

ANR PROPICE

*Propriété Intellectuelle, Communs et Exclusivité
Les nouvelles frontières de l'accès et de l'innovation partagés*

WP 2012-10

Fabienne Orsi

SESSTIM, IRD UMR 912

***Penser la propriété commune
Un nécessaire changement de cadre d'analyse***

Document de travail

[mai 2012]

Penser la propriété commune

Un nécessaire changement de cadre d'analyse

Fabienne Orsi, SESSTIM, IRD UMR 912.

Avertissement :

Le texte proposé dans ce WP, constitue le quatrième et dernier chapitre de mon Habilitation à diriger des recherches soutenue publiquement le 3 avril 2012. Après plus de quinze années passées à étudier le renforcement des droits de propriété intellectuelle et la montée de l'exclusivisme dans les domaines de la recherche sur le vivant et le médicament, ce chapitre signe mon engagement dans une nouvelle voie de recherche relative aux alternatives possibles à ce trop plein d'exclusivisme dans le domaine de l'immatériel.

*

**

Mon objectif ici est de porter le regard sur la manière de recréer du commun et un accès partagé là où le renforcement des droits de propriété intellectuelle a permis que se multiplient à l'excès le fractionnement et le blocage de l'accès à la connaissance et à l'innovation.

Il s'agit là d'une question au centre d'un débat actuel particulièrement intense et vaste et c'est dans cette perspective que s'est inscrite ma participation à l'élaboration du projet ANR Propice. Mon objectif n'est pas ici de revenir sur l'ensemble de ce débat ni sur le contenu de ce projet, ni enfin sur les différentes facettes de mon engagement dans celui-ci.

Il s'agit plutôt de proposer un nouvel éclairage théorique susceptible d'alimenter la réflexion sur les alternatives à la propriété privée et exclusive dans le domaine de l'immatériel.

Plus précisément l'objectif est de mettre l'accent sur une approche de la propriété définie comme un ensemble de faisceau de droits, de « bundle of rights ». L'intérêt premier de cette approche est de permettre de sortir du cadre de pensée binaire, renvoyant ainsi dos à dos propriété privée et exclusive et libre accès, pour penser de nouveau la propriété commune -ou partagée- comme voie possible au-delà de l'opposition binaire dans laquelle la réflexion se trouvait saisie. Ce cadre d'analyse nouveau s'applique d'abord au domaine des biens matériels. Néanmoins, il revêt une importance toute spéciale dans le domaine de l'immatériel au moment où la réflexion est alimentée par des initiatives telles que les *creative commons* ou les logiciels libres¹ dont les principes fondateurs ne se ramènent et pas au libre accès mais sur l'organisation des droits de propriété de communautés d'usagers et de créateurs.

¹À Sur l'économie des logiciels libres voir en particulier (Foray et Zimmermann 2001 ; Zimmermann et Jullien 2002 et 2007).

Cette approche de la propriété en termes de faisceaux de droits est celle à partir de laquelle Elinor Ostrom et les chercheurs associés au programme sur l'étude des *commons* construisent leur définition de la propriété commune. Cette conception singulière de la propriété nous est apparue lors d'une réflexion collective que nous avons initiée au printemps 2011 dans le cadre du projet Propice sur la question des traits communs et des différences entre communs « fonciers » et communs « immatériels » (Coriat 2011).

Ce chapitre conclusif poursuit l'analyse de cette conception de la propriété comme bundle of rights en mettant principalement l'accent sur son intérêt pour penser la propriété commune aujourd'hui. Mais il s'agira aussi de souligner le fait que cette conception de la propriété n'est pas propre à l'école des commons ; elle constitue en fait le d'une puissante doctrine juridique américaine en matière de propriété, cependant très éloignée des préoccupations relatives à la propriété commune.

Avant d'entrer dans les détails de cette présentation, je voudrais tout d'abord brièvement rappeler le point de départ des travaux d'Ostrom et al., car il permet en même temps d'introduire une question longtemps occultée par l'histoire : celle du lien entre propriété commune et communs.

I. Propriété et commons : un lien occulté par l'histoire

Chez les économistes le thème de la propriété commune et des « commons » n'a pendant longtemps suscité que très peu d'intérêt, et ce, notamment depuis les attaques sévères dont ces notions furent l'objet de la part d'auteurs tel que Demsetz (Demsetz 1967). Un moment clé de l'offensive fut la parution en 1968 de l'article fameux de Garrett Hardin « the tragedy of the commons » qui fut interprété par la théorie dominante comme ayant réglé la question de la supériorité de la propriété privée et exclusive (Hardin 1968).

Cependant, l'attribution du prix Nobel d'économie à Elinor Ostrom en 2009 pour ses travaux sur la gouvernance des commons a marqué un tournant majeur dans l'histoire de la « pensée » économique et témoigne avec vigueur du regain d'intérêt que suscite ce thème ainsi que des enjeux contemporains qui lui sont associés².

L'un des grands intérêts des travaux d'Elinor Ostrom³ est d'avoir mis en exergue l'existence dans nos économies contemporaines de régimes spécifiques de propriété commune à la base d'organisation autogouvernée ne relevant ni du marché ni de l'Etat et que ces régimes, loin de

² On soulignera aussi le regain de vitalité de ce thème à la suite de l'article de Heller et Eisenberg sur la tragédie des *antcommons* dans le domaine de la recherche biomédicale (voir chapitre 2 de cette HDR). On remarque aussi un regain d'intérêt pour le thème chez les historiens. Voir notamment les travaux de De Moore sur la question du passage du concept de commons depuis le moyen âge à nos jours (De moore 2011).

conduire à des situations d'inefficiences, pouvaient s'avérer plus performants que la propriété privée et le marché.

Le point de départ déterminant de l'analyse d'Ostrom est sa réfutation de la thèse à succès de la « tragédie des communs » d'Hardin qui jusque-là, comme on l'a rappelée, était utilisée comme une démonstration de la supériorité de la propriété privée et de l'archaïsme des formes collectives de gestion des ressources naturelles⁴. Ostrom montre que cette thèse repose sur une confusion entre la propriété commune et des régimes de libres accès dans lesquels aucun droit n'est défini et où personne ne détient le droit d'exclure quiconque de l'utilisation d'une ressource. Hardin, comme beaucoup d'autres auteurs, recourt au terme de propriété commune pour qualifier en fait une situation de total libre accès et « unmanaged »⁵. Cette confusion s'est imposée dans la littérature économique et c'est sur cette base que se fondent les arguments en faveur de la propriété privée et l'idée que l'inexistence de droits de propriété ou leur insuffisante définition ne peut que conduire à des situations d'inefficience symbolisées par la thèse de « la tragédie des communs »⁶. L'argument le plus couramment mobilisé pour promouvoir la thèse de la tragédie des communs prend appui sur le cas du « surpâturage » des prés communs au 18^{ème} siècle, décrits comme accessibles à tous, et soumis à une pression démographique croissante. Le grand mouvement de clôture des terres qui traversa l'Europe entre la fin du 18^{ème} siècle et le début du 19^{ème}^{7,8} est ainsi souvent justifié par l'idée qu'il aurait permis de mettre un terme à cette tragédie des terres communes. Comme le souligne Neeson, en Angleterre, haut lieu des terres communes, la thèse qui s'est imposée fut que les *commoners* étaient des paysans pauvres et l'argument qui s'est développé au 18^{ème} siècle fut celui de la

3^À La question des communs comme champ d'étude émerge à partir de la fin des années 1960, avec de premiers travaux sur les institutions « traditionnelles » de gestion collective des ressources (foncier, eau, forêts, pêcheries). Se constituent alors des associations d'envergure internationale, telle la *Commission on Folk Law and Legal Pluralism* établie en 1978 par l'International Union of Anthropological and Ethnological Sciences (IUAES) ou l'IASCP (*International Association for the Study of Common Property*), créée en 1989, à l'initiative d'Elinor Ostrom (Université d'Indiana, Bloomington).

4^À L'article va servir de véritable levier idéologique et de source d'inspiration pour l'élaboration des politiques d'environnement et les interventions des bailleurs de fonds dans les pays en développement au cours des années 1980.

5^À Dans l'article d'Hardin aucune définition n'est donnée des communs et témoigne d'une méconnaissance des formes institutionnelles de ces communs. Voir notamment (Cox 1985).

6^À Pour un aperçu de l'éventail de cette littérature voir (Schlager et Ostrom 1992 ; note 1).

7^À Il s'agit ici des enclosures parlementaires, car le mouvement des enclosures commença bien avant. Voir notamment les chapitre 24 et 25 Livre I du *Capital* de Karl Marx sur l'histoire l'expropriation des terres des populations paysannes (Marx 2001).

8^À C'est d'ailleurs en référence à ce moment de l'histoire que James Boyle, juriste américain devenu fameux introduira l'idée de « second enclosure movement » pour qualifier les évolutions en cours dans le domaine de la PI. Voir notamment (Boyle 2003).

nécessité d'enclorre les terres pour lutter contre cette pauvreté et pour permettre le succès de l'agriculture moderne. L'argument central est ainsi devenu que l'enclosure était vitale pour l'intérêt national (Neeson 1993). La controverse qui a eu lieu au sujet des enclosures et de l'importance de l'opinion anti-enclosure a longtemps été occultée par l'histoire de même que les droits communaux ont souvent été niés ou passés sous silence.

Depuis peu certains travaux d'historiens commencent à donner une autre version des faits. Ils mettent notamment en lumière le fait que la plupart de ces terres communes n'étaient pas en libre accès mais reposaient sur un système complexe de droits collectifs de propriété.

Neeson est l'une des ces rares historiennes à avoir travaillé sur les droits des *commoners* en Angleterre. Elle nous éclaire sur l'importance de ces droits et sur la manière dont ils sous-tendaient une véritable organisation sociale de la paysannerie anglaise et en assuraient l'« indépendance »: « the common right prospered in the 18eme where forest, fen, hill and vales villages hade generous common pastures, or where they housed many small occupiers of land and cottages. Here commoners ensured the value of common right with effective local system of by-laws, and common right offered some independence of wages and markets. More than this: it was a crucial part of the structure of social relations. Commoners were the last of the English peasantry»⁹ (Neeson, op.cit, p.12).

Sans doute est-il important de rappeler qu'à cette époque en Angleterre comme dans la France d'avant la Révolution de 1789 et l'avènement du Code Civil, sur le plan juridique, la propriété relevait d'un régime dit de droit coutumier, c'est à dire un régime caractérisé par une pluralité de règles juridiques et une juxtaposition des normes locales marquée par la prédominance de la coutume¹⁰. La propriété n'était pas attachée à une chose, mais portait sur ses utilités, ses produits (on parle d'absence de « corporité » de la propriété). De fait, cela impliquait non seulement l'absence de liberté de disposer de la chose (l'*abusus*, i.e. le droit de vente) mais autorisait la superposition (ou la juxtaposition) de différents droits de propriété ou d'usage d'une même chose. Ces systèmes de propriété étaient qualifiés de « propriétés simultanées » (Patault 1989) en ce qu'ils autorisaient la distribution de droits d'usages séparés et leur juxtaposition.

Ce système qui, en France, a sous-tendu la féodalité était aussi celui qui organisait les terres communes. Le modèle archétypique était souvent celui d'une juxtaposition à niveau égal des droits de l'exploitant (du labour à la récolte) et de différents droits d'usage des communautés villageoises tels que le droit de glanage, le droit de vaine pâture, le droit d'affouage ; l'ensemble

⁹ Pour une histoire des terres communes en France voir notamment (Vivier 1998).

¹⁰ Pour une analyse historique des droits communaux et de la signification juridique de la coutume en Angleterre voir en particulier (Thompson 1993).

de ces droits étant réglementés et reconnus par les cours de justice (De Moore 2009 ; Neeson 1993).

Avec les enclosures c'est certes à un vaste processus de privatisation des terres auquel on a assisté mais c'est en même temps un véritable changement de conception de la propriété elle-même qui s'est opéré. Il s'agit du moment important de bascule vers la conception moderne de propriété (exclusive) privée et indivisible: les droits d'usage sont abolis et relégués au statut de « faveur », le propriétaire unique sur une même chose est consacré en même temps que le droit d'aliénation est instauré.

Certes en France au moment de la Révolution, la consécration de la propriété exclusive fait souvent office d'emblème de l'abolition de l'Ancien Régime. Mais, c'est oublier les mouvements qui opposèrent la paysannerie française pour la sauvegarde des communaux et les grands propriétaires fonciers opposés à la vaine pâture (code rural, droit de clore) de même que les Actes de partage des biens communaux (De Moore 2011 ; Vivier 1998).

Les travaux du grand historien anglais E.P Thompson témoignent, pour l'Angleterre, de ce changement de nature de la propriété qu'opèrent les Enclosure Acts (1760 et 1840) et soulignent la manière dont cela a constitué le tournant déterminant dans la destruction du système d'organisation économique et social de la paysannerie anglaise : « Les enclosures redéfinirent la nature de la propriété agraire elle-même. C'était le point culminant d'un long processus séculaire détruisant les rapports coutumiers des hommes aux moyens de production. Ce fut socialement d'une grande portée parce que cela illumine, à la fois avant et après la destruction des éléments traditionnels dans la société paysanne anglaise » (Thompson 1991, cité dans Neeson 1999).

Ce très succinct détour historique me semblait important à faire pour souligner toute l'opacité sur lequel semble avoir reposé le postulat de la supériorité de la propriété privée mais aussi pour pointer les fausses évidences à partir desquelles ont été menées les plus vives critiques à l'encontre des formes historiques de propriété commune et d'accès partagé. Comme certains historiens commencent à en rendre compte, il semble qu'il n'y ait pas eu de tragédie des communs¹¹.

De fait les études réalisées sur la période contemporaine par Ostrom et l'école des commons sont d'une grande portée notamment parce qu'elles opèrent un important travail de déconstruction de ces fausses évidences. Ce faisant elles autorisent de nouveau à intégrer dans la réflexion sur les alternatives à la propriété privée et au marché, la question de la propriété commune et des formes d'auto-organisation.

¹¹ Voir notamment (Cox 1985 ; De Moore 2009).

II. Elinor Ostrom et la propriété commune comme faisceau de droits distribués

Outre l'accent mis sur la confusion entre les termes de propriété commune et de libre accès non régulé, Elinor Ostrom pointe le fait que dans l'essentiel de la littérature économique la propriété privée est définie comme étant équivalente au droit d'aliénation. De là que tout système de propriété ne contenant pas ce droit est considéré comme mal défini et générateur d'inefficience. Or, l'un des grands intérêts des travaux d'Ostrom est de montrer que l'absence de droit d'aliénation ne signifie pas forcément une mauvaise définition du régime de propriété et ne conduit pas forcément à de l'inefficience. Pour comprendre cela il est beaucoup plus juste et utile de concevoir la propriété comme un ensemble de faisceau de droits de propriété, permettant eux-mêmes de définir plusieurs types de détenteurs de droits de propriété.

Cette analyse d'Ostrom est menée sur la base d'études empiriques portant majoritairement sur des systèmes de ressources naturelles, qu'elle qualifie de *pools communs de ressources ou CPR* (lacs, rivières, pêcheries, systèmes d'irrigation, forêts, etc.) qui produisent ou sont composés d'unités de ressources (poissons, arbres, quantité d'eau, etc.). Ces CPR se caractérisent par le fait qu'ils associent une haute « substractability in use » et une haute « difficulté à exclure les non bénéficiaires ». Ainsi ils partagent à la fois certains attributs des biens privés et des biens publics.

Soulignons, comme le fait l'auteur, qu'il n'y a aucune association automatique- ou naturelle- entre un pool commun de ressources et un régime de propriété commune. Le régime de propriété associé à un CPR peut être public, privé, relevé d'une communauté d'utilisateurs ou encore le CPR peut être utilisé en total libre accès : « Common-pool resources may be owned by national, regional, or local governments; by communal groups; by private individuals or corporations; or used as open access resources by whomever can gain access. Each of the broad types of property regimes has different sets of advantages and disadvantages, but at times may rely upon similar operational rules regarding access and use of a resource » (Ostrom 2000, p.338)

La question posée par Ostrom est celle de savoir quel régime de propriété peut s'avérer le plus performant dans une optique de préservation et de développement durable de ces CPR.

Pour étudier le type de propriété associé à un pool-commun de ressources particulier, Ostrom¹² propose une définition de la propriété décomposée en cinq droits en rapport avec les CPR : le droit d'accès, le droit de prélèvement, le management, l'exclusion et l'aliénation. Ces cinq droits sont répartis entre deux niveaux hiérarchiques :

¹² Cette analyse est développée dans deux principaux articles : (Schlager et Ostrom 1992 et Ostrom 2000).

- Un niveau inférieur qualifié d'opérationnel - « operational level property rights » - où se situent les *droits d'accès* au CPR et le *droit de prélèvement* 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 au niveau opérationnel. A ce niveau se situe trois types de droits : *le management, l'exclusion et l'aliénation*.

Le management 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. C'est ici que se définit la «gouvernance».

L'exclusion 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'*aliénation* est défini comme étant le droit de vendre ou de céder entièrement ou partiellement l'un ou les deux droits d'exclusion et de management.

Sur la base de cette décomposition de la propriété en cinq faisceaux de droits indépendants, quatre types de *détendeurs de droits de propriété* sont caractérisés ; cette catégorisation s'appliquant aussi bien à un individu qu'à une collectivité (ou communauté).

	Owner	Proprietor	Claimant	Authorized User
Access and Withdrawal	x	X	x	x
Management	x	X	x	
Exclusion	x	X		
Alienation	x			

Bundles of rights associated with positions

Source: Schlager and Ostrom, 1992, p.252

La première catégorie est celle des *authorized users* qui détiennent uniquement un droit d'accès et de prélèvement. Les *claimants*, détiennent les mêmes droits que les *authorized users* mais détiennent en plus un droit relevant du niveau supérieur, le droit de management. La troisième catégorie est celle des *proprietors* qui possèdent les mêmes droits que les *claimants* avec le droit d'exclusion en plus, mais ne possèdent pas le droit d'aliénation. Seule la catégorie des *owners* possèdent ce droit d'aliénation.

Cette typologie a d'abord comme avantage de rendre compte de la complexité du monde des droits de propriété, d'ouvrir en quelque sorte la « boîte noire » de la classification classique propriété d'Etat, propriété privée, propriété commune.

Elle permet surtout d'identifier des régimes de propriété composés de droits clairement définis sans que cela implique qu'ils intègrent le droit d'aliénation. Pour Ostrom ce qui importe dans l'identification d'un régime de propriété c'est la possession ou non des droits d'exclusion et de management.

De là, deux types de régimes de propriété peuvent exister : les régimes de type *proprietorship* lorsque les propriétaires détiennent l'ensemble des droits à l'exception du droit d'aliénation et ceux de type *ownership* dans le cas contraire.

Dès lors en matière de propriété commune, selon Ostrom: "Groups of individuals are considered to share communal property rights when they have formed at least the collective-choice rights of management and exclusion in relationship to some defined resource system and the resource units produced by that system (Ostrom 2000, p.342).

Ainsi, on parlera de régime de propriété commune lorsque celui-ci est soit de type « communal proprietorship », c'est à dire lorsqu'une communauté s'est formée pour organiser le management et l'exclusion ; soit de type « communal ownership » lorsque le droit d'aliénation est partie intégrante des collective choice rights.

Cette distinction entre deux types de régime de propriété commune est avant tout construite pour et sur la base d'observations de système de pool commun de ressources naturelles. Et l'un des grands intérêts des études menées par l'école des Commons est d'avoir montré que les régimes de propriété qui sous-tendent ces CPR sont souvent de type communal proprietorship et d'en avoir montré le fonctionnement, l'organisation et la performance. Notons que les régimes de propriété sur un même CPR peuvent aussi être de nature hybride, mixant par exemple une propriété d'Etat de type ownership avec un proprietorship communal¹³. On soulignera que d'une manière générale, les droits peuvent être distribués de manière très différente permettant d'appréhender des formes de régime de propriété complexe.

* * *

En procédant à cette brève présentation de l'approche de la propriété chez Elinor Ostrom, je souhaitais surtout rendre compte du fait qu'elle permettait de réhabiliter la réflexion sur la propriété commune. Bien que le focus soit mis sur les ressources naturelles, cette approche peut s'avérer intéressante pour penser la propriété (commune) dans le domaine de

¹³ Notons aussi que les régimes de propriété peuvent combiner des droits dit de jure lorsqu'ils émanent et sont reconnus par l'Etat et des droits dits de facto lorsqu'ils sont uniquement créés par la communauté. Voir (Schlager et Ostrom, op.cit.p.254).

l'immatériel. L'approche en terme de faisceaux de droits peut nous permettre de poser la question des formes de propriété commune qui s'organisent ou pourraient s'organiser dans le domaine de l'immatériel. Quelle place cette propriété commune est amenée à prendre.

Le passage, ou les conditions de « transférabilité » de l'un à l'autre des domaines reste à construire. Les faisceaux de droits associés à ce que nous pourrions appeler « un pool de connaissance » devront être pensés au regard en particulier du caractère non épuisable de la ressource, contrairement au cas des CPR étudiés par l'école des commons.

Au-delà des aspects « techniques » liés à la nature du domaine ou des biens concernés, poser la question de l'applicabilité de l'approche en termes de faisceaux de droits au domaine de l'immatériel nécessite selon moi de dépasser le cadre d'analyse proposé par Ostrom pour inscrire la réflexion dans le débat plus large relatif à la conception de la propriété comme bundle of rights. Car cette conception n'est pas une émanation d'Ostrom ni de l'école des Commons. Elle constitue en fait le cœur d'une puissante doctrine américaine dont le développement au cours du 20^{ème} siècle a conduit à une véritable révolution dans la conception même de la propriété aux Etats-Unis, une propriété se présentant comme à la fois fragmentée et dématérialisée. Loin de représenter un courant minoritaire, cette conception renouvelée de la propriété s'est érigée en véritable dogme aux Etats-Unis tant dans le milieu académique que dans les cours de justice américaines.

Le paragraphe suivant tente une première incursion dans la littérature consacrée à la propriété comme bundle of rights. Cette littérature constitue en fait un véritable continent aux ramifications nombreuses. Aussi, la présentation qui suit ne prétend nullement à l'exhaustivité ni à la maîtrise de l'ensemble des enjeux associés. Il s'agit plutôt de présenter une sorte de première lecture, un premier éclairage sur certains points saillants qui me sont apparus pertinents pour l'étude ultérieure des régimes de propriété dans le domaine de l'immatériel et dont l'analyse approfondie pourrait constituer le cœur d'une recherche future.

III. La propriété comme bundles of rights : la voie de fragmentation moderne de la propriété- Fondements et traits saillants

Cette conception de la propriété en termes de bundle of rights trouve ses racines dans le courant juridique américain dit du *legal realism* (ou réalisme juridique). Ce courant émerge au début du 20^{ème} siècle avec comme projet de saisir le fonctionnement social et les effets produits par le droit en s'émancipant de l'emprise du formalisme juridique et en proposant une analyse basée sur des catégories réalistes, c'est-à-dire construites à partir de l'observation des réalités (Kirat 1999).

Selon Jamin au moment de son essor ce mouvement insuffla y compris en France « le doute sur un très grand nombre de croyances fortement ancrées chez les juristes : sur la naturalité des catégories juridiques, l'incapacité à se mettre au contact des faits autrement qu'en les

assujettissant aux classifications juridiques préétablies, la distinction des sphères publiques et privées, la cohérence et l'autonomie du droit, voire sa neutralité axiologique, ou encore, car la liste n'est nullement exhaustive, son éventuelle indétermination » (Jamin 2010).

La littérature s'accorde à reconnaître que les *legal realists* (ou les réalistes) ont opéré une véritable révolution dans le domaine du droit, en particulier dans le domaine du droit de propriété (Mossoff 2009 ; Merrill et Smith 2001). Ils ont introduit une conception nouvelle de la propriété fondée sur des dimensions sociales et politiques, s'opposant en cela à la vision jusnaturaliste de la propriété dominante jusqu'au début du 20^{ème} siècle (Johnson 2007). Pour les réalistes la propriété doit être conçue non pas comme un droit antérieur à la loi conférant un droit absolu d'une personne sur une chose, mais comme un ensemble complexe de relations légales entre des personnes. L'ensemble des commentateurs situe l'origine de cette approche dans l'article de Wesley Hohfeld publié en 1913 « Some fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (Hohfeld 1913). Denise Johnson écrit à ce sujet « Hohfeld's theory conveys the idea that one who has a right is opposed by another who has "no-right," and that these opposites are a set of legal relations that can describe any kind of property. These legal relationships are sets of claims and entitlements in tension with each other, held by people against one another» (Johnson op.cit.).

Ces relations entre personnes sont décrites comme des collections de droits, mais aussi de devoirs, de pouvoirs et de responsabilité divisées en plusieurs segments (Penner 1996). C'est cette fragmentation de la propriété en plusieurs segments indépendants qui est à l'origine de la métaphore en termes de bundle of rights. Elle sera cependant véritablement élaborée par Honore, dans son article *Ownership* publié en 1961 (Honore 1961).

Définition générale des bundles of rights selon Honore, dans (Johnson, 2007, p.253)

1. **The right to possess**—the right to “exclusive physical control of the thing owned. Where the thing cannot be possessed physically” because it is intangible, “possession may be understood metaphorically or simply as the right to exclude others from the use or other benefits of the thing.”
2. **The right to use**—the right “to personal enjoyment and use of the thing as distinct from” the right to manage and the right to the income.
3. **The right to manage**—the right “to decide how and by whom a thing shall be used.”
4. **The right to the income**—the right “to the benefits derived from foregoing personal use of a thing and allowing others to use it.”
5. **The right to capital**—“the power to alienate the thing,” meaning to sell or give it away, “and to consume, waste, modify, or destroy it.”
6. **The right to security**—“immunity from expropriation,” that is, the land cannot be taken from the right-holder.
7. **The power of transmissibility**—“the power to devise or bequeath the thing,” meaning to give it to somebody else after your death.
8. **The absence of term**—“the indeterminate length of one's ownership rights,” that is, that ownership is not for a term of years, but forever.
9. **The prohibition of harmful use**—a person's duty to refrain “from using the thing in certain ways harmful to others.”
10. **Liability to execution**—liability for having “the thing taken away

for repayment of a debt.”

11. **Residuary character**—“the existence of rules governing the reversion of lapsed ownership rights”; for example, who is entitled to the property if the taxes are not paid, or if some other obligation of ownership is not exercised.

Les réalistes ont ainsi introduit un changement complet de perspective pour penser la propriété qui selon certains s'identifie à un programme de « détronation » de la propriété (Merrill et Smith 2001). C'est que concevoir la propriété comme un ensemble de relations de droits, de pouvoir et de devoirs distincts entre des personnes constitue un fractionnement du droit de propriété en même temps que sa « dématérialisation », dans le sens où ce qui importe n'est pas la chose concernée, ni même sa nature, mais les relations sociales entre les personnes. Malgré ou grâce à son ton ironique, la citation suivante extraite de l'article précédemment cité de Merrill et Smith me semble assez bien traduire cette idée : « Property is a composite of legal relations that holds between persons and only secondarily or incidentally involves a « thing ». Someone who believes that property is a right to a thing is assumed to suffer from a childlike lack of sophistication-or worse” (Merrill et Smith op.cit.).

Dès lors que la propriété est conçue non pas comme un droit absolu sur une chose mais comme un ensemble de relations sociales, sa portée se trouve considérablement affaiblie. Ceci peut d'autant mieux être compris si l'on se situe dans le contexte historique dans lequel la doctrine des bundles of rights prend corps par la voie du courant réaliste.

Le réalisme juridique émerge à un moment particulier de l'histoire intellectuelle et politique des Etats-Unis. Il suit en effet le 1^{er} mouvement de la Law and Economics 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 en ce qu'il s'agit de défendre l'idée d'un Etat interventionniste 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 inscrits dans la Constitution des Etats-Unis fondée sur le principe d'intervention minimal de l'Etat dans la régulation économique et conduisant à rejeter toute limitation à l'exercice des droits de propriété ou à la liberté de contracter. Dès lors l'apport des premiers réalistes participe de 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'Etat dans le contrôle et la redistribution des droits de propriété. C'est en tout cas la thèse que défendent Merrill et Smith lorsqu'ils écrivent : « They [the realists] sought to undermine the notion that property is a natural right, and thereby smooth the way for activist state intervention in regulating and redistributing property. If property has no fixed core of meaning, but is just a variable collection of interests established by social convention, then there is no good reason why the state should

not freely expand or, better yet, contract the list of interests in the name of the general welfare. The realist program of dethroning property was on the whole quite successful. The conception of property as an infinitely variable collection of rights, powers, and duties has today become a kind of orthodoxy. Not coincidentally, state intervention in economic matters greatly increased in the middle decades of the twentieth century, and the constitutional rights of property owners generally receded » (Merill et Smith 2001, p, 365).

Depuis au moins les années 60, il semble qu'il n'y ait plus réellement trace de promoteurs de l'Etat interventionniste dans le rang des réalistes, au même titre d'ailleurs que dans le deuxième mouvement de Law and Economics. Il demeure que la conception de la propriété comme faisceaux de droits s'est imposée comme « *mainstream* » à la fois dans le milieu académique et dans les cours de justice américaines (Mossoff 2009 ; Jonhson 2007 ; Penner 1996). En matière d'enseignement Mossoff indique que « in their first year of law school, law students learn the modern orthodoxy that “property” refers to an aggregate set of social relations—various rights and obligations between citizens that are bundled together for socially contingent policy reasons » (Mossoff 2009).

Cependant, cette « orthodoxie moderne » semble avoir évolué dans un sens bien précis, plaçant le droit d'exclure au premier rang des critères déterminants de la propriété aussi bien dans la théorie que dans la pratique : “The claim that the right to exclude is the essential characteristic of the legally protected entitlement known as “property” soon became orthodoxy within modern property theory. By the end of the twentieth century, the Supreme Court confidently asserted that the right to exclude is “one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property» (Mossoff, op.cit.).

Finalement, que l'on se situe sur un plan théorique ou dans la pratique juridique, la doctrine des bundle of rights semble avoir pris une orientation nouvelle s'imposant comme puissant outils de défense du droit d'exclure. D'une certaine manière on retrouve ce primat du droit d'exclure y compris chez Ostrom. Qu'il s'agisse de la propriété privée ou de la propriété commune, le droit d'exclure semble constituer le plus petit dénominateur commun à partir duquel se débat la question de la propriété aujourd'hui, tout du moins, dans le milieu anglo-saxon. A ce titre il est intéressant de signaler que l'on retrouve cette mise au premier plan du droit d'exclure chez les juristes-économistes libéraux, lesquels s'opposent pour autant farouchement à la conception de la propriété en termes de bundle of rights et militent pour une refondation de la théorie (ainsi que la pratique) de la propriété en termes de droit réel (« in rem ») (Merrill et Smith 2001 ; 2007 ; Caley 2009).

Il conviendrait d'aller plus en avant dans l'analyse de la montée du droit d'exclure et du rapprochement qui semble s'opérer entre un certain usage des bundles of rights et les partisans d'une refondation de la théorie de la propriété à partir du droit réel.

A ce stade, je souhaiterais brièvement conclure en proposant quelques pistes permettant d'envisager l'usage de l'approche en termes de bundle of rights dans le domaine de la PI et ce dans le questionnement qui est le nôtre dans le projet ANR Propice, à savoir celui de la définition et de l'analyse des « communs immatériels ».

Pour conclure : quel usage des bundles of rights dans le domaine de la propriété intellectuelle et des communs immatériels ?

Si nous devons comparer les évolutions récentes qui ont eu lieu dans le domaine du droit de propriété des biens matériels et celui des biens immatériels, - principalement en matière de droit de propriété intellectuelle- tout semble indiquer que ces droits ont connu des évolutions opposées : alors que l'un s'est trouvé affaibli, l'autre a connu en renforcement sans précédent.

Bien que non exhaustive, la revue de la littérature que j'ai engagée relative au concept de bundle of rights semble indiquer qu'il n'existe pas de réelle théorie unitaire de la propriété comme bundles of rights mais qu'il s'agit plutôt d'un concept sur la base duquel a pris corps la controverse entre les thèses libérales et les thèses sociales de la propriété privée¹⁴. Le concept de bundles of rights est alors d'abord pensé contre « l'absolutisme propriétaire » et, dans la pratique, il semble bien s'être érigé de façon ad-hoc comme outil de l'interventionnisme visant à réduire les droits des propriétaires ou encore à concilier les intérêts en jeu dans le rapport à la propriété. Ici réside le véritable intérêt du recours au concept de bundle of rights dans l'évolution de la conception de la propriété, c'est-à-dire son rôle actif dans le processus d'affaiblissement du droit de propriété privée sur les biens matériels. Il s'agit donc d'un rôle politique. Une analyse plus poussée de la littérature relative à cet affaiblissement concret du droit des propriétaires serait nécessaire, et à sa suite celle relative à la prépondérance récente du droit d'exclure et à sa signification. S'agit-il d'un retournement de l'utilisation du concept de bundles of rights ?

Hors ce questionnement, si l'on admet l'idée d'un affaiblissement de la propriété sur les biens matériels, celui-ci s'exprime de façon différente et plus puissamment encore chez Elinor Ostrom. En effet, Ostrom fait un usage des bundles of rights l'autorisant à penser et à construire d'autres formes de propriété différentes de la propriété privée et individuelle, des formes de propriété commune ou partagée. Car c'est bien en procédant par décomposition puis assemblage de différents droits autonomes (du bundle) qu'Ostrom construit conceptuellement des notions de propriétés communes dans le domaine des ressources naturelles.

¹⁴ L'article le plus exhaustif est sans doute celui de Clayes (Clayes 2009).

Dès lors quel apport peut avoir cette approche de la propriété dans le domaine de l'immatériel ? Si l'idée d'affaiblissement de la propriété est centrale, alors ne peut-on pas traiter de la question des biens communs immatériels comme d'un enjeu en termes d'affaiblissement de la propriété intellectuelle ? Le concept de communs de l'immatériel peut-il être construit dans cette perspective ? Dès lors quelles sont les formes prises par cet affaiblissement ? Dit autrement quels sont les régimes (ou formes) de propriété associés aux biens communs immatériels ?

Une analyse menée en termes de bundles of rights propre au domaine de l'immatériel pourrait alors conduire à la construction d'une typologie des différents régimes de propriété intellectuelle jusque et y compris à l'identification de régimes de propriété commune ou partagée.

Bien sûr cette proposition contient une limite intrinsèque qui est que l'approche en termes de bundle of rights demeure de tradition de la common law. Quand est-il en matière de droit européen par exemple ? A-t-on assisté à un affaiblissement de la propriété similaire à celle observé aux Etats-Unis ? Y a-t-il eu débats et refondation de la théorie de la propriété ? Et ailleurs, dans les pays du sud par exemple comment ont évolué les différentes conceptions de la propriété ? Sur quelles bases juridiques ? Inversement peut-on observer une migration du concept de bundle of rights ? Les travaux traitant de la notion de pluralismes juridiques pourraient sans doute apporter des éléments d'analyse utiles.

Il va de soi que l'étude des régimes de propriété ne constitue qu'une partie de l'analyse des biens communs, qu'ils soient de nature immatériels ou tangibles. Le deuxième pilier essentiel des communs concerne leur gouvernement collectif. Cette HDR a complètement passé sous silence cet aspect du sujet car trop éloigné de son fil directeur. Il reste que cette dimension est centrale est qu'elle devra, au même titre que les questions de propriété intellectuelle, constituer le cœur de nos réflexions dans le projet ANR Propice et au delà.

Comprendre les enjeux associés aux questions de propriété intellectuelle aujourd'hui implique de dépasser le simple cadre classique d'analyse en termes de welfare et d'incitation à l'innovation. Rester sur cette ligne d'analyse empêche toute vision éclairée des changements en cours et de leur ampleur. J'espère, dans cette HDR, avoir contribué à rendre compte de cette nécessité de penser autrement ces questions.

Les questions de propriété intellectuelle mais aussi plus généralement de propriété ont été délaissées par les économistes ou laissées aux mains de ceux qui en ont fait un outil déterminant des économies de marché et du capitalisme. Aujourd'hui c'est la connaissance elle-même qui se trouve aux prises avec la logique de marché et la propriété privée. Cette même connaissance qui fut pendant longtemps considérée par la théorie économique comme un bien public, par nature inappropriable mais étrangement similaire au *res nullius* des juristes, « ces

choses qui ne sont pas encore appropriables mais qui pourraient l'être un jour puisqu'elles sont inscrites elles aussi sous l'horizon théologique de la communauté négative, et que l'extension de l'empire de l'homme est indéfinie » (Xifaras 2004, p. 502). Alors, n'est-il pas temps d'ouvrir un espace pour penser autrement l'innappropriabilité, non pas sous sa forme négative, mais en tant que construit positif, une propriété commune?

Bibliographie

- Boyle, J. 2003. "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain" *Law and contemporary problems*, (66): 33-74.
- Claeys, E.R. 2009. "Property 101: Is Property a Thing or a Bundle?", *Seattle UL Rev.* (32):617-631.
- Coriat, B. 2011. Communs « fonciers », communs « informationnels » Traits communs et différences Contribution présentée pour l'ANR Propice « Propriété Intellectuelle, Exclusivité et Communs », Rencontre des acteurs et des chercheurs de l'Economie Sociale et Solidaire avec Elinor Ostrom, Prix Nobel d'Economie 2009, 23 juin 2011, MACIF, Paris.
- Cox, S. 1985. "No Tragedy on the Commons", *Environmental Ethics*, (7):49-62.
- De Moor T. 2011. "From common pastures to global commons: A historical perspective on interdisciplinary approaches to commons", A paraître dans *Natures Sciences Sociétés*.
- De Moor, T. 2009. "Avoiding tragedies: a Flemish common and its commoners under the pressure of social and economic change during the eighteenth century", *The Economic History Review* (62):1-22.
- Demsetz, H. 1967. "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review*, (57/2) Papers and Proceedings of the Seventy-ninth Annual Meeting of the American Economic Association: 347-359.
- Foray, D. et Zimmermann, JB. 2001. "L'économie du logiciel libre. Organisation coopérative et incitation à l'innovation", *Revue Economique* (7/51): 77-93.
- Fried, B. 1998. *The progressive assault on laissez faire: Robert Hale and the first law and economics movement*. Cambridge Mass. Harvard University Press.
- Hardin, G. *The Tragedy of the Commons*. Science, Vol. 162.(3859) : 1243-1248.
- Heller, M. A., et Eisenberg, R. 1998. "Can Patent Deter Innovation ? The Anticommons in Biomedical Research", *Science* (280) :698-701.
- Hohfeld, W.N, 1913. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal*, (23).
- Honore, A.M. (1961), "Ownership" in A.G. Guest (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
- Jamin, C. 2011. "Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée", *Droit* (51).
- Johnson 2007. "Reflexion on the bundle of rights" *Vermont Law Review* (32/247):248-271.
- Janis, M. 2002. "Patent Abolitionism", *Berkeley Technology Law Journal*.
http://btlj.org/data/articles/17_02_08.pdf
- Kirat, T. 1999. *Economie du droit*, éditions la Découverte.
- Marx, K. 2001. *L'expropriation originelle*, Chapitres 24 et 25 du Capital, 1867, publié par Labrica et Lamoureux, Les nuis Rouges.
- Merrill, T.W et Smith. H.E. 2001. "What happened to property in law and economics?", *The Yale Law Journal* (2): 357-398.
- Merrill, T.W et Smith. H.E. 2007. *Property: Principles and Policies*, Foundation Press.

- Mossoff, A. 2001. "Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800", *Hastings Law Journal* (52): 1255-1322.
- Mossoff, A. 2009. "Use and Abuse of IP at the Birth of the Administrative State", *University of Pennsylvania Law Review* (157): 2001-2050.
- Neeson, J.M. 1993. *Commoners: Common right, enclosure and social change in England, 1700-1820*. Cambridge New York Melbourne: Cambridge University Press.
- Neeson, J.M. 1999. "La clôture des terres et la société rurale britannique: une revue critique" Trad par. Hannah Collings. *Histoire, économie et société* (18): 83-106.
- Ostrom, E. 2000. "Private and common property rights", In *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II. Civil Law and Economics, ed. Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest. Cheltenham, England: Edward Elgar : 332-379.
- Patault, A.M 1989. *Introduction historique au droit des biens*, PUF.
- Penner, J.E. 1996. "The "bundle of rights" picture of property", *UCLA Law Review* (711):711-818.
- Proudhon, J. et Sago-Duvaurox, D. 2002. *La propriété intellectuelle, c'est le vol ! : les majorats littéraires (et un choix de contributions au débat sur le droit d'auteur au XIXe siècle)*, Presses du Réel.
- Schlager E. et Ostrom E. 1992. "Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis", *Land Economics*, (68/3) : 249-262, University of Wisconsin Press
- Thompson, E.P. 1991. *The making of the English working class*. Rev. ed. London: Penguin Books.
- Thompson, E.P. 1993. *Customs in common- Studies in Traditional Popular Culture*, The New Press.
- Vivier, N. 1998. *Propriété collective et identité communale, les biens communaux en France 1750-1914*, Publications de la Sorbonne.
- Xifaras, M. 2004. *La propriété, étude de philosophie du droit*, PUF.
- Zimmermann, J.B. et Jullien, N. 2002. "Le logiciel libre: une nouvelle approche de la propriété intellectuelle", dans Coriat, B. (coord) *Droits de propriété intellectuelle : nouveaux domaines, nouveaux enjeux*, Revue d'Economie Industrielle (99): 159-178.
- Zimmermann, J.B. et Jullien, N. 2007. "Free/Libre/Open Source Software (Floss): Lessons for Intellectual Property Rights Management in a Knowledge-Based Economy", *The Icfai Journal of Cyber Law*, (6/ 3): 19-36.