

LE RETOUR DES COMMUNS

LA CRISE
DE L'IDÉOLOGIE
PROPRIÉTAIRE

SOUS LA DIRECTION DE BENJAMIN CORIAT

LLL
LES LIENS QUI LIBÈRENT

Le retour des communs

Cet ouvrage, fondé sur des recherches et des enquêtes qui se sont étendues sur plus de trois années, présente la multiplicité des alternatives que proposent aujourd'hui les communs et l'économie du partage face aux impasses et apories de l'économie financiarisée dans laquelle nous sommes englués.

C'est ainsi que les communs, qui consistent en des formes nouvelles de partage et de distribution des attributs du droit de propriété (sous la forme de droits d'accès, d'usage, de prélèvement ou d'exploitation) entre différentes parties prenantes, connaissent aujourd'hui un formidable regain. Autour d'eux se noue en effet un espoir fort de transformation sociale à partir d'institutions ou d'entreprises proposant des ressources en accès ouvert et partagé.

Des logiciels libres *open source* aux licences *creative commons* ou aux plateformes ouvertes permettant l'auto-partage des biens les plus variés en passant par les nouveaux « communs informationnels », les communs se présentent aujourd'hui comme des formes de résistance et des alternatives à l'idéologie propriétaire et à l'exclusivisme qui lui sert de fondement.

Benjamin Coriat

Benjamin Coriat est professeur de sciences économiques à l'Université Paris 13. Auteur de nombreux ouvrages, il est aussi membre fondateur et co-animateur du collectif des Economistes Atterrés.

Ce livre a été publié avec le soutien de l'ANR (Agence nationale de la recherche). Les auteurs comme le coordonnateur tiennent à exprimer leurs vifs remerciements à l'ANR, qui a rendu possibles les recherches à la base de cet ouvrage.

ISBN : 979-10-209-0293-1

© Les Liens qui Libèrent, 2015

Sous la direction de
Benjamin Coriat

LE RETOUR
DES COMMUNS

La crise de l'idéologie propriétaire

Michel Bauwens • Florence Bellivier
Francoise Benhamou • Marie Cornu
Severine Dusollier • Charlotte Hess
Isabelle Liotard • Pierre-Andre Mangolte
Christine Noiville • Fabienne Orsi
Valerie Revest • Judith Rochfeld
Sarah Vanuxem • Olivier Weinstein
Jean-Benoit Zimmermann

[ÉDITIONS LES LIENS QUI LIBÈRENT](#)

INTRODUCTION

Propriété, exclusivité et communs :
le temps des dépassements

BENJAMIN CORIAT

Le 16 juin 1980, après avoir décidé de se saisir du cas en priorité, la Cour suprême des États-Unis rend un arrêt historique qui renverse une tradition et une jurisprudence jamais démenties depuis l'instauration de la propriété intellectuelle. Dans sa décision (dite « arrêt Chakrabarty »), la Cour suprême *rend brevetable le vivant*, en l'occurrence un micro-organisme génétiquement modifié. Suivront des milliers de brevets accordés par l'[USPTO](#)¹ sur le génome humain dont le séquençage est alors en cours. Dans la foulée, c'est un autre champ, tout aussi stupéfiant, qui va s'ouvrir aux brevets : désormais, ce seront non plus les seuls logiciels mais aussi *les algorithmes mathématiques qui leur servent de support* qui deviendront brevetables...

On pourrait poursuivre : rappeler que, sous le lobbying intense des entreprises culturelles de Hollywood et tout spécialement de Walt Disney, les protections sur le droit d'auteur passeront brutalement de cinquante à soixante-dix ans... Dire que les brevets sur les molécules thérapeutiques, jusque-là facultatifs dans la majorité des pays du Sud, ce qui permettait à ces pays de soigner leurs pauvres avec des génériques à bas coûts, vont, après 1994 et la signature des [accords Adepic](#)², devenir obligatoires, rendant ainsi impossible la production ou l'importation de génériques... La liste des changements intervenus est impressionnante.

Car, et c'est là le point qui doit retenir l'attention, puisque cet ouvrage est directement suscité par ces changements, l'un des traits les plus saillants qui marquent les trois dernières décennies est ce mouvement qui n'a cessé de s'affirmer autour du *durcissement et de la diversification des droits privés exclusifs* sur les savoirs. Ce processus complexe et multiforme a opéré au travers de moyens variés mêlant la loi et le contrat, eux-mêmes appuyant et relayant des décisions de justice inédites – tel le fameux arrêt Chakrabarty que nous venons de rappeler – pour couvrir des domaines et des objets de plus en plus étendus. Au point que nombre

d'auteurs parleront à ce propos d'une « nouvelle enclosure » qui, après celle des terres, viendrait forclorre le champ des idées.

La justification apportée à ce qui consiste finalement en l'établissement *d'un véritable nouveau régime de propriété intellectuelle* (Coriat et Orsi, 2002 ; Jaffe et Lerner, 2004) est que cette extension et ce durcissement, à des niveaux jamais atteints de l'exclusivité des droits concédés, favorisent la création et l'innovation, ce alors même que les incitations introduites (brevets, droits d'auteurs, protection administrative de données...) commencent à se traduire par des monopoles et un renforcement du contrôle des marchés par les détenteurs des nouveaux [droits](#)³.

La nature et l'extension des droits alloués comme les domaines visés sont d'une infinie variété. Ils couvrent « l'invention » définie par le droit des brevets, la création protégée par le droit d'auteur, les plantes et semences objets de certificats d'obtention végétale, ou encore les savoirs traditionnels pouvant être protégés en tant que « patrimoine créatif ». Comme nous l'avons rappelé dès les premières lignes de cette introduction, même les « découvertes scientifiques » (ce que les Anglo-Saxons désignent comme les *scientific commons*) ont été affectées par ce processus ; en témoignent les controverses qui ont accompagné l'émergence de la brevetabilité du « vivant » et du génome humain (Heller et Eisenberg, 1998 ; Orsi, 2002).

Cette prolifération des droits a aujourd'hui atteint des proportions telles qu'elle a fait surgir nombre de questions et d'inquiétudes avec l'entrée dans des univers où, *loin d'être favorisées, les dynamiques de création et d'innovation sont souvent obérées et contrariées*. Plus généralement surgit un véritable problème de « l'accès » tant aux œuvres de la création qu'à certaines connaissances technologiques et scientifiques, comme aux produits et marchandises dans lesquels ces créations intellectuelles sont matérialisées. Les tensions sont telles qu'il a été possible de formuler l'hypothèse qu'on aurait désormais affaire à une « tragédie des anti-communs », née de la superposition et de l'enchevêtrement des droits exclusifs sur des savoirs et des technologies de plus en plus densément couverts par de l'appropriation privée.

Le plus préoccupant est que ce durcissement de la propriété intellectuelle *n'est que l'une des expressions d'une offensive bien plus*

large et générale qui fait du renforcement et de la diffusion des droits de propriété, ainsi que du caractère exclusif de ces droits, le fondement de nos sociétés et le point sur lequel asseoir leur futur. En effet, en même temps que Hardin publiait (en 1968) son fameux article sur la « tragédie des communs », prenait naissance et se répandait à travers le monde, sous le nom de « théorie des droits de propriété », un ensemble de propositions visant à faire de l'existence de droits privés exclusifs pleinement garantis comme tels [*la condition d'efficacité des marchés, c'est-à-dire pour ces auteurs, de l'efficience économique tout court*](#)⁴. Cette représentation du monde deviendra vite hégémonique. Et après avoir bouleversé la théorie des marchés, donnant naissance à toutes sortes de marchés parfaitement artificiels et inconsistants tel celui « des droits à polluer », elle s'imposera dans nombre de domaines, notamment pour ce qui concerne la théorie de l'entreprise, en soutenant que la seule manière d'assurer l'efficience de son fonctionnement est de garantir le primat des intérêts des actionnaires, détenteurs des titres de propriété. La crise des *subprimes* elle-même – qui consistait à fabriquer des instruments financiers pour transformer en « propriétaires » des ménages notoirement insolubles – relève de cette *idéologie propriétaire* qui s'est étendue en force à travers le [*monde*](#)⁵.

*

C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter le grand retour des « communs ». La figure de proue de la riposte qui s'est alors organisée est constituée par le mouvement Floss (Free Libre Open Source Software), lequel s'est d'abord affirmé dans les logiciels avec la mise au point de [*licences originales*](#)⁶ permettant l'inclusion et le libre accès du plus grand nombre en lieu et place des droits exclusifs attribués au propriétaire. Il s'agissait alors pour les initiateurs de ce mouvement de s'opposer à la brevetabilité des logiciels (jusqu'à là non brevetables) en leur redonnant leur caractère libre et ouvert, notamment pour ce qui concerne l'accès au « code source » permettant de modifier et d'améliorer leurs performances. En s'étendant à d'autres sphères que les logiciels, notamment à la recherche sur le vivant ou aux créations littéraires et artistiques (avec le mouvement dit des *creative commons*), les formules mises en œuvre pour garantir l'accès libre à la connaissance et/ou l'innovation partagées se sont multipliées.

C'est ainsi que sous le nom générique de « communs » – reprenant à la fois un vieux mot et une tradition ancienne remis sur le devant de la scène par Elinor Ostrom et ses collaborateurs – s'est développé un vaste mouvement de création de formes juridiques et institutionnelles novatrices. Celles-ci entendent tout à la fois assurer l'accès à des ressources partagées, et donner naissance à des alternatives aux constructions institutionnelles assises sur l'exclusivité des droits. Point remarquable : ce mouvement a pris son essor, alors même que la réflexion sur l'extension à donner au « [domaine public](#)⁷ » – en réaction à la multiplication des empiètements dont il est victime, notamment en matière littéraire et artistique – se trouvait fortement stimulée. Ainsi, entre domaine public « pur » et exclusivité, l'on a assisté à la floraison d'une grande variété de communs : association libre de personnes et/ou de communautés constituées visant à garantir l'*open source* dans le logiciel ou les biotech, éditeurs de revues scientifiques en libre accès ou d'œuvres littéraires et artistiques, communautés d'innovateurs regroupées autour de différentes formules « *d'open technology* ». Finalement, *une véritable nouvelle philosophie de « l'inclusion »* s'affirme dans ces pratiques, pour venir s'opposer et faire pièce à celle de l'exclusion, jusque-là [souveraine](#)⁸. Dans le monde industriel lui-même, on voit se multiplier des formes associatives : *pools* de brevets, consortiums, licences croisées, qui, lorsqu'elles ne visent pas à créer des monopoles, constituent des arrangements organisationnels incorporant des formes de mutualisation et de partage qui les rapprochent de certaines des dispositions à la base des « communs ».

À de nombreux égards, ces pratiques viennent renouveler ou revivifier, dans un contexte transformé, les multiples formes de « communs » expérimentés, mis en place et exploités au cours de l'histoire (systèmes d'irrigation, pêcheries, pâturages, forêts, chemins communaux, accès à l'eau des nappes phréatiques...), et qui, pour certains d'entre eux, se sont maintenus malgré la puissance du mouvement historique des enclosures. Dans une série d'ouvrages majeurs, Ostrom a longuement étudié ces différents types de communs « fonciers », ces formes de gouvernance, comme les conditions de leur soutenabilité à long terme. En 2007, dans un ouvrage coédité avec Charlotte Hess, [Ostrom](#)⁹ elle-même s'engagera dans l'analyse de ce que les auteures désignent comme des « communs de la connaissance », confortant ainsi un courant de recherche qui, passant des

« communs traditionnels » (ou « fonciers ») aux communs informationnels et intangibles, cherche à bâtir des ponts entre les deux traditions.

*

Au point où nous en sommes, la question désormais posée et à laquelle entend contribuer par-dessus tout cet ouvrage est celle d'évaluer l'apport des « nouveaux communs » aux interrogations soulevées par l'enclosure et l'exclusivisme liés aux nouveaux développements de la propriété intellectuelle, en vue de libérer et rouvrir l'accès aux œuvres de la pensée, et de permettre l'essor et l'affirmation de modes originaux de production et de création. Les enjeux sont donc de portée considérable. Il s'agit finalement de l'avenir de nos systèmes de production de connaissance et de l'accès aux biens intellectuels, par conséquent de la définition des cadres institutionnels les plus adéquats et propices au bon épanouissement des activités de création, scientifiques et d'invention.

Grâce au soutien de l'ANR (Agence nationale de la recherche), la recherche conduite et dont cet ouvrage présente les résultats essentiels a pu s'étendre sur quarante-deux mois et mobiliser plus de vingt [chercheurs](#)¹⁰.

D'emblée, nous nous sommes fixé des objectifs précis. Le premier est que, sans négliger les enseignements qui peuvent être tirés des confrontations avec les travaux menés sur les communs « fonciers » historiques ou plus contemporains, la recherche entendait se focaliser sur les *communs informationnels et intellectuels* (biens culturels y compris) et la manière dont ceux-ci, à titre propre, ou en se combinant avec des formes plus classiques de propriété intellectuelle, modifient les conditions d'accès aux ressources et de partage des informations. Au-delà, l'objectif était aussi de mettre en évidence les caractéristiques, là où il s'en est formées, des nouvelles formes de génération de l'innovation et de partage des bénéfices de cette dernière, liés au développement des nouveaux communs, que nous avons choisis de désigner sous le vocable générique de « communs informationnels ».

Les « communs informationnels » sont entendus ici (dans l'esprit de la définition proposée par Hess et Ostrom pour qualifier les « *knowledge commons* ») comme des ensembles de ressources de nature littéraire et

artistique ou scientifique et technique dont la production et/ou l'accès sont partagés entre individus et collectivités associés à la construction et à la gouvernance de ces domaines. Une caractéristique centrale de ces dispositifs est en effet qu'ils sont *gouvernés collectivement* de façon à assurer l'accès aux ressources et leur allocation entre partenaires suivant des procédures qui ne s'appuient pas à titre principal sur les mécanismes de prix et de marché, l'un des traits constitutifs des communs étant que ceux-ci mettent en œuvre des formes d'organisation sociale qui ne sont « ni le marché ni la hiérarchie ».

Sur le fonds, trois traits caractérisent l'approche des communs proposée dans cet ouvrage.

– Les communs sont appréhendés comme des ensembles de ressources collectivement gouvernées dans le but de permettre un accès partagé aux biens dont ils sont l'objet. Dans notre représentation, le « commun » est une construction éminemment sociale. Il mêle des règles formelles et informelles, des relations marchandes et non marchandes, des normes et des conventions... , auxquelles les participants du « commun » ont accepté de se soumettre. Derrière un commun, il y a une communauté, et pour que cette communauté prospère, il y a des règles. Celles-ci doivent obéir à des agencements et des économies internes (souvent complexes) respectant la pluralité des intérêts et des objectifs des participants aux communs. Identifier et inventorier les différents principes sur lesquels l'accès et l'allocation des ressources peuvent se faire – en quoi finalement se résume un commun – constitue un objectif constant de la recherche conduite.

– *L'existence d'une action collective* soutenant le commun est un autre trait saillant de notre approche. La prise en compte de cette dimension des communs fait immédiatement surgir la question *des intérêts différents/divergents portés par les acteurs et donc leur mise en compatibilité*. Le « *free riding* » (ne pas contribuer « honnêtement » à l'enrichissement de la ressource, en détourner des éléments pour les utiliser à des fins privées et particulières...) n'est pas exclu de l'horizon des acteurs. Les règles ne peuvent pourvoir à tout, et la pratique des acteurs, le respect des règles du jeu – formelles et informelles – sont ici essentiels. Ainsi, certains communs se révèlent (ou se révéleront) à l'usage, et notamment dans le long terme, plus « robustes » que d'autres. Une implication majeure pour

l'intelligence de ce que sont les communs, qui résulte des développements précédents, est que *les acteurs* eux-mêmes doivent être identifiés, leurs motivations et comportements analysés.

– La variété des communs, ainsi que la multiplicité des acteurs et des intérêts qui les animent font irrésistiblement surgir la *question des différents types de « modèles » et des modes de gouvernance à travers et sous lesquels le commun vient à l'existence et associe les parties qui le constituent*. Toutes les formes de « communs » ne garantissent pas aux diverses catégories de participants les mêmes conditions d'accès et de bénéfices des ressources créées. Les communs peuvent ainsi abriter ou voir naître et se développer des conflits de différentes natures qui peuvent grever leur soutenabilité. De plus, il faut observer que *nombre de communs constituent des formes « hybrides »* en ce qu'ils mêlent des instruments juridiques issus de l'*open source* et de l'exclusivité, des incitations financières comme non financières, des éléments marchands et non marchands. Ces formes trouvent leur justification dans le fait que face aux obstacles dressés par l'exclusivité et les monopoles qui y sont attachés, elles rétablissent de la fluidité, ainsi que de meilleures conditions de partage et de diffusion des informations. Ces formes « hybrides » se révèlent souvent particulièrement instables, et basculent généralement dans le domaine marchand pur.

En croisant études historiques et empiriques – et en mobilisant des études de cas menées sur des champs multiples –, nous nous sommes appliqués tout au long de ces contributions à poursuivre un double objectif.

Tout d'abord, il s'agit de proposer un état de l'art concernant le jeu des tensions entre propriété intellectuelle et communs dans les deux expressions majeures du droit contemporain de la propriété intellectuelle que sont le *droit d'auteur* d'un côté, le *brevet d'invention* de l'autre. C'est ainsi qu'ont été couverts au fil des chapitres les grands domaines aujourd'hui sous tension, y compris celui de *l'accès aux biens culturels* (les œuvres d'art, la musique...) pour lequel les récentes évolutions du droit d'auteur comme le nouveau rôle joué par le numérique ont fait surgir des difficultés mais aussi des possibilités inédites.

Ensuite, nous nous sommes efforcés de montrer comment et en quoi les nouveaux communs intellectuels se distinguent des formes classiques de propriété (et notamment de l'exclusivité associée à la propriété intellectuelle), tout en mobilisant certaines des ressources apportées par ces droits. Au-delà encore, nous nous sommes attachés à décrire les tendances récentes qui se manifestent et les stratégies déployées par les acteurs ; l'objectif ici était de mettre en évidence les types d'arrangements institutionnels qui servent de support à leur action et la manière dont ils sont amenés à les faire évoluer au fil du temps.

Quant à la méthode suivie, l'originalité et l'intérêt de la démarche proposée tiennent au fait que tout au long des chapitres présentés, a été mise en œuvre une approche largement interdisciplinaire. Deux disciplines majeures (l'économie et le droit) sont mobilisées. Aussi, nombre d'études font abondamment appel à l'histoire.

*

Afin de donner aux résultats acquis et aux thèses défendues ici la plus grande visibilité, nous avons choisi d'organiser l'ouvrage autour de quatre grands thèmes, qui en composent les quatre grandes sections. Chacune de ces sections étant précédée d'une introduction propre et spécifique, nous nous contenterons de présenter et justifier ci-après l'architecture générale de l'ouvrage.

La première section, consacrée à « Définir les communs », s'imposait d'elle-même. Outre que les questions de définition ont retenu l'attention de toute l'équipe impliquée dans le projet, car il s'agissait de préciser quel était finalement l'objet même de la recherche, l'importance des questions de définitions n'a fait que s'affirmer toujours davantage au fil du temps. C'est que, entre le moment où cette recherche a été initiée (les années 2008-2009) et celui de la publication des résultats, les communs sont devenus une véritable « mode ». Il est de bon ton désormais dans les salons de deviser, comme si cela allait de soi, de l'eau, du climat, des jardins publics ou de la connaissance... comme « biens communs ». Les différents chapitres proposés, en partant d'Ostrom mais en y agrégeant des contributions venues d'autres horizons et en se livrant à des explorations

historiques et analytiques, notamment autour de la notion de « faisceau de droits » au cœur même du concept de communs (du moins, dans la tradition de la *common law* anglo-saxonne), s'efforcent de remettre les choses à leur place. Non ! Toute ressource en « accès partagé » n'est pas un commun. De même, le commun n'est pas rapportable au seul « inappropriable », comme cela est quelquefois [soutenu](#)¹¹. Une discussion minutieuse, étendue sur quatre chapitres, examine les enjeux qui se nouent autour de ces questions essentielles.

Les deuxième et troisième sections de l'ouvrage *explorent délibérément les deux limites « extrêmes » des communs* que sont *l'entreprise* d'un côté, le *domaine public* de l'autre. Examinons ces deux questions séparément et successivement.

La deuxième section porte le titre « Communs et économie collaborative ». L'objet est de montrer comment l'association des ressources ouvertes par le numérique (le Web, l'Internet 2.0 en particulier) avec celles que présentent les nouvelles formes de distribution des droits mis en œuvre dans les communs est à même de susciter l'émergence, notamment *via* des plates-formes en accès ouvert, de toutes sortes d'activités nouvelles de production, de « partage » et d'échanges de biens et services (covoiturage, alimentation en circuits courts de produits issus de l'agriculture biologique, financement d'entreprises innovantes en *crowdfunding*...). Cette interrogation : dans quelle mesure les communs, et tout spécialement les communs numériques – construits sur ou à partir de plates-formes digitales – sont-ils à même de favoriser le développement d'une économie collaborative aux traits originaux, constitue une des questions essentielles que posent le surgissement et la floraison de toutes ces entreprises d'un nouveau type, basées sur l'échange collaboratif. Sans prétendre aucunement proposer des réponses définitives à ces interrogations, l'ambition bien plus modeste de cette section est de commencer à pointer les immenses potentialités qu'ouvrent les communs numériques, comme les ambiguïtés essentielles dans lesquelles, pour l'heure, ils sont saisis.

La troisième section explore l'autre bout du spectre, en se demandant si le commun est à même de revitaliser et de redonner vie et prégnance à la notion de *domaine public*. Deux études empiriques, l'une portant sur la tentative de constituer un commun pour les semences agricoles, l'autre traitant de la gestion des collections muséales ou de matériel vivant (comme en hébergent les biobanques ou les hôpitaux), montrent la très grande complexité des situations auxquelles on a à faire face. L'envahissement du public par le privé, la reconstitution d'espaces propres protégés de cet envahissement, le nécessaire dépassement de la simple « conservation » des collections pour en permettre le maintien en accès ouvert, soulèvent de multiples et complexes questions juridiques dans un jeu où les acteurs – inégalement puissants et organisés – poursuivent des intérêts qui ne sont pas toujours aisément conciliables. L'ultime chapitre de cette section, après avoir rappelé comment, dans le domaine du droit d'auteur, les sources et les possibilités d'invasion se sont multipliées au cours des dernières années, montre comment la remobilisation des ressources apportées par la tradition des communs peut être à l'origine d'une véritable définition positive, renouvelée et repensée du domaine public. C'est ici que les ressources de *l'inclusivité* des droits doivent être mobilisées à plein pour inspirer la créativité tant du législateur que des acteurs concernés.

*

Pour clore la réflexion et le parcours, deux chapitres ont été sélectionnés. Ils constituent l'ultime section (la quatrième) de cet ouvrage. Il s'agit de chapitres dont le propos est particulier puisque, dans les deux cas, l'objectif est à la fois de tirer un bilan des travaux et de l'expérience passée sur les communs, et de proposer des perspectives pour le futur.

Dans le premier de ces chapitres conclusifs (chapitre 11), tout en se concentrant sur un objet crucial pour le mouvement des communs – celui des « communs globaux » et qui marque aujourd'hui, compte tenu de la complexité des questions visées, la limite de la capacité d'action du mouvement des communs –, Charlotte Hess livre une réflexion sur la question du *statut de la connaissance* dans l'étude des communs. L'observation centrale est qu'au-delà des seuls « communs de la

connaissance », la connaissance est au cœur de *tout* commun – pour ne prendre que cet exemple, qu’est-ce qu’un commun « foncier » qui consiste en la gestion de l’eau d’un fleuve ou de nappes phréatiques utilisées dans un système d’irrigation, sinon une gestion communalisée de savoir-faire hydrauliques et agricoles souvent fort complexes ? Ainsi, prévient Charlotte Hess, *la connaissance sur les communs* est aussi et d’abord celle de la connaissance des principes et règles qui régissent la vie *du commun lui-même* dans ses dimensions écologiques comme sociales et leurs interactions. Au-delà et s’agissant des biens communs globaux – l’exemple choisi par l’auteure pour alimenter la discussion est celui du changement climatique –, progresser dans la connaissance des déterminations qui commandent leur évolution s’énonce comme la condition permettant d’assurer leur préservation et leur reproduction.

L’ultime chapitre (chapitre 12) est celui proposé par Michel Bauwens. Il porte sur les enseignements des travaux conduits – en l’occurrence en Équateur, mais la portée de ces derniers est bien plus générale – pour assurer le développement et l’extension des communs. Au vrai, car là est l’ambition de l’auteur, il s’agit de propositions visant à *favoriser le passage à une société centrée sur le(s) commun(s)*. Le texte, foisonnant, comprend mille recommandations et préconisations portant sur les domaines les plus variés. Pourtant, il ne s’agit nullement de considérations utopiques. D’abord, parce que la plupart de ces préconisations ne sont que la systématisation de pratiques existantes et qui sont ici érigées en « modèles » à reproduire. Ensuite, parce que l’auteur reste parfaitement réaliste. Face aux grands prédateurs qui opèrent sur le Net, il sait toutes les menaces qui pèsent sur la fragile et naissante économie collaborative, et combien les grandes multinationales de l’Internet sont à l’affût pour s’approprier et nourrir encore davantage du travail gratuit fourni par les *commoners* les rentes qui leur viennent de la propriété intellectuelle.

Quel que soit l’avenir, et nul ne peut prétendre lire dans le marc de café, surtout quand une grande partie de l’évolution des choses dépendra du jeu des acteurs eux-mêmes et des affrontements auxquels il ne peut que donner lieu, nous avons souhaité conclure cet ouvrage en présentant ce qui est en quelque sorte la frontière ultime où opèrent aujourd’hui les acteurs engagés dans la recherche de formes alternatives de production, de

coopération et d'échanges. Elles marquent tout le potentiel que portent les communs pour renouveler et nourrir le débat sur ces sujets d'une importance primordiale.

L'avenir n'est pas écrit. *Commoners* de tous les pays, unissez-vous !

Références

- Alchian A. A., « Some Economics of Property Rights », *Il Politico*, vol. 30, 1965, p. 816-829.
- Alchian A. A., Demsetz H., « The Property right paradigm », *Journal of Economic History*, vol. 33, mars 1973, p. 16-27.
- Boyle J., « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, n^o 1 & 2, 2003.
- Boyle J., *The Public Domain. Enclosing the Commons of the Mind*, Yale University Press, 2008.
- Coriat B., Orsi F., « Establishing a New Regime of Intellectual Property Rights in the United States, Origins, Content Problems », *Research Policy*, vol. 31, nov.-déc. 2002, p. 1491-1507.
- Coriat B., « Le retour des communs. Sources et origines d'un programme de recherche », *Revue de la régulation* [En ligne], vol. 14, 2^e semestre 2013, mis en ligne le 12 décembre 2013, consulté le 10 octobre 2014. URL : <http://regulation.revues.org/10471>.
- Dardot P., Laval C., *Commun. Essai sur la Révolution au xxie siècle*, La Découverte, 2014.
- Heller M., Eisenberg R., « Can Patent Deter Innovation ? The Anticommons Tragedy in Biomedical Research », *Science*, vol. 280, 1998, p. 698-701.
- Hess C., Ostrom E., *Understanding Knowledge as a Commons*, The MIT Press, 2007.
- Jaffe A. B., Lerner J., *Innovation and Its discontents*, Princeton University Press, 2004.
- Orsi F., « La constitution d'un nouveau droit de propriété intellectuelle sur le vivant aux États-Unis : origine et signification économique d'un dépassement de frontière », *Revue d'économie industrielle*, vol. 99, n^o 99, 2002, p. 65-86.
- Ostrom E., *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.
- Stallman R., *Free Software, Free Society. Selected Essays of Richard M. Stallman*, GNU Press, 2003.
- Stiglitz J., « Economic Foundations of Intellectual Property Rights », *Duke Law Journal*, vol. 57, 2008, p. 1693-1724.

¹ United States Patent and Trademark Office : Bureau des brevets et des marques de commerce des États-Unis.

² Il s'agit des accords sur les droits de propriété intellectuelle liée au commerce, signés dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.

³ Stiglitz (2008) fait ainsi remarquer que la propriété intellectuelle commence par créer de l'inefficience (qualifiée de « statique ») dans le fonctionnement des marchés, alors que les bénéfices attendus (qualifiés de « dynamiques ») sont conditionnels et incertains.

⁴ Cette offensive est portée à titre principal par deux auteurs : Alchian et Demsetz. Voir par exemple leurs articles de 1965 et 1973.

⁵ J'ai développé plus complètement cet aspect des choses : l'offensive sur les droits de propriété intellectuelle comme expression d'une offensive bien plus large et complète portant sur les droits de propriété (tout court) dans un article consacré à l'histoire de la formation du programme de recherche sur les communs (voir Coriat, 2013).

⁶ Il s'agit notamment de la licence dite GPL : General Public License, et de ses dérivées, qui permettent l'accès libre, la copie, la diffusion et la modification du code source d'un logiciel. Aucun ouvrage autre que celui de Stallman (2003), lui-même figure de proue de la promotion du logiciel

libre, ne rend mieux compte de cette histoire et de l'extraordinaire importance des innovations institutionnelles et juridiques dont il est à l'origine. Voir, dans ce livre, le chapitre 5 qui traite des logiciels libres.

7 C'est en particulier à J. Boyle que l'on doit cette reprise de la réflexion sur le domaine public. Sur ce thème, voir tout spécialement Boyle (2003 et 2008).

8 Il revient à Séverine Dusollier d'avoir pointé et décrit dans ses travaux ce phénomène de *l'inclusion* propre aux communs, et d'avoir proposé d'en approfondir l'étude. Voir sur ce point le chapitre 10 de cet ouvrage.

9 Parmi les nombreux ouvrages d'E. Ostrom, son livre de 1990 est sans doute celui, entre tous, qu'il faut marquer d'une pierre blanche.

10 Cette recherche a donné lieu à la publication de quelque vingt-neuf études et documents de travail, disponibles en ligne. Elle s'est close en avril 2013 avec un séminaire international sur le thème « Propriété et communs », dont les contributions constituent la base des chapitres présentés dans cet ouvrage. Les travaux de l'ANR Propice (propriété intellectuelle, communs et exclusivité) sont disponibles à l'adresse : <http://www.mshparisnord.fr/ANR-PROPICE/>.

11 Bien que la définition donnée des communs et *du* commun fluctue beaucoup au fil des pages et des chapitres de leur ouvrage, il semble que c'est bien là, dans *l'inappropriabilité*, que réside, pour Dardot et Laval (2014), la caractéristique propre du commun.

1.

Définir les communs

Définir un « commun », préciser la proximité de cette notion avec celle de bien public, ou même plus simplement encore celle de « bien commun », pour ne rien dire d'autres notions qui leur sont proches, comme celle de bien public global, sont des tâches à la fois indispensables et extrêmement délicates.

Indispensables, car il faut le constater : la plus grande confusion règne désormais en la matière. De l'atmosphère à Internet, de l'éclairage public à une peinture exposée dans un musée, la liste de ce qui est désigné comme « commun » est presque sans limites. Comme dans les alphabets de l'empereur décrits par Foucault, on trouve tout dans les communs...

C'est avec cela, ces listes et donc ces définitions sans principes, que nous avons voulu rompre, en nous efforçant de proposer une définition rigoureuse des communs – c'est-à-dire fondée en théorie et utilisable dans le débat empirique –, ce qui suppose de conduire une discussion à même de fixer le contenu comme le périmètre et l'étendue des communs.

Pour ce faire, cette section procède en plusieurs temps, qui sont à la fois complémentaires et distincts, chaque contribution venant s'ajouter à la précédente, la préciser sur des points jugés critiques, et lancer la discussion sur certains non-dits, sur des plages et des thèmes de discussion ouverts et encore à parcourir.

La première contribution (chapitre 1) se confronte explicitement et directement à la question de la définition des communs. À partir d'une investigation approfondie dans les textes d'Ostrom et de son école, mais aussi en y procédant à des choix drastiques, le commun est défini au carrefour de trois séries de considérations : la *ressource* elle-même objet du partage et donc du commun, la *nature des droits et des obligations* qui lient les participants au commun, et enfin *le mode de gouvernance* du commun qui permet aux participants au commun de faire respecter au cours du temps le système des droits et obligations qui le régit. La définition proposée est ainsi à la fois précise et... parfaitement *restrictive*,

car elle suppose, pour qu'il soit légitime de parler d'un commun, *la présence et la coexistence des trois séries d'éléments* que nous avons recensées. Ainsi, une ressource partagée, mais sans droits de propriété clairement fixés et sans gouvernance permettant de veiller au bon respect de ces droits, *n'est pas un commun*. Il résulte que, selon cette définition, l'atmosphère, l'océan... sont *non pas* des communs, mais des « *biens communs* », entendant par là une classe de biens « non divisibles » et donc non partageables, en accès libre et ouvert, mais qui, pour autant, ne constituent pas des communs au sens propre, car n'étant soumis à aucune gouvernance permettant de faire respecter les droits d'accès et d'usage des différents [prétendants](#)¹. Dans ce cas, des comportements de « cavaliers libres » sont possibles et généralement fréquents. Ce qui vaut pour ces « biens communs » vaut *a fortiori* pour ce qu'on désigne souvent comme des « *biens publics globaux* » : le climat par exemple, pour lequel aucune gouvernance efficace et digne de ce nom n'a – à ce jour – pu être mise en place.

Au-delà de cette caractérisation, centrale, on l'aura compris, à tout débat et toute discussion sur les [communs](#)², ce chapitre insiste sur un autre point qui a trait à la différence entre communs « matériels » et « immatériels ». Celle-ci tient au fait que les communs immatériels (qui sont aussi des communs informationnels ou « intellectuels ») étant constitués de ressources « *non rivales* » (l'information, la connaissance...), les communs qui les instituent tels sont construits davantage pour assurer *leur croissance et leur extension* que la seule *préservation* de la ressource à l'origine du commun, ce qui est souvent la préoccupation centrale des communs tangibles constitués de ressources rivales et épuisables. Dès lors, ces communs « intangibles » pensés et construits pour favoriser l'accroissement et la multiplication des ressources qu'ils abritent obéissent à des règles de gouvernance propres et particulières.

Le chapitre 2 développe et amplifie l'une des thèses avancées dans la définition des communs : celle selon laquelle il y a au cœur des communs non *une négation des droits de propriété*, ainsi qu'il est quelquefois avancé et soutenu, *mais une réaffirmation et un renouvellement de ces droits*, comme au demeurant *de la notion même de propriété*. Le chapitre revient d'abord longuement sur une notion centrale à la théorie des communs, celle de « *bundle of rights* » (faisceau de droits). En retraçant l'histoire des

conditions d'apparition de cette notion dans la *common law* américaine, et en rappelant comment Schlager et Ostrom (1992), dans leur article fondateur, ont su en tirer tout le bénéfice pour asseoir et consolider la théorie des communs, ce chapitre contribue à une avancée décisive sur la manière dont la théorie des communs a pu se constituer et s'imposer. Il établit notamment, à partir d'un examen détaillé de la notion de « faisceau de droits », les conditions d'existence d'un concept de « propriété communale », et montre comment à bien des égards, il rompt avec la tradition exclusiviste du droit de propriété.

Dans la mesure cependant où la notion de « faisceau de droits » est propre à la tradition anglo-américaine, le chapitre poursuit et alimente la réflexion en se référant à d'autres traditions juridiques relatives à une vision critique et renouvelée du droit de propriété. C'est ainsi que les intuitions de L. Duguit concernant notamment la notion de « propriété sociale » (Duguit, 1912) sont rappelées... Manière de montrer comment « [la reconquête du droit de propriété³](#) », quelle que soit la tradition juridique et sociale dans laquelle on opère, est bien une condition essentielle et centrale du développement des communs et des alternatives dont ils sont porteurs.

Après ces deux contributions qui montrent la fécondité de la contribution d'Ostrom, le troisième chapitre revient sur l'ensemble de la démarche de cette dernière, pour situer la réflexion sur les communs dans une perspective méthodologique plus large. L'auteur revient alors sur quelques questions majeures concernant le statut des communs dans la conceptualisation proposée par Ostrom, comme au-delà d'elle-même... Une contribution essentielle de ce chapitre est ainsi de restituer l'apport d'E. Ostrom comme théoricienne des institutions. L'originalité est ici de souligner la proximité d'Ostrom avec la nouvelle économie institutionnelle de Coase et Williamson et, tout en rappelant l'originalité de l'institutionnalisme de l'école de Bloomington, de montrer comment la tradition libérale américaine (notamment *via* les travaux d'Olson) imprègne nombre de développements proposés par Ostrom et son école. Aussi, s'interroge l'auteur, « si l'on souhaite faire des communs une des formes institutionnelles fondamentales du capitalisme, voire au-delà, un élément central de dépassement du capitalisme actuel, il faut aller plus loin que ne le fait Elinor Ostrom ». Le problème central est de savoir ce que

peuvent être les communs, et comment ils peuvent se développer à *l'intérieur du capitalisme contemporain*. Il faut pour cela, nous dit l'auteur, prendre en considération des cadres conceptuels plus étendus et englobants. Il convient alors de « dépasser le micro-institutionnalisme qui caractérise l'essentiel des travaux sur les communs pour prendre en compte l'architecture globale des systèmes sociaux de production » et la manière dont ils reposent sur des combinaisons de modes de coordination et des arrangements institutionnels complexes qui déterminent largement la place que tiennent et peuvent tenir les communs proprement [dits](#)⁴.

Le dernier chapitre complète cette réflexion sur les communs en s'interrogeant sur les ressources qu'offre le droit français pour penser les communs, les abriter, contribuer à les asseoir et à en garantir l'existence et la multiplication. Après avoir rappelé combien le droit français est longtemps resté étanche à toute notion de propriété qui ne fût pleine, entière et exclusive, l'auteure montre comment des brèches se sont ouvertes par différents chemins. Trois directions sont pointées et explorées. La première traite des « communautés négatives ». Ici, note l'auteure, en s'appuyant sur la vieille notion romaine de « chose commune », « [c'est le refus de la propriété privée d'un élément qui permet à tous d'y avoir accès](#)⁵ ». Mais celle-ci, qui se caractérise par deux critères : la non-appropriation et l'usage ouvert à tous, reste d'une application bien limitée. Malgré de louables tentatives modernes de redonner corps à la notion, elle demeure peu appropriée. Force est alors de s'orienter dans une autre direction : celle des « communautés positives ». Dans ce cas, on dépasse le caractère individualiste de la propriété privée en admettant le bien-fondé et/ou la nécessité de formes d'appropriation collective. Ainsi en est-il de certaines forêts ou des marais saisis en droit français comme communs, la population voisine pouvant les utiliser à divers titres, comme c'était le cas pour les anciens « communaux » dans l'ordre féodal. Ici encore, le travail du juriste permet, autour des notions de « bien public » ou de « patrimoine », d'introduire une constitution juridique du « commun » plus ou moins appropriée aux besoins des acteurs et des communautés en lutte pour rétablir l'existence d'une propriété partagée autour de ressources en accès ouvert. Enfin, une troisième voie s'ouvre autour de la notion de « communauté diffuse ». Ici, aux côtés d'un droit traditionnel et exclusif qui reviendrait à un propriétaire bien identifié, « un groupe d'individus serait reconnu légitime à bénéficier de

prérogatives lui permettant de jouir de certaines utilités » associées au bien. On entrerait alors, dit l'auteure, dans *une approche distributive des prérogatives liées aux bénéfices des utilités d'un bien*.

On peut certes distinguer d'autres voies d'approches, mais là ne réside pas le point essentiel. Ce dernier tient au fait, et c'est un des mérites de l'auteure de le rappeler avec force, qu'ici, le juriste n'est que l'expression de représentations et de conventions qui se décident hors de lui. Les « communs », dit Judith Rochfeld, « doivent au préalable et évidemment s'imposer à l'issue d'un consensus sur des valeurs et des choix politiques... toutes options que le juriste ne peut prendre seul ».

Le point commun de toutes ces contributions, et qui constitue un thème majeur de cet ouvrage, est de montrer comment le propre des communs est qu'ils sont construits non pas sur une négation du droit de propriété, mais au contraire sur d'autres définitions de la notion de propriété, qui, rompant avec la conception exclusiviste de la propriété héritée du droit bourgeois, rendent possibles et effectives la propriété partagée et au-delà encore, dans certains cas, l'existence d'une propriété « communale » associée non à des individus mais à des collectivités.

Objet de toutes les attaques et ce depuis des décennies, ce droit « communal », plus généralement ce droit des communs, doit aujourd'hui être conforté, revivifié, étendu et élargi. C'est à cette condition qu'en prenant place dans les différents droits nationaux, il fournira toujours davantage à l'alternative sociale et politique les instruments indispensables à son affirmation et à son développement.

Références

- Chardeaux M.-A., *Les choses communes*, LGDJ, 2006.
- Coriat B., « Qu'est-ce qu'un commun ? Quelles perspectives le mouvement des communs ouvre-t-il à l'alternative sociale ? », *Les possibles*, n^o 6, Harribey J.-M., Tosti J. (éd.), 2015.
- Dardot P., Laval C., *Commun. Essai sur la révolution du XXI^e siècle*, La Découverte, 2014
- Duguit L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, 1912.
- Harribey J.-M., Tosti J. (éd.), « Les biens communs : un mouvement de communards », dossier de la revue *Les possibles*, n^o 6, hiver 2015, disponible à l'adresse <https://france.attac.org/nos-publications/les-possibles/numero-5-hiver-2015>.
- Orsi F., « Reconquérir la propriété : un enjeu déterminant pour l'avenir des communs », *Les possibles*, n^o 6, Harribey J.-M., Tosti J. (éd.), 2015.
- Parance B., Saint Victor J. (de) (éd.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014.
- Schlager E., Ostrom E., « Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis », *Land Economics*, vol. 68, n^o 3, University of Wisconsin Press, 1992, p. 249-262.

¹ Sur la notion de « biens communs », une discussion riche et argumentée est proposée dans B. Parance et J. de Saint Victor (2014).

² Sur la signification de cette définition et la caractérisation des communs par rapport à d'autres acceptions de la même notion (notamment celle présupposée par Dardot et Laval [2014]), voir notre article : Coriat (2015). Plus généralement, on se référera ici très utilement au dossier de la revue *Les possibles*, coordonné par J.- M. Harribey et J. Tosti et consacré aux communs.

³ Pour reprendre ici le titre d'une contribution récente de l'auteure (Orsi, 2015) très explicite sur cet aspect central du débat.

⁴ Le même type de considérations, quoique sur des bases en partie différentes, anime la réflexion conduite par M. Bauwens, et proposée au chapitre 12 de cet ouvrage.

⁵ Sur la notion de chose commune, voir le remarquable travail effectué par M.-A. Chardeau (2006).

CHAPITRE 1

Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ?

BENJAMIN CORIAT

L'objet de ce chapitre est double. Il s'agit de contribuer à la définition de la notion de commun, mais aussi de mettre en évidence les similitudes comme les différences entre communs « fonciers », objets traditionnels et premiers de la théorie des communs, et communs « informationnels » qui constituent, pour cette théorie, un matériau plus neuf et qui est pour elle un terrain d'exploration. Au vrai, les deux objectifs sont liés et complémentaires. Les différences comme les similitudes entre communs fonciers et informationnels ne pouvant être mises au jour sans que certaines clarifications soient apportées concernant le contenu même de la notion de commun, nous commençons par présenter ce qui nous paraît constituer les trois « entrées » permettant de définir et caractériser les communs. Précisons que c'est essentiellement sur la base des travaux d'Elinor Ostrom (et des chercheurs associés à sa démarche) que nous procéderons dans cette partie de l'étude. Dans un deuxième temps, nous nous attachons à mieux préciser la nature et les caractéristiques des communs « [informationnels](#)¹ » qui, comme nous l'avons rappelé, sont au cœur de cet [ouvrage](#)² et qui, pensons-nous, présentent des propriétés spécifiques et appellent à des analyses en partie originales par rapport à celles auxquelles a donné lieu l'analyse des communs « fonciers », objet central des travaux menés par Ostrom et/ou inspirés par elle.

Pour conclure sont rappelés les principaux points acquis et les questions soulevées au cours de cette investigation.

1. Du commun en général : les trois traits constitutifs des communs

L'étude des travaux d'E. Ostrom donne la possibilité d'identifier trois « entrées » permettant de mettre en évidence l'existence de « communs », de les caractériser, et finalement de leur donner un statut dans la théorie.

1. Les « communs » résultent de certains attributs de biens et/ou de systèmes de ressources

La démarche d'Ostrom consiste à repartir de la distinction classique en économie publique (telle que fixée par Samuelson, 1954) entre « biens collectifs » et « biens privés ».

Suivant l'analyse proposée par Samuelson, on peut opposer deux grands types de biens :

- aux premiers sont attachés des attributs de *non-exclusion* (on ne peut exclure un individu de l'usage de ce bien) et de *non-rivalité* (la consommation du bien par un individu ne limite et n'interdit pas sa consommation par tout autre individu) – on a alors affaire à des « biens collectifs purs » : l'air ou l'océan sont souvent donnés ici comme illustrations ;
- aux seconds, au contraire, sont attachées des propriétés d'exclusion et de rivalité (toujours dans l'usage) – on a alors affaire à des « biens privés purs », en pratique la plupart des objets de consommations courantes.

Entre ces deux extrêmes, différentes catégories de biens peuvent être définies suivant la manière dont s'y manifestent les attributs d'exclusion et de rivalité.

À partir de cette distinction de base et en reformulant certains des attributs rattachables aux biens, Ostrom émet l'hypothèse de l'existence de CPR (*Common-Pool Resource*). Ces CPR se caractérisent par le fait que bien que consistant en des « stocks », les ressources qui les composent peuvent être aisément soustraites sous formes d'« unités » prélevées sur le [stock](#)³. À cette propriété est associée celle d'une haute « difficulté à exclure » des acteurs qui prétendraient prélever une partie de ces ressources. Ces CPR sont typiquement des pêcheries, des forêts, des pâturages... Notons-le d'emblée : il s'agit de ressources naturelles en général renouvelables. En effet, Ostrom s'est longtemps concentrée sur

l'analyse de ce que nous qualifions ici du terme générique de CPR « fonciers » pour les distinguer des communs « informationnels » dont nous traiterons plus précisément dans la deuxième partie de ce chapitre.

Cette voie d'approche et de définition des communs n'est pourtant, à notre sens, qu'un tout premier pas. On peut, en effet, légitimement poser la question de savoir si cette première entrée finalement n'aboutit qu'à repérer et caractériser des « candidats » à devenir des communs, comme en recherche médicale on considère que le « criblage » des molécules amène à faire émerger des « molécules candidates » susceptibles de donner lieu (mais non nécessairement) à la conception de véritables médicaments. Sont en effet définis ici non des « communs » mais des ressources qui, présentant la propriété de n'exister qu'en *pool* (à l'image des poissons d'un lac), ne font que déterminer une simple « prédisposition » à devenir des communs. Simple « prédisposition » disons-nous, car il faut observer que ces types de biens peuvent parfaitement être appropriés de manière privative, des droits d'accès et/ou d'usage étant alors (ou non) concédés par les propriétaires à des tiers. Ainsi en est-il des domaines forestiers acquis privativement, qu'ils soient destinés au seul loisir des propriétaires ou à une exploitation économique à travers l'embauche de salariés. Ces candidats à devenir des communs ne le deviennent alors jamais.

À l'opposé, il faut aussi observer que des candidats à constituer des biens privatifs (des terres arables, par exemple) peuvent être administrés et gérés comme des « communs » et l'ont souvent été, à l'image des « biens communaux » qui, en masse, ont précédé la révolution des enclosures et qui, dans nombre de situations, se sont maintenus et ont survécu aux mouvements d'expropriations ayant marqué les XVII^e et XVIII^e siècles de l'Ouest européen (Gauthier, 1977).

Pour toutes ces raisons, les communs sont définis plus justement et plus sûrement à partir d'autres critères (complémentaires des précédents), qui mettent en avant, cette fois, non des propriétés « naturelles » (ou quasiment telles) des biens ou certains de leurs attributs au regard des propriétés d'exclusion et de rivalité, mais *le statut et le régime juridique* qui sont associés à ces biens ou systèmes de biens.

2. Les communs se caractérisent par des régimes de propriété particuliers et originaux

La caractérisation des communs à partir des régimes de propriété associés aux biens ou aux systèmes de ressources constitue, à notre sens (et sans doute dans l'esprit d'Ostrom elle-même), la voie véritable à partir de laquelle peut se définir un commun. La contribution essentielle d'Ostrom est ici d'avoir travaillé à montrer qu'entre le « droit exclusif » attaché à la propriété privée et le « bien public » ouvert à tous, il existe une très grande variété de situations dans lesquelles des « *bundles of rights* » ([faisceaux de droits](#)⁴) sont distribués entre différents partenaires associés dans le partage du bénéfice d'une ressource donnée.

C'est ici, pensons-nous, que les communs trouvent leur définition et leur caractérisation véritables.

Dans un article d'importance capitale dédié à ce sujet, postérieur à son grand ouvrage de 1990 et qui, à notre sens, constitue une avancée majeure, E. Ostrom, associée pour l'occasion à une juriste de métier (E. Schlager), propose de distinguer nettement différents attributs du droit de propriété. Ces attributs sont au nombre de cinq, et relèvent de deux classes de droits distinctes.

– Les deux premiers, *access* (droit d'accès) et *withdrawal* (droit au « prélèvement »), définissent et garantissent les niveaux les plus bas du droit. L'*access* garantit le droit d'accès à une ressource. Dans les travaux d'Ostrom, ces droits sont en général relatifs à une ressource naturelle (lac, pêche, forêt, pâturage...). Le *withdrawal* est le droit de « prélever » dans le stock de ressources une partie de celles-ci (des poissons dans une pêche, du bois dans une forêt, de l'herbe dans un pâturage). Ces deux droits (souvent, mais non nécessairement associés) sont ceux dont bénéficient les *authorized users* (usagers autorisés et reconnus comme tels).

Ostrom insiste ici sur trois points.

i) Ces droits (d'accès et de prélèvement) peuvent provenir de la loi, mais ils ont le plus souvent pour origine la règle ou la coutume, avec cette

précision que la coutume, si elle est comprise et acceptée, peut être plus prégnante que la loi elle-même dont l'*enforcement* peut être très faible voire inexistant. Il est également fréquent que les droits d'accès et de prélèvement soient régis par une combinaison de la loi (émanant d'une autorité publique) et de la règle établie parmi les participants au [commun](#)⁵. Dans d'autres cas encore, ce sont les propriétaires d'un domaine correspondant à un CPR et les riverains/usagers qui conviennent des règles d'usage pour l'exploitation du CPR, les règles établies permettant à la fois un bénéfice pour tous les participants et la préservation de la qualité du CPR à long terme.

ii) La nature comme le contenu du « droit » concédé ou alloué aux *authorized users* en particulier sont évolutifs. La communauté de ceux qui allouent le droit (et/ou qui en bénéficient) peut décider de faire évoluer la nature du droit concédé, par exemple pour tenir compte des transformations qui affectent sur le plan écologique la ressource mise en commun (ainsi, la quantité qui peut être prélevée par le détenteur d'un *droit au prélèvement* peut être augmentée ou diminuée ; [voir point suivant](#)⁶).

iii) Ce droit s'accompagne d'*obligations* que le détenteur du droit doit respecter (sous peine de se le voir retirer). Ainsi, le droit à pêcher dans une pêcherie comporte en général des obligations sur la nature des filets autorisés, les quantités qui peuvent être prélevées, et même la partie de la pêcherie assignée à chaque détenteur du droit.

– Les trois autres attributs du droit : *management*, *exclusion* et *alienation* sont d'un autre ordre (en fait, d'un ordre « supérieur » aux droits précédents).

Les deux premiers droits (*access* et *withdrawal*) reconnus aux *authorized users* sont qualifiés de droits relevant d'un « niveau opérationnel », alors que les trois suivants sont des droits qui se situent au niveau des « choix collectifs » et concernent *l'administration* (ou encore la gestion) du commun. Ce point est capital. Il indique clairement qu'un commun n'est nullement exempt de hiérarchie. Les participants au commun (les « *commoners* ») détiennent des droits inégaux.

Le *management* concerne le droit de réguler les conditions d'utilisation du commun comme d'y apporter des améliorations. L'*exclusion* correspond au droit de déterminer qui bénéficiera du droit d'accès et comment ce droit lui-même à l'accès peut (ou non) être transféré. L'*alienation* a trait au droit de vendre ou de céder un ou plusieurs des droits cités précédemment.

Si l'on considère l'ensemble des cinq droits définis comme organisant un commun, plusieurs remarques s'imposent.

- Ces différents droits sont *indépendants* les uns des autres. Un ayant droit (*commoner*) peut bénéficier d'un ou de plusieurs de ces droits, sans que ces derniers soient liés entre eux. Un droit n'implique pas de bénéficier d'un autre de ces droits.

- À partir de la nature et de la quantité des droits alloués, une catégorisation des ayants droit peut être proposée. On aurait ainsi le tableau suivant, établi par Schlager et Ostrom (1992) à partir d'une pêcherie constituée en [commun](#)⁷.

Exemple de distribution des droits dans un commun (pêcherie)

	<i>Owner</i> Propriétaire	<i>Proprietor</i> Propriétaire (sans droit d'aliénation)	<i>Claimant</i> (Détenteur de droits d'usage et de gestion)	<i>Authorized users</i> (Utilisateurs autorisés)
<i>Access and withdrawal</i> (Accès et prélèvement)	x	x	x	x
<i>Management</i> (Gestion)	x	x	x	
<i>Exclusion</i> (Droit d'exclure)	x	x		
<i>Alienation</i> (Droit de céder ou vendre)	x			

(Schlager et Ostrom, 1992)

Comme l'illustre ce tableau, on voit donc qu'un commun consiste en une « *distribution* » de droits entre partenaires associés (*commoners*) à l'exploitation des ressources. À partir de cette distribution, il est possible de définir différents types de communs. Et même si ces considérations ne sont pas présentes chez Ostrom, elles nous paraissent importantes, car elles permettent de distinguer plusieurs familles et différents grands ensembles de communs.

Afin de poursuivre dans la caractérisation des communs, il faut franchir un nouveau pas, et observer que l'idée que les communs sont basés sur des « *bundles of rights* » distribués entre différents *stakeholders* (« parties prenantes » formées d'individus ou de communautés) en implique immédiatement une autre : celle que les communs résultent d'une *action collective* et, à ce titre, constituent aussi des *structures de gouvernance* des ressources mises en *pool*.

C'est la troisième entrée présente chez Ostrom pour définir/caractériser les communs.

3. *L'existence de communs suppose et exige la mise en place de « structures de gouvernance » appropriées, qui sont les garants de leur soutenabilité*

L'existence d'une *pluralité d'acteurs* (*proprietor, owner, claimant, authorized users...*), eux-mêmes détenteurs et porteurs de droits différents et différenciés par leur nature, leur étendue et leur portée, atteste l'existence d'*intérêts différents* des participants au commun. Le fait que l'ensemble des participants au commun partage des objectifs et des bénéfices de leur inclusion au commun ne signifie nullement que les intérêts de chacun, en tant qu'acteur singulier, sont identiques à ceux des autres. Une dimension essentielle des protocoles et procédures internes du commun – qui règlent les droits à l'accès ou à l'usage – a précisément pour objet *la mise en compatibilité des intérêts de ces acteurs distincts* qui participent au commun, en partant du principe qu'ils ne sont pas nécessairement identiques (Ostrom, 1990).

Cette proposition en implique plusieurs autres.

– La première est que le « *free riding* » (comportement consistant à ne pas respecter strictement les règles en usage et à outrepasser ses droits pour bénéficier davantage de la ressource partagée) n'est pas un comportement qui doit être exclu de la constitution et de la conception du commun. À cela, il faut ajouter que les règles « formelles » ne peuvent pourvoir à tout. Pourtant, le respect des règles d'usage, *rules in use* (aussi bien formelles qu'informelles), est un point capital dans le succès des communs. Et il ne faut guère être surpris que certains communs se révèlent à l'usage, et notamment dans le long terme, plus « robustes » que d'autres. Ostrom (1990) analyse ainsi des communs qui ont résisté au temps et se sont montrés capables de gérer collectivement des CPR de manière efficace, et d'autres qui, n'ayant pas su surmonter les conflits d'intérêts, se sont dissipés et ont disparu. Le souci de penser les structures de gouvernance permettant de gérer les conflits est une préoccupation constante de ses recherches (voir par exemple E. Ostrom, 2009b).

– Il va de soi que la qualité de la structure de gouvernance – en charge tant de l'édiction des règles d'usage que des arbitrages en cas de conflits ou de tensions explicites entre partenaires impliqués dans le commun – joue un rôle décisif pour assurer le bon fonctionnement du commun et sa reproduction dans le temps. De ce point de vue, *la nature et l'efficacité des méthodes de résolution de problèmes* (« *problem solving devices* ») installées dans la structure de gouvernance du commun en constituent une dimension [essentielle](#)⁸. À notre sens, ces méthodes de résolution de problèmes doivent inclure la gestion des *conflits d'intérêts* des participants au commun, y compris bien sûr des conflits d'intérêts économiques. Selon l'efficacité des règles posées, du degré d'adhésion obtenu à leur non-transgression et de la qualité des modes de résolution de problèmes mis en place, les communs se montreront inégalement stables et durables. Les coûts de coordination et de transaction peuvent se révéler plus ou moins élevés, en marche normale comme en situations de crises ou de tensions avérées et [explicites](#)⁹.

C'est en effet à cette aune que s'apprécie finalement la qualité de la structure de gouvernance : l'effectivité des *rules in use* qu'elle a su installer et qui assurent en marche normale le bon fonctionnement du

commun (c'est-à-dire d'un côté, le bon exercice des droits distribués entre *commoners*, et de l'autre, la qualité et l'effectivité des *problem solving devices* [et des *dispute settlements*] permettant de surmonter et de résoudre les tensions et conflits en situations de « crises »). Cette dimension des communs est d'autant plus importante que ces derniers opèrent dans des univers « complexes et multicentriques », et impliquent des agents nombreux et hétérogènes (Ostrom, 2010).

Très sensible à la fragilité des communs à partir de ce qu'elle définit comme les « *design principles* » (principes de conception) qui doivent présider à leur mise en place, Ostrom s'est longuement interrogée sur les modalités de la gouvernance capables de garantir leur soutenabilité à long terme. Les pages de son ouvrage de 1990, qui évoquent ces *design principles*, sont ainsi restées comme classiques et essentielles de sa vision et de sa définition des communs.

Si l'on s'en tient aux éléments mis en avant par Ostrom elle-même, les communs peuvent être définis comme *des ensembles de ressources collectivement gouvernées, au moyen d'une structure de gouvernance assurant une distribution des droits entre les partenaires participant au commun (commoners) et visant à l'exploitation ordonnée de la ressource, permettant sa reproduction sur le long terme.*

Cette définition à vocation générale doit cependant être nettement précisée si l'on considère – ce qui constitue l'objet central de cet ouvrage – le cas particulier des communs informationnels.

2. Des communs fonciers aux communs informationnels

En effet, si les trois « entrées » que nous venons de préciser permettent de caractériser tous les types de communs, force est de constater que ces caractérisations, qui ont pour l'essentiel été élaborées à partir de travaux empiriques portant sur l'observation et l'analyse de communs *fonciers*, ne s'appliquent pas nécessairement toutes de la même façon à la nouvelle génération de communs qui sont aujourd'hui l'objet d'analyses renouvelées : les communs informationnels. Ces communs d'un genre particulier présentent des caractères inédits et originaux par rapport à ceux des communs fonciers.

Avant d'aller plus loin, il convient de préciser le périmètre de ce que nous entendons ici par biens communs « informationnels ». Au plus simple, on dira que ce qui les définit d'abord, c'est *la nature des ressources* qui sont objet d'accès et de partage à travers la mise en place d'une gouvernance conçue pour cela. Alors que les premiers communs sont constitués de ressources tangibles, les communs dont il s'agit ici portent sur des ressources *intangibles*. Les dispositifs assurant la mise en commun (au sens de l'accès et du bénéfice partagés) concernent alors des *ressources qui consistent en des collections d'informations et de connaissances*, mais aussi de produits élaborés à partir de cette matière informationnelle, comme c'est par exemple le cas des logiciels « libres », sur lequel nous reviendrons plus en détail par la suite.

Pourtant, si nous entendons procéder à une définition plus exhaustive du champ des communs informationnels, deux extensions sont nécessaires. Il faut d'abord inclure les « communs culturels » (musées, bibliothèques, collections d'œuvres d'art...), dont l'ubiquité (car constitués à la fois de biens tangibles *et* intangibles) nécessite des analyses particulières. De même doivent être intégrées les collections de matériel biologique (telles qu'elles sont conservées par exemple dans les biobanques), elles aussi constituées de matériaux possédant des caractères à la fois tangibles et [intangibles](#)¹⁰.

Ces types de communs présentent trois caractéristiques saillantes que nous avons choisi à dessein de présenter ici en nous référant aux trois « entrées » identifiées dans les travaux d'Ostrom pour définir les [communs](#)¹¹.

1. Les communs informationnels traitent d'ensembles de ressources constitués de biens non rivaux et (généralement) non exclusifs

La première caractéristique de ces types de communs, qui les distingue nettement des communs « tangibles », est qu'ils sont constitués de biens « non rivaux ». C'est le propre d'une information scientifique ou d'une œuvre littéraire que sa consommation par un individu donné n'en prive et n'en exclut aucun autre. La « consommation » du bien ne connaît ainsi en principe nulle limite. Restreindre le droit d'accès et de prélèvement de la ressource – comme c'est le cas général pour les communs « fonciers » –

n'a donc ici aucune base « naturelle ». Ces ensembles de ressources ne sont sujets à rien qui ressemblerait à une « tragédie des communs », comme le seraient une pêcherie et un pâturage qui ne seraient soumis à aucune règle d'usage et dont les usagers seraient parfaitement étrangers les uns aux [autres](#)¹².

Tout au contraire, comme nous aurons l'occasion de le rappeler, s'agissant de la ressource « information », il y a fort à penser que plus elle est partagée et disséminée, et plus les interactions entre ses détenteurs sont grandes, plus les conditions sont socialement réunies pour qu'elle se trouve augmentée et enrichie.

2. Les communs informationnels ont été rendus nécessaires par les effets d'une « exclusivité » artificiellement construite par des droits de propriétés spécifiques : la série des droits dits de « propriété intellectuelle »

Comme dans le cas des communs fonciers, ce n'est qu'à partir de la prise en compte de l'analyse *des régimes de propriétés* noués autour d'eux que l'on parvient à la véritable intelligence de ce que sont les communs informationnels.

Plusieurs points ici sont remarquables.

– Le premier tient au fait que l'extension et la généralisation des échanges marchands se sont finalement traduites – à l'issue d'un processus long et complexe au cours duquel différentes conceptions et visions du développement économique et du statut à attribuer à la connaissance se sont affrontées (Machlup et Penrose, 1950) – *par l'installation d'une série de droits nouveaux et spécifiques* : les droits dits de « propriété intellectuelle » (DPI). Les DPI ont alors été conçus avec pour fonctions et buts d'associer à des biens par essence non rivaux des *droits exclusifs*. Ceux-ci sont alloués dans des conditions particulières à des personnes ou entités auxquelles est reconnu un rôle décisif dans la conception de ces biens, qu'il s'agisse d'une œuvre littéraire ou d'une invention technique (les deux grands domaines que recouvrent le droit d'auteur d'un côté, celui des brevets de l'autre), *le bien étant par essence non rival* et non [exclusif](#)¹³. C'est précisément

avec cet attribut que la conception et l'attribution des DPI ont entendu rompre, par le moyen d'allocation de droits spécifiques.

Ce n'est évidemment pas le lieu ici de refaire l'histoire complexe et mouvementée de l'installation des [DPI¹⁴](#). Le point qu'il importe de souligner est que finalement, les lois de propriété intellectuelle (et les autres constructions institutionnelles qui ont accompagné leur mise en place : offices de brevets, cours de justice spécialisées...) *ont abouti (dans nombre de cas) à transformer l'information en marchandise* (Coriat et Weinstein, 2012), mais en une marchandise très particulière puisque (à la différence des marchandises ordinaires) le détenteur d'un droit de propriété sur une information ou une connaissance n'est pas (sauf circonstances exceptionnelles) tenu de le céder. En effet, avant d'être un monopole concédé à l'exploitation de l'information brevetée, le brevet est d'abord *un droit d'interdire* (Vivant, 2005). La justification apportée à ce processus de marchandisation de l'information et de la connaissance, à savoir qu'elle était nécessaire pour créer des incitations à l'[innovation¹⁵](#), n'a jamais convaincu la communauté des économistes (Machlup, 1958). Ainsi, les pro- et anti-marchandisation de la connaissance continuent aujourd'hui comme par le passé de s'affronter et d'échanger leurs [arguments¹⁶](#).

Il reste que malgré la grande incertitude en ce qui concerne les bénéfices qui peuvent en être attendus, on a assisté, à partir des années 1970 et avec une forte accélération dans les années 1990, comme nous l'avons rappelé dans l'introduction générale de cet ouvrage, à une extension et à un approfondissement sans précédent des droits attribués aux détenteurs de brevets, alors même que des pans entiers de la recherche de base qui ne l'étaient pas jusque-là sont devenus brevetables, rendant souvent complexe pour de nombreux acteurs du monde de la recherche l'accès aux ressources scientifiques qui leur étaient nécessaires pour la conduite de leurs travaux. C'est dans ce contexte que fut avancée l'idée que prévalait désormais une « [tragédie des anti-communs¹⁷](#) », selon laquelle les obstacles à la circulation des connaissances que constituent les droits exclusifs installés par les DPI sur les découvertes ou inventions conduisent à une réduction de la capacité d'innovation et finalement à une perte de bien-être ([Heller et Eisenberg, 1998¹⁸](#)).

Aussi, de la même manière que *les communs fonciers ont une histoire liée à celle de la révolution des enclosures*, peut-on soutenir que *les communs informationnels sont inséparables de la « seconde enclosure » que constitue le durcissement considérable de la propriété intellectuelle auquel on a assisté depuis la fin des années 1970* (Boyle, 2003).

Afin de rétablir la qualité de l'information comme bien non exclusif, les communs informationnels procèdent – à l'instar des communs fonciers – à une nouvelle distribution des droits. Comme les communs fonciers, les communs informationnels *sont basés, non pas sur une absence de droits, mais sur un autre genre d'usage et de distribution des différents types de droits attachés à la propriété intellectuelle.*

Ce processus de redistribution des droits passe par leur redéfinition et souvent par des innovations juridiques. Ainsi, la création de la licence GPL et du [copyleft](#)¹⁹ constitue-t-elle de ce point de vue une innovation majeure sur laquelle nous reviendrons dans le cours de cet ouvrage. Mais de multiples autres innovations juridiques ont vu le jour en matière de licence, dessinant une grande variété de types de communs distinguables suivant les *rules in use* (règles d'usage) qui assurent leur fonctionnement et donc les objectifs partagés que se fixe la communauté des *commoners*.

Dans tous les cas, la distribution des droits de propriété a ici pour objet *de porter le commun à l'existence*. Des CPR informationnels ne préexistent jamais comme préexistent des forêts. L'installation et l'allocation de droits (et donc aussi corrélativement l'installation de la structure de gouvernance qui édicte les *rules in use* et veille à leur respect) sont les actes fondateurs et constitutifs du commun informationnel. Avant même que son statut soit fixé et que les droits d'accès soient alloués, une base de données informationnelles doit être « [produite](#)²⁰ ».

3. La gouvernance des communs informationnels est orientée, non pas vers la conservation des ressources, mais vers leur enrichissement et leur multiplication

Si l'on se tourne vers la gouvernance, une caractéristique clé des communs informationnels (CI) est qu'à la différence des communs

fonciers, ils sont orientés, non pas vers la *conservation* des ressources, mais *vers leur enrichissement et leur développement*.

C'est ainsi que les *rules in use* comportent dans les CI une série de règles qui traitent spécialement des conditions de l'enrichissement du stock des ressources déjà présentes dans le commun. Pour forcer les choses, on dira que dans la typologie d'Ostrom, à côté des règles qui régissent le *prélèvement de ressources*, le commun informationnel se distingue par le fait qu'il comporte des séries de règles ayant trait aux conditions *de l'enrichissement du commun* en informations et nouvelles connaissances obtenues à partir de celles déposées dans le commun et pour lequel (comme dans le commun foncier) on a cédé à l'*authorized user* un droit d'accès et de [prélèvement](#)²¹.

Ces règles précisant les conditions de l'enrichissement du commun (qu'on peut désigner aussi comme des *règles d'« additionalité »*) mettent en relation les usagers du commun et les personnes ou entités en charge de son administration, laquelle a pour tâche principale, à côté du maintien de l'intégrité du stock d'informations, celle de gérer son enrichissement. Ceci est vrai dans le cas d'un commun régissant des logiciels où les propositions d'enrichissement/amélioration de ces derniers sont arbitrées par la structure d'administration du commun. Il en est de même pour l'addition de nouveaux articles (ou des compléments apportés à des articles existants) pour une encyclopédie en libre accès comme Wikipédia. De nombreux wikis plus spécialisés (en matière médicale, par exemple) ont vu le jour sur le même principe. Une base de connaissances initiales est mise en ligne. Son enrichissement est géré par des administrateurs qui « valident » les additions proposées par les usagers du wiki.

Dire que les CI sont tournés non vers la conservation mais vers l'enrichissement des ressources déposées et administrées dans le commun n'est qu'un premier pas. Une deuxième caractéristique des CI tient au fait qu'ils constituent un *mode original de production des informations et des connaissances* et, peut-on ajouter, un mode formidablement puissant. Dans de nombreux cas, en effet, les nouveaux CI peuvent être (et sont) gérés comme des instruments dirigés vers la génération d'[innovation\(s\)](#)²².

Mode original : tout tient ici au fait que la communauté des participants à l'innovation ne connaît sur le principe aucune limite. C'est le cas des communs bâtis sur le principe de l'*open access*, construits pour rétablir entièrement le caractère de non-rivalité de l'information. Ainsi en est-il des logiciels proposés dans le cadre de l'initiative Floss ou de l'encyclopédie en ligne Wikipédia pour ne prendre que deux exemples fortement [emblématiques](#)²³.

Dans certains CI, les communautés d'innovateurs peuvent être plus restreintes que dans le cas des wikis, puisque tout ici dépend de la manière dont sont fixés les droits des *authorized users*. Suivant les objectifs que se fixe le CI, les règles relatives à l'additionnalité peuvent concerner un très grand nombre d'individus ou des groupes restreints. Mais dans tous les cas, [il s'agit d'un mode de production des innovations qui rompt fondamentalement avec l'organisation traditionnelle d'individus spécialisés en R & D, salariés des centres de recherche publique ou des entreprises privées et dont l'activité est appropriée par la firme qui salarie l'inventeur](#) ²⁴. D'ores et déjà, ce nouveau mode de production des connaissances et des innovations, basé sur l'accès partagé aux ressources informationnelles, a montré sa puissance et son efficacité dans de multiples domaines. Comme le suggère M. Bauwens (2006), on peut penser que de ce point de vue, les ressources offertes par le P2P en tant que mode de production des connaissances n'en sont encore qu'à leurs [début](#)s²⁵.

Il va de soi que l'un des intérêts majeurs que présentent ces nouveaux communs informationnels tient à cela : leur potentiel à bouleverser et révolutionner la production et la circulation des informations et des connaissances, tout en protégeant et garantissant les droits des inventeurs à l'antériorité lorsque sont utilisées des licences du type *creative commons*.

Pour conclure : communs, biens communs, « choses communes »

Dans ce qui précède, nous nous sommes attachés à définir ce qu'il faut entendre par « commun » au sens strict. En ce sens, et suivant en cela l'esprit qui a présidé aux travaux d'Ostrom et de son école, ou celui qui anime le monde du logiciel libre et des wikis, il n'est de commun que si autour d'une ressource donnée sont établis un système de répartition des

droits (accès, prélèvement, addition, aliénation...) et une structure de gouvernance veillant au respect des droits et obligations de chacun des participants au commun.

Il existe pourtant nombre de situations dans lesquelles tout ou partie de ces conditions n'est pas réunie et où la ressource est toutefois belle et bien « partagée ». Ainsi en est-il de l'air, des océans, de la plupart des fleuves, ou encore des connaissances et idées contenues dans des ouvrages ou publications qui ne sont plus couverts par des droits d'auteur... C'est ce que le droit romain et à partir de lui notre code civil désignent comme des « choses communes » : les *res communes*. Pour les distinguer des communs au sens strict, on dira qu'il s'agit ici de « biens communs ». Dans nombre de cas, des acteurs et des communautés sont à l'œuvre pour transformer ces choses communes (ou biens communs) en communs véritables. Pourtant, tous n'ont pas vocation à le devenir, ou ne pourront atteindre ce statut que par des interventions – alors décisives – du législateur. De là découlent des situations de tensions, mais aussi la richesse qui anime la discussion comme le mouvement social autour des communs. Les différents chapitres qui composent ce livre attestent cette richesse. Nous laissons donc le lecteur la découvrir et la faire sienne.

Références

Arrow, K., (1962), "Economic Welfare and allocation of resources for invention" in R. Nelson, ed, *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton University Press, Princeton.

Bauwens M., « The Political Economy of Peer Production », retrieved from <http://www.ctheory.net/articles.aspx?id=499>, 2006 ; re-published *Post-Autistic Economics Review*, issue 37 ; retrieved from <http://www.paecon.net/PAEReview/issue37/Bauwens37.htm>.

Bellivier F., Noiville C., *Les biobanques*, PUF, 2009.

Bellivier F., Noiville C., *Contrats et vivant. Le droit de la circulation des ressources biologiques*, LGDJ, 2006.

Benkler Y., « Through the Looking Glass : Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain », *Law and contemporary problems*, vol. 66, 2003, p. 173-224.

Boyle J., « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and contemporary problems*, vol. 66, 2003, p. 33-74.

Boldrin M., Levine D. K., *Against Intellectual Monopoly*, Cambridge University Press, 2008.

Cassier M., « Petite histoire du domaine public dans la recherche en sciences de la vie », in Bellivier F., Noiville C., *La bioéquité. Batailles autour du partage du vivant*, Autrement, 2009, p. 42-54.

Clément-Fontaine M., *Les œuvres libres*, thèse, université de Montpellier, 2007.

Clément-Fontaine M., *Une étude juridique de la licence publique générale GNU*, mémoire de DEA en droit, 1999.

Coriat B., « Le retour des communs. Sources et origines d'un programme de recherche », *Revue de la régulation* [En ligne], vol. 14, automne 2013, mis en ligne le 12 décembre 2013, consulté le 10 octobre 2014. URL : <http://regulation.revues.org/10471>.

Coriat B., Weinstein O., « Patent regimes, firms and the commodification of knowledge », *Socio-Economic Review*, 2011, p. 267-292.

Coriat B. (éd.), *Les droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, n^o spécial de la *Revue d'économie industrielle*, juin 2002a.

Coriat B., « Le nouveau régime américain de la propriété intellectuelle : contours et caractéristiques clés », *Revue d'économie industrielle*, vol. 99, 2^e semestre 2002b.

Coriat B., Orsi F., « Establishing a New Regime of Intellectual Property Rights in the United States, Origins, Content Problems », *Research Policy*, vol. 31, nov.-déc. 2002, p. 1491-1507.

Gauthier F., *La voie paysanne dans la Révolution française, l'exemple de la Picardie*, Maspero, 1977.

Hardin G., « The tragedy of commons », *Science*, vol. 13, 1968.

Heller M., Eisenberg R., « Can Patent Deter Innovation ? The Anticommons Tragedy in Biomedical Research », *Science*, vol. 280, 1998, p. 698-701.

Hess C., Ostrom E. (éd.), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, The MIT Press, 2007.

Hippel E. (von), *Democratizing innovation*, The MIT Press, 2005.

Jaffe A. B., Lerner J., *Innovation and Its discontents*, Princeton University Press, 2004.

Khan B. Z., Sokoloff K. L., « The Early Development of Intellectual Property Institutions in the United States », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 15, n^o 3, été 2001, p. 233-246.

Lamoreaux N. R., Sokoloff K. L., « Inventors, Firms, and the Market for Technology in the Late Nineteenth and Early Twentieth Centuries », in Lamoreaux N. R., Raff D. M. G., Temin P. (éd.), *Learning by doing in markets, firms, and countries*, University of Chicago Press, 1999, p. 19-60.

Machlup F., *An Economic Review of the Patent System. Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary*, US Senate, study n^o 15, United States Government Printing Office, 1958.

Machlup F., Penrose E., « The patent controversy in the nineteenth century », *Journal of Economic History*, vol. 10, 1950, p. 1-29.

Madison M. J., Frischmann B. M., Standburg K. J., « Constructing Commons in the Cultural environment », *Legal Studies Research Series*, WP 2008-6, PITTLAW, University of Pittsburg, 2008.

March J., Simon H., *Organizations*, Blackwell Publishres, 1993.

Nelson R., « The scientific commons and the market economy », *Research Policy*, vol. 33, n^o 3, 2004, p. 451-471.

Ostrom E., « Beyond Markets and States : Polycentric Governance of Complex Economic Systems », *American Economic Review*, vol. 100, n^o 3, juin 2010, p. 641-672.

Ostrom E., « Design Principles of Robust Property Rights Institutions : What Have We Learned ? », in Ingram G. K., Hong Y.-H. (éd.), *Property Rights and Land Policies*, Lincoln Institute of Land Policy, 2009a, p. 25-51.

Ostrom E., « Building Trust to Solve Commons Dilemmas : Taking Small Steps to Test an Evolving Theory of Collective Action », in Levin S. A., *Games, Groups, and the Global Good*, Springer Physica-Verlag, 2009b, p. 207-228.

Ostrom E., *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, 2005.

Ostrom E., « Private and Common Property Rights », in Bouckaert B., De Geest G. (éd.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, p. 332-379. URL :

<http://encyclo.findlaw.com/index.html>.

Ostrom E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

Samuelson P. A., « The pure Theory of public expenditure », *Review of Economics and Statistics*, vol. 36, 1954, p. 387-389.

Schlager E., Ostrom E., « Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis », *Land Economics*, vol. 68, n^o 3, University of Wisconsin Press, 1992, p. 249-262.

Stallman R., *Free Software, Free Society. Selected essays*, GNU Press, 2002.

Stavins N., « The Problem of the Commons : Still Unsettled After 100 Years », *American Economic Review*, 2011.

Vivant M., *Le droit des brevets*, Dalloz, 2005.

1 La notion de commun informationnel sera précisée en détail plus loin. Disons, à ce stade, que les communs informationnels ont ceci en propre que la ressource (ou le système de ressources) qui fait l'objet du commun est de nature intangible : il s'agit de l'information au sens large (bases de données numériques en accès partagé, constituées de collections d'informations et de connaissances scientifiques ou techniques, bibliothèques numériques d'œuvres littéraires, encyclopédies en ligne, etc.). Notons que Madison *et al.* (2008) parlent quant à eux de « *cultural commons* » pour désigner les mêmes réalités.

2 Même si, comme nous l'avons rappelé dans l'introduction, la distinction entre communs fonciers et intellectuels est en partie artificielle – car tout commun inclut une dimension informationnelle –, certaines différences sont essentielles et doivent être marquées, comme ce chapitre entend au demeurant le montrer.

3 Ostrom parle d'une haute « *subtractability in use* ».

4 Cette notion essentielle sera longuement définie et précisée plus loin.

5 C'est le cas de pêcheries situées le long de la côte de la Nouvelle-Angleterre, dont une partie des conditions d'accès et de prélèvement est fixée par la loi, le reste étant déterminé par les communautés locales en charge de l'administration et de l'exploitation du commun.

6 Il est essentiel de rappeler que les CPR étudiés par Ostrom sont des ensembles de ressources naturelles qui, comme tels, possèdent des caractéristiques *écologiques* chaque fois particulières. La préservation de ces équilibres est de plus au centre même des règles d'usage qui constituent le commun. Ce dernier est ainsi une construction dont les règles d'usage sont largement déterminées par les contraintes écologiques régissant le CPR.

7 Plus généralement, parmi les travaux d'Ostrom consacrés à la décomposition des droits de propriété, voir notamment E. Ostrom (1999) et (2009b).

8 La notion de « *problem solving devices* » (méthodes de résolution de problèmes) est directement tirée de la théorie des organisations (voir par exemple March et Simon, 1993). Nous l'importons ici pour signifier qu'un « commun » est une organisation au sens plein et entier, et donc constituée d'acteurs dont les compétences, connaissances et intérêts ne sont pas nécessairement immédiatement compatibles. C'est le rôle de « la structure de gouvernance » du commun d'assurer le maintien de la coopération en vue d'atteindre les objectifs partagés par les participants au commun. Les méthodes de résolution de problèmes par la mise en œuvre de la délibération et de l'arbitrage jouent donc un rôle décisif pour la vie à long terme du commun.

9 Ce n'est pas le lieu ici de s'appesantir sur cette dimension pourtant clé des communs. Apportons cependant la précision suivante. Si dans certains cas (peu de participants opérant sous le regard commun...), *de simples règles d'usage* peuvent suffire à assurer le bon fonctionnement du commun, dans d'autres cas, au contraire (participants nombreux et hétérogènes quant à leur nature

et à leurs droits...), on peut penser que *de véritables organes de règlement des conflits (dispute settlements)* sont nécessaires et peuvent être requis pour assurer le bon fonctionnement du commun.

[10](#) Voir sur ce point le chapitre 9 de cet ouvrage, consacré à l'analyse des questions posées par ces communs particuliers que constituent les collections de biens culturels ou de matériel biologique. Nous y renvoyons le lecteur, en nous concentrant ici sur les biens informationnels au sens plus restreint.

[11](#) Tout en s'inspirant des analyses présentées dans Hess et Ostrom (2007), les paragraphes qui suivent s'efforcent de proposer une caractérisation originale des communs informationnels, qui a ceci en propre qu'elle s'appuie sur les trois mêmes critères de définition ayant précédemment servi à définir et caractériser les communs fonciers.

[12](#) C'est à dessein que nous rappelons les deux grandes pré-conditions qui font qu'un bien en libre accès peut se traduire par sa destruction par surconsommation. Voir la critique de Hardin proposée par Ostrom dans son ouvrage de 1990.

[13](#) Comme nous l'avons déjà fait observer, la lecture d'un ouvrage littéraire par un lecteur donné n'exclut aucun autre lecteur, de même que l'usage d'une invention technique par un industriel donné n'en exclut aucun autre de son usage, sauf bien sûr si des dispositions juridiques particulières donnent une exclusivité au premier utilisateur ou à l'inventeur.

[14](#) Mais il est essentiel de rappeler que les lois de propriété intellectuelle assurant au créateur d'informations et de nouvelles connaissances divers monopoles et privilèges ont été sans cesse remises sur le métier, et que se sont succédé plusieurs régimes de brevets qui, aujourd'hui encore, diffèrent largement entre les pays (Machlup, 1958). Enfin, il faut rappeler aussi que l'exclusivité n'a été consentie par les DPI qu'à la condition de l'assortir de nombreuses exceptions (licence obligatoire, « *march in* », etc.).

[15](#) L'argument le plus répété par les économistes et le plus élaboré est celui proposé par Arrow : les DPI (conçus comme des arrangements institutionnels) sont rendus nécessaires pour faire face au risque de sous-production des connaissances dans lequel se trouve saisie une société basée sur des agents privés décentralisés, du fait du comportement de *free riding* que les agents privés sont alors amenés à adopter. On oublie souvent de dire cependant que pour Arrow, la propriété intellectuelle est un « *second best* » (choix de second rang) qui ne supprime pas les « *défaillances de marché* » ; qu'enfin, toujours selon Arrow, la limite à fixer entre le brevetable et le non-brevetable est une question décisive. Breveter les connaissances en « amont » conduit à l'inverse du but recherché, en créant des obstacles à l'innovation (Arrow, 1962).

[16](#) Dans les années 2000, deux ouvrages au moins ont de nouveau fait resurgir le débat à un haut niveau : voir A. B. Jaffe et J. Lerner (2004), ainsi que M. Boldrin et D. K. Levine (2008).

[17](#) Évidemment, cette thèse fut proposée comme pendant inversé de celle de Hardin sur la « tragédie des communs » (1968). Pour une présentation critique de cette thèse, voir Ostrom (1990), ainsi que notre article (Coriat, 2014).

[18](#) Une présentation circonstanciée de ces évolutions et des menaces qu'elles faisaient peser sur les communs scientifiques est proposée dans Coriat et Orsi (2002). Sur ce point, voir aussi Nelson (2004). Plus généralement, sur les mutations qui ont affecté le droit américain de la propriété intellectuelle, voir Coriat (2002a et 2002b).

[19](#) Les notions de GPL (General Public License) et de Copyleft et leurs significations sont précisées chapitre 5. Disons ici simplement qu'il s'agit de type de licences qui garantissent le libre accès aux codes sources des logiciels ainsi que leur libre utilisation, duplication et diffusion

[20](#) En matière de matériel biologique, la constitution de collections et de bases de données, ainsi que la définition des droits d'accès posent des questions spécialement complexes. Sur ce thème, voir F. Bellivier et C. Noiville (2006) et (2009), ainsi que le chapitre 9 de cet ouvrage.

[21](#) On peut d'ailleurs soutenir que dans la plupart des CI, le droit au « prélèvement » étant en général réduit à des formulations simplifiées (du fait de la propriété de non-rivalité du bien

information, il n'y a aucun risque de voir se dégrader le stock d'informations présent dans le commun), ce sont les règles d'« enrichissement » qui tiennent la place centrale et le rôle clé.

[22](#) On définit ici l'innovation comme toute activité contribuant à l'enrichissement du *pool* de ressources informationnelles offert et géré par le commun.

[23](#) Il est de ce point de vue remarquable de constater que dans le cas des plates-formes d'innovations évoquées plus haut, c'est aussi le recours le plus large aux contributeurs potentiels de solutions qui est recherché, même si la solution proposée et retenue est appropriée privativement (par la firme ou l'institution qui l'acquiert) et donne alors lieu à une transaction marchande avec « l'inventeur » à l'origine de la « solution » retenue par le « demandeur de solution » qui a posté l'énigme à résoudre.

[24](#) Dans Coriat et Weinstein (2011), nous retraçons, dans le cas des États-Unis, l'histoire longue et complexe qui a abouti à faire passer le droit de déposer une invention (et donc de bénéficier d'un brevet) des *individus (longtemps titulaires exclusifs de ce droit)* à des entités collectives, au premier rang desquelles les entreprises.

[25](#) La notion de P2P (*Peer to Peer*) désigne des formes de coopération « horizontales » (entre paires) généralement à travers des réseaux internet. Ces réseaux sont souvent le lieu de formes d'innovation dite « ouverte ». Sur ce point, voir aussi les travaux pionniers et fondateurs d'E. von Hippel (2005).

CHAPITRE 2

Revisiter la propriété pour construire les communs

FABIENNE ORSI

Le renouveau du thème des communs est étroitement lié à la propriété puisque c'est dans la réaction à la remontée du dogme propriétaire, notamment dans le domaine de l'immatériel, que ce renouveau prend sa source. Néanmoins, la propriété est souvent envisagée comme ne pouvant être que privée et exclusive, le commun se construisant dès lors en opposition à cette dernière. On reconnaît aussi l'existence d'une propriété publique. Toutefois, son identification systématique à la propriété d'État en fait un objet de violentes controverses eu égard au processus grandissant de privatisation et de ventes des biens et des services publics par les États des économies contemporaines. La critique est d'autant plus sévère que ce processus témoigne de la perte du contrôle citoyen sur les biens appartenant à la collectivité et de leur bascule vers la sphère marchande. Cela explique que le commun est souvent considéré comme « une troisième voie » entre propriété publique et propriété privée, entre État et marché. Cela explique aussi que, au cœur de la plupart des initiatives et du débat sur les communs, se dessine une même volonté des acteurs de se ressaisir collectivement de la *chose publique*. De nouvelles formes d'organisations collectives émergent, de nouvelles manières de penser nos économies, selon des modèles d'économie collaborative ou de « pairs à pairs », se développent. Néanmoins, malgré le foisonnement d'initiatives, le débat sur la manière de penser la propriété dans son rapport au commun demeure en retrait, l'idée souvent partagée, notamment en France, étant que le commun nécessite de s'organiser à côté ou par des canaux différents de ceux propres à la propriété. Or, adopter ce parti pris, c'est, selon nous, se restreindre à penser et agir dans le cadre de la vision dominante de la propriété ; c'est s'empêcher de se saisir de la propriété

pour en transformer la fonction. L'idée que nous souhaitons défendre dans ce chapitre est que penser et construire le commun oblige à reconquérir la propriété, et que cette reconquête passe par le développement d'une autre manière de concevoir la propriété. Des conceptions alternatives de la propriété existent, qui ont marqué l'histoire, et leur réémergence pourrait revêtir un enjeu capital pour l'avenir du mouvement des communs. L'exemple le plus abouti est sans conteste la conception de la propriété en termes de *faisceau de droits distribués*, développée par les juristes réalistes et les penseurs progressistes américains de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle. C'est cette notion que la grande penseuse contemporaine des communs, Elinor Ostrom, a mobilisée et adaptée de façon magistrale pour proposer une conception inédite de la propriété organisant les communs fonciers. Au même moment, au début du XX^e siècle, un courant de pensée se développait sous l'impulsion du juriste français Léon Duguit autour de la notion de *fonction sociale de la propriété*, qui allait opérer un renversement complet de la vision dominante de la propriété conçue comme droit subjectif et absolu de l'individu.

Dans ce chapitre, nous nous proposons de revenir sur ces deux conceptions de la propriété. Une première partie, qui vient ainsi compléter et développer ce qui a déjà été présenté sur ce point au chapitre précédent, est consacrée à la notion de faisceau de droits. Nous revenons brièvement sur l'origine de cette notion, ainsi que sur le contexte économique et social dans lequel elle se développe. Nous exposerons ensuite la manière dont Elinor Ostrom mobilise cette conception de la propriété pour en proposer une approche inédite permettant de comprendre son rôle essentiel dans l'organisation des communs du domaine des ressources naturelles. Nous soulignerons toute la portée de cette conception de la propriété au-delà des communs fonciers en mettant l'accent sur son opérationnalité pour traduire les nouveaux usages du droit d'auteur dans des initiatives du type de celle des logiciels libres. Une deuxième partie du chapitre présentera la genèse et les principaux éléments au fondement de la conception de la propriété comme fonction sociale. Nous reviendrons tout d'abord sur le principal texte que Léon Duguit consacra à cette question avec l'objectif premier de mettre en lumière toute la puissance de cette vision alternative de la propriété en rupture radicale avec la représentation dominante du droit de propriété. Nous finirons sur quelques exemples témoignant de l'actuelle renaissance de cette conception de la propriété, dont le plus illustre :

l'initiative italienne pour la reconnaissance d'un statut juridique pour les biens communs.

1. La propriété comme faisceau de droits

La conception de la propriété en termes de faisceau trouve ses origines dans les premiers travaux de l'économiste institutionnaliste John Commons, ainsi que dans le courant juridique critique nord-américain dit du *legal realism* (ou réalisme juridique) qui émerge entre la fin du XIX^e et le début du [XX^e siècle](#)¹. Pour Commons comme pour les juristes réalistes, il s'agit d'affirmer que les concepts juridiques n'ont pas de sens préétabli, et de proposer une analyse basée sur des catégories réalistes et pragmatiques, c'est-à-dire construites à partir de l'observation de définitions établies empiriquement et de leur mobilisation par les acteurs. D'une manière générale, l'objectif est de dépasser l'idée dominante de neutralité des juges et des tribunaux et de leur indifférence aux forces sociales en jeu pour mettre en lumière le fait que l'activité judiciaire dissimule en fait des préférences politiques, et que les décisions de justice résultent en réalité de mécanismes d'arbitrage quasiment politiques entre intérêts sociaux concurrents (Kirat et Melot, 2006).

Le réalisme juridique émerge à un moment particulier de l'histoire intellectuelle et politique des États-Unis. C'est pourquoi ce courant juridique critique se trouve fortement lié au mouvement progressiste qui se crée en opposition au courant du « laissez-faire », et se développe entre 1880 et 1930 (Fried, 1998). Les enjeux sont d'ordre théorique mais aussi politique : il s'agit de défendre l'idée de l'interventionnisme de l'État dans la régulation de l'économie en s'attaquant à deux piliers fondamentaux du « laissez-faire » : les lois naturelles de marchés comme régulateurs de la justice sociale, et le respect absolu des droits de propriété. Les enjeux sont d'autant plus importants que le « laissez-faire » et le principe de droit naturel de propriété sont considérés comme étant inscrits dans la Constitution des États-Unis. Cela fonde le principe d'intervention minimale de l'État dans la régulation économique, et conduit à rejeter toute limitation à l'exercice des droits de propriété ou à la liberté de contracter. Dès lors, l'apport des premiers « réalistes » se situe dans cette lutte contre le « laissez-faire », car en s'attaquant au droit naturel de propriété, ils vont grandement contribuer à affaiblir les droits

constitutionnels afférents, et autoriser l'intervention de l'État dans le contrôle et la redistribution des droits de propriété.

Comme nous le verrons, le juriste américain Wesley Hohfeld a joué un rôle considérable tant dans la révolution conceptuelle des droits de propriété que dans la manière dont s'organise la distribution de ces droits. Toutefois, c'est à John Commons que l'on doit les travaux précurseurs sur le renouvellement de la conception de la propriété. C'est précisément dans un ouvrage publié en 1893 sous le titre *The Distribution of Wealth* que l'auteur donnera une définition de la propriété en termes de faisceau de droits (Commons, 1893). En réalité, ce sont les thèmes centraux abordés dans cet ouvrage que relayeront par la suite les pères fondateurs du réalisme juridique. L'ouvrage de Commons est de fait un assaut frontal contre le mouvement du « laissez-faire », et son influence sur le réalisme juridique historique semble avoir été considérable (Stone, 2009).

1. John Commons, la propriété distribuée et la répartition des richesses

Il n'est pas inutile d'indiquer que *The Distribution of Wealth* fait partie de ces écrits marginalisés ayant fait l'objet de critiques sévères dans le cercle des économistes où les tenants du « laissez-faire » étaient largement représentés à cette époque. L'ouvrage fut accusé par certains d'être « une tentative déguisée de trouver des bases scientifiques pour une théorie du socialisme », et valut à Commons d'être licencié de son poste d'enseignant universitaire pour ses positions « radicales » (Stone, 2009, p. 12).

Dans son ouvrage, Commons défend l'idée que la répartition des richesses résulte de la politique de l'État, et non des forces naturelles de marché. Par politique de l'État, Commons entend non seulement la régulation explicite de l'État, mais aussi les règles juridiques qui définissent et protègent la propriété et gouvernent l'échange. Il écrit, à propos de la vision du droit de propriété chez les économistes : « Les économistes considèrent les lois sur la propriété comme données, et postulent que celles-ci sont fixes et immuables par la nature des choses et qu'en conséquence, cela ne nécessite aucune investigation. Mais de telles lois évoluent, elles diffèrent selon les peuples et les époques, et elles ont une influence significative sur la production et la répartition des richesses » (Commons, 1893, p. 84). Ainsi, chez Commons, il s'agit bien de s'attaquer à l'idée de droit naturel et immuable de propriété. La propriété consiste en une création de l'État par le biais de règles légales.

La nature de ces règles a dès lors une influence déterminante sur la production et la distribution des richesses. En agissant par le biais de la loi, l'État génère des privilèges de monopole permettant aux individus privés d'en retenir les bénéfiques. Ainsi, pour Commons, la manière dont les droits de propriété sont définis, distribués et protégés juridiquement détermine la distribution du revenu. C'est pourquoi, selon Commons, l'État est le premier acteur dans la distribution du revenu.

L'idée fondatrice que la propriété ne peut exister sans l'État induit qu'elle ne peut être cette chose absolue et illimitée que la loi viendrait restreindre après coup. L'État définit la propriété qu'il distribue entre les individus et ce qu'il se réserve, ou plus largement la part qu'il attribue à la sphère publique. Ainsi, la part attribuée à la propriété privée peut être plus ou moins importante. Pour Commons, « la propriété n'est pas un droit absolu, mais un faisceau de droits. Les différents droits qui la composent peuvent être distribués entre les individus et la société, certains sont publics, d'autres privés, certains sont définis, d'autres restent à définir » (Commons, 1893, p. 92).

Commons décompose ainsi la propriété en plusieurs droits, certains relevant de la sphère publique et des compétences de l'État, d'autres du domaine privé. Dès 1893, Commons élabore les bases conceptuelles de la propriété comme faisceau de droits, c'est-à-dire une propriété non absolue, composée de plusieurs droits non figés et dont la nature peut varier et se redéfinir en fonction des sociétés et des gouvernements. Les travaux du juriste américain Hohfeld poseront les jalons suivants en faisant de la propriété une relation sociale.

2. Hohfeld : la propriété comme relation sociale

Le rôle du juriste américain Hohfeld au sein du courant du réalisme juridique est unanimement reconnu (Penner, 1996). Sa contribution majeure est de proposer un usage novateur de la notion de droit, usage à partir duquel il élabore un cadre analytique visant à décrire la réalité complexe du phénomène juridique et partant, d'appréhender différemment les problèmes posés et leur résolution (Hohfeld, 1913). Hohfeld part du constat que le terme de « droits » (*rights*) est en fait utilisé pour nommer des choses différentes telles que le droit de propriété, le droit de circuler librement, le droit de manifester, et qu'il s'agit de l'usage d'un même qualificatif recouvrant en fait des réalités très différentes : de simples

autorisations, des interdictions faites pour protéger une liberté, des impossibilités juridiques de venir faire obstacle à l'exercice d'une liberté, etc. (Bennet, 2011).

Plus encore, selon Hohfeld, le terme de « droits » est utilisé indistinctement pour qualifier dans certains cas un privilège, dans d'autres un pouvoir ou encore une immunité, plutôt qu'un droit dans le sens le plus strict. C'est ainsi que dans certains cas, le terme de « droits » en matière de propriété par exemple est utilisé pour désigner un pouvoir, une prérogative ou encore un privilège.

Partant de ce constat, pour Hohfeld, il est erroné de résumer la relation juridique à l'opposition classique entre droits et devoirs. Réduire la relation juridique à cette opposition est insuffisant pour décrire la complexité de la réalité juridique et trouver des solutions concrètes aux problèmes posés par les litiges. Dès lors, toute tentative de définitions formelles des relations juridiques est vaine. Hohfeld propose alors de procéder à un recensement exhaustif de toutes les relations juridiques selon une organisation entre opposés (*opposites*) et équivalents (*correlatives*). Le cadre analytique qu'il formule procède par décomposition et recomposition des relations juridiques à partir de huit notions : « *rights and duties, privileges and no-rights, powers and liabilities, immunities and disabilities* » (droits et devoirs, privilèges et non-droits, pouvoirs et assujettissements, immunités et incapacités), ces huit notions formant quatre relations juridiques fondamentales unies par les principes d'opposition et de corrélation (ou d'équivalence).

L'analyse détaillée de la théorie du droit d'Hohfeld ainsi que l'exposé des débats auxquels ses travaux ont donné lieu dépassent le cadre de ce chapitre. En revanche, ce qu'il nous importe de mettre en avant est la portée de ce cadre analytique lorsqu'on l'applique à la propriété. Matthieu Bennet nous éclaire sur ce point en mettant en lien l'analyse d'Hohfeld et ses prises de position en faveur du droit du travail au moment de l'opposition violente du milieu juridique aux droits des travailleurs (Bennet, 2011). Nous sommes au début du ^exx siècle, et bien que le droit de grève soit reconnu, on assiste à une restriction importante de ce droit au nom de la protection de la propriété privée au motif que les grévistes y portent atteinte. Son analyse des relations juridiques permet à Hohfeld de faire une distinction capitale entre d'une part le fait d'avoir le droit de faire quelque chose, et d'autre part celui d'être protégé de toute intervention

extérieure qui viendrait faire obstacle à l'exercice de ce droit. Ainsi, pour Hohfeld, « d'un point de vue juridique, il ne suffit pas de constater l'existence d'un droit de propriété constitutionnellement protégé pour en déduire le devoir pour certaines personnes de ne pas mener des actions de revendication syndicale. Passer de l'une à l'autre n'a rien d'une nécessité logique, d'une vérité d'essence au sujet de la propriété privée » (Bennet, 2011, p. 151). La propriété privée n'est pas une norme dont la signification objective serait l'interdiction de tous les comportements nuisibles à son usage et à sa valorisation. Il faut justifier plus qu'un droit de propriété pour légitimer ces interdictions. En outre, le droit de grève n'est pas une atteinte à la liberté de la propriété, et est tout aussi fondé dans la Constitution des États-Unis (Bennet, 2011). « C'est une chose d'avoir le droit d'user de sa propriété, mais ce droit est un faisceau de droits particuliers et qui reste à spécifier » (Bennet, 2011, p. 152).

Cette très succincte présentation des origines de la propriété conçue comme faisceau de droits montre le changement complet de perspective qui s'opère pour penser la propriété. Ici, la propriété ne relève ni d'un droit naturel ni d'un droit absolu d'une personne sur une chose. Elle est émanation de l'État, et constitue une relation sociale. Elle est un faisceau de droits socialement construit qui, soumis aux rapports sociaux, se décompose et se recompose en fonction des forces sociales en présence. Les différents droits composant la propriété se définissent, évoluent et sont distribués entre la sphère privée et la sphère publique de façon différente selon les périodes de l'histoire et les politiques publiques mises en œuvre.

Ce changement de perspective pour penser la propriété eut un retentissement tel qu'il fut identifié par certains auteurs à un programme de « détronement » de la propriété. De fait, cette conception de la propriété allait ouvrir la voie aux *New Deals* et à l'avènement de l'État interventionniste aux États-Unis.

3. D'Ostrom aux licences libres : le renouveau des faisceaux de droits

Revenir sur la manière dont la conception de la propriété comme faisceau de droits a été récupérée par l'école de Chicago au tournant des années 1970 dépasserait le cadre de ce [chapitre](#)². Rappelons simplement que pour ces nouveaux théoriciens de la propriété, il s'agit de rétablir la

suprématie de la propriété privée et exclusive au nom de l'efficacité économique. Ainsi, si la propriété constitue bien un faisceau de droits, elle est désormais associée à l'idée que l'efficacité d'un système de propriété impose le contrôle total d'un propriétaire unique sur l'ensemble des droits du faisceau, et au fait que la pleine liberté d'exercer l'ensemble de ces droits est reconnue à ce dernier. Utilisée de la sorte, la notion de propriété comme faisceau de droits se trouve considérablement appauvrie. Que reste-t-il de la fonction distributive de la propriété dès lors que celle-ci se trouve enfermée dans une vision néolibérale ?

Lorsque Ostrom publie avec sa collègue juriste Schlager un article intitulé « Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis », un véritable renouveau de la notion de faisceau de droits s'opère. Dans cet article, les auteures proposent un schéma conceptuel permettant de distinguer et caractériser les différents régimes de propriété selon divers faisceaux de droits pouvant être détenus par des utilisateurs de ressources naturelles (Schlager et Ostrom, 1992). En s'inscrivant dans la lignée de John Commons, les auteures vont redonner toute sa portée et toute son ampleur à la notion de faisceau de droits, et ce, en la plaçant au cœur des régimes de propriété organisant les communs du domaine des ressources naturelles. Soulignons au passage que l'on retrouve chez Ostrom la même démarche pragmatique spécifique à Commons et aux juristes réalistes. L'analyse d'Ostrom découle effectivement d'études empiriques portant majoritairement sur des systèmes de ressources naturelles qu'elle qualifie de *pools* communs de ressources (CPR [*Common-Pool Resources*] : lacs, rivières, pêcheries, systèmes d'irrigation, forêts, etc.) qui produisent ou comprennent des unités de ressources (poissons, arbres, quantité d'eau, etc.). Ces CPR se caractérisent à la fois par le fait qu'ils sont constitués de biens « rivaux » en ce sens que la consommation, par un individu donné, d'une partie des biens qu'il inclut, prive les autres de la jouissance de ces mêmes biens, et qu'il est difficile d'exclure les utilisateurs potentiels. Ainsi, ils partagent certains attributs à la fois des biens privés et des biens publics.

La question posée est celle de savoir quel régime de propriété, dans une situation donnée, se présente comme le plus approprié pour assurer la consommation de la ressource tout en garantissant sa préservation et son développement durable. Rappelons [ici](#)³ que pour étudier le type de propriété associé à un *pool* commun de ressources particulier, Ostrom et

Schlager proposent une définition de la propriété décomposée en cinq droits (le droit d'accès, le droit de prélèvement, le droit de gestion, le droit d'exclure, le droit d'aliéner), eux-mêmes répartis en deux niveaux hiérarchiques : un niveau inférieur qualifié d'opérationnel (« *operational level property rights* ») où se situent les droits d'accès au CPR et de prélèvement (*withdrawal*) des unités de la ressource (des poissons dans une pêcherie, du bois dans une forêt, etc.), un niveau supérieur dit de choix collectif (« *collective-choice rights* ») où se définissent les règles qui seront appliquées d'un point de vue opérationnel. À ce niveau se situent trois types de droits : le droit de gestion (*management*), le droit d'exclure et le [droit d'aliéner](#)⁴.

Sur la base de cette décomposition de la propriété en cinq droits indépendants, quatre types de détenteurs de droits de propriété sont caractérisés, cette catégorisation s'appliquant aussi bien à un individu qu'à une collectivité (ou communauté). Il s'agit : i) des utilisateurs autorisés (*authorized users*) ; ii) des détenteurs de droits d'usage et de gestion (*claimants*), détenteurs par rapport aux « utilisateurs autorisés » d'un droit relevant du niveau supérieur, le droit de gestion ; iii) des propriétaires sans droit d'aliéner (*proprietors*) mais possédant le droit d'exclure ; iv) enfin est définie la catégorie des propriétaires (*owners*), qui est la seule à détenir l'ensemble du faisceau de droits.

Cette typologie a d'abord comme avantage de rendre compte de la complexité du monde des droits de propriété. Elle permet surtout d'identifier des régimes de propriété se composant et se décomposant selon la distribution des droits qu'ils incluent. On remarquera la centralité du droit d'exclure et d'aliéner dans la catégorisation proposée par Ostrom et Schlager. En matière de propriété partagée par une communauté, Ostrom indique qu'« un groupe d'individus est considéré comme partageant des droits communautaires de propriété lorsque ces individus ont au moins formé des droits collectifs de gestion et d'exclusion en relation avec un système de ressources définies et des unités de ressources produites par ce système » (Ostrom, 2000, p. 342). Ainsi, deux types de régime de propriété commune sont qualifiés selon que le droit d'aliéner est attribué ou non à la communauté : un régime de type « *communal proprietorship* », en l'absence de droit d'aliéner ; un régime dit « *communal ownership* », lorsque le droit d'aliénation participe lui aussi, avec les droits de gestion et d'exclusion, du niveau de choix collectif. La

théorisation proposée par Schlager et Ostrom permet de mettre en évidence que les régimes de propriété qui sous-tendent ces CPR sont souvent des régimes de propriété commune sans droit d'aliénation sans que cela implique le moindre investissement dans la préservation des ressources.

*

La contribution théorique d'Ostrom et Schlager est déterminante, car en mettant en évidence la nature des droits qui gouvernent les communs, les auteures redonnent de l'ampleur à la conception de la propriété comme faisceau de droits. Elles donnent en effet corps à l'idée que la propriété ne peut se concevoir que comme relative et partagée entre plusieurs acteurs. Elles autorisent à penser des formes de propriété partagée au sein même d'une communauté, mais aussi des formes de propriété où la distribution des droits s'opère entre l'autorité publique et une communauté, ou encore entre communautés et individus, ou bien encore entre État et individus.

À y regarder de près, on pourrait arguer, mais ceci exigerait une analyse et des développements auxquels nous ne pouvons nous livrer ici, que ce sont ces mêmes principes de distribution, cette même organisation de la propriété que l'on retrouve au fondement des licences des logiciels libres. Ici, le support juridique est celui du droit d'auteur lequel, plutôt que d'être utilisé dans une logique exclusiviste et propriétaire, s'ouvre, par le biais du contrat, à l'ensemble d'une communauté, et se décline en plusieurs droits et devoirs de l'utilisateur-contributeur. Précurseurs d'une nouvelle manière d'organiser la propriété intellectuelle selon des principes de distribution et de non-exclusion, les auteurs des logiciels libres ont inventé une nouvelle manière de se saisir du droit de propriété à des fins de partage. Depuis la première licence publique générale, les licences inspirées du principe d'ouverture et de partage se sont multipliées au-delà du monde des logiciels et des technologies de l'information. Tel est par exemple le cas des *creative commons*. Ce faisant, à la grande différence des régimes de propriété décrits et conceptualisés par Ostrom et Schlager, ce sont les principes d'ouverture et d'inclusion qui fondent les droits centraux du faisceau dans le domaine de ces nouvelles licences libres. Dans la philosophie des logiciels libres, le droit d'auteur est mobilisé pour protéger juridiquement les « libertés » accordées à chacun des utilisateurs : liberté d'exécuter, de copier, de distribuer, d'étudier, de modifier et d'améliorer

ces [logiciels](#)⁵. Ainsi, ouverture et inclusion sont organisées et protégées par la propriété selon des modalités bien précises de distribution des droits qui composent le faisceau. Il se pourrait donc bien qu'un nouveau mouvement soit né, porteur d'une conception renouvelée de la propriété comme faisceau de droits.

2. La fonction sociale de la propriété : genèse et résurgence contemporaine

Au cours des conférences qu'il donna à la faculté de droit de Buenos Aires en 1911, le juriste français Léon Duguit affirmait : « La propriété n'est pas un droit, elle est une fonction sociale. » Ce discours de Duguit allait jeter les bases d'une nouvelle définition de la propriété, radicalement opposée à la conception individualiste fondée sur le droit subjectif et absolu de l'individu. Duguit publia ces conférences sous le titre *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (Duguit, 1912).

L'objectif général de Duguit est de défendre l'idée que la conception purement individualiste du droit sur lequel reposent le Code Napoléon ainsi que la plupart des législations modernes est en train de s'effondrer au profit d'un système juridique fondé sur une « conception essentiellement socialiste ». Au sujet de cette conception socialiste, Duguit précise : « Il est bien entendu que j'emploie ce mot parce que je n'en ai pas d'autre, qu'il n'implique dans ma pensée aucune adhésion à un parti politique quelconque, qu'il marque simplement l'opposition entre un système fondé sur l'idée de droit subjectif de l'individu et celui fondé sur l'idée de règle sociale s'imposant à l'individu » (Duguit, *op. cit.*, p. 8). Remarquons tout d'abord la manière dont Duguit envisage la transformation du droit : « Je suis de ceux qui pensent que le droit est beaucoup moins l'œuvre du législateur que le produit constant et spontané des faits. Les lois positives, les codes peuvent subsister intacts dans leurs textes rigides : peu importe ; par la force des choses, sous la pression des faits et les besoins pratiques, se forment constamment des institutions juridiques nouvelles. Le texte est toujours là, mais il est devenu sans force, sans vie » (Duguit, *op. cit.*, p. 3). On notera le rapprochement évident de la pensée de Duguit avec le courant du réalisme juridique américain, Duguit n'ayant d'ailleurs cessé de défendre l'idée de l'avènement d'un système juridique fondé sur une

conception réaliste. Ce point est essentiel. Il indique que la manière de concevoir le droit et son évolution n'est pas tant liée à la nature du droit, qu'il soit de tradition continentale ou de *common law*, qu'à la vision que l'on en a, ou plus encore à la pensée dominante qui s'impose. Quant à la définition du droit subjectif au fondement du Code Napoléon, Duguit, tout en soulignant les multiples controverses sur la « vraie nature » de ce droit, remarque que celles-ci aboutissent à la même définition. Le droit subjectif de l'individu, « c'est le pouvoir qui appartient à une volonté de s'imposer à une ou plusieurs autres volontés, quand elle veut une chose qui n'est pas prohibée par la loi » (Duguit, *op. cit.*, p. 10). Et Duguit de préciser que dans cette représentation, « les droits se traduisent toujours en fait dans le pouvoir que j'ai d'imposer, même par la force, à d'autres individus, ma volonté ». Or, selon Duguit, le début du xx^e siècle voit disparaître la notion de droit subjectif en même temps que la conception individualiste du droit au profit de l'émergence d'un nouveau système juridique reposant sur une conception « exclusivement réaliste » : « C'est la notion de fonction sociale. L'homme n'a pas de droit, la collectivité n'en a pas davantage. Mais tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter. Et cela est précisément le fondement de la règle sociale qui s'impose à tous, grands et petits, gouvernants et gouvernés » (Duguit, *op. cit.*, p. 20).

Au cours des conférences de Buenos Aires, la tâche que s'assigne Duguit est de faire comprendre cette transformation, ainsi que la manière dont elle s'accomplit et en quoi elle consiste. La propriété constitue la ligne de mire principale de Duguit. Il précise d'ailleurs : « La propriété individuelle conçue comme droit est l'élément fondamental de tout système civiliste ; et l'on a pu dire non sans raison que le Code Napoléon était le code de la propriété » (Duguit, *op. cit.*, p. 31). D'aucuns s'accordent à reconnaître que parmi l'ensemble de ses écrits, c'est à l'occasion des conférences de Buenos Aires que Duguit expose de la façon la plus explicite sa conception de la propriété comme fonction sociale (Mirow, 2010). C'est en effet à cette occasion que Duguit donne la définition la plus complète et la plus argumentée de la propriété telle qu'il la conçoit : « Elle n'est plus dans le droit moderne le droit intangible, absolu que l'homme détenteur de la richesse a sur elle [...]. La propriété n'est pas un droit, elle est une fonction sociale. Le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur de la richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une

fonction sociale à remplir ; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination » (Duguit, *op. cit.*, p. 20).

Notons que ce qui intéresse Duguit, c'est la propriété capitaliste, et en particulier la propriété foncière pour laquelle l'auteur observe les transformations les plus frappantes, notamment en France. Pour Duguit, la propriété est une institution sociale qui se transforme pour répondre à des besoins économiques, c'est-à-dire à des besoins d'affecter certaines richesses à des buts individuels ou collectifs définis, et par suite de garantir et protéger socialement cette affectation.

Or, dans la conception individualiste et civiliste, la propriété est déclarée intangible, et seule est considérée l'affectation de la richesse à un but individuel. Les rédacteurs des textes ont ainsi cru que « le seul moyen de protéger cette affectation, c'était de donner au détenteur de la chose un droit subjectif absolu, absolu dans la durée, absolu dans ses effets ; un droit qui aurait pour objet la chose appropriée et pour sujet passif tous les individus autres que l'affectataire lui-même ». Selon Duguit, l'observation directe des faits et des décisions de justice montre que le système civiliste de la propriété se disloque notamment parce qu'il est bâti sur le droit subjectif et sur la protection unique des fins individuelles, et qu'il ne peut ainsi servir à protéger l'affectation d'une chose à un but collectif. Pour Duguit, le début du xx^e siècle est marqué par une conscience de plus en plus vive et profonde de l'[interdépendance sociale](#)⁶. En ce sens, la propriété se socialise, non pas qu'elle devienne collective, mais parce qu'elle cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale, et parce que l'évolution des sociétés fait que les cas d'affectation de la richesse à des collectivités, qui doivent être juridiquement protégés, deviennent de plus en plus [nombreux](#)⁷. « Ainsi se trouvent très facilement et très logiquement expliquées toutes les décisions qui reconnaissent et sanctionnent l'impossibilité pour le propriétaire de ne faire sur la chose qu'il détient aucun acte qu'il n'a pas d'utilité à faire. Et voilà ces décisions expliquées sans recourir aux théories contradictoires et inapplicables de l'abus du droit, de la limitation du droit de propriété, fondées sur la

distinction impossible de l'usage normal et anormal du droit de propriété. »

*

Ce bref exposé ne rend bien sûr pas compte de manière exhaustive de la pensée de Duguit. Notre seule ambition était de mettre en avant la rupture radicale qu'il opère avec les juristes « classiques » selon lesquels, pour reprendre ses propres mots, « la propriété est en droit une certaine chose, qu'elle est forcément cette chose-là, et que si elle cessait de l'être, elle cesserait d'être la propriété » (Duguit, *op. cit.*, p. 148). Il s'agit d'une manière dogmatique de comprendre le droit, déclare Duguit, et c'est bien là toute la puissance de son propos. La propriété peut être conçue, pensée, utilisée différemment.

La conception de la propriété comme fonction sociale eut un impact considérable au plan international. Elle circula dans les milieux universitaires de nombreux pays d'Amérique latine, en Europe de même qu'aux États-Unis. Elle influença les textes juridiques eux-mêmes : certains pays, dont l'Argentine, reconsidérèrent leur définition de la propriété, et introduisirent dans leur Constitution des références à la fonction sociale de la propriété (Mirow, 2010). Longtemps oubliée, cette approche de la propriété émerge de nouveau aussi bien dans le débat intellectuel que dans la pratique. Au sein de la pensée juridique américaine, l'idée de la fonction sociale de la propriété connaît une véritable « renaissance » (Mirow, *op. cit.*). Dans plusieurs pays d'Amérique latine, la mobilisation de cette conception de la propriété se développe de façon croissante. Le Brésil, en particulier, a introduit en 2002 dans son code civil une « fonction environnementale » de la propriété. Cette mobilisation contemporaine de la « propriété-fonction », en Amérique latine notamment, s'inscrirait, selon le juriste italien Ugo Mattei, dans une logique de résistance au néolibéralisme (Mattei, 2005). Le cas le plus significatif pour notre propos concerne l'initiative italienne pour la création d'un statut juridique pour les biens communs. En 2007, une commission sur les biens publics présidée par le juriste Stefano Rodotà est chargée par le ministère de la Justice de préparer un projet de loi constitutionnelle portant sur la modification des normes du code civil en matière de biens publics (Lucarelli et Morand-Duvillier, 2014). La

commission Rodotà remplit sa mission en proposant un projet de loi réformant certains articles du code civil relatifs à la propriété publique avec pour idée principale l'introduction de la catégorie juridique de biens communs, associée à la reconnaissance des droits des citoyens à la jouissance de ces biens. Pour la commission Rodotà, il s'agissait de créer un cadre légal permettant d'empêcher constitutionnellement le processus de privatisation des services publics locaux, dont la gestion de l'eau potable, ainsi que la vente non régulée du patrimoine public *via* le transfert de ce dernier vers des entreprises privées ou semi-privées. Selon Alberto Lucarelli, professeur de droit constitutionnel et membre de la commission, « le projet de réforme était de donner à l'État les moyens juridiques pour récupérer et ordonner la propriété de certains biens » (*op. cit.*, p. 2). « Il s'agissait alors de créer une nouvelle catégorie de biens, celle de biens communs, dont la titularité, le contrôle, la possession, la gestion, relèveraient de la collectivité dans son ensemble, et non d'une structure administrative telle que l'État, et dont la législation devrait reposer sur certains principes fondamentaux et sur l'idée qu'ils constituent des biens par définition indisponibles, parce qu'ils sont indispensables à la satisfaction des besoins primaires de tous et de chacun » (Lucarelli, 2012). Bien que particulièrement inventif, le projet de loi de la commission Rodotà se fonde sur des dispositions de la Constitution italienne peu connues ou largement sous-utilisées faisant valoir, pour certaines d'entre elles, le principe de la fonction sociale de la propriété publique et privée (Lucarelli et Morand-Duviller, *op. cit.*). Ainsi, la Constitution italienne contient des dispositions relatives à la fonction sociale de la propriété, qui sont toutefois rarement ou partiellement appliquées et que les rédacteurs du projet de loi entendaient mobiliser pour créer un statut juridique pour les biens communs. Pour ces derniers, il s'agissait bien de réactiver les fondements de la conception de la propriété comme fonction sociale.

Aucune suite législative ne fut donnée au travail de la commission Rodotà, mais l'essence même du projet continue d'essaimer *via* plusieurs initiatives locales et par des mobilisations citoyennes dont la plus emblématique fut le référendum populaire sur l'eau bien commun.

Ainsi, malgré l'adversité, pouvons-nous affirmer qu'une période s'ouvre où une redéfinition de la propriété devient possible, redéfinition qu'il convient de travailler en la liant au mouvement en marche, bien réel, des communs. Certes, le chemin peut paraître encore long et semé d'obstacles.

Mais ne pourrions-nous pas nous inspirer là encore de Léon Duguit pour affirmer avec lui que les grandes transformations s'opèrent souvent « en dehors de l'intervention du législateur, malgré son silence, et, je pourrais dire, malgré même parfois son intervention en sens contraire » (Duguit, 1912, p. 19) ?

Références

- Bennet M., « Le droit et l'analyse philosophique des droits selon W. N. Hohfeld », *Klesis – Revue philosophique*, n^o 21, *Philosophie analytique du droit*, 2011, p. 133-156.
- Commons J. R., *The Distribution of Wealth*, Macmillan and Co., 1893.
- Duguit L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Librairie Félix Alcan, 1912.
- Fried B., *The progressive assault on laissez-faire : Robert Hale and the first law and economics movement*, Harvard University Press, 1998.
- Hohfeld W. N., « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *Yale Law Journal*, n^o 23, 1913, p. 16-59.
- Kirat T., Melot M., « Du réalisme dans l'analyse économique des conflits d'usage : les enseignements de l'étude du contentieux dans trois départements français (Isère, Loire-Atlantique, Seine-Maritime) », *Développement durable et territoires*, dossier 7, 2006.
- Lucarelli A., Morand-Deviller J., « Biens communs et fonction sociale de la propriété, le rôle des collectivités locales », *Revue du MAUSS permanente*, 23 avril 2014.
- Lucarelli A., « Au sein de la constitution et au-delà de la constitution. À la recherche de nouvelles dimensions de droit public : participation et biens communs », octobre 2012, séminaire samizdat.
- Mattei U., « The Peruvian Civil Code, Property and Plunder. Time For a Latin American Alliance to Resist the Neo Liberal Order », 5 *GLOBAL JURIST TOPICS*, art. 3,1, 2005.
- Mirow M., « The Social-Obligation Norm of Property : Duguit, Hayem, and Others », Research Paper n^o 10-60, *FIU Legal Studies Research Paper Series*, 2010.
- Orsi F., « Elinor Ostrom et les faisceaux de droits : l'ouverture d'un nouvel espace pour penser la propriété commune », *Revue de la régulation*, n^o 14, 2013.
- Ostrom E., « Private and common property rights », in Bouckaert B., De Geest G. (éd.), *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, *Civil Law and Economics*, Edward Elgar, 2000, p. 332-379.
- Penner J.E., « The “bundle of rights” picture of property », *UCLA Law Review*, 1996, p. 711-818.
- Schlager E., Ostrom E., « Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis », *Land Economics*, vol. 68, n^o 3, University of Wisconsin Press, 1992, p. 249-262.
- Stone K., « John R. Commons and the Origins of Legal Realism, Or, The *Other* Tragedy of the Commons », in *Hamilton, D & Brophy, A Transformation in American Legal History*, vol. 2, Harvard University Press, 2009.

¹ Cette section reprend pour partie les éléments développés dans un précédent article. Voir Orsi (2013).

2 Pour plus de détails, on se référera à Orsi (2013).

3 Pour le détail du contenu des différents droits visés ici, voir le chapitre 1, ainsi que notre article (Orsi, 2013).

4 Le droit de gestion est le droit à réguler les conditions d'utilisation de la ressource ainsi que les changements nécessaires à son amélioration. Il s'agit ici plus spécifiquement du droit à déterminer les règles de prélèvement de la ressource. Le droit d'exclure concerne le droit de déterminer qui va bénéficier du droit d'accès, et comment ce droit lui-même à l'accès peut (ou non) être transféré. Enfin, le droit d'aliéner est défini comme étant le droit de vendre ou de céder entièrement ou partiellement l'un ou les deux droits d'exclure et de gestion.

5 Voir le site officiel : <http://www.gnu.org/>.

6 Il s'agit d'une notion clé chez Duguit, qui s'inscrit en cela dans la lignée d'Auguste Comte. De nombreux auteurs ont inspiré Duguit. Sur ce point, voir Mirow (2010).

7 Duguit ne prône pas la disparition de la propriété privée individuelle. Il précise à ce propos : « Aussi bien je tiens à éviter ici tout malentendu. Je ne dis pas, je n'ai jamais dit, je n'ai jamais écrit que la situation économique qu'est la propriété individuelle disparaisse, doive disparaître. Je dis seulement que la notion juridique sur laquelle repose sa protection sociale se modifie. »

CHAPITRE 3

Comment se construisent les communs : questions à partir d'Ostrom

OLIVIER WEINSTEIN

La référence aux communs couvre aujourd'hui une grande diversité d'expériences, depuis des formes anciennes de gestion collective de ressources, telles que les forêts ou les pêcheries, jusqu'à des formes innovantes portées par les nouvelles technologies et l'économie numérique, comme le logiciel libre ou la construction de « communs de connaissances ». Ces expériences visent toutes, avec un degré de radicalité plus ou moins affirmé, à renouveler les formes d'organisation économique et sociale de nos sociétés. Elles proposent pour certaines des configurations complémentaires et *partiellement* alternatives aux formes marchandes et publiques propres au capitalisme contemporain – c'est le cas d'Elinor Ostrom ; elles constituent pour d'autres beaucoup plus que cela : la base d'un dépassement de ce capitalisme et d'une véritable révolution devant aboutir à un nouvel ordre social, voire un nouveau communisme.

Mais avant d'être en mesure d'apprécier ce que peuvent représenter les communs aujourd'hui, et les conditions de leur développement, il faut comprendre ce que recouvrent les diverses formes de communs, les conditions dans lesquelles ils ont été construits, et celles dans lesquelles ils peuvent durer et étendre leur champ d'action (ou au contraire périr, ou encore dériver vers des formes quasiment marchandes).

On considérera *a priori* les communs comme des formes diversifiées d'*action collective* dans la gestion de ressources, qui ont comme point commun de n'être ni purement marchandes, ni purement étatiques, de ne reposer ni sur un strict régime de propriété privée, ni sur un système de propriété et de gestion publique, et qui émergeraient à partir d'un processus d'auto-organisation et d'auto-gouvernement à l'intérieur d'un

groupe préexistant ou se constituant en même temps que se forme le commun, ce que l'on qualifiera habituellement de « communauté ». La compréhension de ce que sont les communs et des conditions dans lesquelles ils se construisent impose d'aller plus loin dans l'analyse de ces formes d'organisation, et sur ce point, les travaux d'Elinor Ostrom constituent une référence essentielle.

Elinor Ostrom est certainement la personne qui a le plus contribué, depuis maintenant plusieurs décennies, à faire de la question des communs un objet fondamental d'étude. Ses travaux aussi bien empiriques que théoriques ont été essentiels pour saisir ce qu'il faut entendre par communs, et pour écarter un certain nombre de confusions qui ont entouré les débats sur la question des communs, notamment à partir du célèbre article de Hardin (1968) sur la « tragédie des communs ». Ils sont aussi surtout essentiels pour analyser les différents types de communs en considérant comment ils reposent sur un système institutionnel et de « gouvernement » – un ensemble cohérent de règles et de normes régissant les relations entre les individus impliqués dans l'usage et/ou la production d'un certain bien, et les droits et obligations de ses membres –, ce que l'on peut voir comme un véritable système politique spécifique, c'est-à-dire un système de règles qui, comme nous le verrons, organise le système de gouvernement de la collectivité concernée ainsi que les modes de prise de décision, y compris le cas échéant la délimitation de la communauté et les conditions de gestion des conflits et de contrôle et de sanction des membres.

Une question essentielle est alors de savoir comment peuvent se constituer et évoluer ces systèmes institutionnels, quelles caractéristiques centrales ils tendent à présenter au-delà de la grande diversité des modes d'organisation et de fonctionnement des communs, et ce qui peut assurer (ou non) leur pérennité ainsi que leur « valeur » ou leur vertu sociale. Car, pour tous ceux qui font la promotion des communs, ce qui importe est bien l'affirmation qu'ils sont potentiellement, à un titre ou à un autre, supérieurs aux organisations marchandes et capitalistes aussi bien qu'aux formes d'intervention étatique classiques (taxes ou subventions, réglementation et contrôle public, entreprises publiques...).

Nous proposons de voir ici comment il est possible de répondre à cette interrogation à partir des travaux d'Elinor Ostrom, mais comment aussi il nous paraît essentiel d'aller au-delà de ce que celle-ci propose, en

considérant certaines questions, essentielles à notre sens, pour évaluer ce que peut représenter le développement des communs aujourd'hui.

1. Caractères des biens et formes d'organisation sociale

Un des apports majeurs d'Elinor Ostrom, à partir de ses critiques de l'argumentation de Hardin sur la « tragédie des communs », a été de dépasser la confusion qui s'y trouvait entre d'un côté ce que peuvent être les caractéristiques d'un bien ou d'une ressource, et d'un autre côté le régime de propriété et le mode de gouvernance de l'usage de ce bien, de même que la confusion entre propriété commune et « accès libre » (*open-access regimes*).

L'analyse économique standard distingue les biens en fonction de deux caractéristiques essentielles : leur degré de « rivalité », et la possibilité ou non d'exclure des agents de leur usage. Un bien sera dit « rival » si sa consommation ou son utilisation par un individu empêche sa consommation ou son utilisation par d'autres. Il sera dit « non rival » si, au contraire, son utilisation par une personne n'empêche pas son utilisation par d'autres, si plusieurs personnes peuvent utiliser simultanément ce bien, sans se gêner. La plupart des biens de consommation échangés sur des marchés, notamment les biens manufacturés, sont des biens rivaux ; à l'opposé, l'information ou la connaissance constitue la forme la plus parfaite de bien non rival : une même information peut être utilisée par un nombre quelconque d'individus. Quelques infrastructures (un pont, une route...) peuvent être considérées comme des biens non rivaux dans certaines limites (quand le nombre d'usagers dépasse un certain seuil, la qualité du service diminue du fait de l'encombrement).

Par ailleurs, un bien non excluible est un bien qui est mis à la disposition de tous, tel qu'une route *sans péage* ; un bien excluible est un bien dont l'accès est contrôlé (par un dispositif qui pourra être matériel et/ou juridique). Une autoroute ou une chaîne de télévision à péage sont des biens excluibles. On voit ainsi, le point est d'importance, qu'un même bien peut être excluible ou non, selon la manière dont est organisée sa distribution (et éventuellement sa production).

En croisant ces deux critères, on définit quatre types de biens :

--	--	--	--

	Excluable	Non excluable
Rival	Biens privés Nourriture, équipements des ménages, téléphone portable...	<i>Pools communs de ressources</i> (Ostrom) Forêt (non privative), domaine de pêche...
Non rival	Biens clubs Équipements sportifs, parcs de loisirs, télévision à péage... , invention <i>brevetée</i>	Biens publics (ou biens collectifs) Télévision en accès libre, infrastructures en accès libre, défense nationale, connaissance (notamment scientifique ou technologique) <i>non couverte par brevet</i>

Dans la vision économique standard, la nature des biens déterminerait dans une large mesure l'organisation la plus efficiente. Le marché serait ainsi la forme quasiment naturelle pour la gestion des biens privés. L'intervention publique pourrait être justifiée dans le cas des biens collectifs, encore que la vision néolibérale qui s'est imposée depuis une quarantaine d'années tend à soutenir que, dans pratiquement tous les cas, il est possible de recourir à des formes marchandes moyennant la création de droits (de propriété) *ad hoc*, échangeables, l'extension massive de l'usage du brevet en étant une des manifestations les plus importantes, de même que la privatisation des services publics.

Mais les caractéristiques des biens ne sont pas des données naturelles ; elles dépendent des choix qui sont opérés quant aux conditions d'accès à l'usage de ces biens, et plus largement d'un ensemble de règles et pratiques qui organisent leurs conditions d'usage et éventuellement de production. Cela apparaît clairement, par exemple, dans le cas des biens non rivaux qui peuvent selon les situations, comme on le voit, être traités comme des biens collectifs assurant de larges conditions d'accès, ou comme des biens « clubs » soumis à des conditions d'accès strictes. Les biens collectifs eux-mêmes peuvent être soumis à des régimes juridiques extrêmement divers, publics ou privés. De manière analogue, les mêmes biens rivaux pourront être traités comme des biens privés (objet d'une appropriation privative), ou comme des ressources soumises à un système

de gestion collective, selon des modalités qui peuvent être très variées, à l'image de ce que montrent les travaux d'Elinor Ostrom.

Un des apports majeurs d'Elinor Ostrom est précisément de mettre en avant l'importance des formes organisationnelles et institutionnelles de gestion des ressources, et d'offrir une grille d'analyse permettant de comprendre la très grande diversité de ces formes. Son analyse des communs est en premier lieu une analyse de la diversité des modes de gestion collective des ressources. Elle a tout d'abord été appliquée au cas des ressources rares (rivaux), telles que les forêts ou les zones de pêche, pour lesquelles un des problèmes majeurs est la préservation de la ressource potentiellement menacée par une exploitation excessive, puis au cas des connaissances, pour lesquelles l'extension de diverses formes d'appropriation privative, essentiellement par la propriété intellectuelle, tend à limiter artificiellement les conditions d'accès, et par là les dynamiques collectives de production de connaissances. C'est en partant de la grille d'analyse proposée par Elinor Ostrom qu'il nous sera possible de comprendre comment se construisent des communs, ainsi que les questions qui peuvent en résulter.

2. La construction d'un commun : système de règles et régime de propriété

Comme on l'a dit, *la formation d'un commun repose, pour Elinor Ostrom, sur la construction d'un système institutionnel, et d'un système de « gouvernement », c'est-à-dire d'un ensemble cohérent de règles et de normes régissant les relations entre les individus impliqués dans l'usage et/ou la production d'un certain bien, et définissant les droits et obligations de ces membres, ce que l'on peut voir comme un véritable système politique spécifique. C'est en analysant de manière précise le système de règles et de droits propres à un commun que l'on peut en comprendre les caractéristiques, et apprécier la grande diversité possible des modes de constitution. Cela passe notamment par la considération des régimes de propriété, et là encore de leur grande diversité possible, au-delà de l'opposition trop simple entre propriété privée et propriété publique. Elinor Ostrom le fait en reprenant la conception de la propriété comme « faisceau de droits ». Sans rentrer ici dans le détail de cette conception qui peut soulever toute une série de [questions](#)¹, disons simplement qu'elle implique*

que le régime de propriété d'un certain bien peut être caractérisé par un ensemble de droits susceptibles d'être répartis entre différents agents, comme nous allons le voir.

On peut donc dire que la construction d'un commun repose sur la définition d'un ensemble de règles qui elles-mêmes délimitent les droits (et les obligations) des membres de la communauté impliquée dans ce commun. Le système de règles définit également *l'affectation des différents droits entre les membres* – ce second aspect est essentiel, comme nous le verrons.

Il est utile de distinguer, à la suite d'Elinor Ostrom, trois types et trois niveaux de [règles](#)² :

- *des règles « opérationnelles »* qui définissent les droits d'accès aux ressources et, éventuellement, le droit de s'approprier une fraction des ressources, ou du produit de ces ressources (par exemple, en fixant des quotas de pêche), ou encore qui délimitent les droits d'usage (par exemple, les conditions d'un usage commercial ou non commercial d'un logiciel libre) ;
- *des règles « de choix collectifs »* qui définissent notamment le droit de participer à la gestion du commun, le droit de déterminer qui a le droit d'accès ainsi que les droits d'usage, et éventuellement dans quelle mesure et comment ces droits peuvent être transférés entre des agents ;
- enfin, il est possible de définir ce que l'on peut appeler *des règles « constitutionnelles »* qui établissent les conditions dans lesquelles les règles précédentes peuvent être modifiées, autrement dit comment il est possible de transformer l'ensemble du système de gestion du commun, par exemple en créant une coopérative ou une fondation (ou encore une société anonyme ou tout autre forme juridique).

Reste alors à considérer la manière dont ces différents droits peuvent être affectés à diverses catégories d'agents, ce qui signifie, cela vaut d'être noté, qu'il est possible que la « constitution » du commun distingue dans la communauté plusieurs groupes, chacun doté de droits (et d'obligations) différents. C'est ici que l'analyse en termes de faisceau de droits joue un rôle essentiel.

Pour saisir le sens et les implications de ce dispositif d'analyse des communs, le mieux est de prendre un exemple. Pour les *pools* communs de ressources, Elinor Ostrom est amenée à poser l'existence, dans le cas des

pêcheries, de quatre « catégories de détenteurs de droits de propriété » (Schlager et Ostrom, 1992, p. 252), et d'une répartition des droits entre ces catégories, ou « positions », (voir le tableau présenté dans le chapitre 1, extrait de l'article de Schlager et Ostrom, 1992, p. 252).

Les quatre types de droits présentés dans ce tableau (d'accès et de prélèvement, de gestion, d'exclusion et d'aliénation) donnent un exemple d'un régime de propriété spécifique, construit à partir d'un certain mode de division et d'affectation des droits. Il nous paraît extrêmement important de voir, sur la base de cet exemple, comment la conception d'un commun à partir d'un système de règles et de droits tend à définir, à l'intérieur de la communauté concernée, différentes positions sociales, c'est-à-dire en quelque sorte – ce que ne dit pas explicitement Elinor Ostrom – un certain système de pouvoir.

Au-delà de ce cas particulier, l'analyse qui nous est proposée définit ce que l'on peut désigner comme une « grammaire » qui permet de construire, à partir de diverses combinaisons, *une très grande variété de configurations institutionnelles et de régimes de propriété communautaire, et donc de modes d'organisation de communs*. L'important pour Ostrom n'est pas d'identifier quelques grandes formes de propriété, telles que la propriété privée, la propriété commune ou la propriété publique, mais de montrer comment un régime spécifique peut être construit pour chaque situation particulière. Ce qui importe est la diversité institutionnelle, ainsi que celle des régimes de propriété et des formes d'[action collective](#)³. Ceci correspond bien à ce que l'on peut observer quand on s'intéresse aux différentes expériences considérées usuellement comme des communs.

Mais cela doit obliger à s'interroger sur ce qui permet d'une part de qualifier de « commun » telle ou telle forme d'organisation collective, d'autre part de considérer ces formes comme étant supérieures à un titre ou un autre – dans des contextes à spécifier – à d'autres formes d'organisation publique ou privée.

Pour répondre à la première question, on ne peut pas se contenter de dire qu'un commun n'est fondé ni sur la propriété privée et l'échange marchand, ni sur un système public. Pour voir qu'il n'est pas simple de délimiter précisément ce que l'on entend par commun, il suffit de considérer ce qui est certainement la forme majeure d'action collective dans nos économies, à savoir l'entreprise, et plus particulièrement l'entreprise organisée en société par actions. Alors que les économistes

libéraux considèrent tout naturellement l'entreprise comme un modèle d'institution fondée sur la propriété privée et le marché, Elinor Ostrom a une position au minimum beaucoup plus ambiguë, puisque de manière répétée, elle présente la « société privée moderne » comme relevant d'un [régime de propriété commune](#)⁴, ou, rejoignant en cela certains auteurs critiques de la [théorie de la valeur actionnariale](#)⁵, elle analyse la valeur créée par l'entreprise comme *une ressource commune qui doit être partagée entre les différentes parties prenantes* (actionnaires, managers et salariés). On retrouve ici la question essentielle des caractères précis du système politique et du système de pouvoir sur lequel repose un système d'action collective.

Disons simplement ici que l'on peut estimer qu'un « véritable » commun repose, outre l'importance donnée à un certain degré d'ouverture de l'accès à une ressource (par opposition à un système fondé sur la propriété privée), sur [deux piliers complémentaires](#)⁶.

Le premier est celui sur lequel insiste le plus Elinor Ostrom, et que défendraient certainement la plupart des promoteurs du commun comme nouvelle forme d'organisation sociale : *un principe d'auto-organisation et d'auto-gouvernement*. L'organisation d'un commun est conçue à partir de la libre interaction et de la libre discussion des parties concernées, de même que la résolution des conflits et l'amélioration des conditions de fonctionnement du commun.

Le deuxième élément, qui devrait permettre de distinguer le commun d'autres formes d'organisation collective (et notamment de l'entreprise capitaliste), et qui est dans une certaine mesure la conséquence du précédent, *se situe dans le choix d'un mode de gouvernance ne reposant pas sur un principe hiérarchique, sur une régulation et une direction par une autorité centrale disposant d'une large autonomie*. La référence à une dimension « polycentrique » de la gouvernance d'un commun, sur laquelle Elinor Ostrom met également l'accent, peut se lire de cette manière. Ce qui est en cause ici, c'est bien la nature du système de gouvernement, et du système politique sur lequel repose le commun. La référence à l'« auto-gouvernement » peut recouvrir des réalités très diverses, par exemple des situations où le contrôle des ressources communes se trouve, de fait, entre les mains d'une fraction particulière de la communauté. C'est pour cela que l'analyse des caractères précis de la gouvernance d'un commun est importante.

Reste la deuxième question : qu'est-ce qui fait du commun une forme d'organisation supérieure aux organisations marchandes ou publiques, sinon comme forme fondamentalement supérieure d'organisation économique et sociale, du moins en ce qui concerne certaines ressources et certains biens ou services ? Ce sont précisément ces aspects d'auto-organisation et de gouvernance polycentrique qui, pour Elinor Ostrom et beaucoup d'autres, expliqueraient en grande partie les vertus de cette organisation communautaire, que ce soit du point de vue de l'efficacité économique ou de celui de l'équité sociale. Cette capacité à l'auto-organisation est aussi ce qui permettrait d'améliorer en permanence le fonctionnement d'un commun, et de l'adapter aux aléas et aux transformations de l'environnement technique, économique et social, de même qu'aux éventuelles évolutions des caractères de la communauté concernée. C'est l'idée selon laquelle, si l'on laisse les membres d'un groupe concevoir librement le mode d'organisation de leurs relations, ils seront en mesure d'élaborer progressivement un système efficace et en même temps de trouver le meilleur compromis entre les intérêts et les aspirations des uns et des autres. Faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers appelle certainement des réflexions plus poussées sur ce que sont les conditions de réussite de tels projets, à la fois du point de vue du design institutionnel qui les soutient, et des environnements humains, sociaux et politiques dans lesquels ils se déploieront.

Il est vrai que dans certaines situations, la supériorité du commun, y compris du point de vue de l'efficacité économique, s'impose clairement, et que l'accord entre les parties concernées peut se réaliser du fait des conditions particulières auxquelles sont soumis les acteurs. C'est le cas quand un commun porte sur la gestion d'une ressource rare – dont la menace d'épuisement apparaît à tous, par exemple lorsqu'il s'agit d'une forêt ou d'une zone de pêche – et repose sur des individus pour qui cette ressource est vitale et qui connaissent bien par expérience les risques liés à de mauvaises conditions d'exploitation. Dans une telle situation, il y a une convergence naturelle entre l'intérêt général de la communauté et les intérêts de ses membres, qui disposent en outre des compétences nécessaires à une bonne [gestion](#)⁷. De plus, quand la communauté est de taille réduite, les membres entretiennent des relations directes et durables (qui peuvent remonter loin dans le passé), et les comportements de chacun sont en grande partie visibles par tous, ce qui limite considérablement les

risques de conduites opportunistes qui pourront être sanctionnées de différentes manières par la communauté. Mais, face à la diversité des situations où paraissent pouvoir se développer aujourd'hui des communs, et notamment face aux nouveaux types de communs de connaissances, on ne peut pas faire de cela une règle générale. La variété des formes possibles d'organisation des communs, sur laquelle ne cesse d'insister E. Ostrom, et la nécessité fréquente de longs processus tâtonnants de conception du système de gouvernance, montrent bien que l'émergence et le maintien des formes les meilleures, à un titre ou à un autre, ne peuvent se ramener à l'application de règles simples.

D'où, pour nous, l'importance de la prise en considération des comportements individuels et collectifs, ainsi que des caractères des communautés autour desquelles se construisent les communs.

3. La question des comportements individuels et collectifs

La promotion des communs comme forme d'organisation sociale contient en règle générale, de manière explicite ou non, l'idée d'une rupture avec la mentalité de marché, ainsi que la formation de relations sociales fondées sur la coopération (plutôt que sur la compétition) et sur des comportements pro-sociaux donnant une place plus grande à l'altruisme et à l'équité, aux dépens de l'égoïsme de marché. Il y a le plus souvent chez les défenseurs de communs la volonté affichée de promouvoir des valeurs sociales orientant les choix et les comportements des membres de la communauté. Il est donc important de prendre en considération les déterminants des comportements pour saisir comment peuvent se former des communs, et surtout comment ils peuvent perdurer sans rompre avec leur esprit initial.

Il est intéressant de considérer comment Elinor Ostrom, qui attache une grande importance à l'[étude des comportements individuels](#)⁸, aborde cette question, même si l'on peut juger qu'elles restent trop marquées par l'individualisme des économistes. L'analyse des communs chez Ostrom repose de manière essentielle sur le point suivant sur lequel elle revient de manière récurrente : il faut distinguer les situations où prévalent un régime de concurrence ouverte ainsi que des comportements « égoïstes rationnels », des « situations de dilemme social » où il faut supposer que les participants ont des valeurs multiples, et mettent en œuvre des

stratégies allant de celles utilisées par les « égoïstes rationnels » jusqu'à celles utilisées par les acteurs qui donnent une grande importance à la confiance, à la réciprocité et à l'équité (Ostrom, 2005, p. 131). Il y a un dilemme social dans les situations où la recherche par chacun de son intérêt personnel immédiat conduit à des résultats plus mauvais, *pour tous*, que ce que permettraient des comportements coopératifs. Or, précisément, la gestion d'un *pool* commun de ressources soulèverait ce type de problème.

Pour expliquer comment peut se faire ce basculement de comportements purement égoïstes (et rationnels) vers des conduites coopératives, Elinor Ostrom a repris une idée développée longtemps auparavant par Olson – par ailleurs, grande figure d'une pensée politique très en phase avec le libéralisme économique, la théorie du *Public Choice* –, idée selon laquelle les comportements individuels et les modes d'interactions et de coordination entre les individus changent selon les caractères des groupes auxquels les individus appartiennent, et plus particulièrement selon la taille de ces groupes.

Olson estime que si, dans les groupes de grande taille où règne l'anonymat, les mécanismes de marché peuvent assurer une coordination efficace, dans les petits groupes, et dans une certaine mesure dans ceux de taille intermédiaire, des mécanismes de coordination prévenant les comportements de passagers clandestins (consistant, dans un collectif, à tirer bénéfice du travail des autres) et assurant une gestion efficace pourront se mettre en place spontanément, pour des raisons esquissées précédemment. Elinor Ostrom va reprendre et développer cette idée pour expliquer ce qui est pour elle le constat majeur résultant de l'observation de l'organisation des *pools* communs de ressources : la capacité des individus insérés dans des communautés locales à résoudre des problèmes d'action collective, en construisant de manière relativement autonome des systèmes de règles, des « modes de gouvernance » adaptés aux problèmes auxquels ils sont confrontés.

On observe ici un aspect qui, au-delà des travaux d'Elinor Ostrom, se retrouve dans beaucoup de réflexions sur les communs : ce que l'on peut considérer comme une affirmation des vertus du *localisme*. Les normes propres d'une communauté et l'existence de relations directes et durables entre les membres d'une communauté de taille limitée permettraient, par leurs effets sur les comportements, de surmonter les problèmes de

dilemme social, propres à la gestion de ressources communes. Ce sont ces comportements coopératifs qui expliqueraient que, les individus dépassant la recherche de leur intérêt immédiat, il est possible d'arriver, par le seul jeu des relations entre les membres d'une communauté, à un mode d'auto-gouvernement efficace et durable. D'où aussi, pour Ostrom, au-delà de la question de la taille, l'importance des « attributs » des communautés étudiées, du point de vue notamment de l'attitude à l'égard des règles et des normes qui y prévalent (compréhension, acceptation et légitimité, conditions de transmission entre générations...). Ce à quoi l'on peut encore ajouter le degré d'ouverture ou de fermeture de la communauté, son degré d'homogénéité ou de fractionnement, le rythme (et le mode) de renouvellement de ses membres, le degré de dépendance de ces derniers à l'égard de la ou des ressources communes...

Dans cette perspective, l'approche d'Elinor Ostrom revient à considérer que les modes de comportement seront différents selon les types de situations et les contextes où se trouvent les individus, ce qui paraît tout à fait pertinent. La prédominance de comportements égoïstes et calculateurs serait la règle pour tout ce qui relève de relations marchandes concurrentielles, tandis que des normes sociales et des conduites coopératives s'appliqueraient aux comportements dans la gestion de ressources communes rares, et cela notamment dans des communautés constituées, de taille limitée, c'est-à-dire des groupes ayant construit des normes sociales partagées. La question que l'on est en droit de se poser est de savoir dans quelle mesure on peut procéder de la sorte. Certes, il paraît « rationnel » de la part d'un individu de se conduire différemment selon les situations où il se trouve. Mais les comportements sont rarement parfaitement rationnels (contrairement à ce que les économistes standard voudraient nous faire croire) ; ils sont également orientés par des normes sociales, des modes dominants de comportements intériorisés, par ce que certains appellent des « habitus ». Or, sauf à considérer des groupes fortement autonomes et quasiment isolés, il faut admettre que dans la quasi-totalité des cas, dans nos sociétés, les individus impliqués dans des *pools* communs de ressources, ou dans des communs de connaissances (par exemple), sont également impliqués dans des rapports marchands, de même que dans d'autres structures sociales, ou d'autres communautés comme, par exemple, des groupes professionnels, qui sont susceptibles d'orienter fortement leurs modes de comportements. Ces individus

peuvent-ils se conduire de façon rationnelle et égoïste dans une partie de leurs activités, et adopter une attitude profondément différente à caractère pro-social dans d'autres ? Cela ne peut pas être exclu *a priori*, mais demanderait une réflexion plus poussée sur les rapports entre comportements individuels et appartenances sociales. La question, on s'en doute, est d'importance, dans la mesure où on est en droit de penser que les qualités et la pérennité d'un commun impliquent que les comportements de ses membres ne soient pas « contaminés » par la culture et les mentalités de marché (ou encore par une culture de la hiérarchie pouvant provenir d'autres espaces sociaux, publics ou privés).

Peut-être y a-t-il une autre manière, de notre point de vue plus fructueuse, de lire la démarche d'Elinor Ostrom et un certain nombre de travaux sur les communs. Elle revient à considérer que les structures institutionnelles (et sociales), de même que les cadres à l'intérieur desquels les acteurs se rencontrent et communiquent (ou non), conditionnent de manière fondamentale les modes de pensée et de comportement, *cela en endogénéisant radicalement la formation des préférences et des « habitus »*. Cela voudrait dire notamment que ce n'est pas le comportement rationnel égoïste qui est à la base du développement des marchés, mais que, au contraire, ce sont l'accroissement des rapports marchands ainsi que la prééminence des comportements calculateurs et égoïstes qui ont créé une « mentalité de marché ». L'enjeu majeur de la création de communs, dans différents domaines, serait alors de promouvoir des comportements et des valeurs différents, et de prendre appui sur ceux qui souhaitent rompre avec la mentalité de marché et défendre des relations sociales fondées sur des valeurs éthiques fondamentales, telles que la liberté, comme le dit Stallman (2009) dans sa défense du logiciel *libre* contre le logiciel *ouvert*. Aller dans cette direction devrait conduire à s'interroger beaucoup plus sur ce que peuvent être les formes effectives d'organisation de communs insérés dans des environnements marchands et capitalistes, de même que dans des systèmes politiques et des politiques publiques qui tendent à façonner et à contraindre considérablement les comportements, tant il est vrai que ces éléments influenceront inévitablement sur le mode d'organisation d'un commun, sur les comportements à l'intérieur de cette organisation, et par là sur les conditions de son fonctionnement et sur son évolution.

4. Au-delà d'Elinor Ostrom : pouvoir et position des communs dans le capitalisme contemporain

Si l'on souhaite faire des communs une des formes institutionnelles fondamentales du capitalisme, voire au-delà, un élément central de dépassement du capitalisme actuel, il faut aller plus loin que le font Elinor Ostrom ainsi que de nombreuses analyses des communs souvent trop ignorantes des facteurs qui en conditionnent le développement. Le problème central est de savoir ce que peuvent être les communs, et comment ils peuvent se développer à *l'intérieur du capitalisme contemporain*. Il faut pour cela prendre en considération deux questions majeures.

La première concerne la question du pouvoir et des rapports de pouvoir, étroitement liée à celle de la répartition des revenus et des richesses. La centralité des rapports de pouvoir constitue à notre sens une dimension essentielle de toutes les institutions et formes d'organisation, et donc en particulier de toute forme de commun. Il nous semble clair qu'elle ne peut qu'avoir des implications majeures quant à la compréhension des facteurs qui déterminent la sélection des institutions et leur dynamique, et en particulier la construction et l'évolution du système de règles et de droits structurant un commun. L'absence, ou au minimum la sous-estimation du rôle des logiques de pouvoir, est une des faiblesses du type d'analyse proposée par Elinor Ostrom, alors même que son approche est de nature à permettre précisément une certaine manière d'explorer cette question. Son analyse de la gouvernance des *pools* communs de ressources, comme on l'a vu, repose de manière essentielle sur la définition de *positions* et sur le mode de *répartition des droits entre les positions*. Or il s'agit bien là d'une certaine manière de construire une structure sociale et un système de pouvoir. La prise en considération des rapports de force, des enjeux autour de l'affirmation de certaines positions et des droits qui y sont attachés, la possibilité de contre-pouvoirs ainsi que d'autres éléments sont essentiels pour comprendre les conditions de formation et d'évolution des configurations institutionnelles et des modes de gouvernement, dans le domaine des communs comme dans les autres types d'organisation, et leurs [résultats](#)⁹. Parmi ces résultats se trouvent précisément les conditions de répartition du surplus et des avantages divers

qui sont attendus d'une gestion collective de ressources. Certes, la libre communication et la discussion entre les parties sont censées aboutir, par consensus, à l'élaboration d'un arrangement accepté par tous, mais l'on dispose de peu d'éléments pour savoir précisément ce que sera cette solution, alors même que dans tout accord, formalisé ou non, le diable se trouve souvent dans les détails. Et il semble difficile d'éviter que les rapports de pouvoirs économiques ou culturels et le capital social détenu par différentes parties jouent un rôle important dans la construction et le fonctionnement du commun, que ce soit d'ailleurs de manière délibérée ou non. Cet aspect est étroitement lié à une autre dimension essentielle pour apprécier les conditions de construction et d'évolution des communs.

Celle-ci concerne la manière dont les communs s'insèrent dans nos sociétés et dans leurs systèmes économiques (et politiques). L'analyse d'Elinor Ostrom, comme la plupart de celles menées sur les communs, relève pour l'essentiel de ce que l'on peut appeler un *micro-institutionnalisme*, soit l'analyse des caractères d'arrangements localisés régissant des collectifs bien définis autour de finalités précisément déterminées, et cela avec une vision privilégiée des vertus des petites communautés. Cela est, certes, important, mais laisse de côté l'architecture globale des systèmes sociaux de production, et la manière dont ils reposent sur des combinaisons de différents modes de coordination et d'arrangements institutionnels (par le marché, par la firme, par des [organismes publics...¹⁰](#)), de même que sur des systèmes juridiques et politiques nationaux (et internationaux). Les modes de relations, les complémentarités et les hiérarchies entre ces arrangements, ainsi que les caractères des systèmes juridiques et politiques conditionnent de manière essentielle les attributs du système social d'ensemble, *ainsi que ceux des différentes composantes du système*. Les analyses d'Elinor Ostrom tendent à se focaliser sur des arrangements locaux, capables de se développer de manière quasiment autonome, indépendamment de leur environnement, voire contre ce dernier (notamment marchand), ce qui tend à minimiser l'importance des liens avec l'environnement institutionnel, social et politique, et les pouvoirs à l'œuvre dans celui-ci. Or ceux-ci ne peuvent que jouer un rôle majeur en la matière. Il s'agit non pas uniquement de prendre en compte le rôle de l'État et des institutions publiques, y compris comme condition du développement des communs, mais aussi de comprendre comment des communs et différents modes d'organisation et

de gouvernance de systèmes de gestion de ressources matérielles ou immatérielles sont articulés dans nos économies telles qu'elles sont structurées aujourd'hui, avec d'autres formes institutionnelles majeures, au premier rang desquelles se situent les marchés, les firmes et la finance. Il convient de prendre en compte le réseau de complémentarités institutionnelles et humaines dans lequel est inséré tout système de commun, à travers les relations, marchandes et non marchandes, du commun et des différents individus et groupes qui le constituent, avec le reste de la société.

C'est ainsi que certains communs peuvent se positionner en concurrence avec des activités marchandes et capitalistes (comme dans le cas par exemple des logiciels libres), tout en entretenant simultanément des liens étroits avec des marchés et des firmes, jusqu'à pouvoir être un instrument dans la stratégie de certaines d'entre elles (tels que par exemple Google ou IBM), cela notamment pour ce qui est des nouveaux communs dans le domaine des technologies de l'information et l'[économie d'Internet](#)¹¹. C'est ainsi également que des activités nouvelles – appartenant par exemple à ce qu'il est convenu d'appeler l'économie de partage – peuvent apparaître comme relevant initialement d'une logique de commun, avant de dériver vers une démarche parfaitement [commerciale](#)¹². C'est dans de tels contextes précisément que la question que nous avons précédemment abordée sur les comportements des acteurs d'un commun devient centrale, de même que celle des rapports de pouvoir dans le gouvernement du commun.

Ce n'est qu'en prenant en considération ces éléments de manière très pragmatique que l'on pourra mieux comprendre les traits effectifs de différents types de communs (dont on a vu, avec Elinor Ostrom, la très grande diversité), comment ils peuvent perdurer et se développer, et dans quel sens ils peuvent évoluer à l'intérieur du capitalisme financiarisé qui continue aujourd'hui à orienter les normes dominantes de nos sociétés. C'est comme cela aussi qu'il sera possible de voir dans quelle mesure et à quelles conditions le développement des communs pourrait contribuer à réformer et corriger au moins partiellement les dérives du capitalisme actuel, ou encore, au-delà, participer à une transformation globale et durable de nos systèmes sociaux de production et de nos sociétés.

Références

Boyer R., Hollingsworth J., « Contemporary Capitalism », *The Embeddedness of Institutions*, Cambridge University Press, 1997.

Hardin G., « The Tragedy of the Commons », *Science*, n^o 162, 1968, p. 1243-1248.

Hess C., Ostrom E. (éd.), *Understanding Knowledge as a Commons*, The MIT Press, 2007.

Hess C., Ostrom E., « Ideas, Artifacts and Facilities : Information as Common-Pool Resource », in Boyd J. (éd.), *The Public Domain, Law and Contemporary Problems*, vol. 66, nos 1 et 2, 2003.

Ostrom E., *Understanding Institutional Diversity*, Princeton University Press, 2005.

Ostrom E., *Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990.

Schlager E., Ostrom E., « Property-Rights Regimes and Natural Resources : A Conceptual Analysis », *Land Economics*, vol. 68, n^o 3, 1992, p. 249-262.

Stallman R. M., *Free Software, Free Society : Selected Essays*, 2^e éd., Free Software Foundation, 2009.

Stout L., *The Shareholder Value Myth*, Berrett-Koehler, 2012.

Weinstein O., « Comment comprendre les “communs” : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle », *Revue de la régulation* [En ligne], vol. 14, 2013, mis en ligne le 13 février 2014. URL : <http://regulation.revues.org/10452>.

1 Voir sur ce point l'article de Fabienne Orsi dans le présent ouvrage (chapitre 2).

2 Sur ce point, voir aussi le travail d'interprétation et de clarification des contributions d'Ostrom fait par F. Orsi (chapitre 2).

3 C'est ce qui la conduit à critiquer la vision économique dominante selon laquelle la définition de droits de propriété privée serait en règle générale l'instrument privilégié de l'efficacité économique (et la solution à la tragédie des communs).

4 « Une société privée moderne est, après tout, un régime de propriété commune d'usage très répandu dans l'économie mondiale, avec des résultats à la fois efficaces et inefficaces » (Hess et Ostrom, 2007, p. 124). On notera la prudence – bien venue – des auteurs quant à l'efficacité de ce « régime de propriété commune ».

5 Voir par exemple, sur ce point, les travaux de L. Stout (notamment Stout, 2012).

6 Ces précisions peuvent être lues comme des compléments à la discussion sur la définition des communs proposée par B. Coriat dans cet ouvrage (chapitre 1).

7 Même dans ce cas, il peut y avoir des différences d'attitudes des membres du groupe quant à la place à donner au souci de préservation à *long terme* des ressources, et le souci de transmission aux générations futures ne s'imposera pas de lui-même. Il faudrait prendre également en considération le fait que la communauté n'est pas nécessairement homogène, notamment du point de vue de la situation sociale des membres, de leur dépendance à l'égard de la ressource, de l'attachement à la communauté (certains peuvent envisager de changer d'activité), ou du poids des contraintes de marché sur les uns et les autres.

8 Voir notamment Ostrom (2005).

9 E. Ostrom n'ignore pas ces problèmes, sans leur donner, nous semble-t-il, une place essentielle. Voir Ostrom (1990).

10 Voir par exemple sur ce point Boyer et Hollingsworth (1997, chap. 1).

[11](#) C'est en particulier le cas lorsqu'il s'agit de logiciels en *open source* et non de logiciels « libres » auxquels est associée une clause de *copyleft*.

[12](#) Voir le chapitre 7 (Liotard et Revest) qui montre comment une plate-forme comme InnoCentive peut tout à la fois relever de l'économie du partage et de la gestion privée de rentes liées à l'économie de la connaissance.

CHAPITRE 4

Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ?

JUDITH ROCHFELD

Les juristes français disposent-ils de catégories pour penser et accueillir les communs ? À première vue, on pourrait penser que tel n'est pas le cas tant ils se sont montrés peu intéressés, dans leur majorité, par la problématique. À cette occultation remarquable, on peut trouver deux raisons principales.

Tout d'abord, à l'instar de l'ensemble de la société, ils ont durablement vécu sur le paradigme d'une propriété privée conçue comme nécessairement exclusive : dans nos sociétés occidentales, les biens doivent être détenus par un propriétaire unique ayant sur eux une pleine et directe maîtrise. Dans le droit français, plus précisément, cette idée a acquis une force radicale à la Révolution française. Elle a représenté une rupture franche avec une partie du système féodal (hors les biens et droits « communaux ») où l'accès aux utilités d'un bien se faisait par le biais d'un faisceau d'obligations personnelles complexes : pour accéder par exemple aux utilités de la terre – le « domaine utile » –, le paysan était un obligé vis-à-vis du seigneur, détenteur du « domaine éminent » (Dieu étant regardé comme le véritable propriétaire des biens, il faut le rappeler). Avec le code civil, la propriété exclusive s'est imposée comme la condition de la liberté individuelle proclamée, comme sa concrétisation sur le plan des biens : détenir ses biens en propre était saisi comme la garantie de l'autonomie personnelle ; l'autarcie matérielle conditionnait la liberté individuelle. C'est avec cet arrière-plan qu'il faut lire le célèbre article 544 du code civil selon lequel « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Il définit la propriété comme le droit d'exclure autrui de la jouissance de ses biens.

C'est également avec ce contexte en tête qu'il faut comprendre l'institution de la propriété comme un droit « naturel » et « sacré », aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Du XVIII^e au XX^e siècle, le droit de propriété, individuel, exclusif et privé, s'est donc inscrit comme le paradigme de la détention des biens et des usages que ceux-ci offrent. Son modèle, non sans discussions, s'est également étendu aux créations intellectuelles (œuvres et inventions tout d'abord). À l'inverse, toutes les formes de propriété collective, à l'exception de celle de l'État et de ses dérivés, ont été regardées comme peu désirables et marginalisées.

Précisément, et c'est le second facteur principal de contournement des communs en droit français, il faut également considérer la puissance de la propriété publique : lorsqu'il s'agissait de transcender la propriété privée, le seul modèle accessible résidait – et réside majoritairement encore – dans la « propriété publique » de l'État et des autres personnes publiques. Les juristes français n'ont pas échappé, comme beaucoup avant les travaux d'Elinor Ostrom et de l'école de Bloomington, à la dichotomie radicale entre la propriété privée, insérée dans les mécanismes du marché, et la propriété publique, censée répondre à d'autres principes : rejeter l'une revient à tomber dans l'autre. La propriété publique, l'affectation au public, les biens publics ont (malgré quelques tentatives et exceptions notables de proposer un cadre différent de pensée et d'[action](#)¹) concentré la problématique des utilités communes, et étouffé le développement d'autres modèles intermédiaires entre marché-appropriation privée et État-appropriation publique.

Il serait pourtant faux de s'en tenir à ces constats négatifs, et l'on doit pousser plus avant l'analyse.

Tout d'abord, en effet, les juristes français ont hérité de catégories bien anciennes susceptibles de soutenir et de rendre opératoires des idées de partage des utilités d'un bien. On pense à la notion de « chose commune », romaine, dont nous approfondirons le potentiel.

Ensuite, à l'égard des ressources tangibles, certains auteurs n'ont pas ignoré la montée en puissance, à partir des années 1960, et davantage encore des années 1990, des « communs », « *commons* », « *global commons* », ou encore « *commodities* », toutes préoccupations d'ouvrir à l'usage de tous (ou à l'usage d'une communauté déterminée) les utilités de

certaines biens, ou encore de conserver certaines ressources et de les transmettre aux générations futures, devenues quasiment un sujet de droit émergent (Gaillard, 2011). Il est évident que la raréfaction de certaines ressources naturelles et, plus généralement, la découverte de la finitude du monde et des formidables capacités de destruction qu'ont acquises les sociétés modernes ont fortement poussé à cette prise de conscience. Sur un mode défensif, il a donc fallu construire des catégories propres à assurer la conservation, la gestion rationnelle et le juste partage des ressources concernées, ainsi que des bénéfices qu'elles engendrent ; il a également été question de modeler des régimes susceptibles d'assurer la transmission des ressources permettant une vie future (avec bien des discussions, on s'en doute, sur la définition de celles-ci...). Ce mouvement de construction a débuté en droit international où l'on n'a plus compté les appels à la reconnaissance et/ou les reconnaissances de « choses communes », de biens « communs » ou de « patrimoines communs ».

Enfin, à l'égard des ressources intellectuelles, terrain qui nous retient particulièrement dans le cadre de cet ouvrage et que nous traiterons donc en priorité, d'autres facteurs sont venus aiguillonner la réflexion des juristes français. Le premier tient en la montée d'une contestation puissante de l'équilibre anciennement institué pour justifier l'octroi des droits de propriété intellectuelle. On trouve, aujourd'hui, de nettes remises en question de l'idée selon laquelle le « monopole d'exploitation » reconnu à un auteur ou à un inventeur (lui permettant de « privatiser » son œuvre ou son invention pendant plusieurs années en contrôlant la reproduction ou l'exploitation notamment) stimulerait la création ou l'invention, et servirait à la société dans son ensemble. On relève à l'inverse que l'extension considérable du champ des propriétés intellectuelles – de leur durée (passée par exemple de cinquante à soixante-dix ans *post mortem* pour le droit d'auteur), des types de ressources concernées (variétés végétales, logiciels, bases de données, séquençage de gènes), des prérogatives octroyées, des personnes bénéficiaires – a conduit à une soustraction excessive des créations et inventions au détriment du public ou de communautés particulièrement intéressées (celles des chercheurs, d'autres artistes, etc.). Bien plus, le mouvement sous-tendrait, en matière de brevets notamment, des blocages de l'innovation, en permettant l'organisation d'une sous-utilisation et/ou des stratégies de barrage à d'autres innovations ou utilisations concurrentes. L'hypothèse

fut théorisée aux États-Unis sous l'appellation de « théorie des anti-communs » (Heller, 1998). Par ailleurs, un second facteur de remise en question – dont il est encore difficile de tirer toutes les implications – tient davantage en l'instauration d'un contexte : il concerne l'espace numérique où l'on relève la disparition de la rareté, sous l'effet de la réduction drastique des coûts de production, de diffusion et de reproduction des contenus immatériels (Lemley, 2014 ; Zénati-Castaing, 2012). Un livre, un film ou un morceau de musique peuvent aujourd'hui être diffusés et reproduits, quand ce n'est pas produits, en quelques secondes. La protection des informations couvertes par la propriété intellectuelle entre ainsi en tension instable avec les grandes facilités de leur reproduction ou de leur diffusion (le mouvement touchera bientôt à grande échelle le monde « physique » avec la généralisation des imprimantes 3D). On conteste alors la propriété exclusive des créateurs (ou producteurs/financeurs), et on en appelle à une mise en commun plus rapide, quitte à organiser une rémunération adéquate des auteurs (licence globale, etc.).

Or, en complément d'un jugement idéologique sur les nécessités de reconnaître des communs et sur la légitimité de ces diverses directions, il revient aux juristes de dessiner des catégories opératoires (ce qu'ils appellent des « qualifications ») permettant éventuellement de les accueillir. Plus exactement, nous le verrons, il leur revient de montrer que certains modèles sont d'ores et déjà mobilisés tandis que d'autres restent en construction. Pour ce faire, ils doivent bien identifier les besoins, et raisonner plus largement selon l'agencement de trois critères.

Tout d'abord, il faut se demander quels sont les usages collectifs à considérer, c'est-à-dire distinguer la ou les finalités qui justifie(nt)/raie(nt) que l'on vienne nuancer la propriété privée. *On doit effectivement prendre conscience que tous les modèles de communs ne sont pas identiquement efficaces et ne servent pas les mêmes objectifs.* Il est certain, par exemple, que l'idée de « patrimoine » commun porte davantage en elle la finalité de transmission que celle de « bien » commun, le patrimoine désignant étymologiquement « ce qui vient des pères ». Or, on peut classer les préoccupations qui se sont élevées en quatre catégories : les impératifs d'organisation d'un usage partagé ; les préoccupations de conservation ; associés ou non à des objectifs de transmission aux générations futures ; et,

spécifiquement pour les ressources immatérielles, une revendication d'« [additivité²](#) ». Les ressources immatérielles s'élaborent, en effet et pour beaucoup, de façon incrémentale : la production d'une œuvre, d'une invention, d'un logiciel, d'un résultat de recherche, par exemple, s'assoit sur des réalisations antérieures ; revendiquer une faculté d'additivité revient donc à plaider pour une ouverture plus importante de la connaissance de l'information, de la ressource immatérielle, afin d'ouvrir à une participation possible, de tiers ou d'une communauté délimitée, à son amélioration ou à sa modification (ce qui était, il faut le remarquer, la philosophie première du droit des brevets, l'inventeur devant révéler son invention pour acquérir un titre de protection). Cet impératif requiert donc de disposer de modèles qui se referment moins sur un monopole d'exploitation, reconnu à un « propriétaire » exclusif et légitime à interdire aux tiers l'utilisation et/ou la transformation de la ressource. Les modèles à construire ou à faire progresser se pensent par conséquent, en premier lieu, en fonction de l'impératif principal qu'ils permettraient de servir et, pour les ressources immatérielles, dans les optiques dominantes d'un usage partagé et/ou d'une faculté d'additivité.

En deuxième lieu, ainsi que les développements qui précèdent viennent de le démontrer, les modèles doivent également s'articuler en fonction du type de ressources considérées : on ne raisonne pas de la même façon selon que la ressource est matérielle et épuisable, ou selon qu'elle est immatérielle et ne présente pas les mêmes caractères de finitude ; si la ressource matérielle se présente – ce qui est le plus souvent le cas – comme « rivale » (l'usage que l'un en fait exclut celui des autres), ou si, immatérielle, elle est non rivale (une information peut être utilisée par plusieurs personnes en même temps, avec un bénéfice [identique³](#)).

Enfin, en troisième lieu, le juriste doit proposer le mode d'appropriation en fonction des divers impératifs identifiés : pour atteindre les finalités poursuivies, est-il préférable de faire échapper la ressource à toute appropriation (régime de non-appropriation) ou, à l'inverse, d'élargir le cercle de ceux qui peuvent se l'approprier ? Sous cette question se cache celle du type de communautés à reconnaître et à instituer autour d'une ressource. Or, on peut en dessiner trois : celui du barrage à l'appropriation instituant des communautés négatives ; celui de l'appropriation collective et de communautés positives ; celui, enfin, de l'accès à une ressource appropriée privativement par autrui et de communautés diffuses.

1. Première direction : les communautés négatives

Dans une première direction, on peut penser exclure l'appropriation privée relativement à une ressource afin de permettre à tous de l'utiliser : on dessine là une large communauté – nationale ou internationale nous le préciserons – par retrait, ou communauté « négative » (comme la nommeront joliment certains juristes du XIX^e siècle : Proudhon, 1842 ; Durantou, 1844). *Ici, c'est le refus de la propriété privée d'un élément qui permet à tous d'y avoir accès.* Le juriste français dispose pour cela de la qualification ancienne de chose commune, héritée du droit romain et reprise dans l'article 714 du code civil : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. » La chose commune se caractérise ainsi par deux critères : la non-appropriation (au titre du mode d'appropriation), et l'usage ouvert à tous (au titre de la finalité dominante), sans distinction d'une communauté strictement délimitée.

Il faut bien noter cependant, pour être exact, que la qualification de chose commune ne s'est pas imposée d'abord *pour* garantir un usage partagé. Pendant longtemps, cette qualification fut plutôt descriptive ou « naturaliste » : elle embrassait des éléments qui, de par la « nature des choses », ne pouvaient être appropriés de façon privative (Chardeaux, 2006) ; on y visait ainsi, traditionnellement, l'eau de mer, l'eau de pluie ou encore l'air. On y recourait également lorsque l'on estimait que la propriété ne présentait pas d'intérêt en raison de l'abondance des ressources concernées (on évoluait encore dans un monde infini) : chacun pouvant en disposer en quantité suffisante, sans en priver autrui, il n'était pas nécessaire d'en organiser l'appropriation (c'était le cas de l'air). On ne manquait pas de souligner, néanmoins, que le régime pouvait se teinter d'une certaine relativité, car il est parfois possible de prélever une partie de l'élément concerné pour se l'approprier : on peut « privatiser » un seau d'eau de pluie ou de mer par exemple.

Ce n'est donc qu'assez récemment, précisément à partir des années 1990 en France, que de nouvelles réflexions se sont cristallisées sur cette qualification : peut-on en modifier les critères pour répondre aux appels aux communs et placer ainsi volontairement certaines ressources

sous un régime de non-appropriation et d'usage partagé ? C'était prôner une vision « normative » des choses communes, *pour* soustraire certaines ressources à la propriété exclusive et en ouvrir l'usage. L'idée a tout d'abord été défendue pour l'environnement ou le milieu (Kiss, 1989 ; Inserguet-Brisset, 1994). Son application a été proposée par la suite, plus largement, pour les idées, les savoirs, les théories scientifiques ou les informations de tous ordres (Hess et Ostrom, 2006 ; Chardeaux, 2006).

Or, pour juger de la pertinence de cette extension, il faut introduire la distinction du type de ressources : on remarquera alors que la pertinence de la qualification de chose commune s'est affaiblie relativement aux ressources matérielles, tandis qu'elle se renforce pour certaines ressources immatérielles.

À l'égard des premières ressources, en effet, on se heurte aux limites de la qualification : l'inorganisation de l'usage, ou plus précisément la vocation à sa large ouverture (l'usage ne devant pas, normalement, être illimité et irrespectueux de la substance de la chose), ne permet pas, dans un contexte où les ressources naturelles ne sont plus infinies, de les conserver et de garantir cet usage. Les réglementations de ce dernier – qu'elles soient nationales ou internationales, administratives ou non – sont d'ailleurs venues remplacer peu à peu la simple proclamation d'un usage ouvert. Le code de l'environnement régit ainsi majoritairement le sort des eaux nationales ; des réglementations européennes saisissent l'air, etc. En définitive, *si l'idée de « chose commune » convenait bien à des ressources considérées comme inépuisables* et à l'égard desquelles les prélèvements étaient sans portée, elle bute aujourd'hui sur la nécessité d'organiser *la conservation et la transmission de ressources naturelles devenues rares*. Or, ces impératifs ne peuvent être portés par la qualification de chose commune, sauf réglementations très précises qui la déforment quelque peu.

À l'inverse, l'usage des ressources immatérielles peut ne pas se heurter à la limite de la finitude. Pour beaucoup, elles sont non rivales, et l'usage que l'un en fait ne diminue en rien l'usage des autres, ni n'implique la disparition de la ressource. Dans une vision normative de la chose commune, on peut donc proclamer une ressource commune avec la volonté, précisément, d'en ouvrir l'usage à tous. C'est ce qui est fait, en premier lieu, à l'égard d'Internet : on vise là non les contenus qui y

circulent, mais les réseaux et les protocoles qui permettent à ceux-ci d'y circuler, ce que d'aucuns désignent comme la « couche logique » (à laquelle d'autres adjoignent les logiciels libres, désignés comme la « couche des contenus » ; Lessig, 2005) ; ils ne sont pas appropriés, et leur usage est ouvert à tous (à la communauté internationale dans son ensemble, sauf barrières mises par certains pays à l'accès de leur population, la Chine par exemple) ; cette ouverture sert le large exercice des libertés d'expression, d'information, de création et de commerce. Par ailleurs, la « gouvernance » d'Internet, censée être décentralisée et soumise à discussions multipartites, ainsi que le principe de neutralité qui y préside depuis son origine (de non-discrimination des informations qui circulent) tendraient à soutenir cette vision. Même certaines des menaces qui pèsent actuellement sur ce fonctionnement viennent confirmer l'analyse : le principe de neutralité se trouve aujourd'hui attaqué en partie parce que l'usage ouvert aboutit à une saturation de la ressource (de la bande passante, des réseaux ; un arrêt important de la cour d'appel du district de Columbia, du 14 janvier 2014, a initié cette remise en question). Par ailleurs, on peut identifier des choses communes immatérielles, en deuxième lieu, dans des organisations contractuelles : le concept de « logiciel libre », apparu dans les années 1970 aux États-Unis (spécialement au MIT et dans les discours et manifestes de Richard Stallman), repose sur l'organisation de la non-appropriation de la ressource, afin de la laisser ouverte aux usages de tous (ainsi qu'aux modifications et autres prérogatives admises, selon les [licences utilisées](#)⁴). Le mouvement s'est étendu à des résultats de recherches ou aux œuvres (Clément-Fontaine, 2006). La véritable qualification dépend toutefois de la licence choisie : il n'y a pas toujours absence d'appropriation ; le créateur à l'origine de la ressource peut se réserver l'exclusivité de certains usages tout en consentant diverses utilisations au bénéfice d'autres personnes. Enfin, en troisième lieu, des voix s'élèvent actuellement pour reconnaître une communauté négative *autour des œuvres tombées dans le domaine public intellectuel* : il s'agirait de qualifier ce domaine de chose commune et de lui donner positivement consistance en établissant un registre des œuvres qui en relèvent ; de la sorte, celles-ci intégreraient véritablement un statut de non-appropriation et ne pourraient pas faire l'objet, comme actuellement, de « reprivatization » par numérisation par exemple (Google est ici visé ; Dusollier, 2010 ; rapport Lescure, 2013).

En définitive, la qualification de chose commune, marquée par la non-appropriation et une large ouverture de l'usage sans « gouvernance », ne peut accueillir convenablement que des ressources illimitées et ne servir qu'une finalité de partage des usages. Si l'on veut surmonter ces limites, il faut aller dans une deuxième direction.

2. Deuxième direction : les communautés positives

Il s'agit de prôner une appropriation par, ou au nom, d'une communauté : on reconnaît un « bien » (une chose appropriée est un bien pour les juristes), et l'on dépasse le caractère individualiste de la propriété privée en admettant des formes d'appropriation collective. De la sorte, on identifie une communauté positive, circonscrite comme légitime à revendiquer les utilités de la ressource, saisie quant à elle comme un « bien commun ». *Des survivances de « communaux » féodaux illustrent encore aujourd'hui cette hypothèse : certaines forêts ou des marais sont saisis en droit français comme communs, la population voisine pouvant les utiliser à divers titres.* Si l'on veut toutefois mettre à l'épreuve plus largement ce modèle, il faut analyser les deux qualifications principales mobilisées dans cette direction.

Tout d'abord, au plan national, il est évident que la propriété publique et les biens publics ont représenté, voire ont concentré, la figure de la propriété de la collectivité française. Le bien « commun » a ainsi été absorbé, dans la culture juridique française toujours, par la figure du bien public, c'est-à-dire du bien détenu par une personne publique (Chamard, 2004). Plus précisément, il l'a été par la figure du domaine public, renfermant les biens détenus par des personnes publiques et affectés à l'usage général (on évoque là le critère dit « fonctionnel » du caractère public d'un bien, déjà présent en droit romain chez les *res publicae in usu publico*, c'est-à-dire les biens publics destinés à être utilisés par tous, comme les routes, les cours d'eau, les bâtiments publics ; les discussions sur la délimitation du domaine public sont cependant infinies, selon que l'on insiste sur le critère du propriétaire ou de l'affectation). Ici, au même titre que les « choses communes », l'affectation peut relever d'une conception « normative » : hors de caractéristiques censées être

intrinsèques qui désigneraient un bien comme « naturellement » public, serait public « le bien qui ferait l'objet d'une décision politique », c'est-à-dire « d'une décision de privilégier une utilité collective à son égard » (Clam, 2004). L'affectation justifie alors un régime dérogatoire : les biens qui en relèvent font l'objet de modes d'acquisition spécifiques ; on les soustrait au commerce juridique, de façon à ce qu'ils ne sortent pas du patrimoine public pour intégrer un patrimoine privé (d'après une théorie élaborée par les savants du XII^e siècle, sur fondement de droit romain) ; ils sont donc marqués par une extra-commercialité et une inaliénabilité ; ils participent, en outre, à l'effectivité des principes de libre accès de tous et d'égalité.

La qualification de bien public présente cependant des limites importantes. D'un côté, elle ne s'applique que lorsque l'État ou ses dérivés se saisissent d'une ressource, en reconnaissent la destination collective, et en assurent la production et/ou l'entretien. Sa dynamique ne s'exerce pas, en conséquence, à l'égard de tous les éléments qui pourraient impliquer une préoccupation d'usage commun, de conservation ou de transmission. En outre, elle n'induit pas une « gouvernance » par les membres de la communauté mais en leur nom. D'ailleurs, au même titre que pour les choses communes, la communauté saisie, large, nationale et sans distinction d'intérêt, peut ne pas être animée d'un fort sentiment communautaire. D'un autre côté, en période de crise budgétaire telle que nous la connaissons, ainsi que de mutation des modes de gestion publique par alignement sur les modèles de la gestion privée (sous l'influence des exigences de la mondialisation et des nécessités de valorisation économique des propriétés), il n'est plus certain que la gestion d'un bien public s'effectue toujours dans le respect d'une destination collective commune et différemment de la propriété privée. C'est en partie pour ces raisons que les travaux d'Ostrom, en tant qu'ils traçaient une voie entre la propriété privée exclusive et la propriété publique de l'État, ont retenu l'attention de certains commentateurs.

Ensuite, au plan international, aux côtés des appels en faveur de la reconnaissance de « biens publics mondiaux », on a défendu l'idée de patrimoine commun. Née en droit international public, principalement

pour les ressources naturelles de l'environnement (Kiss, 1982), l'idée de patrimoine commun s'est diversifiée : quant à ses objets pour embrasser des patrimoines culturels ; quant à ses bénéficiaires, pour viser, outre l'humanité, une communauté nationale, un peuple autochtone, l'Union européenne, ou encore les générations futures. L'Antarctique a ainsi très tôt été saisi comme un patrimoine commun, même si le terme ne fut pas formellement utilisé (dans le traité sur l'Antarctique, de Washington du 1^{er} décembre 1959) ; l'espace extra-atmosphérique le fut également (dans le traité sur l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique du 27 janvier 1967), à l'instar de l'espace lunaire (convention de New York du 18 décembre 1979), des fonds marins et des ressources qui s'y trouvent (au sein de l'article 136 de la convention des Nations Unies de Montego Bay du 10 décembre 1982). Ce ne fut que plus récent pour le génome humain (dans l'article 1^{er} de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco, du 11 novembre 1997).

La notion de « patrimoine » se caractérise ici par sa finalité dominante et la gestion qu'elle est censée entraîner : si elle porte les objectifs d'usage et de bénéfices partagés, elle vise principalement à la conservation des ressources pour transmission aux générations futures, le tout sur fond de responsabilité des générations présentes et de dynamique transgénérationnelle (Jonas, 1979) ; elle en appelle à des formes de gestion en faveur de tous les individus nés et à naître. À cet égard, il faut noter que, *à l'origine, cette qualification allait de pair avec un régime de non-appropriation et d'absence de souveraineté nationale* (en témoignent les cas de l'Antarctique ou de l'espace lunaire) ; *elle a néanmoins été étendue à des ressources appropriées et sous souveraineté nationale, sous l'appellation différenciée de « patrimoine mondial » (par opposition à patrimoine « commun »)*. Les ressources qui sont incluses dans ces patrimoines peuvent donc aujourd'hui être non appropriées, appropriées par une collectivité, voire laissées aux mains d'un propriétaire privé (nous verrons bientôt ce modèle). Mais leur gestion doit s'effectuer en faveur des intérêts de la communauté intéressée et, dans les cas les plus aboutis, sous l'égide d'une entité impartiale qui la représente (et non d'un État en particulier).

La notion de patrimoine commun, comme celle de « biens publics mondiaux », bute cependant et à nouveau sur un certain nombre de limites. L'idée n'est d'ailleurs plus guère reprise dans les textes récents, si ce n'est à titre symbolique (la charte de l'environnement française du 1^{er} mars 2005 a ainsi proclamé, en son préambule, que l'environnement « est le patrimoine commun des êtres humains »). En premier lieu, on retrouve évidemment à son égard les critiques émises à l'encontre de toutes les figures du commun : la propriété privée serait la seule, par le levier de l'intérêt privé, à garantir une saine gestion des ressources, ainsi qu'une préoccupation de conservation à long terme. Mais d'autres critiques sont également venues de certains défenseurs de l'environnement pour qui intégrer des ressources dans un « patrimoine » les attirerait vers un impératif de « gestion rationnelle » et vers l'application d'une logique de marché (Hermitte et Edelman, 1988). En second lieu, on doute de son efficacité : la notion pécherait par sa mise en œuvre problématique. D'un côté, la proclamation d'un patrimoine commun nécessite de fortes volontés politiques, le plus souvent internationales, qui sont loin d'être toujours présentes et aptes à transcender les souverainetés nationales en jeu lorsqu'il s'agit de gérer dans cette optique les ressources concernées. Cela explique pourquoi les ressources soumises à ce type de qualifications ne sont pas en grand nombre et se trouvent circonscrites à des richesses non « vitales », situées au-delà du territoire des États (Paquerot, 2002) ou à des ressources culturelles. Son application à des ressources vitales, situées sous souverainetés nationales et induisant des charges et des responsabilités pour les États, appelle évidemment de plus amples obstacles, notamment lorsqu'elle implique des pays en voie de développement pour qui le poids de la conservation n'est pas supportable. D'un autre côté, la notion soulève le problème des modes de représentation et d'action de la collectivité destinataire : hormis les communautés nationales ou l'Union européenne, beaucoup n'existent pas juridiquement, ou alors sous la forme de « sujets de droit imparfaits » (Groulier, 2005) ; qui peut en conséquence agir pour les défendre ? L'« humanité », tout spécialement, peut-elle agir efficacement pour exercer ses droits ? Au nom de quels bénéficiaires ces derniers s'exercent-ils ? Le plus souvent, la gouvernance n'en est donc pas assurée. Certes, des propositions existent, d'instituer un médiateur, ou « *ombudsman* », pour les générations futures (Gaillard, 2011, p. 497 et s.), ou de généraliser la figure du *trust* de

common law, permettant précisément de faire gérer des ressources dans l'intérêt d'une communauté, bénéficiaire final. Il n'en demeure pas moins que ces formes d'organisation restent rares, notamment au plan international, et que, devant ces difficultés, il faut également explorer une autre direction.

3. Troisième direction : les communautés diffuses

Une troisième voie tient au maintien de la propriété privée, mâtinée d'accès de tiers à certaines des utilités d'un bien : peu importe qui en est le propriétaire, car le fait qu'un bien soit approprié n'empêcherait pas de le considérer comme « destiné » (Boffa, 2008) ; un certain nombre de personnes – une communauté non pas constituée en propriétaire ou légitime utilisatrice, mais diffuse – pourraient en bénéficier au titre de cette finalité collective. À l'égard de ces biens, le propriétaire se trouverait donc en partie saisi comme un « dépositaire » pour une communauté, et son utilité individuelle en serait parfois transcendée par celle collective : au-delà de la jouissance individuelle des utilités de son bien, il aurait à supporter des « charges » permettant l'accès de tiers à ces utilités ; aux côtés d'un droit traditionnel et exclusif qui lui reviendrait, un groupe d'individus serait reconnu légitime à bénéficier de prérogatives lui permettant de jouir de certaines utilités ou de plaider pour la conservation de la ressource. On dessine donc ici des figures d'articulation de la propriété privée et de destinations communes, qui vont se traduire par *une approche distributive des prérogatives liées aux bénéfiques des utilités d'un bien* et qui ne sont pas sans rappeler l'Ancien Régime et ses superpositions d'utilités sur un même bien, selon les usages exercés, ou la version plus moderne de la décomposition des prérogatives, prônée dans l'approche ostromienne du « [bundle of rights](#)⁵ ». François Ost, quant à lui, propose d'y voir une « transpropriation » (Ost, 2012). Ne nous cachons pas cependant : l'identification des destinations collectives, et l'officialisation des biens « destinés », composent une réelle difficulté et renvoient à de véritables choix politiques que le juriste ne peut accomplir seul. Dans ces choix, il rencontrera en outre de fortes résistances tant ces figures remettent en cause l'évolution connue par le droit de propriété depuis sa codification de 1804. Pourtant, il faut bien prendre conscience que, autour des biens environnementaux, culturels ou de santé, ce type de choix a déjà

été effectué et qu'il existe dans notre droit, national comme international, de telles figures. Par ailleurs, des soubassements idéologiques en ont été proposés.

Ainsi, au plan national, on peut analyser en ce sens le régime des *monuments historiques* : au fil d'une politique nationale, volontariste et ancienne, ces biens ont été reconnus comme culturels, à destination collective, et les droits de leurs propriétaires se sont vus aménagés pour faire une place au respect de cette finalité (Cornu, Négri, Bady, Leniaud, 2013). La loi du 31 décembre 1913 a en effet prévu que les monuments historiques (par la suite, les monuments « naturels », les jardins « remarquables », etc.), au premier chef desquels les immeubles « classés » monuments historiques et les mobiliers qui les garnissent, quand bien même ils sont sous propriété privée (c'est d'ailleurs le cas de la moitié des monuments historiques français), soient gérés dans l'intérêt de la collectivité nationale : leur propriétaire subit certaines restrictions imposées pour la conservation de son bien, saisi comme une composante du patrimoine culturel national (art. L. 622-1 du code du patrimoine, le critère retenu étant l'intérêt au regard « de l'histoire, de l'art, de la science ou de la technique »). Précisément, le propriétaire est responsable de la conservation du monument, et ne peut pas le détruire ou le déplacer, même en partie ; il ne peut pas entreprendre une restauration, une réparation ou une modification sans l'autorisation de l'autorité publique (du préfet de région, et cette opération se déroulera sous le contrôle scientifique et technique des services de l'État chargés des monuments historiques) ; inversement, il peut lui être enjoint de procéder à certains travaux ; l'ensemble des éléments mobiliers se trouve, lui, frappé d'une interdiction d'exportation. En « contrepartie », le propriétaire peut recevoir des subventions de l'État (à hauteur de 50 % maximum du montant des travaux). Enfin, si le propriétaire n'est pas contraint d'ouvrir son bien à l'usage du public, que ce soit au public en général ou à une communauté particulière (des chercheurs par exemple), des incitations fiscales existent en ce sens (il bénéficie d'un abattement et de la possibilité de déduire diverses charges, ainsi que d'exonération de droits de mutation ; voir par exemple l'art. 795 A du code général des impôts). Ce propriétaire doit donc bien, en partie, se comporter comme un « dépositaire » au bénéfice d'une collectivité donnée (même s'il ne faut pas occulter que, en pratique,

beaucoup de propriétaires ne disposent pas des moyens nécessaires à cette protection).

Au titre d'un second exemple, puisé au plan international cette fois, il faut s'intéresser aux *médicaments* considérés comme « essentiels » et définis par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) comme « ceux qui satisfont aux besoins prioritaires de la population en matière de soins de santé ». L'accès à ces médicaments, notamment aux anticancéreux et antirétroviraux, peut en effet être remis en question pour des populations pauvres lorsque les détenteurs de brevets (soit une vingtaine de grandes firmes pharmaceutiques) fixent des prix de vente trop élevés. La déclaration ministérielle de Doha de novembre 2001 « sur l'accord sur les aspects du droit de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et la santé publique » a pour cela tenté de poser des jalons rendre moins difficile l'accès aux génériques. Il faut au préalable préciser, pour bien comprendre la teneur de ce texte, qu'un renforcement de la propriété industrielle avait été acté par les ADPIC de 1994 : schématiquement, l'obligation fut faite à tous les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) de protéger par brevet, pour une période de vingt ans minimum, toute invention de produit ou de procédé pharmaceutique remplissant les critères de nouveauté, d'invention et d'utilité ; cette obligation a remis en question la possibilité qu'avaient antérieurement les pays de copier librement les molécules thérapeutiques destinées à leur marché intérieur (plus exactement, n'était autorisée que la production de médicaments génériques pour le marché domestique, ce que peu de pays ont la capacité de faire, hormis la Thaïlande, le Brésil et l'Inde). Par conséquent, pour parvenir à ménager un accès de certaines populations, la déclaration de Doha réaffirme les buts de santé publique et l'impératif d'accès pour tous aux médicaments essentiels (destination collective et biens destinés). Elle pose, pour servir ces buts, une nouvelle interprétation des articles 30 et 31 des ADPIC, censée rendre plus effective l'utilisation des licences obligatoires, c'est-à-dire des licences accordées par les autorités des pays concernés qui autorisent un tiers à exercer tout ou partie des droits d'exploitation d'un produit breveté sans l'autorisation du titulaire du brevet (moyennant néanmoins le versement de redevances « adéquates »). Sur le fondement de cette interprétation, les pays membres des ADPIC se trouvaient plus libres de déterminer les motifs pour lesquels

des licences obligatoires pouvaient être accordées (chapitre 5 de la déclaration précitée). Pour autant, la mise en œuvre de cette possibilité s'est avérée difficile, et l'hypothèse, plus que conflictuelle (l'avènement du premier régime examiné ne le fut pas moins en son temps, cependant) : la procédure de licence obligatoire est lourde, et la mise en cause des décisions des autorités nationales d'en accorder, de la part des firmes pharmaceutiques détenant les brevets, s'est faite fréquente, entraînant des contentieux coûteux. Par ailleurs, la multiplication d'accords bilatéraux, notamment entre les États-Unis et divers pays ou régions, a organisé un contournement de ces possibilités (Krikorian, 2010). Il n'en demeure pas moins que cette direction est bien celle de la reconnaissance d'un accès aux utilités d'une ressource, s'il le faut contre le « propriétaire » de cette dernière ; elle est assise sur la poursuite d'une finalité collective – la santé – considérée comme supérieure aux intérêts individuels du propriétaire et susceptible de légitimer des charges pour ce [dernier](#)⁶.

Mais, précisément, quelles peuvent être les légitimations profondes de ces atteintes ? On peut en trouver des pistes dans les travaux de Crawford Macpherson, assez visionnaires puisque formulés sur des intuitions datant des années 1970 (Macpherson, 1973), repris par Jeremy Rifkin. *Tous deux ont systématisé une « logique de l'accès » et l'ont proposée comme substitut postmoderne au modèle de la propriété privée* (Rifkin, 2005). Au préalable et pour bien les comprendre, il faut préciser que ces auteurs rejettent la prégnance de l'idée moderne de propriété, datant des XVII^e et XVIII^e siècles et fondée sur le droit d'exclure les autres, c'est-à-dire d'une propriété privée conçue comme un droit d'exclusion. *Ils font à l'inverse ressortir l'importance, qui aurait été oubliée, d'une propriété publique et de biens publics, conçus comme mettant en œuvre un « droit d'inclusion »*. Par ailleurs, revisitant les soubassements idéologiques de la propriété, ils en proposent un renouvellement fondé sur une redéfinition de la liberté individuelle : l'exaltation d'une « propriété privée-exclusion » aurait répondu aux nécessités du XVIII^e siècle d'offrir une sphère d'autonomie aux individus, afin de garantir les conditions de la liberté individuelle ; elle aurait également soutenu l'essor du marché et du capitalisme moderne. Aujourd'hui, dans un monde fait d'interdépendances, la défense de la liberté individuelle devrait à l'inverse s'exprimer par un droit d'« inclusion », au sens d'un droit individuel de « ne pas être exclu de

l'usage ou de la jouissance des ressources productives accumulées par toute la société » (Rifkin, *op. cit.*). À un paradigme de l'interconnexion et de l'interdépendance, s'attacheraient ainsi une liberté d'avoir accès à la jouissance de certaines ressources, un droit de ne pas être exclu (Macpherson, 1973) ou une logique d'accès (Rifkin, *op. cit.*). L'idée centrale serait alors celle de l'existence d'un « patrimoine collectif dont personne ne doit être exclu ».

En définitive, comme le montrent les divers exemples et directions puisés dans la réflexion et la pratique juridiques contemporaines, les communs sont loin d'être ignorés et disposent déjà de schémas concrets et/ou théoriques, effectifs ou en construction. Pour autant, comme le révèlent également les tensions qui parcourent la matière, avant de pouvoir prétendre à la qualité de « produit » juridique et une fois rejetées les approches « naturalistes » que pouvaient porter les anciennes qualifications (celle de « chose commune » notamment), les communs doivent au préalable et évidemment s'imposer à l'issue d'un consensus sur des valeurs et des choix politiques... toutes options que le juriste ne peut prendre seul.

Références

- Bellivier F., Noiville C., *La bioéquité. Batailles autour du partage du vivant*, Autrement, 2009.
- Boffa R., *La destination de la chose*, Mathieu-Izorche M.-L. (préf.), Defrénois, 2008.
- Chamard C., *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion de biens publics*, Untermaier J. (préf.), Dalloz, n^o 41, 2004, p. 34.
- Chardeaux M.-A., *Les choses communes*, Loiseau G. (préf.), LGDJ, 2006, p. 228 et s.
- Clam J., « Qu'est-ce qu'un bien public ? », in *Trajectoire de l'immatériel. Contribution à une théorie de la valeur et de sa dématérialisation*, CNRS Éd., 2004, p. 62.
- Clément-Fontaine M., *L'œuvre libre*, thèse Montpellier, Vivant M. (éd.), 2006.
- Coriat B., Orsi F., D'Almeida C., « TRIPS and the International Public Health Controversies : Issues and Challenges », *Industrial and Corporate Change*, 2006.
- Cornu M., « Propriété et patrimoine. Entre le commun et le propre », in *Mélanges G. J. Martin*, Frison-Roche, 2013, p. 145-161.
- Cornu M., Négri V., Bady J.-P., Leniaud J.-M., 1913. *Genèse d'une loi sur les monuments historiques*, La Documentation française, 2013.
- Cornu M., *Droit des biens culturels et des archives*, Légamédia, 2003, p. 13 et s.
- Del Rey M.-J., « La notion controversée de patrimoine commun », *Recueil Dalloz*, 2006
- Duranton A., [CL2] *Cours de droit civil français suivant le code civil*, t. IV, Thorel et Guilbert, Paris, 1844, p. 196
- Dusollier S., *Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, rapport établi pour l'OMPI, avril 2010, p. 74.

Gaillard E., *Généralités futures et droit privé : vers un droit des générations futures*, Delmas-Marty M. (préf.), LGDJ, 2011.

Groulier C., « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *AJDA*, 2005.

Heller M. A., « The Tragedy of the Anticommons : Property in the Transition from Marx to Markets », *Harvard Law Review*, vol. 111, n^o 3, janvier 1998, p. 621-688.

Hermitte M.-A., « Intérêt général et droits de propriété intellectuelle en matière pharmaceutique. L'inutilité de la notion de bien public mondial », conférence au Collège de France, 14 déc. 2007, disponible sur le site du Collège de France.

Hermitte M.-A., Edelman B. (éd.), « Entre personne humaine et matériau humain : le sujet de droit », in *L'homme, la nature et le droit*, C. Bourgeois, 1988, p. 308 et s.

Hess C., Ostrom E. (éd.), *Understanding Knowledge as a Commons*, The MIT Press, 2006.

Inserguet-Brisset V., *Propriété publique et environnement*, Prieur M. (préf.), LGDJ, 1994, p. 34 et s.

Jonas H., *Le principe de responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique*, éd. du Cerf, coll. « Passages », 1979, 3^e éd., 1995.

Kiss A. (éd.), *L'écologie et la loi. Le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, coll. « Environnement », 1989.

Kiss A., *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, Académie de droit international, recueil des cours, t. 175, 1982.

Lemley M. A., « IP in a World Without Scarcity », Stanford Public Law Working Paper , n^o 2413974, mars 2014. URL : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2413974

Lescure P. (éd.), *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, rapport au ministre de la Culture et de la Communication, mai 2013, p. 448.

Lessig L., *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Soufron J.-B. et Bony A. (trad.), PUL, 2005.

Macpherson C., *Democratic Theory : Essays in Retrieval*, Clarendon, 1973, notes p. 125 et s.

Mangolte P.-A., « Les communs du logiciel libre », document de travail ANR – Propice, 2010. URL : <http://www.mshparisnord.fr/ANR-PROPICE/documents.html>.

Ost F., *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 2012, p. 69 et p. 323 et s.

Paquerot S., *Le statut des ressources vitales en droit international. Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Petrella R. (préf.), Bruylant, 2002.

Proudhon J. B. V., *Traité du domaine de propriété et de la distinction des biens*, Bruxelles, 1842, p. 6.

Rifkin J., *L'âge de l'accès. La nouvelle culture du capitalisme*, Saint-Upéry M. (trad.), La Découverte, 2005.

Zénati-Castaing F., « Le crépuscule de la propriété moderne. Essai de synthèse des modèles propriétaires », in *Les modèles propriétaires*, LGDJ-PUPoitiers, 2012, p. 225-238.

¹ Voir les auteurs, tant américains que français, dont les travaux sont cités dans le chapitre 2 proposé par F. Orsi dans ce même ouvrage.

² Voir sur ce point le chapitre 1 de cet ouvrage.

³ Voir B. Coriat (chapitre 1 de cet ouvrage) et O. Weinstein (chapitre 3) qui ont, chacun à leur manière, insisté sur l'importance de cette opposition pour l'intelligence des communs.

⁴ Voir P.-A. Mangolte, chapitre 5 de ce même ouvrage.

[5](#) Voir F. Orsi dans le chapitre 2 de cet ouvrage.

[6](#) Pour une présentation détaillée de l'histoire des ADPIC et des conflits d'interprétation auxquels ils ont donné lieu, voir Coriat *et al.* (2006).

2.

Communs et économie collaborative

Cette seconde partie de l'ouvrage ouvre à une série de débats majeurs sur l'avenir des communs, leur capacité à exister par eux-mêmes comme celle de se trouver associés et mêlés à l'économie marchande et capitaliste telle qu'elle est en train de se développer sous nos yeux avec le numérique. Ce thème essentiel : dans quelle mesure les communs, et tout spécialement les communs numériques – construits sur licences GPL ou à partir de plates-formes digitales –, sont à même de favoriser le développement d'une économie collaborative aux traits originaux, ou au contraire dans quelle mesure ils sont voués à être phagocytés par les grands prédateurs du Net (Google, Amazon, Apple, Yahoo...) qui feront leur miel et nourriront leurs rentes du travail gratuit qui les constitue, est une des questions essentielles que posent le surgissement et la floraison de toutes ces entreprises d'un nouveau type basé sur l'échange collaboratif. Sans prétendre aucunement proposer des réponses définitives à ces interrogations, l'ambition bien plus modeste de cette section, est de commencer à pointer les potentialités qu'ouvrent les communs numériques, comme aussi les ambiguïtés essentielles dans lesquelles, pour l'heure, ils sont souvent saisis.

À tout seigneur tout honneur. Le chapitre qui inaugure cette section est consacré au logiciel libre, pensé ici et présenté dans sa dimension de « commun ». C'est que – avec la reprise de l'analyse des « communs fonciers » et leur théorisation par E. Ostrom et l'école d'Indiana – *l'histoire du libre fournit de fait la deuxième origine et source de ce grand « retour des communs »* auquel cet ouvrage est consacré. Le logiciel libre, les [licences GPL et copyleft¹](#) créées par Stallman et la Free Software Foundation constituent en effet un formidable ensemble d'innovations juridiques et institutionnelles conçues pour rompre avec l'exclusivisme des droits propriétaires que les lois sur les copyrights et les brevets ont associés aux logiciels dans les années 1980. Revenir sur cette histoire et cette série d'innovations est essentiel à l'intelligence de la formidable richesse et de la complexité qu'offre aujourd'hui le monde de l'Internet et du numérique. Un monde où les *commoners* ont établi des bases solides à

partir desquelles ils prétendent désormais faire progresser les nouvelles logiques de l'économie collaborative et du partage.

Ceci étant posé, il est cependant important de noter, comme le fait l'auteur du chapitre, que « les règles inscrites dans les licences des logiciels libres ne refusent ni la société marchande ni le capitalisme. Elles interdisent simplement l'appropriation exclusive du code source des logiciels libres et tout contrôle exclusif de l'usage et du développement logiciel. Les activités commerciales ne sont aucunement interdites et les entreprises, comme tout autre utilisateur, peuvent utiliser le code comme elles l'entendent, en respectant simplement les clauses de la licence », lesquelles, comme le chapitre le montre en détail, peuvent grandement différer. Ainsi, s'il ouvre à un monde qui lui est propre où l'accès comme l'usage sont garantis au plus grand nombre, et où l'innovation suit une voie originale (lorsque à l'*open source* est jointe la règle du *copyleft*), le logiciel libre reste un outil qui peut parfaitement s'associer et servir de support à l'économie marchande. Ce point est capital. Car c'est lui qui explique la floraison de ces modèles d'affaires et d'entreprises à laquelle on assiste désormais dans et autour du Net, et dont le dernier chapitre de cette section (chapitre 7 par I. Liotard, et V. Revest) montre l'originalité et les ambiguïtés essentielles qui les constituent.

En prenant pour objet la musique, le chapitre 6 expose l'immensité des bouleversements apportés dans ce domaine par le monde du Net, ainsi que l'émergence et l'affirmation des plates-formes numériques dédiées qu'il rend possibles. Après que le monde de la musique enregistrée a imposé sa loi à travers de puissantes multinationales qui maîtrisaient à la fois le monde de l'édition, de la distribution et de la promotion des auteurs (souvent gérés comme de simples marques), l'affirmation de l'Internet a accéléré la mise en crise de ce monde, et simultanément favorisé l'émergence de nouveaux modèles. Ici encore, c'est à travers non pas la négation du droit de propriété intellectuelle, mais sa redéfinition que les nouveaux modèles ont pu naître et se développer. L'innovation porte sur la mise au point de la variété des droits associés aux *creative commons et des types de licences qui distribuent ces droits* aux utilisateurs et usagers. Le point central est ici que le créateur reprend le contrôle de son œuvre et, en la déposant dans une plate-forme, décide des différents types de droits qu'il cède et à quelles conditions. Par conséquent naît un nouveau modèle

général de rapport du créateur à son public. Il ne fait pas disparaître le modèle marchand traditionnel ; tous deux cohabitent alors même que les nouvelles conditions d'existence que le numérique impose à tous, dans le domaine culturel comme dans bien d'autres, dessine les contours d'un monde irrémédiablement nouveau. À partir d'une étude de cas menée sur une plate-forme en ligne (Jamendo) qui héberge des créateurs ayant choisi de s'engager dans les nouveaux modèles qu'autorisent les *creative commons*, ce chapitre plonge le lecteur dans un ensemble de questions largement nouvelles dont il livre des clés de lecture essentielles.

Jamendo présente en effet le double et inestimable attribut d'œuvrer pour rouvrir un domaine public – en accès libre à la musique et aux musiciens, que ceux-ci soient créateurs ou amateurs – et de permettre à de jeunes créateurs de trouver directement leur public, en « by-passant » les entreprises culturelles, leurs monopoles et les critères de sélection souvent hautement discutables qui sont les leurs.

En démontant avec minutie le fonctionnement d'une plate-forme dédiée à l'innovation, le dernier chapitre de cette section illustre avec éclat les potentialités et ambiguïtés essentielles qu'offrent les nouveaux arrangements, sitôt, comme c'est le cas dans l'exemple analysé, que l'appel à l'intelligence collective et distribuée « au sein de la foule » est canalisé et instrumentalisé par des plates-formes « collaboratives » (ou se présentant comme telles) opérant de fait pour le compte d'acteurs privés, souvent de grandes multinationales. La plate-forme InnoCentive prise pour objet d'analyse dans ce chapitre a en effet été initialement conçue et promue par la firme pharmaceutique Eli Lilly. Elle anime et alimente une forme renouvelée de production de l'innovation par « appel à la foule » en postant des énigmes et des questions de recherche, auxquelles des « apporteurs de solutions » proposent des réponses. Si les propositions formulées sont retenues, elles sont rétribuées, tous droits de propriété étant cédés à l'acquéreur de la solution. On est loin ici du logiciel « libre », surtout dans sa forme *copyleft* qui exige que si l'utilisateur du logiciel apporte un développement, il remette son innovation en accès ouvert et non protégé. De même, on est loin des modèles présentés par la plate-forme Jamendo, qui permettent aux créateurs de faire connaître leurs

œuvres et, le cas échéant, d'en tirer directement, et à leur bénéfice propre, des revenus.

Entre ces limites – le logiciel libre en accès ouvert et universel Jamendo conçu comme une plate-forme de créateurs gérant directement leurs relations avec leur public, ou les plates-formes purement marchandes et commerciales d'entreprises qui n'utilisent le Net que comme une vitrine et une place de marché pour leurs produits –, InnoCentive apparaît comme une forme « hybride ». À n'en pas douter, pour le meilleur et pour le pire, l'avenir immédiat – et sans doute plus qu'immédiat – verra de telles plates-formes fleurir et se multiplier.

Il nous a semblé important, en présentant ces différentes études de cas et les réflexions auxquelles elles ouvrent, de préparer les esprits à se confronter à ces nouveaux ovnis de l'économie, qui constitueront demain une part notable de la valeur ajoutée et de l'activité, et forceront à répondre à des questions pour partie largement inédites.

¹ Leur contenu est précisé en détail dans le chapitre qui suit. Disons ici simplement que ces licences permettent le libre accès, la libre utilisation et duplication, ainsi que le libre perfectionnement des logiciels concernés.

CHAPITRE 5

Le logiciel libre, comme commun créateur de richesses

PIERRE-ANDRÉ MANGOLTE

Ce chapitre porte sur le logiciel libre analysé comme commun, c'est-à-dire comme un ensemble de ressources plus ou moins pérennes, dont l'accès et l'usage sont partagés dans un groupe très étendu, voire « universel » (ce qui est formellement le cas des logiciels libres). Ce commun a donné naissance à des activités de production utilisant ces ressources, et les nouveaux logiciels ainsi produits entrent la plupart du temps dans le commun – un trait qui différencie le commun des logiciels libres de bien d'autres communs, ces logiciels mis en commun étant des éléments techniques à finalité utilitaire, destinés par leur nature même à être l'objet d'une activité innovatrice. Le logiciel (*software*) est comparable aux composants de l'ordinateur (*hardware*), mais à leur différence, il est bien plus facilement modifiable. En effet, le logiciel n'est qu'un ensemble d'instructions écrites dans un langage de programmation, et pour le transformer, il suffit de réécrire son code source.

Les licences du logiciel libre ont d'ailleurs été inventées pour permettre cette modification en toute liberté et sans obstacles juridiques, le principe de base étant l'annulation des droits exclusifs (copyright ou droits d'auteur) attribués à l'auteur du code par une loi appliquée de manière absolue et systématique à partir des années 1980. L'innovation institutionnelle du logiciel libre a mis en place un nouveau système de règles qui, en étant incorporées dans de grands projets (Linux, Debian, Gnome, KDE, Mozilla, etc.), ont progressivement créé un stock de ressources partagées particulièrement important, faisant du logiciel libre le plus emblématique des communs.

Nous allons y revenir en abordant successivement les points suivants :

- (1) les droits inscrits dans les licences, la base constitutionnelle du commun ;
- (2) l'accès aux ressources et l'innovation logicielle ;
- (3) les développements communautaires et leurs spécificités ;
- (4) le rapport du commun avec l'industrie, et celui de l'industrie avec le commun.

1. La base constitutionnelle du commun, les règles applicables au code

Le logiciel libre (*free software*), tout comme le logiciel *open source*, est directement lié à la licence qui l'accompagne. Dans celle-ci, le propriétaire du copyright sur le code abandonne tout droit d'exclusivité en accordant à l'utilisateur de son logiciel des droits d'usage particulièrement étendus.

Les licences de logiciels libres ont été définies pour contrer les stratégies propriétaires, qui stipulaient l'interdiction de toute copie et limitaient fortement les usages, le logiciel étant alors conçu comme un « actif » dont il fallait protéger et exploiter la valeur d'échange. La licence du logiciel libre, à l'inverse, pose le logiciel comme un objet technique ayant une valeur d'usage qu'on doit pouvoir transformer, faire circuler et entrer ainsi dans une forme de commun.

Dans la définition du logiciel libre introduite par Richard Stallman et la Free Software Foundation dans les années 1980, un logiciel est considéré comme libre si la licence accorde à l'utilisateur les [quatre libertés suivantes](#)¹ :

- (1) la liberté d'exécuter le programme, pour tous les usages et sans restrictions particulières ;
- (2) la liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter à ses propres besoins, ce qui signifie pouvoir corriger des erreurs, supprimer certaines parties du code, ajouter des extensions, et fusionner son propre code (ou celui d'une tierce partie) dans les modules existants ;
- (3) la liberté de copier le logiciel et d'en redistribuer ses copies ;
- (4) la liberté d'améliorer ou transformer le programme et de publier les transformations, « pour en faire profiter toute la communauté ».

La redistribution du logiciel, modifié ou non (points 3 et 4), inclut le code source et les formes binaires, exécutables, du programme. Elle peut être réalisée gratuitement ou moyennant paiement, au choix de l'utilisateur. « Vous êtes libre de redistribuer des copies, avec ou sans

modifications, gratuitement ou non, à tout le monde, partout », car « l'expression *free software* fait référence à la liberté et non au prix ». Le *software* est donc *free* au sens du « *free speech* » et non du « *free beer* », et il est bien précisé qu'une licence qui interdirait ou limiterait la vente ou la revente des copies ne pourrait être considérée comme une licence de logiciel libre.

Figure 1 : Les droits (ou libertés) du logiciel libre

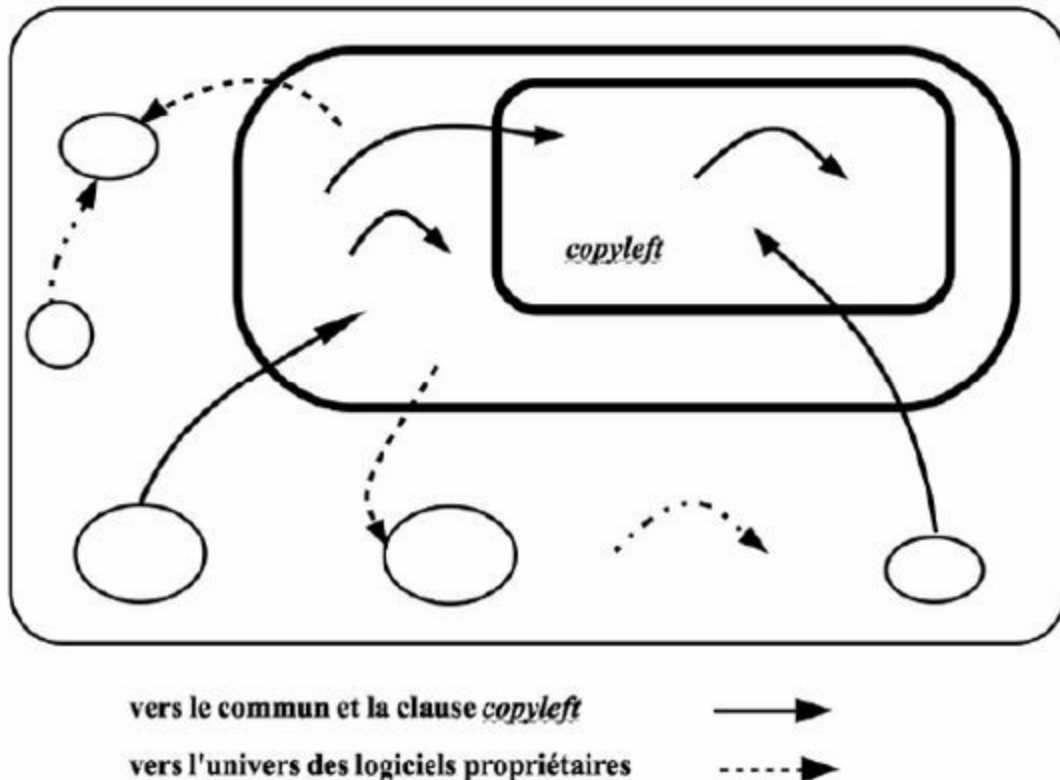
Droits inscrits dans les licences des logiciels libres					
	Exécuter le programme	Copier et distribuer (en l'état)	Modifier pour son propre usage	Modifier, combiner avec un autre code, et redistribuer	Clause <i>copyleft</i>
Usages et domaines d'utilisation	usage final (tel que)	partage et circulation sans modifications	correction de bogues, nouvelles fonctionnalités	développement logiciel	développement logiciel
Forme du logiciel	code compilé (binaire)	code source et formes binaires	code source	codes sources d'origines différentes	logiciel (code source +...)
Utilisateur non programmeur	oui	oui	sans objet	sans objet	sans objet
Utilisateur programmeur	oui	oui	oui	oui	oui

Pour permettre la formation du commun et assurer sa pérennité, une clause dite *copyleft* a été inventée, qui impose la redistribution du logiciel modifié (ou non) dans les mêmes conditions que la licence d'origine, autrement dit une licence de logiciel libre avec clause *copyleft*. En effet, attribuer à l'utilisateur des droits étendus de copie, de transformation et de redistribution du code (les quatre libertés d'un *free software*), ou mettre le logiciel dans le domaine public et promouvoir le partage du code, ne garantissent pas que ce logiciel transformé restera dans le commun. La migration d'un logiciel du domaine public ou d'un logiciel libre (sans

clause *copyleft*) vers le logiciel propriétaire est toujours possible, car on peut utiliser ce code légalement pour réaliser son propre programme, distribué ensuite uniquement en versions binaires sous licence propriétaire, le code source (ancien et nouveau) restant caché. Pour éviter cette mésaventure au logiciel libre, il fallait donc une clause spécifique. Cette clause *copyleft* a créé une forme de domaine public sécurisé en faveur des utilisateurs de logiciels, avec un principe d'extension continue du commun, puisque tous les ajouts, toutes les modifications du code source sous *copyleft* entrent directement dans celui-ci sans pouvoir en sortir. Ce dispositif juridique élémentaire sécurise aussi à l'avance les activités de développement et de transformation du code en installant dans la durée la mise en commun systématique de tout ce qui est produit dans ces activités. La clause *copyleft* fournit ainsi un cadre institutionnel égalitaire et pérenne, favorable au développement prolongé des logiciels libres et à la mise sur pied de formes de production en coopération.

Pour définir le commun des logiciels libres, deux distinctions sont alors importantes : (1) d'une part, celle entre le logiciel libre (*free software* ou *open source software*) et le logiciel non libre (propriétaire, semi-propriétaire, etc.), qui établit la frontière entre le commun et le reste ; (2) d'autre part, celle interne au commun des logiciels libres, entre les logiciels sous *copyleft* et les logiciels « non copyleftés », la clause *copyleft* déterminant la manière dont le code peut être redistribué.

Figure 2 : Le sens des migrations du code, d'un système de licence à l'autre



Il y a alors trois systèmes de règles en présence : (1) le système propriétaire, l'utilisation habituelle des « droits de propriété intellectuelle » sur le mode de l'exclusivité ; (2) le système du logiciel libre sans *copyleft* ; (3) le système du logiciel libre avec [copyleft²](#).

Le plus frappant, dans les évaluations statistiques que l'on peut faire de l'importance relative des licences de logiciels libres, mesurée en termes d'adoption par les programmeurs, est la place centrale occupée par les licences de la Free Software Foundation, et particulièrement de la GNU-General Public License avec sa clause *copyleft*. Ainsi, un simple comptage sur le site Sourceforge a montré que la licence GNU-GPL était largement dominante. Qu'il s'agisse de l'ensemble des projets (plus de cent soixante mille recensés) ou des « trois cents logiciels les plus populaires », le tableau est le même, respectivement 62 % et 63 % pour la GNU-GPL, et même 72 % et 74 % avec sa variante *lesser* au *copyleft* allégé, la GNU-LGPL.

Juridiquement, le monde de l'*open source* est donc remarquablement unifié, alors même que chaque programmeur auteur d'un code peut rédiger sa propre licence – une unification qui s'est d'ailleurs faite en quelque sorte spontanément, sans l'appui d'un quelconque gouvernement.

2. Accès aux ressources et invention collective

Dans les licences de logiciels libres, les droits d'usage sont les mêmes pour tous les utilisateurs ; les licences n'évoquent qu'un utilisateur générique et abstrait. Mais la « ressource logicielle » est une valeur d'usage complexe qui admet des usages différents. Il faut distinguer ici au moins deux catégories d'utilisateurs : ceux qui, dépourvus de toute compétence en matière de programmation, n'utiliseront le programme que pour ce qu'il est capable de faire (les utilisateurs ordinaires ou finaux) ; et ceux qui, à l'inverse, sont suffisamment compétents pour, s'ils le souhaitent, retravailler le code source (les utilisateurs programmeurs). Le tableau ci-dessus (tableau 1) des droits des utilisateurs montre d'ailleurs clairement que le logiciel libre a été conçu pour cette catégorie d'utilisateurs, la seule intéressée par les trois dernières colonnes du tableau, la seule pouvant s'engager réellement dans un développement logiciel, la seule capable d'utiliser pleinement les ressources du commun.

Sans mésestimer la valeur du logiciel libre pour un utilisateur sans qualification particulière, nous souhaitons nous concentrer ici sur son importance en tant que ressource pour la création de richesses et de nouveaux programmes.

L'importance des licences de logiciels libres réside dans le fait que celles-ci donnent naissance à des situations *d'invention collective* au sens de Robert Allen ([1983³](#)), où plusieurs inventeurs contribuent à la transformation progressive d'un objet technique avec, selon Allen, deux pré-conditions : un échange libre d'informations sur les différentes innovations, et la possibilité de réutiliser celles-ci, ce qui est possible quand il n'y a ni brevet ni secret de fabrication, soit par une impossibilité de breveter et de garder secrète l'information, soit par une volonté de partage (ce qui est le cas pour les logiciels libres). Lorsque ces conditions de l'invention collective sont réunies, une dynamique particulière de création, d'accumulation et de partage des savoirs apparaît. Dans le domaine des logiciels, trois grandes formes d'innovation, qui sont aussi trois modes d'évolution des ressources du commun, peuvent être distinguées.

(1) *Le mode cumulatif, par transformation progressive du même logiciel*

Le logiciel est modifié par des réécritures successives, par ajout ou suppression de portions du code, dans le but de corriger une erreur (bogue), d'améliorer la performance, d'introduire de nouvelles fonctionnalités, ou d'adapter le logiciel à une transformation de l'environnement. Avec un minimum d'organisation de la circulation du code transformé, le développement logiciel se structure, pris en charge par une certaine « communauté » d'utilisateurs programmeurs, lesquels travaillent en parallèle ou successivement à son évolution cumulative. Le logiciel final est alors le résultat de cette production collective.

(2) La réutilisation et la combinaison de codes d'origines différentes

On peut reprendre tout ou partie du code source d'un logiciel libre pour fabriquer tout à fait autre chose. On peut même combiner des codes sources d'origines différentes, à la seule condition que les licences soient compatibles entre elles. Cette liberté permet la réutilisation de composants logiciels existants, déjà développés et souvent bien débogués. La production par combinaison, avec l'ajout d'un nouveau code écrit pour l'occasion, est techniquement facilitée par le caractère modulaire de la plupart des logiciels libres, qui fait que l'ensemble du code source est découpé en sous-ensembles, chacun ayant sa fonction. Ces modules peuvent être réemployés ailleurs, pour la tâche spécifique qu'ils sont capables de remplir, et ce réemploi est une source d'économies non négligeables pour l'innovation en logiciel libre, car cela évite d'avoir à réécrire à chaque fois tous les composants nécessaires.

Un exemple de cette possibilité de réemploi est donné par l'ensemble des programmes produits à partir du code des « moteurs de rendus HTML », un composant des navigateurs web dont la fonction est d'assurer l'affichage des pages web. Il faut se rappeler qu'à la fin des années 1990, la firme Microsoft avait obtenu un quasi-monopole en matière d'accès à l'Internet avec son navigateur Internet Explorer (95 % des utilisateurs internautes). Aujourd'hui, la situation est complètement différente, et le logiciel libre n'y est pas étranger. Il s'est avéré en effet être un puissant vecteur de création de variétés et d'alternatives technologiques, et par là de dé-monopolisation, plus efficace que toutes les procédures [antitrust](#)⁴. Aujourd'hui, trois moteurs de rendus HTML existent en logiciel libre : Gecko, KHTML et Webkit, trois moteurs qui ont donné naissance à

plusieurs navigateurs et brisé le monopole de fait qui prévalait. On trouve ainsi Gecko dans plusieurs navigateurs (Firefox, Camino, K-Meleon, Epiphany et Kazehakase), dans des logiciels de messagerie, et des éditeurs de code html. Webkit, dérivé de KHTML, est le moteur de Safari (le navigateur d'Apple), d'OmniWeb, de Midori, d'Epiphany, de Konqueror (en option), d'Arora, et de GoogleChrome, et ce moteur là encore a bien d'autres applications.

(3) Les fourches, les écritures parallèles, et l'exploration tous azimuts

Dans l'univers des logiciels libres, n'importe quel utilisateur peut lancer son propre projet logiciel en reprenant le code source d'un logiciel en développement. Les développeurs de ce programme ne peuvent s'y opposer. La liberté d'entreprendre est donc totale. Les licences mettent en effet tout le monde sur un pied d'égalité, en concurrence, et ceci en permanence. Cette situation offre la possibilité à des programmeurs motivés et compétents de relancer un développement logiciel abandonné, ou insuffisamment dynamique, ou mal géré par ceux qui en ont la charge. Ce phénomène est nommé « embranchement », ou « fourche » (en anglais *fork*). Le développement du logiciel se scinde alors en deux projets parallèles et concurrents, avec éventuellement des emprunts de code d'un projet à l'autre. Ces développements peuvent ensuite diverger progressivement et se séparer définitivement, ou à l'inverse fusionner. Plus fréquemment, l'un finit par supplanter l'autre, qui disparaît faute de contributeurs.

Les raisons des scissions et divisions peuvent être des plus diverses : conflits individuels, divergences de points de vue en matière de choix techniques, insatisfaction devant la conduite d'un projet en cours, ou un enjeu plus stratégique, comme un changement de licence ou d'orientation du [développement](#)⁵.

Ces fourches sont un moyen puissant - pour le commun - de maintenir les règles et les droits existants (en dehors même de toute clause *copyleft*). Quand un développement logiciel pris en charge par une équipe ou une communauté d'utilisateurs programmeurs subit une dérive qui, de proche en proche, pourrait transformer un logiciel libre en un logiciel moins libre, voire non libre (par fermeture du code, difficulté d'accès à celui-ci, ou

changement de licence), l'apparition d'un nouveau développement logiciel plus clairement ancré du côté du logiciel libre est toujours possible.

Mais plus profondément, les fourches apportent aussi une très grande liberté en matière d'innovation et d'exploration de différentes alternatives technologiques, quand ces dernières existent. En effet, de même que les développements concomitants et concurrents, elles donnent la possibilité aux innovateurs d'explorer en parallèle les voies les plus divergentes. Quand, dans le développement d'un logiciel libre, les programmeurs se heurtent à un obstacle technique qui pose un problème de choix pour l'orientation du travail, en cas d'opinions divergentes, le jeu reste ouvert, et l'exploration d'une solution dédaignée par une partie des développeurs est toujours possible pour les autres. Les deux voies seront alors explorées, et les résultats obtenus faisant le tri, les solutions non valables finiront par être rejetées. L'existence de cette liberté de former son propre embranchement permet ainsi d'éviter aux logiciels libres de se retrouver dans des impasses technologiques. Dans certains domaines, l'innovation est ainsi tout à la fois redondante et considérablement diversifiée, avec des composants logiciels nombreux et disponibles, alors même que leur utilisation effective est souvent très faible. Mais si la situation vient à changer et pose un problème d'adaptation, la question a déjà été explorée, et les éléments de solution existent. Ainsi, l'arrivée des *netbooks* n'a posé aucun problème au [logiciel libre](#)⁶. En effet, des solutions légères, adaptées à de petites configurations en termes de mémoire, étaient déjà présentes, toutes prêtes, dans le commun.

3. Les développements des logiciels communautaires

Quand on observe l'évolution de la production des logiciels libres et les entrées dans le commun en longue période, on voit se dessiner une sorte de séquence. Sont apparus tout d'abord les outils logiciels indispensables au travail des programmeurs : compilateurs, comme le GNU Compiler Collection (GNU Collection Compiler), éditeurs de code, etc. Puis sous l'impulsion de la Free Software Foundation, les éléments constitutifs d'un système d'exploitation entièrement composé de logiciels libres se mettent progressivement en place. Le noyau du système, indispensable au projet d'ensemble, surgit cependant tout à fait indépendamment, avec l'essor du développement communautaire de Linux. Au milieu des années 1990, les

qualités propres de Linux sont reconnues non seulement par les partisans du logiciel libre mais aussi par une partie de l'industrie. Celle-ci mesure alors l'importance du logiciel libre et les potentialités du développement communautaire distribué. Ainsi, peu avant l'an 2000, on voit les premières libérations de code et l'affirmation du projet Mozilla. Linux est adopté par une partie de l'industrie, en remplacement des Unix propriétaires abandonnés les uns après les autres. Linux trouve sa place dans le code embarqué, les serveurs et l'ingénierie des systèmes informatiques, et les sociétés de services en ingénierie informatique (SSII) découvrent les avantages du libre. Parallèlement, les communautés du libre s'attaquent au problème de l'interface graphique, afin de doter Linux d'un environnement de bureau – ce sont les projets KDE (1996), Xfce (1996), Gnome (1997), etc. Les premières distributions GNU/Linux apparaissent sous forme de projets communautaires : Slackware (1992), Debian (lancé en 1993), Gentoo, suivies par des distributions commerciales pilotées par des firmes : RedHat (1994), Mandriva Linux (1998), Suse (1994), etc. Il s'agit d'une nouvelle sorte de production, visant à constituer une collection de logiciels assemblés en un tout cohérent autour d'un noyau Linux, des distributions destinées tant aux utilisateurs programmeurs qu'à ceux ordinaires, et comprenant des choix techniques et des philosophies divergents. Ces distributions s'adressent ainsi à toutes les catégories d'usages, et sont de fait très nombreuses (plus de cinq cents aujourd'hui).

Depuis, la production des logiciels libres s'est encore diversifiée, et ceux-ci envahissent progressivement les différents domaines de la société où les logiciels sont présents, en s'installant sur toutes les plates-formes, y compris les plus récentes, comme les smartphones et les tablettes, et dans toutes les niches en matière d'usages.

Au cœur de cette évolution et de cette utilisation du commun à des fins productives, il y a les développements communautaires qui mobilisent des programmeurs travaillant en coopération, un type de collaboration où les relations sont formellement symétriques et égalitaires, tous ayant les mêmes droits sur le code source qu'ils transforment, lequel va évoluer (et en principe s'améliorer) en intégrant les contributions des uns et des autres. Cette forme de production est un exemple particulier de ce que Von Hippel (2002) a appelé un « [réseau horizontal d'innovation par et pour les utilisateurs](#)⁷ » en désignant ainsi une situation où les utilisateurs d'une

technique sont à la source de la transformation de cette dernière, dont l'évolution est directement pilotée par l'usage.

Les utilisateurs d'un logiciel sont en effet toujours intéressés de voir celui-ci s'améliorer, et quand ils sont programmeurs et disposent du code avec le droit de le transformer, ils peuvent le faire, afin d'obtenir une meilleure valeur d'usage. Ils produisent alors un nouveau code. Faire circuler le nouveau code n'est guère problématique à l'époque de l'Internet. Le cacher par contre ne leur rapporterait rien, alors que sa publication peut permettre à d'autres d'innover à leur tour, avec au final un logiciel amélioré dont tous pourront bénéficier. On comprend alors pourquoi certains projets de développement en logiciel libre ont émergé aussi vite, dans une dynamique de coopération et d'invention collective, sans qu'il y ait ni salariat ni échanges marchands, les contributeurs n'étant jamais payés pour la fourniture de leur [code](#)⁸.

En pratique, les projets communautaires posent des problèmes de coordination, et ceux qui se sont effectivement développés (comme Linux) sont tous caractérisés par l'émergence d'une administration pratique du développement, avec l'apparition d'une division du travail horizontale et verticale, une certaine différenciation, ainsi qu'une répartition des rôles et un grand nombre d'outils utilisant l'Internet (système de gestion de versions, de suivi des bogues, forums, mails, etc.), l'ensemble permettant une organisation routinière du travail. La coordination des activités est ainsi réalisée par un usage systématique de la modularité et une administration du projet exercée par un (ou des) mainteneur(s). Le code source est découpé en différents modules de taille réduite en termes de lignes de code, lesquels sont reliés par des interfaces. Chaque module peut ainsi être développé séparément sans qu'il soit nécessaire que ses développeurs se coordonnent avec ceux qui interviennent ailleurs. Il leur suffit de respecter rigoureusement les interfaces, et cette modularité rend possible la *division horizontale du travail* avec une spécialisation poussée de chacun. Les modules sont donc développés par des équipes réduites (parfois un programmeur isolé), et très nombreux sont les auteurs qui ne travaillent que sur quelques [modules](#)⁹. C'est aussi ce qui rend possibles le travail géographiquement distribué et la mobilisation simultanée d'un très grand nombre de programmeurs, sans poser de problème particulier à la coordination d'ensemble. Le deuxième trait caractéristique des projets *open source* est l'existence d'une *division verticale du travail*, avec une

stratification marquée de la communauté des contributeurs. En effet, l'intensité des contributions est très variable, et les rôles sont différenciés. Le schéma général est celui d'un noyau de programmeurs relativement stable, qui écrit la majorité du code et contrôle le développement des modules, en intégrant des contributions ponctuelles issues d'un groupe plus large de développeurs, entouré enfin par la communauté bien plus vaste des utilisateurs ordinaires de versions (stabilisées) du logiciel.

Le commun pris dans son ensemble est ainsi souvent représenté comme une sorte d'« anarchie » entendue comme un monde sans commandement central, sans roi, sans chef, sans autorité unique. Il existe bien çà et là des organisations comme la Free Software Foundation, l'Open Source Initiative, la Fondation Apache ou d'autres qui, par leurs actions, influencent l'évolution générale du commun, en déployant une activité spécifique de définition et de défense des règles d'ouverture et de partage du code, et en contribuant à orienter les efforts de la communauté dans telle ou telle direction. Mais elles sont plurielles, souvent en rivalité les unes avec les autres, et aucune d'entre elles ne représente une autorité *unique* – aucune ne peut d'ailleurs y prétendre, n'ayant guère de moyens d'imposer cette autorité. Ce sont plutôt les membres de la communauté qui, seuls ou en coalition, gèrent, régulent et font évoluer le commun, en adoptant tel ou tel ensemble de règles et de comportements, en se mobilisant sur tel ou tel projet, pour telle ou telle tâche, telle ou telle cause, etc.

Il n'en est pas de même au niveau des différents projets de développement logiciel, avec ici des formes d'organisation et d'administration extrêmement variées. Il y a – cas très fréquent – le projet mené et géré par un fondateur (ou une toute petite équipe), qui produit initialement une grande partie du code et oriente ensuite le développement comme il l'entend, en intégrant ou non des contributions externes – c'est le modèle du dictateur supposé « bienveillant ». Mais il y a aussi des modèles qualifiés de « méritocratiques » ou « démocratiques » qui servent de références à la plupart des grands projets [communautaires](#)¹⁰.

4. Le commun et l'industrie, les entreprises et le commun

Les règles inscrites dans les licences des logiciels libres ne refusent ni la société marchande ni le capitalisme. Elles interdisent simplement

l'appropriation exclusive du code source des logiciels libres, ainsi que tout contrôle exclusif de l'usage et du développement logiciel. Les activités commerciales ne sont aucunement interdites et les entreprises, à l'image de tout autre utilisateur, peuvent utiliser le code comme elles l'entendent, en respectant simplement les clauses de la licence. Il reste que l'économie du commun est cependant très largement non marchande, ce qui est particulièrement vrai pour les formes communautaires de production, mais pas uniquement. En effet, il existe d'autres façons de produire du logiciel libre.

(1) La production par un individu ou une toute petite équipe travaillant en relations étroites (ce qu'on peut appeler le « modèle de la cave », en référence à l'[étude de Krishnamurthy de 2005¹¹](#)). Cette production artisanale et solitaire – à l'opposé du modèle communautaire – est bien représentée en logiciel libre. Un très grand nombre de programmes de petite taille sont produits ainsi, aujourd'hui comme hier. Il s'agit en général d'un développement engagé par un utilisateur pour ses propres besoins, ou par goût de l'innovation, ou par souci d'apprentissage personnel, ou par jeu, un travail non commandé réalisé comme un logiciel privé. Ce programme terminé (et suffisamment stable) est directement publié et mis dans le commun.

(2) La production prise en charge par une fondation ou une organisation à but non lucratif, qui réunit les fonds nécessaires à la mise sur pied d'un ou plusieurs projets de développement logiciel, des fonds qui servent à payer des programmeurs pour qu'ils se consacrent à temps plein au développement d'un logiciel, en collectant par ailleurs des contributions externes comme dans le mode communautaire. Le but de la fondation est aussi la gestion du projet lui-même et l'organisation de la diffusion du programme. Le logiciel est alors le résultat d'une coopération associant un groupe de développeurs salariés, payés par la fondation, et des contributeurs externes qui signalent les défauts (bogues) et travaillent à leur correction. Les fondations les plus connues sont : la Free Software Foundation, qui produit du code libre depuis les années 1980 ; la Fondation Apache, assurant le développement du serveur web du même nom ; et [Mozilla.org](#) (Firefox, Thunderbird, etc.). Mais aujourd'hui, la plupart des projets de développement communautaire se sont dotés de leur propre fondation afin de réunir des fonds et couvrir leurs besoins de manière autonome.

Dans ces deux formes de production comme dans le modèle communautaire, le but est la valeur d'usage et l'innovation, et le logiciel est rarement vendu. Les modes de financement sont alors de l'ordre du don ou de la dépense à fonds perdus, et non de l'avance en capital, pour reprendre une distinction classique de l'économie politique (voir Karl Marx, citant [James Stuart¹²](#)).

Figure 3 : Modes de financement d'une activité dédiée à la valeur d'usage

Type de ressource		Exemples
Don direct d'un logiciel	en nature	« logiciel privé » publié comme logiciel libre
Don de code	en nature	libération d'un code source anciennement sous licence propriétaire, qui devient le point de départ d'un nouveau développement en logiciel libre
Réutilisation du code appartenant déjà au commun	en nature	de droit dans toute licence de logiciel libre (le code étant disponible sur l'internet dans des « forges » où sont rassemblées différents projets logiciels)
Don d'heures de travail consacrées au développement	en nature	travail des mainteneurs et contributeurs externes dans les projets communautaires
Salaires versés par des entreprises ou des fondations à des employés développant un logiciel libre	en nature et monétaire	mainteneurs et contributeurs salariés dans certains projets <i>open source</i>
Apports monétaires de particuliers ou d'entreprises	monétaire	collectés en particulier par les fondations

Ce ne sont pas les règles des licences qui ont conduit à faire de l'économie des logiciels libres une activité en général « non marchande »,

financée par des dons, des subventions, des dépenses à fonds perdus. Ce sont plutôt la nature numérique des ressources logicielles et la mise en concurrence de tous les utilisateurs qui ont conduit à cette situation. C'est seulement d'ailleurs dans le cas d'une distribution utilisant l'Internet que la possibilité de diffuser quasiment gratuitement, avec un coût de duplication pratiquement nul, s'est transformée en une sorte d'obligation, puisque copier et rediffuser sont un droit pour tout utilisateur. Pour une activité purement capitaliste, c'est une sorte de contrainte, mais aujourd'hui, ce monde non marchand des logiciels libres et l'univers capitaliste de l'industrie ont trouvé leur articulation. Les modèles économiques commerciaux des entreprises ont été reconfigurés de manière à articuler la formule générale du capital et la recherche de la rentabilité, et la dépense avec le financement à fonds perdus d'un certain nombre de projets de développement logiciel, souvent communautaires, en rapport plus ou moins étroit avec la production des entreprises concernées, et il n'y a pas de problème majeur [ici](#)¹³.

Les entreprises utilisatrices du commun sont comme les autres utilisateurs. Certaines sont dans la situation d'un utilisateur ordinaire. Elles ont besoin de logiciels pour assurer le fonctionnement routinier de leurs activités, sans être engagées dans un développement logiciel particulier. D'autres utiliseront le logiciel libre pour construire leur offre commerciale. Ce qui les intéresse alors est la valeur commerciale que ces logiciels peuvent acquérir, une fois intégrés dans une offre plus large (avec en plus des économies en matière de développement). Elles vendent le logiciel tiré du commun, obtenu souvent « gratuitement », en y ajoutant d'autres produits ou services. On peut citer ici les distributions commerciales GNU/Linux, qui intéressent surtout les autres entreprises, grandes ou [petites](#)¹⁴. D'autres firmes ont simplement renouvelé une offre vieillissante, en abandonnant les Unix propriétaires pour Linux et les logiciels libres qui l'accompagnent. C'est le choix d'IBM et de bien d'autres, le recours aux logiciels libres présentant un autre avantage, « stratégique » : la suppression de toute possibilité de verrouillage technico-juridique, de création de rapports de dépendance et d'enfermement, et d'éventuelles soumissions à rançons, ce qui facilite l'établissement de relations commerciales dans une grande partie de l'industrie. Des alliances se sont alors nouées entre ces firmes capitalistes et les développements communautaires ; les entreprises contribuent au financement de ces

derniers, ou y engagent une partie de leurs salariés ; et des firmes concurrentes coopèrent ainsi ensemble sur des projets communs, ce qui n'a d'ailleurs rien d'exceptionnel. En termes de management, on parlera simplement d'« une mutualisation des ressources », certains logiciels libres étant devenus de fait des ressources communes indispensables à toute une partie de l'industrie.

D'autres entreprises, par contre, sont intéressées par la liberté que donne au programmeur le logiciel libre en matière de réutilisation et de transformation du code source. C'est le cas assez général des SSII, spécialisées en développement logiciel, en ingénierie de système, en production de logiciels sur commande, etc. Les solutions en logiciels libres qu'elles fournissent et facturent peuvent alors intégrer des ressources tirées du commun. Le code est fourni au client sous une licence de logiciel libre, les recettes obtenues payant le travail de développement, les coûts de fonctionnement de l'entreprise et la rémunération des capitaux. On est bien alors dans la formule générale du capital. Au niveau le plus élémentaire, on trouve ici la production de code embarqué (avec Linux), un code dédié, intégré dans une machine particulière (ascenseur, téléphone portable, routeur, caméscope, etc.), mais la même recherche de ressources utilisables pour l'innovation explique aussi l'importance des logiciels libres dans la construction des machines les plus puissantes, les [supercalculateurs¹⁵](#), etc.

Au total aujourd'hui, le logiciel libre participe de mondes économiques très variés, de l'économie du gratuit au capitalisme le plus ordinaire, et peut nourrir, si les conditions sont réunies, un vaste secteur d'économie collaborative, avec ou sans [échange marchand¹⁶](#).

Références

Allen R. C., « Collective invention », *Journal of Economic Behavior and Organization*, n° 4, 1983, p. 1-24.

Gosh R. A., David P. A., «The nature and composition of the Linux kernel developer community, a dynamic analysis », 2003. URL : <http://dxm.org/papers/licks1/licksresults.pdf>.

Gosh R. A., Prakash V. V., « The Orbiten Free Software Survey », *First Monday*, vol. 5, n° 3, 2000. URL : <http://orbiten.org/ofss/01.html>.

Hippel E. (von), « Open source projects as horizontal innovation networks – by and for users », *MIT Sloan School of Management Working Paper*, n° 4366-02, juin 2002.

Krishnamurthy S., « Cave or community ? An empirical examination of 100 mature open source projects », *First Monday*, n° 10, 2005.

- Kuwabara K., « Linux : a Bazaar at the edge of chaos », *First Monday*, vol. 5, n^o 3, 2000.
- Marx K., *Le capital, critique de l'économie politique*, livre I, Éditions sociales, 1950.
- Mockus A., Roy T. F., Herbsleb J. D., « Two case studies of open source software development : Apache and Mozilla », *ACM Transactions on Software Engineering and Methodology*, vol. 11, n^o 3, 2002, p. 309-346. URL : <http://herbsleb.org/web-pubs/pdfs/mockus-two-2002.pdf>.
- Moon J. Y., Sproull L., « Essence of distributed work : The Case of the Linux Kernel », *First Monday*, vol. 5, n^o 11, 2000.
- Raymond E., « The Magic cauldron », *Document de travail*, juin 1999.
- Tribune libre, témoins de l'informatique libre*, Éd. O'Reilly, 1999.
- Yamagata H., *Le pragmatiste du logiciel libre : entretien avec Linus Torvalds*, Blondeel S. (trad.), 1997. URL : <http://www.linux-france.org/article/these/interview/torvalds/pragmatist-fr.html>.

¹ Voir <http://www.gnu.org/licenses/license-list.fr.html>.

² Du code tiré du commun peut servir, si la licence est sans *copyleft* (licence BSD, par exemple), à construire un logiciel propriétaire, dont le code transformé échappe alors au commun. Il peut aussi servir à construire un autre logiciel libre, avec éventuellement une clause *copyleft* (par mise sous licence GNU-GPL par exemple). Mais le code « copylefté » ne peut être utilisé légalement que pour produire un logiciel libre avec clause *copyleft*. La clause règle donc à l'avance le destin du code, au cours des opérations de transformation et de distribution des programmes.

³ Robert C. Allen, « Collective invention », *Journal of Economic Behavior and Organization*, vol. 4, 1983, p. 1-24.

⁴ Selon StatCounter (août 2012), les parts mondiales (en termes d'utilisation) étaient respectivement les suivantes : 32,8 % pour Internet Explorer, 33,6 % pour Chrome, 22,8 % pour Firefox, 7,3 % pour Safari, 1,6 % pour Opera, 1,7 % pour les autres.

⁵ Ainsi en est-il des différentes *forks* apparues à la suite du rachat de SUN Microsystems par Oracle. Le développement d'OpenSolaris, abandonné par Oracle, a donné Illumos avec l'objectif de construire un système d'exploitation totalement libre compatible à 100 % avec les logiciels produits antérieurement pour OpenSolaris. Le fondateur de MySQL a lancé sa propre version concurrente en mai 2009 sous licence GNU-GPL. En septembre 2010, la création de The Document Foundation lance LibreOffice sous licence GNU-LGPL à partir du code d'OpenOffice, et un peu plus tard, un autre projet est apparu, abrité par la fondation Apache (Apache OpenOffice).

⁶ Ce qui ne fut pas le cas pour Microsoft, dont le système (Vista), trop gourmand en ressources, demandait des machines plus rapides. Microsoft a alors dû en catastrophe, pour ne pas perdre ce nouveau marché où les ventes étaient en pleine expansion, ressortir XP dans une version allégée, un produit pourtant abandonné et officiellement déclaré obsolète.

⁷ Voir E. von Hippel, « Open source projects as horizontal innovation networks – by and for users », *MIT Sloan School of Management Working Paper*, n^o 4366-02, juin 2002.

⁸ Même si aujourd'hui, beaucoup de développeurs de ces projets communautaires sont des salariés employés par des fondations ou des entreprises pour participer au développement de tel ou tel projet.

⁹ Plus de 70 % des auteurs de Linux n'ont ainsi travaillé que sur un seul module. Voir Gosh Rishab Aiyer et Paul David, « The nature and composition of the Linux kernel developer community, a dynamic analysis », 2003. URL : <http://dxm.org/papers/licks1/licksresults.pdf>.

¹⁰ Ainsi, la Fondation Apache a pour principe le « gouvernement par le mérite », un mérite apprécié en fonction de la contribution de chacun en termes de production de lignes de code, ce principe fondant la distribution hiérarchique des rôles. Mais l'association Debian, qui mobilise plus

de mille développeurs, se définit comme « communautaire et démocratique », avec l'élection de chefs de projets (méthode Schulze) et le principe que toutes les décisions importantes donnent lieu à un vote de l'ensemble de la communauté.

[11](#) S. Krishnamurthy, « Cave or community ? An empirical examination of 100 mature open source projects », *First Monday*, vol. 10, 2005.

[12](#) Karl Marx, *Le capital*, livre I, 1, p. 151 et s. Comparant la formule de la circulation $M - A - M$ et la formule générale du capital $A - M - A$, Marx, citant James Steuart (1805), distingue les *avances* (les investissements) et les *dépenses*, dernier terme de la formule de la circulation, « où l'argent est enfin converti en marchandise qui sert de valeur d'usage ; il est donc définitivement dépensé. Dans la forme inverse $A - M - A$, l'acheteur donne son argent pour le reprendre comme vendeur. [...] S'il le laisse partir, c'est seulement avec l'arrière-pensée perfide de le rattraper. Cet argent est donc simplement avancé » (p. 153).

[13](#) Dans d'autres cas comme celui d'InnoCentive (présenté au chapitre 7), c'est la vertu de *crowdsourcing* utilisée d'abord par le logiciel libre et ses communautés qui est exploitée en vue de féconder la R & D, le « public » étant largement mobilisé pour proposer des solutions à des énigmes scientifiques ou techniques, qui sont dûment rémunérées.

[14](#) Ces offres commerciales sont souvent flanquées d'une distribution de gratuits réservés aux utilisateurs domestiques, et d'un projet de développement sous forme communautaire, avec ici un retour d'expérience et l'apport de contributeurs externes (tests et correction de bogues, etc.) que les relations purement commerciales ne permettraient pas d'assurer. Ainsi en est-il de Red Hat et du projet Fedora, de Suse et OpenSuse, etc.

[15](#) Aujourd'hui, la majorité de ces machines utilisent Linux (97 % des cinq cents calculateurs les plus puissants en novembre 2014) et d'autres logiciels libres (Lustre par exemple, sous licence GNU-GPL). C'est d'ailleurs souvent une exigence des clients, le développement logiciel devant être poursuivi par l'utilisateur après livraison, dans la recherche d'une amélioration continue des performances de la machine.

[16](#) Une préoccupation qui est aussi celle de M. Bauwens, et avec lui de nombre de *commoners*. Voir le chapitre 12 qui clôt ce livre.

CHAPITRE 6

La musique à l'heure de l'Internet : du patrimoine aux communs ?

JEAN-BENOÎT ZIMMERMANN

De tout temps, la création musicale s'est trouvée dans une situation de dualité entre dimension individuelle du créateur et dimension sociale de son audience. Dans les civilisations traditionnelles, la valeur sociale de la musique se constituait par la rencontre avec son public dans une proximité sociale qui restait souvent très locale ou pouvait parfois s'étendre, portée par des passeurs, liens faibles au sens de Granovetter, entre des communautés, des villages, des vallées... Avec l'arrivée des technologies d'enregistrement et de radiodiffusion, l'industrie musicale qui en est née a privilégié le star-system, et normalisé les préférences au nom des économies d'échelle en faisant l'amalgame entre valeur sociale et valeur marchande des œuvres. La numérisation et le développement d'Internet ont récemment posé les limites d'un tel modèle, dès lors que la circulation des œuvres ne serait plus entravée par des barrières économiques. Le nouveau monde de la création musicale en train d'émerger pourrait s'apparenter davantage à un bien commun, dont les *creative commons* pourraient constituer le support juridique dans une nouvelle façon de gérer le droit d'auteur comme faisceau de droits.

1. Des origines à l'Internet, la boucle est presque bouclée

Au cours de l'histoire, la relation du musicien à son public, donc de l'activité individuelle de création à la valeur sociale de l'œuvre, a progressivement évolué. La relation directe des origines, fondée sur la proximité sociale, s'est vue graduellement médiatisée, d'abord par des dispositifs sociaux, puis par des dispositifs techniques, juridiques et productifs avec la naissance de l'industrie de la musique enregistrée.

Aujourd'hui, les nouvelles modalités d'interaction que permettent la numérisation et le développement de l'Internet inaugurent une nouvelle phase dans laquelle l'accès du musicien à son public et celui, réciproquement, des auditeurs aux œuvres musicales retrouvent un caractère quasiment direct dans le monde virtuel du Web.

1. La tradition orale : prise en charge sociale des musiciens et circulation des œuvres

Dans les civilisations anciennes, de tradition orale, les fonctions de création et d'interprétation musicales étaient dévolues à des individus reconnus comme tels au sein de la société pour leurs capacités et leurs dons en la matière et qui, le plus souvent, bénéficiaient d'un soutien de la part de la structure sociale. Ainsi, dans le village gaulois et dans la société celte en général, le barde était spécialisé dans la poésie orale et chantée. La classe des producteurs subvenait aux besoins de la classe sacerdotale, dont faisaient partie les bardes, et de celle des guerriers. Aujourd'hui encore, en Afrique de l'Ouest, du moins en zones rurales, la caste des griots, communicateurs notamment spécialisés en art musical, perpétue la tradition orale. Dès le plus jeune âge, les enfants sont formés par les anciens aux savoirs et aux techniques de leur caste. De nombreux artistes ou groupes musicaux contemporains, comme Mory Kanté (Guinée) ou Youssou N'Dour (Sénégal), sont issus de familles de griots.

Dès l'origine, les structures sociales s'organisent selon le principe que les talents musicaux sont distribués de manière inégale et que la musique a une fonction sociale, éventuellement spirituelle, mais ne produit pas de biens de subsistance. Il appartient alors à la société de prendre en charge ceux qu'elle reconnaît comme musiciens. La question de la rémunération des artistes est donc posée, dès lors que leur art est socialement entériné.

Plus tard, dans le monde médiéval, le troubadour en langue d'oc, ou le trouvère en langue d'oïl, sont des compositeurs, poètes et musiciens. Contrairement au mythe, ils n'allaient pas de château en château comme des poètes mendiants, mais vivaient pour la plupart sous la protection d'un suzerain. La cour, du seigneur ou du roi, devenait ainsi le lieu privilégié où pouvait s'épanouir la création musicale, les compositions des troubadours étant ensuite reprises et diffusées par les jongleurs et la copie. La tradition des musiciens de cour, compositeurs et orchestres qui en interprètent les

œuvres, suivra dès le xv^e siècle en France, passant progressivement de la musique de chapelle à celle de chambre (Dupeyrot, 2009).

Le deuxième aspect fondamental est celui de la diffusion de l'œuvre, la constitution d'une audience. Dans la tradition orale, celle-ci s'effectue dans l'espace restreint du village, colportée parfois par les voyageurs, en général des commerçants qui relient les communautés villageoises. Le musicien compose, interprète ou fait interpréter, et la circulation des hommes porte l'éventuelle diffusion de l'œuvre et sa perpétuation au-delà de l'espace local. La création acquiert une plus ou moins grande notoriété, et la diffusion des œuvres s'est longtemps perpétuée par le biais du bouche à oreille dans une tradition orale qui a continué de durer très longtemps dans les milieux populaires, tandis que la musique écrite et le concert n'étaient accessibles qu'à une seule population privilégiée. Au bouche à oreille se combine également la scène, scène populaire du baladin, de la taverne et du chanteur de rue, chants révolutionnaires qu'on entonne collectivement, chanson ouvrière et sociale qui se développe avec la révolution industrielle, orphéons et chorales, puis les cafés-concerts et les cabarets dont le nombre s'accroît dès la fin du xix^e siècle et où se mélangent parfois les classes sociales.

La diffusion, construction d'une audience, est constitutive de la valeur sociale de l'œuvre. Cette valeur peut être appréciée de différentes manières, notamment quand les œuvres se diffusent dans des sphères sociales distinctes (musique populaire *versus* musique de chambre notamment), et elle se détache d'une valeur intrinsèque supposée qui relèverait des qualités musicales de chaque œuvre, telles qu'un expert pourrait les évaluer. Quoi qu'il en soit, l'œuvre musicale atteint son objectif et sa raison d'être à partir du moment où elle rencontre son public. Elle acquiert une valeur sociale sous cette condition, et sous cette condition seulement.

2. La nature des œuvres musicales : biens publics, durables et cumulatifs

Or la circulation des produits de la création musicale est étroitement liée à la nature de « bien public » des œuvres. En premier lieu, ce sont des biens non rivaux. Une œuvre musicale peut être jouée, interprétée ou simplement reproduite sans limite ; le fait de la jouer, de la reproduire ou de l'écouter ne la dégrade pas, et ne prive personne de la jouer ou de

l'écouter. En deuxième lieu, ce sont des biens non exclusifs. Il est dans leur nature de circuler librement dans un espace social dont les limites dépendent des seuls modes de circulation et de diffusion de ce dernier, de l'espace du village, à celui de la région dans les traditions locales, de la nation, puis à l'espace internationalisé d'une culture musicale qui traverse les frontières dès les lendemains de la seconde guerre mondiale. Même quand des verrous techniques (comme les [DRM¹](#)) ou juridiques (le droit d'auteur) s'opposent à leur libre reproduction, rien n'empêche pourtant que ce soit de continuer à fredonner une œuvre de son choix, de la jouer, de l'interpréter et de la colporter dans son propre cercle social.

Mais la création musicale a une autre caractéristique fondamentale, qui est celle de donner naissance à des biens durables : durables de par l'existence de systèmes d'écriture musicale, durables par la mémoire populaire et la transmission orale, durables plus encore avec l'apparition de moyens d'enregistrement, des premiers rouleaux perforés aux galettes de cire, de bakélite et de vinyle et à la numérisation des CD-ROM et des disques durs. Même quand ils ont connu une carrière éphémère, les morceaux qui ont été conservés peuvent éventuellement être exhumés, redécouverts, rediffusés, réécoutés. De par cette nature de durabilité, la création musicale contribue sans cesse à alimenter un vaste patrimoine musical inscrit dans l'histoire, les cultures, les civilisations.

Enfin, la création musicale est une activité qui fait partie d'un processus cumulatif. Bien sûr, une composition musicale peut être interprétée, modifiée, déformée et même se voir échantillonnée (*sampling*). Mais, plus fondamentalement, l'œuvre musicale ne se fait pas hors de tout contexte, et bénéficie en permanence des créations qui l'ont précédée. Ainsi se constituent des styles musicaux, parfois propres à une région ou à une culture, qui évoluent sans cesse, plus ou moins rapidement, ou s'ancrent dans des traditions bien définies. Sans les chants entonnés dans les champs de coton, il n'y aurait jamais eu le blues ; sans le blues, il n'y aurait jamais eu le jazz, ni le rock, ni le pop. Sans les Beatles ou les Rolling Stones, la création musicale contemporaine de rock-pop ne serait pas celle que nous connaissons. En d'autres termes, la création musicale est tributaire et bénéficie de celles qui l'ont précédée. Et à cela, aucun verrou technique ou juridique ne saurait s'opposer.

Au final, le monde de la création musicale est assez similaire à celui de la science : des auteurs individuels dont les travaux à nature de biens

publics revêtent un caractère cumulatif (Scotchmer, 1991), et dont l'accumulation constitue un patrimoine collectif. Dans un cas comme dans l'autre, la rémunération des auteurs, ainsi que la circulation et la diffusion de leurs œuvres apparaissent comme deux questions clés sur lesquelles reposent la pérennité du système et la formation de la valeur sociale des [créations](#)².

Tant que domine la tradition orale, c'est-à-dire tant que n'apparaissent pas des moyens d'enregistrement et de reproduction, les œuvres musicales restent dans le champ du domaine public. La question des droits de propriété sur les créations musicales ne se pose [pas](#)³ de la même manière que dans le domaine des œuvres écrites, lesquelles sont susceptibles d'être éditées et imprimées, et sont à l'origine des premières lois sur le droit d'auteur. En France, les lois sur la « propriété littéraire et artistique » voient le jour dans le contexte de la Révolution et de l'abolition des privilèges, et ne visent plus seulement « la reconnaissance d'un droit de propriété de l'auteur [mais] contribuent à [lui accorder] une autonomie économique », et leur conception, qui se consolidera au cours du XIX^e siècle, « ne résulte pas d'une application particulière du droit de propriété, mais dérive de la défense du privilège de la librairie » avec l'émergence de nouvelles technologies d'imprimerie (Benhamou et Farchy, 2007, p. 7 et 22).

3. La naissance d'une industrie de la musique enregistrée

L'irruption des technologies d'enregistrement et de reproduction d'une part, et de radiodiffusion d'autre part, qui se succèdent et connaissent des progrès très rapides, marquera un double virage dans le monde de la création musicale. Le premier virage est relatif à *la circulation des œuvres*, dans la mesure où la possibilité de les enregistrer et de les reproduire et encore plus de les radiodiffuser leur permettra d'accéder à un public élargi, en les délivrant des contraintes de proximité géographique et sociale qui conditionnaient et limitaient leur diffusion. Le deuxième virage est celui de la *naissance d'une industrie de la musique enregistrée*. Celle-ci va connaître une rapide concentration du fait des économies d'échelle dans la production des œuvres et des externalités de réseau auxquelles est soumise leur diffusion. Ces économies de réseau concernent la maîtrise des réseaux de distribution commerciale, mais aussi celle des médias et de la

radiodiffusion qui devient très vite une pièce maîtresse dans la publicité des œuvres et la formation des préférences des auditeurs.

Les œuvres acquièrent un potentiel de circulation beaucoup plus important, mais n'y accéderont que celles qui pourront en maîtriser les clés. On assiste à une substitution de la circulation « naturelle » des œuvres, fondée sur les interactions sociales, par celle qui se concentre dans les mains de « prescripteurs » (Benghozi et Paris, 2003), souvent acteurs collectifs résultant de l'alliance objective, formalisée ou non, entre producteurs et distributeurs des œuvres et les programmeurs musicaux de la radio puis de la [télédiffusion](#)⁴. Notons au passage, en anticipant sur la suite, que ce sont précisément ces interactions sociales, mais à une nouvelle échelle, qu'on retrouvera à l'heure du numérique et de l'Internet comme moteur principal d'une diffusion renouvelée, s'émancipant, pour partie au moins, du pouvoir des majors de l'industrie du disque.

Il y a donc un potentiel de circulation démesuré, mais ce ne sont plus les processus sociaux qui génèrent la construction de la valeur sociale des œuvres, c'est-à-dire la rencontre entre une œuvre et son public, dans un monde fragmenté dans lequel chaque œuvre trouve, ou pas, un public naturellement limité, culturellement, socialement, géographiquement. Désormais, les barrières éclatent, et ce que le cabaret avait timidement amorcé devient un phénomène à grande échelle. Des musiques de tradition locale parviennent à conquérir une audience nationale, voire internationale (Jenson, 1998). Les publics ne se conforment plus à la stratification de classes sociales. Des musiciens acquièrent un statut d'idole et s'élèvent au-dessus de la masse. Mais l'accès à un large public reste en grande partie le résultat des choix stratégiques de ces prescripteurs qui doivent toutefois composer avec les orientations supposées ou révélées des auditeurs.

4. L'amalgame entre valeur sociale et valeur marchande

Les conditions de la concurrence dans cette industrie nouvelle, fondées sur l'exploitation des économies d'échelle et de réseaux, conduisent alors très vite à la formation d'un star-system mis en place par les majors de l'industrie musicale et consistant à tirer la plus grande part de leur revenu d'un petit nombre d'artistes (Adler, 2006). Cette fois, la rencontre des artistes et de leurs œuvres avec leur public obéit à une logique de maximisation du profit de ces opérateurs. *La valeur sociale de l'œuvre est*

désormais assimilée à sa valeur marchande. La variété des préférences des auditeurs se voit restreinte dans l'objectif de limitation d'une variété coûteuse, et si les promoteurs des œuvres se doivent de tenir compte de leur public, le résultat est sans doute sous-optimal pour la satisfaction des auditeurs, si l'on admet l'hypothèse que la variété des créations traduit aussi celle des sensibilités de l'ensemble de la population.

Dans la lignée de cet amalgame, auquel l'industrie de la musique enregistrée a procédé, entre valeur sociale et valeur marchande des œuvres, les stratégies de marketing des producteurs se sont très rapidement orientées vers des modèles d'auto-renforcement. Ceux-ci consistent à donner publicité des meilleures ventes de façon à inciter de nouveaux consommateurs à adopter à leur tour ces « valeurs sûres » plébiscitées par le public en les poussant au conformisme requis par le star-system. Dès les années 1930, en Californie, les journaux professionnels comme *Cash Box* ou *Bill Board* commencent à afficher les résultats de ventes des disques. Très vite, « le classement au *hit-parade* devient une incitation majeure à acheter. La valeur de l'œuvre est alors non seulement reflétée, mais aussi créée par sa position dans le hit-parade ; un titre qui n'y est pas classé n'a pas de valeur. Mieux il est classé, plus il se vend ; et plus il se vend, mieux il est classé » (Attali, 2001, p. 200-201).

La question de la formation des préférences des auditeurs est ici importante, et a été largement analysée dans la littérature, notamment sociologique, qui s'est penchée sur le sujet de la diffusion et de la formation des marchés des œuvres d'art. C'est évidemment un thème complexe qu'il ne s'agit pas de réduire à une vision simpliste.

Les goûts musicaux relèvent clairement d'une dualité entre individualisme et construction sociale. D'un côté, l'éclectisme des choix individuels dans la variété des œuvres disponibles révèle une grande diversité des profils individuels. De l'autre, les préférences manifestées traduisent une forme de conformisme de groupe qui correspond à l'intégration sociale de l'individu, en ce sens que « [*we pretty much listen to, and enjoy, the same music that is listened to by other people we like or with whom we identify*](#)⁵ » (Lewis, 1991). En soi, cette dualité n'est pas nouvelle dans la mesure où la consommation d'œuvres musicales a de tout temps comporté une dimension sociale, comme nous l'avons évoqué dans la construction du rôle social de l'artiste et dans les modes de circulation des œuvres dans la tradition orale.

Giraud (2014) a étudié comment les normes sociales qui prévalent dans des quartiers gays comme le Marais à Paris ou le Village à Montréal jouent un rôle essentiel dans les processus de socialisation au sein de ces espaces communautaires. Ainsi, en ce qui concerne les goûts musicaux, aimer Dalida ou Britney Spears n'est évidemment pas un corollaire d'une orientation sexuelle, mais résulte de la fréquentation des lieux qui les mettent en avant.

Face à cette dualité, l'industrie de la musique enregistrée construit son offre en prenant en compte les différenciations qui traversent les [groupes sociaux](#)⁶, et en les intégrant dans la structuration des catalogues de musiciens qu'elle choisit de promouvoir. À l'arrivée, le marché de la musique résulte d'un compromis entre la valorisation d'économies d'échelle, qui implique de limiter la variété des œuvres produites, et la prise en compte de la complexité du paysage des goûts musicaux, qui doit être traitée à l'aide de « filtres » qui en réduisent la granularité sans trop affecter la satisfaction des auditeurs et donc leur propension à acheter. C'est là le fondement de la stratégie du star-system, qui consiste à ramasser dans ses filets un grand nombre d'artistes, mais à concentrer ses investissements et ses efforts de promotion sur un très petit nombre.

5. La révolution numérique : autoproduction et circulation débridée

C'est à nouveau un grand virage technologique qui va, dès la fin du xx^e siècle, dans son sillage le monde de la création musicale pour sa deuxième grande mutation. Cette fois encore, les conditions de production et de circulation des œuvres restent au cœur de cette transformation.

Tout d'abord, la quasi-totalité des artistes, individuels ou groupes, a désormais la possibilité d'acquérir, pour une somme assez modeste, les équipements qui leur permettront d'enregistrer des morceaux, de les travailler et de produire un album. *L'autoproduction des œuvres est à la portée de tous*. Ensuite, en ce qui concerne leur diffusion, le potentiel démesuré qu'offre Internet dans son extension actuelle peut permettre aux artistes d'accéder à une large audience, à condition toutefois de parvenir à déclencher un « buzz » dont les fondements du succès ne sont encore que partiellement connus et maîtrisés (Larceneux, 2007). Aux temps pionniers qu'a symbolisés une plate-forme comme MySpace sont venus se substituer les technologies de *peer-to-peer*, les plates-formes de *streaming*, les

réseaux sociaux et les plates-formes de téléchargement légal payant ou gratuit comme Jamendo. *On est passé d'un modèle de star-system, mis en place par les majors de l'industrie musicale, à un modèle de surabondance de l'offre et qui réclame par conséquent, tant du côté de l'offre que de la demande, une problématique de l'ordre de l'économie de l'attention* (Lanham, 2006).

C'est le modèle entier de la création et de l'industrie musicale qui est remis en question, et ce à tous les niveaux de la filière. Bien évidemment, ces bouleversements se sont traduits de manière immédiate et objective par une baisse du chiffre d'affaires que les labels ont pu tirer de la vente de CD-ROM dès le début des années 2000. Pourtant, après un choc violent sur leurs résultats, ils ont su se ressaisir rapidement et redresser voire améliorer leur niveau de profit. Car les grandes firmes de l'industrie musicale ne s'y sont pas trompées. Certes, elles ont consacré une grande énergie à réclamer aux gouvernements des législations destinées à préserver leurs marges dans la vente d'albums et dans la vente en ligne de morceaux de musique. Mais elles savent aussi que le modèle fondé sur la seule vente de droits à écouter de la musique devient rapidement obsolète, tandis que de nouvelles sources de revenus devront être recherchées dans l'organisation de concerts et spectacles et dans la vente de produits dérivés. Ce sont les stratégies dites « de 360 degrés », auxquelles les majors de l'industrie musicale n'ont pas tardé à se convertir (Curien et Moreau, 2006).

2. Une nouvelle approche de la propriété intellectuelle à l'heure de l'Internet

Ces transformations, et notamment la facilité de reproduction et de diffusion à distance des œuvres, sans altération, constituent un véritable défi à l'égard des cadres traditionnels de protection de la propriété intellectuelle et du droit d'auteur, dans le domaine de la musique comme dans une large gamme d'activités de création.


1. Les creative commons : faisceau de droits et bien commun



À ce nouveau contexte, un groupe de juristes, américain à l'origine et constitué autour de Lawrence Lessig, spécialiste de droit constitutionnel et de droit de la propriété intellectuelle et professeur au MIT, a voulu



répondre. Il a élaboré un nouveau mode de gestion du droit des auteurs, afin de permettre à ceux-ci de définir, de manière plus fine que l'alternative entre copyright et domaine public, la façon dont leurs œuvres pourront circuler, être reproduites ou utilisées.



C'est l'objet des « *creative commons* » (CC), pour partie inspirées de l'expérience du logiciel *open source*, qui, tout en gardant leur unité, se sont vues progressivement adaptées aux spécificités des cadres juridiques nationaux. Au droit (ou à l'interdiction) de copier, les CC opposent le droit de l'artiste à décider des droits et des devoirs de ceux qui bénéficieront de son œuvre, à des fins soit de consommation, soit d'incorporation dans leurs propres activités, que celles-ci soient ou non commerciales. Le but de ces nouveaux outils juridiques innovants est bel et bien de définir ces droits et devoirs en choisissant les termes du contrat, dans une gradation entre la fermeture du copyright et l'abandon des droits dans le domaine public.

Les régimes de *creative commons* sont constitués de manière combinatoire par quatre éléments qui, assemblés, donnent naissance à six régimes distincts. Ces éléments sont les suivants :

 BY est la *clause de reconnaissance de la paternité de l'œuvre*. On la trouve dans tous les régimes possibles dans la mesure où les CC sont un régime de droit d'auteur et qu'un auteur ne peut revendiquer d'autres droits s'il ne revendique pas celui-là.

  NC (*no commercial*) s'oppose à toute exploitation commerciale de l'œuvre sans le consentement explicite de l'auteur. Sa libre circulation est par conséquent limitée à un cadre non commercial.

  ND (*no derivatives*) n'autorise pas la modification de l'œuvre sans consentement explicite de l'auteur, laquelle doit par conséquent circuler dans son originalité.

  SA (*share alike*) demande le maintien du même statut pour toute œuvre dérivée.

Cette innovation juridique marque une rupture profonde avec la conception standard de la propriété intellectuelle inhérente au droit d'auteur et plus encore au copyright. Le copyright s'inscrit dans une approche intégrée de la propriété, droit absolu mais temporaire et cessible sur l'œuvre. Par leur principe de combinaison de ces revendications élémentaires, les CC relèvent au contraire d'une conception de la propriété comme un faisceau de droits, dans la lignée de la pensée de J. R. Commons puis E. Ostrom (Orsi, 2015, chapitre 2 de cet ouvrage), reliant l'auteur de l'œuvre aux autres personnes pour ce qui concerne l'utilisation, la circulation ou l'exploitation de cette dernière.

En tenant compte des incompatibilités de ces revendications élémentaires entre elles (par exemple, on ne peut avoir ND et SA dans la mesure où cette dernière clause suppose que l'auteur accepte les œuvres dérivées), on obtient les six régimes suivants :

BY	x	x	x	x	x	x
NC			x	x	x	
ND					x	x
SA		x		x		

Ici, la composante BY est commune à tous les régimes, les choix basiques se faisant sur l'autorisation ou non d'utilisation commerciale, d'une part, et l'autorisation ou non d'œuvres dérivées, d'autre part, avec l'obligation ou non, lorsque ces œuvres dérivées sont rendues possibles, de maintien du même régime de propriété, c'est-à-dire du même faisceau de droits. Soit encore, en présentant les licences comme le croisement de ces deux logiques :

	NC	NC
BY	BY	BY-NC
	BY-SA	BY-NC-SA
ND	BY-ND	BY-NC-ND

Cette approche, plus en phase avec les nouvelles conditions de production et de circulation des œuvres musicales qui sont celles de l'ère

de la numérisation et de l'Internet, *ouvre la voie à un nouveau modèle économique où le patrimoine musical devient un bien commun*. Dans une telle optique, la valeur sociale de l'œuvre retrouverait son autonomie à l'égard de la valeur marchande de laquelle elle se dissocierait, restaurant son sens premier d'audience et non de marché. Comme conséquence de cette dissociation, le star-system voit ses fondements fragilisés, et la granularité des goûts musicaux retrouve sa finesse initiale tout en conservant sa dualité individuel/social. On perçoit que l'exploration de l'abondance de la création peut suivre d'autres logiques que celle de la maximisation du profit des producteurs-diffuseurs, donc plutôt celle de l'optimisation de la satisfaction des auditeurs.

3. Jamendo : une plate-forme de musique libre en ligne

L'exemple de Jamendo est à cet égard tout à fait éclairant. Jamendo est la plus grande plate-forme mondiale de musique libre en ligne. *La musique qui y est déposée est obligatoirement placée sous un régime de creative commons, afin de permettre sa libre circulation en streaming ou en téléchargement*. Créée en 2005, Jamendo compte aujourd'hui plus de quarante mille artistes, plus de quatre cent mille morceaux et des millions d'auditeurs.

Mettre sa musique en ligne sur Jamendo ne signifie évidemment pas renoncer à tout droit sur son œuvre, ce qui serait contraire à l'esprit des *creative commons* qui, tout comme le *copyleft* du logiciel libre, représentent non pas une négation du droit d'auteur, mais une manière alternative de le gérer. Ainsi, les artistes qui adhèrent à Jamendo et y déposent leur musique doivent tout d'abord sélectionner le régime de CC pour lequel ils optent, puis choisir s'ils souhaitent ou non adhérer au service « Jamendo Pro » que leur propose la plate-forme. Jamendo Pro consiste en une activité commerciale menée par Jamendo au nom des artistes, et qui est susceptible de générer des revenus issus de trois grandes sources qui sont :

- les licences commerciales d'exploitation, par exemple pour des films ou des émissions de télévision ;
- un service de musique d'ambiance pour des surfaces commerciales ou des lieux publics, lequel dispense les contractants de payer une redevance aux sociétés de collecte comme la Sacem (Société des

Auteurs, Compositeurs et Editeurs de musique) en France (à condition bien sûr de ne diffuser que la musique fournie par Jamendo) ;

– les bandeaux publicitaires qui peuvent être placés sur les pages des artistes sur le site.

Ces revenus sont partagés sur une base 50/50 entre Jamendo et les artistes concernés.

Le choix d'avoir rendu obligatoires les *creative commons* sur Jamendo procède d'un raisonnement qui était au cœur des motivations des fondateurs de la plate-forme et qui tourne autour d'un problème d'appariement en opposition à l'esprit du star-system. Face à une abondance de musique et même de bonne musique potentiellement disponible sur le Web, *le double enjeu est de permettre aux artistes d'acquérir une audience, et aux auditeurs de trouver de la musique qui réponde à leurs goûts*. Deux conditions sont évidemment requises pour aller vers cet objectif. La première est la libre circulation des œuvres, rendue possible par les *creative commons*. La seconde est de fournir aux auditeurs les outils leur permettant de trouver leurs repères dans cette surabondance. On est typiquement dans une problématique d'économie de l'attention. À terme, cette démarche doit donner la possibilité de délier l'amalgame entre valeur sociale et valeur marchande de l'œuvre.

La question est par conséquent de savoir dans quelle mesure une telle approche constitue ou peut contribuer à un *futur modèle de l'industrie musicale*. Pour avancer dans cette interrogation, nous avons réalisé une [enquête en ligne](#)⁷ auprès d'un échantillon de sept cent soixante-sept artistes présents sur Jamendo (Bazen, Bouvard et Zimmermann, 2014). Cette enquête a été conduite de manière complémentaire à un certain nombre d'entretiens semi-directifs préalablement réalisés avec des artistes et à des discussions de travail avec des responsables de Jamendo.

Sous le terme « artiste », nous entendons aussi bien les musiciens individuels qui sont au nombre de cinq cent neuf (66 %) dans notre échantillon que les acteurs collectifs que constituent les groupes et qui sont deux cent cinquante-huit (34 %). Ces artistes sont plutôt jeunes, avec un pic de distribution entre 25 et 35 ans. La part des groupes est plus importante chez les jeunes artistes (40 % chez les 21-25 ans, 45 % pour les 26-30, et 41 % pour les 31-35). Elle est plus basse chez les très jeunes (21 % pour les moins de 20 ans) et les plus âgés (8 à 30 % selon les tranches d'âge). Notre échantillon est plutôt centré sur l'Europe, et même

sur l'Europe de l'Ouest (41 %) et sur la France (25 %). 28 % de l'échantillon est situé hors d'Europe, dont 17 % dans les Amériques. Si on constate une large variété de styles musicaux, deux genres toutefois dominant : la musique électronique (47 % des artistes) et le pop-rock-reggae (39 %), sachant que chacun des artistes peut déclarer plusieurs genres musicaux. Dans notre échantillon comme partout ailleurs, la musique électronique semble le genre le mieux adapté aux conditions de l'autoproduction et de la diffusion en ligne sur Internet, plus approprié à une création individuelle et ne nécessitant pas de locaux spécifiques. Dans les autres styles, les musiciens individuels sont aussi les plus nombreux, sauf dans le pop-rock-reggae où les groupes sont légèrement majoritaires.

Dans notre échantillon, les professionnels restent bien entendu minoritaires, mais comptent tout de même pour près de 20 % des artistes, 18,5 % des musiciens individuels et 22 % des groupes. *Ce point est important dans la mesure où il va à l'encontre d'une idée reçue que les creative commons ne seraient en tout état de cause qu'un outil commode pour les amateurs, mais trop ouvert pour les professionnels, pour lesquels tirer un revenu de la musique est une question essentielle.*

4. Le rôle moteur des creative commons

Un autre aspect important est relatif aux raisons qui ont amené les artistes à choisir de se positionner sur Jamendo, et corollairement à opter pour les *creative commons*. À cet égard, 67 % des artistes ont choisi Jamendo, car la plate-forme utilise les CC, tandis que la capacité de Jamendo à générer du buzz sur Internet, qui était pourtant au cœur des objectifs de ses fondateurs, n'arrive qu'en deuxième position, citée par 40 % des artistes. Quant aux raisons de l'adoption des *creative commons*, bien plus qu'une obligation sur Jamendo, elle correspond pour plus de 60 % des réponses à une adhésion à la vision de partage portée par les CC, et 50 % des artistes estiment que les CC ont un rôle moteur à jouer pour l'avenir de la création musicale. Cette proportion passe à 75 et 64 % parmi ceux des artistes qui ont choisi Jamendo pour les CC. C'est donc une véritable adhésion aux fondements des *creative commons* qui caractérise une grande majorité de notre échantillon.

En ce qui concerne le choix de licence, trois options dominant : BY (27,5 %), BY-NC-ND (26,5 %) et BY-NC-SA (23 %), qui représentent à elles trois 77 % des choix. Avec plus du quart de l'échantillon, les artistes

qui adhèrent au BY seul choisissent la pure circulation, dans une vision finalement peu éloignée du domaine public, à la reconnaissance de paternité près. Mais les deux autres options correspondent quant à elles à une vision plus élaborée de l'usage des CC, qui trouve un écho dans le fait que 55 % des artistes n'autorisent pas une libre utilisation commerciale de leur œuvre, tandis qu'un tiers s'oppose à leur libre usage pour des produits dérivés, et que parmi les 68 % qui ne s'y opposent pas, 35 %, soit plus de la moitié d'entre eux, demandent pour ceux-ci le maintien du même statut.

L'analyse économétrique confirme cette interprétation en montrant que l'adhésion à la vision de partage des CC joue un rôle négatif dans le choix du BY seul, et un rôle positif dans celui du NC sous toutes ses formes, ou du ND, associé ou non au NC. Quant à l'adhésion aux CC pour le développement de la créativité, elle joue un rôle négatif pour le BY seul, et un rôle positif pour le NC, mais elle n'a pas d'influence significative pour le choix du ND, ce qui s'explique dans la mesure où la créativité peut supposer transformation, échantillonnage, recombinaison, etc., qui sont le propre des œuvres dérivées.

Pour conclure : un modèle dual ?

À l'arrivée, cette enquête montre que, pour les artistes de notre échantillon, la démarche et les outils mis en place par Jamendo leur semblent pertinents pour préfigurer un modèle de la création musicale adapté aux nouvelles conditions de production et de circulation des œuvres ouvertes par la numérisation et le développement d'Internet. Elle montre aussi et surtout que la grande majorité des musiciens sondés ont bien compris les fondements des *creative commons* et entendent véritablement en faire *usage non pas comme simple marquage de leur paternité mais bien comme faisceau de droits leur ouvrant la possibilité d'une gestion différenciée de leurs droits d'auteur*. Cela confirme la force des *creative commons* comme moteur de l'émergence d'un nouveau modèle pour le monde de la création musicale de demain.

Toutefois, rien ne permet de dire aujourd'hui ce que sera ou seront les modèles économiques de ce nouveau monde. Les majors du star-system ont bien compris l'importance d'appuyer et de légitimer leur modèle sur les dynamiques sociales portées par l'[Internet](#)⁸. Ces deux logiques qui s'affrontent ne seront pas nécessairement exclusives l'une de

l'autre, et l'équilibre peut être celui d'un modèle dual. Il subsisterait une partie haute de la distribution où les plus grandes parts de marché resteraient concentrées sur un petit nombre d'artistes, tandis que la queue de la distribution continuerait de rassembler un grand nombre de musiciens accédant à de vraies audiences qui leur seraient [propres](#)⁹.

Références

Adler M., « Stardom and Talent », in Ginsburgh V., Throsby D. (éd.), *Handbook on the Economics of Arts and Culture*, 2006, p. 895-907.

Anderson C., *The Long Tail : Why the Future of Business is Selling Less of More*, Hyperion, 2006.

Attali J., *Bruits*, Fayard/PUF, 2001.

Bazen S., Bouvard L., Zimmermann J.-B., « Jamendo et les artistes, un nouveau modèle pour l'industrie musicale ? », rapport de recherche, 2014. URL : http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/98/97/40/PDF/WP_2014_-_Nr_11.pdf.

Benghozi P.J., Paris T., « De l'intermédiation à la prescription : le cas de la télévision », *Revue française de gestion*, n° 142, janvier-février 2003, p. 205-227.

Benhamou F., Farchy J., *Droit d'auteur et copyright*, La Découverte, coll. « Repères », n° 486, 2007.

Curien N., Moreau F., *L'industrie du disque*, La Découverte, coll. « Repères », 2006.

Dupeyrot B., « La musique à la cour du roi de France (1461-1515) », thèse diplôme d'archiviste-paléographe, École nationale des chartes, 2009.

Elberse A., « Should you invest in the long tail ? », *Harvard Business Review*, vol. 86, n° 7/8, 2008, p. 88-96.

Giraud C., *Quartiers gays*, PUF, 2014.

Granovetter M. *Le marché autrement. Les réseaux dans l'économie*. Desclée de Brouwer, 2000.

Jenson J., « Genre and Recalcitrant : Country music's move uptown », *Tracking : Popular Music Studies*, vol. 1, n° 1, 1998, p. 30-41.

Lanham R. A., *The Economics of Attention*, University of Chicago Press, 2006.

Larceneux F., « Buzz et recommandations sur Internet : quels effets sur le box-office ? », *Recherches et applications en marketing*, vol. 22, n° 3, 2007, p. 45-64.

Lewis G. H., « Who Do You Love – The Dimensions of Musical Taste », in Lull J. (éd.), *Popular Music and Communication*, Sage, 1991, p. 134-151.

Scotchmer S., « Standing on the Shoulders of Giants : Cumulative Research and the Patent Law », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n° 1, 1991, p. 29-41.

¹ Les DRM, pour « Digital Rights Management », sont des dispositifs techniques qui s'opposent à la copie d'un morceau de musique.

² On ne pourra s'empêcher ici de penser à la volonté d'un grand mathématicien comme A. Grothendieck de s'opposer à la divulgation du contenu de ses travaux, menés durant une vingtaine d'années en retrait du monde. On imagine mal un musicien qui ferait de même. Celui-ci serait

probablement oublié, tandis que les travaux du mathématicien ont soulevé une curiosité légitime de la communauté scientifique étant donné la puissance de ceux qu'il avait publiés auparavant.

3 Hormis pour ce qui concerne la musique écrite, c'est-à-dire celle qui donne lieu à des partitions, principalement alors la musique de chambre et la musique symphonique.

4 Il faudrait aussi mentionner ici le rôle de la presse, spécialisée ou non, mais nous n'entrerons pas davantage dans les détails de ces édifices qui président à la formation des goûts du public.

5 Nous préférons et avons plus de plaisir à écouter la même musique que celle qu'écourent les gens que nous aimons ou avec lesquels nous nous identifions.

6 Il y a une véritable transversalité dans l'adoption des styles ou des artistes, qui fait qu'un même musicien pourra se trouver écouté et approprié par des groupes très différents sur la base de critères ou de perceptions distinctes, voire contradictoires.

7 Enquête en ligne en trois langues (anglais, français et espagnol), réalisée avec le logiciel *open source* « Lime Survey ».

8 Ainsi, le chanteur Grégoire, surnommé le chouchou des internautes, a été lancé sur le Net par le « label communautaire » MyMajorCompany pour le plus grand profit de Warner Music Group.
URL : <http://www.numerama.com/magazine/11728-exclusif-ce-que-gregoire-a-rapporte-aux-internautes-et-a-warner.html>.

9 Le modèle le plus couramment évoqué est celui de la « longue traîne » (Anderson, 2006), la question qui reste en suspens aujourd'hui étant celle de savoir si cette queue de distribution où se concentrent les masses d'artistes hors du star-system gagne en épaisseur, c'est-à-dire en audience, ou au contraire s'affine par dilution d'audience dans une surabondance d'offre (Elberse, 2008).

CHAPITRE 7

InnoCentive : un modèle hybride d'innovation basé sur l'innovation ouverte

ISABELLE LIOTARD ET VALÉRIE REVEST

Longtemps, l'innovation a été perçue comme un processus purement interne, conduit au sein de l'entreprise, cette dernière la considérant comme un trésor à faire fructifier et à maintenir dans son périmètre. En effet, durant les XIX^e et XX^e siècles, les firmes ont eu pour objectif de développer leur projet en interne, et de détenir de manière exclusive les droits sur leurs processus d'innovation et/ou de création. Or, depuis quelques décennies, des entreprises innovantes appartenant à des industries variées choisissent de plus en plus de faire appel à leur environnement extérieur pour développer une partie de leurs innovations. L'enjeu est crucial : pour alimenter un processus d'innovation toujours risqué, complexe, long et coûteux, la R & D interne « seule » ne suffit plus. L'acquisition de connaissances externes, combinée aux activités de R & D interne, apparaît alors comme un mécanisme efficace pour accroître l'ensemble des connaissances technologiques produites par les entreprises, dans un contexte d'innovation ouverte (*Open Innovation*), aux fortes dimensions participatives et collaboratives. Cette alchimie associant dimension interne et externe a pris depuis plusieurs formes, visant à assurer notamment la complémentarité des ressources : réseaux de partenaires privés et/ou publics, accords de licences, coalitions ou partenariats autour de projets technologiques, clusters, pôles de compétitivité (Teece, 1986).

L'objectif de ce chapitre est d'analyser l'apparition d'une nouvelle configuration d'organisation de la recherche et de l'innovation portée par Internet. Le développement sans précédent du Web a conduit à la mise en place de nouvelles structures d'intermédiation visant à accélérer la captation de savoirs externes par les entreprises. InnoCentive, fondée

en 2000, représente la première plate-forme d'intermédiation mettant en relation des entreprises confrontées à un problème lié à leur recherche et des « apporteurs de solutions » du monde entier (Lakhani et Panetta, 2007). Au travers d'une plate-forme en accès libre, des entreprises postent des « questions » technologiques (plus ou moins larges) et proposent une prime pour chaque défi, afin de récompenser la meilleure solution proposée après une période de concours. Nous montrons que l'originalité d'une telle plate-forme provient de la nature du rôle d'intermédiation joué par les gestionnaires de la plate-forme, qui ne se limite pas à un simple rôle de mise en relation entre deux groupes d'acteurs, mais qui consiste à extraire et transformer des savoirs académiques en solutions opérationnelles pour des entreprises. Un second résultat de notre étude concerne les propriétés et caractéristiques d'InnoCentive. Cette plate-forme se distingue tant des communs au sens propre (logiciels libres, Wikipédia...) que des formes multiples d'entreprises collaboratives et ouvertes dont Internet a permis l'essor. On la désignera comme un « hybride », naviguant entre innovation ouverte et innovation fermée, entre biens communs et biens privés. S'appuyant sur une communication autour de l'innovation ouverte, la plate-forme utilise l'architecture de l'Internet (un commun) et des savoirs existants (dont certains sont de l'ordre du bien commun) pour assurer une marchandisation des connaissances et leur privatisation. L'un de ses traits centraux est ainsi de s'appuyer sur des mécanismes de *crowdsourcing* (externalisation ouverte faisant appel à la foule des internautes) pour alimenter les processus d'innovations des firmes clientes et partenaires de la plate-forme.

La première section met en lumière l'intermédiation active proposée par InnoCentive. La seconde section se focalise sur les caractéristiques de la plate-forme à travers le prisme de l'*Open Innovation* et de la notion de biens communs de la connaissance.

1. InnoCentive : précurseur des plates-formes d'innovation sur Internet

Créée en 2000 sous les auspices du laboratoire pharmaceutique Eli Lilly, InnoCentive est un intermédiaire privé entre des entreprises ou organisations confrontées à des difficultés non résolues dans le déploiement de leur politique de recherche et d'[innovation](#)¹, et des

apporteurs de solutions du monde entier (chercheurs, scientifiques, ingénieurs, retraités d'une industrie particulière, etc.). Face à la complexité des processus de recherche et d'innovation, faire appel à la communauté des internautes permet aux entreprises d'obtenir rapidement un savoir et des connaissances de la part d'experts, appartenant à la même discipline ou à des disciplines connexes.

Le fonctionnement de la plate-forme repose sur l'organisation de concours s'inscrivant dans un délai très court (en moyenne entre trente et soixante jours). Les demandeurs de solutions sont aidés par InnoCentive pour cibler leurs questions et les rédiger de manière pertinente (nous reviendrons sur ce point ultérieurement). Les défis sont ensuite postés sur le site. Les questions sont soit de l'ordre d'une demande simple (un conseil, une idée), soit au contraire plus complexes, nécessitant une expertise poussée et une solution élaborée. Les défis sont adossés à une prime allant de 5 000 dollars jusque parfois 1 million de dollars, selon le degré de difficulté. Visibles sur le site et en accès libre (www.innocentive.com), les challenges couvrent toute une série de thématiques dont la chimie, l'informatique et les [sciences de l'ingénieur](#)². Les grandes entreprises constituent la base des demandeurs de solutions : Solvay, Procter & Gamble, Boeing, DuPont, Novartis, IBM, Johnson & Johnson, Bayer, Syngenta, ainsi que des fondations de recherche (Rockefeller Foundation, Prize4Life) ou même la Nasa sont à citer (Tapscott et Williams, 2007). Les apporteurs de solutions constituent l'autre versant du dispositif. S'ils estiment avoir une réponse à un défi, ils doivent s'inscrire sur la plate-forme, signer à l'avance un certain nombre de conditions (dont celles relatives à la propriété intellectuelle), et ainsi participer à un espace privé sécurisé, dans lequel ils peuvent demander des précisions sur le défi et déposer leur solution dans le délai imparti. Ces internautes sont essentiellement des universitaires, mais on retrouve également des ingénieurs, ou des retraités possédant une expertise élevée dans leur domaine. Il est important de noter que tous les protagonistes sont couverts par l'anonymat et que, à aucun moment, on ne peut deviner l'identité de la firme qui a mis en ligne le défi. Au terme du concours, les solutions sont rassemblées, filtrées selon leur pertinence, et proposées à l'organisation ayant posté le défi, qui décidera du gagnant. Ce dernier recevra la prime dont le montant a été fixé au début du [processus](#)³.

En analysant au plus près la plate-forme (par le biais de notre [enquête](#)⁴

et à partir des travaux de Lakhani et Panetta, 2007), force est de constater qu'InnoCentive fonde son « business model » sur deux piliers forts : une intermédiation poussée, et une gestion particulière de la propriété intellectuelle.

1. Une intermédiation poussée

Le travail de la plate-forme InnoCentive ne se limite pas à une intermédiation passive entre deux groupes d'individus. L'aide à la formulation du défi, à la sélection de la meilleure solution et à l'établissement de la prime constitue l'ossature de l'organisation. En premier lieu, InnoCentive apporte une assistance au demandeur de solutions en termes de formation, mais aussi de rédaction du défi. Tout un programme de formation (ONRAMP, *Open Innovation Rapid Adoption Methods and Practices*) est proposé à la firme demandeuse afin de lui expliquer le fonctionnement de la plate-forme. Dès le départ, l'entreprise en quête de solutions est en contact (direct, par téléphone, par mail ou visioconférence) avec un responsable « grands comptes » qui sera son référent. Dans le cadre de la rédaction du défi, ce dernier (qui est expert dans le domaine de recherche de l'entreprise) aura pour mission d'en définir le contenu avec la structure sollicitatrice, en suivant un certain nombre de conditions : formuler le défi de telle sorte que l'on ne puisse deviner quelle est la firme qui l'a posté, utiliser des termes qui puissent être lus et compris par le plus grand nombre de solutionneurs afin de maximiser les chances de trouver une [solution](#)⁵. Il est éventuellement conseillé de morceler et fractionner la question principale en plusieurs sous-questions qui feront chacune l'objet d'un défi spécifique, afin de brouiller les pistes vis-à-vis des concurrents (Lakhani et Panetta, 2007). La modularité (ou granularité) est essentielle à plusieurs points de vue : en décomposant au maximum la problématique initiale, on rédige des questions d'envergure restreinte, pour lesquelles on pourra obtenir plus rapidement une réponse. Ce procédé de morcellement permet également d'éclairer un questionnement particulier, sans pour autant donner des pistes sur la question de recherche d'ensemble.

Une seconde étape consiste à rassembler les différentes solutions relatives à un défi et à filtrer les meilleures. InnoCentive réalise donc un premier travail de détection de la qualité des solutions. Après en avoir

identifié quelques-unes, la plate-forme les propose à l'organisation en quête de solutions, qui décide de n'en choisir qu'une, plusieurs, ou de toutes les retenir (en payant à chaque fois la prime). Enfin, la prime qui récompense une solution à un défi est toujours stipulée *ex ante*. Elle constitue un signal sur la « qualité » et/ou sur la nature du défi. Une prime dont le montant est élevé révèle que le défi à traiter est complexe, et nécessite un savoir très pointu (ou la combinaison de plusieurs savoirs). Le prix étant fixé *ex ante* et sans négociation possible, l'apporteur de solution s'autosélectionne en répondant ou non au défi : s'il estime que le temps et les efforts consacrés pour établir la solution correspondent au niveau de prime proposé, il répondra effectivement au défi ; s'il pense au contraire que ce dernier est sous-dimensionné en termes financiers, il ne se positionnera pas (Liotard et Revest, 2012).

2. Une gestion novatrice de la propriété intellectuelle : la licence fixe signée *ex ante*

L'autre volet du modèle d'InnoCentive repose sur la gestion de la propriété intellectuelle. La plate-forme a mis en place un système inédit de contrat visant à atténuer les questions d'asymétries informationnelles et d'incertitude. Elle exige que le solutionneur signe, avant tout engagement et travail, un accord (*InnoCentive Solver Agreement*) stipulant notamment les clauses de confidentialité et de transfert de la propriété intellectuelle (voir clause n°4). Ce type de clause a pour objectif de gérer très en amont les questions de licences, s'agissant des défis nécessitant un transfert de propriété intellectuelle. Si la solution est retenue, le transfert s'applique au droit d'exploitation du brevet aux seules fins de résolution du problème concerné. La question des autorisations données par l'employeur est également mentionnée. InnoCentive précise dans un de ses documents : « Si le demandeur choisit votre solution et si un transfert de droits de propriété intellectuelle est nécessaire, vous devez la transférer avant de recevoir la prime. Pour cela, vous devez signer un document stipulant que vous détenez de la propriété intellectuelle et que vous avez la capacité de transférer ces droits. Si vous êtes salarié, votre employeur doit signer un accord pour transférer la propriété intellectuelle » (InnoCentive, 2009). Enfin, un mécanisme assure que les solutions examinées par le demandeur

mais non retenues ne se retrouveront pas tout de même dans son portefeuille (Lakhani et Panetta, 2007).

Outre le contrat de licence qui doit être signé en amont, la plate-forme met en place tout un système de règles pour s'assurer *ex post* de la possibilité de transférer les droits au demandeur. Une fois la solution sélectionnée et le vainqueur désigné, InnoCentive vérifie, d'abord par téléphone, puis par la diffusion de documents, la possibilité de passation des droits. Par le biais d'un acte juridique notarié de transfert des droits, InnoCentive se couvre de tout contentieux possible à venir. La forme prise par ce contrat de licence est particulièrement intéressante, ce dernier revêtant en effet plusieurs caractéristiques originales : (i) tout d'abord, il s'agit d'un contrat de licence standardisé : les apporteurs de solutions qui souhaitent répondre à des défis doivent signer au préalable un contrat imposé par la plate-forme et dont les clauses sont uniformes d'un solutionneur à un autre. Ce mécanisme contractuel aiguise la curiosité, car il prend le contre-pied des formes classiques de licences au travers desquelles les parties entrent en négociation sur les conditions de transfert, de prix, de durée, etc. Avec ce contrat d'un nouvel ordre, la question de la négociation est complètement gommée. (ii) La clause n° 4 fonctionne pour tout type de propriété intellectuelle (brevet, droit d'auteur...). (iii) Enfin, le solutionneur ayant accepté cette clause répond à un défi dont le montant de la prime est connu à l'avance : là encore, la situation est particulière puisque dans le contexte traditionnel de la licence, la négociation entre acheteur et vendeur porte notamment sur le niveau du prix.

Ce dispositif cherche à réduire autant que possible les incertitudes et les problèmes posés par les transferts de savoirs et de droits : les contentieux *ex post* sont évités en « bordant » au maximum les conditions de transferts *ex ante*, très prisées par les grandes entreprises ; la négociation déséquilibrée entre acheteur et vendeur, souvent de taille et de nature différentes, est éludée par l'intermédiation d'InnoCentive et par l'anonymat des acteurs.

3. Une architecture des échanges adéquate au transfert des connaissances sur Internet

L'architecture organisationnelle d'InnoCentive constitue la réelle valeur ajoutée de cet intermédiaire. Non seulement elle contribue à réduire les

asymétries d'informations et les problèmes liés à la gestion de la propriété intellectuelle, mais elle concourt également à créer des indicateurs, des référents, des normes qui permettront la transformation de connaissances soit générales, soit éloignées du défi posté, en une réponse pertinente (voir tableau 1). Les règles organisationnelles qui constituent le cœur de la plate-forme donnent alors la possibilité (i) de formaliser un problème et de lui donner une valeur (pour le demandeur) au travers d'un processus de qualification ; (ii) de faire émerger et de codifier un savoir (détenu par le solutionneur), ce dernier ignorant parfois que ce savoir peut avoir une valeur marchande (de l'ordre de l'idée, du conseil, ou du savoir inhérent à un métier) ; (iii) de régler en amont toutes les questions relatives au transfert de droits entre protagonistes ; (iv) enfin, de marchandiser des savoirs, c'est-à-dire de donner un prix à des connaissances dans un contexte d'incertitude radicale.

Une autre manière de caractériser les échanges sur la plate-forme InnoCentive est de considérer cette dernière comme un marché biface (Rochet et Tirole, 2005). Contrairement à un marché classique dans lequel vendeur et acheteur sont en relation directe, un marché biface propose une configuration triangulaire dans laquelle intervient un intermédiaire entre deux groupes d'acteurs (utilisateurs, usagers). InnoCentive s'insère entre deux types de « clients », auxquels sont appliquées des règles différentes. Pour attirer les entreprises qui paieront les prestations, à la source du chiffre d'affaires de la plate-forme, InnoCentive doit convaincre de plus en plus d'apporteurs de solutions de s'inscrire. Plus la communauté des solutionneurs sera étendue, plus les opportunités de trouver des réponses pertinentes seront élevées, et plus les entreprises seront incitées à déposer des défis et à recourir à des services payants. Selon cette perspective, la plate-forme doit montrer qu'elle attire des chercheurs de tous les domaines, émanant de structures privées (des salariés, ou retraités), et surtout venant du monde de la recherche (laboratoires publics, universitaires, doctorants...). Pour cela, InnoCentive a noué des partenariats avec certaines universités, notamment américaines, russes et chinoises. Ainsi, de nombreux étudiants ou chercheurs sont inscrits sur le site, résolvant les défis à hauteur de 71 % (source : InnoCentive, 2008). En outre, afin d'attirer encore davantage de chercheurs, InnoCentive propose de plus en plus de défis collaboratifs : un solutionneur ouvre un groupe de travail et invite d'autres chercheurs à venir travailler avec lui, ce qui

s'apparente à de la recherche collaborative. Nous proposons une synthèse de l'organisation de la relation sur la plate-forme dans le tableau 1.

Tableau 1 : Organisation de la relation chez InnoCentive

Gestion de la propriété intellectuelle	Signature du contrat de transferts de droit <i>ex ante</i> ; prix fixé à l'avance.
Organisation numérique de la relation	Site d'InnoCentive pour consulter les défis ; création d'un espace sécurisé pour organiser confidentiellement les échanges ; consultation d'un blog des solutionneurs pour qu'ils puissent échanger entre eux et lire les expériences et témoignages des uns et des autres.
Assistance au demandeur de solution	Formation, aide à la rédaction, fragmentation et morcellement du défi.
Filtrage des solutions	À partir des recommandations du demandeur : affiner <i>via</i> plusieurs filtrages les meilleures solutions ; contacts téléphoniques pour évaluer la faisabilité de la solution et son transfert possible.
Réalisation de la transaction	Quelques solutions identifiées, le demandeur décide de n'en acheter qu'une, ou de les acquérir toutes.
Timing	Pour le solutionneur : un à trois mois entre le dépôt et la victoire. Pour le demandeur : environ un à trois mois pour rédiger le défi ; ensuite, défi ouvert au concours durant un à trois mois ; puis temps de la transaction. Au total : en général, six à sept mois pour obtenir la solution.

Source : auteures

2. InnoCentive, innovation ouverte et biens communs : vers un modèle

hybride

Les propriétés de la plate-forme InnoCentive sont particulièrement bien adaptées au transfert de connaissances s'opérant entre un demandeur et un solutionneur *via* Internet. Toutefois, celle-ci demeure un objet particulier, difficilement classable dans une catégorie organisationnelle bien définie. Nous proposons dans cette partie de mettre en lumière les propriétés originales de cette plate-forme. Même si l'innovation ouverte (ou innovation collaborative, participative) et l'appel à la foule (*crowdsourcing*) sont des concepts pouvant être mobilisés pour caractériser certaines modalités de son fonctionnement, InnoCentive présente une configuration plus complexe, qui n'en fait pas totalement un espace collaboratif et ouvert. Parallèlement, au cours du processus de transformation des connaissances, la nature des ressources mobilisées est affectée : des savoirs relevant largement de l'ordre du commun sont transférés en connaissances privatives. Enfin, des questions subsistent sur les retombées positives de ce type de plate-forme sur les mécanismes de recherche et d'innovation, à la fois au niveau des entreprises concernées et au niveau de la recherche scientifique en général.

1. InnoCentive, à la lumière de l'innovation ouverte et de l'appel à la foule

L'intermédiation proposée vise la mise en relation entre deux types d'acteurs qui n'auraient pas pu se rencontrer autrement. Les apporteurs de solutions n'appartiennent pas au réseau identifié du demandeur, et un solutionneur peut provenir d'une autre discipline et proposer une solution inédite et originale. Pour autant, comment caractériser le modèle proposé par InnoCentive à la lumière de l'innovation ouverte ?

Depuis quelques années, ce mouvement (Chesbrough, 2006 ; Von Hippel, 2005) étudie les processus conduisant l'entreprise à exploiter des savoirs internes et externes, et à les combiner au mieux, en vue d'accélérer l'innovation et donc la mise sur le marché de nouveaux produits. L'innovation ouverte (IO) associe deux mouvements : (i) l'*inside-out* conduit l'entreprise à diffuser des ressources et des connaissances à l'extérieur, dans le but de les valoriser au mieux en cherchant de nouveaux débouchés (vente de licences, de brevets...) ; (ii) l'*outside-in* est le mouvement inverse, permettant à l'entreprise de capter des savoirs venant de son environnement externe, *via* des alliances, des accords de licences

technologiques, des communautés de brevets, des partenariats privés/publics, ou des réseaux. En associant ces deux effets, l'objectif est d'innover de manière plus rapide et à coût de recherche réduit. Cette configuration a conduit à l'émergence d'un nouveau modèle d'organisation (Ayerbe et Chanal, 2011) impliquant alors une autre voie de création de valeur et un rôle stratégique de la propriété intellectuelle au cœur du [processus](#)⁶.

Dans ce contexte, le réseau Internet a constitué un catalyseur des mécanismes d'innovation ouverte à partir de la décennie 2000. Des organisations novatrices (sites, plates-formes, intermédiaires...) permettent aux acteurs économiques de combiner ressources internes et externes, accélérant ainsi l'accès et la captation du savoir, ainsi que le développement d'un travail davantage collaboratif (ou collectif) entre les acteurs. Plusieurs formes sont identifiables. Apparaissent tout d'abord des configurations dans lesquelles le consommateur innove conjointement avec la firme, en apportant des idées nouvelles, ainsi que l'expression de besoins que la société n'aurait pas encore [perçus](#)⁷. Ensuite, la mise en relation des internautes soit entre eux, soit avec des entreprises, dans le but d'échanger et de travailler ensemble, a nourri une grande tendance qui ne fait que s'amplifier. L'appel à la foule illustre ce mouvement s'appuyant sur l'exploitation directe du potentiel d'innovation des communautés d'internautes (Howes, 2006 ; Lebraty, 2007). L'activité ainsi externalisée peut toucher diverses fonctions de l'organisation : la conception, le design, le marketing, l'innovation au sens général. Plusieurs formes peuvent être déclinées : des sites faisant appel à la création des internautes (Wilogo, Creads...), permettant de recueillir des votes et des avis (threadless.com s'appuie sur le vote des internautes pour sélectionner les tee-shirts qui seront mis en vente sur le site ; Brabham, 2013), ou faisant appel à l'expertise poussée de l'internaute. Pour les deux premières catégories, les internautes sont souvent conduits à échanger entre eux, ou à voter sur les créations des autres. Dans la dernière catégorie, des plates-formes ont été créées pour mettre en relation firmes et internautes dans le cadre d'un marché des idées et/ou des innovations. On en trouve de différents types, et elles combinent aujourd'hui des expertises individuelles (le solutionneur est tout seul) et collectives (une équipe répond au défi) contrairement à leurs débuts où l'individualité était privilégiée. Ces sites, comme c'est le

cas pour InnoCentive, YourEncore, NineSigma (Presans en France) et Kaggle, font office d'intermédiaires.

Même si elle a recours à la foule pour nourrir le mouvement ascendant de l'innovation ouverte, InnoCentive offre toutefois une configuration hybride. Il y a bien « appel à la foule », mais la participation à la plate-forme est conditionnée à une procédure stricte (*via* une inscription sur le site, une signature préalable des transferts de droits, une sélection de la meilleure solution...). En ce sens, seule une partie de la communauté des solutionneurs est potentiellement concernée, en fonction des conditions d'accès. De plus, même si une partie des défis proposés est ouverte à des équipes (amenées à collaborer ensemble pour produire une solution sous le vocable « Team »), tous ne sont pas collectifs. Un bon nombre reste individualisé, et s'inscrit dans une relation bilatérale entre un internaute et une entreprise donnée. La plate-forme oscille donc entre des solutions collaboratives et individuelles. Une seconde ambiguïté du mode d'intermédiation proposé par InnoCentive porte sur la nature des ressources qui transitent sur la plate-forme. Ces dernières, largement représentées par les connaissances scientifiques générées par les chercheurs, sont à la fois publiques et privées. Nous proposons de nous attacher à la nature des ressources qui transitent par la plate-forme à partir du concept de « biens communs ».

2. Vers un modèle original de transformation des connaissances

Au premier abord, on pourrait penser que ces intermédiaires, œuvrant sur l'espace de l'Internet (s'apparentant à un bien commun, l'architecture du Web n'étant pas couverte par des droits de propriété intellectuelle, et les protocoles y étant libres), produisent et gèrent eux-mêmes des biens communs. Il faut à ce stade apporter quelques éclaircissements. D'une part, si le fonctionnement de la plate-forme prend appui sur Internet, les défis postés donnent lieu à des transactions marchandes entre deux parties, les entreprises et les solutionneurs, *via* la plate-forme. Par conséquent, les solutions sélectionnées et proposées aux entreprises ne peuvent pas être considérées comme des biens communs. D'autre part, les mouvements de l'innovation ouverte, qui nourrissent l'activité de la plate-forme, n'ont rien à voir avec ceux de l'*open source* (voir chapitre 5) Ici, *open* signifie « ouvert », mais n'est pas synonyme de gratuité. Au contraire, le plus

souvent, l'enjeu de l'innovation ouverte est de faire de la propriété intellectuelle un rouage stratégique des transactions.

Néanmoins, certaines ressources captées par la plate-forme possèdent des caractéristiques propres aux biens communs de la [connaissance](#)⁸. Une part importante des savoirs mobilisés *via* la plate-forme est constituée de savoirs scientifiques provenant de docteurs, d'ingénieurs, de chercheurs du monde entier. Ces ressources prennent deux grandes formes. Premièrement, elles peuvent apparaître sous la forme de communs publics, de résultats de travaux universitaires non couverts par de la propriété intellectuelle, d'un savoir-faire, d'un conseil, d'une connaissance propre à une discipline, d'un état de l'art, dont l'accès est [libre](#)⁹. Deuxièmement, les ressources initiales peuvent être aussi privées, car couvertes par des droits (brevet, droit d'auteur...). Ce sont alors des savoirs aboutis, complexes. En effet, s'il y a un brevet, cela signifie que la solution est stabilisée et répond à des impératifs techniques. Ces savoirs ne sont alors diffusables et accessibles que sous certaines conditions (voir les clauses de transferts de droits définies par la plate-forme, citées plus haut). Ainsi, les catégories de ressources extraites au début du processus sont hybrides, et se répartissent entre biens privés et biens communs.

Une seconde originalité de l'activité d'InnoCentive consiste à transformer la nature de certaines ressources, celles appartenant à la catégorie de biens communs publics, en biens « privés ». Le chercheur universitaire répondant à un défi sur la plate-forme le fait soit à titre individuel, soit dans une équipe. La solution au problème proposé n'appartient alors plus à la catégorie des biens publics (ou biens privés), mais elle devient un savoir transmis et administré par InnoCentive, selon des règles d'accès et de gestion décrites dans les sections précédentes. Si la solution du chercheur est sélectionnée, alors ce bien devient un bien « privé » avec un prix, comportant ou non de la propriété intellectuelle. Ainsi, le dispositif mis en place repose sur l'utilisation d'un stock de connaissances communes. L'apporteur de solution va les mobiliser, les combiner éventuellement entre elles, pour les appliquer précisément à un défi posé. Ces solutions générées de la sorte ne peuvent plus être assimilées à des biens communs dès lors que leur accès et leur usage sont contraints par les règles de la plate-forme et les conditions de transferts au demandeur.

En résumé, InnoCentive est au croisement de diverses modalités de fonctionnement, et opère à partir de différentes formes de propriétés couvrant les ressources sur lesquelles elle agit. Plusieurs observations doivent ici être formulées.

(i) Une première série de remarques concerne la nature du processus innovant. Dans les premières années qui ont suivi sa création, la grande majorité des défis était caractérisée par l'intervention d'un seul chercheur isolé (innovation individuelle). Mais récemment, les défis ayant un profil collaboratif ont fortement augmenté, devenant une composante non négligeable du fonctionnement de la plate-forme. Le processus innovant géré par la plate-forme peut soit être individualisé, soit revêtir un caractère plus collectif et pluriel. (ii) La deuxième observation porte sur le fait que les défis peuvent contenir ou non un transfert de propriété intellectuelle. InnoCentive croise donc ces différents items pour procéder à son objectif de transformation puis de marchandisation et de privatisation. Une stylisation des formes d'hybridation opérée par InnoCentive est proposée dans le tableau 2.

Tableau 2 : L'hybridation selon InnoCentive

		Le défi est	
		individualisé	collectif
Transfert de PI	<div style="border: 1px solid black; border-radius: 15px; padding: 10px; display: inline-block;"> Captation, transformation, marchandisation, privatisation </div>		
Pas de transfert de PI			

Source : auteurs

InnoCentive, innovation et connaissances scientifiques : un triptyque ambigu

La plate-forme représente un modèle hybride d'externalisation de la connaissance, de création des savoirs, qui contribue à brouiller les frontières entre le marchand et le non-marchand, le privé et le non-privé (public ou communautaire). Bien qu'InnoCentive ait connu un succès croissant depuis sa création, ce modèle est toutefois porteur de certaines limites quant à son impact sur l'innovation, vis-à-vis tant des entreprises

ayant recours à ce type de plate-forme que plus largement de la dynamique de l'innovation au sein de nos économies.

- Sur le premier point, il faut souligner que l'utilisation de ce type de plate-forme n'est pas à la portée de toutes les entreprises. L'accès au dispositif engendre pour le « demandeur » des frais pouvant s'avérer élevés, que ce soit pour les services proposés par InnoCentive, ou pour s'acquitter de la prime proposée au [découvreur](#)¹⁰. Par ailleurs, cela nécessite également que le demandeur ait la possibilité d'identifier de manière très précise un problème, et ensuite de le formaliser. Les équipes de recherche de la firme doivent être capables d'appréhender et de s'approprier la solution pour la combiner au mieux avec des savoirs internes. L'intégration de la solution du défi à la recherche interne de l'entreprise peut être très coûteuse, longue, et peut ne pas aboutir aux produits et procédés innovants recherchés. Dans ce contexte, les petites structures ne constituent pas la cible de ce type de plate-forme. De plus, toutes les industries ne font pas appel à InnoCentive pour résoudre les problèmes d'innovation. Les secteurs de la chimie, de la pharmacie et des sciences du vivant sont les plus grands demandeurs de solutions (Lakhani et Panetta, 2007). En effet, les caractéristiques des innovations inhérentes à ces secteurs s'y prêtent particulièrement compte tenu de leurs savoirs très codifiés. Dans ce contexte, et comme le soulignent Burger et Pénin (2010), la codification bien organisée permet de poser des problèmes clairs et précis, et induit alors une facilité à y répondre vite et bien. Ainsi, l'impact de ce modèle de plate-forme sur l'innovation demeure jusqu'à présent limité à certaines grandes entreprises dans des secteurs d'activités bien identifiés. Enfin, la plate-forme affiche un taux de résolution des défis de l'ordre d'un tiers à la moitié de l'ensemble des questions posées. Si cette donnée paraît attractive au premier abord, il convient d'être prudent quant aux effets de ces solutions sur les résultats d'innovation des entreprises. En l'absence d'études sur la réelle contribution des solutions obtenues *via* la plate-forme dans le processus interne d'innovation des entreprises et dans l'obtention de produits innovants, il reste une part d'ombre dans le véritable apport de la plate-forme dans l'innovation des entreprises en général.

- Une deuxième série d'interrogations porte sur les liens entre le modèle d'innovation proposé par InnoCentive et la question plus générale de la diffusion des connaissances scientifiques universitaires. D'un côté, la

plate-forme permet de transformer des savoirs essentiellement académiques en nouveaux savoirs, généralement plus appliqués. De l'autre côté, la transformation opérée par InnoCentive réduit, dans une certaine mesure, l'accès à de nouvelles connaissances plus ou moins appliquées. En effet, nous ne devons pas oublier que la relation marchande est au final une relation bilatérale : la solution proposée circule du chercheur, ou de l'équipe de chercheurs, vers l'entreprise qui a posté le défi, et n'est pas accessible aux autres membres de la plate-forme. En outre, l'accès est juridiquement contraint si la solution est associée à un transfert de propriété intellectuelle. La question de l'accès à la science et aux connaissances académiques nourrit depuis quelques années de nombreux débats. En 2006, Nelson alertait sur l'enjeu majeur que représente un accès ouvert à la science pour tous. La technologie et la science sont indissociables, car leurs avancées s'appuient très souvent sur des interactions répétées : la technologie progresse grâce à la science, et inversement. De plus, de nombreux travaux appartenant au courant évolutionniste ont montré que les processus innovants étaient souvent caractérisés par l'exploration de plusieurs trajectoires, d'où la nécessité de laisser la « science ouverte ». Les tentatives d'améliorer les technologies sont elles-mêmes nourries par les succès et échecs passés : les progrès technologiques résultent le plus souvent d'un processus cumulatif. Enfin, les industriels reconnaissent pour leurs propres processus d'innovation l'intérêt et la valeur des résultats provenant de travaux universitaires (au travers des publications et des conférences ouvertes) (Cohen, Nelson et Walsh, 2002). Par conséquent, si le modèle d'InnoCentive convient à certaines grandes entreprises innovantes et affecte positivement leurs efforts d'innovation, des garde-fous doivent être établis afin de permettre au plus grand nombre d'accéder aux connaissances académiques pour les transformer en nouvelles connaissances, voire en innovations.

Conclusion

L'émergence d'Internet a donné lieu à l'apparition de nouveaux modèles d'organisation de la recherche, permettant aux entreprises innovantes de capter des connaissances produites ailleurs, et de les associer à leur propre R & D interne. InnoCentive constitue une illustration de ces nouveaux modèles d'externalisation de la R&D. L'objet de ce

chapitre était d'analyser le fonctionnement de cette plate-forme à la lumière des nouvelles approches liant Innovation et Internet : l'innovation ouverte, l'appel à la foule, et les biens communs de la connaissance.

Notre étude tend à montrer qu'InnoCentive est une structure hybride, associant appel à la foule et privatisation, recherche individuelle et collective, absence et présence de propriété intellectuelle. En d'autres termes, elle est à la croisée des mouvements récents mentionnés tout en se démarquant de chacun d'eux. Elle reste centrée sur les échanges marchands, mais bénéficie des avantages et opportunités créés par Internet. L'exemple d'InnoCentive illustre selon nous une tendance croissante à l'émergence de formes hybrides situées entre les pôles extrêmes que sont l'ouverture totale et le processus de création collaboratif (comme les logiciels libres, ou les *creative commons*) d'un côté, et la marchandisation, la privatisation et les processus de création non collectifs de l'autre. Du point de vue des entreprises, le recours à ce type de plate-forme ne peut de toute évidence remplacer les processus classiques de R&D. Il apporte plutôt des connaissances et savoir-faire complémentaires, et illustre l'émergence de nouvelles pratiques au cœur des entreprises.

Références

Ayerbe C., Chanal V., « Quel management des DPI dans les business models ouverts ? », *Revue française de gestion*, n^o 210, 2011, p. 99-115.

Brabham D., *Crowdsourcing*, The MIT essential knowledge series, 2013.

Brown J. S., Hagel J., *The next frontier of innovation*, The McKinsey Quarterly, n^o 3, 2005, p. 83-91.

Burger T., Pénin J., « The limits of crowdsourcing inventive activities : what do transaction cost theory and the evolutionary theories of the firm teach us ? », colloque DIME *Open source innovation : beyond software*, Strasbourg, 25 et 26 février 2010.

Chesbrough H., « Open innovation : a new paradigm for understanding industrial innovation », in Chesbrough H., Vanhaverbeke W., West J. (éd.), *Researching a new paradigm*, Oxford University Press, 2006.

Cohen W., Nelson R., Walsh J., « Links and impacts : the influence of public research on industrial R & D », *Management science*, vol. 48, n^o 1, 2002, p. 1-23.

Forrester Consulting, *The total economic impact of InnoCentive challenges*, mai 2009.

Hane P., « InnoCentive links problems and problem-solvers », *NewsBreaks*, 25 avril 2011.

Hess C., Ostrom E., « Ideas, artifacts, and facilities : information as a common-pool resource », *Law and contemporary problems*, 2003, p. 111-145.

Hippel E. (von), *Democratizing innovation*, The MIT Press, 2005.

Howes J., « The rize of crowdsourcing », *Wired Magazine*, n^o 14, juin 2006.

Huston L., Sakkab N., « Connect and develop : inside Procter & Gamble's new model for innovation », *Harvard Business Review*, mars 2006, p. 1-9.

Isckia T., Lescop D., « Une analyse critique des fondements de l'innovation ouverte », *Revue française de gestion*, n^o 210, 2011, p. 87-98.

Lakhani K., Panetta J., « The principles of distributed innovation », *Innovations*, 2007, p. 97-112.

Lebraty J.-F., « Vers un nouveau mode d'externalisation : le *crowdsourcing* », 12^e conférence de l'AIM, Lausanne, 2007.

Liotard I., « Les plates-formes d'innovation sur Internet : arrangements contractuels, intermédiation et gestion de la propriété intellectuelle », in *Management international*, numéro spécial *Gestion des connaissances, société et organisation*, vol. 16, août 2012.

Liotard I., Revest V., « Prize formation : the case of an innovation platform », *Propice WP* [2012-21].

Nelson R., « Reflections on "The simple economics of basic scientific research" : looking back and looking forward », *Industrial and Corporate Change*, vol. 15, n^o 6, 2006, p. 903-917.

Rochet J. C., Tirole J., « Two-sided markets : a progress report », *The RAND Journal of Economics*, vol. 35, n^o 3, 2005, p. 645-667.

Sieg J. H., Wallin M., Krogh G. (von), « Managerial challenges in open innovation : a study of innovation intermediation in the chemical industry », *R & D Management*, vol. 40, n^o 3, 2010, p. 281-291.

Tapscott D., Williams A., *Wikinomics : comment l'intelligence collaborative bouleverse l'économie*, Pearson Village Mondial, 2007.

Teece D., « Profiting from technological innovation », *Research Policy*, vol. 15, n^o 6, 1986, p. 285-305.

1 Si ce type de plate-forme est communément appelé « plate-forme d'innovation », son intermédiation porte en réalité sur la transmission de fragments de savoirs et de connaissances des solutionneurs vers les entreprises, qui peuvent ensuite les combiner à leur processus de R & D interne et d'innovation, afin d'aboutir à de nouveaux services, produits, procédés.

2 Mais également l'agriculture, les sciences de la vie, les mathématiques, la physique, les technologies vertes, la santé.

3 On dénombre actuellement deux cent cinquante mille scientifiques inscrits sur le site et répartis sur deux cents pays. Environ mille deux cents défis ont été postés par une cinquantaine de firmes depuis le début de la plate-forme, et près de vingt-quatre mille solutions ont été proposées pour y répondre. Entre un tiers et la moitié de ces défis ont été résolus (Brown et Hagel, 2005 ; Hane, 2011).

4 Une série d'interviews sur le site d'InnoCentive (www.innocentive.com), le blog de la plate-forme, la presse spécialisée et les articles de Lakhani ont constitué la base de nos recherches empiriques.

5 Lakhani et Panetta (2007), Sieg *et alii* (2010) montrent que la majorité des chercheurs répondent à des défis correspondant à des domaines éloignés de leur champ d'expertise.

6 Ce concept, même s'il a beaucoup séduit, ne doit pas cacher un certain nombre de critiques ou de questions dressées à son encontre. Voir Isckia et Lescop (2011).

7 La société Lego, par exemple, permet au consommateur de réfléchir à de nouvelles formes de briques incluant des technologies innovantes *via* leur site en ligne (Tapscott et Williams, 2007). C'est également le cas de Procter & Gamble qui, dans son programme « Connect and develop », a

fait appel à des idées externes pour mettre en place des solutions afin d'imprimer des images sur les chips Pringles (Huston et Sakkab, 2006).

[8](#) Les biens communs de la connaissance (*knowledge commons*) peuvent être définis comme des communs contenant des ressources intangibles et immatérielles (logiciels libres, *creative commons*, bibliothèques digitales...). Pour plus de détails, voir Hess et Ostrom (2003).

[9](#) À titre illustratif, un des solutionneurs interviewés était un professeur d'astrophysique d'une université française, qui a répondu à deux défis. Il a fourni à chaque fois un conseil, portant sur un savoir commun relatif à une activité (corrosion interne des tuyaux) qu'il avait exercée auparavant (Liotard, 2012).

[10](#) Une étude du cabinet Forrester (2009) montre, par exemple, que Syngenta, appartenant au secteur des semences, a déposé quatorze défis sur trois ans pour un coût global s'élevant à environ 5 millions de dollars (incluant les frais de formation, de rédaction, d'assistance, de postage du défi, ainsi que les coûts administratifs).

3.

Communs et domaine public

La relation entre communs et domaine public est évidemment essentielle. Elle est si forte qu'intuitivement – et ceci se retrouve élaboré et présenté dans de nombreux travaux –, souvent, les uns (les communs) sont pensés comme constitutifs de l'autre (le domaine public).

En vérité, si, comme nous le verrons, la relation est bien intime, elle est tout sauf simple.

Pour y voir clair, sans doute le plus efficace est-il de partir de la notion de chose commune telle que la définit le droit. Il s'agit du fameux article 714 du code civil, directement venu du droit romain, qui dispose qu'il existe des « choses communes » qui « n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous »...

Si l'on entre dans le détail des choses, il est d'usage de distinguer deux grandes « catégories » de choses communes : les « *res communes* », choses qui appartiennent à tout le monde ; et les « *res nullius* », choses qui n'appartiennent à [personne](#)¹. Entre les deux catégories de choses communes, il existe une différence essentielle. Les premières, précisément parce qu'elles appartiennent à tout le monde, ne sont – en principe – pas appropriables. Elles sont communes par nature, et ont vocation à le demeurer. Comme le rappelle J. Rochfeld dans le chapitre 4 de cet ouvrage, il s'agit des fleuves, de l'eau de pluie, de l'eau de mer ou encore de l'air... Une liste qui, au demeurant, a beaucoup changé ou évolué au fil du temps. Au contraire, les « *res nullius* », parce qu'il s'agit de choses qui n'appartiennent à personne, sont certes « communes », mais à la différence des précédentes, elles n'ont nulle vocation à nécessairement demeurer « communes » ; en effet, libres d'appartenance, elles sont appropriables, et le sont par le premier venu.

Pour le dire tout net, là réside le drame du domaine public : la « tragédie », pourrait-on dire, dont il est menacé. Pour l'essentiel, en effet, force est de constater que le domaine public n'est défini le plus souvent que « négativement ». Il consiste largement en ce qui n'est pas appropriable privativement ou, pour mieux dire encore, *en ce qui ne l'a*

pas encore été ! De là découle toute l'importance, nous y reviendrons, de la contribution de Séverine Dusollier, présentée au chapitre 10 qui clôt cette section, et qui plaide pour la définition d'un domaine public « positivement » défini, appelé donc à être défendu comme tel.

En l'absence d'une telle positivité de la définition et de la délimitation du domaine public, son extension comme sa prégnance sont sujettes à des révisions permanentes. Pire encore : avec la formidable extension de la propriété privée et exclusive à laquelle nous avons assisté, en particulier dans le domaine des réputés « droits de propriété intellectuelle », le domaine public fait l'objet de véritables « envahissements », et ce de manière incessante. De là vient le fait que ses frontières sont mouvantes. Pour illustrer le jeu des tensions et des recouvrements qui marque aujourd'hui la relation entre le privé et le public, et la place qu'y tiennent (ou sont appelés à tenir) les communs, nous avons choisi de présenter d'abord deux études qui, chacune s'appuyant sur des travaux empiriques, marquent ces balancements et jeux de faux-semblants où s'affrontent le public, le privé et le commun à travers les acteurs qui portent des intérêts distincts, sinon opposés.

Le chapitre 8 qui ouvre cette section présente une étude de cas effectuée sur Pipra, un commun en quelque sorte « avorté », qui fut d'abord conçu par ses promoteurs comme un moyen de créer ou recréer du domaine public face aux empiètements et aux envahissements de la propriété privée désormais étendue à ce domaine stratégique que sont les semences. Cette tentative au départ ambitieuse entendait se substituer à l'absence d'un domaine public suffisamment protégé et étendu. Mais comme le chapitre le montre, elle avortera rapidement. De fait, elle n'atteindra finalement aucun de ses objectifs initiaux, et échouera à mettre à place tant un centre de *clearing* et d'échange au service du transfert de technologie, qu'une « communauté de brevets » au sens propre. L'étude proposée et les conclusions auxquelles elle parvient sont d'autant plus importantes que la tentative de constituer des communs dans le domaine des biotechnologies est récurrente et que, cette fois comme souvent, elle s'est traduite par des résultats décevants. Tout se passe comme si, s'agissant de « communaliser » des connaissances couvertes par des brevets (et non des

créations relevant du droit d'auteur ou du copyright), les difficultés à affronter et auxquelles apporter des réponses (en termes de définition des communautés d'utilisateurs et de partage des droits) étaient particulièrement complexes. L'importante bibliographie mobilisée par l'auteur permet, au-delà du seul cas d'étude présenté, d'alimenter sur ce point, comme sur d'autres qui lui sont connexes, une réflexion dont l'urgence, avec la domination de plus en plus grande exercée dans ce domaine par les multinationales semencières ou agricoles, ne cesse de s'affirmer.

Le chapitre qui suit (chapitre 9) est lui aussi basé sur un ensemble de travaux empiriques. Il présente, de plus, une très forte originalité, qui est sans doute aussi une des contributions majeures des travaux présentés dans cet ouvrage : celle de raisonner en termes de « collections » pour unifier des remarques et observations traitant de domaines aussi distincts en apparence que les collections muséales d'un côté, et de l'autre, les collections de matériels biologiques telles que les biobanques ont vocation à les conserver. Dans les deux cas, nombre de ces collections ont une dimension explicitement publique. Pour les collections muséales comme pour le matériel biologique, l'objet des institutions qui ont la charge de les conserver (musées, hôpitaux, biobanques...), lorsque ne sont pas constituées des entreprises ayant une vocation particulière et dédiées à la conservation, est aussi de garantir *l'accès au public*, que celui-ci soit constitué d'amateurs plus ou moins avertis (cas des musées), ou de chercheurs spécialisés pour qui l'accès au matériel biologique est une condition d'exercice de leur métier, en même temps que de progrès de la connaissance. Comme le chapitre le montre, nous sommes ici par excellence dans des domaines d'ombres et de zones grises, où le public, le privé et le commun s'entrelacent dans des figures complexes en recomposition permanente, à l'image des évolutions que connaissent le droit, l'économie et les représentations dominantes de la vocation des institutions en charge des collections.

À la lumière jetée par les deux premiers chapitres de cette section et qui montre l'évanescence (pour ne pas dire l'inconsistance) de la notion de domaine public prévalant aujourd'hui, le chapitre qui clôt cette troisième partie revêt toute son importance. En attaquant de front la question du domaine public, et en rappelant toutes les fragilités qui le constituent, ainsi

que les invasions dont il est l'objet à partir des places fortes nouvellement constituées par le récent renforcement des droits de propriété intellectuelle auquel on a assisté, il montre toute l'importance de disposer d'un concept « positif », de domaine juridique, dont le droit serait reconnu et qui dès lors disposerait de ses propres instruments de reconnaissance et de défense. L'auteure avance dans la construction de ce droit positif en opposant au concept d'exclusivité, fondement classique de la propriété, celui fortement novateur d'*inclusivité* porté par les communs. Instituer le domaine public en « communs » est certes pour l'heure une simple promesse. Mais y parvenir et garantir l'essence à la fois inclusive et collective du domaine public, comme le commun a su le faire pour des échelles et des communautés plus restreintes, ne sont nullement hors de portée. « C'est juste une question d'imagination juridique », nous dit S. Dusollier dans sa conclusion, une imagination qui, s'appuyant sur le droit et la pratique des communs, permettrait de faire le saut, pour « envahir », mais cette fois positivement, un droit du domaine public dont la caractéristique propre serait que renouant avec sa vocation, il serait destiné à *protéger l'inclusion*.

¹ Sur ces distinctions essentielles, on a déjà cité (voir l'introduction générale de cet ouvrage) le remarquable travail effectué par M.-A. Chardeaux (2006).

CHAPITRE 8

Pipra (Public Intellectual Property Resource for Agriculture) : une tentative avortée de pallier la faiblesse du domaine public dans les technologies agricoles

SARAH VANUXEM

En 1968, Garrett Hardin introduit la métaphore de la « tragédie des communs » dans la revue *Science*. Trente ans plus tard, un article intitulé « Les brevets peuvent-ils faire obstacle à l'innovation ? », sous-titré « Les anti-communs dans la recherche biomédicale », paraît dans la même revue. Ses auteurs, M. A. Heller et R. S. Eisenberg, y développent l'idée que la prolifération des droits de propriété intellectuelle dans la recherche biomédicale est à l'origine d'une sous-utilisation des connaissances en génomique. Cramponné à ses brevets, chacun des acteurs ferait obstacle à l'activité des autres : tandis que dans la « tragédie des communs » une ressource risque d'être surexploitée parce que trop de personnes ont le « droit d'utiliser une ressource donnée et qu'aucune n'a le droit d'en exclure une autre », dans la « tragédie des anti-communs », une ressource risque d'être sous-utilisée parce que de multiples personnes ont « chacune le droit de priver les autres de l'accès à une ressource rare et qu'aucune ne peut exercer son droit d'utilisation » (Heller et Eisenberg, 1998). Si la propriété intellectuelle poursuit l'objectif de favoriser et d'inciter à l'innovation, la profusion des droits intellectuels pourrait néanmoins l'entraver, et la propriété intellectuelle ne plus être le « fuel » mais un frein à l'innovation.

Aux États-Unis, au cours des dernières décennies, une croissance spectaculaire des droits de propriété a pu être observée, en particulier dans le domaine des biotechnologies agricoles : en 1980, le Bayh-Dole Act accorda aux universités la propriété des innovations résultant des

recherches financées par l'État fédéral. Jusqu'alors encouragés par le gouvernement fédéral à diffuser largement leurs résultats dans le domaine public, les universités et les autres instituts de recherche se trouvèrent incités, d'une part à breveter les innovations issues des travaux de recherche et développement financés par des fonds publics, d'autre part à transférer leurs technologies dans le secteur privé. Les universités établirent alors des bureaux de transferts technologiques afin d'identifier les inventions brevetables et de concéder des licences à des firmes privées. S'ensuivirent une augmentation considérable des prises de brevets et concessions de licences, puis un éclatement de la propriété intellectuelle entre les mains d'universités, d'instituts de recherche à but non lucratif et de firmes.

En réponse à cette fragmentation des droits intellectuels, un consortium d'universités et d'instituts de recherche à but non lucratif fut notamment créé, avec cet objectif de « réunifier » le portefeuille technologique agricole du secteur public grâce à un processus collaboratif. Se pose alors la question de savoir si ce collectif, Pipra, basé à Davis, en Californie, ne serait pas un nouveau « commun » apparu sur la scène de la propriété intellectuelle : à supposer que les « communs » soient des biens gérés par une communauté de personnes en vue de poursuivre « le » ou, du moins, une forme de « bien commun », Pipra, organisme de gestion collective de ressources en propriété intellectuelle à des fins humanitaires, ne serait-elle pas l'archétype même d'un « commun » ?

Si l'organisation possède, à première vue, les caractères d'un « commun », il faut toutefois reconnaître que l'entreprise Pipra n'a pas réussi (1). Au-delà de ce simple constat, on peut se demander si la tentative de former un commun – en propriété intellectuelle sur les biotechnologies agricoles – n'était pas vouée à l'échec (2).

1. Pipra, ou le projet inabouti de créer un commun

Si le projet Pipra peut s'analyser comme celui de créer un « commun » (1), il reposait sur des erreurs d'évaluation et a échoué (2).

1. Le projet Pipra, ou la promesse d'un « commun »

Une illustration de la « tragédie des anti-communs » a été fortement médiatisée : actuellement réalisé sous l'égide de l'Irri (l'Institut

international de recherche sur le riz), le « riz doré » est un « riz transgénique dont la teneur en vitamine A est augmentée en vue de contribuer à résoudre des problèmes de malnutrition dans certains pays en développement ». La production de ce riz mis au point dans les années 1990 par un professeur d'université – un institut public – requérait pourtant une négociation auprès d'une douzaine de détenteurs de plus de soixante-dix brevets relevant de cinq champs technologiques complémentaires. La compagnie Syngenta s'acquitta de la tâche de rassembler les diverses pièces du puzzle dans une perspective humanitaire, accordant le droit de sous-licencier l'invention gratuitement auprès des organismes d'amélioration des plantes de divers pays en développement. Le bouquet formé contient des droits appartenant à Syngenta, mais aussi à d'autres firmes comme Bayer ou Monsanto, lesquelles consentirent des licences gratuites à but humanitaire.

Si l'affaire du « Golden Rice » permit d'illustrer comment la prolifération des droits de propriété intellectuelle pouvait effectivement créer des « buissons de brevets » (*patent thickets*) au travers desquels l'innovateur devait se frayer une voie, elle témoigna également de ce que des projets collaboratifs public/privé à objectif humanitaire étaient possibles, et devint une référence pour des partenariats analogues. « Premier exemple de projet de biotechnologie végétale à objectif humanitaire », le « riz doré » constitue ainsi le paradigme fondateur de la tentative Pipra, qui ambitionne de pérenniser la solution apportée pour l'utilisation du « Golden Rice ». Plutôt que de compter sur d'éventuelles circonstances favorables et sur la bonne volonté des multinationales, comme dans l'aventure du « riz doré », les fondateurs de l'initiative américaine projettent d'instituer un système de gestion collective de la propriété intellectuelle à même de répondre à ce type de difficultés.

Pipra n'entend pas seulement résoudre des problèmes d'« anti-communs » ; elle tend aussi à la réalisation « du bien commun » : son but est d'accélérer la recherche et le développement dans le domaine de l'amélioration variétale, en se concentrant sur les plantes de base que sont, par exemple, le riz ou le manioc, essentielles aux fermiers pauvres de ces pays (Rockefeller Foundation, 2003). L'objectif est également de faciliter l'accès aux biotechnologies pour les cultures spéciales et mineures du monde entier : Pipra souhaite avancer dans la recherche, le développement et la commercialisation des plantes spécifiques, comme les salades ou les

citrouilles, après amélioration de leur valeur nutritionnelle et de leur résistance aux maladies, et réduction de leur impact environnemental (Bennett, Graff *et al.*, 2002 ; Boettiger et Schubert, 2007).

Les cultures vivrières et spéciales ont en commun d'être des cultures « commercialement mineures » que délaissent les entreprises industrielles : tandis que les cultures de subsistance n'intéressent pas les firmes car destinées aux pauvres, les cultures spéciales se situent plutôt dans des régions spécifiques et ne permettent pas, à la différence du blé et du maïs qui poussent sur de vastes aires, de réaliser d'importantes économies d'échelle (Winickoff, Saha et Graff, 2009). Ainsi, focalisée sur des cultures qui n'intéressent pas le secteur marchand, et sur lesquelles, en conséquence, l'effort de recherche porte rarement, et regroupant des universités publiques et privées ainsi que des instituts de recherche à but non lucratif, Pipra entend offrir à ses membres la possibilité de remplir leur mission de service public, à savoir la production de connaissances au bénéfice du bien public (Pipra, 2004).

Non contente de chercher à résoudre des problèmes d'« anti-communs » et de poursuivre le « bien commun », Pipra entend créer un « commun » : afin de permettre la gestion collective des droits de propriété intellectuelle dans le secteur des biotechnologies agricoles, Pipra se propose de créer un centre d'échange en propriété intellectuelle (« *an intellectual property clearinghouse* », Pipra, octobre 2003), qui permette de collecter des informations sur les brevets et les licences des principales organisations du secteur public de façon suffisamment détaillée pour que celles-ci puissent identifier les infractions potentielles aux droits de propriété intellectuelle et les termes dans lesquels ces droits peuvent être concédés (Bennett, Graff *et al.*, 2002 ; Graff et Zilberman, 2001 ; Graff, Zilberman, Bennett, Wright, 2001).

Au-delà de l'échange des seules informations sur les brevets et les licences, Pipra projette d'échanger les brevets eux-mêmes. Il s'agit de former une *clearinghouse* au double sens du terme : d'une part, une maison (*house*) ayant pour fonction de rendre plus transparente (*clear*) l'information sur les droits de propriété intellectuelle ; d'autre part, une chambre de compensation (*clearinghouse*) des brevets sur des biotechnologiques agricoles.

Pipra envisage encore la constitution de *patent pools* : elle étudie la possibilité de rassembler des « paquets » de droits de propriété

intellectuelle portant sur plusieurs technologies dont l'utilisation conjointe s'avère nécessaire pour en faire tel ou tel usage ou application (Bennett, Graff *et al.*, 2002). En rassemblant les licences et/ou brevets pris sur des ensembles de technologies complémentaires, l'on formerait des « bouquets » de droits intellectuels susceptibles d'être sous-concédés *via* des licences uniques à des fins spécifiques, telle l'amélioration des cultures vivrières, ou spéciales dans certaines zones géographiques.

Dans la mesure où, visant au « bien commun », Pipra entend répondre aux problèmes d'« anti-communs » par la création de mécanismes de gestion collective de la propriété intellectuelle, l'on peut avancer que l'entreprise constitue, dans son projet d'origine, un « commun ». Reste que le projet a avorté, son potentiel ayant été surestimé.

2. Un bilan très mitigé, un potentiel largement surestimé

S'agissant, tout d'abord, de sa fonction de *clearinghouse*, Pipra a, semble-t-il, réussi, puisque la base de données en propriété intellectuelle qu'elle se proposait de monter a bel et bien été créée : en collaboration avec M-CAM, une entreprise fournissant des services et produits en ligne pour l'analyse et la recherche de données sur les brevets, et Patent Lens (de Cambia), Pipra a conçu une base de données contenant les volets agricoles des portefeuilles de brevets détenus par ses membres (Winickoff, Saha, Graff, 2009 ; Boettiger et Schubert, 2007). Concernant les *pools* de droits intellectuels cessibles sous une licence unique, Pipra avait dès le départ imaginé développer un nouveau vecteur de transformation des plantes. Car de tels outils se trouvent généralement grevés d'un nombre élevé de droits intellectuels et sont, dès lors, accessibles aux seules grandes entreprises (Graff, Bergman, Bennett, Zilberman, 2006). L'organisation avait pensé résoudre un problème spécifique, celui de la maladie de Pierce, laquelle touche les vignes et nuit à l'industrie du raisin de cuve en Californie (Boettiger et Schubert, 2007 ; Bennett, Chi-ham *et al.*, 2008). Or le projet a abouti : sur son site, l'organisme présente le vecteur de transformation de plantes Pipra, et le proclame disponible avec une totale [liberté d'exploitation](#)¹.

Fort de ces réalisations, le collectif se décrit comme un modèle à suivre pour de nouvelles initiatives dans les sciences de la vie (Winickoff, Saha, Graff, 2009 ; Kapczynski, Chaifet *et al.*, 2005). Et pourtant, si l'on

considère les ambitions de départ, l'échec est indéniable : Pipra visait originellement à promouvoir le transfert de biotechnologies agricoles aux pays en développement *via* un modèle de centre d'échange de brevets (*a « patent clearinghouse » model*). Or, aujourd'hui, ce modèle est expressément relégué au second plan. Sur le site de Pipra, on trouve cette explication que la conjoncture a, depuis la naissance du collectif, beaucoup changé : les bureaux centralisateurs de brevets en ligne et, plus généralement, les centres d'échanges en droits de propriété intellectuelle (*Intellectual Property clearinghouses*), ont dans leur majorité disparu durant ces dix dernières années. Aussi, Pipra a-t-elle suivi le mouvement général en cessant de considérer sa fonction principale comme étant celle d'un centre d'échange. Ayant échoué dans sa mission de *clearinghouse*, Pipra ne pouvait réussir dans sa fonction de *patent pool* : le centre d'échange devant servir de base pour la constitution de communautés de brevets, l'inactivité du premier ne pouvait que contrevenir à la formation des secondes. De fait, le collectif est parvenu à sortir un seul vecteur libre de droit : disponible avec une totale liberté d'exploitation, le vecteur de transformation des plantes Pipra vise à combattre la maladie de Pierce.

Pourquoi un si petit nombre de réalisations ? À l'évidence, le projet Pipra reposait sur des erreurs d'évaluation. Au tout début des années 2000, les initiateurs de Pipra font deux constats : le premier est l'inflation du nombre de brevets dans le domaine des biotechnologies agricoles (Bennett, Graff *et al.*, 2002) ; le second est que six firmes détiennent 75 % de la totalité des brevets en matière agricole, et que cette concentration des titres entre les mains de quelques-uns ne facilite guère l'accès aux inventions agricoles pour les plus déshérités (Graff, Cullen *et al.*, 2003). Deux solutions sont alors envisagées : d'une part, la concession de licences obligatoires sur les inventions brevetées dont ne profite pas cette frange de la population mondiale ; d'autre part, le projet qui donnera naissance à Pipra.

Ce projet repose sur les données suivantes : si le secteur public détient moins de 3 % des brevets, environ 2,5 % tous domaines confondus, *il en va tout autrement dans le domaine agricole où près d'un quart des brevets est détenu par des universités et des instituts de recherche à but non lucratif, et où leur nombre se trouve ainsi en moyenne dix fois plus important*. Sans doute, le secteur privé possède-t-il 74 % des brevets portant sur les biotechnologies agricoles, mais le secteur public en détient

tout de même près de 24 %, ce qui le propulse potentiellement au premier rang des plus grands détenteurs de brevets dans ce domaine. Au regard de ces données, les initiateurs de Pipra estiment bénéficier d'une occasion unique de rendre accessibles, comme ils le souhaitent, les inventions biotechnologiques (Phillips, Chen *et al.*, 2004). Ils vont alors faire cette supposition que parmi les nombreux brevets industriels dont ils sont détenteurs, plusieurs doivent porter sur les éléments de toutes, sinon de la plupart, *des technologies essentielles nécessaires pour développer de nouvelles cultures transgéniques* (Graff, Cullen *et al.*, 2003). L'hypothèse n'est pas aussi arbitraire qu'il y paraît. Elle repose sur l'étude de cas précis dont on espère qu'ils sont révélateurs de la situation générale. Deux analyses sont en effet menées pour déterminer dans quelle mesure les instituts du secteur public auraient eu la liberté de développer des cultures génétiquement modifiées s'ils n'avaient pas renoncé à leurs droits sur des technologies mises au point par eux-mêmes. Pour créer le « riz doré » et une variété de luzerne tolérante au sel, objets de ces études, les organisations du secteur public s'avérèrent à l'origine de cinq des six principales catégories de technologies nécessaires pour développer des plantes transgéniques. Les initiateurs de Pipra en tirèrent alors la conclusion que si une organisation de gestion de la propriété intellectuelle du secteur public pour les cultures vivrières et spécifiques avait existé dix ans auparavant, ils auraient été en possession de presque tous les composants nécessaires pour développer des cultures génétiquement modifiées.

Certes, il importait peu que les instituts du secteur public réunissent potentiellement une somme d'actifs en propriété intellectuelle supérieure à chacune des firmes privées s'ils n'étaient pas prêts à faire l'effort d'identifier puis de regrouper leurs titres activement. Seulement, le désir des acteurs de participer à cette unification des actifs du secteur public ne fut pas vraiment mis en doute. En effet, un examen du portefeuille des brevets de l'université de Californie dans le secteur des biotechnologies agricoles révéla que ses dix plus grands brevets drainaient 75 % du montant total des redevances perçues tandis que les cent soixante-dix autres représentaient uniquement 25 % du revenu total (Graff, 2011). De ces résultats, il fut conclu que l'obtention de brevets ne constituait pas, à

quelques rares – mais bien médiatisées – exceptions près, une entreprise financièrement intéressante. L'on fit alors cette supposition que *les bureaux universitaires de transfert technologique ne devaient pas attendre de substantiels retours sur investissement et qu'ils accepteraient, par conséquent, de placer leurs titres dans des pools sans chercher à les concéder au plus offrant.*

Il advint que le collectif perdit entièrement son pari : une fois le projet lancé, les participants à l'initiative déchantèrent rapidement. Ils pensaient utiliser des droits de propriété intellectuelle concédés par des instituts publics uniquement, c'est-à-dire sans solliciter les firmes du secteur privé, mais ils se rendirent compte que cela ne fonctionnait pas : les firmes privées, découvrirent-ils, détenaient trop de brevets importants. Si les membres de Pipra possédaient un nombre de titres conséquent, ceux-ci n'avaient pas assez de valeur substantielle pour que le centre d'échange pût fonctionner. Quant aux bureaux de transfert technologique mis en place par les universités et les instituts de recherche, force fut de constater que ces derniers n'étaient pas prêts à s'engager dans une entreprise tournée vers les cultures vivrières et spéciales, qui ne permettaient pas d'escompter d'importants retours sur investissement (Morey *et al.*, 2011).

Pipra avait ainsi surestimé ses ressources en propriété intellectuelle et l'intérêt de ses partenaires à participer à l'initiative. Mais l'échec de l'entreprise pourrait également tenir à des raisons plus profondes.

2. Pipra, une entreprise vouée à l'échec ?

Un pseudo-commun (1) et/ou un commun contrarié (2), l'initiative Pipra était peut-être vouée à l'échec de par son économie même.

1. Un projet aux antipodes des « communs » ?

Certaines déclarations des représentants ou collaborateurs de Pipra laissent à penser que l'organisme aurait reconsidéré avec le temps le problème *a priori* posé par la propriété intellectuelle. Au sujet des biotechnologies dans les pays en développement, un responsable de la Fondation Gates ayant travaillé avec Pipra s'exprime ainsi : les droits de propriété intellectuelle ne constituent pas la plus importante barrière ; dans presque tous les cas, une solution peut être négociée. La propriété intellectuelle n'est pas « une tueuse de négociation ». Grâce à Pipra, il en

serait venu à cette conclusion que les approches globales, telles de larges communautés de brevets centrées sur les actifs publics, ne constituent pas une bonne solution. Toujours selon notre auteur (membre de la Fondation Gates, rappelons-le), de telles approches, globales et communautaires, seraient en réalité moins efficaces que les approches ciblées, intéressant tel ou tel droit de propriété intellectuelle, et prenant en considération des brevets appartenant au secteur privé (Morey *et al.*, 2011).

Certes, la propriété intellectuelle apparaît ici encore comme un problème dont le traitement doit être repensé, ou la manière de l'aborder changée. Mais les représentants de Pipra pourraient aller jusqu'à affirmer, avec d'autres, que loin de créer d'insurmontables problèmes, elle offre de nouvelles et extraordinaires opportunités d'innover et de réaliser des gains spectaculaires susceptibles de bénéficier aux pauvres (Cantrell *et al.*, 2004). Non seulement les barrières que les droits de propriété intellectuelle peuvent ériger contre la recherche, l'adoption et l'utilisation de biotechnologies prometteuses pour les pays en développement et développés ne sont pas insurmontables, écrivent Sarah Boettiger et Karel Schubert, mais, bien gérés, ces droits pourraient contribuer à l'innovation et apporter des solutions aux défis que le monde entier doit aujourd'hui affronter (Boettiger, Schubert, 2007).

La propriété intellectuelle au secours de la sécurité alimentaire, le slogan qui pourrait être celui d'une grande firme semencière, conviendrait-il aussi à Pipra ? Relevons qu'interrogée sur l'initiative [Cambia²](#), la porte-parole de la multinationale Monsanto répond que la tentative lui paraît intéressante d'un point de vue intellectuel, *mais que leur expérience atteste que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas le véritable problème*. Ils représentent bien entendu un coût ; néanmoins, ce sont plutôt les problèmes de réglementations et d'infrastructures qui empêchent les pays en développement de bénéficier des biotechnologies agricoles. Or, sur le site de Pipra, des observations analogues sont faites : si la propriété intellectuelle représente un coût important, ce coût, surmontable, doit se comprendre au milieu d'autres contraintes, tels la réglementation ou le manque d'infrastructures.

La ressemblance entre les propos tenus par Monsanto et Pipra paraît, certes, troublante, mais faut-il vraiment s'en étonner ? En réalité, les textes

annonceurs de Pipra attestent que ses créateurs n'ont jamais souhaité remettre en cause, ni même réformer, la propriété intellectuelle. Et sans doute est-ce là que, depuis l'origine, le bât blesse. Selon ses initiateurs, l'originalité du projet Pipra consistait à *ne pas discuter la nature des objets susceptibles d'être brevetés* et à faciliter l'échange des droits, incontestés, sur les biotechnologies agricoles. Si la doctrine majoritaire tente de résoudre les problèmes d'anti-communs générés par la propriété intellectuelle en revenant sur la définition et l'étendue des entités brevetables, les initiateurs de Pipra pensaient quant à eux améliorer notablement la liberté d'opérer *via le simple échange des droits de propriété intellectuelle, quels que fussent le régime juridique des brevets et leur date d'expiration* (Graff, Zilberman, 2001). Aussi les participants à l'initiative Pipra convinrent-ils d'emblée que leur collaboration n'engageait aucune adhésion à une conception spécifique de la propriété intellectuelle (Pipra, octobre 2003).

Par ailleurs, les créateurs du projet avaient dès le départ pour intention de rédiger un guide des meilleures pratiques à adopter en propriété intellectuelle, de former des scientifiques, administrateurs et gestionnaires à cette discipline, et de conseiller ces derniers sur les stratégies propres à faciliter l'accès aux technologies agricoles (Bennett, Graff *et al.*, 2002). Une question peut alors se poser : loin de lutter contre la propriété intellectuelle, le collectif, à vocation humanitaire, ne s'investissait-il pas d'un rôle de « missionnaire » de la propriété intellectuelle ? Subventionnée par la Rockefeller Foundation, Pipra aurait alors eu pour vocation, dans le sillage de la première révolution verte, la généralisation des meilleures pratiques de la propriété intellectuelle à travers le monde entier (Sunder, 2006).

Outre le fait que Pipra avait peut-être davantage pour objectif d'assurer le règne de la propriété intellectuelle que celui de résoudre des problèmes d'« anti-communs », l'on peut penser que le collectif ne poursuivait pas le seul « bien commun ». En effet, les fondateurs de Pipra entendaient seulement « améliorer » le fonctionnement de la propriété intellectuelle pour aider pêle-mêle les bureaux universitaires de transfert technologique, les agriculteurs, les coopératives, les associations de producteurs, les petites entreprises semencières, le CGIAR (Groupe consultatif pour la

recherche agricole internationale), les services agricoles nationaux des pays en développement ou les organisations de développement agricole (Graff et Zilberman, 2001)... Au départ, les pays en développement ne représentaient qu'un destinataire parmi d'autres du projet formé, si bien que l'on peut se demander pourquoi la primeur leur fut, par la suite, réservée. Une réponse est que Pipra cherchait, en novembre 2003, à obtenir un statut d'organisme de bienfaisance exonéré d'impôts (Pipra, novembre 2003). Dès le mois d'octobre, elle avait annoncé que la coalition continuerait un temps d'exister de manière informelle, mais qu'elle bénéficierait sitôt que possible du statut d'organisme à but non lucratif (Pipra, octobre 2003). Ainsi, des raisons fiscales et, plus largement, financières, pourraient avoir présidé au choix de cette vocation humanitaire (Graff, Bergman *et al.*, 2006).

Du reste, Pipra – à qui l'on reprocha très vite de ne pas réellement profiter aux pays en développement, et dont les premières présentations faites par des tiers ne mentionnent pas toujours le but humanitaire (Huete-Pérez, 2003 ; Schimmelpfennig, 2004) – n'a jamais dissimulé qu'elle cherchait également à satisfaire des intérêts nationaux. Annonçant le lancement de l'initiative, la Rockefeller Foundation, principal mécène, affirma qu'elle bénéficierait au secteur agricole des États-Unis et le boosterait en accélérant la recherche, le développement et la commercialisation de cultures spécifiques comme les tomates, les salades ou les vignes (Rockefeller Foundation, 2003). Pipra devait même permettre aux universités et instituts de recherche du secteur public de recouvrer une position de *leader*, aujourd'hui confisquée par une poignée de multinationales, dans le domaine des innovations agricoles (Graff, Bennett, Zilberman, Wright, 2001).

Ce n'est pas à dire que les pays en développement figurent dans le projet Pipra à titre subsidiaire. Bien au contraire, le souci des pays en développement pourrait s'expliquer par un besoin fondamental des chercheurs d'accéder aux ressources biologiques des pays riches en biodiversité. Craignant que ceux-ci leur refusent un jour l'accès à ces ressources, les acteurs auraient conçu le projet de leur proposer une « monnaie d'échange » : ils auraient imaginé leur offrir en contrepartie les biotechnologies agricoles. Avec B. Teyssandier et A. Weil, l'on peut en

effet penser que l'intérêt américain pour les ressources génétiques des pays en développement a joué un rôle dans l'élaboration du projet.

Si l'on peut douter que Pipra entende résoudre des problèmes d'« anti-communs » dans le domaine de la propriété intellectuelle et recherche le « bien commun », l'on peut encore s'interroger sur la faiblesse des mécanismes de gestion collective mis en œuvre. L'initiative semble, en effet, avoir adopté un modèle de *clearinghouse* peu prometteur. Dans leurs articles, des économistes classent expressément Pipra (et Patent Lens de Cambia) parmi les centres d'échange (Van Zimmeren *et al.*, 2006) qui, peu élaborés, pourraient ne pas apporter à leurs membres suffisamment d'avantages substantiels pour qu'ils soient incités à y participer. En outre, l'organisation se trouve nommément rangée parmi les centres d'échange d'information indépendants de leurs membres, c'est-à-dire parmi ceux qui présentent la double caractéristique d'être à la fois moins riches et moins intégrateurs que les autres (Aoki, Schiff, 2008).

Nonobstant l'équivocité du projet « Pipra », celui-ci était peut-être condamné en raison même de son objet, à savoir les biotechnologies.

2. L'antinomie des « communs » et des biotechnologies ?

Historiquement, des détenteurs de droits de propriété intellectuelle ont pu s'organiser pour réduire les coûts de transaction liés à l'acquisition de paquets de licences, et des *pools* de brevets ont connu un certain succès. Par exemple, dans l'industrie musicale, des producteurs ont créé des collectifs de copyrights afin d'obtenir un droit d'usage sur un grand nombre d'œuvres protégées appartenant à différents propriétaires. Dans les secteurs de l'automobile, de l'aviation, des chemins de fer et du pétrole, des *pools* de brevets ont également été créés au début du siècle [dernier](#)³. Aussi Pipra a-t-elle pu être présentée à la suite de ces différents cas tel un nouvel exemple de *pool* ou de communauté de brevets ayant la particularité de porter sur les biotechnologies agricoles (Bernard-Royer, 2004).

L'on pouvait penser que les communautés de brevets avaient de réelles chances de fonctionner dans ce secteur, le morcellement de la propriété intellectuelle posant un problème en raison de la nature même de l'innovation biologique. Comme l'expliquent Pierre-Benoît Joly et Bertrand Hervieu, toute invention a une « double dimension » : « elle a

une valeur en tant que source d'innovation, d'une part, et une valeur en tant que source d'inventions futures, d'autre part ». « Marginale pour les techniques du XIX^e siècle, cette seconde dimension devient essentielle », non seulement pour les logiciels, mais aussi pour les biotechnologies (Joly et Hervieu, 2003). Dans ces conditions, le caractère fragmenté de la propriété intellectuelle restreint considérablement l'accès des chercheurs aux biotechnologies agricoles : parce que les agronomes ont besoin d'accéder aux inventions antérieures pour réaliser de nouvelles inventions – nature cumulative de l'innovation biologique –, la segmentation et, donc, la multiplicité des droits sur les premières créent une difficulté : afin que le scientifique innove, l'institution à laquelle il est rattaché devra s'acquitter de diverses redevances auprès de différents instituts qu'il n'est pas toujours aisé d'identifier. Ajoutée à la « nature cumulative » de l'innovation biologique, la prolifération des droits de propriété s'avère être un obstacle à l'innovation, de sorte que la création de « communs » pouvait apparaître comme une nécessité.

Et pourtant, plus de dix ans après la publication par l'USPTO (United States Patent and Trademark Office) d'un document invitant à la formation de *pools* dans le secteur des biotechnologies, il faut se rendre à l'évidence : il en existe peu en ce domaine (Levy, Marden, Warren, Hartell, Filaté, 2010). Plusieurs raisons peuvent être avancées : du fait de leur nature spécifique, les découvertes en génomique ne se prêtent pas aisément à la formation de *pools*. Parce que les produits réalisés en amont de la recherche en génomique ne sont pas bien définis en aval, l'on peut difficilement savoir quels seront les brevets nécessaires à la formation des grappes technologiques. En outre, la longueur des cycles en génomique rendrait difficile l'agrégation de brevets complémentaires et, partant, leur formation. La mise à l'écart des agriculteurs pourrait encore expliquer ce faible succès : Pipra a été conçue pour faciliter l'accès des biotechnologies aux *chercheurs* du secteur public (Boettiger et Schubert, 2007). Elle n'est pas destinée aux utilisateurs finaux de ces innovations, c'est-à-dire aux agriculteurs.

Or les critiques faites à Pipra et à d'autres organisations analogues se focalisent sur cet aspect : l'absence d'association avec les agriculteurs. Pour certaines organisations non gouvernementales et plusieurs groupes de la société civile, les partenariats du type de Pipra se contentent de créer les conditions pour que les grands instituts obtiennent le contrôle de terres en

rendant les agriculteurs dépendants des biotechnologies. Loin de proposer une inflexion du mouvement de la recherche et du système de la propriété intellectuelle, ces initiatives se préoccuperaient uniquement de trouver les moyens pour les chercheurs d'accéder à l'information et aux droits de propriété intellectuelle. Leur approche serait fondamentalement mauvaise, car elle interdirait de considérer les agriculteurs eux-mêmes comme des innovateurs (Tansey et Rajotte, 2008).

Mais comment des entreprises orientées vers les biotechnologies pourraient-elles reconnaître aux agriculteurs la qualité d'innovateurs ? Résolument tournée vers la génomique et, plus précisément, vers les organismes génétiquement modifiés, Pipra ne saurait compter les agriculteurs au nombre des innovateurs : dans ce domaine de recherche, l'innovation suppose l'existence du laboratoire d'analyse, lequel accueille l'agronome, mais non l'agriculteur ; elle signifie une scission entre son auteur, le scientifique, et son utilisateur, l'agriculteur.

Seulement, l'utilisation des ressources mises en commun par les *commoners* eux-mêmes pourrait compter parmi les critères d'effectivité des « communs ». Dans la littérature relative aux communs en propriété intellectuelle et, notamment, au mouvement informatique *open source*, l'existence d'une communauté d'utilisateurs apparaît, en effet, essentielle. Que les innovateurs des logiciels libres en soient simultanément les utilisateurs expliquerait en partie leur succès (Aoki, 2009). Nonobstant les reproches d'ordre social, culturel, éthique... adressés aux biotechnologies agricoles, *la séparation induite entre agriculteur et innovateur affecterait la capacité des communs de ce domaine à prospérer.*

Est-ce à dire que Pipra était condamnée à l'échec en raison de la nature même des technologies visées ? Cette possibilité peut être envisagée dans la mesure où le choix porté sur les biotechnologies pourrait interdire à Pipra de s'approprier le modèle de *l'innovateur-utilisateur* comme de sortir du paradigme opposé : celui de *l'innovateur-vendeur*. Outre-Atlantique, l'on trouve fréquemment cette opposition des innovateurs-vendeurs aux innovateurs-utilisateurs : tandis que la doctrine classique de la propriété intellectuelle s'intéresserait exclusivement aux premiers, les seconds donneraient l'impulsion aux modèles d'innovation ouverts et collaboratifs. Reposant sur des principes non exclusivement économiques, les communautés innovantes intégreraient plus facilement les innovateurs utilisateurs que vendeurs. Ces derniers étant principalement motivés par de

potentiels retours sur investissement, ils seraient davantage portés à revendiquer de forts droits de propriété intellectuelle, non ouverts mais exclusifs (Strandburg, 2008).

Se pose alors la question de savoir comment se situe Pipra au regard de ces deux modèles : d'un côté, le collectif se préoccupe des pays en développement et de leur possible accès aux biotechnologies agricoles. Il a une vocation humanitaire, donc une coloration morale, et *encourage la concession de licences non exclusives. À cet égard, il se rapproche des modèles ouverts et collaboratifs.* De l'autre, Pipra ne conteste nullement le système actuel de la propriété intellectuelle et ne réclame pas davantage sa réformation ; elle peut même se comprendre comme une entreprise de légitimation du Bayh-Dole Act et d'une conception dure de la propriété intellectuelle. À l'intersection de ces deux voies de la propriété intellectuelle, Pipra aurait-elle alors échoué, faute d'avoir su choisir entre elles ?

Mais l'aurait-elle souhaité, l'initiative pouvait-elle s'affranchir du modèle de l'innovateur-vendeur ? Reposant sur les biotechnologies dont elle souhaite favoriser l'accès et, partant, sur des innovations requérant des investissements financiers très importants, Pipra peut difficilement demander à ses membres d'abandonner l'espoir d'un retour sur investissement. Elle peut difficilement requérir de ses partenaires qu'ils se contentent, tels les utilisateurs-innovateurs, de récompenses intrinsèques à leurs inventions, et renoncent aux avantages financiers que leur confère la protection du [brevet](#)⁴. Il y a quinze ans, M. A. Heller et R. S. Eisenberg relevaient déjà que les brevets étant « plus importants pour les industries biotechnologiques (et pharmaceutiques) que dans d'autres secteurs d'activité », il était « peu probable que les entreprises acceptent de participer à des *pools* de brevets qui limiteraient les gains liés à l'exclusivité d'exploitation » (Heller et Eisenberg, 2000). L'histoire de Pipra pourrait bien leur avoir donné raison.

Il reste toutefois téméraire de conclure à l'antinomie des communs et des biotechnologies, notamment agricoles : pour expliquer l'échec de Pipra, de nombreuses raisons peuvent être avancées. Or rien ne permet *a priori* d'affirmer que la nature des technologies visées fut un obstacle dirimant : on peut-être davantage compté des causes d'ordre plus conjoncturel comme les difficultés financières rencontrées par le collectif,

la réticence des scientifiques et des instituts participants, appelés à modifier leurs habitudes de travail et de gestion de la propriété intellectuelle, ou bien encore la dimension publicitaire – et, donc, à certains égards, factice de l’entreprise – qui aura détourné les acteurs des véritables enjeux et difficultés se présentant à [eux](#)⁵.

Références

Aoki K., « Symposium : When Worlds Collide : Intellectual Property at the Interface Between Systems of Knowledge Creation, Panel III : Knowledge Creation Systems on the International Stage, “Free seeds, not free beer” : participatory plant breeding, open source seeds, and acknowledging user innovation in agriculture », *Fordham Law Review*, avril 2009, § 2305.

Aoki R., Schiff A., « Promoting access to intellectual property : patent pools, copyright collectives, and clearinghouses », *R & D Management*, vol. 38, n^o 2, 2008.

Bennett A., Chi-ham C., Boettiger S., Tricoli D., Holst T., *Enabling technologies for grape transformation, project*, results reported, 2 juin 2006 au 31 mai 2008, inédit.

Bennett A., Graff G., Cullen S., Bradford K., Zilberman D., *Public Sector Intellectual Property Management for Agricultural Research and Development*, 2002, inédit.

Bergman K., Graff G., « Collaborative IP management for stem cell research and development, Public », Intellectual Property Resource for Agriculture (Pipra) & Center for Intellectual Property Studies (CIP), Chalmers, Göteborg University, avril 2007.

Bernard-Royer M., « Brevets sur le vivant : des effets pervers, dénoncés par les chercheurs et des économistes », *Le courrier de l’environnement*, n^o 548, 19 juillet 2004.

Boettiger S., Schubert K., « Agricultural Biotechnology and Developing Countries : The Public Intellectual Property Resource for Agriculture (Pipra) », in *Biodiversity and the law : Intellectual Property, biotechnology and traditional knowledge*, edited by McManis C. (éd.) 2007, rééd. 2008.

Cantrell R. P., Hettel G. P., Barry G. F., Sackville Hamilton R., « The impact of intellectual property on nonprofit research institutions and the developing countries they serve », *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, déc. 2004.

Graff G., Bergman K., Bennett A., Zilberman D., « Intellectual property clearinghouses as an institutional response to the privatization of innovation in agriculture », *ATDF Journal*, 2006, vol. 3, n^o 3, p. 11-16.

Graff G., présentation lors de « Intellectual Property in the ABC World. Jan. 20-21, 2011. Banff, Alberta. Workshop ».

Graff G., Cullen S., Bradford K., Zilberman D., Bennett A., « The public-private structure of intellectual property ownership in agricultural biotechnology », *Nature Biotechnology*, vol. 21, n^o 9, sept. 2003.

Graff G., Zilberman D., « An Intellectual Property Clearinghouse for Agricultural Biotechnology », *Nature Biotechnology*, déc. 2001, vol. 9, n^o 12, p. 1179 et s.

Graff G., Zilberman D., Bennett A., Wright B., « Towards an Intellectual Property Clearinghouse for Ag-Biotechnology : 1. an issues paper, 2. summary of an industry, academia, and international development round table », *IP Strategy Today*, n^o 3, 2001.

Heller M. A., Eisenberg R. S., « L’anti-tragédie des communs », *Courrier de la planète*, n^o 57, 2000, III, p. 18.

Huete-Pérez J. A., « Agricultural IP and the Public Sector », *Science*, vol. 302, n° 5646, oct. 2003, p. 781-783.

Joly P-B., Hervieu B., « La marchandisation du vivant », *Futuribles. Analyse et prospective*, n° 292, déc. 2003.

Kapczynski K., Chaifet S., Katz Z., Benkler Y., « Addressing global health inequities : an open licensing approach for university innovations », *Berkeley Technology Law Journal*, printemps 2005, § 1109.

Levy E., Marden E., Warren B., Hartell D., Filaté I., « Patent pools and genomics : navigating a course to open science ? », *Boston University Journal of Science and Technology Law*, hiver 2010, § 93-94.

Morey J., Milford L., Madeira L., Stori V., *Moving Climate Innovation Into the xxist Century : Emerging Lessons from other Sectors and Options for a New Climate Innovation Initiative, prepared for the UK Department of International Development and Department of Energy and Climate Change*, Clean Energy Group, mai 2011.

Phillips R.L., Chen J., Okediji R., Burk D., « Intellectual Property Rights and the Public Good », *The Scientist*, 19 juillet 2004.

Pipra, « Pipra : Developing a Public Intellectual Property Resource for Agriculture », 2 février 2004, document aimablement communiqué par Alain Weil.

Pipra, *Request for proposals, Public Intellectual Property Resource for Agriculture* ; RFP – Pipra, version du 18 novembre 2003.

Pipra, « Public Intellectual Property Resource for Agriculture (Pipra), Meeting summary », 7-9 octobre 2003, version du 31 octobre 2003.

Rockefeller Foundation, *Universities to share technologies to fight hunger in developing countries ; improve domestic crops*, 10 juillet 2003.

Schimmelpfennig D., « Agricultural Patents : Are they developing bad habits ? », *Choices*, 1st quarter, mai 2004.

Strandburg K. J., « Users as innovators : implications for patent doctrine », *University of Colorado Law Review*, printemps 2008.

Sunder M., « IP3 », *Stanford Law Review*, novembre 2006, § 291.

Tansey G., Rajotte T., *The future control of food. A guide to international negotiations and rules on IP, Biodiversity and Food Security*, The Quaker International Affaires Programme, 2008.

Vanuxem S., « La tentative Pipra (Public Intellectual Property Resource for Agriculture). Un "commun" en propriété intellectuelle sur les biotechnologies agricoles ? », *Revue internationale de droit économique (RIDE)*, n° 2, 2014, p. 235-259.

Van Zimmeren E., Verbeure B., Matthijs G., Van Overwalle G., « A clearing house for diagnostic testing : the solution to ensure access to and use of patented genetic inventions ? », *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 84, n° 5, mai 2006.

Winickoff D.E., Saha K., Graff G. D., « Opening stem cell research and development : a policy proposal for the management of data, intellectual property, and ethics », *Yale Journal of Health Policy, Law & Ethics*, hiver 2009.

[1](#) Voir le site de Pipra au 17 septembre 2011.

[2](#) Cambia est une initiative australienne visant à encourager une innovation ouverte dans le domaine des biotechnologies végétales.

[3](#) Voir le récent ouvrage de P.-A Mangolte (*La guerre des brevets d'Edison aux frères Wright. Une comparaison franco-américaine*, L'Harmattan, 2014), qui montre l'importance des *pools* pour

surmonter les obstacles au développement de certaines industries aux États-Unis, à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle.

4 Cela paraît d'autant plus difficile que les utilisateurs-innovateurs eux-mêmes pourraient, dans le domaine du logiciel libre notamment, requérir des utilisateurs-non innovateurs qu'ils contribuent financièrement au « commun » (voir sur ce point le chapitre 12 de M. Bauwens, qui clôt cet ouvrage).

5 Sur ces différents points, voir notre rapport « La tentative Pipra : un “commun” en propriété intellectuelle sur les biotechnologies agricoles ? ». URL : http://www.mshparisnord.fr/ANR-PROPICE/docus-pdf/tentative_PIPRA.pdf.

CHAPITRE 9

Collections muséales et collections biologiques : de la conservation à l'accès ?

FLORENCE BELLIVIER, FRANÇOISE BENHAMOU,
MARIE CORNU, CHRISTINE NOIVILLE

Associer dans une même réflexion sur les communs les biobanques d'un côté, les collections muséales de l'autre, semble relever d'un exercice d'équilibriste. L'histoire et les pratiques récentes démentent pourtant cette première vue. Dès l'époque moderne se développent en effet des pratiques de collections d'éléments issus du règne vivant (plantes, animaux, morceaux de corps humains...), d'œuvres d'art, ou des deux. Les cabinets de curiosités entremêlaient les deux types d'objets ; les muséums d'histoire naturelle attestent clairement cette connexion ancienne et [profonde](#)¹.

Aujourd'hui encore, alors même que le contexte culturel, scientifique et économique a profondément changé, la parenté perdure. Les biobanques ne sont en effet rien d'autre que des collections d'échantillons biologiques auxquels des données sont associées et qui sont conservées dans des lieux appropriés dans un but de recherche scientifique, le plus souvent d'ordre médical ; quant aux collections muséales, elles renvoient elles aussi à des ensembles de biens conservés et présentés dans des institutions *ad hoc* à des fins d'[intérêt public](#)², dont la recherche. *Dans les deux cas, on a donc bien affaire à des collections, tant au sens matériel qu'intellectuel du terme, rassemblant de façon raisonnée des éléments en vue d'une finalité qui peut être multiple : soigner et chercher, plaire, éduquer et chercher.*

Les différences n'en sautent pas moins aux yeux : d'un côté, la nature – fût-elle travaillée –, le vivant, la science, l'avenir, le milieu confiné des laboratoires, le raisonnement probabiliste lié aux grandes séries requises par la recherche scientifique ; de l'autre, la culture, l'inerte, la création artistique, le passé, les espaces d'exposition, la sélection des objets les plus

rares, les plus précieux, ou les plus significatifs. Mais le rapprochement de ces deux types de collections n'en reste pas moins pertinent, particulièrement pour montrer en quoi leur gestion met en jeu une certaine conception du commun.

Collections muséales et collections biologiques présentent en effet trois mêmes caractéristiques déterminantes.

Premier trait commun : elles constituent – à un double titre – une richesse. Celle-ci est d'abord matérielle : objets d'art d'un côté (tableaux de maîtres, objets ethnologiques, photographies, installations d'art contemporain, etc.), ressources génétiques de l'autre (vieilles variétés de tomates en voie de disparition, échantillons de cerveaux issus de patients atteints de la maladie de Parkinson, collections de sang de cordon ombilical, etc.). Cette richesse est aussi immatérielle, car œuvres d'art et ressources génétiques ont ceci de commun qu'elles tirent une grande partie de leur valeur des informations qui leur sont associées. La valeur intrinsèque des premières se mesure notamment à la multiplication des informations de tout type qui les renseignent : archives, outils de visite numérique des musées, bases de données contenant les notices des œuvres de tel ou tel artiste, ou indiquant l'origine et les caractéristiques d'éléments de tous ordres (par exemple, les cinq cent mille spécimens rassemblés à l'herbier national du Muséum national d'histoire naturelle). Il en va exactement de même pour les échantillons biologiques collectionnés, que l'on s'attache désormais à renseigner systématiquement quant à leur origine (tels patients atteints de telle pathologie, etc.) et à leurs caractéristiques phénotypiques ou génétiques.

En réalité, *c'est même cet aspect immatériel qui, dans un cas comme dans l'autre, donnerait l'essentiel de sa valeur au matériel*, au point que, dans le champ muséal au moins, certains s'interrogent, dans un contexte d'inflation patrimoniale, sur la nécessité de conserver toutes les traces matérielles. Si l'on peut sérieusement douter que la copie virtuelle puisse se substituer à l'[œuvre d'art originale](#)³, est-il indispensable de conserver systématiquement tous les exemplaires d'un même [objet patrimonial](#)⁴ ? Et si l'on parvient à dupliquer indéfiniment des cellules grâce aux méthodes modernes d'analyse de l'ADN, est-il besoin de conserver tous les

échantillons dont on dispose dans les sous-sols des hôpitaux et [instituts de recherche](#)⁵ ?

Deuxième caractéristique partagée : collections muséales et d'échantillons biologiques constituent une richesse qui, tant pour des raisons scientifiques qu'économiques et idéologiques, se trouve plus que jamais tiraillée entre les deux logiques qui sont à la source même de la nécessité des communs.

D'une part, *celle du libre accès* : les ressources sont d'intérêt général, tantôt pour la recherche scientifique – et donc les chercheurs et les malades –, tantôt pour la culture – et, partant, le grand public et les chercheurs. L'accès vient ici au soutien de ces libertés et droits fondamentaux que sont le droit à l'accès aux soins, la liberté de la recherche et le droit à la [culture](#)⁶. Même si certaines biobanques sont en pratique délaissées par les chercheurs, même si, inversement, la demande d'accès aux musées n'a jamais été aussi [forte](#)⁷ et si les expositions n'ont jamais autant circulé – réalité assez enviée hors de l'Hexagone –, la question du libre accès reste majeure dans les deux champs. Quant aux biobanques, elles n'ont d'intérêt que conçues dans une perspective d'évolution des connaissances et, pour ce faire, d'accès le plus large possible. Qu'il s'agisse de ressources génétiques ou d'œuvres muséales, cet impératif d'accès se marque du reste par de multiples qualifications, concepts et principes soulignant, avec des variantes, le caractère commun de la ressource : patrimoine commun de l'humanité, ou accès garanti dans le premier [cas](#)⁸ ; patrimoine commun, patrimoine de la nation, domanialité publique, affectation à une utilité publique et ainsi [inaliénabilité](#)⁹, intérêt général pour la culture [universelle](#)¹⁰ dans le second. Ainsi pourrait-on dire que les collections d'aujourd'hui ont en partie rompu avec la logique du collectionneur à l'ancienne pour qui « [ce qui est perdu dans l'indistinct du réel, ce qui circule et s'échange \(fût-il rare\), il s'agit avant tout de le soustraire à ce flux, de le mettre à l'abri de l'usage et de l'échange](#)¹¹ ». ».

Mais par ailleurs, *en tension avec cette logique d'accès, se trouve celle de l'exclusivité et des blocages qu'elle est susceptible d'entraîner*. C'est le troisième trait commun. Songeons à la brevetabilité des inventions sur le vivant qui, tout en rendant ces dernières intellectuellement accessibles au public, peut aboutir à confisquer certaines ressources essentielles à la recherche et au développement, faisant de l'inclusion des ressources

génétiqes humaines dans le patrimoine commun de l'humanité une pure pétition de principe. Pensons aussi aux comportements monopolistiques de certains musées qui revendiquent des droits exclusifs sur les œuvres pour mieux en contrôler et exploiter la reproduction. Dans un cas comme dans l'autre, ces phénomènes trouvent essentiellement leur raison d'être dans des politiques de valorisation des actifs immatériels, qui ont leur face « obscure » – la « marchandisation » de biens essentiels autrefois soustraits du marché –, mais ont aussi une justification réelle – le coût de l'entretien et l'incitation à l'innovation. Entretenir musées et biobanques a son prix, et les fonds publics ne sont pas inépuisables. C'est bien pourquoi, par exemple, les grands établissements sont incités à vendre des savoir-faire et à céder des droits de propriété intellectuelle en recourant à des mécanismes de licences de marque, comme le [Louvre à Abu Dhabi](#)¹². Et c'est au cœur de cette tension entre logique d'exclusivité et logique d'accès que se loge une tentative de rétablir ou de faire perdurer du commun.

Ainsi, on a bien affaire à deux champs analogues, se cherchant un modèle juridico-économique, voire une véritable politique publique. *Ils sont, dans les deux cas, sous-tendus par un triple impératif, bien illustré par la notion de commun : conserver, valoriser, ménager des sphères d'accès.* Car qu'il s'agisse de collections muséales ou de biobanques, les « communs » reposent ici non pas sur le rejet de l'exclusivité, mais sur une articulation entre exclusivité et accès (1). Les communs en voie d'émergence possèdent néanmoins des défauts, qui sont autant de limites pour une politique publique qui les prendrait pour référence (2).

1. Les collections, ou la recherche d'un « commun par articulation »

Au-delà des catégories juridico-économiques connues (chose commune, patrimoine commun de l'humanité, bien public, etc.), le « commun » auquel on se réfère de nos jours comme à un nouveau paradigme apte à procurer des bénéfices à un cercle de destinataires plus vaste que le seul titulaire des droits sur la chose en question renvoie en réalité à des normes et usages très divers qui vont du « commun » par rejet de la propriété au « commun » par adaptation de la propriété, en passant par toute une palette de [dispositifs](#)¹³.

S'agissant des collections, la réflexion en termes de commun suppose une articulation entre propriété et exclusivité. Quelles sont les raisons d'une telle articulation, et comment celle-ci est-elle mise en œuvre par les normes et pratiques dans les champs des musées et des biobanques ? Telles sont les deux questions que nous nous proposons ici de traiter.

1. Les justifications du commun

Appliqué aux collections, le commun s'articule autour de deux impératifs qui, par un mouvement circulaire, ne fonctionnent pas l'un sans l'autre : accès et valorisation, la notion de valorisation pouvant être entendue *lato sensu* à la fois d'un point de vue intellectuel – en termes de production de connaissances – et sous l'angle économique d'exploitation de la richesse, que ce soit par les institutions détentrices ou par des tiers.

a) L'accès comme condition de la valorisation

De façon générale, *l'accès aux collections est d'abord une condition sans laquelle ces dernières ne peuvent être valorisées*, du moins si l'on entend par là le fait de faire des collections une ressource pour l'exposition au public, la recherche ou le développement, ainsi que pour financer des achats futurs. L'une des missions permanentes des musées de France est de rendre les collections accessibles au plus grand nombre et d'assurer l'égal accès de tous à la culture, finalités qui supposent en amont une [politique d'acquisition](#)¹⁴ ; de même, ne pas exploiter à des fins scientifiques une collection d'échantillons biologiques susceptibles de l'être, n'est-ce pas priver les malades actuels et futurs des connaissances que pourrait apporter la recherche sur un matériau précieux ?

C'est donc dans une perspective de valorisation, *lato sensu*, que l'accès trouve sa [raison d'être](#)¹⁵. Si des collections de ressources agricoles facilement accessibles ont été constituées, c'est pour que sélectionneurs et agriculteurs puissent y puiser de quoi renouveler leur création variétale. La logique est comparable pour les collections muséales. Le fait que les œuvres soient en réserve et ne soient pas montrées ruine en partie les perspectives de leur valorisation et de leur exploitation. Cela étant, le libre accès à l'œuvre n'en libère pas systématiquement l'usage. Car contrairement aux échantillons biologiques, l'œuvre d'art elle-même peut être objet de propriété intellectuelle, et notamment donner prise à des

droits d'auteur. L'accès à l'œuvre, en ce cas, permet seulement de voir celle-ci, et non d'en tirer un [droit de jouissance](#)¹⁶. Il faut également évoquer la possible valorisation des données rassemblées autour et à partir des œuvres sur lesquelles des tiers peuvent avoir un intérêt propre distinct de l'intérêt général (par exemple, développer des utilisations à partir de gisements de données publiques).

b) La valorisation comme condition de l'accès

Symétriquement, on peut se demander *si la valorisation des collections n'est pas l'une des conditions du maintien de l'accès*. Tout d'abord, la mise en valeur des collections passe non seulement par leur conservation, mais aussi par la production de connaissances autour des œuvres d'art. Ces deux missions fondamentales du musée relèvent de ce que l'on pourrait appeler la valorisation intellectuelle. Il s'agit de faire exister ou de faire durer, de donner du sens, d'éclairer le spectateur, de contextualiser les œuvres. Accéder de manière pérenne aux collections implique de les entretenir. Se pose dès lors la question de la valorisation économique – à une époque où les moyens requis ne peuvent être intégralement puisés dans la poche profonde de l'État. Tout comme l'accès aux collections est une condition de la valorisation, la valorisation peut être une des conditions de l'accès.

Ainsi s'explique le fait que la plupart des biobanques, sans « vendre » leurs échantillons – particulièrement lorsqu'ils sont d'[origine humaine](#)¹⁷ –, facturent un montant, souvent minime, correspondant aux frais de conservation et de [port](#)¹⁸. C'est aussi pourquoi l'entrée des musées est généralement payante – en [France](#)¹⁹ – et que l'exploitation commerciale par un tiers de la photographie de telle œuvre de Vermeer ou de Courbet passe par le paiement d'une redevance auprès de l'institution détentrice de la collection. Certains textes ont en effet encadré le droit d'accès aux collections des musées, comme la loi du 31 décembre 1921 qui prescrit que le droit de peindre, de dessiner, de photographier ou de cinématographier donne prise à une redevance pour service rendu. La Réunion des musées nationaux est quant à elle investie depuis 2007 d'une fonction de plate-forme commune à un grand nombre de fonds patrimoniaux, et en charge de la diffusion commerciale des [images](#)²⁰.

L'institution valorise ces fonds en cédant les droits d'exploitation sur les [reproductions des œuvres](#)²¹.

En somme, valorisation et accès constituent ici les deux faces d'une même médaille. D'où la recherche, par les acteurs, d'une articulation entre ces deux impératifs. Quelques modèles se dégagent à cet égard.

2. *Les modèles émergents*

On prendra soin, au préalable, de nuancer le recours à la notion de « modèles ». Ainsi, pour les collections biologiques, on observe des pratiques, qui illustrent des tendances, mais pas véritablement – ou pas encore ? – de schéma construit et général. Pensons par exemple à certaines collections hospitalières d'échantillons, éclatées, échappant à toute norme unique de classement ou d'entretien et même, parfois, à toute norme d'accès préétablie. C'est en réalité essentiellement en termes de pratiques d'[acteurs](#)²² – pratiques contractuelles ou dérivant des usages – que l'on peut parler de commun, les normes juridiques qui s'attachent à énoncer cette notion de manière très générale d'une façon ou d'une autre – par exemple, *via* le patrimoine commun de l'humanité – étant devenues, elles, très fragiles face à la généralisation des droits de propriété intellectuelle.

Dans le champ des musées, la notion de commun se rattache, on l'a vu, à un certain nombre de règles datant de la Révolution et exprimant l'idée que les collections constituent un patrimoine collectif. Reste qu'aujourd'hui, les textes comme les pratiques sont pris dans de telles tensions entre logique collective et intérêts propres des institutions muséales qu'il paraît très difficile de dégager une ligne de force. On peut simplement observer que même si la loi sur les musées de France promeut largement les principes de conservation et de diffusion, un certain nombre de pratiques tendent, sous couvert de coût de conservation, à privatiser l'[accès](#)²³. Le phénomène d'autonomisation des institutions muséales fait en outre que les pratiques d'accès et de tarification se révèlent très disparates.

Modèles ou tendances, on observe, dans le champ des biobanques comme dans celui des musées, *des mécanismes combinant des pratiques d'exclusivité et d'accès selon des modalités originales.*

Dans le domaine des biobanques (autres que celles des entreprises pharmaceutiques), l'organisation est pensée de façon à ce que les ressources, tangibles ou non, restent accessibles.

*En premier lieu, les ressources tangibles font l'objet d'une politique croissante de mise à disposition destinée à favoriser la recherche. C'est tout le sens des politiques engagées ces dernières années, dans le domaine du vivant tant humain que non humain, avec ce postulat selon lequel les ressources sont rassemblées non pas pour être thésaurisées, mais pour servir les besoins des chercheurs. Des projets aussi divers que la mise en place de l'infrastructure française « [Biobanques](#)²⁴ » ou européenne [BBMRI](#)²⁵, de biobanques nationales comme « UK Biobank » ou la « [Biobanque du Luxembourg](#)²⁶ », du système multilatéral de collections de ressources agricoles (sous l'égide de la [FAO](#)²⁷) ou de la politique des « Centres de ressources biologiques » de l'[Organisation de coopération et de développement économiques](#)²⁸ (OCDE), sont ainsi fondés sur une idée commune : quand bien même les ressources seraient l'objet de droits de propriétés de titulaires divers (cas des collections de ressources agricoles du système multilatéral de la FAO (Food and Agriculture Organization) qui appartiennent aux États qui les y ont placées), ou ne relèveraient, *stricto sensu*, de la propriété de personne en [particulier](#)²⁹, l'accès doit être le plus large possible. Certes, un tel accès est presque systématiquement assujéti à des conditions, de telle sorte que la ressource ne soit pas « gâchée ». Ainsi, UK Biobank prévoit une évaluation des dimensions scientifiques et éthiques des projets de recherche en vue desquels la ressource est [sollicitée](#)³⁰. De même, les collections de ressources du réseau multilatéral ne sont mises à disposition que des seuls agriculteurs et sélectionneurs qui veulent les conserver ou les utiliser pour la recherche, la sélection et la formation pour l'alimentation et l'agriculture, et non pour des utilisations [chimiques](#)³¹. À quoi il faut ajouter que les responsables de collections cherchent à s'assurer que la ressource ne sera pas accaparée par quelques-uns au détriment de tous. À cet effet, elle est le plus souvent mise à la disposition d'un chercheur donné, et ne peut pas faire l'objet de sous-transferts, du moins sans l'accord de la [biobanque](#)³².*

Dans cette veine, certaines collections anciennes sont alors restructurées sur un modèle d'accès et, à cet effet, mises en conformité avec la politique « Centres de ressources biologiques » de l'[OCDE](#)³³. Quant aux nouvelles biobanques, tout y est organisé d'emblée pour créer une ressource choisie, utile, renseignée au mieux des intérêts de la recherche. De grands projets ont par ailleurs été entrepris pour simplifier l'accès aux ressources. Sur un plan matériel, de nombreuses collections ont ainsi été placées en réseau tandis qu'apparaissent des plates-formes de partage des ressources, sortes de pots communs créés parfois par la loi (voir le système multilatéral de la FAO), le plus souvent par la volonté des acteurs de la recherche (tels acteurs travaillant sur un même sujet et mutualisant des collections considérées comme [complémentaires](#)³⁴). Sur un plan juridique, l'accès aux ressources est également facilité par l'adoption de règles qui entendent en simplifier la mise à disposition. Par exemple, si toutes les ressources ne sont certes pas gratuites, elles sont généralement accessibles pour une somme modique, le plus souvent un montant équivalent aux simples frais de port – c'est le cas des ressources agricoles du réseau multilatéral –, ou aux frais de gestion – ainsi en est-il des collections du Muséum national d'histoire naturelle. Médecins et chercheurs peuvent par exemple accéder aux échantillons de UK Biobank pour un montant différencié selon le type de données et d'échantillons demandés, ainsi que les prestations sollicitées ([au minimum 250 livres](#)³⁵) – de quoi permettre l'entretien de la ressource par UK Biobank sans pour autant entraver l'accès.

Au-delà des aspects financiers, l'accès est encore et surtout facilité par le fait que le transfert de la ressource n'a pas à donner lieu à la conclusion au cas par cas d'un contrat spécifique dont la négociation prendrait du temps, demanderait des moyens et, de ce fait, compliquerait la circulation recherchée. Dans l'immense majorité des cas, les ressources hébergées dans les biobanques circulent en effet sur le fondement d'accords de transfert de matériel (ATM) qui, parce qu'il s'agit d'accords types, permettent la mise à disposition immédiate des ressources, la négociation d'un autre contrat étant renvoyée ultérieurement au cas où ces dernières auraient été valorisées et où une exploitation commerciale serait envisagée (voir, parmi tant d'autres, les ATM du Muséum national d'histoire naturelle, de Généthon, de l'Inserm, etc.). Sans doute faut-il préciser

qu'une telle facilité n'est pas systématique ; elle dépend souvent du fournisseur mais aussi et surtout du destinataire de la ressource (selon qu'il s'agit d'une entreprise privée ou d'une institution publique de [recherche](#)³⁶), du type de ressource (d'ores et déjà travaillée ou stratégique) et du type de recherche envisagée (fondamentale ou appliquée). Mais de manière générale, la tendance reste à une large mise à disposition des échantillons, selon des modalités peu contraignantes.

En second lieu, au-delà des objets tangibles, c'est la dimension immatérielle qui est également organisée de façon à ce que la ressource reste in fine accessible.

D'abord, seuls sont protégeables les *résultats* issus des recherches auxquels la ressource a donné prise, à l'exclusion de la ressource elle-même (quelles que soient par ailleurs les modalités de partage de ces résultats, et d'attribution des [droits de propriété industrielle](#)³⁷). Les ressources « de base », celles que l'on veut maintenir en libre accès parce que c'est la matière première de la recherche, doivent rester libres de droits, de sorte que les travaux de recherche et développement entrepris par des concurrents ne soient pas entravés par des monopoles bloquants. Par exemple, la politique de UK Biobank en matière de propriété intellectuelle prévoit que *l'institution demeure propriétaire des ressources et échantillons, qu'elle accorde aux chercheurs des licences non cessibles à des tiers, que ces licences ne confèrent pas aux chercheurs des droits de propriété sur les échantillons et les données*. En revanche, si un chercheur parvient à un résultat, il peut en obtenir la protection par les règles de la propriété intellectuelle, mais il doit concéder à UK Biobank, en retour, une licence d'usage gratuite qui permettra à l'institution de mettre à disposition d'autres chercheurs les résultats [obtenus](#)³⁸.

Certains contrats de type *open source* vont plus loin en prévoyant que celui qui détient un brevet s'oblige à laisser l'invention en libre accès, non seulement pour la recherche (accès intellectuel) mais aussi pour la commercialisation (accès économique) de nouvelles inventions, la mettant ainsi en quelque sorte dans un pot commun, à charge pour les tiers ayant profité de cette règle de faire de [même](#)³⁹.

S'agissant des musées, l'articulation entre propriété et accès est de prime abord moins poussée. Alors que la servitude de conservation (bien ancrée dans les textes et les mœurs) se traduit par un certain nombre d'obligations juridiques, la question de l'accès est au contraire traitée de façon beaucoup plus diffuse. Posée en termes de finalités ou d'objectifs dans le code du patrimoine ou dans l'énoncé des politiques publiques, elle n'a pas de contenu ni de consistance juridiques très précis. En réalité, elle s'inscrit dans un contexte normatif complexe, mobilisant tantôt le droit public des biens ou des données, tantôt le droit privé de la propriété intellectuelle, complexité de nature à favoriser la dispersion des pratiques en la matière.

Du côté des éléments tangibles, deux qualifications ressortent. D'une part, les éléments des collections publiques sont soumis au régime de la domanialité [publique](#)⁴⁰. D'autre part, les collections des [Musées de France](#)⁴¹ relèvent d'un régime spécifique encadré par le code du patrimoine. La qualification de domaine public mobilier affecté à une utilité publique est aujourd'hui réservée aux seuls éléments du [patrimoine culturel](#)⁴². Elle renvoie à la reconnaissance d'un intérêt d'art, d'histoire, d'archéologie, de sciences ou de technique. L'affectation résulte par conséquent de la valeur culturelle des œuvres, et non de l'utilité qu'en retirerait la collectivité publique pour les besoins de ses services. Cette valeur s'imposerait à la collectivité publique. On pourrait alors soutenir que ce régime de domanialité publique évolue vers un modèle moins utilitariste.

S'agissant des éléments intangibles, plusieurs dispositifs favorisent l'accès aux œuvres, en ménageant une servitude d'usage culturel.

[Le traitement des œuvres orphelines](#)⁴³, récemment encadré par une [directive communautaire](#)⁴⁴, en est une des manifestations. Dans le même sens, certaines exceptions au droit exclusif de l'auteur ont été introduites dans le code de la propriété intellectuelle (CPI) en faveur des musées, bibliothèques et archives (notamment à l'article L.122-5, 7° et 8° CPI). Ces exceptions ont été prévues pour que ces institutions puissent mener à bien leur mission de service public en matière de mise à disposition de contenus culturels. Musées, archives et bibliothèques peuvent, dans ces limites et à condition de ne « rechercher aucun avantage économique ou

commercial », effectuer des actes de reproduction ou de représentation des œuvres à des fins de conservation et de consultation.

Du côté des informations publiques, un double droit d'accès et de réutilisation a été consacré au profit des usagers, mécanisme qui concerne aussi les données culturelles (les notices d'œuvres, les archives publiques, un certain nombre de métadonnées constituées autour des collections), mais qui laisse de côté les œuvres et leurs [images](#)⁴⁵. Celles-ci ne sauraient être réduites au statut d'information publique.

Originellement, la directive avait laissé hors de son périmètre les informations issues du secteur culturel (archives, bibliothèques, musées). La nouvelle directive, d'une façon quelque peu paradoxale, réintègre le secteur culturel dans son champ d'application tout en lui réservant un régime dérogatoire. Les règles de tarification en cas de réutilisation sont moins contraignantes que pour les autres informations. Par ailleurs, contrairement aux autres institutions publiques productrices ou détentrices de ces données publiques, les musées, archives et bibliothèques ont la possibilité de consentir des accords d'exclusivité sur des périodes assez longues (dix ans renouvelables). Cette option va dans le sens de possibles restrictions de l'accès aux données. Toutefois, la directive doit être transposée en droit interne. Le droit français pourrait ne pas suivre cette [option](#)⁴⁶. Le discours d'accès libre aux données est en effet très présent dans les politiques publiques d'accès en France.

Du point de vue des pratiques, l'accès à la production scientifique autour des œuvres peut aussi être regardé comme une manifestation du « commun ». De nombreux exemples de partage du savoir au travers des publications et sites participatifs peuvent être [évoqués](#)⁴⁷. La documentation sur les œuvres est de plus en plus fréquemment mise à disposition du public (grand public et public savant) ainsi que des conservateurs *via* les sites des musées. Elle est parfois commentée ou complétée dans une logique de coproduction ou de production participative.

D'un point de vue institutionnel, deux modèles de mise à disposition des contenus au public se dégagent. Les services des Archives, de l'Inventaire général et des Muséums d'histoire naturelle sont fortement marqués par une culture de gratuité, là où grands musées et vastes collections de bibliothèques déploient plus volontiers des stratégies mixtes intégrant l'éventualité d'une valorisation commerciale. Apparemment, ce sont ces modèles économiques de certaines grandes institutions patrimoniales qui

ont dominé le débat dans l'adoption de la directive sur les informations publiques.

La principale difficulté vient non seulement de l'empilement de plusieurs régimes des biens, images et données, mais encore de la diversité et de l'hétérogénéité des pratiques de mise à disposition sur le double plan des principes et du [modèle économique](#)⁴⁸.

En somme, qu'il s'agisse du vivant ou des œuvres culturelles, la variété des modèles et leur instabilité contribuent à nourrir le caractère flou de leur statut entre bien privé, bien public et commun : on conçoit alors la richesse mais aussi les limites de ce concept, qu'il faut avoir identifiées si l'on souhaite que les communs servent de boussole à l'élaboration des politiques publiques dans les champs des musées et des biobanques.

2. Les politiques publiques confrontées aux limites des communs

Si la logique du commun tend à s'imposer de façon croissante, elle se heurte en effet à trois séries de limites, liées d'une part aux sources et au champ du commun, d'autre part aux charges qu'il entraîne, enfin à l'environnement dans lequel il se développe. En ce sens, la logique du commun est soumise à la même fragilité que le domaine public qui doit affronter des tentatives de réappropriation de certains de ses [éléments](#)⁴⁹.

1. Limites quant aux sources et au champ du commun

Si une double tendance, d'une part à la standardisation, d'autre part à l'ouverture, est observable dans les politiques de mise à disposition des échantillons biologiques, elle est affaiblie à deux égards. En premier lieu, les sources sont soit de pure *soft law* (bonnes pratiques), soit contractuelles, donc n'ayant d'effet qu'à l'égard des parties contractantes. Si l'on excepte le traité Tirpaa conclu sous l'égide de la FAO et qui oblige les États signataires à faire en sorte que certaines ressources agricoles et alimentaires soient placées dans un pot commun, il n'existe pas de loi imposant un usage commun des ressources génétiques. Les communs émergents ont donc à la fois la vivacité et la fragilité de ce qui n'est pas enserré dans un carcan législatif ou réglementaire. En second lieu, les communs évoqués dans le domaine de la recherche portant sur les

ressources biologiques d'origine humaine ne concernent que des institutions publiques ou parapubliques, autrement dit elles ne portent pas sur le vaste secteur des industries pharmaceutiques qui ont mis en place des biobanques, mais les maintiennent fermées, ou les soumettent à une stricte politique d'accès.

Pour les musées, il existe, contrairement aux biobanques, un cadre légal spécifique qui part d'un double postulat. Le musée est l'objet d'un service public, et il détient une ressource commune. On observe cependant une tendance, traversée de mouvements contradictoires, à l'évolution d'une propriété conçue à l'origine sur le mode d'une propriété collective (avec à l'appui la notion d'affectation à une utilité publique) vers un modèle privatif. Cette évolution concerne les versants tant matériel (attraction dans le giron du droit privé des propriétés publiques qui évoluent d'une logique de conservation à une logique de gestion et de valorisation au sens économique) qu'immatériel (dans un même mouvement avec, cette fois-ci, une figure spécifique de propriété privée : la propriété intellectuelle) de la ressource. En contrepoint, des dispositifs encadrant l'accès aux ressources patrimoniales, notamment dans le champ de l'immatériel, sont présents dans différents textes. Les deux plans ne sont pourtant pas toujours mis en relation, alors qu'il y aurait matière à combiner logique de création et logique [patrimoniale](#)⁵⁰.

2. Limites liées aux charges du commun

L'argument financier reste prédominant pour les collections muséales. Il fut, en son temps, utilisé pour justifier le paiement de droits d'entrée dans les [musées](#)⁵¹. La collectivité publique assume des dépenses lourdes en matière de conservation et de restauration, et la valorisation des éléments considérés comme actifs immatériels trouve sa justification, dans un certain nombre de discours, dans la contrepartie naturelle de cette charge. Certains parlementaires ont même suggéré que des pièces de réserve ou de moindre intérêt pourraient être mises sur le marché. Sur un mode plus feutré, le [rapport Rigaud](#)⁵², tout en affichant son attachement au principe d'inaliénabilité, avançait l'idée d'une « respiration » possible des collections publiques par leur cession. Sans entrer dans le débat sur les

conséquences culturelles de ces choix, le gain financier n'est guère concluant. En outre, l'idée qu'une possible sélection des œuvres à conserver permette de mieux assumer le coût de la ressource commune est en réalité très étrangère à l'univers du musée. L'objet entré au musée a vocation à y rester, sauf s'il fait peser une charge excessive en termes de conservation ou de restauration, critère à mettre en relation avec l'intérêt que recèle le bien. Certaines collections des collectivités territoriales ayant reçu le label « Musée de France » sont dans un état tel que peut en effet se poser la question d'une déchéance de protection. Le débat sur l'inaliénabilité a pu toutefois recevoir des réponses très différentes de celles qui prévalent en France. Aux États-Unis par exemple, la cession de certains éléments d'une collection a pu être opérée en vue d'acheter d'autres œuvres. De manière plus contestable, des ventes d'œuvres ont également été réalisées dans le but de dégager des ressources financières non affectées aux [œuvres](#)⁵³.

S'agissant des biobanques, l'argument financier est moins porté sur le devant de la scène. Il est même presque tabou dans le domaine du vivant humain, lequel ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial selon le code civil. Cela n'empêche pas en réalité le remboursement du coût du service. Car, bien entendu, gérer des collections coûte cher, et les institutions publiques, si elles ne doivent pas y gagner, ne peuvent pas non plus y perdre. Dès lors, des tensions opposent une logique que l'on pourrait qualifier d'englobante (« [gardons tout, on ne sait jamais](#)⁵⁴ ») et une logique de sélection, ce qui suppose un pari sur l'avenir et l'acceptation de la perte (mieux vaut un échantillon typique et de qualité qu'une conservation à l'aveugle). Voilà que cette forme de commun-là, le commun par sélection, renoue avec la tradition du cabinet de curiosités !

3. Limites liées à l'environnement du commun

Troisième et dernière limite : les collections n'échappent pas au constat général selon lequel le commun apparaît bien souvent comme un ensemble d'îlots flottant dans un vaste océan propriétaire.

La gestion des biobanques reste ainsi marquée par l'esprit de propriété, tant réelle qu'intellectuelle. Tout d'abord, la propriété réelle, qui s'exerce

sur la chose, c'est-à-dire en l'espèce les échantillons, reste dominante, surtout sur un plan symbolique. La propriété reste fortement ancrée dans certaines mentalités : les anatomopathologistes continuent souvent de considérer que les collections qu'ils ont constituées sont les leurs ; les institutions, publiques comme privées, ne sont pas toujours rodées au jeu de la mise dans l'échange, et les négociations sont encore longues. C'est aussi juridiquement que la propriété, au sens classique de la propriété privée, reste dominante. Des collections sont en effet détenues par des personnes morales de droit privé (des industries pharmaceutiques et semencières, ou des associations comme la puissante Association française contre les myopathies), ou sont la propriété privée de personnes publiques (voir la plupart des collections des institutions françaises de recherche). Si la logique des communs doit jouer un rôle spécifique dans l'accès aux collections biologiques, c'est en s'inscrivant sur un large spectre entre domaine public et appropriation privée, et ce d'autant plus que la propriété privée peut très bien, sous certaines conditions, elle aussi satisfaire l'intérêt général. On peut ainsi imaginer, comme cela a pu être fait à l'étranger, que des banques privées de sang de cordon ombilical viennent alimenter, en tant que de besoin, des [banques publiques](#)⁵⁵.

Au-delà de la propriété réelle, il reste que l'environnement des collections biologiques demeure également largement marqué par des politiques de propriété intellectuelle susceptibles de miner le commun. Ainsi, le fait que certains géants industriels de la génétique tentent de mettre leurs collections à disposition de la recherche publique à condition de capter ultérieurement l'ensemble des droits de propriété intellectuelle qui seront acquis sur les développements opérés par cette dernière dévoile un « commun » bien particulier, de « [simple affichage](#)⁵⁶ ».

De même, à l'heure où les États-Unis semblent reculer sur les [brevets de gènes](#)⁵⁷, l'Office européen des brevets tend à accepter la brevetabilité des gènes et caractères dits « natifs », c'est-à-dire présents naturellement dans le génome d'une espèce (par exemple, un gène de résistance à une maladie non isolé, encore moins objet d'ingénierie en laboratoire), alors même que l'accès au matériel de base est une condition de l'[innovation](#)⁵⁸.

Dès lors, si jusqu'ici il n'y avait guère d'inconvénients à prévoir dans les accords de transfert de matériel (ATM) que la ressource de base n'était

pas protégeable puisque, par hypothèse, elle ne pouvait l'être au regard des critères requis par le droit des brevets, l'évolution de la brevetabilité entraîne une nouvelle tension.

Comment alors sauvegarder le commun dans ces conditions où la propriété intellectuelle étend encore son emprise ? Il faudrait soit revenir sur la protection de ces gènes par des brevets (en appliquant strictement les conditions classiques de [brevetabilité](#)⁵⁹), soit mettre en place des licences du type FRAND (*fair, reasonable and non discriminatory*), comme il en existe dans le domaine des télécommunications, pour garantir que chacun puisse accéder à des brevets dits « [essentiels](#)⁶⁰ ». C'est un peu ce que prévoit UK Biobank lorsqu'elle énonce qu'en cas de brevet pris sur une invention issue de « ses » échantillons, elle se verra octroyer une licence d'usage à destination des chercheurs intéressés. En revanche, on ne peut que constater et déplorer que UK Biobank n'ait pas réussi à inclure dans sa charte que les chercheurs qui auraient obtenu un brevet en se servant d'échantillons mis à disposition par la banque devraient reverser un pourcentage de leurs *royalties* pour contribuer à l'entretien des ressources communes patiemment rassemblées par la banque.

Du côté des musées, on a évoqué les phénomènes de « replis propriétaires » et le cadre général d'évolution des propriétés publiques vers un modèle plus gestionnaire et utilitariste. Certes, la forte progression de la fréquentation des musées montre que l'accès (physique) demeure largement assuré. En revanche, le caractère de bien commun s'articule avec des logiques plus ou moins privatives s'exerçant sur des activités périphériques telles que l'exploitation des images et données. On pourrait en admettre le jeu sous réserve de certaines postures monopolistiques critiquables, telles que celle de la ville de Tours interdisant purement et simplement la reproduction des œuvres de son musée. Le Conseil d'État a certes admis la légitimité de cette décision sur le fondement de la domanialité publique et au motif que cette activité constitue une occupation privative licite qui nécessite une autorisation ([non consentie en l'espèce](#)⁶¹). Critiquée par une certaine doctrine, cette décision donne indirectement du crédit à des pratiques privatives. Le fait est qu'un certain nombre d'institutions, d'une façon très discutable, pratiquent des politiques de prix exorbitants, et parfois même interdisent toute prise de vue dans leurs espaces ouverts au [public](#)⁶². Dans cet environnement du

commun que représentent les œuvres, la question de l'exploitation scientifique des collections, de la production et du partage des connaissances doit sans doute affronter certaines pratiques plus ou moins légitimes de « niches » propriétaires. Domaine public (musée) *versus* liberté du commerce et de l'industrie (entreprise photographique) : on ne sait plus bien de quel côté se situe l'accaparement exclusiviste anti-commun.

On peut du reste se demander si la progression de la logique privative ne risque pas d'entamer, plus directement, la ressource en elle-même, c'est-à-dire sa conservation comme objet de commun. On observe en effet un certain nombre de manifestations dans l'évolution du statut des collections. Il en est ainsi du développement de mécanismes de location d'œuvres ou d'expositions payantes là où régnait auparavant la logique de gratuité. On a pu aussi relever le risque d'érosion de la règle d'inaliénabilité des collections, à travers l'installation d'une commission scientifique nationale des collections créée dans le seul but de conseiller le propriétaire public désireux de déclasser des œuvres afin qu'elles puissent être vendues ; en pratique, toutefois, il n'est pas sûr que cette « ouverture » fragilise la règle d'inaliénabilité.

Ce grand détour depuis les cabinets de curiosités jusqu'aux pratiques les plus contemporaines relatives aux biobanques et aux musées nous permet de croire en *la possibilité de politiques publiques articulant propriété et accès dans le but de la protection de la santé et de la promotion de la culture*. Dans un champ, celui des biobanques, encore peu investi par des normes légales, les problèmes les plus cruciaux tiennent d'une part à la nécessité pour les institutions privées de contribuer à l'effort public, d'autre part aux politiques de propriété intellectuelle. Dans le second, fortement imprégné par la loi, il s'agit de réguler les pratiques sauvages de rétention, observées notamment dans le champ de la reproduction des œuvres en étendant le territoire du [domaine public](#)⁶³. En ce qui concerne les œuvres elles-mêmes, il n'est pas exclu d'imaginer des modes de circulation matérielle et juridique de nature non seulement à préserver le bien commun que constituent les œuvres des musées, mais aussi à encourager un meilleur accès (circulation sous forme de dépôts y compris au plan international, de prêts croisés, montages de coopérations

scientifiques et culturelles entre institutions). Ces pistes peuvent venir alimenter les réflexions au moment où s'annonce une nouvelle loi sur le patrimoine, programmée pour 2015. En tout état de cause, qu'il s'agisse des biobanques ou des musées, l'émergence et la pérennité des communs dépendent de la capacité des pouvoirs publics à favoriser des pratiques sociales innovantes, puis à mettre en place les mécanismes qui garantiront l'égal accès à des biens [essentiels](#)⁶⁴.

Références

- Antz J.-E., « Réflexion autour du statut juridique des collections muséales d'origine humaine », *Revue générale de droit médical*, n° 45, décembre 2012, p. 7 et s.
- Bellivier F., Noiville C., *Les biobanques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009, p. 81 et s.
- Benhamou F., *L'économie du patrimoine culturel*, La Découverte, 2012.
- Benhamou F., « Faut-il généraliser la gratuité dans les musées nationaux ? Une mauvaise réponse... à une mauvaise question », *Esprit*, n° 345, juin 2008, p. 83-113.
- Bollier D., *La renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage*, Éd. Charles Léopold Mayer, 2014.
- Cour suprême des États-Unis, *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics Inc.*, 13 juin 2013.
- Dardot P., Laval C., *Commun. Essai sur la révolution au xxi^e siècle*, La Découverte, 2014.
- Delanoy V., « Domaine public ou *open data* : le janus de l'utilisation privative des biens publics », *K-pratiques, chroniques juridiques*, 2013.
- Domange C., rapport « Ouverture et partage des données publiques culturelles. Pour une (r)évolution numérique dans le secteur culturel », 16 janvier 2014. URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000037/index.shtml>.
- Fatôme E., « Les musées et l'idée de service public », in Bonnefous E., Peuchot E., Richer L. (dir.), *Droit du musée, droit au musée*, Dalloz, Fondation Singer Polignac, 1994,
- Foulquier N., « Les photographies du domaine public mobilier », *AJDA*, n° 2, 2013.
- Girard F., Noiville Ch., « Contrat de licence de brevet et accès à la diversité génétique végétale : le diable ne dort jamais », *Revue des contrats*, n° 2, 2013, p. 719 et s.
- Haut Conseil des biotechnologies, « Biotechnologies végétales et propriété industrielle », recommandation au gouvernement français, 12 juin 2013. URL : <https://www.pasteur.fr/ip/easysite/pasteur/fr/recherche/plates-formes-technologiques/icareb/espace-professionnel/cout-des-prestations>.
- Jouyet J.-P., Lévy M., « Rapport sur la France face au défi de l'économie de l'immatériel », du 4 novembre 2006.
- Mauriès P., *Cabinets de curiosités*, Gallimard, 2002.
- OCDE, *Biological Resource Centers*, Paris, 2001. Voir notamment les lignes directrices : <http://www.oecd.org/fr/sti/biotech/38777441.pdf>.
- Peuchot E., Bonnefous E., Richer L., *Droit des musées, droit au musée*, Dalloz, 1994.
- Rigaud J., *Réflexion sur la possibilité pour les opérateurs publics d'aliéner des œuvres de leurs collections*, ministère de la Culture et de la Communication, La Documentation française, 2008.

Rochfeld J., « Quel modèle pour construire des “communs” ? », in Parance B., Saint Victor J. (de), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 103 et s.

[1](#) Rappelons en effet que certaines biobanques « à l'ancienne » relèvent d'un esprit muséal (jardins botaniques) et que les muséums d'histoire naturelle sont des musées, même si l'activité de recherche y tient une place de choix. Voir à propos des expositions de cadavres J.-E. Antz, « Réflexion autour du statut juridique des collections muséales d'origine humaine », *Revue générale de droit médical*, n^o 45, décembre 2012, p. 7 et s. Sur les cabinets de curiosités, voir P. Mauriès, *Cabinets de curiosités*, Gallimard, 2002.

[2](#) Voir l'article L. 410-1 du code du patrimoine qui définit le musée de France par référence à sa collection. La finalité de recherche est annoncée parmi d'autres finalités à l'article L. 441-2, celle de la conservation et de la restauration en premier lieu. Voir aussi la définition qu'en donne l'Icom (International Council of Museums) dans son code de déontologie.

[3](#) Dans ce cas, la préservation de la valeur immatérielle passe nécessairement par la conservation de la matière.

[4](#) La question se pose notamment dans plusieurs types de patrimoine : ethnologique, technique ou issu de collectes scientifiques, documentaire, archivistique, etc. L'information que recèlent les objets patrimoniaux est, en soi et parfois distinctement du support matériel, une valeur. Cela étant, on ne saurait réduire ces éléments à une seule valeur informationnelle.

[5](#) Il semblerait que ce soit quand même utile, car plus les chercheurs manipulent les lignées, plus celles-ci s'éloignent de la souche.

[6](#) Pour la protection de la santé et l'instruction, voir le préambule de la Constitution de 1946, points 11 et 13. La liberté de la recherche dérive, quant à elle, de la liberté d'opinion et d'expression (art. 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen).

Voir aussi la formule du décret n^o 59-889 du 24 juillet 1959, portant organisation du ministère en charge des Affaires culturelles dont la mission est « de rendre accessibles les œuvres capitales de l'humanité, et d'abord de la France, au plus grand nombre possible de Français ; d'assurer la plus vaste audience à notre patrimoine culturel et de favoriser la création des œuvres d'art et de l'esprit qui l'enrichissent ». Le texte a aujourd'hui un peu évolué, mais le message reste en substance le même.

[7](#) Le musée du Louvre a reçu presque 10 millions de visiteurs en 2012 contre un peu moins de 3,7 millions en 1999 (source : rapports d'activité du musée).

[8](#) Voir la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme (11 novembre 1997), article 1^{er} ; Traité international sur les ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture (Tirpaa) adopté par l'ONU sous l'égide de la FAO en novembre 2001 et entré en vigueur en 2004. Le système multilatéral créé par le traité englobe toutes les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture énumérées dans une annexe. Gérées et administrées par les parties contractantes, elles relèvent du domaine public. Voir article 10.2 : « [...] Les parties contractantes conviennent d'établir un système multilatéral qui soit efficient, efficace et transparent, tant pour favoriser l'accès aux ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture que pour... »

[9](#) Dans le cas des musées, c'est même le cadre légal qui part du postulat selon lequel la ressource est commune, et affirme que le musée est l'objet d'un service public : voir l'ensemble de l'article L. 451-5 du code du patrimoine, qui dispose que les collections publiques des musées de France font partie du domaine public et sont de ce fait inaliénables, et l'article L. 2112-1 du code général de la

propriété des personnes publiques, qui cite expressément les collections publiques des musées de France comme faisant partie du domaine public mobilier.

10 Cette idée apparaît pour la première fois dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'affaire BEYELER c. ITALIE, requête n^o 33202/96, 5 janvier 2000. Statuant sur le but de l'ingérence, la Cour « admet par ailleurs le caractère légitime de l'action d'un État qui accueille de façon licite sur son territoire des œuvres appartenant au patrimoine culturel de toutes les nations et qui vise à privilégier la solution la plus apte à garantir une large accessibilité au bénéficiaire du public, dans l'intérêt général de la culture universelle ».

11 P. Mauriès, *Cabinets de curiosités*, Gallimard, 2002, p. 132.

12 C'est la voie empruntée par le rapport de Jean-Pierre Jouyet et Maurice Lévy sur « La France face au défi de l'économie de l'immatériel », du 4 novembre 2006, qui entend la notion de patrimoine immatériel dans un sens exclusivement marchand. Dans le prolongement de ce rapport, voir l'Agence pour le patrimoine immatériel, institution française créée par l'arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale, *Journal officiel*, 12 mai 2007, chargée de conseiller les personnes publiques dans la valorisation économique de leurs actifs.

13 Sur ces différents modèles, voir J. Rochfeld, « Quel modèle pour construire des "communs" ? », in B. Parance et J. de Saint Victor, *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 103 et s., ainsi que la contribution de l'auteure dans ce même ouvrage (chapitre 4). Contre l'idée que les communs peuvent s'articuler à la propriété même commune, voir P. Dardot et C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au xxi^e siècle*, La Découverte, 2014.

14 L'idée prévaut qu'une collection qui ne s'enrichit pas est vouée au dépérissement. La première séquence des finalités du musée renvoie à la mission de conservation, de restauration et d'acquisition des œuvres, art. L. 441-2 du code du patrimoine.

15 Encore faut-il nuancer cette affirmation : certaines collections privées jalousement gardées par telle ou telle entreprise pharmaceutique ou tel ou tel collectionneur d'art n'en seront pas moins exploitées. Un certain nombre de collectionneurs d'art privés entretiennent des relations avec les institutions publiques par le prêt d'œuvres par exemple, ou à terme en font don à des collectivités publiques. D'autres valorisent eux-mêmes leurs collections (voir, par exemple, la fondation d'utilité publique La Maison rouge créée par Antoine de Galbert, collectionneur privé).

16 Ce droit consisterait par exemple à reproduire et utiliser des images de l'œuvre à des fins d'édition. Soit ces droits sont restés entre les mains des auteurs de l'œuvre ou de leurs ayants droit, soit ils ont été cédés à l'institution muséale. Cette dernière hypothèse n'est pas si fréquente, les musées achetant le plus souvent le support matériel de l'œuvre et non les droits de reproduction.

17 Ce serait contraire à une conception largement partagée quoique discutable du principe de non-patrimonialité posé aux articles 16-1 al. 3 et 16-5 du code civil.

18 Pour un exemple parmi tant d'autres, voir <https://www.pasteur.fr/ip/easysite/pasteur/fr/recherche/plates-formes-technologiques/icareb/espace-professionnel/cout-des-prestations>.

19 Là où elle ne l'est pas dans d'autres États, par exemple au Royaume-Uni pour les collections permanentes de certains musées nationaux, mais où le circuit marchand est très présent (incitation à donner, multiplication des produits dérivés payants, etc.). Sur l'abandon du système de gratuité en France, voir E. Peuchot, E. Bonnefous, L. Richer, *Droit des musées, droit au musée*, Dalloz, 1994.

20 Le devis est établi en fonction d'un certain nombre de paramètres, nombre d'exemplaires, nature du projet, nature de l'exploitation : voir conditions générales 2010, agence photographique de la RMN (Réunion des musées nationaux).

21 Ce qui suppose du reste qu'elle soit légitimement titulaire des droits sur les œuvres dérivées que constitueraient les photographies de ces œuvres, qualification aujourd'hui fortement discutée en doctrine et en jurisprudence.

[22](#) Et encore, pas de tous les acteurs : les biobanques logées dans les entreprises pharmaceutiques, sur les pratiques desquelles ne filtre aucune information, sont étrangères à la logique émergente du « commun ».

[23](#) Sur l'esprit du temps, voir notamment la charte de déontologie des conservateurs qui, tout en rappelant le statut hors commerce des collections, admet les possibles locations d'œuvres : circulaire n^o 2007/007 du 26 avril 2007 portant charte de déontologie des conservateurs du patrimoine (fonction publique d'État et territoriale) et autres responsables scientifiques des musées de France pour l'application de l'article L. 442-8 du code du patrimoine.

[24 <http://www.biobanques.eu>](http://www.biobanques.eu).

[25 <http://bbmri-eric.eu>](http://bbmri-eric.eu). L'objectif des BBRI BBMRI (Biobanking and Biomolecular Resources Research Infrastructure) est de créer une infrastructure de biobanques et ressources moléculaires... et d'en fournir l'accès aux secteurs académiques et industriels afin de partager l'expertise et favoriser la collaboration.

[26 <http://www.ukbiobank.ac.uk>](http://www.ukbiobank.ac.uk), <http://www.ibbl.lu>.

[27](#) Voir *supra* à propos du Tirpaa.

[28](#) OCDE, Biological Resource Centers, Paris, 2001. Voir notamment les lignes directrices : <http://www.oecd.org/fr/sti/biotech/38777441.pdf>.

[29](#) C'est le cas des échantillons biologiques qui n'appartiennent, juridiquement, ni aux patients, ni aux chercheurs, ni à l'institution (sauf pour UK Biobank). Voir F. Bellivier et C. Noiville, *Les biobanques*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2009, p. 81 et s.

[30](#) Voir le document intitulé « Ethics & Governance Framework », disponible sur le site de UK Biobank, onglet « Resources », p. 12.

[31](#) Voir art. 12.3 du Tirpaa.

[32](#) Voir l'important document intitulé « Access procedures : Application and review procedures for access to the UK Biobank Resource », disponible sur le site de UK Biobank (onglet : « Access Procedures »), en particulier le point 15.2.

[33](#) Voir *supra*, note 28.

[34](#) Voir par exemple le projet ANR « Biobanques » : <http://www.biobanques.eu>.

[35 <http://www.ukbiobank.ac.uk/using-the-resource/>](http://www.ukbiobank.ac.uk/using-the-resource/).

[36](#) Voir par exemple les ATM du Cirad (Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement).

[37](#) Éventuellement partagés en cas de mutualisation, en fonction de l'apport soit de chacun dans l'invention, soit de telle ou telle collection à l'invention.

[38 \[http://www.ukbiobank.ac.uk/wp-content/uploads/2011/11/Access_Procedures_Nov_2011.pdf\]\(http://www.ukbiobank.ac.uk/wp-content/uploads/2011/11/Access_Procedures_Nov_2011.pdf\)](http://www.ukbiobank.ac.uk/wp-content/uploads/2011/11/Access_Procedures_Nov_2011.pdf) (point B 8).

[39](#) Voir par exemple les initiatives Open Innovation et Bios Licence lancées par l'ONG australienne Cambia dans le domaine des biotechnologies agricoles : <http://www.cambia.org/daisy/cambia/home.html>.

[40](#) La conséquence majeure est qu'ils sont inaliénables et imprescriptibles.

[41](#) Il s'agit d'un label reconnu à certains musées, soumis à un ensemble de contraintes de conservation, de gestion et de présentation des collections, livre IV du code du patrimoine.

[42](#) Définition légale introduite dans le code général de la propriété des personnes publiques en 2006, lors de l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques.

[43](#) Les œuvres orphelines sont des œuvres encore protégées par le droit d'auteur mais dont les auteurs ne sont pas connus, ou ne peuvent pas être localisés ou contactés afin d'obtenir leur autorisation.

[44](#) Directive 2012/28/EU du Parlement européen et du Conseil européen du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, encadrant certaines utilisations d'œuvres

contenues dans les collections des bibliothèques qui contiennent des gisements importants de ces œuvres.

[45](#) Ordonnance n^o 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, qui devrait évoluer après l'adoption de la directive. On ne sait encore dans quel sens (vers plus ou moins d'exclusivisme).

[46](#) Dans l'exercice de transposition, le législateur dispose d'une marge de liberté qui lui permet, dans ce cas, de pratiquer une politique plus ouverte d'accès aux données.

[47](#) C'est notamment le cas de la mise à disposition des ressources par le musée du quai Branly, ou encore du Muséum national d'histoire naturelle avec la constitution d'un herbier national. Voir aussi les préconisations de la circulaire sur la déontologie du conservateur.

[48](#) Pour un exemple de cette disparité s'agissant de l'accès et de la réutilisation des informations publiques, voir C. Domange, rapport « Ouverture et partage des données publiques culturelles. Pour une (r) évolution numérique dans le secteur culturel », 16 janvier 2014 : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000037/index.shtml>.

[49](#) Voir en ce sens la contribution de S. Dusollier dans cet ouvrage, chapitre 10.

[50](#) Plusieurs propositions ou projets de lois récents abordent ces questions, par exemple le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel, Assemblée nationale, 22 octobre 2014, et peut-être d'une façon plus raisonnée, proposition de loi n^o1573, Assemblée nationale, texte enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 novembre 2013.

[51](#) Sur ce point, et sur la question de la gratuité, voir E. Fatôme, « Les musées et l'idée de service public », in E. Bonnefous, E. Peuchot, L. Richer (dir.), *Droit du musée, droit au musée*, Dalloz, Fondation Singer Polignac, 1994, p. 15 et s. ; F. Benhamou, « Faut-il généraliser la gratuité dans les musées nationaux ? Une mauvaise réponse... à une mauvaise question », *Esprit*, n^o 345, juin 2008, p. 83-113.

[52](#) J. Rigaud, *Réflexion sur la possibilité pour les opérateurs publics d'aliéner des œuvres de leurs collections*, ministère de la Culture et de la Communication, La Documentation française, 2008.

[53](#) Pour plus de détails, voir F. Benhamou, *L'économie du patrimoine culturel*, La Découverte, 2012.

[54](#) On gardera par exemple telle vieille collection de fœtus, même si elle n'a pas été constituée selon les critères de scientificité actuels ; ou encore, on alimentera la réserve de graines du Svalbard (Norvège) quand bien même les coûts sont très élevés.

[55](#) Notons que la France a exclu ce modèle par la loi du 7 juillet 2011 (voir L. 1241-1 du code de la santé publique).

[56](#) Voir par exemple, s'agissant du génome du riz, la proposition de contrat soumise par l'entreprise Monsanto, finalement rejetée par la recherche publique française.

[57](#) Voir Cour suprême des États-Unis, *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics Inc.*, 13 juin 2013.

[58](#) Voir dans ce sens Haut Conseil des biotechnologies, « Biotechnologies végétales et propriété industrielle », recommandation au gouvernement français, 12 juin 2013.

[59](#) On est, à ce sujet, en attente d'une décision de la Grande Chambre de recours de l'Office européen des brevets.

[60](#) Voir F. Girard et Ch. Noiville, « Contrat de licence de brevet et accès à la diversité génétique végétale : le diable ne dort jamais », *Revue des contrats*, vol. 2, 2013, p. 719 et s.

[61](#) Posture que, d'une façon déroutante, le Conseil d'État a confortée, faisant dériver de la propriété publique la titularité des droits sur l'image, à rebours des solutions de la Cour de cassation, CE, 29 octobre 2012 (n^o 341173, EURL Photo Josse). Pour une critique de la solution, N. Foulquier,

Les photographies du domaine public mobilier, AJDA, n^o 2, 2013. Voir aussi V. Delanoy, « Domaine public ou *open data* : le janus de l'utilisation privative des biens publics », *K-pratiques, chroniques juridiques*, 2013.

[62](#) C'est le cas du musée d'Orsay.

[63](#) Voir proposition de loi n^o 1573, Assemblée nationale, texte enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 novembre 2013, précitée.

[64](#) Voir D. Bollier, *La renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage*, Éd. Charles Léopold Mayer, 2014.

CHAPITRE 10

Pour un régime positif du domaine public

SÉVERINE DUSOLLIER

Que ce soit en droit d'auteur ou en brevets (la notion ne fait pas sens en droit des marques), le domaine public est constitué de ce qui n'est pas ou plus protégé par le droit intellectuel.

Il se compose donc des éléments qui ne peuvent prétendre à la protection, soit parce qu'ils ne sont pas considérés comme des œuvres ou des inventions, que ce sont des idées, qu'ils ne répondent pas aux conditions de protection, qu'ils sont explicitement exclus de la protection ; soit parce que le droit qui les protégeait a expiré par l'effet du temps. Le domaine public peut également résulter d'une décision de l'inventeur ou du créateur qui refuse la protection de la propriété.

Le domaine public ainsi constitué l'est par la négative. Ce sont les espaces non occupés par le droit intellectuel qu'il remplit, par défaut en quelque sorte, comme un négatif de la propriété intellectuelle. Défaut et négatif, voilà deux expressions qui dénotent une perception bien minimaliste du domaine public. On peut y ajouter que le domaine public est *relatif* car il dépend, comme la propriété intellectuelle dont il est l'inverse, de la territorialité des règles juridiques qui le constituent. Ce qui est dans le domaine public dans un pays ne l'est peut-être pas dans un autre. Relatif également, car un objet peut être dans le domaine public en vertu du droit d'auteur, mais son utilisation peut rester soumise à réservation par l'effet d'un autre mécanisme juridique.

C'est dire combien le domaine public est fragile et résiste mal aux tentatives de réappropriation de certains de ses éléments.

Cette contribution examine comment le droit d'auteur opère pour construire cette précarité du domaine public, précarité qui marque l'absence de tout régime de protection applicable au domaine public en permettant le grignotage et l'absence de préservation. S'il a toujours existé

en propriété intellectuelle et en est la contrepartie automatique, la durée du droit étant limitée dans le temps et les conditions d'octroi de la propriété étant plus ou moins sélectives, le domaine public en a toujours été le parent pauvre. Le libre accès que l'on revendique pour les ressources qui le constituent n'est que la conséquence de l'absence de droits exclusifs qui autorisent en creux une utilisation sans entraves de ses éléments. Mais ce creux dessine aussi les limbes dans lesquelles circule le domaine public : sans aucune protection juridique qui viendrait garantir cette liberté d'utilisation des œuvres qui le composent. Le domaine public est un terrain en friche qui n'a de domaine que le nom vaniteux, et de public qu'une prétention à un accès universel.

Nous exposerons en premier lieu de quoi se compose le domaine public en droit d'auteur, et pourquoi il est négatif et relatif (1). Nous tenterons dans un deuxième temps de dégager un statut juridique du domaine public qui serait apte à le « positiver » et à le doter d'un véritable régime préservant le principe de libre utilisation et s'opposant à de nouvelles réservations privatives (2).

1. La composition relative et négative du domaine public

Le domaine public est composé d'éléments qui sont non protégés en tant que tels, quelles que soient leurs conditions d'utilisation. *Tout ce qui se trouve dans le domaine public peut, par définition, être utilisé librement puisque le domaine repose sur le principe de l'absence de droits exclusifs.* Les éléments qui le constituent dépendent donc de l'étendue et des conditions de protection par le droit d'auteur, l'application inverse de ces règles dessinant les contours du domaine public. Mais avant tout, il est utile d'insister sur la territorialité des règles de droit d'auteur qui déterminent ce qui en relève, ce qui, par ricochet, fait varier le domaine public d'un pays à l'autre.

1. Territorialité du domaine public

Le statut juridique d'une ressource intellectuelle est fonction de la législation qui lui est applicable. La convention de Berne prévoit que la jouissance et l'exercice du droit d'auteur sont indépendants « de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre » et que « l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à

l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement *d'après la législation du pays où la protection est réclamée* » (article 5.2 de la convention de Berne), soit la *lex protectionis*. Le principe de territorialité signifie en conséquence que les règles du droit d'auteur applicable à une œuvre sont déterminées pays par pays. Les conditions d'existence du droit, son étendue, ses moyens de protection et donc sa durée relèvent de la législation du pays dans lequel il s'agit de déterminer si l'œuvre est protégée et comment.

Cette territorialité de la protection a pour conséquence que le statut juridique d'une œuvre protégée par le droit d'auteur varie en fonction des lois du pays dans lequel la protection est recherchée. Une œuvre peut être protégée par le droit d'auteur dans un pays alors que, dans un autre, elle sera considérée comme appartenant au domaine public, sur la base des différentes règles applicables à la protection par le droit d'auteur ou à la durée du droit d'auteur. Par exemple, l'originalité, sésame d'entrée de l'œuvre dans le droit d'auteur, peut différer selon les régimes juridiques, ce qui entraînera que l'œuvre pourra être protégée ou relever du domaine public selon les territoires. La durée du droit n'est pas identique selon les pays. Les œuvres de Virginia Woolf, décédée en 1941, sont entrées dans le domaine public en Europe au 1^{er} janvier 2012, soit soixante-dix ans après son décès, alors qu'une partie d'entre elles reste protégée aux États-Unis qui calculent la durée du droit d'auteur d'une manière plus [complexe](#)¹.

Cette variabilité peut grandement compliquer la tâche de l'identification de la composition du domaine public, en particulier lorsque l'exploitation ou l'utilisation d'une œuvre tombée dans le domaine public est envisagée simultanément dans de nombreux pays, comme c'est de plus en plus le cas depuis l'apparition de l'exploitation en ligne. Cela constitue un casse-tête chinois pour la conservation et la promotion du domaine public. *Le matériel créatif ne tombe donc pas en tant que tel dans le domaine public ou non, mais il sera considéré comme faisant l'objet ou non d'un droit d'auteur selon la législation applicable.* La première difficulté qui surgit consiste à assurer la préservation du domaine public. Lorsqu'une œuvre n'a pas de statut juridique définitif permanent, comment peut-on promouvoir sa libre utilisation au-delà des critères nationaux ? Comment l'utilisateur peut-il être certain de pouvoir utiliser librement cette œuvre si cette utilisation dépend d'une détermination mouvante du domaine public ?

a) Les nombreuses parties du domaine public

1) Dichotomie « idée/expression », ou le domaine public ontologique

Une séparation essentielle entre la matière protégée par le droit d'auteur et le domaine public est constituée par ce que l'on appelle le principe de la dichotomie « idée/expression ». Ce principe signifie que *seules les expressions créatives peuvent relever d'une protection*, laissant *les idées ou l'information libres d'être utilisées par tous* ou, selon la célèbre expression de Desbois, « de libre parcours ». Les œuvres sont des expressions et des représentations des idées, faits, principes et méthodes. On peut aussi avancer que la dichotomie idée/expression est ce qui constitue la [notion d'œuvre²](#), avant même la question de savoir ce qu'est une œuvre littéraire ou artistique, ou ce qu'est une œuvre originale. Les idées, les faits, le style, les méthodes, l'intrigue, les simples informations, les concepts sont donc, par nature, non protégés, et constituent des biens communs au sens propre du terme. On peut dire qu'ils forment un domaine public *ontologique*.

Les idées peuvent toujours être protégées par le secret et la non-divulgateion, mais une fois qu'un auteur a révélé son œuvre au public, toute *idée* qui y est incorporée est abandonnée au domaine public, et l'auteur doit se contenter de maintenir un contrôle uniquement sur le *façonnage* initial de ses [idées³](#). La justification de ce principe réside dans l'hypothèse selon laquelle les idées et les informations constituent les fondements de l'innovation, de la création, de la recherche scientifique et de l'[éducation⁴](#). Le droit d'auteur ne peut pas restreindre la capacité des utilisateurs et des créateurs d'obtenir un accès aux savoirs existants et de mettre à profit ces savoirs pour faire progresser la création.

[Les idées constituent le « noyau dur » du domaine public, et ne peuvent donc en soi être soumises à une protection par le droit d'auteur⁵](#). Il ne fait aucun doute que, même lorsque ces idées prennent la forme d'expressions originales et quittent le domaine public, l'objet de la protection est distinct (c'est-à-dire qu'il s'agit d'une œuvre originale), et laisse intacte l'idée désormais incorporée dans l'œuvre elle-même. En ce sens, l'idée ne quitte jamais réellement le domaine public, et peut être utilisée de nouveau par

n'importe qui, à tout moment. En raison de leur ubiquité, les idées demeurent résistantes à la protection par le droit d'auteur axée sur la forme et non sur le contenu.

2) Le domaine public résultant des conditions de protection du droit d'auteur

Pour pouvoir bénéficier d'une protection par le droit d'auteur, l'œuvre doit présenter un certain degré d'*originalité*⁶. La convention de Berne laisse le soin au législateur national de définir les limites de l'originalité, ce qui conduit à des différences entre pays quant à la définition de la notion et au degré d'originalité *exigé*⁷.

Mais la pierre de touche de la protection par le droit d'auteur n'est pas un instrument très sélectif de constitution du domaine public. En effet, dans de nombreux pays, la limite de l'originalité pouvant bénéficier d'une protection par le droit d'auteur est très faible, et est en général conçue pour comprendre toute activité intellectuelle, toute marque de personnalité. Peu de créations intellectuelles demeureront dans le domaine public en raison d'un manque d'originalité. Ce faible niveau d'originalité constitue aussi une menace pour le domaine public puisqu'il laisse de moins en moins d'œuvres non protégées, couvrant des œuvres limites dont la créativité semble très minimale.

3) Durée de la protection, ou domaine public temporel

La limitation temporelle est un élément essentiel dans le domaine de la propriété intellectuelle. À l'expiration d'un certain délai, l'œuvre est réputée tomber dans le domaine public. On peut parler de domaine public *temporel*.

L'importance de cette limitation dans le temps pour la constitution d'un domaine public explique que, dans de nombreux pays et pendant longtemps, l'expression « domaine public » proprement dite renvoyait essentiellement aux œuvres qui n'étaient plus protégées. Aux débuts du droit d'auteur, une durée finie était aussi considérée comme l'élément principal permettant à l'ensemble de la société d'accéder à la production littéraire et artistique, et la meilleure preuve d'un compromis entre la protection et l'intérêt public. *Le domaine public était considéré comme le principe, et le droit d'auteur comme l'exception, nécessaire mais dont l'application ne devait pas être éternelle, ainsi qu'il ressort de la célèbre*

déclaration de Lord Macaulay prononcée en 1841 devant la Chambre des communes du Royaume-Uni : « [Il est juste que les auteurs soient rémunérés, et la manière la plus classique de procéder est d'avoir recours au monopole. Or le monopole représente le mal. Pour faire le bien, nous devons nous incliner devant le mal, mais cela ne doit pas durer un jour de plus que le temps nécessaire pour défendre le bien](#)⁸. » L'instauration d'un droit de propriété privée ne constituait qu'une incursion limitée dans le domaine public qui devait demeurer la [règle](#)⁹. En 1774, dans l'[affaire Donaldson c. Beckett](#)¹⁰ – l'une des grandes affaires de droit d'auteur du Royaume-Uni –, la Chambre des lords s'est prononcée en faveur du principe selon lequel le droit d'auteur devrait être limité dans le temps, insistant sur l'intérêt public qu'il y avait à préserver la règle du domaine public.

La durée minimale pour les pays parties à la convention de Berne ou à l'accord sur les ADPIC (Accords sur les Droits de Propriété Intellectuels liés au Commerce) est de cinquante ans après la mort de l'[auteur](#)¹¹.

Mais ces durées ne constituent que des seuils minimaux, et rien n'empêche les États de dépasser la règle des cinquante ans. Par conséquent, il appartient aux législations nationales de déterminer la durée du droit d'auteur sur une œuvre, et ce qui relève ou non du domaine public. L'Union européenne a harmonisé la durée à soixante-dix ans après la mort de l'auteur, alors que d'autres pays s'en tiennent au minimum de cinquante ans de la convention de Berne. Le champion est le Mexique où l'œuvre est protégée cent ans *post mortem auctoris*. Aux États-Unis d'Amérique, les formalités aujourd'hui abrogées dont l'accomplissement déterminait l'octroi du droit d'auteur ont laissé des traces dans le mode de calcul de la durée de protection du droit d'auteur, celle-ci dépendant d'un subtil mélange entre date de création, accomplissement des formalités et mort de l'[auteur](#)¹².

La durée de la protection varie donc considérablement d'un pays à l'autre, et doit être déterminée par les règles du pays où la protection est demandée. Mais cette territorialité de la durée est atténuée par l'article 7 (8) qui prévoit que « [à moins que la législation de ce dernier pays n'en décide autrement, \[la durée\] n'excédera pas la durée fixée dans le pays d'origine de l'œuvre](#)¹³ ». ».

L'effet de cette règle de comparaison des durées de protection pourrait compliquer davantage le calcul de la durée du droit d'auteur sur une œuvre. Elle suppose l'application d'un principe de « [réciprocité matérielle¹⁴](#) », qui favorise l'application d'une durée de protection plus courte telle que fixée dans le pays d'origine de l'œuvre. Par exemple, la protection des œuvres du prix Nobel indien Rabindranath Tagore, décédé en 1941, sera, en France et en Angleterre, pays appliquant la règle de comparaison des délais, de soixante ans après la mort de l'auteur, ce qui est la durée applicable en Inde, pays d'origine des œuvres.

Par conséquent, pour calculer la durée de protection, il faudra tout d'abord savoir si le pays a expressément dérogé à l'article 7 (8) de la convention de Berne, puis déterminer le pays d'origine de l'œuvre et la durée de protection applicable dans ce pays afin de la comparer avec celle prévue par la loi du pays dans lequel la protection est demandée.

Outre l'application éventuelle de la règle de comparaison, le calcul de la durée du droit d'auteur peut d'une certaine façon être difficile compte tenu de particularités nationales.

C'est le cas des prorogations de guerre en France où deux lois (en 1919 et en 1951) ont ajouté des mois de protection supplémentaire à la durée normale du droit d'auteur pour des œuvres qui ne se trouvaient pas dans le domaine public lorsque les lois ont été promulguées, afin de compenser l'absence d'exploitation pendant les deux guerres mondiales. La première loi a ajouté six ans et, en raison d'une divergence d'interprétation dans la manière de calculer cette prolongation peut s'étaler sur quatre-vingt-trois ou cent cinquante-deux jours ; la deuxième a ajouté huit ans et cent vingt [jours¹⁵](#). Si l'auteur est décédé en se battant pour la France, ses œuvres bénéficient d'une durée de protection supplémentaire de trente ans !

La Cour de cassation française a analysé la conformité de ces prolongations avec le principe d'une durée harmonisée dans l'Union européenne dans une affaire concernant un portrait de Verdi peint par Boldini, qui est décédé en [1931¹⁶](#). L'œuvre était en principe entrée dans le domaine public le 1^{er} janvier 2002, mais les titulaires des droits réclamaient le bénéfice des deux prorogations de guerre et donc une protection jusqu'en 2016. La Cour de cassation a refusé cette prolongation au motif qu'elle était couverte par la durée de soixante-dix ans désormais

imposée par la directive de l'Union européenne. Toutefois, l'interprétation de l'article 10 (1) de la directive prévoyait une exception lorsqu'une durée de protection supérieure à soixante-dix ans après la mort de l'auteur avait commencé à courir à la date du 1^{er} juillet 1995 (date d'entrée en vigueur de la directive). La durée plus longue de la protection s'applique alors, selon la Cour, permettant encore à l'exception française des prorogations de guerre, bien que dans de rares hypothèses.

Apollinaire par exemple, mort en 1918 de la grippe espagnole, contractée après une blessure de guerre, a été déclaré pour cette raison mort pour la France. L'application de la durée normale aurait fait entrer ses œuvres dans le domaine public en 1969. Mais l'addition des rallonges accordées par le droit français (trente ans en tant que mort pour la France, six ans et cent cinquante-deux jours pour la première guerre mondiale, et huit ans et cent vingt jours pour la seconde) a fait expirer le droit d'auteur le 29 septembre 2013, soit quatre-vingt-quinze ans après le décès du poète. Cette extension de durée était déjà en cours lorsque la directive européenne sur la durée est entrée en vigueur, ce qui a permis la subsistance de ce délai allongé malgré l'harmonisation voulue.

Un autre exemple d'auteur mort pour la France est Saint-Exupéry, abattu en 1944 par un avion allemand. Si *Le petit prince* et ses autres œuvres sont entrés dans le domaine public dans l'Union européenne au 1^{er} janvier 2015 (soit soixante-dix ans après sa mort), elles resteront protégées par le droit d'auteur en France jusqu'en 2045 ! Toute exploitation de l'œuvre qui touchera la France, et ce sera le cas d'une mise en ligne sur [Internet](#)¹⁷, pourrait porter atteinte au droit d'auteur.

Un autre petit prince qui refuse de tomber dans le domaine public est Peter Pan, créé par J. M. Barrie en 1930. Si le droit d'auteur a expiré depuis fin 2007, Barrie étant décédé soixante-dix ans plus [tôt](#)¹⁸, la loi anglaise instaure un droit à rémunération sur toute exploitation de Peter Pan au profit d'un hôpital des enfants londonien. Pour l'enfant qui ne voulait pas grandir, voici le droit d'auteur qui refuse de s'éteindre...

4) Les créations exclues, ou le domaine public réglementaire

Le domaine public est également enrichi par des éléments qui sont expressément exclus du domaine de la protection. Ces exclusions concernent les créations intellectuelles qui pourraient de prime abord

bénéficiaire de la protection conférée par le droit d'auteur, mais que le législateur a décidé d'exclure de la protection pour des motifs d'intérêt public ou général. Ces exclusions constituent ce que l'on peut appeler le *domaine public réglementaire*.

La convention de Berne prévoit deux exclusions possibles de la protection au titre du droit d'auteur : l'une est obligatoire, et concerne les nouvelles du jour et les faits divers (article 2[8]) ; l'autre est facultative, et concerne les textes officiels d'un État (article 2[4]). À l'instar de la convention, de nombreux pays prévoient les deux exclusions. On peut également trouver d'autres types d'exclusions dans certaines législations nationales.

5) Renonciation au droit d'auteur : le domaine public consenti

S'agissant de la composition du domaine public, une question récente concerne la possibilité que le domaine public comprenne des œuvres dont les titulaires des droits d'auteur ont renoncé à ceux-ci. Ces œuvres formeraient une sorte de *domaine public consenti*¹⁹, non par l'effet de la loi, mais par la simple volonté des auteurs eux-mêmes.

Contrairement à d'autres droits de propriété intellectuelle, notamment ceux attachés aux brevets ou aux marques, l'acte de création (ou la fixation dans certains systèmes juridiques) suffit à conférer la titularité du droit d'auteur. On ne peut pas refuser le « titre » une fois qu'il a été octroyé, la « qualité d'auteur » étant inséparable du phénomène de création. Quand bien même il souhaiterait ne pas être protégé, le créateur n'a aucun moyen d'échapper au modèle juridique de la protection exclusive.

Dès lors, le placement volontaire d'œuvres dans le domaine public nécessite une mesure formelle, un geste positif de renonciation au droit d'auteur. Ce placement des œuvres dans le domaine public est parfois issu des mouvements ayant expérimenté les licences de libre accès tels que les *creative commons*, qui proposent désormais également une renonciation complète aux droits d'auteur attachés à sa propre création au moyen d'une licence standard appelée *Creative Commons CC0*²⁰. Comme cela a été exposé en détail dans le chapitre 6, cette licence standard a pour objectif d'affirmer qu'une personne renonce à la totalité de ses droits d'auteur et droits voisins attachés à une œuvre, dans toute la mesure permise par la loi. La renonciation au droit d'auteur peut aussi prendre la forme d'une licence moins formelle, voire d'une simple déclaration à cet effet.

Ce domaine public volontaire diffère des licences libres ou des licences de logiciels *open source*, en ce qu'il vise à une renonciation complète à la protection au titre du droit d'auteur, tandis que ces licences accordent uniquement la liberté d'utiliser des œuvres tout en maintenant l'existence et l'exercice du [droit d'auteur](#)²¹. Le domaine public volontaire doit également être distingué de situations où l'auteur n'exerce pas ses droits en cas d'atteintes à son droit d'auteur : cette décision n'a pas d'incidences sur l'existence des droits d'auteur, qui sont toujours attachés à l'[œuvre](#)²².

Certains pays, tels le Chili ou le Kenya, incluent ces renonciations à la protection au titre du droit d'auteur dans leur définition du domaine public. À l'exception des pays qui autorisent expressément et officialisent ce passage dans le domaine public, la légitimité et la validité des renonciations au droit d'auteur soulèvent de nombreuses questions, notamment en raison du droit moral dont l'auteur ne pourrait se [défaire](#)²³.

2. *Relativité du domaine public*

La définition négative du domaine public en droit d'auteur contient les germes de sa propre indétermination et vulnérabilité

Premièrement, la territorialité de la protection au titre du droit d'auteur entraîne des changements dans le statut d'une création, en fonction de la loi du pays où la protection est réclamée. Il en découle que son éventuelle appartenance au domaine public est également déterminée par l'application territoriale du droit, qui est parfois compliquée par la comparaison avec le droit du pays d'origine.

Deuxièmement, il est difficile de définir avec précision les contours de certaines parties du domaine public, car les critères de protection ou de non-protection soit sont subjectifs ou incertains (par exemple, l'appréciation de l'originalité), soit se basent sur des règles complexes (par exemple, la durée du droit d'auteur).

Enfin, la protection limitée du domaine public dans les lois sur le droit d'auteur, essentiellement considéré comme le négatif de la propriété intellectuelle, ne lui permet pas de bénéficier d'un régime particulier en vue de sa préservation. *De lege lata*, rien n'empêche sa réservation ou sa privatisation par d'autres mécanismes, car le domaine public ainsi défini ne suit pas une règle absolue de non-exclusivité. Cela signifie que certaines œuvres qui peuvent être classées comme n'étant pas protégées

par le droit d'auteur, et donc relevant du domaine public dans la législation sur le droit d'auteur, peuvent être protégées par d'autres moyens, juridiques, contractuels ou techniques. Aussi, les contours du domaine public que nous venons de tracer sont-ils purement relatifs, et n'entraînent-ils pas une situation indiscutable de non-protection ou de propriété publique. Quelques exemples seront rapidement esquissés ci-dessous.

1) La restauration du droit d'auteur

La durée du droit d'auteur n'est pas irréversible et a été régulièrement prolongée, à chaque fois avec l'effet de retarder l'entrée des œuvres dans le domaine public. Cette démarche fit l'objet de nombreuses critiques, dénonçant une attaque sur le domaine public. Une des batailles les plus fameuses est celle qui s'est jouée aux États-Unis sur le Copyright Term Extension Act de 1998. La Cour suprême saisie de la question, et plus particulièrement de l'atteinte à la liberté d'expression que constituerait cette érosion du domaine public, a rejeté cette argumentation, considérant qu'une durée toujours limitée dans le temps restait conforme au [mandat constitutionnel](#)²⁴.

Si cette tolérance envers une durée de plus en longue du droit d'auteur démontre également une indifférence quant au besoin d'un domaine public effectif, un autre effet de ces extensions de durée est bien plus direct. Il concerne les dispositions transitoires qui, dans de nombreux cas, restaurent le droit d'auteur sur les œuvres tombées dans le domaine public pour y appliquer la nouvelle durée de protection. Lors de l'harmonisation européenne de la durée de droit d'auteur à soixante-dix ans après la mort de l'auteur, les œuvres « ressuscitaient » à la protection si elles étaient encore protégées dans au moins un État membre à la date d'entrée en vigueur de la directive. En pratique, toute œuvre entrée dans le domaine public en application de la règle ancienne des cinquante ans en France restait protégée jusqu'à soixante-dix ans, en vertu de la règle allemande, ce qui lui permettait de bénéficier de ce supplément de vingt ans de protection dans l'ensemble de l'[Union européenne](#)²⁵. Une règle similaire s'est appliquée au droit voisin sur les phonogrammes que la Cour de justice a restauré sur des enregistrements du [domaine public](#)²⁶. V.-L. Benabou qualifie ce type d'œuvres ou de prestations de « zombies du droit

d'auteur », ce qui désigne parfaitement le réveil de ces créatures dans le monde des œuvres toujours [protégées](#)²⁷.

Ceci montre que le domaine public, une fois constitué par l'application prétendument systématique de l'expiration de la durée, n'est en fait que très relatif, les œuvres qui le composent risquant d'être rappelées à la protection. Dans un autre cas de restauration de la protection, la Cour suprême américaine a refusé de considérer que le domaine public était immuable et pouvait faire échec à de telles nouvelles vies du droit d'auteur. Alors qu'une cour d'appel avait qualifié le domaine public de principe fondamental du droit d'auteur, avec la conséquence que « [ce qui est dans le domaine public doit y rester](#)²⁸ », la Cour suprême a donné la prééminence au droit du législateur de décider du terme de la [protection](#)²⁹, le domaine public n'étant pas « un territoire dont les œuvres ne peuvent sortir ».

Ces deux exemples montrent que la détermination précise du domaine public temporel nécessite souvent de connaître l'application dans le temps des prolongations successives de la durée de protection du droit d'auteur par voie législative.

2) Droits moraux perpétuels

La libre disponibilité et le libre emploi des œuvres tombées dans le domaine public peuvent se trouver réduits sous l'effet de l'exercice d'un droit moral perpétuel. Dans les États où cette perpétuité est admise, et c'est le cas en France, l'adaptation d'une œuvre tombée dans le domaine public peut très bien se trouver compromise par l'opposition de parents éloignés des auteurs dans la mesure où ils peuvent établir leurs droits à succéder à l'auteur dans l'exercice du droit moral. Ils pourraient également être tentés de jouer un rôle de censeurs.

De ce fait, la réalité de la libre utilisation des œuvres tombées dans le domaine public peut être fragile, et aucun utilisateur ou créateur d'une œuvre dérivée n'est à l'abri de la subsistance du droit moral d'intégrité. Lorsque la perpétuité s'étend au droit de divulgation, la législation sur le droit d'auteur elle-même procure une arme puissante aux héritiers de l'auteur pour empêcher la mise à disposition d'œuvres posthumes non publiées, ce qui réduit l'accès intellectuel qu'a le public aux œuvres tombées dans le domaine public. Le troisième attribut du droit moral, le droit de paternité, devrait poser moins de problèmes, car il n'empêche pas

de nouvelles créations à partir d'une œuvre tombée dans le domaine public, et ne réduit pas l'exploitation d'une telle œuvre ou son accessibilité. Mais il contraindra les créateurs ou exploitants ultérieurs à attribuer convenablement à son auteur l'œuvre utilisée relevant du domaine public.

Rares sont toutefois les cas où cette perpétuité a réellement bloqué une nouvelle exploitation de l'œuvre du domaine public. On se souviendra en France de la péripétie des *Misérables* de Victor Hugo, dont un des héritiers a essayé d'empêcher la publication d'une suite. Le demandeur a finalement été débouté de sa demande par les tribunaux³⁰, au motif qu'une œuvre tombée dans le domaine public pouvait être librement adaptée en vertu de la liberté de création. Le droit moral pouvait seulement être invoqué pour protéger le droit de paternité et d'intégrité, mais à l'unique condition qu'un préjudice réel ait été causé à ces droits par l'adaptation, ce que les héritiers doivent prouver en démontrant ce que la position de l'auteur aurait été. La difficulté qu'il y a à apporter ces preuves montre que le droit moral perpétuel ne réussira en fait qu'à empêcher une adaptation lorsque celle-ci est manifestement un recours abusif à la liberté d'utiliser les œuvres relevant du domaine public.

Par contre, la perpétuité du droit moral se double souvent d'une volonté de préserver l'intérêt culturel de ces œuvres, plus que la protection des intérêts privés des héritiers de l'auteur. Par exemple, la loi danoise sur le droit d'auteur prévoit un droit moral perpétuel qui cependant ne s'appliquera que si des intérêts culturels sont violés. Il a été précisé que cette règle a pour objet de protéger le patrimoine culturel, et qu'elle ne devrait être appliquée qu'aux œuvres considérées comme faisant partie de ce patrimoine, ou aux œuvres d'auteurs qui par ailleurs ont créé des œuvres de valeur³¹. La Cour suprême danoise a par exemple estimé qu'il y avait eu violation du droit moral lors de l'adaptation d'une œuvre musicale tombée dans le [domaine public](#)³². Dans une autre affaire traitée en 1990, aucune atteinte à l'intégrité de la Bible n'a été décelée dans un film qui avait ajouté un contenu pornographique à la vie de Jésus³³. La Bible fut néanmoins implicitement considérée par cette décision comme jouissant toujours d'une protection du droit moral en vertu de la loi danoise sur le droit d'auteur (la difficulté consistant à savoir qui est en droit de l'exercer !).

Cette défense publique de l'intégrité des œuvres explique que la loi attribue souvent la possibilité à l'État ou à ses représentants d'invoquer le droit moral, à la place ou parallèlement aux [ayants droit](#)³⁴. En France également, les pouvoirs publics jouent un rôle dans la défense d'un droit moral perpétuel. L'article L.121-3 du CPI prévoit que le ministre de la Culture peut saisir le tribunal de première instance d'un cas d'abus (préssumé commis par les héritiers des auteurs) dans l'exercice du droit de divulgation, même pour des œuvres tombées dans le domaine public. A. Lucas estime que cet article peut s'appliquer également à d'autres abus commis dans l'exercice du droit moral de l'auteur, *post mortem auctoris*³⁵. Le ministre de la Culture peut ainsi réclamer en justice le respect du droit moral, ou contraindre les héritiers à renoncer à leur refus de divulguer l'œuvre si l'intérêt général est en jeu. Cette intervention ne se limite dès lors pas à l'exercice du droit moral en lieu et place des héritiers légitimes des auteurs, mais peut également viser à défendre l'intérêt qu'a le public de voir une œuvre posthume révélée et publiée malgré le *veto* des titulaires des droits. Plutôt qu'une substitution de l'État dans l'exercice d'un droit moral perpétuel, cette compétence assure un équilibre entre la sauvegarde du patrimoine culturel et l'intérêt général à accéder à la culture. Cette possibilité a cependant été rarement [exercée](#)³⁶. Le droit moral prend alors une dimension plus [collective](#)³⁷, et devient un outil répondant à l'[obligation de fidélité](#)³⁸, qui se rapproche plus de la protection du patrimoine national que de la sauvegarde de [droits individuels](#)³⁹.

Une telle justification de la politique publique en faveur de l'exercice d'un droit moral perpétuel pourrait atténuer l'obstacle que crée cette perpétuité à l'utilisation libre du domaine public. En fait, en ce qui concerne le droit à l'intégrité, on pourrait distinguer cette protection de l'exercice d'un droit exclusif en vertu du droit d'auteur, et considérer qu'il s'agit essentiellement d'une question de protection du patrimoine culturel sous couvert de droit moral. Cela ne devrait donc se produire que lorsqu'une question essentielle d'intérêt général ou un risque grave pour l'œuvre serait en jeu. Dans une certaine mesure, cette protection du patrimoine culturel est en elle-même un moyen de sauvegarder et de préserver le [domaine public](#)⁴⁰, à condition qu'elle soit exercée dans une mesure raisonnable par les pouvoirs publics et par les héritiers légitimes

des auteurs eux-mêmes, placés, si besoin, sous le contrôle des pouvoirs publics.

3) Autres droits de propriété intellectuelle

D'autres droits de propriété intellectuelle sont également susceptibles de subsister ou de se constituer sur les œuvres du domaine public par expiration du droit d'auteur. De ce fait, l'utilisation de ces œuvres ne sera plus assujettie à la réservation du droit d'auteur, mais pourrait bien être visée par les droits exclusifs accordés par d'autres systèmes de propriété intellectuelle.

Le problème ne se posera généralement pas avec les droits de dessin ou de modèle industriel, ni avec les droits de brevet, ceux-ci ayant une durée plus courte que le droit d'auteur. En revanche, le nom ou l'aspect visuel d'un personnage, d'une peinture ou de la forme d'un objet peuvent donner droit à un enregistrement de marque même après que le droit d'auteur s'appliquant à ses œuvres a expiré. Grâce à la protection ainsi accordée aux marques, le propriétaire de la marque pourrait en théorie interdire la libre utilisation de ce nom, de cette image ou de cette forme. Imaginons que le dessin de Mickey soit enregistré comme une marque visuelle (c'est le cas dans de nombreux pays). Lorsque le droit d'auteur attaché à cette petite souris cessera (s'il cesse jamais !), Disney pourrait continuer de s'appuyer sur sa marque enregistrée, « illimitée dans le temps », pour empêcher certaines utilisations de son célèbre personnage.

En principe, une œuvre qui est tombée dans le domaine public peut être librement utilisée par tout le monde. De ce fait, cette liberté d'utilisation inclut également son enregistrement comme marque, puisque le titulaire de l'ancien droit d'auteur n'est plus en mesure d'empêcher cet [enregistrement](#)⁴¹ (sauf en cas de droit moral, s'il est perpétuel, et si l'enregistrement risque de nuire à l'intégrité de l'œuvre). On peut trouver de nombreux exemples d'œuvres du domaine public enregistrées comme marques dans les registres de marques depuis des héros de dessins animés ou de bande dessinée jusqu'à des [morceaux de musique](#)⁴² et des peintures célèbres.

La menace du rétablissement d'un monopole abusif à l'égard d'une œuvre du domaine public est néanmoins limitée à de nombreux égards par les principes mêmes de la loi sur les marques.

Une première caractéristique de la protection des marques est le besoin d'un caractère distinctif : le signe prétendant à la protection doit être assez distinctif aux yeux du consommateur des biens ou services concernés. Des images ou des sons populaires n'auront probablement pas un caractère distinctif inhérent puisque le public sera davantage habitué à les voir en tant qu'expressions créatives et dans des contextes culturels que de percevoir à travers eux l'indication de l'origine commerciale des marchandises sur lesquelles ils sont [apposés](#)⁴³, à moins que ce signe ait acquis un caractère distinctif par l'usage. Dans de nombreux cas, la valeur créative primordiale recherchée par l'œuvre, que ce soit dans le domaine public ou non, empêchera un enregistrement valide en tant que marque. Par exemple, les noms « Tarzan » ou « Harry Potter » n'ont pas été acceptés comme marque valide dans les pays du Benelux car, pour le public, ils évoquent principalement le personnage, l'œuvre et son auteur, mais pas le fournisseur des marchandises couvertes par la demande de [marque](#)⁴⁴. Une demande de marque sur « Het dagboek van Anne Frank » (« Le journal d'Anne Frank ») a également été refusée en raison de l'absence de caractère distinctif, le public pertinent y percevant le titre de l'œuvre mondialement connue, et non un signe distinguant des produits ou des [services](#)⁴⁵.

La forme tridimensionnelle d'un personnage ou d'un objet d'art appliqué ne pourrait également faire l'objet d'une marque que de manière très théorique car, au-delà de la nécessité d'établir un caractère distinctif et de la difficulté intrinsèque rencontrée pour établir ce dernier pour la forme d'un [produit](#)⁴⁶, les formes donnant une valeur substantielle au produit seront exclues de la protection. La chaise pour enfants Tripp Trapp, pourtant protégée par le droit d'auteur dans de nombreux pays, a vu sa demande de dépôt en tant que marque rejetée pour cette [raison](#)⁴⁷.

Par ailleurs, le droit des marques ne permet que l'enregistrement d'un signe spécifique ce qui peut limiter la protection en tant que marque d'un personnage proprement [dit](#)⁴⁸. Autrement dit, Mickey lui-même ne peut être enregistré ; ne peut l'être qu'une représentation graphique particulière de ce personnage.

La protection des marques présente une limitation définitive et essentielle : le principe de spécialité. L'évaluation de l'indispensable caractère distinctif se fera à la lumière des produits et des services pour

lesquels la marque est enregistrée, et la protection accordée se limitera aux produits ainsi définis. De ce fait, Mickey pourra très bien être enregistré en tant que marque soit comme nom, soit comme signe visuel, mais cela ne devra valoir que pour certains produits ou services limités. La fameuse peinture de la *Laitière* de Vermeer a par exemple été enregistrée en tant que marque, et sa validité a été reconnue pour des produits laitiers, ce qui ne porte pas pour autant indument atteinte au fait que l'œuvre elle-même appartient au domaine public, et peut donc être librement utilisée et reproduite par tout le monde, et être à la base de créations dérivées. La seule limitation à son utilisation consistera à l'apposer sur des produits laitiers seulement dans le territoire où la marque est en vigueur. Le monopole que l'enregistrement de la marque récupère, comme il ressort de cet exemple, est donc plutôt étroit, et n'empiète que partiellement sur le domaine public constitué par les principes du droit d'auteur.

Ceci dit, cette conclusion rassurante peut se révéler fautive dans certains cas. Aux États-Unis, le personnage de *Peter the Rabbit*, œuvre de l'illustratrice anglaise Beatrix Potter, a été protégé par le droit des marques en dépit de l'expiration du copyright. La vente des livres pour enfants qui reproduisaient les mêmes couvertures que l'œuvre originale a ainsi pu être interdite par le titulaire de la marque, un risque de confusion ayant été [constaté⁴⁹](#).

En outre, les propriétaires d'une marque seront tentés d'enregistrer leurs signes dans diverses classes de produits, ce qui peut dans la pratique vider de son sens le principe de la spécialité. Pire encore, l'enregistrement d'une marque dans une classe de produits en étroite relation avec l'œuvre elle-même et sa valeur créative entravera probablement la libre utilisation relative au fonctionnement du domaine public. À titre d'exemples, on peut citer l'enregistrement du nom « Mickey » en tant que marque communautaire pour des produits et des services liés à l'« éducation, formation, divertissement, activités sportives et culturelles », ou l'enregistrement du nom « Tintin » pour une gamme de produits et services tout aussi large (« éducation, formation, enseignement, divertissement, organisation de manifestations et d'expositions à des fins culturelles, d'enseignement et d'éducation, parcs d'attractions, production de films et dessins animés, publication et diffusion de livres, de journaux et de périodiques »). En procédant à cet enregistrement, les titulaires de droits sur des icônes culturelles si populaires pourront, si la marque est

considérée comme valide et suffisamment distinctive (ce qui pourrait ne pas être le cas comme signalé plus haut), empêcher la reproduction du héros lui-même dans des ouvrages ou des films, une fois le droit d'auteur expiré.

C'est là que se situe le véritable risque pour le domaine public dans le cadre du monopole des marques. *Pour mettre le domaine public à l'abri de ce genre de nouvelle commercialisation, l'enregistrement d'une marque devrait être refusé lorsqu'il amènerait à établir un monopole semblable à celui accordé antérieurement par le droit d'auteur et qui empêche l'utilisation de l'œuvre en vue d'une expression créative. Un tel refus pourrait invoquer l'intérêt public ou l'intérêt général.* C'est ce qui a parfois été fait dans la jurisprudence visant à empêcher le chevauchement de droits de propriété intellectuelle successifs lorsque ceux-ci sont préjudiciables au domaine public. Dans une affaire dont a été saisie la Cour européenne de justice, l'avocat général a estimé que « [l'intérêt public ne devrait pas avoir à tolérer le risque, serait-il léger, que les droits des marques empiètent indument sur le domaine d'autres droits exclusifs qui sont limités dans le temps alors qu'il existe en fait d'autres moyens efficaces pour les fabricants d'indiquer l'origine d'un produit](#)⁵⁰ ». Dans l'affaire de la chaise Tripp Trapp, la Cour elle-même prend le relais de cet argument en rappelant « [l'objectif d'éviter que le droit exclusif et permanent que confère une marque puisse servir à perpétuer, sans limitation dans le temps, d'autres droits que le législateur de l'Union a voulu soumettre à des délais de péremption](#)⁵¹ ».

2. Un régime positif du domaine public

Renverser cette conception négative et relative requiert d'attribuer une normativité positive au domaine public, afin de lui donner la force de résister aux assauts des reconstitutions de droits. Cette construction normative repose sur une nouvelle qualification du domaine public, qui entraînera des conséquences en termes de protection.

1. La qualification du domaine public en bien commun ou en choses communes

Le domaine public est qualifié de *commons*, et à raison. Il peut même prétendre aux deux versions des biens communs : la version économique

et la version juridique.

La version économique, qui a aussi un aspect juridique, est celle de l'absence de propriété, au sens de réservation exclusive. En l'absence de propriété intellectuelle, le domaine public se trouve dans le champ des biens communs, mais y gagne alors un aspect bien plus positif, car dans l'idée de communs, réside aussi une collectivisation des usages et des prérogatives d'utilisation, le défaut de propriété n'étant pas essentiel aux *commons*, certains d'entre eux étant d'ailleurs marqués par des droits de propriété.

Benkler définit les *commons* comme des ressources pour lesquelles existe une liberté d'opérer dans des contraintes symétriques qu'il oppose à l'exclusivité de la propriété, qui accorde des pouvoirs de décision asymétrique protégés par l'[État](#)⁵². En réalité, si les biens communs peuvent se nichier dans de la propriété, [ce qui les caractérise est l'absence d'exclusivité. Un droit de propriété, n'en déplaie aux dogmes établis, peut s'exercer de manière non exclusive et générer ainsi en son sein des commons](#)⁵³. Dans le cas du domaine public, la non-exclusivité résulte de la non-propriété et de l'absence de droit intellectuel.

À transposer ce raisonnement en droit civil plus classique, la figure juridique qui qualifie le domaine public – et certaines auteures, telles [Stéphanie Choisy ou Marie-Alice Chardeaux](#)⁵⁴, l'ont déjà défendue – est la chose commune, ou la *res communes*, dont le code civil a hérité du droit romain et qu'il héberge à l'article 714 : « il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Étonnante formulation que celle-ci, qui conjugue dans le même souffle l'absence de propriété et la collectivisation de l'usage. Ce n'est donc pas un terrain en friche que laisse la propriété absente mais une terre fertile, foisonnante, cultivée à plusieurs mains. De l'absence d'exclusivité naît le partage.

En somme, la notion de *commons* et celle, plus juridique et technicienne de *res communes*, se rejoignent, en ce qui concerne le domaine public du moins, sur deux traits essentiels :

- l'absence de propriété ;
- et la communauté de l'usage.

Ces deux qualités ne sont pas accidentelles mais essentielles. À les appliquer au domaine public, la dimension négative ne fait plus de sens. Au contraire, si le domaine public est qualifié de *commons* et de *res communes*, c'est qu'il revêt un caractère bien plus positif : *l'absence de*

droit intellectuel n'est pas un manque mais un plein. À la place de l'exclusivité retirée, se dessine en creux un espace de non-exclusivité qui se caractérise par sa présence, et non par son absence. *En d'autres termes, le défaut d'exclusivité n'en est pas un, mais il crée des privilèges ou des droits d'utilisation des œuvres ou inventions qui sont marquées par une non-exclusivité qu'on pourrait aussi dénommer « inclusivité » pour en dénoter l'aspect positif et non négatif*⁵⁵. Dans ces espaces de non-exclusivité en effet, l'utilisation des uns est fondamentalement inclusive de celle des autres, et chacun jouit de pouvoirs symétriques d'utilisation.

Il y aurait en quelque sorte une non-exclusivité concave qui se double de la création d'une non-exclusivité convexe. La première se définirait par l'absence du droit exclusif. La seconde se caractériserait par la présence de privilèges, voire de droits, s'exerçant de manière non exclusive. En quelque sorte, dans ces hypothèses, l'absence ou l'effacement de l'exclusivité fonde en miroir des prérogatives non exclusives au profit d'autrui. L'exclusivité recule certes, mais au profit d'une non-exclusivité, d'une inclusivité, qui avance et se déploie dans l'espace laissé.

Les « titulaires » de l'une et l'autre non-exclusivité ne sont pas identiques. La non-exclusivité est retirée au titulaire du droit intellectuel pour être renversée et octroyée comme une prérogative aux utilisateurs autorisés de l'œuvre ou de l'invention. Nous la dénommons « inclusivité » pour insister sur son caractère positif, et la distinguer de l'absence d'exclusivité dans le chef du titulaire du droit d'auteur.

2. Conséquences normatives

La notion de *commons* n'a que peu d'effets en droit français, et n'est opératoire ni pour le législateur ni pour le [juge](#)⁵⁶. Quant à la chose commune, si le code civil se réfère à la notion de lois de police pour en réguler l'usage, en réalité, cela ne renvoie pas à grand-chose.

Or il faudrait rendre force à l'absence d'exclusivité, non comme un manque mais comme un plein. En économie et en droit, nombreuses sont les analyses de l'exclusivité. En droit intellectuel, elle est brandie comme la réponse à la non-exclusivité et à la non-rivalité, celles-ci étant décriées. *L'étude des commons démontre qu'il y a de la valeur et de la création dans la non-exclusivité, mais une non-exclusivité qui se revendique comme*

telle, car elle a rempli le défaut de droit exclusif de prérogatives partagées et collectives.

Donner sens à cette « *inclusivité* », la doter de conséquences normatives pourrait induire trois conséquences :

– la première serait *une interdiction de réappropriation du domaine public, en tout cas dans son entièreté*. La capture partielle du domaine public, par exemple par le moyen d'une marque qui n'use de l'œuvre du domaine public qu'en tant que signe distinctif de produits et services déterminés, resterait possible.

– Une deuxième conséquence serait *la garantie d'un usage collectif de l'œuvre*. C'est l'*inclusivité* qu'il s'agirait de préserver, et une ressource du domaine public, parce qu'elle est marquée par cette inclusivité, doit être régie par des règles qui autorisent fondamentalement ce libre et commun usage.

- *Cette interdiction de réappropriation exclusive et privative et cet usage collectif devraient enfin pouvoir être sanctionnés en justice*, tout utilisateur devant pouvoir mettre en œuvre son privilège inclusif d'utilisation du domaine public et résister à une prétention ou à une reconstitution d'un droit exclusif. L'*inclusivité* du domaine public pourrait ainsi être mise en œuvre (le terme anglais « *enforceable* » est plus parlant) et de façon durable (« *sustainable* »).

Pour le domaine public, ce statut normatif permettrait un changement de perspective radical. Trois exemples suffiront à l'illustrer. Une décision judiciaire française a ainsi restreint l'exercice du droit d'auteur de deux artistes qui avaient restauré, en y ajoutant une œuvre d'art contemporaine, un lieu public et historique, la place des Terreaux à Lyon, au motif que l'ensemble architectural historique de la place relevait du [domaine public](#)⁵⁷. Ces artistes entendaient opposer leur droit d'auteur sur leur œuvre originale de réaménagement à une société de vente de cartes postales qui reproduisaient la place, cette reproduction incluant leur intervention protégée par le droit d'auteur. Le juge de première instance a soutenu que le statut de domaine public de l'ensemble architectural entrave et limite nécessairement l'exercice du droit d'auteur détenu par les auteurs

d'une œuvre dérivée dans la mesure où cela constitue une condition de la libre reproduction du domaine public. Sinon, un droit d'auteur serait indirectement rétabli sur l'œuvre tombée dans le domaine public à l'avantage des auteurs de sa restauration ou de sa modification. La décision a été confirmée en appel, bien que sur d'autres motifs, mais la cour d'appel a réaffirmé que « [la protection accordée aux auteurs du réaménagement de la place ne doit pas porter atteinte à la jouissance commune](#)⁵⁸ », attestant ainsi la reconnaissance d'une protection positive du domaine public et de son usage collectif. En revanche, la Cour de cassation s'est fondée sur un tout autre motif : la reproduction accessoire, pour confirmer le rejet de la demande des [auteurs](#)⁵⁹.

Un statut positif du domaine public donnerait la base juridique manquante à ce louable effort du juge de première instance. Ce raisonnement devrait être approuvé dans le seul cas où l'exercice du droit d'auteur sur l'œuvre dérivée empêcherait complètement et devancerait le libre usage du domaine public. Il ne devrait pas s'entendre comme étant susceptible de réduire à néant les droits exclusifs et légitimes des auteurs de toute œuvre incorporée dans un élément relevant du domaine public. L'affaire française de la place des Terreaux était à cet égard exemplaire. Les cartes postales ne représentaient pas uniquement ou principalement l'œuvre contemporaine, laquelle était à ce point intégrée dans le lieu historique qu'il était impossible de reproduire la place sans inclure fortuitement une reproduction de l'œuvre protégée.

L'affirmation d'une cour d'appel américaine sur l'intangibilité du domaine public, vue plus haut, pourtant censurée par la Cour suprême, y trouverait aussi appui, même si la question de la restauration du droit d'auteur sur des œuvres entrées dans le domaine public est [complexe](#)⁶⁰.

Enfin, la renonciation à son droit d'auteur et le dépôt de l'œuvre dans le domaine public ne seraient plus une mise au rebut, mais l'œuvre bénéficierait d'un régime positif qui garantirait ce don et cette volonté d'utilisation libre et collective.

*

D'un domaine public qui était la règle en droit d'auteur, espace vierge et foisonnant dont les droits intellectuels venaient coloniser certaines parties, on est passé à un domaine public en forme d'exception et de terrains en

friche, prêts à être réappropriés. Mais ces friches ont été redécouvertes et sont revendiquées pour leurs promesses collectives. Qualifier le domaine public de *commons* ou de choses communes n'est pas qu'une description vide ; c'est une promesse. Une promesse qu'il faut remplir d'une certaine normativité qui ne réinstalle pas des prérogatives juridiques contradictoires avec l'essence du domaine public, mais qui permette d'en garantir l'essence non exclusive, inclusive et collective. C'est juste une question d'imagination juridique.

Références

Benkler, Y. « Between Spanish Huertas and the Open Road : A Tale of Two Commons ? », actes du séminaire de la NYU Convening Cultural Commons, septembre 2011.

Benabou, V.L. « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, janvier 2005

Benabou, V.-L. Intervention à la conférence de l'Association Littéraire et Artistique Internationale, *La durée du droit d'auteur*, Vienne, septembre 2010.

Burrell, R. Hudson, E. « Property Concepts in European Copyright Law : the Case of Abandonment », in H. Howe, J. Griffiths (éd.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2013.

Casas Valles, R. « The requirement of originality », in E. Derclaye (éd.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edgar Elgar, 2008

Chardeaux, A. M. *Les choses communes*, LGDJ, 2006,

Choisy, S. *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002

J. Reinbothe et S. Lewinski (von), *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths LexisNexis, 2002

Clément-Fontaine, M. *Les œuvres libres*, Larcier, 2014

Cruquenaire, A. Dusollier S., (éd), *Le cumul des droits intellectuels*, Larcier, 2009,

Derclaye E., (éd.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Edgar Elgar, 2008

A. Dietz, *Le droit d'auteur dans la Communauté européenne*, étude pour la Commission européenne, 1976

Dusollier, S. *Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain*, WIPO, 2010.

Dusollier, S. « The commons as a reverse intellectual property or the model of inclusivity », in H. Howe, J. Griffiths (éd.), *Concepts of Property in Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2013

Gaide, A. V. « Copyright, trademark and trade dress : Overlap or conflict for cartoon characters », in *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, actes du congrès ALAI 2001

Ginsburg, J. « A tale of two copyrights : literary property in revolutionary France and America », *RIDA*, janvier 1991, p. 144.

Howe, H., Griffiths J. (éd.), *Concepts of Property in Intellectual Property*, Cambridge University Press, 2013.

Joyce, C. Leafner, V.-L. Jaszi, P. Ochoa T., *Copyright Law*, LexisNexis, 7^e éd. 2006

Kur, A. « General Report – Does /should trademark law prohibit conduct to which copyright exceptions apply ? », *Adjuncts and Alternatives to Copyright*, actes du congrès ALAI 2001

Lucas, A., Lucas H. J. et Lucas-Schloetter, A., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 4^e éd., 2012

Macaulay, T. B. *Macaulay Speeches and Poems*, 1874.

Riis, T. *Intellectual Property Law. Denmark*, Kluwer Law International, 2^e éd., 2009.

M. Koktvedgaard, « Moral right – National Report for Denmark », in *The Moral right of the author*, Congress ALAI, Anvers, 1993

Sirinelli, P. *Propriété littéraire et droits voisins*, Dalloz, 1992, p. 89. Voir également S. Stromholm, *Le droit moral de l'auteur*, PA Nordstedt, 1967

S. Stromholm, *Le droit moral de l'auteur*, PA Nordstedt, 1967, t. I.

Strowel, A., *Droit d'auteur et copyright*, Émile Bruylant, 1993.

Vanovermeire, V. « Inschrijving als merk van een in het publiek domain gevallen werk », A. Cruquenaire, S. Dusollier (éd.), 2009

1 Selon le droit américain, les œuvres de Virginia Woolf publiées aux États-Unis avant 1923 sont dans le domaine public, alors que celles publiées après restent protégées jusqu'en 2019.

2 V.-L. Benabou, 2005, p. 53.

3 C. Joyce, M. Leaffer, P. Jaszi, T. Ochoa, , 2006, p. 106.

4 Voir, reprenant cette justification, Cour de Justice de l'union Européenne (CJUE,) 2 mai 2012, *SAS Institute*, C-406/10

5 Ni par un brevet étant donné que, contrairement à ce qui est souvent dit, les idées abstraites ne peuvent jamais être brevetées, mais doivent avoir un caractère technique ou concret.

6 R. Casas Valles, in E. Derclaye (éd.), 2008, p. 102.

7 Voir, principalement, A. Strowel, 1993.

8 T. B. Macaulay, *Macaulay Speeches and Poems*, 1874, p. 285.

9 J. Ginsburg, « A tale of two copyrights : literary property in revolutionary France and America », *RIDA*, janvier 1991, p. 144.

10 1 Eng. Rep. 837 (H.L. 1774).

11 Les ADPIC ont été signés en 1994 dans le cadre de l'OMC (Organisation Mondiale du Commerce). Précisons en outre que l'article 7 de la convention de Berne prévoit des modes spécifiques de calcul de la durée qui sont moins axés sur l'auteur, par exemple pour les œuvres cinématographiques, ainsi que les œuvres anonymes ou pseudonymes.

12 Pour les œuvres américaines créées le 1^{er} janvier 1978 ou après cette date, la protection du droit d'auteur est conférée pour toute la durée de vie de l'auteur plus soixante-dix ans. En ce qui concerne les œuvres créées avant 1978, leur appartenance ou non au domaine public dépendra toujours de l'accomplissement antérieur de formalités. Les œuvres publiées avant 1923 relèvent du domaine public. Pour une présentation complète du mode de calcul de la durée de protection du droit d'auteur sur les œuvres aux États-Unis d'Amérique, voir le site <http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm>.

13 Pour une explication détaillée de la règle de comparaison des durées de protection, voir S. Choisy, *Le domaine public en droit d'auteur*, Litec, 2002, p. 117-142.

14 J. Reinbothe et S. Lewinski (von), *The WIPO Treaties 1996*, Butterworths LexisNexis, 2002, p. 117.

15 A. Lucas, H. J. Lucas et A. Lucas-Schloetter, 2012, p. 506, § 571.

16 Cour de cassation, 27 février 2007, *D.*, 2007, p. 807.

17 La question de la loi applicable à une œuvre mise en ligne est délicate. Il n'est pas certain que la seule mise à disposition de l'œuvre auprès des internautes français suffise à enclencher l'application

de la loi française. En revanche, si le téléchargement du *Petit prince* est directement proposé aux internautes français, il est probable qu'un juge considère qu'il s'agit d'une atteinte à un droit d'auteur non expiré pour le territoire français.

[18](#) Cinquante ans après la mort de l'auteur était la durée alors en vigueur en Grande-Bretagne, mais celle-ci a été étendue à soixante-dix ans par l'harmonisation européenne qui a « ressuscité » les œuvres tombées dans le domaine public.

[19](#) Pour emprunter l'expression de S. Choisy, *op. cit.*, p. 167 ; voir également M. Clément-Fontaine, , 2014, p. 254.

[20](#) Voir http://wiki.creativecommons.org/CC0_FAQ.

[21](#) S. Choisy, *op. cit.*, p. 168.

[22](#) M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, p. 286.

[23](#) R. Burrell, E. Hudson, in H. Howe, J. Griffiths (éd.), 2013.

[24](#) *Eldred v. Ashcroft*, 537 US 186 (2003).

[25](#) Voir l'article 10 de la directive de 1993 sur la durée (une protection des droits acquis était également organisée).

[26](#) Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), 29 juin 1999, *Butterfly Music*, C-60/98 ; CJCE, 20 janvier 2009, *Sony Music Entertainment*, C-240/07.

[27](#) V.-L. Benabou, 2010.

[28](#) *Golan v. Gonzales*, 501 F.3d 1179 (10th Cir. Colo., Sept. 4, 2007).

[29](#) *Golan v. Holder*, 132 S. Ct, 873 (2012).

[30](#) Cass. 30 janvier 2007, *JCP G*, 2007, p. 29, note C. Caron ; CA Paris, 19 décembre 2008, *Communications – Commerce électronique*, mars 2009, p. 26.

[31](#) T. Riis, 2009.

[32](#) UFR (*Danish Weekly Law Report*), 1965, 137, cité par M. Koktvedgaard, , 1993, p. 118.

[33](#) UFR (*Danish Weekly Law Report*), 1990, 856, cité par M. Koktvedgaard, *ibidem*.

[34](#) Voir les exemples donnés dans plusieurs législations in S. Dusollier, 2010.

[35](#) A. Lucas, H. J. Lucas & A. Lucas-Schloetter, *op. cit.*, § 626.

[36](#) D'autres entités ont essayé d'intervenir dans ce débat, notamment le Centre national du livre, qui a juridiquement compétence pour assurer l'intégrité des œuvres littéraires après la mort de l'auteur, ou certaines sociétés collectives également à propos d'œuvres littéraires (ce qui a souvent été refusé par les tribunaux). Par exemple dans une affaire fameuse où une société de gestion collective d'auteurs littéraires a essayé de s'opposer à l'adaptation cinématographique des *Liaisons dangereuses* de Choderlos de Laclos, décédé en 1803 (Cass., 6 décembre 1966, *D.*, 1967, jurisprudence, p. 381, note Desbois).

[37](#) A. Lucas & H. J. Lucas, *op. cit.*, § 428.

[38](#) P. Sirinelli, 1992, p. 89. Voir également S. Stromholm, 1967, t. I, p. 480.

[39](#) A. M. Chardeaux, 2006, § 211. Dans ce sens, voir également A. Dietz, 1976, § 165 (qui évoque une « sorte de protection pour les monuments »).

[40](#) M. A. Chardeaux, *op. cit.*, § 214.

[41](#) Voir par exemple le tribunal fédéral des brevets d'Allemagne, 25 novembre 1997, *GRUR*, 1998, p. 1021 (concernant l'enregistrement de la *Joconde* comme marque) ; cour de justice du Benelux, 27 mai 1999, *BIE*, 1999, p. 248 (enregistrement des premières notes de la *Lettre à Élise* de Beethoven).

[42](#) Au moins dans les pays où il est admis d'enregistrer les sons comme marque.

[43](#) A. Kur, 2001, p. 600.

[44](#) Gerechtshof Amsterdam, 26 juillet 2001 et 6 novembre 2003, les deux cas étant cités et examinés dans V. Vanovermeire, in A. Cruquenaire, S. Dusollier (éd.), 2009, p. 185.

[45](#) Bruxelles, 3 octobre 2013, inédit, RG 2012/AR/2166.

[46](#) Voir, par exemple, la Cour suprême allemande, *GRUR*, 1952, p. 516, qui exclut l'utilisation de

figurines populaires en porcelaine étant donné qu'elles ne présentent pas de caractère distinctif.

[47](#) Cour de Justice de l'Union Européenne, 18 septembre 2014, Hauck/ Stokke, C-205/13, § 32.

[48](#) A. V. Gaide, 2001, p. 557.

[49](#) *Frederick Warne & Co. v. Book Sales*, 481 F. Supp. 1191 (SDNY 1979).

[50](#) Cour de Justice des Communautés Européennes, *Linde AG, Winward Industries Inc. and Radio Uhren AG*, 8 avril 2003, C-53/01 à C-55/01, avis de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer rendu le 24 octobre 2002, at 29.

[51](#) Cour de Justice de l'Union Européenne, 18 septembre 2014, *Hauck/Stokke*, C-205/13, § 31.

[52](#) Ce qui est plus clairement exprimé par la formulation originale anglaise de « freedom-to-operate under symmetric constraints ». Voir Y. Benkler, 2011.

[53](#) Ce point de vue est largement développé et argumenté dans cet ouvrage. Voir notamment les chapitres 1 et 2.

[54](#) S. Choisy, *op. cit.* ; A.-M. Chardeaux, *op. cit.*, § 230.

[55](#) Pour une analyse de cette notion et de ses possibles effets normatifs, voir S. Dusollier, », in H. Howe, J. Griffiths (éd.), 2013, p. 258-281.

[56](#) Voir dans cet ouvrage la discussion menée sur ce point par J. Rochfeld (chapitre 4).

[57](#) TGI Lyon, 4 avril 2001, *RIDA*, octobre 2001, note de S. Choisy.

[58](#) Lyon, 20 mars 2003, *Communications – Commerce électronique*, septembre 2003, note C. Caron.

[59](#) Cass. (1^{re} ch. civ.), 15 mars 2005, arrêt n^o 567.

[60](#) Il serait en effet injuste qu'une œuvre qui resterait protégée par le droit d'auteur à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, voire pour quelques jours, bénéficie de l'allongement de la protection, alors qu'une œuvre tout juste tombée dans le domaine public y resterait.

4.

Perspectives pour demain

Pour clore cet ouvrage, deux textes ouvrent sur des perspectives neuves et contribuent à tracer l'avenir, tout en faisant le point sur l'état d'avancement de la réflexion.

Le premier (chapitre 11) est celui proposé par Charlotte Hess. Très proche collaboratrice d'Elinor Ostrom, elle publia en 2007, avec elle, l'ouvrage vite devenu classique sur les communs de la connaissance (Hess et Ostrom, 2007). Dans la contribution proposée aujourd'hui – qui servait d'introduction au séminaire international sur les communs organisé pour clore les travaux conduits dans le cadre de l'[ANR Propice¹](#) –, C. Hess se fixe et remplit plusieurs objectifs conjoints en se focalisant sur les biens publics globaux, qu'elle désigne comme des « communs globaux ».

Le texte vient tout d'abord opportunément rappeler que bien que la différence entre communs naturels et communs de la connaissance soit éminente, la frontière entre ces deux notions est par certains côtés ténue. En effet, il n'est pas de communs qui n'incluent comme une dimension toujours cruciale la nature des savoirs et des savoir-faire liant et associant les *commoners* dans la gestion de la ressource partagée. Comme l'écrit l'auteure, « le partage de la connaissance et de l'information est essentiel à la réussite et à la pérennité de tous types de communs. Qu'il s'agisse de pêcheries, de forêts, de pâturages ou de systèmes d'irrigation, le partage de l'information est un élément crucial pour la gestion efficace et pérenne de ces systèmes ». Ainsi, la connaissance sur les communs, au niveau tant des relations qui se nouent au cœur de la ressource mise en commun que de celles qui permettent aux *commoners* d'en assurer la bonne reproduction à long terme, est au centre des progrès que le mouvement des communs doit s'attacher à accomplir. Le texte est donc un appel à parfaire toujours davantage notre connaissance des communs, ainsi que des mécanismes qui leur donnent la possibilité de venir à l'existence, de perdurer et de s'étendre à de nouveaux domaines. L'ambition, dit C. Hess, est de contribuer à construire « un commun des communs de la connaissance ».

C'est dans cet esprit qu'une autre contribution de cette partie, sur laquelle nous choisissons de porter l'attention, est relative à une question

sensible entre toutes, à la frontière de nos connaissances et de nos possibilités d'action : celle des « communs globaux », une notion dont la maîtrise constitue aujourd'hui, pour la tradition d'étude sur les communs, un défi majeur. Fidèle à la méthode de l'école d'Indiana qui ne progresse qu'en associant études empiriques, travail théorique et exploration des possibilités de l'action collective, le texte se focalise sur la question du changement climatique, ce phénomène étant aujourd'hui au centre des interrogations que la tradition des communs doit affronter et aider à surmonter. Même si le texte ne prétend aucunement apporter la solution enfin trouvée à la question posée – et plus généralement à celle du traitement des communs globaux –, il insiste sur deux enseignements des travaux sur les communs qui peuvent servir de guide pour l'action.

Le premier a trait aux conditions de l'action concertée entre méga-acteurs (États, organismes plurinationaux...). L'enseignement livré par l'expérience passée est ici qu'il existe bien des « ingrédients essentiels » à la formation d'un « commun coopératif ». Ceux-ci, qui doivent orienter l'action des États, consistent, nous dit C. Hess, en « responsabilité partagée, information fréquente et fiable, connaissance des autres, surveillance de la conformité, et communication entre participants ». Puissent les acteurs qui, en cette année 2015, vont se rencontrer à Paris pour affronter une nouvelle fois le défi du climat, se souvenir de ces règles de base et trouver le moyen de les mettre en œuvre.

Le second enseignement tient au rappel de la nécessité, même dans le cas de communs *globaux*, de s'appuyer sur l'action *locale* et sur les communautés de base. Considérant qu'un commun global doit être envisagé comme un cas particulier de gouvernance d'un « système polycentrique » dont le propre est qu'il consiste en « des structures de gouvernance imbriquées à petite ou moyenne échelle », Hess, suivant en cela les recommandations d'Ostrom, attire l'attention sur le fait qu'un système pérenne de gestion des communs, même s'il s'agit de communs « globaux », suppose une action collective, et requiert une gouvernance *fondée sur une multiplicité de niveaux*, où les *communautés locales doivent tenir toute leur place*. Affronter le global, c'est ainsi reconnaître le caractère polycentrique de l'action à promouvoir. Ce n'est pas écarter les communautés de base ; c'est au contraire leur donner toute leur place en tant que gestionnaires et gardiens du commun.

*

Le second et dernier texte présenté (chapitre 12) est celui, tout à fait particulier, proposé par Michel Bauwens. Tout à fait particulier, car cette contribution, comme le rappelle brièvement l'auteur, a une origine et une histoire qui en font un écrit à part. En effet, ce programme de « transition vers la société des communs » n'est pas le produit des élaborations d'un chercheur isolé, qui se serait livré dans le silence de son cabinet à des extrapolations et à des projections plus ou moins osées ou inspirées sur la société future. Tout au contraire, elle est le résultat d'une longue délibération poursuivie pendant des années, d'échanges et de discussions conduits autour du site de la [Fondation P2P²](#). Plus directement encore, elle est aussi le fruit d'une commande adressée par des institutions équatoriennes à Michel Bauwens, afin que, à la tête d'une équipe de chercheurs, il conduise une réflexion et énonce des propositions permettant à la société équatorienne de progresser dans sa rupture d'avec son héritage et son passé néocolonial pour s'engager dans des voies nouvelles.

Fruit d'échanges étendus sur de longues années, les propositions pour la transition présentées dans ce texte nous mettent ainsi au cœur de ce que le mouvement des communs a apporté de plus précieux à une réflexion sur une société alternative.

De cette contribution riche et foisonnante, chacun fera son miel. Pour notre part, nous souhaiterions, dans cette introduction, attirer l'attention sur deux points, qui nous paraissent constituer des contributions essentielles.

La première concerne l'analyse, spécialement pertinente et percutante, proposée de l'état où nous en sommes du déploiement de la réputée « économie de la connaissance ». Sur ce point, l'auteur écrit : « Nous observons une évolution depuis un capitalisme que nous qualifions de "cognitif", dont les revenus et l'accumulation de capital sont fondés sur l'extraction de rentes à travers la propriété intellectuelle [...] vers une nouvelle forme de capitalisme que nous baptisons du nom de "netarchique" au sein duquel les plates-formes logicielles de nature

presque systématiquement “propriétaire” permettent à la fois le déploiement de la coopération humaine et l’extraction de valeur par des propriétaires singuliers. » Voilà, on l’admettra, qui nous place bien loin des représentations généralement données du monde enchanté que constituerait le monde du numérique. Mais voilà aussi qui, pourtant, est d’un réalisme imparable si l’on observe la manière dont les GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) et autres Microsoft ont tissé leur toile autour des citoyens comme de nombreux entrepreneurs qui s’efforcent d’opérer au sein de la nouvelle [économie numérique](#)³.

Pour autant, ce diagnostic ne nourrit en aucune manière pessimisme ou découragement. Tout au contraire, il invite à un sursaut et à un regroupement autour des communs, pour assurer leur développement, qu’appelle l’auteur. Il s’agit, nous dit-il, de « prendre en charge le déploiement d’une économie éthique et citoyenne autour des communs, qui permette de passer d’un capital centré sur l’accapuration de la rente et de la valeur créée par la coopération à un capital de type “génératif” qui redistribue la valeur à ceux qui contribuent aux communs », l’idée implicite étant que les ressources apportées par la « production par les pairs », la puissance de l’innovation construite sur l’innovation ouverte et l’accès partagé aux ressources informationnelles et intellectuelles que permettent les communs sont à même de bouleverser l’ordre des choses. « Coopératives ouvertes », « licences de réciprocité », « coalitions d’entrepreneurs éthiques autour des communs », « assemblées et chambres régionales des communs », « État partenarial »... , le texte déborde de propositions qui sont autant d’innovations sociales le plus souvent déjà à l’œuvre et en acte, et dont il faut seulement promouvoir l’essor et l’affirmation.

Comme le conclut lui-même l’auteur, « il reste bien du travail à faire » ! Et, au vrai, de cela, nul vraiment ne doutait. La bonne nouvelle cependant, comme chacun le vérifiera en lisant ce texte, est que, où que l’on soit situé sur l’échelle sociale, en quelque région du monde où l’on se trouve, quelle que soit l’activité que l’on exerce ou le hobby que l’on pratique, le commun est là, à portée de main... Silencieusement mais impérieusement, il travaille à son grand retour !

Référence

Hess C., Ostrom E. (éd), *Understanding Knowledge as Commons. From theory to practice*, The MIT Press, 2007.

1 Voir l'introduction générale de l'ouvrage, qui présente brièvement le travail conduit dans le cadre du projet Propice.

2 On trouvera sur le site de la P2P Foundation (<http://p2pfoundation.net/>), soigneusement classée par grands sujets, l'extraordinaire floraison de contributions à laquelle ces échanges ont donné lieu.

3 Voir aussi sur ce sujet, dans ce même ouvrage, la section 2, consacrée aux communs et à l'économie collaborative.

CHAPITRE 11

Communs de la connaissance, communs globaux et connaissance des [communs](#)¹

CHARLOTTE HESS

Les travaux approfondis conduits par les membres de l'équipe Propice sur les communs de la connaissance arrivent tout à fait à propos, et sont d'une importance capitale à ce moment de l'histoire, où le partage des connaissances et l'action collective se présentent comme des facteurs clés permettant de promouvoir les changements globaux susceptibles de résoudre les problèmes de réchauffement climatique ou de raréfaction des ressources naturelles. Les travaux conduits par Benjamin Coriat sur les communs, ainsi que son attention extrême portée à la langue, aux définitions et aux moindres détails, perpétuent l'école de pensée fondée cinquante ans plus tôt par Elinor et Vincent Ostrom à l'université d'Indiana. Elinor et Vincent avaient la conviction que les idées et les théories doivent être évaluées au travers du prisme de l'expérience de terrain, et qu'il y a un rapport essentiel entre les idées et *ce qu'on accomplit*, c'est-à-dire encore entre la connaissance et l'action. Cette relation entre les communs de la connaissance et l'action est d'une importance fondamentale pour le bon fonctionnement de tout commun. Au moment où nous travaillons ensemble à l'approfondissement de notre compréhension des communs de la connaissance, il me semble nécessaire que nous améliorions nos stratégies de transmission des savoirs, ainsi que notre vision des communs de la connaissance. Par ailleurs, il nous faut coopérer en vue de perfectionner la gestion de notre *connaissance des communs* afin de pouvoir mettre en place les changements qui s'imposent et transformer la connaissance en action.

L'étude des communs est encore assez récente. Ce n'est que dans les années 1980 que des chercheurs ont commencé à développer un langage

propre, des approches méthodologiques, et à s'entendre sur les limites concertées d'un champ d'étude. La connaissance et l'information en tant que communs ne font l'objet de recherches que depuis une vingtaine d'années. En tant que commun, la connaissance présente des attributs bien différents des ressources naturelles traditionnelles. Il s'agit en effet d'un artefact humain qui peut être à la fois intangible et tangible, tout en étant généralement un bien non rival, non épuisable et renouvelable. Le « commun virtuel » n'a commencé à être identifié qu'après le développement d'Internet au début des années 1990. L'étude des « communs de la connaissance » au sens large n'a par ailleurs débuté que dans les dix dernières années. Il est désormais reconnu en tant qu'agenda de recherche primordial. Nous sommes parvenus, et continuons encore, à faire des progrès considérables dans de nombreux domaines au sein de ce vaste [champ d'investigation](#)². Tout particulièrement, les recherches portent aujourd'hui sur des domaines tels que :

- comprendre comment analyser la connaissance en tant que commun ;
- concevoir des procédures efficaces de partage de la recherche scientifique ;
- s'instruire des réussites du Foss, et des communautés de logiciels *open source* ;
- appliquer et/ou adapter le cadre théorique de l'analyse et du développement institutionnel (IAD) aux communs de la connaissance ;
- examiner les « nouvelles enclosures de la connaissance », en particulier celles liées à l'expansion des droits de la propriété intellectuelle ;
- faire des recherches sur le « *peer-to-peer* », s'en instruire, et y participer, prendre part à la production sur le mode « entre pairs » fondée sur les communs ;
- appréhender la cybersécurité comme un commun mondial ;
- étudier l'assèchement de la production de la connaissance, c'est-à-dire la tragédie des anti-communs ;
- percevoir la relation entre un commun de la connaissance fonctionnant bien, et l'accès libre à l'information scientifique utile ;
- protéger les systèmes de savoirs traditionnels ;
- apprendre à stocker, partager et préserver les « big data » ;
- comprendre le lien primordial entre la recherche, la théorie, la communication et la promotion d'institutions fondées sur les communs.

Dans le présent texte, j'aimerais soulever six points principaux.

1. Les relations entre les communs fondés sur les ressources naturelles et ceux basés sur la connaissance

Bien qu'il ait fallu plusieurs années aux chercheurs sur les communs traditionnels (fondés sur les ressources naturelles) pour considérer les « nouveaux communs » comme un champ d'investigation légitime, l'importance de l'étude des communs de la connaissance est désormais largement reconnue par la communauté des [chercheurs](#)³. Cela est parfaitement logique. En un sens, tous les communs sont des communs de la connaissance. Si l'on se réfère à la terminologie de Vincent Ostrom, les communs sont des « relations contraintes par des normes » définies par un ensemble d'individus afin de gérer leur environnement biophysique. Le partage de la connaissance et de l'information est essentiel à la réussite et à la pérennité de *tous les types* de communs. Qu'il s'agisse de pêcheries, de forêts, de pâturages ou de systèmes d'irrigation, le partage de l'information est un élément crucial pour la gestion efficace et pérenne de ces systèmes.

Tous les communs nécessitent également des mécanismes d'action collective et de gouvernance propre. Pour qu'un commun fonctionne, divers individus doivent se rassembler et prendre des décisions, d'ordinaire indépendamment de l'État. Cela est valable à la fois pour les nouveaux communs et pour les communs de la connaissance. Les chercheurs et les participants à ces communs ont donc beaucoup à apprendre des conclusions tirées des études de cas sur les communs traditionnels.

Une simple recherche menée dans la [Digital Library of the Commons](#)⁴, parmi les articles sur les communs traditionnels, montre de façon très claire que la question du partage de la connaissance revient de façon très fréquente et est considérée comme cruciale. Selon un article de la World Conservation Union de 2004 : « [Une information de qualité est essentielle à la conservation de la biodiversité, et on sait désormais que nous devons tous partager l'information de façon bien plus fréquente et fluide que nous ne le faisons par le passé](#)⁵. » Dans *Science* en 1999, Ostrom *et al.*

écrivait : « [\[...\] construire à partir des leçons des réussites passées va nécessiter des formes de communication, d'information et de confiance bien plus vastes et bien supérieures à celles que nous connaissons actuellement, mais qui ne sont en rien en dehors de notre portée](#)⁶. »

2. Il existe une relation symbiotique entre communs globaux et communs de la connaissance

Lorsque Ostrom et des chercheurs de multiples disciplines se retrouvèrent ensemble en 1985, à la 1^{re} conférence sur les communs, ils comparèrent leurs notes et partagèrent leurs connaissances sur les communs qu'ils étudiaient. Beaucoup exprimèrent leur désaccord avec la thèse de Hardin sur « la tragédie des communs ». Hardin prédisait en effet la catastrophe en cas de partage des ressources, mais les chercheurs et acteurs de terrain arrivaient à des conclusions inverses. Quelques années plus tard, grâce aux analyses de ses études de cas publiées dans son ouvrage fondateur (*Governing the Commons : The Evolution of Institutions for Collective Action*, 1990), Ostrom fit la démonstration que, sous certaines conditions, il était possible d'effectuer une gouvernance pérenne pour les communs de petite taille.

Malheureusement, il en est autrement à plus grande échelle. Si l'on applique le scénario « à la Hardin », les communs mondiaux semblent submergés par une vague tragique ! Presque chaque jour, il nous est donné d'apprendre qu'une crise imminente guette une ressource dont dépend la planète entière. Cependant, ces problèmes sont d'une intensité et d'une complexité telles qu'*aucun pays ou aucune institution n'est à même de les résoudre à lui/elle seul/e*. En voici quelques exemples :

– La résistance aux antibiotiques, qui s'intensifie à l'échelle du monde : bien que les microbiologistes aient tiré la sonnette d'alarme depuis de nombreuses années, en mars 2013, le directeur général de la Santé du Royaume-Uni a déclaré que la menace de résistance aux antibiotiques était une urgence nationale et qu'il considérait qu'elle relevait d'un « scénario apocalyptique » (l'usage irraisonné des antibiotiques dans l'industrie de l'élevage intensif est considéré comme le principal responsable de la résistance aux antibiotiques aujourd'hui partout constatée).

– L’effondrement de la population d’abeilles, et le déclin des oiseaux – les pertes de 2012 sont deux fois plus importantes que celles de 2011 (la cause réside dans l’usage généralisé de pesticides de la classe des néonicotinoïdes).

– L’accélération générale des extinctions d’espèces sauvages dans le [monde](#)⁷.

– La raréfaction imminente des ressources en eau, en particulier dans les pays de l’Asie et du Pacifique.

– La hausse continue de la population, et les inquiétudes qui pèsent sur la santé publique mondiale.

– Les défis de plus en plus complexes liés au réchauffement climatique et à la baisse de la biodiversité.

Le cri de ralliement de la « Marche pour le climat » de 2014 était : « Pour tout changer, il faut tout le monde ». Mais comment parvenir à réunir « tout le monde » ? Beaucoup, pour ne pas dire la plupart des problèmes qu’il faut affronter, sont des problèmes de communs. Malheureusement, ces problèmes, comme dans beaucoup d’autres crises qui affectent les communs globaux, ne sont pas considérés comme des problèmes *de communs*. Les médias ne favorisent pas la compréhension des citoyens en ce qui concerne les questions posées par les communs globaux. Il en résulte un sentiment d’impuissance et de désespoir chez le grand public, livré à la merci de rapports de fonctionnaires dont l’origine est mal saisie, de firmes non identifiées, ou de commissions politiques qui paraissent hors d’atteinte. Quand les problèmes posés par les communs globaux ne sont pas présentés en tant que tels – comme problèmes de communs –, le message implicite est que ces problèmes ne sont pas du ressort du grand public, et que ce dernier ne doit pas s’y impliquer. Le fait qu’il existe des solutions relevant de nous-mêmes, gens et acteurs de terrain, est loin d’être une évidence. Si l’on s’en tient à la présentation faite le plus souvent par les médias, soit l’action devra être initiée par une instance gouvernementale ou patronale, soit le problème ne trouvera de solution que par le développement de nouvelles technologies. Ainsi, non contents d’ignorer le fait qu’il s’agit d’un commun, les médias omettent également de mentionner l’influence potentiellement décisive de l’action collective. Cette « omission » est souvent intentionnelle, mais elle est aussi due à la méconnaissance du sujet. Trop souvent, les décideurs eux-mêmes

ne savent pas que traiter la question posée comme relevant d'un problème de communs représente une solution pérenne essentielle, une alternative au dilemme [public/privé](#)⁸. Ce manque de visibilité des communs est un problème crucial auquel tous les *commoners* doivent s'attacher pour travailler à le résoudre.

3. Le rôle clé de l'action collective

En 2011, pendant la séance de questions-réponses faisant suite à sa présentation à *New York University*, un étudiant demanda à Elinor Ostrom : « Que peut-on faire contre le changement climatique ? » Ostrom répondit : « Nous ne devons certainement pas rester assis à attendre que les décideurs se résolvent à faire quelque chose ! » En d'autres termes, on ne peut pas se permettre d'attendre que les politiques y apportent une solution. Elinor Ostrom soulignait ainsi l'urgence de la situation et l'importance des initiatives d'actions collectives menées au niveau local ou régional qui se déploient un peu partout, notamment à travers le partage de connaissances.

Ostrom était persuadée que le slogan éculé de « *think globally, act locally* » (penser globalement, agir localement) était toujours aussi pertinent aujourd'hui que durant les années 1960. Dans leur livre publié en 2010, Poteete, Janssen et Ostrom examinent un nombre important d'études empiriques sur les problèmes liés aux *common-pool resources* : « Au lieu de poser qu'il est impossible de répondre aux problèmes sociétaux par le déploiement de la coopération, l'hypothèse devrait être qu'il peut y avoir coopération dans certaines situations présentant les caractéristiques suivantes :

- accord, entre les parties concernées, sur la nécessité de changements, ainsi que sur leur responsabilité partagée quant aux résultats à venir ;
- fiabilité et régularité de l'information sur le phénomène en question ;
- connaissance des autres travaux en cours sur le sujet, et de la surveillance de leur conformité ;
- communication ayant lieu au moins entre des sous-ensembles de participants. »

En d'autres termes, les auteurs identifient ici les ingrédients essentiels à un commun coopératif ; ils consistent en : *responsabilité partagée*,

information fréquente et fiable, connaissance des autres, surveillance de la conformité, et communication entre participants.

Formant une alliance scientifique et stratégique avec Ostrom, de plus en plus d'observateurs des évolutions des communs globaux soulignent le rôle crucial de l'action collective. Les deux dernières années ont enfin vu une vague de travaux universitaires d'importance sur les [communs globaux](#)⁹. Des voix majeures du mouvement écologiste s'élèvent désormais plus fréquemment (et de façon plus insistante) en insistant sur le pouvoir incontournable de l'[action collective](#)¹⁰. En 2004, Sandler conclut son livre fondateur ainsi : « Mon message tient dans le simple fait que pour comprendre comment répondre à l'ensemble des problèmes mondiaux, on se doit de connaître les concepts modernes de l'action collective. » Dans un article fascinant datant de 2013, [Naomi Klein relate](#)¹¹ la présentation du géophysicien Brad Werner lors d'une convention scientifique, au cours de laquelle il exposait son modèle sur les ressources naturelles de la Terre et concluait : « Le capitalisme mondialisé a permis de rendre l'épuisement des ressources si rapide, aisé et dérèglementé, que les "systèmes terre-humains" deviennent, par conséquent, de plus en plus instables. » Le modèle n'a permis d'identifier qu'une seule dynamique permettant de garder espoir : celle de la *résistance humaine*, y compris « l'action écologiste directe, et la résistance située en dehors de la culture dominante, telle que dans les manifestations, les blocus ou les sabotages par des groupes autochtones, des travailleurs, des anarchistes, ou d'autres groupes d'activistes ».

Développant les travaux antérieurs de Vincent Ostrom sur la notion de [polycentricité](#)¹² à la fin de sa carrière, Elinor Ostrom insista sur l'importance des systèmes polycentriques de gouvernance pour les communs globaux : des structures de gouvernance imbriquées à petite ou moyenne [échelle](#)¹³. Elle écrivait qu'« il faut sérieusement reconsidérer la préconisation selon laquelle les problèmes d'action collective à l'échelle du monde – du fait de leurs impacts globaux – doivent être résolus par une institution gouvernementale unique, et reconnaître le rôle majeur des actions conduites à échelle plus réduite » (Ostrom, 2009, p. 35). En d'autres termes, elle recommandait, comme système pérenne de gestion des communs globaux, une action collective et une gouvernance fondées

sur une multiplicité de niveaux. Même Paul Ehrlich, souvent considéré comme pessimiste, admet que l'approche polycentrique d'Ostrom représente une option [viable¹⁴](#) : « Les solutions polycentriques sont plus aisément réalisables que les solutions mondiales », écrit-il.

On est en droit de se demander : « Puisque nous sommes au fait de ces problèmes depuis si longtemps, pourquoi sommes-nous (en tant qu'humains) apparemment incapables de les résoudre ? » La réponse tient en partie au fait que les solutions requièrent des changements radicaux de nos systèmes économiques. Parvenir à imposer l'action collective pour résoudre les problèmes de communs mondiaux (et donc pour sauver la planète) est, en définitive, un acte révolutionnaire. Comment pouvons-nous passer de la paralysie et de l'inaction à une collaboration productive autour de l'idée de ce qu'on peut accomplir ? En cela réside sans doute le plus grand défi auquel nous devons faire face aujourd'hui.

4. La question du langage

Tout au long de leur vie professionnelle, Vincent et Elinor Ostrom ont souligné l'importance des mots dans la transmission et la compréhension des idées. Vincent écrivait : « [Tant que les universitaires des sciences culturelles et sociales, ainsi que ceux qui participent à la gouvernance des sociétés démocratiques, n'auront pas établi les rudiments d'une langue commune afin de débattre des affaires humaines, il restera impossible de comprendre les problèmes mondiaux en se fondant sur les contraintes ordinaires de la vie quotidienne¹⁵](#). »

Comme de nombreux commentateurs l'ont noté, Elinor Ostrom, grâce à la précision de son langage sur les communs, a contribué de façon décisive à l'avancée de l'étude sur les communs. Elle a insisté sur la nécessité de distinguer les « régimes de propriété commune » des « *common-pool resources* » au sein de la littérature sur les communs. Ses travaux individuels (ou menés collectivement) sur « la grammaire des règles », ou ses analyses des « institutions », permirent à d'éminents chercheurs de développer des moyens plus approfondis et plus précis afin d'étudier et d'analyser ce champ interdisciplinaire complexe.

L'analyse et le développement institutionnel (IAD), outil analytique le plus utile à l'étude des communs traditionnels et développé par Elinor Ostrom et ses collaborateurs, est toujours aussi précieux pour l'exploration des « nouveaux communs ». Ce cadre analytique, qui a déjà été appliqué dans plusieurs milliers d'études de cas sur les communs, nécessite que le chercheur commence par identifier en premier lieu les variables physiques et institutionnelles de la ressource, c'est-à-dire ses caractéristiques biophysiques, ainsi que sa communauté d'utilisateurs et les règles en place. Ces différents éléments, dans le cas des communs traditionnels comme dans celui des nouveaux communs, sont liés par le *partage du savoir*.

Vincent Ostrom avait l'habitude de dire qu'« on ne peut pas simplifier des idées complexes ». Il était fermement opposé aux explications simplistes, mais il y a une différence entre la simplification outrancière et la transmission d'idées accessibles au grand public. Ainsi, Ostrom écrivait : « L'utilisation d'un langage commun à une population de plus en plus diverse et des territoires de plus en plus vastes peut conduire à une simplification accrue en fonction du niveau d'abstraction, et à des pertes de signification liées à la contextualité. » Néanmoins, lorsqu'ils sont transmis de manière appropriée, les concepts essentiels de communs et de communs de la connaissance sont compréhensibles. Ils demeurent cependant trop souvent des concepts, difficilement partagés par un nombre restreint de chercheurs, ainsi que par des groupes d'activistes (fort heureusement) en plein essor.

Dans sa présentation de l'IASCP (International Association for the Study of Commun Property) de 1996, Marshall Murphree, éminent chercheur sur les questions de communs, soulignait l'importance capitale et la pertinence de la recherche sur les communs pour le monde. Il regrettait cependant que l'usage d'un jargon spécialisé ne rendît les résultats de la recherche impénétrables : « Nous partageons nos découvertes entre nous, mais pas avec ceux qui sont susceptibles de les utiliser afin de vraiment changer les choses. » Il encouragea les chercheurs sur les communs à « reformuler » ce que nous savons sur les communs en des termes accessibles aux décideurs et au grand public. Ces reformulations doivent être « multidirectionnelles », « poly-idiomatiques », et permettre un passage rapide d'une formulation à l'autre.

En tant que chercheurs sur les communs, nous n'avons pas encore répondu à cet appel.

5. Transmettre notre savoir sur les communs

Les enclosures de communs sont souvent rendues possibles par la capacité qu'ont les nouvelles technologies de capturer des biens publics qui leur étaient auparavant inaccessibles. C'est le cas des tronçonneuses pour les forêts, ou des chalutiers pour les océans. C'est également vrai pour l'informatique ou l'information en réseau. Un des arguments éloquentes dans le « [Second Enclosure Movement](#)¹⁶ » de Boyle est le remarquable transfert d'une législation restrictive sur les droits de propriété depuis le domaine de l'imprimerie vers celui de l'information numérique.

Cependant, les enclosures des communs de la connaissance s'étendent bien au-delà des droits de propriété ou de la loi. Elles sont des parties intégrantes de la façon dont on pense, dont on ressent et dont on communique. Dans « [Mapping the New Commons](#)¹⁷ », nous avons nous-même identifié de nouveaux types d'enclosures, tels que l'omission de contenu, le retrait arbitraire d'informations précédemment disponibles, ou le désintérêt. Il existe également d'autres types d'enclosures que nous devons mieux comprendre afin de transformer les idées en actions. Il nous faut mieux appréhender le phénomène de résistance générale à l'information scientifique, ou le rejet pur et simple des savoirs spécialisés situés en dehors de nos systèmes de valeurs. Aux États-Unis, il nous est constamment donné d'apprendre que tel ou tel homme politique ou décideur nie l'existence du changement climatique, ou de nouvelles conséquences du mouvement « [anti-vaccins](#)¹⁸ ». Ce dernier cas illustre les violentes contradictions entre l'intérêt général (la santé publique) et les choix et croyances individuelles. Comme le martèle le physicien Neil deGrasse Tyson : « [La science a raison, que vous y croyiez ou non](#)¹⁹. » Le rejet du [savoir scientifique](#)²⁰ en faveur de l'idéologie, de la religion, ou de croyances à caractères émotionnels entrave sérieusement le chemin vers des solutions pérennes. C'est une réalité qu'il faut prendre en considération lorsqu'on parle des communs.

Un autre domaine de recherche qui pourrait s'avérer intéressant afin de comprendre le lien entre le savoir et l'action est celui de la [sidération psychique](#)²¹. Mère Teresa écrivait : « Si je regardais la masse, je ne ferais rien. Je regarde l'individu, et j'agis. » La sidération psychique est la tendance humaine que l'on a, avec la hausse du nombre de victimes d'une catastrophe, à effectuer un retrait émotionnel. Il s'agit en fait de notre incapacité, trop fréquemment observée, à accepter les catastrophes majeures. Ces deux domaines de recherche devraient faire l'objet d'une analyse prudente, mais je crois qu'ils pourraient nous aider à combattre les enclosures invisibles de la pensée, et pourraient aussi faciliter la mise en place d'une communication plus efficace sur les communs. Si l'on veut faire des progrès significatifs pour notre propre préservation et celle du monde, il faut que les *commoners* de la connaissance et les *commoners* mondiaux comprennent les origines de « [l'inattention et de l'inaction](#)²² ».

6. Améliorer notre bonne gestion des communs de la connaissance, ainsi que l'étendue de nos analyses

Jusqu'à présent, la majeure partie de l'attention accordée aux communs de la connaissance concerne soit les menaces sur l'accès au savoir (les enclosures), soit l'évolution des nouvelles institutions de partage des connaissances. Mais quand on réalise le nombre impressionnant de crises des communs globaux et la faible visibilité des connaissances acquises sur ces crises, s'impose la nécessité de procéder à certains rapprochements. Je crois profondément que *la connaissance des communs* (le savoir sur les communs) est une composante essentielle de l'agenda de recherche sur les communs de la connaissance. Il nous revient d'accomplir la tâche fondamentale de transmettre nos connaissances *sur les communs*, et de nous assurer que les citoyens comprennent l'étendue de leur rôle dans le changement vers la soutenabilité des ressources (et de la planète).

Les activistes des communs sont bien mieux équipés que les universitaires pour rendre les communs accessibles à un large public. Nous avons beaucoup à apprendre d'eux, et devons établir avec eux des collaborations plus étroites. Par la suite, nous devons parvenir à imposer la publicité de ces connaissances dans les médias et dans l'action. Je souhaite pour ma part exposer un domaine de recherche essentiel aux communs de

la connaissance : celui qui a trait à la nécessité de construire « un commun des communs de la connaissance » (*commons-knowledge commons*), un commun bâti selon le principe de bonne gestion de nos connaissances sur les communs. J'espère que l'ébauche de discussion conduite ici à ce sujet permettra l'émergence d'initiatives qui nous rapprocheront de notre objectif crucial : celui d'établir un lien solide « entre les idées et *ce qu'on accomplit* ». Certains des sujets dont j'ai discuté avec des collègues pour parvenir à cet objectif incluent des idées et des initiatives telles que :

- créer un groupe de travail afin de pousser les recherches sur le concept et le contenu de *commun sur les communs de la connaissance* ;
- construire des réseaux de chercheurs, d'activistes et de *commoners* afin de faire progresser nos connaissances sur les communs (de toute espèce) qui sont en crise (certains réseaux existent déjà et nécessitent d'être reliés et interconnectés) ;
- encourager les études de cas détaillées (en utilisant le cadre d'analyse IAD), en particulier pour les nouveaux communs et les communs mondiaux ;
- construire une base de données des études de cas sur les communs de la connaissance, les nouveaux communs et les communs mondiaux, afin de faciliter l'analyse, la définition de principes de base, et fournir l'information nécessaire à l'action ;
- créer un réseau de sites internet servant de centres de savoir pour les communs mondiaux, les nouveaux communs et les communs de la connaissance : ce qu'ils sont et pourquoi ils sont importants. Cela inclut également des opportunités de mise en relation à des fins d'action collective.

En clair, nous devons continuer à poser les questions importantes et approfondir notre savoir autant que possible, dans notre marche vers le progrès... tous ensemble.

Références

Batson, C.D. « How Social an Animal ? The Human Capacity for Caring », *American Psychologist*, vol. 45, 1990, p. 336-346.

Berge et Van Laerhoven « Governing the Commons for two Decades : A Complex Story », *International Journal of the Commons*, 2011, vol. 5, n^o 2,

Bloom, P. Skolnick Weisberg, D., « Why do some People Resist Science ? », *Edge : the Third Culture*, 2012 (http://www.edge.org/3rd_culture/bloom07/bloom07_index.html).

Boyle, J. « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », *Law and Contemp. Problems*, vol. 66, n^o 1, 2003 (<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=lc>).

Dasgupta, P. « Nature's role in sustaining economic development », *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci*, vol. 365, 2010, p. 5-11 (<http://rstb.royalsocietypublishing.org/content/365/1537/5.full.pdf+html>) ;

Dietz, T., Ostrom, E. Stern, P. R. et A. H., « The Struggle to Govern the Commons », *Science*, vol. 302, n^o 5652, 2003, p. 1907-1912.

Ehrlich, P. R. et A. H. « Can a Collapse of Global Civilization be Avoided ? », *Proc. R. Soc. B*, vol. 280, n^o 1754 20122845, 7 mars 2013.

Fetherstonhaugh, D., Slovic, P. Johnson, M., Friedrich, J. « Insensitivity to the Value of Human Life : A Study of Psychophysical Numbing », *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 14, 1997, p. 283-300 ;

Gregory, R. J., « Venturing Past Psychic Numbing : Facing the Issues », *Journal for the Psychoanalysis of Culture and Society*, vol. 8, n^o 2, 2003 ;

Hess, C. « Mapping the New Commons », The Twelfth Biennial Conference of the International Association for the Study of the Commons, Cheltenham, 14-18 juillet 2008 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356835).

Kahan, D. « Fixing the Communications Failure », *Nature*, vol. 463, n^o 7279, 2010, p. 296-297 ;

Kahan D. M. *et al.*, « The Polarizing Impact of Science Literacy and Numeracy on Perceived Climate Change Risks », *Nature Climate Change*, vol. 2, 2012 (<http://ssrn.com/abstract=2193133>)

Klein, N. « How Science is Telling us all to Revolt », *New Statesman*, 29 octobre 2013 (<http://www.newstatesman.com/2013/10/science-says-revolt>).

M. McGinnis (éd.), *Polycentricity and Local Public Economies*, University of Michigan Press, 1999, p. 52-74.

McKibben, B. « Movements without Leaders : What to Make of Change on an Overheating Planet », 2013 (<http://www.tomdispatch.com/blog/175737/>) ;

McKibben, *Earth : Making a Life on a Tough New Planet*, St. Martin's Griffin, 2010.

Moser, S. C, Dilling, L., « Making Climate Hot : Communicating the Urgency and Challenge of Global Climate Change », *Environment*, vol. 46, n^o 10, 2004, p. 32-46.

Munro, G.D. « The Scientific Impotence Excuse : Discounting Belief-Threatening Scientific Abstracts », *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 40, n^o 3, 2010, p. 579-600 ;

Naustdalslid, J. « Climate change : the Challenge of Translating Scientific Knowledge into Action », *International Journal of Sustainable Development & World Ecology*, vol. 18, n^o 3, 2011, p. 143-252 (<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13504509.2011.572303#.VDqe9OcbqFE>) ;

Ostrom, E. Burger, J. Field, C. B. Norgaard, R. B., Policansky, D. « Revisiting the Commons : Local Lessons, Global Challenges », *Science*, vol. 284, n^o 5412, 1999

Ostrom, E. « A Polycentric Approach for Coping with Climate Change », *Background Paper to the 2010 World Development Report*, 2009 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1494833).

Ostrom, V., *The Meaning of Democracy and the Vulnerability of Democracies : A Response to Tocqueville's Challenge*, University of Michigan Press, 1997, p. 130.

Ostrom, V. Tiebout, C. Warren, M., « The Organization of Government in Metropolitan Areas : A Theoretical Inquiry », *American Political Science Review*, vol. 55, n^o 4, 1961, p. 831-842 ; V. Ostrom, « Polycentricity – Part 1 », in M. McGinnis (éd.), *Polycentricity and Local Public Economies*, University of Michigan Press, 1999, p. 52-74.

Rull, V., « Sustainability, capitalism and evolution », *EMBO Rep.*, vol. 12, 2011, p. 103-106 (<http://embor.embopress.org/content/12/2/103>) ;

Stern N., « The New Climate Economy », 2014 (<http://newclimateeconomy.report/>).

Slovic, P. « “If I look at the mass, I will never act” : Psychic Numbing and Genocide », *Judgment and Decisions Making*, vol. 2, n^o 2, avril 2007, p. 79-95 ;

Slovic, P. Västfjäll, D. Gregory, R., « Informing Decisions to Prevent Genocide », *The SAIS Review of International Affairs*, vol. 32, n^o 1, 2012, p. 33-47 ;

Sandler T., *Global Collective Action*, Cambridge University Press, 2004, chap. 12 ;

Levin, S. « Crossing Scales, Crossing Disciplines : Collective Motion and Collective Action in the Global Commons », *Phil. Trans. R. Soc. B*, vol. 365, 2010, p. 13-18

World Conservation Union (IUCN), « Sharing Information with Confidence : “The Biodiversity Commons” – Past Experience, Current Trends and Potential Future Directions », 2004, <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/handle/10535/3808>.

World Wildlife Fund Report, « Half of Global Wildlife Lost », 30 septembre 2014, <http://www.worldwildlife.org/press-releases/half-of-global-wildlife-lost-says-new-wwf-report>.

1 Ce texte a été traduit de l’anglais par Antoine Dolcerocca, allocataire de recherche doctorant à Paris 13, sous la supervision du coordonnateur de l’ouvrage.

2 De nombreux travaux universitaires sur ces sujets ou des sujets similaires sont accessibles en cherchant « knowledge commons » (KC) sur l’International Journal of the Commons (IJC) (<http://www.thecommonsjournal.org>) et/ou la Digital Library of the Commons (DLC) (<http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc>). Voir également les résumés et articles des 1^{re} et 2^e conférences thématiques sur les communs de la connaissance, 2012 et 2014, sur <http://biogov.uclouvain.be/iasc/> et <http://iasckc.nyuengelberg.org/#about>.

3 Voir l’éditorial fort utile de Berge et Van Laerhoven en 2011, URL : http://www.thecommonsjournal.org/index.php/ijc/article/view/URN%3ANBN%3ANL_%3AUI_%3A10-1-101629/230.

4 Il s’agit d’une immense base de données constituée au départ à l’initiative de Charlotte Hess elle-même, et qui comprend des centaines de titres. Elle est disponible à l’adresse <https://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/> (NdT)

5 World Conservation Union (IUCN), 2004, <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/handle/10535/3808>.

6 E. Ostrom, J. Burger, C. B. Field, R. B. Norgaard, D. Policansky, 1999, p. 278-282.

7 Voir World Wildlife Fund Report, 2014, <http://www.worldwildlife.org/press-releases/half-of-global-wildlife-lost-says-new-wwf-report>.

8 Voir T. Dietz, E. Ostrom, P. C. Stern, 2003, p. 1907-1912.

9 Voir par exemple : P. Dasgupta, 2010, p. 5-11 (<http://rftb.royalsocietypublishing.org/content/365/1537/5.full.pdf+html>) ; B. McKibben, 2013 (<http://www.tomdispatch.com/blog/175737/>) ; J. Naustdalsslid, 2011, p. 143-252 (<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/13504509.2011.572303#.VDqe9OcbqFE>) ; V. Rull, 2011, p. 103-106 (<http://embor.embopress.org/content/12/2/103>) ; N. Stern, 2014 (<http://newclimateeconomy.report/>).

10 Voir T. Sandler, 2004, chap. 12 ; S. Levin 2010, p. 13-18 ; B. McKibben, 2010.

- 11 N. Klein, 29 octobre 2013 (<http://www.newstatesman.com/2013/10/science-says-revolt>).
- 12 V. Ostrom, C. M. Tiebout, R. Warren, 1961 ; V. Ostrom, « Polycentricity – Part 1 », in M. McGinnis (éd1999
- 13 E. Ostrom, , 2009 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1494833).
- 14 P. R. et A. H. Ehrlich, 2013.
- 15 V. Ostrom, 1997, p. 130.
- 16 J. Boyle, 2003 (<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=lcp>).
- 17 C. Hess, 2008 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356835).
- 18 Voir le site internet « The History of Vaccines » : <http://www.historyofvaccines.org>.
- 19 Voir Salon du 11 mars 2014 : http://www.salon.com/2014/03/11/neil_degrasse_tyson_science_is_true_whether_or_not_you_belie
- 20 Voir D. M. Kahan *et al.*, « 2012 (<http://ssrn.com/abstract=2193133>) ; D. Kahan, 2010 ; G. D. Munro, 2010, p. 579-600 ; P. Bloom, D. Skolnick Weisberg, , 2012 (http://www.edge.org/3rd_culture/bloom07/bloom07_index.html).
- 21 Voir P. Slovic, « avril 2007, p. 79-95 ; R. J. Gregory, 2003 ; P. Slovic, D. Västfjäll, R. Gregory, 2012, p. 33-47 ; D. Fetherstonhaugh, P. Slovic, M. Johnson, J. Friedrich, 1997, p. 283-300 ; C. D. Batson, 1990, p. 336-346.
- 22 Voir S. C. Moser, L. Dilling, 2004, p. 32-46.

CHAPITRE 12

Plan de transition vers les communs : une [introduction](#)¹

MICHEL BAUWENS

Fin 2013, trois institutions gouvernementales équatoriennes demandaient à une équipe de chercheurs d'établir un processus participatif afin de concevoir une stratégie de transition vers une société fondée sur une « connaissance libre et ouverte ». Bien que ce projet émane évidemment de différentes préoccupations locales, c'est-à-dire d'ordre national, il dépasse cet aspect local et possède une dimension et une vocation « générales ».

Le contexte dans lequel la demande a été formulée est le suivant : l'Équateur est pour l'essentiel aujourd'hui dans une situation de dépendance vis-à-vis d'une économie mondiale encore dominée par l'Occident, ce qui signifie que ce pays est contraint d'exporter des matières premières à faible valeur ajoutée, et d'importer des produits finis à haute valeur ajoutée. Par ailleurs, la plupart de ses exportations sont issues de ressources finies et *non renouvelables*, telles que le pétrole. Le pays se trouve donc dans une situation de dépendance profonde que le gouvernement progressiste actuel entend changer. Lancé sous la direction du ministre René Ramírez Gallegos, de l'agence d'innovation [SENESCYT](#)², le projet auquel nous avons été invités à collaborer visait à dessiner une économie qui fût non plus dépendante de ressources matérielles finies, mais fondée sur des ressources immatérielles inépuisables. La proposition de l'équipe de recherche a consisté en un « plan de transition vers les communs » et en plus de dix-huit propositions de loi contenant une douzaine de projets pilotes. L'ensemble a été validé à l'occasion du sommet « Buen Conocer » à la fin du mois de mai 2014. Les

propositions synthétiques issues d'un processus coopératif d'élaboration, impliquant des contributions locales ou venant de l'étranger, ont ensuite été présentées par l'équipe de recherche à la fin du mois de juin 2014, et sont encore en cours de perfectionnement en vue d'être publiées dans une revue scientifique. À l'heure actuelle, ces propositions sont mises en œuvre par l'administration équatorienne, et sont dépendantes de considérations politiques locales et de l'équilibre des forces en présence. Certains projets, tels que celui de mécanique agricole libre, dans le district de Sigchos, sont soutenus par une population et des décideurs locaux et engagés.

1. Le projet Flok : traits centraux

Le processus mis en œuvre en Équateur était particulièrement innovant par plusieurs aspects, dont son caractère hautement participatif et son ouverture tant aux contributions locales qu'à celles émanant de l'étranger, ce qui est assez inhabituel. Mais le projet Flok (Free/Libre Open Knowledge) et le plan de transition vers les communs dépassent largement le contexte local équatorien, et revêtent une importance à l'échelle du monde. Plusieurs traits caractérisent ce projet et ses réalisations.

Le premier tient à son existence même. Il s'agit en effet *du premier plan de transition jamais pensé vers une société et une économie fondées sur les communs*. Il existe bien divers plans de transition vers la « *nouvelle économie* », des plans dédiés à la lutte contre le réchauffement climatique, ou pour favoriser la transition écologique, mais aucun n'est centré sur la transition vers une société des communs. Contrairement aux plans précédents, établis sur des problèmes existants et comprenant *des étapes et objectifs pensés comme souhaitables*, le plan équatorien est le premier à tenir compte de formes innovantes *déjà existantes*, en particulier les formes économiques émergentes autour des communs, ainsi que les institutions qui prévalent dans les domaines du logiciel libre et de l'*open design* et orientent leur développement.

Le deuxième trait caractéristique tient au fait que nos propositions sont basées sur un ensemble d'innovations conceptuelles et d'analyses qui

fondent la transition vers la société des communs que nous appelons de nos vœux.

Plus généralement, le « plan de transition vers les communs » que nous proposons repose sur une analyse et une observation de processus « communaux » existants, et sur la crise de valeurs que ceux-ci provoquent déjà au sein de l'économie politique actuelle. Il y a en effet une contradiction grandissante entre les nouvelles relations de production qui se construisent autour des communs numériques (ainsi que les modèles économiques qu'ils sont en train de façonner), et la manière dont ces nouveaux modes de production naissants se trouvent intégrés et sont saisis par l'économie politique capitaliste. En effet, alors que la valeur d'usage produite au sein ou *via* les communs ne cesse d'augmenter, seule une fraction de celle-ci est monétisée, *à travers des plates-formes propriétaires qui ne partagent que très rarement cette valeur d'échange avec les créateurs de valeur*. Par conséquent, nous observons une évolution depuis un capitalisme que nous qualifions de « cognitif », dont les revenus et l'accumulation de capital sont fondés sur l'extraction de rentes à travers la propriété intellectuelle ainsi que sur la domination et le contrôle des réseaux de distribution, vers une nouvelle forme de capitalisme que nous baptisons du nom de « netarchique » et au sein de laquelle les plates-formes logicielles de nature presque systématiquement « propriétaire » permettent à la fois le déploiement de la coopération humaine et l'extraction de valeur par des propriétaires singuliers. En d'autres termes, nous soutenons le point de vue que le capitalisme « netarchique » extrait directement la valeur de la coopération humaine. Mais son incapacité à redistribuer cette valeur mène à la fois à une hausse de la précarité et à une crise d'accumulation du capital. Sans consommateurs ou travailleurs salariés pour acheter les biens produits par le système, il est alors impossible pour le capital d'accumuler de manière systémique, quand bien même les 1 % les plus riches poursuivraient leur domination.

Nous en déduisons que tout processus de transition doit analyser et refonder les cycles qui lient la création de valeur à la distribution, tout en prenant en charge le déploiement d'une économie éthique et citoyenne autour des communs, qui permette de passer d'un capital centré sur

l'accaparement de la rente et de la valeur créée par la coopération à un capital de type « [génératif](#)³ » qui redistribue la valeur à ceux qui contribuent aux [communs](#)⁴ !

2. Le plan de transition sur les communs est fondé sur la transition simultanée des formes sociales « société civile », « marché » et « État »

L'essentiel de l'histoire du capitalisme industriel et postindustriel a été le lieu d'un conflit entre État et marché, en vue soit de renforcer les mécanismes étatiques de redistribution et de régulation des excès des acteurs du marché, soit de privatiser certaines activités publiques au bénéfice des acteurs du privé. Ce phénomène a souvent été décrit comme un jeu de balancier entre « libéraux » et « sociaux-démocrates ». Dans la pensée actuelle, à l'exception de chercheurs situés en dehors du courant dominant, telle Elinor Ostrom avec ses recherches sur les communs, ceux-ci sont envisagés comme un legs historique sans avenir. Et, en effet, les communs tangibles existant encore dans le monde, pour la plupart dans les pays du Sud, sont menacés de toutes [parts](#)⁵.

Cependant, la réémergence des communs numériques de la connaissance, du logiciel et du design ne se limite pas à recréer des modes de production basés sur les communs, et autour d'elle une activité marchande associée ; elle montre également que de la valeur est désormais créée par la coopération informelle – et non plus seulement par du travail salarié en tant que tel –, et que celle-ci à proprement parler contribue à créer du ou des commun(s) plutôt que des marchandises au sens strict. Du fait de la multiplication de ces nouvelles formes de coopération, on peut affirmer que la société civile comme telle est désormais devenue une force productive à part entière. Nous pouvons ainsi imaginer effectuer un saut qui permettrait d'envisager le passage de simples communautés de contributeurs à une société de communs conçus et produits par les citoyens. Dans ce cadre, il faut aussi prévoir la formation de [coalitions entrepreneuriales](#)⁶ fondées autour des communs, qui doivent par nécessité être en harmonie avec eux ; la formation de telles coalitions ouvre la possibilité de développer une « économie éthique » et un marché non capitaliste intégrant les externalités et réintroduisant la notion de réciprocité dans les mécanismes de marché, permettant aussi de créer des

moyens d'existence pour les *commoners*. Enfin, l'affirmation dans l'économie des communs de fondations de type [Floss](#)⁷ – des organisations qui entretiennent la continuité de la coopération en alimentant et assurant la maintenance de ses infrastructures – ouvre la voie à un nouveau type d'État, que nous désignons comme un [État-partenaire](#)⁸.

Ainsi, non seulement les communs permettent l'émergence d'un troisième terme aux côtés de l'État et du marché – à savoir une société civile produisant du commun –, mais ils sont aussi susceptibles de contribuer de façon décisive au renouvellement même de la notion de marché ou d'État. Différents changements doivent être conduits simultanément dans chacun de ces trois aspects de la vie économique et sociale.

On peut représenter les choses en disant que :

- Dans la vision classique de création de la valeur dans le capitalisme industriel, *la valeur est créée par les agents privés, le travail et le capital ; elle est alors accaparée par l'entreprise, qui rémunère ensuite les salariés*. Cependant, dans la mesure où les acteurs du marché privé ne prennent pas en compte les *externalités négatives* (sur la société ou l'environnement) générées par leurs transactions, la présence d'une institution extérieure faisant office de régulateur est nécessaire : il s'agit de l'État. Dans cette perspective, la société civile ne joue pas de rôle précis ou reconnu ; comme l'indique le vocabulaire qui lui est souvent associé, la société civile est reléguée au rang d'organisation « à but non lucratif » ou « non gouvernementale ». La société civile est tout au plus une catégorie définie « en creux », jouant au mieux un rôle de médiateur dans le processus politique.

- *Dans la nouvelle vision, correspondant aux pratiques aujourd'hui émergentes et en développement, la valeur est créée par ceux, salariés ou non, qui contribuent au bien commun tel que défini par les « [shareable commons](#)⁹ »*. Dans cette perspective, la société civile est pensée comme productive, et se trouve au centre de la création de

valeur ; autour des communs désormais fortement présents et qui ne sont pas destinés au marché, il est possible de créer de la valeur ajoutée pour le marché ; dès lors, si l'on souhaite que la valeur créée par les communs ne soit pas entièrement capturée par les entreprises « netarchiques », il est nécessaire de fonder une économie éthique, constituée de coalitions entrepreneuriales associées aux communs, et à travers lesquelles se crée de la valeur distribuée aux *commoners* et plus généralement aux acteurs qui ont contribué à sa formation.

En quoi la notion d'« économie éthique », que nous avançons ici, est-elle innovante ?

3. Une économie éthique centrée sur des coopérations ouvertes

Nous caractérisons l'économie actuelle comme une économie d'essence « extractive », parce qu'elle soustrait du capital aux communs, sans permettre la subsistance et la reproduction des *commoners* ; nous lui opposons l'idée d'un capital « génératif » qui, à travers la production de capital, générerait la production de moyens de subsistance permettant la reproduction des communs. Nous envisageons donc la formation d'un couple interdépendant constitué, d'une part d'une sphère des communs dans laquelle les contributeurs créent du commun, d'autre part d'une sphère coopérative dans laquelle les *commoners* agissent en tant que coopérateurs, produisant leur propre subsistance et une « accumulation coopérative » du capital, qui finance la reproduction des communs sans extraction de valeur à des fins d'enrichissement des actionnaires. Dans cet objectif, l'un des outils que nous proposons est un nouveau type de licence, la licence « *copyfair* », ou licence de réciprocité [renforcée](#)¹⁰. En effet, le point faible des licences libres classiques, telles que les licences *copyleft*, est qu'elles permettent une utilisation et un partage généralisés, y compris par les firmes multinationales, qui parviennent ainsi à dominer l'économie des communs. La licence « Commons-Based Reciprocity », une licence encore virtuelle dont le contenu est préfigurée dans la [Peer Production License](#)¹¹ développée par Dmytri Kleiner, serait construite sur les règles suivantes :

- toutes les institutions, dédiées de manière structurelle, de par leur statut interne, à la production de biens communs, ou animées par un objectif d'ordre social, ont le droit d'utiliser sans restrictions le commun particulier protégé par la licence ;
- toutes les entités ou activités non commerciales ont le droit d'utiliser ce commun ;
- toutes les sociétés à but lucratif qui contribuent à ce commun ont le droit de l'utiliser.

Cette licence introduit cependant une restriction d'importance, à savoir que toutes les entités à but lucratif *qui souhaitent utiliser un commun sans y contribuer doivent désormais verser de modestes royalties.*

L'objectif principal, cependant, n'est pas d'apporter une nouvelle source de revenus ou de capital pour les communs, mais avant tout, *de réintroduire dans le marché le principe de réciprocité.* Ainsi, nous envisageons *l'économie éthique essentiellement comme un marché non capitaliste*, en ce qu'il s'agit d'un marché qui, au lieu de limiter les communs ou de les exploiter pour capturer la valeur créée à des fins de maximisation des profits, vise au contraire à créer de la valeur au profit des communs. Par conséquent, de la situation actuelle que nous pouvons caractériser comme relevant d'un « communisme du capital », dans laquelle le capital tire profit des communs sans y contribuer, nous entrons dans une situation de « capital pour les communs », dans laquelle une activité entrepreneuriale contribue à renforcer les communs et les *commoners.*

Nous proposons par ailleurs une seconde innovation pour la coalition entrepreneuriale éthique que nous appelons de nos vœux et qui accompagnerait le développement des communs. Celle-ci consisterait en une nouvelle forme de corporation, que nous désignons sous le nom de « coopérative ouverte » (*open cooperative*). Une coopérative classique consiste en un ensemble de membres, producteurs ou consommateurs, qui partagent la propriété et la gouvernance de la coopérative selon le principe un membre/une voix. Cependant, pour assurer la survie au sein du marché, avec le temps, les coopératives ont eu tendance à adopter les mêmes

stratégies que celles des firmes capitalistes, à travailler exclusivement pour leurs membres, et à établir une organisation interne qui ressemble toujours davantage à celle d'une entreprise capitaliste. En général, ces coopératives ne participent donc pas à la production de communs. Pour ces raisons, il nous semble nécessaire d'introduire un nouveau type de structures coopératives, que nous appelons « coopératives ouvertes ».

Une coopérative ouverte présente les [caractéristiques suivantes](#)¹² :

- ses statuts internes sont tournés vers le bien commun ;
- elle dispose d'un modèle de propriété et de gouvernance fondé sur une approche multipartenariale.

Il existe déjà des coopératives partageant ces deux caractéristiques : il s'agit des « coopératives solidaires », qui constituent le modèle par défaut de la prise en charge médicale et sociale dans la province italienne d'Émilie-Romagne, et au Québec.

Cependant, aucune coopérative ne possède les deux caractéristiques qui suivent, hormis sous forme expérimentale ou lacunaire :

- elle doit coproduire du commun de façon privilégiée ;
- elle doit être organisée autour d'un commun global, à une échelle organisationnelle mondiale.

À l'heure actuelle, les coopératives sont génératrices de revenus et d'avantages pour leurs membres, mais elles ne produisent pas de communs. Une coopérative ouverte doit utiliser des licences libres, et comme nous le suggérons, des licences *copyfair*, afin d'assurer une production continue de communs immatériels, libres d'accès à tous. Les coopératives ouvertes peuvent aussi produire des communs tangibles. Par exemple, la coopérative d'habitation *Alianza Solidaria*, dans le sud de Quito (Équateur), requiert de ses membres qu'ils consacrent cent heures au travail communautaire, *ce qui permet d'aménager les collines entourant la propriété, afin de créer des jardins publics accessibles à tous*, suivant ainsi le fonctionnement d'un commun. Il faut également repenser l'extension des formes de communs aux capitaux physiques et financiers. L'économie éthique diffère de l'économie libérale, qui suppose que les transactions du

marché reposent sur l'égoïsme ; l'économie éthique telle que nous la concevons intègre de façon structurelle la création d'externalités positives pour le commun, en tant que part intégrale de son activité productive.

Pourquoi une coopérative ouverte doit-elle aussi être organisée à l'échelle mondiale ?

Le modèle actuel d'organisation des communautés de *peer production* (production par les pairs), c'est-à-dire qui partagent de la connaissance (qu'il s'agisse de code ou de design), est constitué de trois niveaux :

- *les communautés de design libre*, qui comprennent des contributeurs, rémunérés ou non, et allouent leurs ressources à ce commun particulier ; ces communautés existent par nature à l'échelle de la planète, et sont ouvertes à tous ceux qui ont accès à Internet ;
- *les associations ou fondations d'utilité publique*, qui mettent en place et gèrent les infrastructures de coopération ; par exemple, les fondations Floss s'assurent que les communautés *open source* ont la possibilité de poursuivre leurs travaux dans la durée, en protégeant les communs au moyen de la mise en place de licences, de programmes de certification, d'organisation de conférences, etc. ; bien que ces fondations puissent, d'un point de vue légal, n'être implantées que dans un seul pays, il s'agit avant tout d'organisations « globalisées » ;
- *enfin, les coalitions entrepreneuriales* qui, en utilisant les communs, créent de la valeur destinée au marché. La plupart de ces entrepreneurs ont un but lucratif, et sont organisés en multinationales à l'échelle du monde, telles qu'IBM avec Linux.

Cependant, le mode de production spécifique à ce genre de réseaux fonctionne selon la règle : « léger à l'échelle globale, pesant au niveau local ».

Dans la perspective de l'émergence d'une économie ouverte et libre, fondée sur une production distribuée à l'échelle locale, c'est-à-dire assurer des micro-usines, il serait parfaitement naturel de créer des coopératives locales de producteurs chargées de fabriquer et vendre cette production.

Pourtant, c'est précisément cela qui créerait un déséquilibre : alors que l'économie de profit, avec son accumulation de capital et sa puissance, est capable de se projeter à l'échelle du monde, menaçant ainsi la souveraineté des États-nations, l'économie coopérative alternative en revanche, confinée à l'échelle locale, serait incapable de projeter une puissance suffisante pour prétendre faire contrepoids.

C'est la raison pour laquelle nous proposons la mise en place de « coopératives globales ouvertes », conçues soit comme des entités organisationnelles individuelles, soit comme des fédérations de producteurs. Las Indias, une coopérative active dans diverses régions d'Espagne et du monde hispanique, promeut la création de « phyles ». Un phyle est un écosystème économique opérant à l'échelle globale, et produisant des moyens de subsistance pour les communautés qui y sont associées et leurs communs. C'est cette forme d'organisation que nous défendons et préconisons ici. Un des projets qui va dans cette direction est l'initiative Fair.coop, de la Coopérative intégrale catalane. Au départ, Fair.coop a commencé comme un réseau de coopératives de commerce équitable particulièrement actives dans les pays du Sud, qui recourt au *faircoin* comme crypto-monnaie, une forme utilisant les mécanismes d'extraction de rente du *bitcoin* qui favorise l'enrichissement des premiers utilisateurs, excepté qu'avec le *faircoin*, cette rente est donnée aux coopératives sous forme de [capital](#)¹³.

Le rapport que nous avons fourni aux autorités équatoriennes innove aussi sur le concept de l'État, et propose, à travers la notion d'État-partenaire, la mise en place et l'utilisation de [partenariats public-communs](#)¹⁴, et la « commonisation » de certains services publics ainsi que de certaines autres pratiques qui, prises ensemble, ont le potentiel de renouveler en profondeur notre économie politique.

Le concept d'État provient de l'émergence des fondations d'utilité publique Floss opérant au niveau micro-économique, en tant que nouvelles institutions créées par les communautés de « production par les pairs ». De la même manière que ces fondations favorisent la mise en place et le renforcement de la coopération, un État-partenaire pourrait et devrait, au

niveau de la société dans son ensemble, favoriser la mise en place et le renforcement de l'économie des citoyens, envisagés en tant que producteurs de valeur et contributeurs au bien commun. *Un État-partenaire est non pas un État marchand qui soutient les lois du marché, mais une institution – ou un ensemble d'institutions – collective(s) démocratique(s) et participative(s), qui favorise une production sociale ainsi qu'une société civile autonome associée au développement d'une économie éthique.* La « commonisation » des services publics signifie non seulement que l'État assure un accès égal et équitable aux services publics essentiels, mais aussi que ces services publics sont eux-mêmes le fruit d'une coproduction et d'une cogouvernance par les citoyens et des communautés d'utilisateurs associées. On retrouve des schémas semblables dans les coopératives de solidarité pour le bien-être social mises en place au Québec et en Émilie-Romagne. Les partenariats public-communs seraient ainsi l'aboutissement de ces initiatives, et constitueraient une alternative aux partenariats public-privé qui, trop souvent, « socialisent les pertes et privatisent les profits », tout en portant atteinte au principe de l'accès universel aux services qui devraient être publics.

4. Quito, et au-delà...

Et maintenant ? Quelle est la suite de l'expérience équatorienne ? Tout d'abord, grâce à un nouveau site et à un wiki sur commonstransition.org, la Fondation P2P et ses partenaires s'efforcent de créer un forum public libre sur d'autres projets de politiques publiques initiées ou influencées par les communs, mais distincts de la première expérience équatorienne (flokksociety.org). Ce forum est ouvert à toute contribution de [commoners du monde entier](http://commonersdumondeentier.org)¹⁵.

Avec le plan de transition vers les communs comme document de référence – une « force de proposition », comme disent les Français –, nous souhaitons organiser des ateliers et des discussions afin d'envisager comment les expériences, les besoins et les demandes d'autres communs issus de différents contextes, pays ou langues, mais aussi d'autres villes ou régions, peuvent se transformer en propositions de politique publique. Le « plan » n'est en rien directif ; il est conçu comme un document qui doit permettre d'animer le débat et de favoriser la formulation de propositions

de politiques publiques spécifiques favorables aux communs dans des contextes précis. Dans le cadre de ce processus, nous avons déjà achevé un atelier avec le [Réseau francophone des communs¹⁶](#) à Paris en septembre 2014, et un autre avec des cadres de Syriza en Grèce. Le but est non pas de soutenir ou de choisir un mouvement social ou politique particulier, mais de permettre à toutes les forces progressistes et émancipatrices de trouver des points communs à leurs perspectives, et de renouveler leur vision politique, en gardant les communs comme repères.

Par conséquent, ce projet en lui-même est un commun ouvert à toutes les contributions, et dont chacun doit pouvoir bénéficier.

Dans le plan de transition vers les communs, nous formulons également quelques propositions d'ordre organisationnel très spécifiques, afin de faire avancer les politiques favorables aux communs, ainsi que la « *peer production* de la politique et des politiques publiques ».

Au niveau local, nous proposons la création *d'assemblées des communs*, des institutions rassemblant tous ceux qui créent ou participent à des communs, qu'ils soient matériels ou immatériels. Nous suggérons cependant de limiter la participation à ces assemblées aux organisations citoyennes, ainsi qu'à celles dédiées à des projets à but non lucratif.

Parallèlement, nous soumettons l'idée de créer une [chambre des communs¹⁷](#) locale, qui serait l'équivalent, pour l'économie éthique et le capital « génératif », de ce qu'est la chambre de commerce pour l'économie marchande. Nous avons pour objectif de renforcer les forces sociales favorables aux communs au niveau local, et de leur donner la parole. Ces assemblées et ces chambres produiraient une « charte sociale », que les forces politiques et sociales seraient libres de soutenir, ce qui leur permettrait en retour d'obtenir le soutien de ces nouvelles institutions.

À l'échelle régionale, et surtout nationale, mais aussi peut-être à l'échelle mondiale, nous proposons de réorganiser la politique autour de l'idée de commun. Une telle « coalition (mondiale) des communs » verrait

la création d'alliances entre les mouvements liés aux communs numériques et culturels (tels que les partis pirates, et les partis centrés sur Internet), les forces écologistes qui sont naturellement favorables aux communs naturels, les nouveaux partis de la gauche radicale tels que Podemos et Syriza, que l'on pourrait qualifier de forces des communs industriels, et les entrepreneurs progressistes, tels que les coalitions éthiques qui émergent autour des communs, et dont Alternativet, au Danemark, pourrait être un exemple précurseur. De telles coalitions seraient en mesure de soutenir une politique et des politiques publiques qui ne seraient plus prisonnières de l'alternative « gauche/droite » traditionnelle (à savoir « nationalisation contre privatisation »), et pourraient permettre de repenser l'organisation sociale, désormais envisagée comme une triarchie fondée sur les communs.

Il est important de souligner aussi les limites inhérentes au premier plan de transition vers les communs. En effet, la mission du projet [Flok¹⁸](#) en Équateur consistait en la mise en place d'une « économie sociale de la connaissance », c'est-à-dire une économie centrée sur les communs de la connaissance. Par conséquent, le plan ne contient pas de stratégie de transformation pour d'autres types de communs, tels que ceux présents dans le triangle polanyien de la terre (et de la nature), du travail et de la [monnaie¹⁹](#). Nous avons en partie dépassé ce problème en portant une attention grandissante aux conditions matérielles et immatérielles, ainsi qu'aux mécanismes d'entraînement qui pourraient garantir l'existence pérenne des communs immatériels de la connaissance. Cela ne suffit pourtant pas.

Ainsi, le plan de transition vers les communs est dans l'attente d'une seconde édition, dans laquelle les communs de la connaissance ne seraient plus considérés comme les seuls communs pris en compte, mais où les communs seraient perçus comme des éléments d'une transformation plus vaste, parfaitement tangible, vers une économie des communs fondée sur la « commonisation » de la terre, de la monnaie ainsi que du [travail²⁰](#).

Il nous reste donc encore beaucoup à faire !

Références

Kelly, M., *Owning Our Future : The Emerging Ownership Revolution. Journeys to a Generative Economy*, Berrett-Koehler Publishers, 2012.

M. Bauwens, V. Kostakis, « From the Communism of Capital to Capital for the Commons : Towards an Open Co-operativism », *Triple C*, vol 12, n^o 1, 2014 (<http://www.triple-c.at/index.php/tripleC/article/view/561>).

Bauwens M., « Why We Need a New Kind of Open Cooperativism for the P2P Age », sur [http://p2pfoundation.net/Why We Need a New Kind of Open Cooperativism for the P2P Age](http://p2pfoundation.net/Why_We_Need_a_New_Kind_of_Open_Cooperativism_for_the_P2P_Age)

Bollier D. (2013) « It's time to start a Chamber of Commons » (<http://blog.p2pfoundation.net/david-bollier-its-time-to-start-a-chamber-of-commons/2013/04/08>)

Ricoveri, G., *Nature for Sale. The Commons versus Commodities*, Pluto Press, 2013.

1 Ce texte a été traduit de l'anglais par Antoine Dolcerocca, allocataire de recherche doctorant à Paris 13, sous la supervision du coordonnateur de l'ouvrage.

2 Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación (Secrétariat national à l'Enseignement supérieur, la Science, la Technologie et l'Innovation) : il s'agit d'une agence gouvernementale équatorienne.

3 Cette distinction est issue du livre de M. Kelly, 2012. Voir en particulier : [http://p2pfoundation.net/Emerging_Ownership_Revolution#Generative vs. Extractive Ownership](http://p2pfoundation.net/Emerging_Ownership_Revolution#Generative_vs._Extractive_Ownership).

4 L'essai suivant explique la manière dont la survaleur générée par les communs est aujourd'hui une des sources de l'accumulation du capital, mais pourrait, au lieu de cela, financer un *commonwealth* coopératif : M. Bauwens, V. Kostakis, publié dans *Triple C*, vol 12, n^o 1, 2014 (<http://www.triple-c.at/index.php/tripleC/article/view/561>).

5 Pour une analyse récente, voir G. Ricoveri, 2013.

6 Enspiral constitue un bon exemple de coalition entrepreneuriale éthique : il s'agit d'une coalition d'entrepreneurs sociaux qui utilisent et produisent le logiciel *open source* Loomio à des fins de gouvernance démocratique (voir <http://p2pfoundation.net/Enspiral>; dernier accès le 25 décembre 2014). On trouve des exemples de classiques coalitions *for profit* (orientée vers la recherche du profit) autour des communs avec le groupe de firmes gravitant autour du commun Linux, telles que Red Hat ou IBM.

7 Floss (Free Libre Open Software Society) est un acronyme désignant différents types d'institutions et de fondations dont la vocation est de favoriser la diffusion des logiciels libres, plus généralement des plates-formes et outils numériques en accès libre (NdT).

8 Pour une analyse du concept de l'État-partenaire, voir les contributions de Tommaso Fattori sur http://p2pfoundation.net/Partner_State; dernier accès le 25 décembre 2014.

9 Littéralement, les « communs partageables ». L'expression désigne en fait les biens communs d'accès ouvert constitués de ressources partagées.

10 Pour de plus amples détails, voir [http://p2pfoundation.net/Commons-Based Reciprocity Licenses](http://p2pfoundation.net/Commons-Based_Reciprocity_Licenses) ; dernier accès le 26 décembre 2014.

11 Voir [http://p2pfoundation.net/Peer Production License](http://p2pfoundation.net/Peer_Production_License); dernier accès le 26 décembre 2014.

12 J'ai détaillé cet argument dans un éditorial. Voir M. Bauwens « Why We Need a New Kind of Open Cooperativism for the P2P Age », sur [http://p2pfoundation.net/Why We Need a New Kind of Open Cooperativism for the P2P Age](http://p2pfoundation.net/Why_We_Need_a_New_Kind_of_Open_Cooperativism_for_the_P2P_Age)

il convient de ne pas confondre cette définition avec d'autres, telles que les propositions faites par Josef Davies-Coates, http://p2pfoundation.net/Open_Cooperatives#Criteria_as_Proposed_by_Josef_Davies-Coates. Je considère la Coopérative intégrale catalane comme un exemple précurseur de ce type de structure (dernier accès le 26 décembre 2014).

13 Le processus de donation des investissements aux coopératives membres de Fair.coop est complexe, et doit faire l'objet d'un consensus en suivant, pour ce faire, une série de mécanismes de gouvernance démocratique. Voir cet entretien avec le fondateur de faircoin/faircoop, Enric Duran, sur <http://p2pfoundation.net/Faircoin#Interview> (dernier accès le 26 décembre 2014).

14 Le partenariat public-commun est un concept proposé par Tommaso Fattori, un activiste italien des communs, afin de remplacer les concepts de partenariats public-privé et partenariats public-public. Voir les détails sur http://p2pfoundation.net/Public-Commons_Partnership. On peut consulter d'autres innovations sur le concept d'État centré sur les communs, centré sur le *peer-to-peer*, sur http://p2pfoundation.net/Category:P2P_State_Approaches (dernier accès le 26 décembre 2014).

15 Le site commonstransition.org est en ligne depuis le 4 janvier 2015.

16 Frédéric Sultan, le cofondateur, livre de nombreux détails sur http://p2pfoundation.net/Francophone_Network_for_the_Commons (dernier accès le 26 décembre 2014).

17 Cette proposition a été formulée par David Bollier dans son article « It's time to start a Chamber of Commons » (<http://blog.p2pfoundation.net/david-bollier-its-time-to-start-a-chamber-of-commons/2013/04/08>), où il cite David Ronfeldt ; nous l'avons ajoutée à nos propositions en avril 2013 : <http://blog.p2pfoundation.net/proposed-next-steps-for-the-emerging-p2p-and-commons-networks/2013/04/02> (dernier accès le 26 décembre 2014).

18 Flok (Free Libre Open Knowledge) est en quelque sorte le nom de code donné au projet confié à M. Bauwens pour le développement de l'Équateur.

19 Tel qu'il le formule dans sa critique bien connue des marchés autorégulateurs, dans « Great Transformation ». Détails accessibles sur http://p2pfoundation.net/Great_Transformation (dernier accès le 26 décembre 2014).

20 De telles approches sont également supervisées *via* une section du wiki de la fondation P2P sur http://p2pfoundation.net/Category:Commons_Economics (dernier accès le 26/12/2014).

LISTE DES AUTEUR(E)S

Michel BAUWENS est le fondateur de la Fondation P2P (Peer-to-Peer Foundation), un réseau international de chercheurs engagés qui observent et promeuvent l'émergence d'une nouvelle économie centrée sur la « production entre pairs : l'économie collaborative ». Entrepreneur, Michel Bauwens a créé plusieurs entreprises dans l'économie digitale. Il a également été rédacteur en chef de la revue *Wave* (culture digitale). Il est conseiller externe de l'Académie pontificale des sciences sociales. Chercheur et conférencier, il vient de publier *Sauver le monde. Vers une économie post-capitaliste avec le peer-to-peer*, aux éditions LLL, en 2015.

Florence BELLIVIER est professeur de droit privé à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense dont elle codirige, avec Pascal Beauvais, l'UFR droit et science politique. Elle a écrit des ouvrages et articles sur la bioéthique, les biotechnologies, les biobanques, le partage équitable des avantages tirés de la recherche, le droit pénal de la santé, le droit pénal international.

Françoise BENHAMOU est professeur de sciences économiques à l'Université Paris 13, membre de l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes). Spécialisée en économie de la culture, des médias et du numérique, elle est l'auteure de nombreux articles, livres, rapports ; elle est membre du Conseil scientifique et du Conseil d'administration du Musée du Louvre. Sur le thème du patrimoine, elle a récemment publié *Economie du patrimoine culturel*, (La Découverte, 2012), et sur celui du livre et du droit d'auteur *Le livre à l'heure numérique. Papier, écrans. Vers de nouveaux vagabondages* (Le Seuil, 2014).

Benjamin CORIAT est professeur de sciences économiques à l'université Paris 13, Sorbonne Paris Cité, et membre du Centre d'économie de l'université Paris Nord (CEPN, UMR 7234). Spécialisé en économie industrielle, de l'innovation et de la propriété intellectuelle, il est l'auteur de nombreux ouvrages et articles. Sur le thème des communs, il a notamment dirigé l'ANR Propice (propriété intellectuelle, communs et exclusivité) dont les résultats essentiels sont publiés dans cet ouvrage. Il est par ailleurs cofondateur et membre du collectif d'animation des « Économistes atterrés ».

Marie CORNU est directrice de recherches au CNRS, affectée à l'ISP (Institut des sciences sociales du politique, UMR 7220, ENS Cachan, université Paris 10 Nanterre). Ses thématiques portent en grande partie sur le droit des biens culturels et le droit de l'art. Elle a publié plusieurs ouvrages dont : *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé* (Émile Bruylant, 1997) ; *Droit, œuvres d'art et musées. Protection et valorisation des collections* (avec Nathalie Mallet-Poujol, CNRS, 2006) ; *Code du patrimoine commenté et autres textes relatifs aux biens culturels* (avec Vincent Négri, chercheur au CECOJI, LexisNexis, 2^e éd., 2012) ; *Dictionnaire de droit comparé du droit du patrimoine culturel* (avec Jérôme Fromageau et Catherine Wallaert, CNRS, 2012) ; *1913, genèse d'une loi sur les monuments historiques* (avec le Comité d'histoire du ministère de la Culture, Jean-Pierre Bady, Jérôme Fromageau, Jean-Michel Leniaud, Vincent Négri, La Documentation française, 2013).

Séverine DUSOLLIER est professeur de droit à Sciences Po Paris. Spécialiste du droit de la propriété intellectuelle et particulièrement du droit d'auteur dans l'environnement digital, elle est l'auteure de nombreuses publications sur le sujet et d'études pour la Commission européenne, l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) ou l'Unesco. Ses recherches récentes portent sur le domaine public en droit d'auteur, les limitations des droits intellectuels, la normativité des biens communs et de la propriété collective. Elle est l'une des fondatrices de la European Copyright Society, regroupement d'académiques visant à émettre des avis critiques sur l'évolution du droit d'auteur.

Charlotte HESS est la fondatrice de la Digital Library of the Commons (la base de données de référence disponible en ligne sur les communs). À l'université d'Indiana, elle a été une proche collaboratrice d'Elinor Ostrom avec qui elle a travaillé sur le thème des « communs de la connaissance », et a publié l'ouvrage devenu classique *Understanding Knowledge as a Commons : From Theory to Practice* (The MIT Press, 2007).

Isabelle LIOTARD est maître de conférences en sciences économiques à l'université Paris 13 Sorbonne Paris Cité, et membre du CEPN (UMR 7234). Son champ d'analyse porte sur l'économie industrielle et l'innovation. Elle s'intéresse à la propriété intellectuelle (brevet) et à ses enjeux face aux transformations numériques, avec pour terrain d'application les technologies de l'information et de la communication (logiciels, Internet, *crowdsourcing*, plate-forme d'innovation). Elle coanime l'équipe EGCM (économie et gestion de la culture et du numérique) du CEPN.

Pierre-André MANGOLTE est économiste et chercheur au CEPN (UMR 7234) de l'université Paris 13. Il a travaillé notamment sur le changement technique et les droits de propriété intellectuelle (brevet d'invention et copyright), et a récemment publié « Une innovation institutionnelle, la constitution des communs du logiciel libre », *Revue de la régulation*, automne 2013, et *La guerre des brevets, d'Edison aux frères Wright. Une comparaison franco-américaine* (L'Harmattan, 2014).

Christine NOIVILLE est directrice de recherches au CNRS. Elle travaille sur les liens entre le droit et les évolutions scientifiques, et analyse depuis plus de quinze ans des thématiques portant sur la gouvernance des risques environnementaux et sanitaires, le sens et la portée du principe de précaution, les biotechnologies, l'organisation de l'expertise scientifique, le phénomène de « marchandisation du vivant », etc. Elle participe étroitement à la réflexion d'instances telles que le comité d'éthique du CNRS, la Mission droit et justice, l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et techniques, l'Institut des hautes études pour la science et la technologie, etc. Elle dirige depuis dix ans le

centre de recherche « Droit, sciences et techniques » (université Paris 1, UMR 8103), et préside depuis 2014 le Haut Conseil des biotechnologies.

Fabienne ORSI est économiste, chercheuse à l'Institut de recherche pour le développement. Elle s'est consacrée pendant de nombreuses années à l'étude des processus de renforcement de la propriété intellectuelle et des conséquences en termes d'accès à la connaissance et aux innovations biomédicales. Ses travaux sur le thème des communs s'inscrivent dans une réflexion sur la manière de penser différemment la propriété et les formes alternatives à la propriété privée et exclusive. Sur ce thème, elle a notamment contribué à la coordination d'un dossier de la revue *Recherche et régulation* intitulé « Autour d'Ostrom : communs, droits de propriété et institutionnalisme méthodologique ».

Valérie REVEST est maître de conférences, habilitée à diriger des recherches en sciences économiques à l'université Lumière Lyon 2, et membre de Triangle (UMR 5206). Ses travaux portent sur les marchés boursiers (émergence, fonctionnement et transformations), ainsi que sur le financement de l'innovation. Le rôle des institutions, des organisations et de l'État est au cœur de ses recherches.

Judith ROCHFELD est professeur de droit privé à l'École de droit de la Sorbonne, université Panthéon-Sorbonne, membre et codirectrice de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), membre fondateur et coprésidente du réseau d'experts en droit et d'implication en Europe, Trans Europe Experts, et directrice du Master 2 « Droit du commerce électronique et de l'économie numérique ». Spécialisée en droit civil (contrat, propriété, personne, etc.), en droit du numérique et en droit européen, elle est l'auteure de nombreux ouvrages. Sur le thème des communs, elle vient de faire paraître deux articles : « Penser autrement la propriété : la propriété s'oppose-t-elle aux "communs" ? », in *Penser autrement la propriété, revue internationale de droit économique*, 2015 ; et « Les modèles du droit privé pour accueillir les communs », in *État social, propriété publique et biens communs*, 2015. Elle rédige actuellement un ouvrage sur *L'accès aux biens d'autrui*, abordant également cette thématique.

Sarah VANUXEM est maître de conférences en droit privé à l'université de Nice Sophia Antipolis (GREDEG-CREDECO [Groupe de recherche en droit, économie et gestion-Centre de recherche en droit économique], UMR 7321). Elle est notamment l'auteure d'une thèse en théorie du droit et droit privé des biens, intitulée *Les choses saisies par la propriété* (préf. Th. Revet, éditions de l'Institut de recherches juridiques de la Sorbonne, 2012). Sur le thème de la propriété, elle a récemment codirigé, avec Caroline Guibet Lafaye, le numéro 2014-3 de la *Revue internationale de droit économique*, intitulé « Repenser la propriété », ainsi qu'un ouvrage à paraître aux PUAM, dans la collection « Droits de l'environnement ».

Olivier WEINSTEIN est professeur de sciences économiques honoraire à l'université Paris 13 Sorbonne Paris Cité, et membre du CEPN (Centre d'Economie de Paris Nord). Il est l'auteur de nombreux articles et ouvrages portant principalement sur l'économie industrielle et l'économie de l'innovation.

Jean-Benoît ZIMMERMANN est directeur de recherche en sciences économiques au CNRS, et membre du GREQAM (Groupement de recherche en économie quantitative, UMR 7316) – Aix-Marseille sciences économiques. Spécialisé en économie industrielle et de l'innovation, il est l'auteur de nombreux articles scientifiques et chapitres d'ouvrages, ainsi que le coordonnateur de livres ou de numéros spéciaux de revues. Sur le thème des communs, il travaille depuis une quinzaine d'années sur la logique économique du logiciel *open source*, et a récemment élargi son domaine de recherche aux domaines du médicament et de la création culturelle (*creative commons*, musique).

Si vous souhaitez être tenu informé des parutions
et de l'actualité des éditions Les Liens qui Libèrent,
visitez notre site :

<http://www.editionslesliensquiliberent.fr>

Ouvrage réalisé
par [Les liens qui libèrent](#) et le Studio [Actes Sud](#)

Ce livre numérique a été converti initialement au format EPUB par Isako
www.isako.com
à partir de l'édition papier du même ouvrage.

Sommaire

[Couverture](#)

[Présentation](#)

[Benjamin Coriat](#)

[Le retour des communs](#)

[INTRODUCTION. Propriété, exclusivité et communs : le temps des dépassements](#)

[1. Définir les communs](#)

[CHAPITRE 1. Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun ?](#)

[CHAPITRE 2. Revisiter la propriété pour construire les communs](#)

[CHAPITRE 3. Comment se construisent les communs : questions à partir d'Ostrom](#)

[CHAPITRE 4. Quels modèles juridiques pour accueillir les communs en droit français ?](#)

[2. Communs et économie collaborative](#)

[CHAPITRE 5. Le logiciel libre, comme commun créateur de richesses](#)

[CHAPITRE 6. La musique à l'heure de l'Internet : du patrimoine aux communs ?](#)

[CHAPITRE 7. InnoCentive : un modèle hybride d'innovation basé sur l'innovation ouverte](#)

[3. Communs et domaine public](#)

[CHAPITRE 8. Pipra \(Public Intellectual Property Resource for Agriculture\) : une tentative avortée de pallier la faiblesse du domaine public dans les technologies agricoles](#)

[CHAPITRE 9. Collections muséales et collections biologiques : de la conservation à l'accès ?](#)

[CHAPITRE 10. Pour un régime positif du domaine public](#)

[4. Perspectives pour demain](#)

[CHAPITRE 11. Communs de la connaissance, communs globaux et connaissance des communs](#)

[CHAPITRE 12. Plan de transition vers les communs : une introduction](#)