

Technique

Stéphanie Lacour*

Quelles sont les caractéristiques embarquées dans l'infrastructure de la technique qui en font un objet aussi désirable et utile pour un nombre toujours plus important d'acteurs ? Quelles sont ces qualités, ces vertus dont on la pare, qui lui permettent de constituer, entre le droit, l'économique, le politique et même la science, un méta-objet frontière ? Examiner le concept de technique sous l'angle de son devenir normatif ou juridique permettra-t-il d'esquisser une nouvelle ontologie de la technique ? Est-ce une piste pour mieux comprendre le droit ? C'est en tout cas, en réponse à l'amicale sollicitation du professeur Vergès, l'exercice auquel je me suis risquée dans ces quelques pages.

* Directrice de recherche au CNRS, Institut des Sciences Sociales du Politique ISP ENS Cachan, CNRS, Université Paris-Saclay, Université Paris Ouest, membre de la COMUE Université Paris Lumières.

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION | 37 |
| 1. La technique comme ensemble propre d'une communauté de travail | 40 |
| 1.1. Cette communauté est ce qui, concrètement, définit, borne – au moins initialement – la technique. | 40 |
| 1.2. Cette communauté est aussi, paradoxalement, ce qui confère à l'adjectif « technique », selon les circonstances, son caractère péjoratif ou mélioratif. | 41 |
| 2. La rethorique technique comme objet-frontière entre le droit, la science et l'économie | 43 |
| 2.1. La flexibilité interprétative comme avantage d'un méga/méta objet-frontière | 45 |
| 2.2. L'infrastructure invisible de la technique | 48 |
| CONCLUSION | 52 |

Technique

Stéphanie Lacour

INTRODUCTION

Comment penser un concept issu du champ des sciences et techniques via sa transposition dans le monde des normes ? Les traductions dont il a fait l'objet l'ont-elles, ontologiquement, laissé indemne ?

Quelle influence son arrivée dans le monde des normes a-t-elle eue sur ce concept, et plus largement, sur le social ? Que nous dit son devenir normatif ou juridique de son sens profond ? Pour évoquer ces questions, l'étude du concept de « technique » offre bien des particularités.

Un premier survol « technique ». Si vous me passez la référence, la technique est nombreuse, mais surtout elle est partout. Pas un instant de nos vies qui ne soit baigné de technique¹. Le simple fait de nous parler, aujourd'hui, est un acte technique, et faisant appel, qui plus est, à une technique extrêmement sophistiquée (il aurait été singulièrement plus difficile pour le professeur Vergès d'organiser ce séminaire à l'époque où nous ne communiquions que par borborygmes...).

La technique est partout, donc, et elle est aussi de tous temps. Depuis la roue ou, pour reprendre une image déjà utilisée par le passé par Jean-Marc Mousseron, depuis le bâton de bois utilisé comme massue jusqu'à la musique que nous écoutons sur des téléphones portables connectés en 4G à l'Internet mondial, tout – ou presque – peut être dit technique.

1. Pour une analyse extrêmement féconde de l'évolution de la sociologie des techniques, voir M. Akrich, « Comment sortir de la dichotomie technique/société », in B. Latour et P. Lemontier, *De la préhistoire aux missiles balistiques : l'intelligence sociale des techniques*, Paris, La découverte, 1994, pp. 105-131.

La technique n'est ni matérielle ni immatérielle, même si elle peut se cristalliser dans ces deux états, elle n'est ni naturelle ni culturelle, si tant est que la distinction ait encore un objet, elle n'est ni moderne ni classique, ni « hype » ni obsolète, la technique est tout cela à la fois. Autant vous dire que, longtemps après avoir proposé de traiter de ce sujet, lorsque j'ai commencé à me pencher sérieusement sur la question, j'ai connu – et connais encore – bien des doutes, énormément de frustration, et pour tout dire une grande solitude...

Alors comment attraper cette si insaisissable technique, pour essayer, malgré tout, de nous donner un peu de grain à moudre - après que Vincent Gautrais nous ait mis au régime - sur ce concept...

Les techniques syntaxiques. « Technique » est d'abord un substantif. Elle est parfois employée sous la forme d'un singulier, auquel sont souvent accolés des qualificatifs. On traitera, dans des ouvrages parfois éminents, de technique juridique², de technique législative³ ou, plus modestement, mais aussi poétiquement, de technique de l'interprétation harmonieuse⁴ du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), par exemple.

Les techniques sont également déclinées au pluriel. Il s'agira alors, dans le domaine juridique, de dissertar sur les techniques contractuelles, ou les techniques d'interprétation – parfois avec des réserves – par exemple, et, hors du champ proprement juridique, les occurrences se multiplieront : techniques de dragage, de relaxation, mais aussi de vente, de communication, voire de survie.

Tous les domaines de la vie sociale sont potentiellement concernés par les techniques, sans qu'il soit, a priori aisé, hormis dans la construction syntaxique, de déceler une convergence évidente.

Mais « technique » est également un adjectif. Il est fréquemment employé sous cette forme dans l'espace normatif. Il s'agira alors, évidemment, des normes techniques, mais de contribution, caractère, réponse, problème technique, en droit des brevets d'invention, de mesures techniques en droit d'auteur ou de fonctions techniques aux frontières des dessins et modèles. Plus généralement, on parlera de progrès technique mais aussi de patrimoine technique, ou encore d'expertise technique.

-
2. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 volumes, Paris, Société du Recueil Sirey, 1914-1934.
 3. Cornu la définit comme la « partie de la science législative qui a pour objet la mise en œuvre des options de la politique législative et qui consiste non seulement dans la rédaction du texte de lui ou plus généralement dans sa mise en forme (présentation formelle, plan titres, divisions, articulat, etc., mais dans le choix et l'agencement des modes d'énoncé de la règle de Droit et des procédés techniques de sa réalisation (énoncé d'une *clausula generalis* ou d'une énumération, assimilation, fiction, présomption, canon, etc.) » dans son vocabulaire juridique.
 4. Dans les conflits entre le droit de l'Union européenne et le droit international des investissements dans l'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, voir G. Anou, (2015) 2 *Journal du Droit international (Clunet)*, pp 505-525.

Et encore n'ai-je rien dit pour l'instant de tous les dérivés et apparentés du champ lexical de la technique : la technologie, bien sûr, toujours un peu plus à la mode que sa grande sœur, sans doute du fait de ses influences anglo-saxonnes, et qui fait volontiers appel à des ingénieurs plus qu'à de modestes techniciens, la technicité, ou encore les très décriées techno-sciences et la fameuse technocratie parfois mise en musique par des polytechniciens, etc.

La généalogie au secours. Le recours à la généalogie du terme – généalogie étant employé ici dans le sens que lui donne Foucault : chercher à éclaircir un problème en élucidant les différents usages des mots qui ont servi à le nommer, à en rendre compte⁵ – n'est pas, lui non plus, d'un grand secours.

Le mot « technique » n'apparaît, si l'on en croit le dictionnaire historique de la langue française, qu'à la fin du XVII^e siècle dans un sens limité à l'étude de la grammaire (les vers techniques, faits pour aider la mémoire en y rappelant en peu de mots beaucoup de faits, de principes)⁶.

Il faudra attendre 1750 pour que l'adjectif technique prenne son sens actuel « qui appartient à un domaine spécialisé de la connaissance ou de l'activité ». Il est mentionné, dans le dictionnaire de l'Académie Française, uniquement sous sa forme adjectivale, dès la 4^e édition, datant de 1762. « Artificiel. Il se dit principalement des mots affectés aux arts. »

Dans la dernière version complète du dictionnaire, datant de 1935, il apparaît enfin sous ses deux formes :

TECHNIQUE. adj. des deux genres. Qui est propre, particulier à un métier, à un art.

TECHNIQUE. nom féminin. Ensemble des procédés qu'on doit méthodiquement employer pour un art, pour une recherche, dans un métier.

A ce stade de la réflexion, la focale peut être placée, d'ores et déjà, me semble-t-il, sur quelques éléments forts du concept de technique. D'une part, comme cela apparaît clairement dans la définition, la technique est spécifique mais partagée au sein d'une communauté. D'autre part, le discours qui, progressivement, s'est construit autour de la référence à la technique constitue aujourd'hui un écran entre l'objet lui-même et les significations qu'il véhicule, dans et hors le droit.

5. M. Foucault, *Les mots et les choses*, Gallimard, 1966.

6. Certains auteurs en font pourtant remonter l'étymologie à la poésie grecque, la technè désignant alors les opérations d'élaboration matérielle, notamment chez Homère, voir F. Jarrige et P. Morera, « Technique et imaginaire, Approches historiographiques » (2006) 1 (9) *Hypothèses* 163.

1. La technique comme ensemble propre d'une communauté de travail

C'est parce qu'elle est propre à un métier ou à un art (entendu, dans ce cas, davantage comme un artisanat qu'au sens que pourrait lui donner l'histoire de l'art, encore que la dimension artisanale ne soit pas absente de l'art avec un grand A) que la technique mérite son nom. Sans la communauté qui la partage, elle pourrait n'être qu'une habileté, une connaissance.

Conséquences ?

1.1. Cette communauté est ce qui, concrètement, définit, borne – au moins initialement – la technique.

On n'est pas technicien de surface comme on est technicien de laboratoire.

C'est sans doute par référence à cette communauté, plus qu'à d'autres caractéristiques – machines, notamment – qu'il faut entendre la qualification des normes techniques⁷. Même si, aujourd'hui, il devient d'usage de distinguer, pour les organismes de normalisation⁸, leur travail, appelé normalisation institutionnelle⁹, des normes privées, répondant à d'autres procédures, il existe des liens entre ces pratiques. Sociologiquement en tout cas, on peut penser que les normes adoptées dans les groupes de travail de l'ISO ou, plus près de nous, de l'AFNOR, sont en toute hypothèse le fruit de la concertation d'acteurs se revendiquant principalement comme appartenant à une même communauté d'intérêts. Ces groupes rassemblent des industriels du même secteur, auxquels sont progressivement mais pas encore suffisamment sans doute¹⁰ venus s'adjoindre les consommateurs – bouts de chaînes

7. En ce sens, voir Conseil d'Etat, Le Droit souple, Etude annuelle, décembre 2013, disponible en ligne sur <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Etude-annuelle-2013-Le-droit-souple>.

8. Voir le rapport « Politique nationale de normalisation et stratégie pour la compétitivité de notre économie » remis le 3 février 2015 par la déléguée interministérielle aux normes, Lydie Evrard, au ministre de l'économie, disponible sur <http://www.economie.gouv.fr/remise-du-rapport-sur-la-normalisation-fevrier-2015>, notamment p. 10.

9. Le Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation définit ainsi la normalisation, dans son article 1er, comme « une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations.»

10. Ch. Hauert, M. Audétat, D. Bütschi-Häberlin, J.-Ch. Graz, A. Kaufman, "Civil society organisations participating in ISO TC 228 and ISO TC 229: the INTERNORM project and its future", In EURAS Proceedings, 2013, Verlag Mainz, Aachen, pp. 171-186.

de valeurs –, parfois des scientifiques appelés pour leur expertise sur les matières et produits visés dans les projets de normes, leur cycle de vie, les risques qui leur sont potentiellement associés, etc., et des pouvoirs publics investis d'une mission souvent plus économique (tendant à la protection de marchés nationaux, au développement d'industries régionales, etc.) que politiques, si la distinction a encore du sens.

C'est également en ce sens que Georges Gurvitch¹¹ peut écrire que les techniques sont des « manipulations subalternes et délimitées des mondes de la nature, de l'homme et de la société » et avancer l'idée qu'elles ne posent réellement un problème à la civilisation qu'à partir du moment où elles quittent leur place subalterne et pénètrent d'autres domaines que celui de leurs maîtres, dans lesquels elles ne sont plus, dès lors, intégrées dans un ensemble de structures sociales qui les équilibrent.

C'est aussi ce qui oblige, me semble-t-il, à prendre quelque distance avec l'une des prémisses du raisonnement mené par Jacques Ellul au sujet de la technique. En effet, en la définissant comme « la recherche du moyen le plus efficace dans tous les domaines¹² », il appréhende la technique à un niveau de généralité tel, qu'il passe précisément à côté de la communauté humaine qui modèle, use, pense chaque technique. Ce faisant, il situe inévitablement sa pensée dans le cadre d'une autonomie qui peut éventuellement être vue et critiquée comme un effet de l'évolution des techniques, mais qui n'est pas, selon moi, intrinsèque au concept.

1.2. Cette communauté est aussi, paradoxalement, ce qui confère à l'adjectif « technique », selon les circonstances, son caractère péjoratif ou mélioratif.

Péjoratif : Dans le premier cas, parce que ce qui est technique ne relève, finalement, que des compétences que tous devraient normalement partager a minima, un bon technicien est, dans ce sens, potentiellement un être moyen, médiocre.

C'est dans ce sens, finalement assez péjoratif, que se comprend généralement, dans une France percluse de l'idéal humaniste et omniscient des lumières, l'orientation des élèves vers des filières d'enseignement dites techniques, aux débouchés confinés.

L'homme du métier du droit des brevets d'invention est également un bon représentant de cette interprétation. Sa référence est importante au sein de ce droit, puisque c'est par rapport à lui que sera appréciée la qualité de rédaction de la demande de brevet (la description doit être suffisamment précise pour qu'un homme

11. G. Gurvitch, "Société technique et civilisation", (1968) 45 Cahiers internationaux de sociologie 5.

12. J. Ellul, La technique ou l'enjeu du siècle, Armand Colin, 1954, réédition Economica 1990, ou encore, du même auteur, « La technique considérée en tant que système » (1976) 0(2) Les études philosophiques 147.

du métier puisse réaliser l'invention sans difficulté) mais aussi la condition d'activité inventive, que doit absolument remplir l'invention pour être protégeable. Frédéric Pollaud-Dulian le définit comme « un technicien moyen, possédant les attitudes et les connaissances générales normales dans le secteur considéré [...] ni un incompetent, ni un génie¹³ ». La simple mention des difficultés auxquelles a donné et donne encore lieu la question de savoir si l'homme du métier est le technicien d'une seule discipline ou peut être à cheval sur plusieurs communautés, une fiction « amalgamant plusieurs techniciens de domaines différents »¹⁴ illustre toutefois la complexité de la problématique liée à la définition du « métier », de la communauté réellement concernée par l'invention. Si je peux me permettre un petit aparté, qui en réalité n'en est pas véritablement un, le paragraphe que consacre Frédéric Pollaud-Dulian à cette question est en lui-même très éclairant. S'opposant à Mathély, pour qui l'homme du métier devait pouvoir être pluridisciplinaire – polytechnique pour rester dans le thème –, le professeur affirme en effet « nous ne pensons pas que l'on puisse généraliser cette pluridisciplinarité, d'abord parce qu'elle risque d'élever trop le seuil de la brevetabilité [...] ». Il fait donc appel, en première intention, à des considérations de politique juridique – ainsi, sans doute, que de politique économique, la justification des brevets étant tout de même de cet ordre – avant tout autre argument, pour résoudre une question d'interprétation de la norme juridique. Il va chercher hors du système juridique les arguments qu'il met au service de sa technique d'interprétation...

Mélioratif : Dans sa seconde acception, le concept de compétence technique est valorisé parce qu'il suppose de faire partie de la communauté en cause, perçue comme un club fermé. C'est en ce second sens que Saint-Loup s'adresse au jeune Marcel Proust après lui avoir longuement fait part des détails des stratégies militaires qu'il pratique et exposé les risques de règlements militaires trop intangibles dans « La recherche du temps perdu » lorsqu'il lui dit « Tout cela, c'est un peu technique pour toi ». La technique est alors un facteur de légitimation de communautés professionnelles se considérant elles-mêmes comme modernes, comme l'avance Andrew Abbott dans son essai « The System of Professions »¹⁵.

Ce que montre cet auteur, c'est la lente mais assez inexorable évolution qui a poussé des groupes professionnels à se définir, au cours des XIXe et XXe siècles, par référence à un ensemble de compétences techniques plus qu'à des qualités morales ou à une tradition. Il montre ainsi comment, au cours du XIXe, les professionnels qui bénéficiaient, au Royaume-Uni, de statuts professionnels reconnus et légitimés par référence à leur courage, leur désintéressement et leurs qualités de gentlemen's

13. F. Pollaud-Dulian, Propriété intellectuelle. La propriété industrielle, *Economica*, 2011, n° 312 et s.

14. F. Pollaud-Dulian, id, n°314.

15. A. Abbott, *The System of Professions. An Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago, University of Chicago Press, 1988, notamment p. 190 et 191.

– par exemple les médecins, les barristers – ont été concurrencés par des professionnels initialement rattachés à des ordres moins prestigieux : les pharmaciens et sollicitors. Ces derniers fondaient leurs prétentions sur la rationalisation de leurs structures sociales, et en particulier sur le fait que les modalités de leur sélection étaient basées sur des compétences techniques, auxquelles venaient s'ajouter des caractères de probité, de rectitude, de responsabilité, toutes qualités pouvant faire l'objet d'évaluations plus objectives que celles de leurs prédécesseurs.

S'il est impossible, pour ces groupes professionnels, de parler de victoire, au sens où aucun d'entre eux n'a disparu, Abbott note néanmoins que cette compétition a progressivement amené les premiers à aligner leurs références professionnelles sur les mêmes qualités que celles de leurs challengers, et à faire de la technique un élément de reconnaissance fort. Il est plus facile de sélectionner de bons matheux, en première année de médecine, que de réserver ces études aux humanistes, aux « gentlemen ».

Transposée de la sociologie des organisations au champ de l'analyse moderne des sciences et techniques et, plus spécifiquement, de leur régulation, des normes qui les encadrent, la technique devient une sorte de concept frontière. Un concept largement partagé dans lequel chaque monde social peut projeter ses propres fabrications matérielles ou immatérielles en bénéficiant de caractéristiques progressivement embarquées dans l'infrastructure même du concept, caractéristiques invisibles mais néanmoins si fortes qu'elles permirent à un examinateur de l'office anglais des brevets de répondre à la question qui lui était posée sur la notion de caractéristiques techniques, « c'est comme un éléphant : quand on en voit un, on le reconnaît »¹⁶.

C'est sur ce second pan de l'analyse, celui du discours qui accompagne la technique, que je voudrais maintenant pousser un peu le raisonnement.

2. La rhétorique technique comme objet-frontière entre le droit, la science et l'économie

Comme nous venons de le voir, lorsqu'elle est adoptée comme attribut distinctif d'un groupe social, d'un métier, d'une communauté, la technique peut devenir un facteur de légitimation de ce monde social particulier.

En s'interposant entre le groupe et ce qui l'entoure, la technique va progressivement construire, au-delà des caractéristiques internes de chaque profession, un discours orienté autour de critères communs plus ou moins visibles. De fait, en pre-

16. B. May et M. Liens, « Le caractère technique et l'éléphant », (Février 2011) n°2 Propriété industrielle, étude 5.

nant cette place, l'objet « technique » (au sens intellectuel du terme objet) devient progressivement un objet frontière¹⁷, qui présentera toutes les caractéristiques d'une fiction utile à la société – notamment une grande flexibilité interprétative – mais aussi celles d'un ensemble de conventions, standards, normes de comportement constitutif d'une infrastructure invisible mais néanmoins très signifiante¹⁸.

J'ai bien conscience, en avançant sur ce terrain, des limites du recours que je fais à une théorie sociologique en vogue depuis les années 90 et qui n'a pas envisagé, en l'état, les discours ou les concepts intellectuels en tant que tels au titre des objets qu'elle analyse, mais bien plutôt des objets très concrets ou, dans le cas des « boundary works »¹⁹ d'institutions, de systèmes d'organisation de collectifs. La définition de la notion de frontière, en ce sens, vient en effet d'un article de 1989 dans lequel les deux auteurs analysaient le recours à une bibliothèque et une salle d'archives, notamment, comme objets frontières dans un collectif de construction d'un musée zoologique²⁰.

Quant à moi, je me permets d'utiliser la notion de frontière dans une perspective heuristique, parce que la coexistence d'une dimension interprétative (flexible, en l'occurrence) et d'une dimension structurale me paraît pouvoir embrasser dans un même élan, sous la technique, l'utilisation rhétorique du concept dans les normes – et singulièrement dans la jurisprudence et les guides d'interprétation du droit des brevets d'invention – et sa mobilisation par les praticiens et les théoriciens du droit, en tant qu'elle qualifierait à la fois l'objet de leur pratique – le droit serait une technique – et leur pratique, parfois, elle-même.

Il va de soi que ce travail est inachevé et le demeurera sans doute durant de nombreuses années, il constitue néanmoins un exercice stimulant...

17. Sur cette notion, V. P. Trompette et D. Vinck, « Retour sur la notion d'objet-frontière », (2009) 3-1(1) *Revue d'anthropologie des connaissances* 5.

18. En ce sens, voir M. Charpy et F. Jarrige, « Introduction. Penser le quotidien des techniques. Pratiques sociales, ordres et désordres techniques au XIXe siècle », (2012) 45 *Revue d'histoire du XIXe siècle* 7.

19. Voir par exemple A. Boggio, A. Ballabeni et D. Hemenway, "Basic Research and Knowledge Production Modes: A View from the Harvard Medical School" (March 2016) 41-2 *Science, Technology & Human Values* 163.

20. S.L. Star et J.R. Griesemer, « Institutional Ecology, « Translation » and Boundary Objects: Amateurs and Professional in Berkeley's Museum of Vertebrate Zoology, 1907-39 », (1989) 19-3 *Social Studies of Science*, Sage, London 387.

2.1. La flexibilité interprétative comme avantage d'un méga/méta objet-frontière

L'un des terrains les plus révélateurs pour illustrer la flexibilité des interprétations dont est susceptible la notion de technique est celui des brevets d'invention²¹. Le terme n'apparaît pas moins de 1042 fois dans les 872 pages des directives d'examen de l'office européen des brevets²².

Le concept est devenu central dans la propriété industrielle, tout à la fois dans ses manifestations législatives – l'état de la technique – et dans ses traductions jurisprudentielles, puisque c'est désormais sur lui que repose, quasiment dans sa totalité, l'appréciation de la qualité d'invention, laquelle est, on s'en doute, au cœur du processus de brevetabilité : sans invention, pas de brevet.

L'état de la technique : En application de l'article L. 611-11 du CPI (mais la condition est valable à peu près dans tous les systèmes de protection des brevets d'invention au monde) :

« Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.

L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen.

Est également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu de demandes de brevet français et de demandes de brevet européen ou international désignant la France, telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée au second alinéa du présent article et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou qu'à une date postérieure. [...] »

A la lecture rapide de ce texte, on peut d'abord être surpris. L'état de la technique, c'est donc tout ! Voilà qui ne va pas simplifier notre tâche !

Plus précisément, si la notion, comme on peut l'imaginer, a été utilisée davantage sous son angle temporel (que je ne développerai pas ici²³) que pour son contenu ontologique, la doctrine et la jurisprudence ne se sont toutefois pas privées d'en pré-

21. En ce sens également, voir Ch-H. Frouart, « 3. Fabrication et privatisation de l'innovation par le droit des brevets », in B. Hibou, *La bureaucratisation du monde à l'ère néolibérale*, Paris, La découverte, Recherches, 2013, pp. 77-201.

22. Directives relatives à l'examen pratiqué à l'OEB, version novembre 2014, disponibles en ligne sur le site de l'OEB.

23. Pour de longs développements consacrés à cette question, voir S. Lacour, *Le temps dans les propriétés intellectuelles. Contribution à l'étude du droit des créations*, Thèse publiée aux éditions Litec, 2004.

ciser le contenu. Ainsi ressort-il de l'examen de la jurisprudence des Chambres de Recours Techniques de l'Office européen des brevets que l'état de la technique comprend notamment « les connaissances générales de base²⁴ de l'homme du métier, constituées des encyclopédies, manuels, bases de données²⁵, rapports de recherches, comptes rendus de conférences, dictionnaires et guides relatifs au domaine technique sur lequel porte l'invention ».

Je ne m'étendrai pas davantage sur cette jurisprudence, qui est assez importante. Ce que je souhaite relever ici est en réalité très rapide. L'état de la technique, c'est avant tout un ensemble de connaissances et, plus précisément, un ensemble de connaissances accessibles intellectuellement à une personne fictive en particulier : l'homme du métier, quelle que soit leur forme précise, puisque leur communication peut être aussi bien écrite qu'orale ou même simplement visuelle, « tout autre moyen » étant, selon le texte, envisageable. Cette description est conforme à la définition de la technique donnée par l'Académie, elle présente par conséquent l'intérêt de confirmer, dans le domaine juridique, l'étendue de cette notion. Dans son sens commun, la technique est souvent perçue comme faisant référence à un outillage spécifique, à des machines, des objets matériels. Il n'en est rien en droit.

Cette interprétation, qui fonde la technique dans l'ensemble des documents qui peuvent la décrire, est par ailleurs corroborée par les conditions que le droit pose en matière de divulgation de l'invention. En effet, en application de l'article L. 613-25 du CPI, la demande de brevet doit exposer « l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter ».

Ce faisant, le breveté contribue à l'état de la technique, c'est donc clairement ici un ensemble de documents – le dossier de demande de titre – qui fera office de technique disponible. En réalité, l'élément-clé de définition de la technique n'est ici ni sa forme (matérielle ou immatérielle), ni sa complexité intrinsèque – on peut la trouver dans un dictionnaire – mais bien l'homme, en l'occurrence la forme spécifique d'humanité sociale que le droit crée dans le personnage de l'homme du métier.

24. OEB, Chambre des recours techniques, 23 mars 1986, T-206/83, JOOEB 1987, p.5 : « Un document ne saurait constituer une divulgation suffisante d'un composé chimique, même s'il spécifie sa structure et les étapes du procédé par lequel il est produit, si l'Homme du métier n'est pas en mesure de trouver en se fondant sur ce document ou en faisant appel à ses connaissances générales de base, comment obtenir les produits de départ ou les produits intermédiaires voulus. Une information que seule une recherche très étendue permet d'obtenir ne peut être considérée comme faisant partie des connaissances générales de base. »

25. OEB, Chambre des recours techniques, 10 octobre 2004, T-890/02, JOOEB 2005, p. 497 : « Bien qu'elles ne soient pas des encyclopédies ou manuels au sens strict, les bases de données (a) connues de la personne du métier comme étant la source adéquate de l'information requise, (b) à partir desquelles cette information peut être retrouvée sans effort excessif et (c) qui la donnent de manière simple et dépourvue d'ambiguïté sans qu'aucune autre démarche soit nécessaire, représentent les connaissances générales de la personne du métier telles que définies par la jurisprudence et peuvent être prises en compte en tant que telles pour décider si l'enseignement d'un document *prima facie* destructeur de nouveauté est suffisant pour être reproductible. »

On note toutefois que la complexité de cet homme fictif peut être, au passage, balayée d'un revers de la main si la politique juridique le commande. En l'occurrence, qu'il n'ait pas pu avoir accès aux connaissances qui signent la présence de l'invention dans l'état de la technique ne sera, notamment, pas un souci, selon le troisième alinéa de l'article L. 611-11 CPI, lorsque l'invention aura été divulguée dans un office de brevets. Sans entrer davantage dans le détail, je signale également que le texte lui-même fait ici usage d'une grande flexibilité interprétative, en indiquant, par exemple, à l'article L. 611-14 CPI :

« Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. Si l'état de la technique comprend des documents mentionnés au troisième alinéa de l'article L. 611-11, ils ne sont pas pris en considération pour l'appréciation de l'activité inventive. »

Au-delà de l'homme du métier et des qualités que lui prête le droit, c'est donc de politique qu'il est principalement question lorsque l'on cherche à définir l'état de la technique. Rien de vraiment surprenant, me direz-vous. Dont acte.

L'invention : C'est sans doute le passage technique le plus confus de cet exposé qu'il s'agit maintenant d'aborder. L'invention. En effet, ni le droit français, ni le droit européen, ne définissent la notion d'invention, sinon de manière négative par le biais des exclusions (ne sont pas considérées comme des inventions...). L'Office européen des brevets a donc peu à peu, souvent en creux des dites exclusions, précisé le contenu de cette notion à partir des règles 27 et 29 du règlement d'exécution en décidant que l'invention doit être de « caractère technique », c'est-à-dire concerner un « domaine technique, résoudre un problème technique et posséder des caractéristiques techniques : c'est une contribution de caractère technique à l'art antérieur ».

Même s'il faut reconnaître que beaucoup d'encre et énormément de temps ont été consacrés par la doctrine à cette question²⁶, il me semble qu'une analyse tout à la fois historique, sans doute sociologique, linguistique et aussi juridique reste encore à faire sur l'évolution du concept d'invention et les liens qu'il entretient avec la technique et le domaine est, vous me pardonnerez d'user de cette facilité, passablement technique.

Sans entrer dans des détails, donc, qui seraient en toute hypothèse assez fastidieux, je pense qu'il faut a minima s'arrêter ici sur un constat. Le concept de technique est ici décliné à toutes les sauces. Il s'agira de contribution technique, de caractère ou caractéristiques techniques, de problème, moyen ou solution technique mais aussi, plus vague, de simple contenu ou domaine technique. Technique sera, dans ces différentes hypothèses, opposé successivement à abstrait, théorique, scientifique, esthétique, économique, informationnel, mathématique, ou encore naturel (notamment aux Etats-Unis). Pour autant, et malgré le fait que leur protection

26. Voir notamment, M. Vivant et J.-M. Bruguière, Protéger l'invention de demain, La doctrine française 2003.

soit, en outre, expressément exclue du domaine de la protection par le brevet d'invention²⁷, il ne faut pas en conclure que les logiciels ou les méthodes d'affaires ne peuvent pas être considérés comme des techniques.

Dans tous les cas, ce qui est finalement recherché, c'est le fait de savoir si on souhaite protéger l'invention ou pas, pour des raisons qui ne relèvent pas vraiment de la définition du concept mais plutôt d'opportunité – liée au cas d'espèce ou, plus généralement, d'opportunité économique –. La question, pour classique qu'elle soit aux yeux des chercheurs en droit que nous sommes tous, reçoit ici, je crois, un éclairage renouvelé et intéressant, du fait, précisément de la « technicité » de la branche du droit en cause et me fournit, par la même occasion, le lien vers la dernière partie de cet exposé et l'infrastructure invisible embarquée dans l'objet frontière que constitue la rhétorique de la technique.

2.2. L'infrastructure invisible de la technique

Un exemple frappant de l'argument que je voudrais développer dans cette dernière partie peut être trouvé dans les tergiversations auxquelles donne lieu, depuis bien des années maintenant, précisément la question de la brevetabilité des logiciels²⁸. Il se trouve que, lassée du flou artistique entourant la définition du caractère technique de l'invention dans le domaine des programmes d'ordinateur, la présidente de l'Office Européen des Brevets s'est décidée, le 22 octobre 2008, à saisir la Grande Chambre des Recours de toute une série de questions sur ce thème épineux. L'une de ces questions, aussi drôle que cela puisse paraître, était de déterminer si un logiciel pouvait échapper à l'exclusion de brevetabilité simplement en mentionnant la mise en œuvre d'un ordinateur, et dans la négative s'il fallait caractériser un effet technique supplémentaire allant au-delà des interactions physiques normales entre le logiciel et le matériel²⁹.

La réponse de la Grande Chambre, publiée dans un avis rendu le 12 mai 2010 est édifiante. Elle écarte en effet la saisine sur un motif procédural³⁰, mais donne surtout l'explication suivante :

« Compte tenu de son objet et le but, le droit de saisine ne va pas jusqu'à permettre au Président, pour une raison quelconque, d'utiliser un avis de la grande Chambre comme un moyen de remplacer des décisions

27. Article L. 611-10-2-c CPI : « Ne sont pas considérées comme des inventions [...] notamment [...] les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs ».

28. Ph. Gaudrat, « L'invention informatique : un débat difficile et contourné », (2005) RTD Com., p.323 et s. puis, p. 512 et s.

29. OEB, ch. recours technique 3.5.1, 21 avr. 2004, aff. T 0258/03, Hitachi.

30. Mentionnons qu'il n'y a pas de décisions directement contradictoires de deux chambres des recours techniques sur les questions posées par la présidence.

des chambres de recours techniques [...] par la décision d'une instance supérieure putative. [...] Une saisine présidentielle n'est pas admissible simplement parce que le Parlement européen et le Conseil ont échoué à adopter une directive sur la brevetabilité des logiciels [...]. Lorsque l'élaboration juridique conduite par la jurisprudence atteint ses limites, il est temps pour le législateur de reprendre la main³¹».

Cette position exprime l'embarras de la Grande Chambre des Recours face à une décision qu'elle estime ne pas relever de ses compétences. Il ne s'agit pas, nous dit-elle, d'une question d'herméneutique juridique mais bien d'un problème politique³². On peut, certes, considérer que cet avis n'est qu'un épiphénomène dans le monde du droit, qu'il concerne, qui plus est, une branche très spécifique du droit privé et qu'il est impossible d'en tirer des enseignements généraux. Il me semble toutefois que cette position – qui n'est pas purement procédurale, comme la Grande Chambre prend elle-même bien soin de l'expliquer – nous renseigne sur le concept de technique.

En effet, la conséquence directe de son refus de se positionner, quel que soit, par ailleurs, l'intérêt spécifique des questions qui lui étaient soumises, réside, de facto, dans un retour à la situation antérieure. La réponse à ces questions socialement très controversées repose entre les mains non pas du juriste ni du politique, mais... des déposants, des examinateurs de l'OEB et de ses chambres de recours techniques : autrement dit, des techniciens.

Face à ce type de raisonnement, on comprend que les juristes, pour une part non négligeable d'entre eux, finissent par se revendiquer d'une connaissance technique particulière, la connaissance du droit en tant que technique. Si la technique gouverne la cité, il est légitime d'espérer que cela ne soit pas uniquement selon des lois dont seuls les examinateurs de l'OEB connaissent le contenu...

On peut, dès lors, me semble-t-il, si l'on conserve notre point de départ heuristique, valablement se demander quelles sont les caractéristiques embarquées dans l'infrastructure de la technique qui en font un objet frontière aussi désirable et utile

31. OEB, avis 12 mai 2010, aff. G 3/08, pt 7.2.7. : "Given its object and purpose, the right of referral does not extend to allowing the President, for whatever reason, to use an Enlarged Board referral as a means of replacing Board of Appeal rulings on CII patentability with the decision of a putatively higher instance. For example, a presidential referral is not admissible merely because the European Parliament and Council have failed to adopt a directive on CII patenting or because consistent Board rulings are called into question by a vocal lobby (cf. the present referral, page 2, Section 1, paragraph 3). Even the essentially commendable desire for harmonization expressed by Lord Justice Jacob in the Aerotel/Macrossan judgment can be taken up by the Enlarged Board only to the extent possible under the EPC, even if his suggestion might significantly advance the cause of legal uniformity in Europe. When judiciary-driven legal development meets its limits, it is time for the legislator to take over."

32. Dans le même sens, entretenant au surplus l'idée que le droit serait plus que social, voir M. Vivant, « La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? vrai problème social ? » (2003) 6 Propriétés intellectuelles 34.

pour un nombre toujours plus important d'acteurs. Quelles sont les qualités, les vertus dont on la pare, qui lui permettent de constituer, entre le droit, l'économie et le politique, une sorte de méta-objet frontière ?

Sous la flexibilité interprétative à laquelle se prête le concept, il semble possible d'apercevoir quelques-unes de ses caractéristiques.

1- Si la technique n'est pas abstraite, elle n'est pas non plus limitée au monde de la matérialité. L'essence de l'objet technique, pour reprendre Gilbert Simondon, réside dans une « cristallisation matérielle d'un schème opératoire et d'une pensée qui a résolu un problème³³ ».

Ce faisant, le philosophe nous permet, je crois, de toucher du doigt non seulement la dualité de la technique – à la fois pensée et cristallisation matérielle – mais également l'importance du temps et l'implication de l'homme et de la société dans sa reconnaissance. La technique n'apparaît pas, in abstracto, à un instant t. Elle est le fruit d'une pensée opératoire et comprend l'ensemble des conséquences – matérielles comme immatérielles – que sa relation avec le milieu qu'elle vient modeler va faire apparaître.

Autrement dit, pour reprendre, cette fois, l'image qu'utilise Hannah Arendt³⁴, la technique relève du monde commun que nous fabriquons et dans lequel nous vivons en tant qu'*Homo Faber*. Ce monde commun n'est pas instantanément consommé, comme l'est le fruit de notre labeur. Il est fait pour durer³⁵.

On comprend mieux que la référence à l'abstraction face à la technique comme critère de l'invention en droit des brevets n'offre en réalité aucune réponse à la question de savoir ce que ce droit doit, ou ne doit pas, protéger. Si exclusion il y a, elle ne peut en aucun cas relever intrinsèquement d'une définition de la technique.

2- Le processus qui emporte la cristallisation de la technique confère à l'innovation une forme extériorisée et plus stable. En d'autres termes, il l'objectivise. Comme le relève Lucien Sfez, cette objectivisation s'est progressivement muée, dans le discours technicien, en objectivité. Le discours construit autour de la technique a eu,

33. G. Simondon, *Du mode d'existence des objets techniques*, éd. Aubier-Montaigne, 1969, p. 247.

34. Sur ces travaux, voir S. Loeve, « Technique, travail et anthropologie chez Arendt et Simondon » (2011) *Cahiers Simondon* 31.

35. H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1961, p. 204 : « La discussion du problème de la technologie dans son ensemble, c'est-à-dire de la transformation de la vie et du monde par l'introduction de la machine, s'est considérablement égaré parce qu'on s'est concentré trop exclusivement sur les bons ou mauvais services que les machines rendent aux hommes. [...] C'est en ce sens anthropocentrique que l'on a compris exclusivement l'instrumentalité. [...] Il ne s'agit donc pas tellement de savoir si nous sommes les maîtres ou les esclaves de nos machines, mais si les machines servent encore le monde et ses objets ou si au contraire avec le mouvement automatique de leurs processus, elles n'ont pas commencé à dominer voire à détruire le monde et les objets ».

selon cet auteur, pour effet de « substituer à la fiction de la technique le sérieux de la prétendue objectivité »³⁶.

Et c'est, selon moi, en ce sens qu'il faut comprendre, en effet, le fait que la technique soit renvoyée au monde des faits. Faits, et non valeurs, de l'ordre du donné, non du construit³⁷, du naturel et non du politique. Ce qui permet de construire, sur le Droit comme technique, l'illusion d'un système objectif, pur, factuel suffisamment stable, malgré les évidences contraires, pour justifier que des techniciens en donnent une lecture technique et donc apolitique³⁸.

Cette tendance contredit frontalement, on peut le voir, les définitions de Simonon et d'Arendt. Le monde commun de cette dernière, monde fabriqué par l'Homo Faber, est technique, mais cette technique n'est qu'un produit de l'activité sociale et humaine, elle ne peut pas être extériorisée.

- Le « fait » technique, fait objectif, est, lors du même processus, tout à la fois rationalisé et neutralisé. On retrouve cette caractéristique dans la plupart des développements doctrinaux qui ont été consacrés, au tournant des années 2000, à la question de l'écrit électronique. On fait, là comme dans d'autres domaines, ce que dénonce Bruno Latour quand il écrit que l'« on a fait comme si la technique transportait sans déformation de simples informations, comme si elle n'avait, en elle-même, rien à nous apprendre ». La technique, écrit-il « cherche à se faire oublier. Décidément, c'est d'elle et pas de la nature qu'il faut dire qu'elle "aime à se cacher" »³⁹.

Lorsque Pierre-Yves Gautier critique, dans les *Mélanges en l'honneur de Xavier Linant de Bellefonds*, le fait que l'on ait imposé, dans le cadre de l'acte électronique, des procédures plus lourdes en matière d'expression du consentement que celles qui prévalent dans le monde réel et qui, selon lui, nuisent de ce fait à l'unité et à la cohérence du droit⁴⁰, il oublie trop vite, me semble-t-il, que la technique qui permet cette manifestation à distance par le biais des réseaux, n'est pas neutre, bien au contraire.

36. L. Sfez, « La technique comme fiction » (2002) T 40 n° 123 *Revue européenne des sciences sociales* 65.

37. F. Gény, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 volumes, Paris, Société du Recueil Sirey, 1914-1934.

38. Sur la part de la technique dans l'activité doctrinale des juristes, voir P. Amselek, « La part de la science dans les activités des juristes », in *Recueil Dalloz* 1997, p. 337, pour qui « les facultés juridiques ont pour tâche essentielle de constituer et de diffuser un savoir de technologie juridique, beaucoup plus accessoirement, je le crains, un savoir scientifique ». Voir également, pour un exemple concret de l'illusion technique, H. Dufournet, « Quand techniciser c'est faire de la politique "sans le dire", Récit d'une "technicisation réussie" au ministère de la Défense », (2014) 1-1 *Gouvernement et Action publique* 29.

39. B. Latour, *Enquête sur les modes d'existence, Une anthropologie des modernes*, Paris, La découverte, 2012, p. 225.

40. P. Y. Gautier, « L'équivalence entre supports électronique et papier, au regard du contrat », in *Droit et Techniques, Etudes à la mémoire du professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, pp. 195-204.

Ellul, comme Gurvitch, le souligne. Les techniques ne sont jamais neutres. Elles ne peuvent être utilisées, comme l'affirme Ellul⁴¹, que selon leurs propres règles – leurs modes d'emploi. Sans doute l'efficacité à laquelle il fait lui-même référence dans sa définition du système technique est-elle, à cet égard, un leurre. L'efficacité est en effet le plus souvent, dans notre société imprégnée de libéralisme économique, associée de manière positive à une forme de rationalité objective qui s'apparente à de la neutralité axiologique.

CONCLUSION

Un objet rationnel aux contours et au fonctionnement objectif, neutre et stable... autant de qualités que le discours de la technique revendique silencieusement au titre de son infrastructure. En ce sens, et au regard de tout ce que je viens de dire, la technique serait, bien davantage qu'un objet-frontière, une sorte d'écran placé entre la réalité de notre vie sociale et les valeurs que ceux qui s'en revendiquent. Ces derniers cachent sous une rhétorique bien huilée un monde réel d'intentions et de valeurs le plus souvent inspirées d'un libéralisme économique dans l'air du temps.

Se contenter d'affirmer que les caractéristiques que notre époque reconnaît dans cette rhétorique ne sont qu'illusions peut faire avancer le débat, mais semble largement insuffisant. Comprendre les ressorts de notre propre aveuglement – peur de l'immixtion des experts techniques dans l'activité législative ou judiciaire, mais aussi, il ne faut pas le nier, constat d'une démission du politique face à certains sujets de société – me semble constituer une voie d'amélioration. Ainsi, nous pourrions déjà apporter un semblant d'explication au gouffre que Norberto Bobbio⁴² met très justement en valeur entre l'évolution des sciences et techniques – placée sous l'ombrelle d'un progrès peu questionné – et la stagnation des questionnements associés à l'idée de progrès moral.

La théorie de l'acteur-réseau⁴³ peut être une piste méthodologique. Il faudrait alors s'astreindre, dans chacune de nos analyses, à suivre les actants – y inclus les objets techniques – et analyser le discours de leurs porte-parole comme autant de manifestations des hiatus que le mode d'existence technique laisse derrière lui. Il ne faut pas, pour autant, que nous en arrivions au point d'ignorer, ce que Bruno Latour

41. P. Troude-Chastenet, « Technique et politique dans l'œuvre de Jacques Ellul », in P. Troude-Chastenet, Sur Jacques Ellul, coll. Philosophie, L'esprit du temps, 1994, pp. 37-59.

42. N. Bobbio, « Progrès scientifique et progrès moral » (2001) 7(3) Cités 119.

43. Pour une vue synthétique des applications de l'ANT, Voir M. Akrich, M. Callon et B. Latour (éd.), Sociologie de la traduction : textes fondateurs, Paris, Mines ParisTech, les Presses, coll. Sciences sociales, 2006.

fait un peu dans la fabrique du droit⁴⁴, que dans la technique de nos normes, sous les plis des dossiers et documents que leur interprétation nécessite, sous les conversations auxquelles elles donnent lieu entre professionnels du droit, les rapports et autres procédures dont elles font constamment l'objet, ce qui se cache ne relève pas uniquement d'une compétence technique : nos normes sont l'expression de nos sociétés, et en ce sens elles appartiennent à tous.

Si le tû-tû d'Alph Ross⁴⁵ est une illustration de ce que le droit, en tant qu'instrument de langage portant des règles sociales, est bien, lui aussi, une technique, il ne faut pas oublier, comme nous le rappelle l'anecdote que relate Claude Lévi-Strauss dans « Tristes tropiques »⁴⁶ au sujet des Nambikwara, que notre langage est aussi un symbole que le politique définit à sa volonté !

44. B. Latour, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'Etat*, La découverte, 2012. Pour une lecture distancée de l'ouvrage, voir L. de Sutter et S. Gutwirth, « Droit et cosmopolitique. Notes sur la contribution de Bruno Latour à la pensée du droit » (2004) 1 n° 56-57 *Droit et société* 259.

45. A. Ross, « Tû-Tû », (1999) n°7 *Enquête Les objets du droit*, Traduction de E. Millard et E. Matzner, p. 263-279.

46. Cl. Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, Paris Plon, coll. Terres humaines, 1956, « [...] L'écriture avait donc fait son apparition chez les Nambikwara ; mais non point, comme on aurait pu l'imaginer, au terme d'un apprentissage laborieux. Son symbole avait été emprunté tandis que sa réalité demeurait étrangère. Et cela, en vue d'une fin sociologique plutôt qu'intellectuelle. Il ne s'agissait pas de connaître, de retenir ou de comprendre, mais d'accroître le prestige et l'autorité d'un individu – ou d'une fonction –aux dépens d'autrui. [...] ».