

ANR PROPICE

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

WP 2012-14

Judith Rochfeld

Professeur de droit privé, Université Paris 1

Entre propriété et accès : la résurgence du commun

Ce texte a été écrit alors que se mettait en place le programme de l'ANR PROPICE. Dans la mesure où il a contribué à en fixer certaines orientations, il nous a paru utile de le rendre disponible pour le lecteur.

[paru dans *LA BIOEQUITE, Batailles autour du partage du vivant*,
Editions AutrementFrontières, 2009]

5. ENTRE PROPRIÉTÉ ET ACCÈS : LA RÉSURGENCE DU COMMUN

Judith Rochfeld

Le partage équitable des ressources est devenu une question cruciale, aux constats de l'émergence de deux types de situations problématiques. La première tient à la raréfaction de ressources vitales (eau, ozone, certaines espèces animales ou végétales), en raison de la formidable capacité de destruction qu'ont acquise les sociétés modernes, du fait d'une consommation démultipliée (minerais, énergies fossiles) voire d'une dilapidation inconsidérée (eau). Face à cette raréfaction émerge la question, inédite jusqu'alors, de la conservation, de la gestion rationnelle et d'un partage équitable de ces ressources.

La seconde situation embrasse des ressources détenues **de manière privée** par le biais d'un droit de propriété matérielle ou intellectuelle, qui porte aussi sur leurs bénéfices éventuels. Elles peuvent pourtant présenter un intérêt pour une collectivité de personnes, voire pour l'ensemble de la population. S'élève ainsi un conflit potentiel entre personnes reconnues propriétaires et d'autres, intéressées à l'accès et à l'usage de ces ressources et de leurs retombées. Cette situation concerne les médicaments brevetés, par exemple, ou les prétentions des peuples autochtones à bénéficier de leurs ressources naturelles et de leurs connaissances ancestrales. En effet, la circulation des premiers répond en partie à des prérogatives de l'inventeur ou du financeur de leur innovation, alors même qu'elle intéresse le groupe de malades qu'ils traitent, voire les malades particuliers s'étant soumis aux prélèvements ou expérimentations nécessaires à leur élaboration¹. Le bénéfice des seconds

1. Voir le chapitre de Yann [OK ?] Joly, p. XXX.

peut avoir été privatisé². Cette problématique, très actuelle, prend sa source dans la multiplication des « droits de péage » et autres procédés de réservation, ainsi que dans les nécessités de leur articulation avec l'aspiration de tous, ou l'aspiration particulière de certains (malades « intéressés » ou peuples autochtones précités), à pouvoir bénéficier de ces ressources et à partager les bénéfices qui en résultent (financiers, sanitaires, ou scientifiques, notamment).

Or, cette articulation est marquée par le paradigme de la propriété privée. En effet, l'idée dominante, dans nos sociétés construites sur la modernité née de la philosophie du XVIII^e siècle, tient en une préférence de principe donnée à l'appropriation privative. Conçue comme un droit fondamental, la propriété privée a été érigée comme la marque de la liberté de chacun : en tant que condition de l'autonomie des individus par leur pleine maîtrise sur leurs biens, la propriété privée, définie d'ailleurs comme le droit d'exclure autrui de la jouissance de ses biens, s'est imposée comme la condition de la liberté. Dès lors, au XVIII^e et au XIX^e siècles, le droit de propriété, individuel et exclusif, s'est inscrit comme un droit fondamental et comme le paradigme de la détention des biens et des usages que ceux-ci offrent. Cette idée s'est étendue à toute richesse intellectuelle. À l'inverse, toutes formes de propriété collective ou publique étaient regardées comme peu désirables et, partant, marginalisées.

Dès lors, revenir sur l'articulation ainsi posée pour débattre d'un partage équitable des ressources vient bousculer la pensée traditionnelle : cela invite à nuancer le paradigme de la propriété privée et implique, plus avant, une redéfinition de la liberté individuelle et du rapport de l'homme aux choses et à ses semblables.

Plus exactement, le bouleversement n'est pas aussi profond à l'égard de la première hypothèse visée : celles de ressources abondantes, devenues rares aujourd'hui. Les ressources en question sont traditionnellement rapportées à un régime d'absence d'appropriation : en raison de leur abondance, qui permettait à chacun d'en disposer en quantité suffisante sans en priver autrui, il n'était pas apparu nécessaire d'en organiser une appropriation (air, eau, gibiers). Pour ces ressources, l'appropriation privative n'aurait pas présenté d'intérêt. En outre, quand bien même aurait-elle été envisagée, l'intérêt pour la collectivité en avait été très tôt perçu de sorte que cette appropriation a toujours été rejetée.

2. Voir le chapitre de Marie-Angèle Hermitte, p. XXX.

Pour toutes ces raisons, ces ressources étaient attirées [???] vers un régime de « chose commune », c'est-à-dire ouverte à l'utilisation de tous. En conséquence, affirmer aujourd'hui les nécessités d'un partage équitable à leur égard, en raison des menaces pesant sur leur rareté croissante, ne remet pas en cause les assises juridiques fondamentales de leur régime. Tout au plus doit-on se méfier d'un premier réflexe, tenant à une revendication d'appropriation privative au sens où il est couramment affirmé que les « droits privés constituent une réponse à la rareté³ ». Il est cependant rapidement déjoué tant cette raréfaction s'applique à des ressources vitales pour l'humanité dont l'intérêt pour la communauté a, depuis longtemps, été admis. « Restent » les questions de leur conservation, de leur saine gestion, ainsi que de leur juste répartition au bénéfice de tous et de la qualification juridique adéquate.

La seconde hypothèse – celles de ressources dont une appropriation privée est organisée alors qu'elles intéressent l'intérêt d'une collectivité de personnes – pose, elle, explicitement la question du maintien sans nuance du paradigme de l'appropriation privée qui aboutit en effet à une privatisation de ressources pouvant être regardées comme vitales ou nécessaires à la subsistance d'un groupe d'individus. Plus particulièrement, cette appropriation privative peut même choquer lorsque ces individus ont participé à l'avènement de la ressource dont certains vont se voir attribuer le bénéfice privatif (malades ou peuples autochtones). Il s'agit alors de repenser les frontières et les modalités de l'appropriation, telles que conçues sur fond de paradigme de la propriété privée.

La réflexion se déploie, tout d'abord, dans un contexte de débat idéologique majeur, de teneur politique assez substantielle, qui oppose les tenants d'une conception libérale de la propriété, notamment les économistes libéraux se réclamant de Ronald Coase (prix Nobel d'économie et grand théoricien de l'analyse économique du droit), aux défenseurs d'une conception plus solidariste et redistributive. Selon les premiers, l'appropriation privée demeurerait le moyen le plus efficace de conserver et de protéger les ressources concernées, en raison de son effet « responsabilisateur » : la bonne gestion conditionne les profits du propriétaire ; elle implique mise en valeur et efforts d'innovation ; dans cette optique, la propriété ne pourrait devenir collective sans aboutir à ce que l'un de ces libéraux, Garrett Hardin, a appelé la « Tragedy of The

3. Ejan MacKaay, « La propriété est-elle en voie d'extinction ? », dans *Nouvelles Technologies et Propriété*, Montréal/Paris, Thémis/Litec, 1991, p. 217 sqq (spéc., p. 219).

Commons⁴ ». Contre cette thèse, les seconds prônent une appropriation collective ou, de façon plus nuancée, une appropriation mixte faisant une place au droit d'usage de tiers intéressés, ainsi qu'à des préoccupations collectives de conservation et de partage des bénéfices. Pour ces derniers, la propriété exclusive pourrait se borner à n'être, selon l'expression de François Ost, qu'une « propriété-exploitation⁵ », voire tendre à une « propriété-spéculation⁶ », et ne privilégierait que les bénéfices à court terme. En cela, elle ne favoriserait en rien la protection des ressources ni l'innovation (voir, en matière de recherches, l'hypothèse de la « tragédie des anti-communs » évoquée par Michael Heller et Rebecca Eisenberg⁷). Par contraste, la propriété collective présenterait l'avantage non négligeable de revêtir une fonction symbolique et communautaire, oubliée par les penseurs libéraux : celle d'attacher, à la propriété, une identité commune. Enfin, selon ce courant, l'appropriation privée ne prendrait pas en compte des impératifs qui relèveraient de l'intérêt général et qui s'y opposeraient parfois, tels la dignité humaine ou le droit à la vie (lorsque leur respect dépend de ressources détenues privativement).

Dans le prolongement de ce débat théorique, les qualifications juridiques mettant en exergue l'exigence du collectif rivalisent. Qu'il s'agisse de reconnaître un droit au partage en faveur de personnes particulièrement intéressées (participants à une expérimentation, sur les retombées de la recherche par exemple) ou en faveur d'un groupe d'individus, voire de l'ensemble de l'humanité (sur des ressources vitales notamment), toutes ces qualifications entendent soustraire des ressources au statut « traditionnel » des biens, c'est-à-dire à leur appropriation individuelle et privative, ou au moins nuancer cette dernière. Toutes se développent sur un fond idéologique de solidarité, non pas conçu sous le prisme d'un bon sentiment, mais comme une conséquence des interdépendances mondiales à l'égard des risques de destruction et à l'égard de la recherche, des connaissances de leurs retombées (alimentation élémentaire, santé, etc.).

Ces propositions ne s'expriment pourtant pas selon un mode unitaire. On peut, dans un premier sens, repenser la propriété en élargissant le cercle de ses titulaires. On nuance alors ses caractères traditionnels

4. Garrett Hardin, *art. cit.*

5. François Ost, *La Nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 2003.

6. *Ibid.*

7. Voir le chapitre de Maurice Cassier, p. XXX.

d'individualisme et d'exclusivisme, en la reliant à un titulaire incarnant un intérêt collectif. C'est ce que fera ressortir la typologie des qualifications relevant du « commun », qui se développe sur une gamme allant de la « chose commune » au « patrimoine commun » (I). Dans un second sens, on peut reprendre les fondements idéologiques de la propriété, conçue par la modernité du XVIII^e siècle sous les traits d'une liberté, pour proposer une relecture de ce que la liberté individuelle signifie aujourd'hui. On remet alors plus profondément en cause le paradigme décrit en lui opposant une concurrence, sous la forme d'un nouveau droit fondamental : le droit à l'accès (II).

Le paradigme nuancé : la « propriété » commune

Plusieurs notions témoignent du regain actuel de la considération de l'intérêt collectif, à l'égard de la conservation, de l'usage et du partage équitable de ressources et des bénéfices induits. On ne compte ainsi plus les appels à la reconnaissance de « choses communes », à l'institution de biens comme « communs », voire à leur reconnaissance comme « patrimoines communs » (de la Nation, de l'Europe, de l'Humanité, etc.). Ces appels s'expriment à l'échelle interne tout comme dans les traités internationaux, où cette orientation prend la dénomination de « biens publics mondiaux », de « *commons* » ou encore de « *global commons* ».

Le constat est alors le suivant : alors que l'appropriation privée est et demeure privilégiée comme le paradigme du rapport de l'homme aux choses, elle serait aujourd'hui nuancée par des formes d'appropriation plus solidaires.

Pourtant, lorsque l'on analyse de la typologie des diverses qualifications intégrant ainsi le « commun » – du rejet de toute appropriation à l'organisation d'une forme d'appropriation collective –, on constate qu'elles ne revêtent pas la même force ni la même pertinence à servir les buts identifiés.

Le commun par rejet de l'appropriation

À un bout de la palette, considérons l'ancienne qualification de chose commune⁸ qui renvoie aux « choses qui n'appartiennent à

8. Voir Marie-Alice Chardeaux, *Les Choses communes*, préface de Grégoire Loiseau, Paris, LGDJ, 2006, p. 92 *sqq.* Les juristes connaissent également une autre qualification, celle de *res nullius* (« chose n'appartenant à personne »), mais elle ne sera pas évoquée ici car elle n'élimine pas l'appropriation privative : elle ouvre à l'appropriation du premier « arrivé », sans aucune garantie d'équité.

personne et dont l'usage est commun à tous » (art. 714 du Code civil). Dans une vision classique (celle du droit romain notamment), elle peut se réclamer d'une conception « naturaliste » (d'un donné de la Nature) : seraient des choses communes celles dont la nature ne pourrait se concilier avec une appropriation exclusive et appellerait un usage commun. Dans une vision renouvelée, plus « normative », la qualification serait volontairement utilisée pour réserver une chose à l'usage commun, en excluant l'appropriation individuelle, au nom d'une volonté de préserver l'intérêt de tous à son bénéfice. La mer, l'air, l'atmosphère sont ainsi traditionnellement regardés comme des « choses communes ». L'environnement ou le milieu tendraient aujourd'hui à rejoindre cette catégorie. La chose commune se caractérise alors par l'usage commun qui l'entoure et l'impossibilité de son appropriation privative. Certes, des appropriations partielles en sont possibles (un seau d'eau de mer, par exemple), mais elles seraient sans conséquence du fait de l'abondance des ressources.

Néanmoins, la raréfaction des ressources a entamé la pertinence actuelle de cette qualification. L'idée de « chose commune » entourait, en effet, des ressources considérées comme inépuisables et à l'égard desquelles les prélèvements étaient sans portée. C'est pourquoi l'on considérait d'ailleurs que l'organisation de leur appropriation privée était inutile et l'on parlait, au XIX^e siècle, d'une « communauté négative » : il n'était pas nécessaire d'en réserver une propriété privée, de sorte que ces ressources tombaient, négativement en quelque sorte, dans la communauté et qu'était ainsi garanti le libre accès de tous. La raréfaction des ressources naturelles pose une limite au raisonnement : l'usage inorganisé ne garantit plus le bénéfice de chacun et l'absence d'exclusion n'apparaît plus comme une considération suffisante. De nouveaux impératifs émergent, qui tiennent à la conservation de ces ressources et à une gestion de leur usage qui en préserve l'existence, présente et future, ainsi que l'équité de leur partage. Or, la qualification de « chose commune » ne peut prendre en charge ces impératifs.

Le commun par appropriation collective

La touche suivante, sur la palette du commun, est celle du « bien public » qui, comme les suivantes, renvoie à la notion d'appropriation,

par une personne ou un groupe de personnes représentant la collectivité et au bénéfice de laquelle sont affectées les ressources considérées. Plus précisément, la notion de bien public connaît deux types de définition, selon que l'on se tourne vers le droit ou vers l'économie.

Pour la doctrine juridique française, le bien public se caractérise par l'idée d'une affectation des biens à l'usage de tous. Ce critère dit « fonctionnel » du caractère public est présent en droit romain : les *res publicae in usu publico*, c'est-à-dire les biens publics destinés à être utilisés par tous (route, cours d'eau, bâtiments publics), renvoient à l'idée d'une affectation à l'usage général. Par la suite, ce premier critère sera couplé à un second : parce qu'ils impliquent éventuellement un certain mode de production (routes de grande envergure par exemple), ainsi que l'organisation de conditions d'accès indifférencié, pour tous les membres de la collectivité (usage des routes, des cours d'eau, etc.), ces biens publics seront considérés comme mieux gérés par l'État ou ses dérivés (à même d'en assurer la production, la distribution et la gestion satisfaisante). De la sorte, le bien public se trouve non seulement associé à l'utilité publique, mais également à une appropriation par une personne publique. Même si elle connaît des variantes, le cœur de la notion juridique de bien public se réfère à des biens détenus par une personne publique, notamment l'État, que cette dernière affecte à l'usage de la collectivité, entière ou restreinte. Cette affectation en justifie le régime dérogatoire (l'inaliénabilité notamment) et les principes de continuité, de libre accès de tous, et d'égalité. Cette conception est très marquée par une certaine pensée française qui estime le marché incapable de supporter les coûts engendrés par les devoirs attachés à de tels biens et considère l'appropriation publique comme mieux à même de poursuivre et de défendre l'intérêt général et d'assurer l'usage de tous.

Une conception américaine du bien public relève, elle, davantage de l'économie. Elle se fixe autour d'une première définition, datant des années 1950, à partir de travaux devenus célèbres de Paul Samuelson⁹, dont certaines idées seront retravaillées par l'école du Public Choice (Public Choice School). « Bien public » et « bien privé » y sont opposés, par la mise au jour de deux caractéristiques du bien public, relevant davantage de sa nature intrinsèque (au moins à l'origine), que de

9. Paul A. Samuelson, « The Pure Theory of Public Expenditure », *Review of Economics and Statistics*, 1954, vol. 36, n° 4, p. 387-389. Pour une synthèse contemporaine, voir Richard A. Epstein (dir.), *Private and Common Property : Liberty, Property, and the Law*, New York and London, Garland Publishing, 2000, p. 292 sqq.

l'intérêt en cause dans son usage. Tout d'abord, un bien public serait un bien indivisible : un individu ne peut s'en réserver la jouissance (on ne peut, par exemple, se réserver la jouissance exclusive de la mer). Ensuite, un bien public serait non exclusif ou non rival : la jouissance que l'un en a ne fait pas obstacle à celle des autres ni ne la diminue. L'information serait ainsi l'exemple type du bien public au sens économique : détenir une information n'exclut pas de sa connaissance le précédent détenteur. Un bien public profite donc à tous, dès le moment où il a été mis en circulation une première fois et où il échappe notamment à son auteur. Pour les économistes, relèveraient de cette catégorie des entités aussi disparates que la paix, l'atmosphère, la science ou la stabilité monétaire.

À partir de ces caractéristiques, deux types de régime ont été proposés, tous deux dérogatoires à la propriété privée. D'un côté, on constatera l'inutilité d'organiser l'appropriation de ces ressources, par nature abondantes, notamment au regard du coût élevé de cette organisation si elle était décidée (supérieur à celui de la libre disposition) : on reconnaît ici certains des ressorts de la qualification juridique de « chose commune ». D'un autre côté, on admettra, quand bien même il s'agit de penser le statut de ces ressources dans une société révéralant le marché et la propriété privée, que ces hypothèses révèlent la « défaillance » de ces derniers concepts : l'exploitation privée de ces ressources ne pourrait être satisfaisante, en raison notamment de son coût ; l'investissement n'est plus proportionné aux bénéfices qui en découlent. Ces « défaillances » justifieraient qu'une appropriation publique soit organisée, sous l'égide d'une autorité à même de prendre en charge l'exploitation et l'usage des ressources concernées. On reconnaît là les ressorts de la qualification de « bien public » (au sens juridique).

Pour autant, cette qualification ne fonctionne que lorsque l'État, ses collectivités publiques ou une autorité collective constituée se saisissent d'une ressource et en assurent la production et la conservation. Cette dynamique ne peut donc s'exercer à l'égard de tous les éléments impliqués par l'usage commun, comme elle ne peut s'exercer à l'égard des « biens publics mondiaux » pour lesquels un pouvoir organisé n'existe pas. Sa portée et sa pertinence restent donc limitées de sorte que, au-delà de la reconnaissance symbolique d'un intérêt collectif, on conteste que la notion puisse entraîner un véritable régime juridique¹⁰.

10. Voir Inge Kaul, Isabelle Grunberg et Marc A. Stern (dir.), *Les Biens publics mondiaux*. La

Si, en définitive, la qualification de bien public résulte de l'alliance de deux principes féconds dans la perspective d'un partage équitable (un principe de justice assurant l'accès de tous au bien ; un principe d'économie érigeant l'État en garant de cet accès)¹¹, il n'en reste pas moins que leur concrétisation reste dépendante de modes d'organisation qui peuvent manquer.

Un même constat peut être opéré au sujet d'une troisième catégorie, les biens communs, née d'une sorte de moralisation de l'idée de bien public, au sens où la nécessité de la communauté procède là de considérations éthiques alors que la communauté du bien public se justifiait par des considérations intrinsèques (économie) ou politiques (droit). Les biens communs posent le même problème de l'autorité propre à en assurer la gestion et, pour l'heure, aucun régime unitaire ne vient l'entourer.

Un obstacle du même ordre se retrouve à l'égard de la notion de patrimoine commun. Qu'elle en appelle à celui de la Nation, de l'Europe ou de l'Humanité, cette notion consiste également à fédérer des biens pour en organiser une affectation collective¹². Née en droit international public pour être appliquée, en premier lieu, aux fonds marins (Convention des Nations unies sur le droit de la mer, dite de Montego Bay, 1982), elle s'applique désormais aux biens culturels (Convention de l'Unesco, 1972) ou, de façon reconnue comme symbolique, au génome¹³.

Les défenseurs de cette qualification insistent sur sa grande portée idéologique : reposant sur une « conception solidariste et égalitariste »,

coopération internationale au xx^e siècle, Paris, Economica, 2002 ; critique [?], Marie-Angèle Hermitte, « Intérêt général et droits de propriété intellectuelle en matière pharmaceutique. L'inutilité de la notion de bien public mondial », *Actes du colloque « Figures et problèmes de la mondialisation »* des 13 et 14 décembre 2007 au Collège de France : www.college-de-france.fr.

11. Jean Clam, « Qu'est-ce qu'un bien public ? Une enquête sur le sens et l'ampleur de la socialisation de l'utilité dans les sociétés complexes », *Archives de philosophie du droit*, 1997, vol. 41, p. 62-63.

12. Parmi de multiples références, voir Alexandre Kiss, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1982, t. II, vol. 175, p. 103 sqq ; Sylvie Paquerot, *Le Statut des ressources vitales en droit international. Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, préface de Riccardo Petrella, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 36 sqq ; Cédric Groulier, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *Actualité juridique. Droit administratif*, 2005, n° 19, p. 1034 ; Marie-José Del Rey, « La notion controversée de patrimoine commun », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 388.

13. Voir le chapitre de Yann Joly, p. XXX.

elle intégrerait une véritable visée redistributive. Elle renverrait à une appropriation finalisée, faite de responsabilité à l'égard de tous (voir l'idée de transmission contenue dans la notion de « patrimoine », c'est-à-dire étymologiquement « ce qui vient des pères ») et de partage équitable. Elle s'accompagnerait d'un régime adéquat : les ressources seraient placées sous la gestion d'une entité impartiale (et non d'un État en particulier) ; elles seraient rendues accessibles à tous, ainsi que les recherches dont elles feraient l'objet et les résultats sur lesquels elles déboucheraient ; leurs éventuels bénéfices économiques répondraient à une préoccupation de partage équitable ; leur utilisation devrait être pacifique. L'ensemble de ces impératifs, enfin, s'appliquerait au bénéfice des générations présentes comme futures, à l'égard desquelles l'usage des ressources et leur partage équitable devraient également être garantis. À la différence de la notion de bien commun, plus statique, celle de patrimoine commun se voudrait ainsi dynamique et transgénérationnelle.

En outre, la notion aurait l'avantage de dépasser l'opposition entre appropriation privée et absence d'appropriation ou appropriation collective, car les ressources impliquées ne seraient pas forcément soustraites à toute appropriation privative. D'un côté, en effet, l'idée de patrimoine commun peut embrasser des biens vacants. On place alors ces derniers sous un système d'appropriation collective, afin d'organiser leur conservation et leur gestion rationnelle dans l'intérêt de tous (Antarctique par exemple). D'un autre côté, elle peut s'appliquer à des biens appropriés. L'idée de patrimoine commun vient alors s'y superposer, afin de faire reconnaître, sur les biens ou droits concernés, l'accès à certains titulaires. La notion ne fait alors plus obstacle à l'appropriation individualiste et exclusive, mais organise, dans une conception plus solidariste, son articulation avec un droit d'accès de tiers intéressés. Il y a alors, sur une même ressource, exercice de droits divers, par une pluralité de titulaires. Ce montage est déjà à l'œuvre, par exemple, pour les bâtiments classés monuments historiques qui relèvent, non certes du patrimoine commun de l'humanité, mais du « patrimoine commun culturel » : le droit du propriétaire demeure, mais ce dernier doit accepter de se soumettre à certaines restrictions, imposées dans l'intérêt de la conservation du bien ou de l'accès du public (droits des tiers intéressés). Pour décrire ce montage où l'intérêt particulier du propriétaire demeure (sans expropriation), mais où, dans le même temps, un intérêt collectif est reconnu et peut s'exercer, François Ost suggère le terme

« transpropriation¹⁴ ». Applicable au patrimoine naturel et culturel, interne, comme international, cette figure de la superposition de droits n'est d'ailleurs pas juridiquement inconnue puisque l'Ancien Régime organisait la superposition de diverses propriétés sur un même bien, selon les usages en cause (propriété « éminente » du seigneur contre propriété « utile » du tenancier, par exemple). En définitive, cette qualification traduirait véritablement un « mouvement de publicisation » du droit de propriété par reconnaissance de l'intérêt collectif concurrent.

L'idée, pourtant, n'est plus guère reprise aujourd'hui, même si la Charte constitutionnelle française de l'environnement du 1^{er} mars 2005 qualifie ce dernier de « patrimoine commun des êtres humains ». C'est qu'elle bute sur un certain nombre d'obstacles non négligeables. Des critiques idéologiques s'expriment, tout d'abord, qui vont de celles des défenseurs du marché et de la plénitude de la propriété privée aux tenants d'un certain solidarisme. Pour les premiers, reprenant la critique contenue dans la « tragédie des communs », la composante communautaire serait non seulement discutable mais inefficace. Pour les seconds – les défenseurs de l'environnement notamment –, la notion serait, à l'inverse, trop mercantile et gestionnaire : en dématérialisant la nature par exemple et en en intégrant ses objets dans un « patrimoine », on les entourerait d'une logique de « gestion rationnelle » et de marché¹⁵.

Ensuite, la notion pêcherait par les difficultés de sa mise en œuvre. Certes, la désignation des titulaires présente l'intérêt de ne pas être limitée à l'État (ou aux autorités publiques) et de s'élargir à des groupes plus divers, tels des autochtones, des groupes de malades, etc. Pour autant, cet élargissement pose le problème du mode de représentation et d'action de ces groupes, peu constitués juridiquement et qui demeurent majoritairement, pour l'heure, des « sujets de droit imparfaits »¹⁶ : qui est titulaire de ce patrimoine ? Comment s'incarne par exemple « l'Humanité » et comment peut-elle agir efficacement pour exercer ses droits ? Comment organiser la gestion de ces patrimoines ? Par ailleurs,

14. François Ost, *op. cit.*, p. 64 *sqq* et p. 323 *sqq*.

15. Marie-Angèle Hermitte et Bernard Edelman (dir.), « Entre personne humaine et matériau humain : le sujet de droit », dans *L'Homme, la Nature et le Droit*, Paris, Bourgois, 1988, p. 138 *sqq*.

16. Pour ces critiques voir Cédric Groulier, *art. cit.*, p. 1036 ; Jean Charpentier, « L'humanité : un patrimoine mais pas de personnalité juridique », dans *Les Hommes et l'Environnement. Quels droits pour le XXI^e siècle ?*, Paris, Frison-Roche, 1998, p. 17 ; seuls certains éléments élevés au rang de patrimoine ont été entourés d'une autorité pour les représenter, voir par exemple l'article 137 § 2 de la Convention sur le droit de la mer (1982).

à l'égard de patrimoines qui se voudraient « mondiaux », certains insistent sur l'impossible consensus entre des intérêts divergents, ainsi que sur le risque de déséquilibre entre pays industrialisés et pays en développement quand il s'agira de prendre des décisions.

Quand bien même ces obstacles ne marqueraient qu'une étape historique, la notion reste, pour beaucoup, sujette à caution quant à sa portée juridique ; Elle se bornerait à n'être qu'un objectif politique. En outre, pour l'heure, son domaine d'application effective serait circonscrit à des ressources naturelles « économiques », non « vitales », situées au-delà du territoire des États (les fonds marins, la Lune, l'Antarctique). Son application à des ressources vitales, situées sous souverainetés nationales et impliquant des charges et des responsabilités pesant sur les États, ne serait pas d'actualité.

Enfin, dernière étape de ce parcours typologique, le « **commun contractuel** ». Institué volontairement, par accord de volontés entre personnes désireuses de mettre en commun des biens et des ressources normalement passibles d'une réservation privative, il s'assimile à la construction de sortes de patrimoines communs¹⁷. On pense, par exemple, aux œuvres, et notamment aux logiciels, dits « libres », ou aux contrats de recherche prévoyant le partage des bénéfices induits. L'exclusivité des droits de réservation, matériels ou intellectuels, se trouve ici volontairement utilisée pour assurer un partage équitable. Elle l'est par le biais du contrat et du consentement, instituant l'articulation de la communauté et de l'inappropriable. Le processus est sur ce point remarquable tant le contrat est ordinairement conçu comme un mécanisme d'échange entre individus, pour servir des intérêts privés, et non comme l'instrument de la mise en œuvre d'une justice distributive ou redistributive. Ce contrat se transmet, en outre, à tous les utilisateurs, et perpétue une communauté tenue dans les mêmes termes, ce qui assure la pérennité du partage. Sa limite est bien entendu dans son ressort, à savoir la volonté concordante de personnes convergeant vers un même but redistributif. Le phénomène ne peut donc être généralisé en dehors de communautés volontaires.

En définitive, les modes organisés de gestion de « biens » ou de « patrimoines » communs ne sont pas encore constitués ou achevés. Le

17. Sur ce rapprochement, voir Mélanie Clément-Fontaine, « Les œuvres libres », thèse de doctorat sous la direction de Michel Vivant, Montpellier I, 2006, p. 442 *sq.*

dépassement de la propriété ou de sa fonction classique par l'élargissement du cercle de ses titulaires bute encore sur la constitution de structures concentrant légitimement la représentation de l'intérêt commun (hors les États). Dès lors, sans rejeter ces catégories, on doit s'en éloigner et prendre en considération les propositions qui, plutôt que de repenser la propriété en élargissant le cercle de ses titulaires, proposent de lui opposer un nouveau droit fondamental, le droit d'accès, et remettent ainsi en cause les fondements mêmes de la propriété individuelle et exclusive.

Le paradigme concurrenté : le droit à l'accès

Il ne s'agit plus ici de prendre comme point de départ la propriété et d'en proposer la redéfinition de ses titulaires. Il est davantage question de remonter à la construction de la propriété comme ce droit « naturel » et « imprescriptible » (art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789), construit comme la liberté fondamentale de la modernité, pour mettre en doute ces soubassements et leur pérennité. *A minima*, il est question de l'émergence d'un droit concurrent, susceptible d'entrer en conflit avec le droit de propriété : le « droit à l'accès » aux ressources (A). Fonctionnant sur le mode du droit au logement (opposable au droit du propriétaire d'immeuble) ou du droit de grève et d'occupation (opposable au propriétaire d'une usine), ce droit à l'accès intéresserait en priorité un domaine circonscrit, on s'en doute, à certains types de ressources particulièrement essentielles (B).

Le « droit à l'accès »

Sur les traces des travaux visionnaires de Crawford Macpherson, Jeremy Rifkin a systématisé l'idée d'une « logique de l'accès », proposée comme substitut postmoderne au modèle de la propriété privée¹⁸. 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 l'autre, c'est-à-dire d'une

18. Crawford Brough Macpherson, *Democratic Theory: Essays in Retrieval*, Clarendon, Oxford University Press, 1973, p. 125 *sqq*; Jeremy Rifkin, *op. cit.*, p. 304 *sqq*.

propriété privée conçue comme un droit d'exclusion¹⁹. Ils insistent à l'inverse sur l'existence, avant cette acception moderne, d'une définition de la propriété comme le droit de ne pas être exclu de l'usage ou de la jouissance d'un bien. Ils font alors ressortir l'importance, oubliée, d'une propriété publique et de biens publics, compris comme mettant en œuvre ce droit d'inclusion en offrant à tous l'accès à des biens déterminés.

Or si, depuis le XVIII^e siècle, sous l'influence d'une théorie moderne de la propriété privée conçue en termes d'exclusivité et de droit de l'homme, il s'est bien produit une disparition de la propriété collective et l'occultation de ces droits d'inclusion de l'individu, le mouvement n'aurait rien d'inéluctable ou d'inhérent au développement social. Il n'aurait fait qu'accompagner l'essor du marché et du capitalisme moderne. Aujourd'hui, dans un univers marqué par la complexité et l'interdépendance, le droit de propriété devrait être réinterprété en un « droit individuel de ne pas être exclu de l'usage ou de la jouissance des ressources productives accumulées par toute la société »²⁰.

En conséquence, les individus devraient jouir d'un « nouveau » droit, dont la construction est proposée : un droit de ne pas être exclu (Macpherson) ou un droit à l'accès (Rifkin). Le droit à un environnement sain fournirait d'ores et déjà un exemple de ce « patrimoine collectif dont personne ne doit être exclu »²¹. Mais on peut imaginer qu'il s'étende aux données scientifiques et aux bénéfices de certaines recherches.

Ces propositions présentent l'intérêt d'ériger, face à un droit de propriété dont on a mesuré l'importance, un droit fondamental concurrent, et ce par référence à la liberté sous-jacente à chacun d'eux. Au paradigme dominant de la propriété, s'attachait en effet la notion de liberté comme autonomie : être libre signifiait être propriétaire, comme marque de l'indépendance de l'individu dans la maîtrise de ses biens, partant dans son rapport à autrui (en rupture avec les liens d'interdépendance sur les divers biens de l'Ancien Régime). C'est en quoi le droit de propriété a pu être élevé au rang d'un droit de l'homme « naturel » et « imprescriptible ». Dans un monde d'interconnexions, pourtant, la liberté ne signifierait plus autonomie, mais accès : il ne s'agit plus tant

19. Pour une présentation actuelle de la propriété comme ce droit d'exclure autrui voir **Frédéric Zénati-Castaing** et **Thierry Revet**, *Les Biens*, 3^e éd., 2008, p. 163 *sqq* et p. 259 *sqq*.

20. Jeremy Rifkin, *op. cit.*, p. 304 *sqq*.

21. **Crawford Brough** Macpherson, *op. cit.*, p. 135.

d'être autonome, car désormais cela signifie être déconnecté et isolé, mais de jouir des diverses ressources au même titre que les autres. De là une redéfinition de la liberté fondamentale selon un paradigme de l'accès et une concrétisation de cette liberté en un droit d'inclusion. Reste alors, à l'égard d'un impératif de partage équitable des ressources, à définir celles qui justifieraient la reconnaissance d'un tel droit.

4. Un exemple de patrimoine commun : les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture

Préserver la biodiversité, voici un impératif majeur pour la sécurité alimentaire et agricole auquel il n'est pas étonnant que la FAO soit sensible. En témoigne le traité signé sous son égide, relatif aux ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, entré en vigueur le 29 juin 2004 et auquel 118 États sont aujourd'hui parties prenantes.

L'objectif en est simple. Pour limiter l'érosion génétique, il faut inciter les sélectionneurs à développer la plus grande quantité possible de variétés différentes, plutôt que de les laisser se concentrer sur un petit nombre de variétés d'autant plus exposées aux maladies. Du même coup, les ressources phylogénétiques, base de leurs travaux de sélection, doivent être accessibles avec le moins de restriction possible, la sélection végétale reposant sur une très grande interdépendance entre chercheurs et sélectionneurs mais aussi entre pays, une grande partie des États dépendant très largement de ressources phylogénétiques venues d'ailleurs.

C'est pourquoi le traité, sans remettre en cause la souveraineté des États sur leur biodiversité, s'attache à mettre en place un *système multilatéral* par lequel les pays signataires acceptent de mettre en commun leurs ressources dans un réseau international et de les soumettre à trois règles principales.

D'une part, l'accès à ces ressources est garanti : dans le réseau, chacun peut puiser sans restrictions les variétés dont il a besoin (l'Inde les variétés de maïs mexicain, le Mexique le riz vietnamien, etc.). D'autre part, cet accès est facilité en ce que les parties sont libérées de la contrainte qui consiste à négocier, contrat après contrat, en amont, les termes de l'accès. Ici, nul besoin de ces lourdes et coûteuses formalités, un accord type de transfert du matériel suffit. Enfin, les parties conviennent que les avantages, commerciaux ou non, découlant de l'utilisation des

ressources phytogénétiques, sont partagés de manière juste et équitable. Il peut s'agir d'échange d'informations, d'accès aux technologies, de transfert de celles-ci, de versement de royalties.

Certes, le dispositif mis en place n'est pas à l'abri de toute critique. Ainsi, certains grands centres de recherche agronomique se plaignent de ce que leurs échanges soient soumis à la signature systématique d'un accord qui, même s'il est standard, constitue une formalité encombrante. On reproche également au Traité de contenir une disposition qui vide de sa substance le principe même de partage des avantages. Il est en effet prévu que celui qui a développé un produit grâce à une ressource phytogénétique obtenue du réseau multilatéral verse une part équitable des avantages à la FAO, qui les répartira, sauf lorsque ce produit est « disponible sans restriction pour d'autres bénéficiaires à des fins de recherche et de sélection ». Or les variétés végétales sont classiquement protégeables par un droit de propriété intellectuelle spécifique, le certificat d'obtention végétale (COV), dont une des spécificités réside précisément dans le fait que le matériel génétique incorporé dans la variété reste libre d'accès, de même qu'en dépit du droit d'auteur, les mots de l'œuvre protégée restent libres. En pratique, ce n'est donc que si le produit finalement mis au point est breveté que le principe de partage s'applique, cas de figure pourtant rare.

Imparfait, amendable, le Traité représente néanmoins une belle initiative de création de communs.

Le domaine du droit à l'accès

Dans la conception de ses initiateurs, le droit à l'accès intéressait un domaine bien spécifique. Il ne viserait que les sociétés industrielles avancées, dans lesquelles l'abondance de biens matériels rendait moins vivace l'interrogation relative à la propriété privée des biens. Les concernant, il serait possible de plaider pour le passage d'un droit de propriété classique à une propriété qui recouvre plutôt le droit à un revenu immatériel, par exemple une certaine qualité de vie. Cette évolution ne serait pas envisageable à l'égard des individus (80 % des habitants de la planète) qui rencontrent encore des difficultés dans la jouissance et l'accès aux ressources matérielles (voire aux ressources vitales). À l'évidence, il

n'y aurait réellement perte d'intérêt du droit de propriété, en tant que droit d'exclusion, que dans une société d'abondance, au sein de laquelle peut s'exprimer la supériorité des valeurs immatérielles et de la recherche de l'épanouissement. Dans ces sociétés seules, on pourrait délaissier la problématique de la jouissance des biens pour celle de la construction d'un « droit à avoir accès à des relations sociales satisfaisantes ».

Mais l'idée lancée pourrait ne pas s'épuiser dans cette présentation. En posant que le droit à l'accès intéresserait en premier lieu des valeurs immatérielles et se concrétiserait par un droit d'accéder à une vie pleinement épanouie, les propositions de Macpherson dessinent un impératif général dont seule la mise en œuvre semble dépendre de la phase d'évolution de la société concernée. Plus précisément encore, en plaidant pour « l'accès à l'intégralité du système de relations qui rend possible une vie digne d'être vécue » et en le reliant à l'« idée que chaque individu a le droit de ne pas être exclu de l'accès à l'intégralité des ressources et des activités humaines sur lesquelles repose la possibilité de son épanouissement psychologique²² », ces propositions invitent à élargir le domaine de l'accès aux ressources composant le noyau dur des conditions d'une vie « pleinement humaine » ou « digne ». Rival de la propriété exclusive, le droit à l'accès pourrait ainsi se circonscrire à un domaine précis où il se réclamerait d'une valeur devenue, certes évanescence, mais fondamentale : la dignité²³.

Comment définir les ressources composant les conditions d'une vie digne, objets de ce droit d'accès renouvelé ?

Certaines ressources s'imposent assez naturellement dans cette catégorie, au regard de leur caractère vital ou « essentiel ». On pourrait ainsi plaider pour l'émergence et la construction de la catégorie des biens vitaux. Ces ressources vitales ou « d'humanité²⁴ » se dessineraient par

22. Jeremy Rifkin, *op. cit.*, p. ???.

23. La dignité pourrait être reliée à la conception hobbesienne de la propriété, antérieure à la vision du XVIII^e siècle et sur laquelle s'appuie Macpherson (*op. cit.*, p. 139) ; elle renvoie au droit à des biens et des revenus matériels, mais aussi à la vie, à la liberté, à l'honneur, à l'affection conjugale, etc. .

24. Voir Florence Bellivier et Christine Noiville, *Contrats et Vivant*, introduction de Catherine Labrusse-Riou, Paris, LGDJ, 2006, p. 312 *sqq.* et p. 259 *sqq.*, traçant un lien entre « accès » et « ressources essentielles » ; Marie-Anne Frison-Roche, « Les biens d'humanité, débouchés de la querelle entre marché et patrimoine », dans Michel Vivant (dir.), *Propriété intellectuelle et Mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Paris, Dalloz, 2004, p. 165 *sqq.*

référence au respect de l'intégrité physique, particulièrement de la santé physique ainsi que psychologique de chacun. On pense par exemple à un droit à l'accès englobant les traitements et médicaments. On pourrait d'ailleurs placer sous cette construction les revendications qui ont entouré l'accès aux « médicaments essentiels » que sont les antirétroviraux pour les malades du sida et qui, couverts par un brevet, étaient proposés à des prix inabordables pour certaines populations.

Ensuite, il faudrait ajouter à ces biens « vitaux » ceux qui, plus largement, sont nécessaires à une vie digne : les biens de dignité. Ils engloberaient les premiers, mais embrasseraient également ceux relevant de l'identité et de l'épanouissement. Pourraient ainsi intégrer cette catégorie l'information, la connaissance, la science et, généralement, toutes ressources participant d'une identité culturelle ou symbolique.

Certes, il n'est pas question d'esquiver les difficultés que représentent la promotion du droit à l'accès et son articulation avec le droit de propriété (quand il s'exerce sur le bien ou la ressource en question). Nouvelle étape de la socialisation du droit de propriété, le droit d'accès exprime l'idée que les prérogatives du propriétaire devraient faire une place aux usages pouvant être revendiqués par d'autres. Si un bien cesse d'être purement privé à partir du moment où nos sociétés considèrent que la fourniture et la jouissance de ce bien font partie d'un standard social de prospérité²⁵, il y aurait alors de moins en moins de biens privés. La socialisation du droit de propriété s'effectuerait donc désormais dans une articulation avec la « notion de vie », au sens où la propriété, ou son exclusivité, pourraient se trouver exclues quand la vie des autres en dépend²⁶.

En conséquence, on renouerait avec des figures prémodernes de « maîtrises » conjointes sur un même bien, se rapportant à ses diverses utilités, attribuées à plusieurs titulaires, et devant coexister. Cette cotitularité et ce partage des utilités marqueraient la reconnaissance des deux droits, de propriété d'une part, d'accès aux ressources de dignité, d'autre part. Le tout introduirait une nuance aux caractères individuel et exclusif de la propriété moderne, qui se fondaient précisément sur l'idée que lorsqu'on exerce pleinement ses droits, on porte atteinte aux droits des autres²⁷.

25. Jean Clam, *art. cit.*, p. 92.

26. Marie-Anne Frison-Roche, « Propriétés intellectuelles, droits des marchés, régulation », dans Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello (dir.), *op. cit.*, p. 25.

27. Paradoxe mis en lumière par Niklas Luhmann et revisité par Jean Clam (*art. cit.*, p. 93).

À ce stade, tout reste pourtant à faire et les difficultés ne manquent pas. La première difficulté est liée la détermination des ressources concernées, des bénéficiaires de l'accès, ainsi que de ses débiteurs. Quant aux premières, même si l'on a esquissé quelques contours, il n'est évidemment guère simple de définir la notion d'humanité ou de dignité et de cerner les besoins qui y sont attachés. Quant aux secondes, on peut les circonscrire, dans un premier temps, à ceux qui ont pris part à l'avènement de la ressource et peuvent apparaître comme ayant un intérêt spécial (la communauté des malades dont le matériel humain a servi à la recherche, à l'innovation, voire à la production de la ressource ; les peuples autochtones dont les ressources naturelles ou les connaissances contribuent à la mise au point d'un médicament). Plus ample-ment, on pourrait élargir le cercle des bénéficiaires à tous ceux qui ont besoin de la ressource.

Une seconde difficulté tient à la nécessité de décisions politiques fortes, faisant une place à cet accès²⁸. Ce d'autant que l'articulation avec des propriétés reconnues, intellectuelles notamment, pourrait nécessiter des politiques de prix régulés, en appelant à des interventions publiques ou à des décisions multilatérales. On parle à cet égard, quand il existe un marché, de la définition de prix équitables, marqué par une préoccupation de proportionnalité entre le coût représenté par la production des biens et le prix pratiqué, ainsi que les moyens des bénéficiaires (voir l'accord de Doha sur l'accès aux antirétroviraux). À terme donc, la mise en œuvre du droit à l'accès pourrait induire la création de marchés distincts, construits en fonction des particularités de chaque classe de produits et de leur importance vitale²⁹. Pour l'heure, on remarquera que les régimes qui se mettent en place relèvent davantage d'accords de type contractuel, au cas par cas, révocables et précaires, organisant l'accès de certaines personnes, selon des impératifs occasionnels³⁰.

À l'issue de ce panorama, les interrogations sont certainement plus nombreuses qu'au début. Certes, les qualifications du « commun » peinent à s'imposer efficacement et la construction d'un droit à l'accès

28. Marie-Anne Frison-Roche, « Propriétés intellectuelles, droits des marchés, régulation », *art. cit.*, p. 23 *sqq.* ; Florence Bellivier et Christine Noiville, *op. cit.*, p. 312 *sqq.*, p. 259 *sqq.*

29. M.-A. Frison-Roche, « Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine », in M. Vivant (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 165 et s.

30. Sur ce constat, voir M.-A. Hermitte, « Intérêt général et droits de propriété intellectuelle... », intervention précitée.

pour les ressources participant d'une vie digne ne peut, au mieux, que faire figure de proposition tâtonnante. Pour autant, une dynamique est à l'œuvre qui engendre une interrogation sur le maintien, en l'état de domination monolithique, du paradigme de la propriété exclusive, pensée comme le droit d'exclure toute personne de l'usage de son bien. Quand on mesure qu'il s'agit du fondement de la modernité et de la définition de la liberté sur laquelle elle s'est construite, on peut considérer que le chemin déjà parcouru est loin d'être négligeable.