARD, *Embryologie juridique, nouvelle classification des droits*, Clunet, 1883, 249, cité par EDELMAN, 1991 p. 6.

communauté d'intérêt a engagé face à la société, pour se voir reconnaître des prérogatives considérées comme indispensables à la reproduction de ses intérêts vitaux.

Encadré 3 : L'apparition des appellations d'origine contrôlées

Les mouvements commerciaux ont peu à peu conduit à faire la promotion de produits qui tiraient leur renommée du nom géographique de la région dont ils provenaient. Ainsi, concernant les vins, la désignation du terroir d'origine a été associée à une garantie de qualité. Les vins de grande renommée s'en sont trouvés valorisés, ce qui a amené certains producteurs ou négociants peu scrupuleux à mettre sur le marché des produits de moindre qualité auquel était associé une indication géographique fallacieuse. Les viticulteurs ont alors recherché auprès de l'Etat une protection contre les fraudeurs, ce qui leur fut accordé par la loi du 1^{er} août 1905.

Désormais, il était indispensable d'identifier clairement les terroirs desquels les vins renommés pouvaient porter le nom. L'Etat entrepris donc, par voie réglementaire, de les délimiter. Mais ces délimitations administratives ont, dès leur apparition, été qualifiées d'arbitraires, et de 1908 au début de la première guerre mondiale, les relations entre les producteurs eux-mêmes et entre les producteurs et les négociants se sont envenimées. Afin de remédier à ce problème, et dès la fin de la guerre, la loi du 6 mai 1919 introduit la procédure judiciaire pour la reconnaissance de la légitimité de l'utilisation de l'appellation d'origine.

Ainsi, toute personne qui estime avoir le droit d'utiliser une appellation peut le faire, mais elle s'expose au risque d'une action en contrefaçon ou d'une action en interdiction. Dans ce contexte, il appartenait aux viticulteurs d'organiser leur défense. Des groupements de viticulteurs entendant défendre une renommée acquise grâce à des critères de production soigneusement transmis par les traditions locales se sont alors organisés en syndicats.

C'est ainsi que l'appellation d'origine fut considérée comme une propriété intellectuelle, collective et inaliénable des producteurs qui se sont regroupés pour la défendre. Cependant, cette protection pêchait encore par son manque de précisions quant aux conditions de la production des produits bénéficiaires de l'appellation d'origine.

Comprenant qu'il leur appartenait, au sein d'une organisation collective de la profession, " de prendre en compte les diverses spécificités d'une production pour en rechercher, maintenir et promouvoir la qualité " ⁸, les groupements de viticulteurs se sont imposés une discipline stricte en vue de défendre leurs intérêts, de protéger et de promouvoir leurs produits, ceci, dans l'intérêt du consommateur. Cette volonté fut bientôt transcrite sur le plan législatif, et la loi du 30 juillet 1935, modifiée par la loi du 16 novembre 1984 précise que l'Appellation d'Origine Contrôlée doit, dans sa définition, répondre à des conditions relatives à " l'aire de production, aux cépages, aux rendements, au titre alcoométrique volumique naturel minimum du vin, aux procédés de culture et de vinification ".

L'exercice des droits de propriété intellectuelle conduisant à l'établissement de droits exclusifs limités

Les droits de propriété intellectuelle naissent généralement de revendications d'équité fondées sur la valorisation de l'intervention d'un acteur à un moment donné de la chaîne de production.. C'est en vertu des droits de propriété intellectuelle que ce partage des avantages issus du succès commercial de la chanson est envisageable.

Un raisonnement identique peut être tenu dans le domaine des brevets lorsque une invention protégée est perfectionnée pour finalement donner lieu à une invention nouvelle, également brevetable, mais dépendante du brevet de l'invention sur laquelle le perfectionnement a été envisagée. En cas d'application industrielle de la nouvelle invention, les deux inventeurs seront chacun récompensés de leur travail.

Les droits de propriété intellectuelle contribuent par conséquent à favoriser un partage équitable des avantages tirés de l'exploitation d'un objet corporel intégrant des biens

⁸ INAO des vins et Eaux de vie, Une réussite française, l'appellation d'origine contrôlée, vins et Eaux de vie, Paris, 1997

intellectuels... pourvu que ces biens aient été clairement identifiés et soient répartis entre une pluralité d'acteurs eux mêmes disséminés à différents niveaux de la chaîne de production. Ceci implique l'existence de contre pouvoirs et un réel partenariat entre les différents titulaires de biens intellectuels. Mais ce n'est pas toujours le cas, et pour faire face à certaines déviances par rapport à l'objectif de la protection accordée, l'intervention de l'Etat et des instances judiciaires s'avère indispensable.

D'une part pour mettre en œuvre les dispositifs réglementaires prévus en cas d'abus de droit (par exemple les licences obligatoires ou les licences gratuites pour ce qui concerne la protection par brevets), et d'autre part pour favoriser l'émergence et l'expression de contre pouvoirs (mise en œuvre de notions floues devant être définies par la société, par exemple la notion d'ordre public).

Ainsi, dans les sociétés occidentales, l'existence de la propriété intellectuelle exprime les difficultés qui découlent de l'exercice d'un droit réel, la propriété, qui ferait abstraction des relations particulières susceptibles d'apparaître entre les sujets de droit. Dans la pratique, c'est sur la base des stratégies des acteurs et de leur capacités à se lier que sont finalement déterminés les attributs du droit réel. La propriété intellectuelle illustre la dimension mythique de la propriété qui, dès ses origines, est confrontée à des situations qu'elle se trouve dans l'incapacité de régir. Nous sommes en face d'une correction apportée à l'omnipotence des droits réels, d'autant que cette omnipotence apparaît comme une exception au régime commun de l'appropriation dans les sociétés traditionnelles. Ainsi, les droits de propriété intellectuelle retrouvent-ils par leur structure interne et par la manière dont ils 'endiguent' la propriété les expériences précapitalistes

La redécouverte de la fonction sociale comme élément tiers entre le sujet de droit et son objet

On oppose généralement les sociétés modernes aux sociétés traditionnelles. Or si la mondialisation tend à une relative homogénéité quant aux types d'institutions susceptibles d'être rencontrées dans les sociétés modernes, rien ne laisse présager de tels standards dans les sociétés traditionnelles. Cependant, si ce qualificatif renvoie à une grande diversité de systèmes culturels, il est néanmoins possible de fonder la distinction moderne/traditionnel sur deux critères quantitatifs : l'importance de l'héritage du passé dans les modes d'acquisition des connaissances, et celle de l'oralité dans les processus de transmission de ces connaissances.

Les sociétés traditionnelles n'ayant pas segmenté le champs de leurs connaissances pour en permettre une analyse objective et expérimentale fondent leur système culturel sur une réalité subjective et systémique alimentée par les connaissances empiriques de l'ensemble du corps social (passé présent et à venir). Ainsi, alors que les sociétés modernes fondent généralement leur système juridique sur un droit positif, c'est à dire sur un droit " posé " que les normes nouvelles viennent systématiquement enrichir, les sociétés traditionnelles organisent leur système juridique à partir de la dynamique de la coutume, ce qui implique, sous peine de déchéance, une réactualisation permanente des relations entre sujets de droits, et entre sujets et objets de droit au regard des fonctions remplies.

Cette distinction dans la formulation et l'organisation des systèmes juridiques respectivement qualifiés de modernes et de traditionnels, nous permet aujourd'hui d'avancer que la propriété intellectuelle s'avère être une construction plus signifiante dans les sociétés traditionnelles

que la propriété définie par les civilistes. En effet, dans les sociétés traditionnelles, la propriété, n'ayant pas été mystifiée, n'apparaît qu'exceptionnellement, au gré d'une combinaison fortuite de rapports d'appropriation à l'origine parfaitement distincts, alors que la propriété intellectuelle semble bien plus fréquente.

La généralisation des échanges de biens intellectuels dans les sociétés traditionnelles

Dans les systèmes juridiques traditionnels, le droit n'est pas écrit. Afin de le matérialiser, les membres de la communauté repèrent dans certains éléments de l'écosystème des symboles qui témoignent de l'anthropisation de la nature. Ces symboles sont définis par la communauté de référence pour rappeler à l'ensemble de ses membres les principes fondamentaux de l'organisation sociale. A la rigidité du droit positif légitimé par un Etat omniscient et omnipotent, se trouve substituée une coutume dynamique visant la réactualisation continue des normes en vue de leur appropriation par l'ensemble des membres de la communauté. Dans ce contexte, afin de restituer le lien indissociable qui s'établit, dans les sociétés traditionnelles, entre la définition des normes et leur appropriation (par les membres de la communauté), l'attention du juriste se focalise sur les " modèles de comportement " qui déterminent les rapports entre les sujets, l'objet, l'usage ou la fonction.

Ainsi, l'équivalent de ce qu'un juriste civiliste dénomme " biens " circule entre les membres d'une même communauté en étant pourvus d'une certaine valeur symbolique et cette circulation des biens participe de l'établissement du lien social selon les préceptes de l'ordre juridique accepté. Dans ces conditions, *" on ne peut comparer des armes, des bêtes et des terres, et si la coutume impose de remettre des bêtes dans une circonstance déterminée (par exemple une dot), il ne serait pas convenable de les remplacer par des bêtes d'une autre espèce et impensable de le faire par des terres. Ce que l'on voit dans les biens, ce n'est pas comme en Occident leur commune valeur économique, c'est au contraire leur valeur spécifique qu'ils tiennent de leur nature et de leur relation au groupe qui a vocation sur eux "*⁹.

Dans ce contexte, le modèle de l'économie de marché ne peut à lui seul expliciter les modalités de la circulation des biens dans les sociétés traditionnelles. Par contre, le mécanisme peut être explicité à partir du postulat que ce qui est mis en circulation, ce ne sont pas des biens corporels, mais des biens intellectuels. Dans cette perspective, les objets corporels, ne sont que l'expression matérielle, le support d'un bien intellectuel dont la valeur est attribuée au regard d'une fonction sociale reconnue par le groupe, et protégée par la coutume. Dans ce schéma, la fonction sociale de certains objets corporels serait la propriété intellectuelle de la communauté concernée.

La fonction sociale des biens comme propriété intellectuelle

Force est de constater que la fonction sociale d'un objet corporel peut prendre des formes diverses selon la nature de l'objet concerné et le rôle que lui confère la société de qui conceptualise puis formalise la fonction sociale de l'objet en question. Réduite à une somme d'individus, une société peut minimiser la fonction sociale des objets corporels et ne les apprécier que selon une certaine valeur d'usage et d'échange, évaluable en argent. Mais à partir du moment où la société n'est plus considérée comme une somme d'individus, mais

⁹ ALLIOT M. , " le droit des successions dans les Etats africains francophones ", VIIe congrès de l'institut international de droit d'expression française, Kinshasa, 1972

comme un réseau d'alliances, plus ou moins stabilisé, la fonction sociale des objets corporels se trouve revalorisée, et par conséquent réintroduite dans une construction juridique en vue de sa protection.

L'expression de cette fonction sociale est le résultat d'un consensus sur la reconnaissance de l'utilité de la circulation de l'objet corporel dans l'élaboration et la reproduction du lien social. Ainsi en est-il de la terre dans la plupart des sociétés traditionnelles¹⁰. Sa mise en culture n'est rendue possible que grâce aux alliances conclues avec les esprits telluriens ou/et avec les ancêtres qui ont participé à l'anthropisation de cet espace. Ainsi ces derniers ont-ils inscrit dans l'espace l'équivalent d'une propriété intellectuelle qui non seulement impliquera une rétribution (généralement versée lors des rites qui rythment les activités agricoles), mais également une limitation des personnes habilitées à cultiver sur cet espace (généralement les descendants directs du premier défricheur). Dans ce schéma, ce n'est pas la terre qui fait l'objet d'un droit de propriété, mais la fonction agricole de cette terre qui fait l'objet d'un droit de propriété intellectuelle au profit du premier défricheur. Ses descendants se trouvent, de par leur lien de parenté, impliqués dans un réseau de clientèle au sein duquel pourra circuler le bien intellectuel qu'est la fonction agricole de la terre. Notons que toutes les activités qui peuvent être envisagées sur l'espace concerné en dehors des activités culturelles, ne sont pas concernées par cette appropriation de la fonction agricole de la terre. Ainsi, si par exemple la terre est mise en jachère, et que certains végétaux y apparaissent de manière spontanée, la propriété intellectuelle du premier défricheur ne pourra empêcher qu'un tiers vienne se les approprier. Le droit inscrit dans la chose lui confère une certaine fonction, celle-ci étant réservée à un sujet de droit ou à un sujet de droit d'un certain type. En dehors de cette fonction, la chose en question suit une évolution autonome.

Dans cet exemple, la terre fait alors l'objet d'un monopole d'exploitation agricole au profit de l'ancêtre défricheur, qui cède ses droits à ses descendants. Ce monopole persiste tant que l'identité du premier défricheur reste dans la mémoire collective, et tant que la coutume réitère cette construction juridique. La circulation du bien ne peut alors être envisagée en dehors d'un réseau d'alliance déterminé, selon certaines conditions.

De multiples fonctions sociales peuvent ainsi être attribuées à un même objet corporel (ou à des objets corporels imbriqués les uns dans les autres) et ne s'exprimer que dans un contexte précis. Ce qui aura pour effet d'en limiter la circulation, d'en accroître la valeur et/ou de verser une rétribution à un ayant droit.

La stabilité de ces droits intellectuels est cependant menacée d'une part par les personnes qui, extérieures à la société de référence, et donc non concernées par l'ordre juridique institué par la coutume, seraient amenées à revendiquer un objet corporel supportant un (ou plusieurs) droit (s) de propriété intellectuelle ; et d'autre part, par une évolution de la coutume qui abandonnerait la protection d'une telle construction juridique...

Les Etats du Sud se sont pourtant jusqu'à présent que peu préoccupés de la promotion des droits de propriété intellectuelle sur leur territoire. Leur appréhension est généralement réduite à certains des régimes juridiques élaborés dans les pays industrialisés (droits des brevets et des marques et droits d'auteurs¹¹). Faisant l'économie de nouvelles constructions juridiques peut être mieux adaptées aux dispositifs coutumiers rencontrés sur le territoire national, les Etats du Sud ont tenté de généraliser l'économie de marché. Celle-ci cependant rend

¹⁰ Mais il peut en être de même pour les zébus, ou pour tout autre objet pourvu d'une représentation symbolique pertinente aux yeux des individus qui contribuent à l'élaboration de réseaux d'alliances plus ou moins formalisés.

¹¹ Les signes distinctifs du type appellations d'origine contrôlée ou labels, pourtant susceptibles de promouvoir un commerce plus "équitable" n'ont pas ou peu été exploités...

impossible la revendication d'une pluralité de droits sur une même chose devenue un bien inscrit de manière absolue dans le patrimoine d'un unique propriétaire.

Conclusion :

Alors que les sociétés industrialisées considèrent les droits de propriété intellectuelle comme une exception au régime commun de la propriété, les sociétés traditionnelles considèrent inversement la propriété comme une situation tout à fait fortuite dans le contexte de généralisation des droits de propriété intellectuelle. Pourtant, les deux types de modes d'appropriation sont présents dans chacune de ces sociétés...

Cependant, il apparaît que les régimes juridiques de la propriété intellectuelle ne sont pas transférables d'une société à l'autre. Ceci tient notamment à une caractérisation différente à la fois des biens intellectuels, et des communautés d'intérêts qui les revendiquent.

Les droits de propriété intellectuelle sont des droits qui, du fait de leur caractère dynamique, semblent particulièrement adaptés à une régulation des échanges internationaux dans l'objectif d'un partage juste et équitable des avantages issus de l'exploitation de la biodiversité.

De manière réaliste, on ne peut cependant que constater que l'arsenal juridique dont nous disposons aujourd'hui n'est pas suffisamment étoffé pour qu'une telle situation puisse s'établir. Il est par conséquent nécessaire d'élaborer des régimes sui generis, notamment dans le domaine des droits du vivant, et cette élaboration participe d'un investissement coordonné de l'ensemble des acteurs dans la production juridique. L'élaboration de tels régimes, parce qu'ils tirent leur légitimité d'une confrontation entre les intérêts particuliers et l'intérêt général, doivent pouvoir se fonder sur un projet de société accepté par l'ensemble des acteurs concernés (sélectionneurs et agriculteurs, industriels et populations locales et autochtones, multinationales et citoyens), et permettre aux acteurs , via des processus de division/mise en commun, de se mettre en situation de responsabilisation.

L'introduction de droits de propriété intellectuelle dans les domaines du développement durable et de la préservation de la diversité biologique est une occasion à ne pas manquer à condition, toutefois, que les acteurs se voient effectivement attribuer les moyens institutionnels, humains et financiers autorisant une réelle mobilisation. Ils sont ainsi bien vecteurs de transmodernité dans la mesure où ils répondent à des besoins qui s'inscrivent tant dans la prémodernité que dans la modernité capitaliste et dans les enjeux sociaux contemporains¹².

¹² LE ROY E., *Le jeu des lois, une anthropologie " dynamique " du droit*, Paris LGDJ, 1999