

LE CHANTIER  
DE LA RÉGULATION INTERNATIONALE DU COMMERCE  
PAR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

PAR

PATRICE VIDON (\*)

Les Accords de Marrakech qui ont institué l'OMC en 1994 comportent un volet important sur la protection de la propriété intellectuelle, connu sous le sigle anglophone « TRIPs » (« *Trade Related Intellectual Property* »). Cette percée politique et juridique reflète le rôle croissant joué par la propriété industrielle dans la régulation du commerce mondial. Cet accord ne constitue cependant que la partie émergée d'un nombre important d'initiatives et d'enjeux internationaux touchant à la propriété intellectuelle. À l'heure de la mondialisation, de nombreuses forces s'exercent sur le champ de la protection de l'immatériel. On peut ainsi distinguer plusieurs débats, qui n'épuisent pas chacun la réalité, mais dont la superposition produit une intense fermentation. Dans ces champs de forces, la politique des États-Unis s'avère généralement motrice, mais ne préjuge pas toujours du sens des concrétisations effectives finalisées. L'Europe et la France cherchent aussi à atteindre certains objectifs, mais restent encore entravées par le caractère inachevé – bien qu'exemplaire, et peut-être parce qu'exemplaire – de l'harmonisation régionale dans ces matières.

UN ENJEU ESSENTIEL

*Le droit de la propriété intellectuelle, moderne instrument de régulation*

La propriété intellectuelle touche à tous les volets qui sous-tendent l'explosion des échanges commerciaux (1) : l'innovation technique (brevets), la distribution (marques), les services, notamment en ce qui concerne les industries de l'information et du divertissement (droits d'auteur) (2). Fort logiquement, on a donc observé une augmentation des dépôts de brevets et de

(\*) Conseil en propriété industrielle, mandataire européen en brevets et marques.

(1) Les échanges commerciaux ont crû trois fois plus vite que le PIB mondial ces 50 dernières années (d'après la Banque mondiale, l'OMC et le CEPIL, voir *Le Monde de l'Économie* du 23 novembre 1999).

(2) Pour mémoire, la propriété intellectuelle est la branche du droit qui regroupe d'une part la Propriété Industrielle (brevets, marques, modèles) et d'autre part le droit d'auteur et les droits connexes, y compris les nouveaux droits régissant la protection des données, des bases de données, etc.

marques, et un recours accru aux droits d'auteur, concomitamment à la croissance des économies et des échanges. L'attention des pouvoirs publics à l'égard des conditions d'octroi et d'exercice de ces droits a été à la mesure de l'intérêt croissant que leur ont accordé les entreprises. De fait, les droits de propriété intellectuelle sont de véritables instruments de régulation (3), qui peuvent être ajustés en fonction de certains objectifs économiques.

Les choix peuvent être de plusieurs types : intensité de la protection accordée, étendue de la diffusion de l'information exigée, plus ou moins grande perméabilité des frontières, laxisme ou rigueur dans la lutte contre les contrefaçons, obligation d'usage des droits à peine de déchéance, dispositions directement ou indirectement plus favorables aux citoyens qu'aux étrangers, etc. On notera en outre que les législations de la propriété intellectuelle sont constamment remises sur le métier, selon un processus continu d'ajustement aux évolutions technologiques et commerciales.

Ainsi, chaque État peut avoir intérêt à retenir une politique et un « mix » législatif particuliers, en fonction de ses caractéristiques et de ses objectifs économiques. Par exemple, un pays « imitateur » pourra adopter une législation différente de celle d'un pays plus « innovant ». Le Japon de l'après-Seconde guerre mondiale, comme les États-Unis du XIX<sup>e</sup> siècle, appartenaient résolument à la première catégorie, avant de devenir les adeptes de systèmes de protection forte que l'on connaît (4). La politique nationale de propriété intellectuelle pourra aussi choisir de favoriser clairement des secteurs spécifiques correspondant au génie national ou à des axes stratégiques de développement (la création logicielle, le « design », la haute couture, la chimie, l'automobile, etc.) et d'élaborer des législations adaptées à ces objectifs, en négligeant plus ou moins cyniquement d'autres champs d'activité.

Mais si, un temps, les choix de politiques de propriété industrielle relevaient plutôt de logiques nationales, on constate que les facteurs de décision se sont fortement internationalisés, et sont conditionnés par des forces multiples qui dépassent le plus souvent les enjeux purement locaux. Le présent texte vise à examiner comment certaines de ces forces s'exercent à l'échelle internationale.

(3) L'importance, parfois décisive, que revêtent une politique et un système de propriété intellectuelle pour un pays donné, peut être illustrée en citant simplement, pêle-mêle, la réglementation des « importations parallèles » le marché des pièces détachées, la délivrance de certificats complémentaires de protection pharmaceutique, la brevetabilité des logiciels ou des méthodes financières, l'établissement d'un « délai de grâce » pour la protection des inventions malgré leur divulgation, la protection des « marques notoires », l'efficacité du système administratif ou judiciaire de lutte contre la contrefaçon, les procédures d'attribution des noms de domaine sur Internet, l'étendue du droit d'interdire accordée aux signes distinctifs déposés, la protection des données ou celle des interfaces logicielles, la frontière entre propriété industrielle et législation de la concurrence, ou encore entre normes et brevets, etc.

(4) G. Bruce DOERN, *Global Change and Intellectual Property Agencies*, Pinter, 1999, p. 7.

*Règles internationales de propriété industrielle :  
un processus historique riche et inachevé*

L'histoire de la propriété industrielle moderne commence à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle avec la promulgation des premières lois nationales sur les brevets d'invention aux États-Unis et en France. Encore maintenant, le cadre fondamental des législations reste le cadre national. Les premiers traités apparaissent il y a un siècle, et la réglementation internationale a continûment progressé depuis lors. Mais, il est intéressant de noter que le fait national a toujours limité et contrôlé l'évolution du paysage réglementaire interétatique, tant en raison des conceptions politiques de l'intérêt national que des facteurs culturels qui conditionnent une certaine incompatibilité des systèmes. Indubitablement, aux confins du droit, de l'économie, et de la culture, la propriété industrielle et intellectuelle est un champ d'observation privilégié des difficultés et de la noblesse du dialogue international. Ce champ d'observation demeure malheureusement trop souvent fermé au non-spécialiste du fait de sa technicité et de sa complexité.

On peut distinguer cinq phases dans le processus de mondialisation de la propriété industrielle.

– Tout le système conventionnel international actuel est bâti sur le droit unioniste élaboré par l'Europe continentale il y a plus d'un siècle. Les Conventions de l'Union de Paris (1883) et de l'Union de Berne (1886), tout d'abord, organisent à l'échelle internationale la prise de titres nationaux indépendants.

– Dans un second temps, d'autres accords (5) sont intervenus pour offrir des procédures communes de traitement des demandes de brevets, de marque ou de modèles, sans toutefois remettre en cause le caractère national des titres finalement délivrés : communautarisation des procédures, mais indépendance des titres finalisés.

– À compter des années 1970, les pays du Sud commencent à vouloir s'organiser pour orienter les échanges techniques internationaux en leur faveur. Leurs initiatives rencontrent peu de succès, mais la période voit la création de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle), quatorzième institution spécialisée de l'ONU créée pour gérer le droit unioniste, et accueillir le débat Nord-Sud.

– La même période voit la prise en charge par les pays d'Europe occidentale de l'amorce de construction d'un système régional de protection de la propriété industrielle. L'effort entrepris est très largement inachevé, mais a inspiré d'autres initiatives régionales, comme le brevet eurasiatique (Républiques de l'ex-URSS), et le projet analogue en cours d'élaboration en Asie du Sud-Est.

(5) Arrangement de Madrid (en matière de marques), Arrangement de la Haye (en ce qui concerne les modèles), Patent Cooperation Treaty (s'agissant des brevets), pour ne citer que les plus importants.

– La cinquième phase, en cours, a été inaugurée par les Accords de Marrakech de 1994 qui ont institué l'OMC et comportent un volet ambitieux sur la propriété intellectuelle (les « TRIPs »). Elle traduit une reprise en main des règles internationales par les pays industrialisés, dans une optique de libéralisme offensif visant à l'harmonisation des règles de protection et à la mise en place de mesures efficaces de lutte contre les copies à l'échelle mondiale.

### *Histoire et rationalité des TRIPs (6) (7)*

L'un des facteurs ayant poussé les DPIs (« Droits de propriété intellectuelle ») au premier plan des négociations commerciales internationales, à l'ouverture de l'Uruguay Round en 1986, semble avoir été l'ampleur sans précédent du commerce des marchandises contrefaites (8). Des chiffres considérables ont été avancés pour quantifier les pertes causées aux entreprises par la piraterie et la contrefaçon (9). On estime ainsi actuellement que la contrefaçon et la piraterie représenteraient entre 5 et 7 % du commerce mondial (10). Les pouvoirs publics du monde développé, sous la pression des *lobbies* industriels (typiquement l'industrie du logiciel et du divertissement aux USA avec BSA, IFPI, Motion Picture Association, etc., et l'industrie du luxe en France, avec le groupe Colbert et l'Union des fabricants etc.) ont alors été amenés à entreprendre des actions globales de lutte contre ce phénomène de piratage moderne.

Parmi les pays développés, les États-Unis ont bien entendu été parmi les plus déterminés. Or cette prise de conscience a été concomitante à la réorientation de la politique américaine en matière de commerce international. Une nouvelle législation musclée a été mise en place, qui a doté le Représentant du Commerce (USTR) d'une arme puissante de pression internationale (la Section 301), et institué une Commission du commerce international (ITC) (11) chargée d'enquêter et de déférer auprès d'une juridiction parallèle *ad hoc* – le Tribunal (américain) du commerce international (ITC) – toute pratique commerciale déloyale selon les lois américaines, y compris en matière d'atteinte à des DPI (Section 337). Ainsi, à partir des années 80, les États-Unis, accompagnés par certains autres pays occidentaux, ont-ils découvert qu'ils pouvaient utiliser les DPI comme un instrument de régulation de l'économie internationale, au service d'une part de leurs entreprises

(6) SHU ZHANG, *De l'OMPI au GATT*, Litec, 1994.

(7) G. BRUCE DOERN, *Global Change and Intellectual Property Agencies*, Pinter, 1999 (chap. 8).

(8) SHU ZHANG, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> Partie, Titre 1, Chapitre I.

(9) Document OCDE sous la référence TC/WP(86)34.

(10) Livre Vert de la Commission des Communautés Européennes, *La lutte contre la contrefaçon dans le marché intérieur*, Bruxelles, 15/10/98 COM(98)569 final.

(11) On se rappellera à cet égard que l'Union européenne avait fait condamner par les instances du GATT le caractère discriminatoire des procédures de l'ITC, qui favorisait les plaignants américains dans les affaires d'importation de produits aux USA.

innovantes (qu'il fallait défendre contre la contrefaçon galopante), et d'autre part plus globalement de leur balance commerciale.

### QUELQUES DÉBATS D'ORDRE STRUCTUREL

Les accords TRIPs n'épuisent pas, loin s'en faut, la complexité du dialogue international en matière de propriété intellectuelle. On propose d'examiner quelques autres aspects emblématiques, successivement en termes : (a) de choc entre systèmes juridiques; (b) de divergences d'intérêts entre entreprises multinationales et PME; (c) de dialogue Nord-Sud; (d) d'enjeu linguistique; (e) d'actions de résistance au mercantilisme.

#### *Le choc des systèmes juridiques concurrents à l'échelle internationale*

La propriété intellectuelle est un terrain inattendu où s'affrontent des particularismes culturels très forts qui marquent tant les normes comportementales des entrepreneurs et des populations qui font les marchés (12), que les constructions juridiques nationales qui les inspirent et les reflètent.

#### *Common Law c./ droit romano-germanique*

La confrontation des deux grands systèmes juridiques qui se partagent le globe soulève deux enjeux qui trouvent bien évidemment une résonance dans le champ de la propriété intellectuelle.

Tout d'abord, il se produit une compétition entre les solutions juridiques issues des deux systèmes, qui est parfois arbitrée par le marché, et parfois par les autorités régaliennes. Pour prendre deux exemples, on citera le cas du droit d'auteur contre le copyright, ou encore les procédures judiciaires inquisitoires *versus* les procédures accusatoires.

Ensuite, il faut reconnaître au droit anglo-saxon un pragmatisme économique qui le rend parfois plus adaptable, ou du moins plus rapidement, aux besoins entraînés par les développements économiques et technologiques : ses présupposés sont simples et clairs; par exemple, dans l'esprit du jurisconsulte britannique, « *l'objectif du copyright est de favoriser le développement de l'activité économique* » (13). Les évolutions législatives dans les pays anglo-saxons sont largement influencées par l'économie du droit (« *Law and Economics* »), qui met au cœur de ses préoccupations les aspects d'efficacité économique des règles juridiques (14).

(12) Ce second aspect mériterait certainement une étude interdisciplinaire socio-économico-juridique comparée, qui serait certainement très intéressante.

(13) David LLEWELYN, « White & Case », lors du *International Symposium on Intellectual Property and International trade*, the Royal Orchid Sheraton, Bangkok, 30 novembre 1999.

(14) Thierry KIRAT, *Économie du droit*, Collection Repères, La Découverte, 1999, p. 5.

L'approche pragmatique du droit anglo-saxon est directement issue de la tradition de la « *common law* », d'essence jurisprudentielle, et largement perméable au calcul économique. Elle a tendance à concevoir le droit comme un ensemble de normes qui créent des capacités à agir ou organisent le règlement pacifié des intérêts conflictuels. De son côté, le droit civiliste de tradition romano-germaniste reste empreint de la primauté de la règle normative, dont le propos est orienté vers la réalisation d'un édifice hiérarchisé de règles juridiques considérées en soi et dans leur cohérence logique.

La distance entre les deux ordres juridiques est encore accrue par la différence culturelle entre les arbitres judiciaires dans les deux systèmes : le juge anglo-saxon, tenu de fonder sa décision dans des précédents concrets, incline aisément à une vision économique des différends et de leurs solutions, là où le législateur et le magistrat civilistes ont le plus souvent une tentation normative à préoccupation plus socio-politique qu'économique, renforcée par la méfiance atavique des pays de tradition catholique envers le commerce et l'argent. À son pragmatisme, le droit anglo-saxon ajoute donc sa fluidité paradigmatique et sa parfaite adéquation aux enjeux de la mondialisation économique, ce qui lui donne un avantage compétitif initial dans la compétition internationale des droits.

L'évolution récente aboutit certes à une interpénétration des deux systèmes. Mais la frontière entre « culture du marchandage » et « culture de la règle » s'ouvre à un rythme différent selon les pays (15). À cet égard, la situation de la France est singulière : l'économie du droit, ou du moins une pratique interdisciplinaire d'enseignement et de recherche à l'interface du droit et de l'économie ne s'y sont pas développées (16).

#### *L'illustration dans le domaine de la propriété intellectuelle*

Les affrontements de concepts dans le domaine de la propriété intellectuelle ne recouvrent pas forcément la dichotomie « *common law* » contre droit romano-germanique. Mais on peut soupçonner que les logiques à l'œuvre dans ces deux systèmes servent généralement assez bien les intérêts économiques de leurs peuples respectifs, et il semble qu'on puisse les retrouver en filigrane des grandes questions qui façonnent l'harmonisation internationale de la propriété industrielle. Une étude mériterait d'être menée pour affiner ces questions. Il conviendrait notamment de distinguer parmi les influences d'origine anglo-saxonne ce qui ressortit à la tradition juridique de ce qui tient à la conception libérale des règles du commerce. En l'absence d'une telle étude, on peut tout de même constater un certain nombre d'événements récents illustrant les tentatives d'influences entre les systèmes juridiques.

(15) Thierry KIRAT, *op. cit.*, p. 105.

(16) Thierry KIRAT, *op. cit.*, p. 35.

Les années 80 ont ainsi vu le déferlement de la vague anglo-saxonne d'extension du champ du copyright aux logiciels sur l'ensemble de la planète. Sous la menace que leurs ressortissants ne bénéficient pas de protection sur le territoire américain, les États-Unis ont poussé avec succès la plupart des pays, dont la France en 1985, à compléter leur législation locale conformément aux standards américains. Inutile de souligner que les règles traditionnelles du droit d'auteur français ont été sévèrement violentées à cette occasion. Une évolution s'est effectuée dans les mêmes conditions dans le domaine de la protection des topographies de semi-conducteurs (masques de circuits intégrés). À la fin des années 80, les États-Unis poussent dorénavant le reste du monde à admettre la protection des logiciels par brevet. Progrès également l'admission à la brevetabilité des méthodes financières. L'initiative est là aussi d'origine américaine.

L'influence peut traverser aussi l'Atlantique en sens inverse. Les États-Unis ont ainsi été amenés à s'aligner sur la nouvelle norme communautaire en matière de durée des droits d'auteur (70 ans après la mort de l'auteur) en passant une loi d'extension en 1998 (17). Dans ces exemples, la pression à l'harmonisation ne provient d'aucun traité international, mais des clauses de réciprocité qui sont incluses dans les lois nationales : les ressortissants étrangers ne peuvent bénéficier de la protection que dans la limite de celle que leur pays offre lui-même aux étrangers. Il en résulte même un jeu de surenchères (18), où les États-Unis et l'Europe cherchent chacun à être les premiers à légiférer sur un nouveau sujet (la protection des bases de données via un droit *sui generis*, par exemple (19)), pour tenter de fixer la norme internationale de protection dans les pays suiveurs.

La surenchère s'exprime aussi dans le sens de l'extension du champ des activités économiques protégeables. En France, la notion de « parasitisme », très prisée par les tribunaux depuis une dizaine d'années, permet de faire condamner le concurrent qui aurait reproduit les caractéristiques d'un produit ou d'un savoir-faire d'une entreprise, en l'absence de tout droit de propriété industrielle, dès lors qu'il est seulement démontré que l'entreprise copiée a consacré du temps et de l'énergie à ses productions. On atteint là une certaine contradiction avec la règle de la libre concurrence, sous une influence que beaucoup d'observateurs estiment paradoxalement d'inspiration américaine.

Dans d'autres domaines, on constate des résistances à la machine de séduction et de contrainte anglo-américaine, essentiellement dans les domaines de réglementation de la concurrence. La France préserve jusqu'à présent assez bien sa législation protectionniste en matière de distribution

(17) Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA) Public Law 105-298.

(18) Ethan ANDELMAN, « The Amazing Shrinking Public Domain », *IP Worldwide, an American Lawyer Media Publication*, octobre 1999, p. 12.

(19) P.E. MOYSE, « Les créatures subjuridiques, les bases de données », *Les cahiers de propriété intellectuelle*, Les édition Y. Blais, Montréal, 12(1), octobre 1999.

sélective (notamment des produits de luxe), de marché protégé des pièces détachées automobiles, de protection du marché des biens culturels, etc., et influence assez efficacement la politique européenne dans ces matières. La résistance européenne peut même dans certains cas conduire la puissance législative américaine à résipiscence, comme en matière de « noms de domaine ». Ainsi, face au désordre juridique qui a résulté de la privatisation initiale, aux États-Unis, de l'entité chargée d'attribuer mondialement les noms de domaine de premier niveau sur Internet (« .com » et « .net », notamment), les pays européens ont-ils pratiquement réussi à imposer une gestion plus contrôlée des mécanismes d'attribution par les puissances publiques.

Enfin, l'attachement européen à réglementer la vie sociale de façon plus protectrice est à l'origine de la grande bataille juridico-économique qui secoue le « cyber-commerce » (20). La nouvelle législation communautaire en matière de protection des données personnelles (21) impose en effet à toute entreprise gérant des fichiers d'informations personnelles de respecter une réglementation stricte de protection de la vie privée. Mais cette réglementation, qui n'existe pas aux États-Unis, va avoir un très grand impact sur l'activité d'un grand nombre d'entreprises gérant des flux d'information, et d'intenses discussions transatlantiques sont engagées sur les modalités d'application et d'interprétation du texte, et sur la nécessité d'une législation symétrique aux États-Unis (22).

Reste que l'initiative est souvent anglo-saxonne. Et peut-être les esprits civilistes romano-germanistes sont-ils plus vulnérables au volontarisme anglo-saxon lorsque ce dernier s'applique à des domaines où l'approche normative des pays de tradition civiliste brouille leur perception de leurs intérêts économiques sans réellement préserver efficacement leur propre consensus social et culturel.

### *Multinationales contre PME*

Actuellement, ce sont les grandes entreprises qui tirent le meilleur parti de l'internationalisation de la propriété industrielle. La fracture entre GE et PME s'observe d'ailleurs dès l'examen au niveau national, où les grandes entreprises ont statistiquement davantage recours à la propriété industrielle que les PME (23).

Ceci peut être expliqué par au moins deux facteurs. D'abord, les grandes entreprises sont plus et mieux à même de fournir les investissements nécessaires pour accéder à une gestion optimisée des droits de propriété indus-

(20) Encore nommé « e-commerce ».

(21) Directive communautaire sur la protection des données personnelles adoptée en 1995 et entrée en vigueur en 1998.

(22) Brenda SANDBURG, « The New World War », *IP Worldwide, an American Lawyer Media Publication*, November 1999, pp. 23-27.

(23) J.-P. FRANÇOIS, « Les compétences pour innover dans l'industrie », *SESSI*, n° 195, Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 1998.



trielle, qui sont moins des investissements financiers directs (les coûts de protection par brevet restent très modérés par rapport aux enjeux financiers d'industrialisation et de commercialisation des produits nouveaux (24)) que des investissements en terme de connaissance, d'expérience et d'organisation (25). Ensuite, ces grandes entreprises possèdent une surface financière qui leur permet de mieux assurer le « *risk management* » consubstantiel aux instruments juridiques prospectifs, imparfaits, flous et parfois aléatoires que sont les droits de propriété industrielle, tant dans la phase d'acquisition que lors des litiges de contrefaçon.

*Des sujets de divergence apparemment de second ordre, en fait cruciaux*

Pourtant les intérêts des petites et des grandes entreprises ne sont pas systématiquement divergents en matière de propriété industrielle. Ils ne portent pas sur les questions de principe des systèmes de protection de la propriété industrielle, mais sur certaines modalités de mise en œuvre. On peut ainsi identifier quelques sujets de débat.

– Un effort important de la politique publique doit être de sensibiliser et de former les PME à l'usage de la propriété industrielle, particulièrement en France, ce qui entraîne des coûts que les grandes entreprises ne sont pas toujours prêtes à consentir, notamment par le biais des taxes versées aux offices de brevets et de marques ;

– Les grandes entreprises favorisent des règles d'appropriation qui permettent des logiques de captation et de réservation de technologies, sans qu'il soit nécessaire de les exploiter, selon des stratégies qui ne peuvent pas être mises en œuvre par des PME ;

– Les PME ont besoin de disposer de sources d'information simples et accessibles sur les droits et les technologies, si possible dans leur langue (voir *infra*), là où les multinationales poussent à une normalisation linguistique vers l'« anglais unique » pour limiter les frais de traduction de leurs brevets, qui sont à leur charge ;

– Les PME ont absolument besoin d'une profession de conseils libéraux forte, structurée, et étoffée, pour les accompagner et les représenter efficacement dans les arcanes mouvantes de la propriété industrielle, et les assister dans l'élaboration et la conduite de leurs stratégies d'appropriation et de négociation, alors que les grandes entreprises recherchent essentiellement des spécialistes fonctionnels, exécutants de politiques arrêtées par leurs services spécialisés ;

– Les grandes entreprises réclament d'emblée des procédures de protection régionale et mondiale globale, à coût maîtrisé mais nécessairement pro-

(24) Voir statistiques Eurostat/Cis in *Transfert et Innovations Technologiques*, revue de la DG XIII, Commission européenne.

(25) Fred WARSHOFKY, *The Patent Wars*, John Wiley & Sons, 1994.

portionné à l'échelle des marchés concernés, alors que les PME favorisent des mécanismes de protection géographiquement sélectifs, configurables à leurs propres besoins et à leurs propres moyens.

– Le système judiciaire, encore parfois lent, peu spécialisé, et qui hésite à sanctionner fortement la contrefaçon, est d'un abord inadapté aux PME, là où les grandes entreprises l'utilisent parfois dans des « stratégies judiciaires » où l'objectif de prédation prime éventuellement sur le désir de justice.

– Les grandes entreprises favorisent l'émergence d'un droit contractuel (26), là où les PME préfèrent pouvoir compter sur des règles énoncées par l'autorité régalienne (27).

Curieusement, tous ces objectifs pourraient être rendus compatibles moyennant le rééquilibrage des débats et des *lobbies*, mais les pouvoirs publics peinent souvent à trouver les arbitrages qui satisfassent l'intérêt général. Parmi tous ces débats, les plus importants sont probablement celui de la diffusion de l'information (voir *infra*) et celui de la sensibilisation à la propriété industrielle. Il ne s'agit de rien de moins que de maintenir les PME dans la course de la mondialisation, non par assistance charitable, mais par la définition de systèmes juridiques équilibrés qui rétablissent les conditions d'une égalité des chances pour tous les entrepreneurs, d'une préservation de la multiplicité et de la diversité des acteurs, et donc d'un bénéfice économique maximisé pour la collectivité.

*Renforcement tendanciel de la dimension de protection contre la logique de diffusion de l'information*

Dans la conception originelle du système des brevets, comme d'ailleurs du droit d'auteur (28), le législateur cherchait soigneusement à équilibrer la fonction de protection avec la fonction de diffusion de l'information. Les droits exclusifs d'exploitation concédés à l'inventeur, de façon temporaire (20 ans), supposaient que ce dernier décrive et divulgue précisément la nature de l'invention, pour permettre la circulation de l'information propre à inspirer les perfectionnements, et la fertilisation croisée des idées. Cet idéal est mis en danger par de nombreuses évolutions, réalisées ou en gestation, qui favorisent fortement l'efficacité de la protection sans que progresse toujours au même rythme la diffusion de l'information protégée.

À cet égard, la croissance constante non seulement du périmètre des créations protégeables, mais aussi de l'étendue et de la portée des droits exclusifs associés aux titres de propriété intellectuelle, est certainement l'un des

(26) M.L. CATTALUCCI, secrétaire générale de la Chambre de Commerce Internationale, intervention lors de la Conférence de Paris du Droit et de l'Économie organisée par le Barreau de Paris (matinée du 20/11/99).

(27) Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Le Seuil, 1998, p. 23.

(28) A. STROWEL, « Droit d'auteur et accès à l'information », *Les cahiers de Propriété Intellectuelle*, Les éditions Y. Blais, Montréal, 12(1), octobre 1999.

effets les plus patents, si on ose dire, de l'influence déterminante des grandes entreprises sur l'évolution législative. De nombreux exemples peuvent être fournis pour illustrer la tendance au renforcement de la protection conférée aux titulaires de brevets d'invention, ou d'autres droits de propriété industrielle :

– le breveté avait auparavant l'obligation d'exploiter l'invention pour préserver son droit de brevet; actuellement seule subsiste la notion de licence obligatoire (29), quasi-inutilisée;

– le régime des annuités croissantes de maintien en vigueur des titres, visait à imposer une rentabilité croissante aux inventions brevetées, en invitant les titulaires de droits non exploités à renoncer à en maintenir la protection. Actuellement, on remet en cause ce principe, au prétexte d'éviter de financer les offices de brevets de façon trop surabondante;

– on avait un principe de diffusion des connaissances, contre l'octroi d'un droit exclusif temporaire d'exploitation de l'invention (abusivement considéré comme un monopole par les détracteurs du système); la remise en cause des obligations de traduction en langue nationale vide l'obligation de diffusion d'une partie de son efficacité;

– le « parasitisme » est une notion juridique qui gagne du terrain, et accorde un droit d'interdire à celui qui a seulement établi qu'il a fourni un effort ou un travail, indépendamment du mérite du résultat qu'il a obtenu; auparavant, la protection n'était accordée qu'à preuve d'une originalité ou d'une activité inventive;

– le vivant, l'activité intellectuelle pure, prétendent et réussissent à entrer dans le champ des découvertes protégeables par la propriété industrielle.

Certaines de ces évolutions sont bienvenues. En effet, la demande de protection traduit un double souci très légitime : non seulement accorder des droits exclusifs d'exploitation des inventions quelles qu'elles soient, mais aussi assurer une codification continue de la connaissance nouvelle, qui apporte un ordre et une sécurité nécessaires à la prévisibilité, à la pérennité des coopérations interentreprises, et aux paris sur la rentabilité des investissements.

En contrepartie, les moyens de communication, et notamment les réseaux ouverts de communication comme la Toile, « Internet », devraient permettre un accès plus facile à l'information. Mais cela ne compense probablement pas l'effet néfaste à moyen terme de la combinaison des évolutions précitées, comme celle qui aboutirait à supprimer la nécessaire traduction des droits et des mémoires d'invention dans la langue nationale des pays couverts par la protection (voir *infra*). Toute réforme qui cherche aveuglément à renforcer les bénéfices du monopole en affaiblissant la contrepartie, c'est-à-dire la

(29) SHU ZHANG, *De l'OMPI au GATT*, Litec, 1994, p. 179.

diffusion des informations, sape l'ensemble du système à moyen terme. D'un côté, elle brise le cercle vertueux de la circulation sans entrave et directe, à égalité entre tous les acteurs, de l'information technologique critique (fonction d'intelligence économique). De l'autre, elle renforce la « fracture économique » entre d'une part les utilisateurs intensifs du système des brevets (qui seront d'autant plus sur-adaptés qu'ils auront directement contribué à le spécifier dans sa version évoluée), et d'autre part les exclus actuels du système – notamment de nombreuses PME – qui le percevront encore davantage comme un système élitiste toujours moins intelligible (30).

#### *Sous-représentation des PME dans les lobbies*

Le vrai problème est que les PME ne sont pas organisées pour faire valoir leurs intérêts, malgré leur poids dans l'économie. Le résultat est que, aux États-Unis, ce sont les grandes entreprises qui mènent pour l'essentiel l'agenda des réformes législatives de la propriété industrielle et la définition des instruments de protection (31). En Europe, le Livre Vert sur le brevet communautaire et les systèmes de brevets en Europe, répond essentiellement aux préoccupations des mêmes grandes entreprises.

Il faut certes relativiser cela. Les *lobbies* des petits inventeurs, s'ils n'ont pas réussi à infléchir la politique de l'USPTO et de l'Administration américaine ces dernières années, n'en continuent pourtant pas moins d'exercer des pressions (32). Les conseils en propriété industrielle, à travers leurs instances ordinales nationales et internationales, rendent compte en partie des intérêts de l'ensemble de leur clientèle, qui inclut aussi les PME. Reste que la prise en compte de l'intérêt des PME est assez aléatoire, particulièrement dans le processus de mondialisation en cours.

Les PME représentent plus de 99,8 % des entreprises européennes (33), alors que la part de l'emploi dans les entreprises de moins de 500 salariés ne cesse de diminuer depuis vingt ans : elle était de 20,6 % en 1976 et ne représente plus que 11 % en 1995 (34). Les entreprises multinationales assurent pour leur part, selon une étude des Nations Unies pour 1995, un tiers de la production mondiale, sachant que sur les 37000 multinationales recensées, les 100 premières assureraient les 3/4 de la totalité du chiffre d'affaires global (35). Ces grandes entreprises sont probablement les vrais moteurs du progrès économique. Il suffit de songer à l'agriculture de masse, aux technologies de l'information ou à l'industrie pharmaceutique. Mais ils ne sont pro-

(30) Patrice VIDON, « Règles internationales de propriété intellectuelle : une guerre de mouvement », in *La lettre des Conseils en Propriété Industrielle*, n° 16, juillet 1998.

(31) G. Bruce DOERN, *Global Change and Intellectual Property Agencies*, Pinter, 1999, p. 49.

(32) « Next! Heading into his confirmation hearing, Q. Todd Dickinson seems poised to pick up the pieces at the PTO », *IP Worldwide, an American Lawyer publication*, Sept. 99.

(33) Edith CRESSON, *Transfert et Innovations Technologiques*, Vol.3/98, mai 98.

(34) Michel GODET, (CNAM) cité par A. LEBAUDE, *Le Monde*, mars 98.

(35) Mireille DELMAS-MARTY, précité, p. 139-140.

bablement pas des acteurs déterminants de la démocratie (36), de la cohésion sociale, ni de la diversité culturelle ou des aspirations profondes de l'humanité qui ne sont pas mercantiles.

Comme dans le domaine du droit de la concurrence, il faut vraisemblablement veiller à empêcher une trop grande concentration, ou un jeu d'ententes trop coordonnées, pour préserver la diversité, source de richesse, de compétition constructive et de capacité d'adaptation. Cela s'applique *mutatis mutandis* à la mondialisation de la propriété industrielle, où il faut veiller à ce que l'exercice des *lobbies* ne soit pas trop déséquilibré, et prenne bien en compte les intérêts de l'ensemble du tissu économique, c'est-à-dire naturellement des grandes entreprises, mais aussi des PME.

### *Nord contre Sud*

Récemment, l'effort principal fourni par les économies industrialisées a été d'amener les économies en développement à lutter contre la contrefaçon et d'une manière générale contre toute violation des droits de propriété industrielle (37). La réglementation internationale est ainsi essentiellement motivée par la volonté des pays industrialisés de valoriser leur économie de plus en plus immatérielle, y inclus l'information et le divertissement, qui impliquent des investissements de plus en plus élevés alors que les coûts marginaux de copie sont de plus en plus faibles (38). Face à cette logique des pays riches, les pays du Sud ont tenté d'organiser un ordre international du commerce et des DPIs plus favorables à leurs intérêts, mais n'ont guère eu de succès jusqu'à présent dans leurs initiatives affichées.

### *Les revendications des pays émergents*

Deux grands sujets se dégagent en parallèle du volontarisme du monde développé : l'intérêt pour les PVD d'ajuster leurs législations pour favoriser les transferts de connaissance à leur profit; la réclamation de la création d'un outil de protection des connaissances ethniques immémoriales.

– *L'ajustement des règles de protection et d'exploitation de la propriété industrielle dans les PVD* : Soumis à la pression du monde développé, les pays émergents soutiennent que les droits de propriété industrielle ne leur sont pas aussi favorables que pour les économies occidentales. La propriété intellectuelle a un réel effet stimulant sur les économies homogènes qui ont atteint un certain niveau de développement et de culture de l'innovation. Dans les PVD, on s'aperçoit que la réalité est moins claire : les industries locales utilisent peu ou pas du tout la législation sur la protection de la pro-

(36) Lester THURLOW, « Les fractures du capitalisme », *Village Mondial*, 1997.

(37) SHU ZHANG, précité, pp. 197 et s.

(38) Bojan PRETNAR, « High technology and Intellectual Property : Challenges to Modern Industry », *International Symposium on Intellectual Property and International Trade*, The Royal Orchid Sheraton, Bangkok, 30 novembre 1999.

priété industrielle, et les droits obtenus par les entreprises étrangères n'entraînent pas forcément un transfert de connaissance (39). Pour les pays en deçà d'un certain seuil de développement, on peut même se demander si l'effet d'un monopole mal régulé n'est pas plus stérilisant que stimulant. C'est probablement la raison pour laquelle la CNUCED souligne que les pays émergents devraient réfléchir attentivement à introduire dans leurs législations les dispositions d'ajustement qui permettent de favoriser les transferts de connaissance sans remettre en cause le caractère exclusif des DPI (40). Mais on constate que ces pays manquent parfois d'expertise pour mener les réformes nécessaires (41), bien que la coopération institutionnelle se développe, notamment en provenance d'Europe et du Japon.

C'est dans ce contexte que l'on a tenté de mettre en place un cadre légal d'utilisation de l'instrument de la propriété industrielle pour favoriser le développement économique des PVD, sur une base mondiale et globale afin d'éviter les phénomènes de surenchère compétitive entre PVD (surenchères consistant à réduire les contraintes législatives locales par rapport aux pays voisins pour essayer d'attirer davantage les investissements). Ces tentatives de globalisation ont toutefois été peu fructueuses, comme on le verra plus loin.

– *Les richesses traditionnelles et ethniques* : Parallèlement, les pays émergents (42) revendiquent notamment de pouvoir protéger leurs richesses culturelles immémoriales, comme les plantes traditionnelles et les ressources génétiques de terroir, ou encore les arts folkloriques et musicaux attachés à une région donnée. Ils sentent en effet que ces richesses vont représenter des valeurs croissantes dans un monde en voie d'homogénéisation. Ces connaissances résultent d'améliorations incrémentales sur de longues périodes, et recouvrent des savoirs non appropriés et souvent non documentés (43). Au-delà de la valorisation de ces richesses au profit des populations locales qui les ont générées, l'enjeu est aussi celui de la préservation de la diversité biologique et culturelle, et de la croissance durable. On plaide alors que l'absence de nouveauté ne devrait pas faire obstacle à une protection (44) et l'on propose divers instruments juridiques et factuels (45).

(39) Voir par exemple Tom GANIATSOS, « A framework for a common vision for the future contribution of science and technology for development : elements of change and possible responses », 4<sup>th</sup> session CSTD, UNCTAD, 17 May 1999, § I.G (notamment le cas des brevets de médicaments).

(40) Tom GANIATSOS, précité, § II.F.

(41) Tom GANIATSOS, précité, § I.G.

(42) Hon. Justice Jaray AMNUAYWATTANA, President of the Supreme Court, Keynote address at the *International Symposium on Intellectual Property and International trade*, the Royal Orchid Sheraton, Bangkok, 29 novembre 1999.

(43) LERSON TANASUGARN, « The impact of recent IPR and non-IPR Agreements on Traditional Medicine, Medicinal Plants and Indigenous Medical Technology », *Symposium on Intellectual Property and International Trade*, The Royal Orchid Sheraton, Bangkok, 29 novembre 1999.

(44) Susan FARQUHAR, « Traditional knowledge, herbal medicines and IPRs Protection », *Symposium on Intellectual Property and International Trade*, The Royal Orchid Sheraton, Bangkok, 29 novembre 1999.

(45) LERSON TANASUGARN, précité.

*Les difficultés d'organisation de la revendication du Sud*

L'intervention des pays en voie de développement dans les processus de négociation internationale des règles de propriété industrielle ne s'est effectuée sérieusement qu'à partir du milieu des années 70 (46). À cette époque apparaît la revendication de l'instauration d'un nouvel ordre économique international, basé notamment sur des notions de souveraineté et de « discrimination positive » (l'expression est postérieure) en faveur des PVD dans les échanges internationaux. Cette théorie se développe à l'ONU et à la CNUCED, dans le cadre de laquelle voit le jour un rapport mettant directement en cause les principes de base de la Convention de Paris et du système international des brevets (47).

Parallèlement, un certain nombre de pays émergents avaient élaboré des législations nationales de propriété industrielle en contradiction avec les normes admises par les pays industrialisés, et susceptibles de mettre en danger le système international. La revendication essentielle des PVD était d'obliger le breveté à exploiter industriellement son invention, dans le but de favoriser les transferts techniques, et de lutter contre les simples importations. Toutefois, la Conférence de révision de la Convention de Paris convoquée en 1980 pour inclure cette disposition a échoué.

L'occasion suivante de discuter de la question des DPIs a été fournie par la négociation des TRIPs lors de l'Uruguay Round du GATT à partir de 1987. Lors de l'Uruguay Round (48), les PVD ont tenté d'éviter de devoir accepter des niveaux de protection supérieurs à ce que permet l'état de leur économie, tout en demandant les moyens de lutter contre les pratiques abusives liées à l'exercice des droits de propriété industrielle, qui ne favorisent pas le transfert des techniques et des connaissances. Mais il apparaît que, à l'issue des négociations, les PVD ont tout au plus réussi à obtenir le bénéfice de périodes transitoires pour la mise en œuvre de l'harmonisation internationale minimale convenue (49). C'est ce résultat, que certains jugent déséquilibré, qui a fait craindre que les accords TRIPs soient remis en cause à l'occasion de l'ouverture du Millenium Round à Seattle fin 1999. De fait, les PVD ont bien contribué à l'échec de la réunion de Seattle, bien que ce soit apparemment la question des normes sociales, environnementales et sanitaires qui ait motivé leur opposition (50), plutôt que la question des brevets et des transferts technologiques.

La confrontation des intérêts des pays du Nord et du Sud est donc loin d'être achevée. Force est de constater que la pression libérale essentielle-

(46) SHU ZHANG, précité, pp. 162-185 (pour l'ensemble du paragraphe).

(47) « Le rôle du système des brevets dans le transfert des techniques aux pays en voie de développement », CNUCED, document TD/AC.11/19/Rev.1, 1974.

(48) SHU ZHANG, *op. cit.* p. 307.

(49) SHU ZHANG, *op. cit.*, p. 326.

(50) A. FRACHON, « Seattle, la vraie fracture », *Le Monde*, 12-13 décembre 1999.

ment impulsée par les États-Unis a fait céder le volontarisme discriminatoire réclamé par les PVD. On peut alors se demander si la théorie du développement programmé était erronée ou utopique, si les pays industrialisés n'ont pas réussi à convaincre les PVD – ou du moins leurs élites – de renoncer à préconiser des dispositions contraignantes vis-à-vis des investisseurs industriels et commerciaux qu'ils convoitent, et si finalement la voie plus rugueuse du libéralisme ne mène pas aussi, à son rythme, au développement de toutes les populations. Certains pays émergents pourraient souscrire à ce dernier point de vue. Cela est plus douteux en ce qui concerne les pays les moins avancés.

### *L'enjeu linguistique*

Un des enjeux politiques les plus violents qui se joue dans le champ de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement des brevets, est celui qui vise à remettre en cause la diversité linguistique (51). Depuis quelques années, et à l'initiative de l'AIPLA (« *American Intellectual Property Law Association* » (52)), relayée par des *lobbies* d'entreprises multinationales, tout un courant de pensée cherche à faire accrédi-ter l'idée que les brevets ne doivent plus être rédigés que dans une seule langue : l'anglais (53). L'objectif avancé est de faire baisser les coûts de brevet en supprimant les frais de traduction dans les langues des pays où ils produisent leurs effets. Plus généralement, l'AIPLA a suscité la création d'un groupe de pression international, le « COPE » (54), avec pour objectif explicite de faire baisser les coûts de brevet sur tous les continents. L'objectif réel est évidemment d'obtenir un avantage compétitif pour le tissu économique anglophone, moins polyglotte que d'autres, et qui verrait d'un bon œil de bénéficier simultanément de la disparition d'un fardeau (la traduction), et l'imposition d'un handicap à leurs concurrents étrangers.

Sur un plan macro-économique cependant, l'argumentaire des tenants du « *English only* » se heurte à de nombreuses objections (55) : l'effet escompté est d'inciter davantage d'entreprises à déposer des brevets. Or les études montrent qu'on ne peut pas attendre par exemple que cette mesure accroisse le nombre de brevets déposés par les entreprises françaises, qui ne sont pas sensibles au critère du coût (56) ; en revanche, tout laisse à penser

(51) Patrice VIDON, « L'harmonisation à petite vitesse de la propriété industrielle », *Les Echos*, 10 septembre 1997.

(52) Association américaine comptant plus de 10.000 membres, et regroupant l'ensemble des professionnels des brevets, tant libéraux que ceux exerçant en entreprise.

(53) Voir par exemple G. MOSSINGHOFF, « World patent system circa 20xx, A. D. », 38 *IDEA Journal of Law and Technology*, 1998.

(54) COPE Coalition for Patent Efficiency (Efficient system to grant strong patents on a reasonable cost).

(55) Patrice VIDON, *op. cit.*, *La lettre des Conseils en Propriété Industrielle*, n° 16, juillet 1998.

(56) Didier LOMBARD, *Le Brevet pour l'Innovation*, Rapport à Monsieur Christian Pierret, Secrétaire d'État à l'Industrie, La documentation française, 1998.



que la suppression des traductions de brevets sur le continent européen aboutirait à renforcer la domination quantitative du champ des brevets par des non européens (américains ou asiatiques), sur notre propre territoire. Plus philosophiquement, on peut se demander si la suppression d'une richesse, en l'occurrence la richesse linguistique du continent européen, ou asiatique, ne produira pas à terme un effet antiéconomique : l'économie vise à satisfaire des besoins, non à les supprimer. Nombreux sont ainsi les acteurs qui pensent que la propriété industrielle ne doit pas être le « tombeau du multilinguisme européen » (57).

Les menaces restent néanmoins pressantes, dans le cadre de la Conférence intergouvernementale lancée fin 1998 pour la révision du brevet européen, ou du projet de règlement du brevet communautaire en gestation à la Commission européenne.

### *L'extension des champs de protection contre l'éthique et l'idéalisme anarchiste (58)*

On a vu plus haut que le droit de la propriété industrielle a plutôt tendance à accroître son champ de protection, en raison directe de l'extension du champ des activités économiques, et de l'évolution technologique. On peut distinguer une triple contestation de cette progression, au-delà de la simple remise en cause, très marginale, de la véritable efficacité économique de la propriété industrielle (59) : la contestation *éthique*, notamment en ce qui concerne la brevetabilité du vivant, et en particulier des éléments du corps humain (60) ; la contestation *ethnique*, relativement à la ré appropriation par des entreprises industrielles de savoirs ancestraux, de nature pharmacologique notamment (61) ; la contestation « *on-line* », qui regroupe les militants de la liberté logicielle et de la libre circulation et exploitation des idées, des textes et des données, notamment sur les réseaux de communication ouverts comme Internet (62).

Certaines de ces contestations ont alimenté des revendications puissantes et efficaces, comme dans le cas de la brevetabilité des produits et procédés biotechnologiques en Europe. La directive de la Commission européenne sur

(57) Jean-Jacques MARTIN, « La propriété industrielle, talon d'Achille de la francophonie », *Revue française de géoéconomie*, n° 10, été 1999.

(58) Jerry MANDER et Edward GOLDSMITH, *The Case Against the Global Economy*, Sierra Club Book, 1996.

(59) Voir par exemple B. LEMENNICIER, « Propriété intellectuelle et protection des idées : la bataille du XIX<sup>e</sup> siècle » in *Aux sources du modèle libéral français*, sous la direction d'A. Madelin, Perrin, 1997. B. Lemennicier admet néanmoins avoir depuis affiné son analyse, dans une conversation avec l'auteur en septembre 1999.

(60) Andrew KIMBELL, « Biocolonization – the patenting of life and the global market in body parts », in *The Case against the Global Economy*, *op. cit.*

(61) Vandana SHIVA/Radha HOLLA-BHAR, « Piracy by patent : the case of the neem tree », in *The Case against the Global Economy*, *op. cit.*

(62) Jean-Paul SMETS-SOLANES/Benoît FAUCON, « Liberté, Égalité, Business, Logiciels Libres », éditions Edispher, 1999 – voir également par exemple le site internet [www.freepatents.org](http://www.freepatents.org).

la protection des inventions biotechnologiques (63) n'a en effet été adoptée par le Parlement européen qu'après plusieurs années de discussions, qui ont abouti à interdire de breveter les procédés de clonage humain ou l'usage de tissus d'embryons humains dans des objectifs industriels et commerciaux, ou encore les procédés de génétique animale occasionnant des souffrances sans bénéfice médical substantiel.

Les autres contestations ont jusqu'à présent moins d'écho. Les travaux sur la protection des richesses traditionnelles et ethniques (voir *supra*) semblent achopper sur la nécessité de créer de nouveaux critères juridiques de protection, qui s'éloigneraient de la conception du progrès « générationnel » (échéances de protection de l'ordre de 10 à 20 ans, voire 70 ans au maximum pour les droits d'auteur) qui caractérise les durées actuelles de protection des droits de propriété industrielle (et qui correspond à la rationalité économique dominante). Les milieux concernés par la protection des logiciels par droit d'auteur ou par brevet semblent plus convaincus par les arguments pro-protection, qui soulignent que le progrès technique est infini, et que les sauts technologiques encouragés et récompensés par la possibilité de breveter ouvrent le champ des perfectionnements futurs plutôt qu'ils ne le ferment.

### LES STRATÉGIES POLITIQUES : L'UNILATÉRALISME DES ÉTATS-UNIS FACE À L'EFFORT PLURICULTUREL EUROPÉEN

#### *Les armes américaines*

On a déjà souligné plus haut de quelle manière les États-Unis ont joué un rôle majeur dans l'impulsion puis l'orientation des accords TRIPs de 1994. En effet, dans la bataille mondiale pour la normalisation des règles de protection de la propriété industrielle, les États-Unis disposent d'un certain nombre d'atouts complémentaires dont ils jouent de manière coordonnée. Il s'agit d'une part d'atouts structurels (une législation protectionniste atypique), et d'autre part d'une batterie de moyens offensifs tactiques pour conformer l'ordre international à leur vision et à leurs intérêts.

#### *Protectionnisme législatif national*

Le système de protection de la propriété industrielle des États-Unis forme un ensemble étonnamment différent du système européen, et plus généralement du reste du monde qui s'est progressivement aligné sur les règles prévalant sur le continent européen (y compris par exemple le Canada, ou les Philippines, ancienne colonie américaine, qui ont renoncé plus ou moins

(63) 98/44 EC publiée dans le *Journal Officiel des Communautés européennes* L 213 du 31 juillet 1998.

récemment aux particularismes du droit de la propriété industrielle inspirés des États-Unis). Le Sénat américain reste en revanche arc-bouté sur les dispositions ethniques locales, malgré la pression internationale croissante.

Cette résistance est remarquable et impressionnante dans la mesure où elle s'exerce parallèlement à un réel volontarisme des Américains tendant à pousser l'ensemble de la planète à l'harmonisation *selon des règles souvent différentes des leurs*, tout en contrant toute tentative d'effet boomerang sur leur propre législation. À titre d'exemple, la délégation américaine à l'OMPI pousse à l'harmonisation internationale (et à l'allègement) des opérations administratives de dépôt de brevets (projet de Traité dit « PLT » (« *Patent Law Treaty* »), en cours de finalisation) mais refuse d'engager une négociation multilatérale sur les dispositions substantielles (règles de brevetabilité, etc.).

En effet, en matière de brevets, la législation des États-Unis comporte plusieurs spécificités culturelles clés, telles que l'attribution du brevet au « premier inventeur », et non au « premier déposant » à la différence du reste du monde (64). Il en résulte des règles et procédures complexes (« *interference* ») de réattribution d'un brevet à son inventeur historique. Subsiste également le principe exotique de publication différée jusqu'à la délivrance du brevet, qui alimente la pratique contestable des brevets joliment appelés « sous-marins », qui font surface des années après leur dépôt pour rafler rétroactivement des redevances auprès de concurrents ayant développé en toute ignorance une activité non libre d'exploitation .

En matière de marques, le droit américain est un maquis où coexistent marques d'usage, marques d'État, et marques fédérales, selon des règles surprenamment hétérodoxes pour le reste du monde, sans parler de l'in vraisemblable procédure d'attribution de noms de domaines « génériques » (« .com », « .net », etc.) par une société privée américaine en situation de monopole. Ces dispositions constituent toutes des ethnicismes marqués, qui cohabitent en synergie avec une pratique juridique et judiciaire elle-même atypique, donnant forme à un système assez fermé, bien maîtrisé localement, mais obscur voire hostile aux étrangers.

Dans toutes les négociations qui sont intervenues, et où la communauté internationale cherchait à obtenir des engagements des États-Unis vers une harmonisation au moins partielle de leur législation avec le reste du monde, il est apparu en outre que les changements étaient d'autant plus difficiles à obtenir que l'exécutif américain reste soumis au pouvoir décisionnaire du Congrès, ce mécanisme de décision bicéphale s'avérant redoutable pour protéger le *statu quo* quand des intérêts à le faire s'expriment.

(64) Voir par exemple G. MOSSINGHOFF, précité.

*Les offensives tactiques de l'administration et des lobbies américains*

Depuis plus de dix ans, les États-Unis ont entrepris une politique internationale active dans le domaine de la propriété industrielle. C'est tout d'abord dans le secteur du respect du « copyright » (sorte de droit d'auteur anglo-saxon) que l'inflexion d'attitude et la mise en place d'une certaine agressivité internationale (65) sont les plus remarquables. Sur un plan institutionnel, on en trouve une double traduction éclatante (66) dans la nomination d'un expert du copyright (Bruce Lehman) comme Directeur de l'Office américain des brevets et des marques, et dans le transfert de compétence sur la politique du copyright du paisible « *Register of Copyright* » au profit de la flamboyante représentante du Commerce extérieur (Mme Barshefsky, à la tête de l'USTR). En matière de signature de traités internationaux, et alors que les États-Unis renâclent généralement à s'engager sur un plan multilatéral, y compris dans certains domaines de la propriété intellectuelle, on est frappé de constater l'avancée et la conclusion rapide des deux traités internationaux sur le copyright gérés par l'OMPI, et l'importance des dispositions du TRIPS (voir *supra*) en matière de protection et d'exercice des droits de copyright.

Mais le volontarisme américain s'exerce aussi dans une certaine mesure en matière de brevets et des marques. À cet égard, l'action de l'USTR traduit le plus crûment cette volonté américaine de régenter le monde dans ces matières. Dans ses rapports annuels, disponibles sur Internet (67), la représentante américaine du Commerce distribue à foison blâmes ou encouragements, pays par pays, à l'égard de toutes les insuffisances, et le cas échéant de tous les efforts fournis par les autorités nationales de la plupart des nations de la planète, en ce qui concerne leurs législations et leurs pratiques en matière de propriété intellectuelle. Ces appréciations, directes, sélectives, publiques, actualisées d'une année sur l'autre, et dépourvues de tout formalisme diplomatique, servent en outre de base de négociation dans les relations commerciales bilatérales des États-Unis avec leurs partenaires.

Un autre travail évident d'influence est celui fourni par les *lobbies* américains d'avocats spécialisés en propriété intellectuelle, qui s'expriment à travers deux puissantes organisations professionnelles : l'AIPLA (« *American Intellectual Property Law Association* ») et l'USTA (« *United States Trademark Association* »). L'activité de ces deux organisations est d'abord interne, et vise à jouer un rôle d'influence sur la politique intérieure des États-Unis en matière de propriété intellectuelle. Mais leur action internationale, également très active, est clairement dirigée vers l'objectif d'une conquête du marché mondial du droit en général, et du droit de la propriété intellectuelle en particulier par les grands cabinets d'avocats d'outre-Atlantique.

(65) G. Bruce DOERN, *Global Change and Intellectual Property Agencies*, Pinter, 1999, p. 37.

(66) *Ibid.*

(67) « USTR announces results of special 301 Annual Review », [www.ustr.gov](http://www.ustr.gov), 30 avril 1999.

L'offensive linguistique qui a été lancée par l'AIPLA, est probablement l'une des actions les plus emblématiques lancées ces dernières années, et l'une des plus stratégiques aussi. L'effort de normalisation internationale entrepris en parallèle, visant à homogénéiser les règles internationales de propriété industrielle, tout en préservant les spécificités intérieures américaines (dans l'objectif de sécuriser la « base arrière ») s'inscrit aussi dans ce cadre. Les grands efforts déployés par certains lobbies américains pour précipiter l'unification du droit communautaire sur une base d'alignement, et non sur une base multiculturelle, en sont un autre exemple. La sollicitude appuyée vis-à-vis d'accélération de la construction européenne tranche à cet égard sur l'absence d'effort américain pour construire un système de propriété intellectuelle unifié sur leur propre continent. Les vagues récentes d'absorption des plus grands cabinets d'avocats français (68) dans les grands réseaux anglo-saxons, participent de cet élan de conquête, dont le droit de la propriété intellectuelle constitue un des éléments importants du fait de son caractère transnational, pluridisciplinaire et à haute valeur ajoutée.

### *Le modèle européen : un effort d'harmonisation consensuelle*

Le dynamisme conquérant américain est d'autant plus apparent que l'Europe se consacre principalement, pour sa part, à sa construction interne. En matière de construction du droit européen, les institutions judiciaires (la CJCE) ont eu à connaître des questions de propriété industrielle bien avant que l'exécutif (la Commission) s'avise de légiférer en la matière.

Assez rapidement, en effet, la Cour de Justice des Communautés européennes a eu à trancher des litiges qui révélaient un conflit entre l'objectif d'« unification du marché intérieur » d'une part, et l'effet de cloisonnement de ce même marché résultant du jeu des droits nationaux de propriété industrielle. La jurisprudence a progressivement fixé certaines limites à l'« exercice » des droits exclusifs attachés aux brevets, aux marques ou aux droits d'auteur nationaux, pour réprimer des types d'« ententes » ou de « positions dominantes » anticoncurrentielles proscrites par le Traité de Rome. Sans remettre en cause l'essence de ces droits, la Cour en a interdit certains usages précis dont l'effet global diminue les bénéfices d'une concurrence saine sur le territoire de l'Union sans contrepartie pour la stimulation de l'innovation technologique ou commerciale.

La Commission a entériné et encadré alors la jurisprudence par un jeu de règlements d'exemption, qui ont notamment précisé quelles clauses contractuelles risquent d'être litigieuses dans les accords de recherche ou dans les licences de brevets, de marques, ou de savoir-faire. En revanche, faute de compétence en la matière, la CJCE n'a jamais eu à connaître des questions de validité ni de contrefaçon des droits de propriété industrielle. Il en est

(68) Voir les réorganisations intervenues en 1999 dans certains grands cabinets d'avocats parisiens.

perduré jusqu'à récemment une certaine hétérogénéité d'un pays à l'autre entre les conditions de délivrance des titres de propriété industrielle, et surtout d'appréciation des atteintes aux droits, sans parler des disparités en matière de procédures judiciaires et de sanctions. De son côté, curieusement, la Commission européenne ne s'est intéressée que tardivement à la question de l'harmonisation des règles de propriété industrielle à l'échelle communautaire.

### *Un effort législatif tardif*

Les premiers efforts législatifs résultent en effet d'initiatives hors Traité de Rome, et donc extérieures à la Commission, en l'occurrence la Convention sur le Brevet européen de 1973. Cette Convention prévoit une procédure commune complexe de délivrance d'un brevet européen susceptible d'être validé dans tout ou partie des États membres. Mais cette convention ne produit qu'un effet d'harmonisation très partiel et indirect : les titres validés sont des droits indépendants régis par des lois et des pratiques nationales parfois divergentes bien qu'ils soient issus de la procédure commune précitée, et la Convention ne prévoit aucun ordre juridictionnel commun aux États signataires.

Depuis une dizaine d'années, la Commission a entrepris de doter l'Union de législations plus fédératrices et harmonisantes. Les premiers instruments juridiques communautaires en matière de propriété industrielle ont été le règlement en matière de marques, et la directive d'harmonisation concomitante, entrées en vigueur en 1991. Suivent actuellement, souvent dans la douleur, les projets de directives ou règlements en matière de dessins et modèles, de modèles d'utilité, de brevet communautaire, etc. Mais tout cet effort, extrêmement méritoire, a monopolisé les énergies de la Commission et des milieux intéressés sur ces objectifs d'harmonisation interne, en les détournant des enjeux plus internationaux.

### *Une influence internationale encore potentielle*

Ainsi, là où les États-Unis exercent, comme on l'a vu, une action forte et sélective de « mondialisation » de certaines règles de protection de la propriété industrielle, les Européens restent encore accaparés par la tâche considérable de confronter leurs traditions juridiques et culturelles pour tenter d'aboutir, par consensus et concessions mutuelles progressifs, à rendre plus cohérent leur système interne. L'entité européenne la plus extravertie en matière de propriété industrielle est probablement l'Office européen des brevets. L'Office, institué par Convention spécifique (69), en dehors de la construction du Traité de Rome, poursuit en effet une politique assez expansionniste, sur deux niveaux, avec un bonheur inégal sur chacun d'eux.

(69) La Convention de Munich sur le Brevet européen de 1973.

Tout d'abord, une des préoccupations de l'Office européen des brevets, est le retard relatif des entreprises européennes en matière de dépôts, par rapport aux standards américains ou japonais (70). La solution imaginée à Munich pour redresser cette situation est de faire baisser substantiellement les coûts d'acquisition des brevets. Cette mesure apparemment raisonnable pourrait toutefois, selon certains, s'avérer être une politique de Gribouille, dans la mesure où les Européens apparaissent relativement moins sensibles au critère du coût que les non Européens, et où ces mesures pourraient entraîner un « appel d'air » encore plus important de prises de droits étrangères (essentiellement américaines et extrême-orientales) sur le continent ouest européen. Plutôt que des mesures purement administratives, on pourrait penser que l'une des solutions serait de s'appuyer sur le maillage fin et très qualifié des professionnels libéraux pour mener les actions de sensibilisation et d'éducation à long terme qui, seules, peuvent permettre d'effacer le retard européen, reposant sur des causes essentiellement culturelles.

Ensuite, l'Office s'est lancée dans une action en tentant de vendre son expertise et ses services à tous les pays émergents qui accèdent à une politique de propriété industrielle modernisée, et donc ont un besoin de constituer des offices d'examen et de délivrance de titres de brevets. L'une des offres les plus dynamiques de l'OEB est de proposer que ces pays émergents reconnaissent la validité de l'examen de brevetabilité conduit à Munich, et se contentent de mettre en place une simple procédure de validation locale (71). Inévitablement, la reconnaissance d'une institution de délivrance emporterait, à terme, pour le pays concerné, l'acceptation des principes juridiques qui sous-tendent le fonctionnement de l'OEB.

Mais ce dynamisme ne peut valoir politique globale de définition et de défense des intérêts européens sur la scène internationale, politique qui est certainement un des chantiers ouverts pour la première décennie du XXI<sup>e</sup> siècle.

Or, on peut espérer que la lente mais constante application pacifique des Européens à inventer des mécanismes et des législations de compromis, en préservant tant que faire se peut le culturel à long terme sans trop entraver l'efficacité collective à court terme, pourra servir de modèle mondial, y compris en propriété intellectuelle, et ce tant sur le plan méthodologique, que peut-être même en terme de solutions juridiques finalement retenues.

(70) G. Bruce DOERN, « The European Patent Office and the Political Economy of European Intellectual Property policy », *Journal of European Public Policy*, 4(3), 1997.

(71) Dr Ulrich SCHATZ, principal director, international affairs, European Patent Office, « Challenges for the Patent System in the Next Millenium », papier présenté au *Symposium on Intellectual Property and International trade*, the Royal Orchid Sheraton, Bangkok, 29 novembre 1999.

## CONCLUSION

Dans les affrontements conceptuels et politiques qui caractérisent le champ international des législations de propriété intellectuelle, le jeu international reste ouvert.

Il se caractérise essentiellement par une pression à l'unification mondiale initiée par les grandes entreprises, qui se heurte à des logiques de différenciation soutenues par des forces ou des acteurs aussi différents que les États du Sud, les idéalismes éthiques, les nationalismes culturels, les affrontements de paradigmes juridiques, et plus généralement une sourde revendication pour soumettre le mercantilisme à d'autres valeurs.

Les États-Unis apportent un volontarisme constructeur mais un peu ego centré, dans une posture parfois un peu difficile à tenir : au même moment où ce pays plaide fortement pour l'harmonisation internationale, ses intérêts et ses forces politiques internes l'entraînent à préserver sur son propre territoire un système juridique et judiciaire très spécifique et conceptuellement isolé.

L'Europe conjugue difficilement, mais en progressant avec le temps, une (con)fédération de diversités, qui mobilise ses efforts au détriment d'une action internationale dominée par les États-Unis. La force que l'Europe pourra tirer de cette construction progressive semble toutefois commencer à se manifester, en raison directe de l'attrait que suscite de plus en plus le modèle pluriculturel vis à vis des jeunes États d'Asie et d'Amérique du Sud.

L'Asie, quant à elle, se laisse convaincre par des « Deals » (72), tout en s'efforçant un peu malaisément, par la voie du Japon et probablement bientôt de la Chine, de rechercher une cohérence d'ensemble à moyen et long terme (73) face aux mouvements pragmatiques et un peu myopes imprimés par les États-Unis et relayés par l'Europe. L'analyse de la politique asiatique, et notamment celle de la Chine et du Japon, mériterait à cet égard une étude en soi. L'attitude de la Chine, en particulier, probablement le pays émergent le mieux armé pour conduire une politique équilibrée, du fait de la qualité de son élite et de son orientation vers le développement et l'ouverture économiques, et en dépit de certaines rigidités idéologiques, méritera à l'avenir une attention accrue.

(72) Essentiellement sous forme d'accords bilatéraux passés avec les États-Unis ou des États européens.

(73) Voir par exemple les réflexions de l'Office Japonais des Brevets (JPO) en direction d'une vraie planification à long terme de la mondialisation des procédures de délivrance de brevets.



**DIX ANS DE RÉGLEMENTATION  
DE LA CRYPTOLOGIE EN FRANCE :  
DU CONTRÔLE ÉTATIQUE  
À LA LIBERTÉ CONCÉDÉE**

PAR

BERTRAND WARUSFEL (\*)

L'histoire du régime juridique de la cryptologie en France a été très mouvementée depuis dix ans. À l'origine (c'est-à-dire avant décembre 1990), les moyens de cryptologie (logiciels ou matériels) étaient considérés comme faisant partie des équipements assimilés aux matériels de guerre et soumis – comme tels – à un régime de prohibition, auquel il ne pouvait être dérogé qu'au cas par cas sur décision gouvernementale. Un décret de 1986 avait, tout au plus, élargi les conditions dans lesquelles une dérogation pouvait être attribuée aux moyens de cryptologie à usage commercial (1).

**DE 1990 À 1996 : UN RÉGIME DISSUASIF  
POUR L'USAGE DU CHIFFREMENT**

À partir de l'entrée en vigueur de la loi de réglementation des télécommunications du 29 décembre 1990, la perspective fut renversée : d'une situation où la règle était l'application du régime des matériels de guerre et l'exception la « déclassification » de certains matériels commerciaux, on est passé à une situation dans laquelle les moyens de cryptologie ne sont plus des matériels de guerre, sauf dans le cas particulier de moyens de cryptologie « *qui sont spécialement conçus ou modifiés pour permettre ou faciliter l'utilisation ou la mise en œuvre des armes* » (2).

Cette loi de 1990 a prévu dans son article 28 le principe de la distinction entre deux types de procédure (déclaration préalable ou autorisation préalable) suivant le type de moyen (c'est-à-dire d'équipement) ou de prestation concerné :

- *un contrôle par voie de déclaration préalable* pour les activités touchant les moyens ou prestations qui n'assurent que la fonction d'authentification ou de contrôle d'intégrité (3) sans permettre le chiffrement des données ;

(\*) Maître de conférences à la faculté de droit de Paris V, Conseil en propriété industrielle.

(1) Décret n° 86-250 du 18 février 1986.

(2) Article 28.VI de la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 modifiée. L'article 10 du décret du 28 décembre 1992 ne mentionnait, pour sa part, que les moyens « *conçus ou modifiés pour les besoins militaires* » (Décret n° 92-1358 du 28 décembre 1992 définissant les conditions dans lesquelles sont souscrites les déclarations et accordées les autorisations concernant les moyens et prestations de cryptologie, *J.O.R.F.*, 30 décembre 1992, p. 17915).

(3) C'est-à-dire s'assurer de l'identité de l'émetteur (authentification) ou du fait que le message n'a pas été altéré depuis son émission (contrôle d'intégrité), fonctions qui peuvent être mis en œuvre par le biais de ce que l'on appelle aujourd'hui les « signatures électroniques ».

- *un contrôle par voie d'une demande d'autorisation préalable* (et, donc beaucoup plus contraignant et restrictif) pour les activités qui assurent réellement une fonction de confidentialité (c'est-à-dire qui chiffre le contenu des messages ou des communications pour le rendre intelligible aux tiers).

Sur la base de cette distinction, les autorités françaises (et, en particulier, le Service Central de la Sécurité des Systèmes d'Information, SCSSI, dépendant du Premier ministre) menèrent jusqu'en 1995-1996 une politique destinée à dissuader les personnes privées d'utiliser des moyens de chiffrement (qui ont l'inconvénient de rendre beaucoup plus délicates les « interceptions » menées par les services de sécurité ou décidées par la justice) tout en leur facilitant l'accès aux technologies de signature (qui permettent de sécuriser l'accès aux réseaux informatiques ou le télépaiement).

Mais l'arrivée sur le marché de l'Internet et – avec lui – l'intégration dans la plupart des logiciels standards (notamment navigateurs Web ou logiciels de messagerie) de moyens de chiffrement (dont certains mettant en œuvre le logiciel PGP, Pretty Good Privacy, mis au point par l'informaticien américain Phil Zimmermann) obligèrent la France à assouplir sa position en matière de chiffrement.

#### 1996 : LA TENTATIVE D'UNE RÉFORME DE COMPROMIS

Sur le plan technologique, le SCSSI s'appuya d'abord sur le fait que la législation de contrôle des exportations fédérale américaine ne permettait alors d'exporter librement vers l'Europe que des produits dont le chiffrement ne mettait en œuvre que des clés d'une longueur maximale de 40 bits (4). À partir de 1994-1995, le SCSSI commença à autoriser, au cas par cas, certains logiciels standards mettant en œuvre un chiffrement à 40 bits (en particulier, les premières versions des navigateurs Navigator de Netscape et Explorer de Microsoft, qui mettaient l'un et l'autre en œuvre le protocole de sécurité SSL dans une version export limitée à 40 bits).

Par ailleurs, le gouvernement français, conscient de ce qu'il serait rapidement nécessaire d'offrir aux entreprises françaises des solutions de chiffrement de plus haut niveau, afin qu'elles puissent se protéger contre la piraterie informatique, commença à étudier un concept apparu à l'origine aux États-Unis : le séquestre de clés, système dans lequel l'utilisateur met en œuvre un algorithme de chiffrement fort (ce qui accroît sa protection) en contrepartie du dépôt d'une clé de déchiffrement auprès d'un tiers (ce qui permet alors à l'État de procéder aux éventuelles déchiffrements dont il pourrait avoir besoin, en cas d'interception).

Ces orientations qui visaient à permettre une certaine libéralisation de l'usage de la cryptologie tout en maintenant un contrôle et en préservant les capacités d'interception étatiques, furent concrétisées dans la loi sur les télécommunications du 26 juillet 1996 qui modifia et compléta la loi précédente de 1990.

Cette loi conservait la distinction entre la procédure déclarative réservée aux produits de signature et la procédure d'autorisation pour les produits de chiffrement, mais elle y introduisait trois dérogations possibles :

(4) Depuis lors, ce niveau d'exportabilité a été porté à 56 bits, et pour certains produits, à 128 bits.

1. l'usage des moyens de signature devint automatiquement libre (dès lors que le fournisseur avait préalablement déclaré le produit);
2. la loi de 1996 permit au gouvernement d'établir une liste de produits de chiffrement pour lesquels la procédure déclarative se substituerait à la procédure d'autorisation. Mais il fallut attendre jusqu'au début de 1998 pour les produits de chiffrement dont la clé ne dépassait 40 bits puissent – sous certaines conditions techniques – bénéficier de ce changement de régime (5);
3. la loi décida que seraient totalement libres d'usage tous les systèmes de chiffrement (quel que soit leur niveau de sécurité et la taille de leurs clés) dès lors que ceux-ci mettraient en œuvre un système de séquestre de clés de confidentialité auprès d'un tiers agréé par le Premier ministre (6).

Ce dernier volet de la réforme (7) était le plus original et avait été conçu pour avoir les conséquences les plus importantes. Le projet gouvernemental était d'offrir aux entreprises françaises l'accès au chiffrement fort tout en facilitant l'action de l'État et en créant sur le marché français une catégorie nouvelle d'intermédiaires de sécurité informatique, fortement contrôlés par l'État (puisqu'agréés par le Premier ministre). Et le SCSSI comptait sur cette alternative pour échapper au déferlement en France de logiciels sécurisés non contrôlables et dont l'interception serait très difficile (si ce n'est impossible).

#### 1999 : LA TRANSITION VERS LA LIBÉRALISATION COMPLÈTE DU CHIFFREMENT

Très discutée dès son annonce, cette réforme fut rapidement un échec. En effet, pour les mêmes raisons de délais administratifs (accrus, visiblement, par des querelles internes et des combats d'arrière-garde), le décret fixant le statut et les conditions d'exercice des tiers de séquestre ne parut qu'en février 1998 (8), ce qui repoussa l'agrément du premier tiers à la fin de cette même année. De plus, durant la même période, les industriels de l'informatique américains et européens s'étaient divisés sur la question des systèmes à séquestre de clés et, notamment, un groupe important d'entre eux (réunis autour d'IBM dans la « Key Recovery Alliance ») avaient promu un système de récupération des clés qui s'avérait être une alternative technique au système prôné en France, sans qu'il soit sûr d'être juridiquement équivalent. Enfin – et surtout – l'essor irrésistible de l'Internet et des solutions de communication suscita un besoin croissant de confidentialité dans les échanges et l'émergence de nouveaux standards internationaux en matière de sécurité.

(5) Voir le décret n° 98-206 du 23 mars 1998 définissant les catégories de moyens et de prestations de cryptologie pour lesquelles la procédure de déclaration préalable est substituée à celle d'autorisation (*J.O.R.F.*, 25 mars 1998, p. 4449).

(6) Article 28-I 1° a) et 28-II de la loi du 29 décembre 1990, tels que modifiés par l'article 17 de la loi du 26 juillet 1996.

(7) Que l'on appela souvent improprement, le système des « tiers de confiance », alors que le terme n'est pas mentionné dans la loi et qu'en toute logique ces tiers étaient tout au plus des « tiers de séquestre ».

(8) Décret n° 98-102 du 24 février 1998 définissant les conditions dans lesquelles sont agréés les organismes gérant pour le compte d'autrui des conventions secrètes de cryptologie en application de l'article 28 de la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications (*J.O.R.F.*, 25 février 1998, pp. 2915-2916).

Le Premier ministre, Lionel Jospin tira les conséquences de l'incapacité de ses services à imposer un système de séquestre lors de son allocution du 19 janvier 1999 à Hourtin. Il annonça « *un changement fondamental d'orientation* », reconnaissant que « *les dispositions issues de la loi de 1996 ne sont plus adaptées* » et proposa de « *rendre complètement libre l'usage de la cryptologie en France, tout en adaptant les moyens des pouvoirs publics pour garantir les libertés publiques dans ce nouvel environnement et pour lutter contre l'utilisation des moyens de chiffrement à des fins délictueuses* » (9). La nouvelle politique annoncée s'articulerait autour de deux axes : « *offrir une liberté complète dans l'utilisation des produits de cryptologie, sous la seule réserve du maintien des contrôles à l'exportation découlant des engagements internationaux de la France* » (10) et « *supprimer le caractère obligatoire du recours au tiers parties de confiance pour le dépôt des clefs de chiffrement* ».

Cette nouvelle politique s'est traduite immédiatement par l'adoption de nouveaux textes réglementaires mettant en œuvre une étape supplémentaire de la libéralisation du commerce et de l'usage de la cryptologie (11) :

- s'agissant des produits de chiffrement dont la clé ne dépasse pas 40 bits, leur régime a été encore allégé, puisque désormais leur importation et leur utilisation sont totalement libres, seule leur fourniture demeurant soumise à déclaration ;
- la procédure déclarative fut élargie à tous les produits de chiffrement utilisant une clé comprise entre 40 et 128 bits (dont l'utilisation et l'importation peuvent même ne pas nécessiter de déclaration préalable dans certains cas particuliers) (12) ;
- enfin, la libéralisation de la fourniture des produits de signature fut poussée avec le passage sous un régime déclaratif simplifié (13).

Par ailleurs, une nouvelle loi – modifiant sensiblement les dispositions de 1996 – a été annoncée pour le courant 2000, qui devrait poursuivre vers la voie d'une libéralisation presque complète de l'usage de la cryptologie et revoir complètement le statut des tiers de séquestre. En contrepartie, ce nouveau texte devrait sans doute renforcer les pouvoirs de l'état en ce qui concerne la remise du contenu clair des messages chiffrés interceptés ou découverts lors d'une perquisition (14).

(9) Voir la déclaration du Premier ministre reproduite dans *Droit & Défense*, n° 98/4, p. 77.

(10) C'est-à-dire le maintien d'un contrôle des exportations de moyens de chiffrement utilisant des clés supérieures à 56 bits, conformément aux engagements pris au sein de l'Arrangement de Wassenaar et retranscrits dans la liste de contrôle des biens à double usage publiée par l'Union européenne.

(11) Décret n° 99-199 du 17 mars 1999 définissant les catégories de moyens et de prestations de cryptologie pour lesquelles la procédure de déclaration préalable est substituée à celle d'autorisation ; Décret n° 99-200 du 17 mars 1999 les catégories de moyens et de prestations de cryptologie dispensées de toute formalité préalable ; Arrêté du 17 mars 1999 définissant la forme et le contenu du dossier concernant les déclarations ou demandes d'autorisation relatives aux moyens et prestations de cryptologie (*J.O.R.F.* du 19 mars 1999, pp. 4050-4053).

(12) Notamment lorsque le produit est « *exclusivement destiné à l'usage privé d'une personne physique* » (ce qui est une notion difficile à apprécier, voir Marie Pasquier « Une étape importante dans la libéralisation de la cryptologie », *Droit & Défense*, n° 99/1, pp. 72-73).

(13) C'est-à-dire, le dépôt d'un simple formulaire administratif sans fourniture d'un dossier technique détaillé.

(14) La loi du 10 juillet 1991 qui organise et régleme les interceptions de sécurité et les interceptions judiciaires ne prévoit pas, en effet, de pouvoirs spécifiques conférés à l'administration pour requérir – en cas de besoin – les informations techniques nécessaires (et, en particulier, la livraison des clés) au déchiffrement des messages ou des communications.

## CONCLUSION

Un tel historique illustre quelques-uns des particularismes du modèle français en matière de technologies de l'information. On y voit bien ressortir quelques éléments dynamiques :

- la volonté française de maîtriser les évolutions technologiques et de prendre en compte leurs différentes dimensions (industrielles, économiques, mais aussi juridiques et en termes de sécurité publique ou de sécurité nationale);
- l'ambition des autorités françaises de faire jeu égal avec les États-Unis sur certains domaines sensibles en cherchant à la fois à les défier sur le fond (essayer d'éviter la domination de la cryptologie américaine) tout en les imitant sur la forme (la mise en œuvre d'une législation de contrôle nationale contraignante).

Mais les faiblesses sont encore plus frappantes :

- une gestion du temps administratif sans aucune mesure avec la rapidité de diffusion des technologies et de réaction des marchés;
- un positionnement juridique intransigeant en complet décalage avec les « valeurs » du monde de l'Internet (individualisme, liberté de communication, globalisme) et celles du libéralisme économique dominant;
- une mauvaise prise en compte de l'impact indirect (mais réel, dans ce dossier) du cadre européen et communautaire, y compris dans des domaines concernant la sécurité nationale;
- une insuffisante pratique du compromis et de la négociation avec les acteurs privés en vue de faire accepter une solution de compromis originale (celles des tiers de séquestre);
- enfin – et surtout – l'incapacité de profiter de ces dix années de relatif protectionnisme pour faire émerger une technologie de sécurité d'origine française capable de concurrencer les standards de fait américains.

À travers cette question, c'est toute une partie de l'« exception française » qui dévoile ici ses limites et qui montre que si l'État colbertiste sait encore s'appuyer sur ses missions régaliennes de sécurité pour jouer un rôle actif sur certains segments du marché des technologies nouvelles, il n'est plus capable de tirer des avantages durables de cette posture.