

## Grégoire Chamayou

Agrégé de philosophie, ENS Fontenay.

### Le débat américain sur Liberté, innovation, domaine public.

Les critiques de la propriété intellectuelle aux États-Unis.

#### La critique de la propriété privée était enterrée. Là comme ailleurs, fin de l'histoire.

Pourtant, en ce moment, aux États-Unis, pas un mois ne se passe sans qu'un nouvel article ou un nouveau livre, ne paraisse pour dénoncer les effets néfastes de la propriété intellectuelle. Jamais la critique d'un régime de propriété ne s'était montrée si prolifique. Quels sont les arguments mobilisés, les alternatives proposées ? Au nom de quoi ces critiques se forment-elles ?

À la lecture de ces textes, quelque chose m'étonne : les critiques de la propriété intellectuelle ne s'articulent presque jamais à une critique de la propriété privée « traditionnelle ». Curieusement, leur virulence sur la première question s'accompagne d'une quasi indifférence sur la seconde. À la réflexion, on n'a peut-être jamais critiqué autant et à la fois si peu la propriété privée qu'aujourd'hui. Qu'est-ce qui permet, dans la formulation même de ces discours critiques, de tenir séparées ces deux questions ? Et, inversement comment peut-on établir un lien entre elles, dont l'enjeu serait la formulation d'une critique sociale de la propriété intellectuelle ?

#### La propriété intellectuelle comme entrave à la liberté

Un premier grand type de critique s'énonce au nom de la liberté. On met en évidence un rapport conflictuel entre propriété intellectuelle et propriété corporelle. Si j'achète l'exemplaire d'un livre ou d'une machine, j'en suis propriétaire, mais une série d'usages me sont interdits, par exemple d'en faire une copie et de la vendre. Ma liberté de disposer du bien est bornée par le détenteur du copyright ou du brevet.

Peter Drahos a produit une analyse de cette relation en termes de rapports de pouvoir<sup>1</sup>. Reprenant une thèse familière dans la théorie juridique anglo-saxonne, il commence par montrer qu'un droit de propriété peut être décomposé en un faisceau de droits (*bundle of rights*). Il n'y a pas la propriété, mais

plutôt une diversité de droits différents regroupés sous un seul vocable. Il poursuit en expliquant que ces faisceaux de droits ne portent qu'immédiatement sur des choses. Un propriétaire qui détient un droit à l'usage exclusif d'un bien l'exerce à l'exclusion d'autrui : la relation à l'objet exprime une relation entre des personnes. Ces deux thèses lui permettent de définir les droits de propriété privée comme des faisceaux de rapports de souveraineté ayant pour enjeu l'usage des choses. Dans ce cadre, les droits de propriété intellectuelle sont décrits comme des procédés particuliers d'exercice du pouvoir. Alors que le droit de propriété classique se présente comme portant sur des choses tangibles, singulières (cet exemplaire du livre), le droit de propriété intellectuelle apparaît comme portant sur des choses intangibles et génériques (le texte du livre). Pour fonctionner, le droit a besoin que soit construit un objet abstrait, par la médiation duquel il porte en première analyse sur l'ensemble des exemplaires correspondants et, en dernière analyse, sur les personnes qui en font usage. Un droit de propriété intellectuelle peut donc être défini comme un mode de contrôle des usages reproductifs par le truchement d'un objet abstrait. Ce qui importe ici, c'est le fait qu'il se surimpose au droit de propriété classique en limitant la liberté d'usage dont jouit son détenteur.

Ce phénomène provoque des tensions énormes au sein du discours libéral. Dans un contexte conceptuel où la propriété charrie analytiquement la liberté, comment rendre compte de ce cas paradoxal où la propriété elle-même vient limiter la liberté qu'elle est censée fonder ? Les libertariens américains sont empêtrés dans ce genre de problème. Par exemple, Tom Palmer essaie de dénouer la tension en niant que la propriété intellectuelle puisse être reconnue comme une propriété véritable<sup>2</sup>. Un copyright sur un film télévisé m'empêche d'exercer mon plein droit d'usage sur le magnétoscope que je possède ; il empiète donc sur ma propriété et sur la liberté de jouir de mon bien. À la limite, on pourrait même dire qu'il met une entrave à la libre disposition de mon corps, première des propriétés et fondement primordial de la liberté dans cette philosophie de l'individualisme possessif, puisqu'il m'empêche d'effectuer certains actes alors que je me trouve dans le petit monde de la propriété domestique. Autrement dit, la propriété intellectuelle est contradictoire avec la liberté conçue comme dérivée de la propriété corporelle. La conclusion s'impose : « Le système des droits de propriété intellectuelle n'est pas compatible avec un système de droits de propriété dans les objets tangibles »<sup>3</sup>. Pour éviter la contradiction, la propriété intellectuelle doit être niée, à la fois théoriquement (il ne s'agit pas d'un droit de propriété authentique) et pratiquement (abolition).

On a là un premier grand type de critique, celle qui dénonce la propriété intellectuelle comme une entrave à la liberté, entendue comme libre disposition de la

propriété et, fondamentalement, du corps propre. La référence à Palmer ne doit pas faire illusion : ce type d'énoncé est largement répandu en dehors du cercle d'une certaine droite libertarienne. S'il a une aire de diffusion extrêmement vaste, c'est parce qu'il dérive d'une crise conceptuelle au sein d'une trame discursive largement partagée. Ce que met en crise de manière radicale la propriété intellectuelle, c'est le discours de la propriété de soi mis en place depuis Locke. Cette crise ne peut que s'intensifier au moment où la mise en œuvre capitaliste des biotechnologies tend à appliquer la propriété intellectuelle au corps humain, touchant ainsi de manière évidente au cœur de la tension. Un exemple : un jugement rendu en 1990 a dénié à un patient, John Moore, toute propriété intellectuelle sur du matériel génétique extrait de ses cellules – sans son consentement – par un laboratoire reconnu finalement comme seul propriétaire légitime de cet aspect de son corps. Comme dans le cas des autres objets de la propriété intellectuelle, le corps se dédouble d'une part en objet singulier et d'autre part en objet générique, chacun pouvant recevoir un propriétaire distinct, l'un limitant les prérogatives de l'autre. Je suis propriétaire de mon corps, mais selon quel régime ? Propriété corporelle ? Propriété intellectuelle ? Et de quel corps ? Corps « somatique » ? Corps « génétique » ? En entrant en conflagration avec la propriété classique, la propriété intellectuelle met à l'épreuve les figures de la propriété de soi, de l'identité et de la liberté telles que nous les connaissons.

La critique de la propriété intellectuelle en termes de liberté ne s'en tient pas à de grandes formules philosophiques, elle comprend aussi des programmes empiriques d'enquête sur les formes contemporaines du contrôle juridique et technologique. Sur le terrain juridique, c'est l'examen de l'évolution des formes du contrat : comment le contrat de licence tend à prendre le pas sur le contrat de vente, et comment des licences d'utilisation ad hoc permettent de contrôler et de limiter les prérogatives de l'utilisateur au-delà de ce qui est prévu par la loi. Dans ce contexte, on n'achète plus un bien dont on est propriétaire, on paie pour un accès limité à un usage<sup>4</sup>. Sur le terrain technologique, c'est la critique des dispositifs de contrôle intégré. Le modèle du contrôle intégré à la marchandise vise non seulement à interdire certains usages, mais aussi à les rendre techniquement impossibles<sup>5</sup> : impossible de replanter les graines stériles (« Terminator » de Monsanto) ; impossible en principe de lire le code source d'un logiciel de Microsoft ; impossible de photocopier un livre imprimé sur le papier que propose la firme Necopi technologies. En faisant du contrôle une des fonctions techniques de la chose elle-même, ce type de procédé vise à faire l'économie des coûts de surveillance et de répression normalement liés à la gestion policière et judiciaire des illégalismes. Sur ces deux terrains, juridique et technique, la critique consiste alors à défendre la liberté de l'utilisateur face au contrôle qu'impose le copyright ou le brevet.

Dans sa formulation minimale, la critique consiste à dire : « Chacun doit être libre d'utiliser les choses qu'il possède sans être soumis au contrôle de la propriété intellectuelle d'autrui ». Mais la liberté qu'on revendique demeure purement formelle si on passe sous silence, en amont, la question des conditions concrètes d'accès à des biens inégalement distribués. Certains défendent la libre circulation de l'information dans le « cyberspace » en faisant comme s'il s'agissait d'une sphère détachée de toutes conditions matérielles. Ont-ils conscience que la moitié de l'humanité n'a jamais utilisé un téléphone<sup>6</sup> ? Parce que la liberté de faire usage de sa propriété n'a aucun sens pour ceux qui ne possèdent rien, une critique libertaire de la propriété intellectuelle ne vaut que si elle intègre la question sociale de la distribution des richesses.

### La propriété intellectuelle comme entrave à l'innovation

On justifie la propriété intellectuelle en disant que c'est la condition *sine qua non* de l'innovation : si les créateurs n'avaient pas la perspective de pouvoir exploiter commercialement leurs productions, ils ne se risqueraient pas à de tels efforts. En octroyant un monopole exclusif temporaire, les droits de propriété intellectuelle garantiraient une incitation indispensable. Cet argument reçoit une forme économique un peu plus élaborée. L'information est généralement classée comme un « bien public », c'est-à-dire non rival (une fois créée, son usage par un agent n'empêche pas son usage par un autre, elle peut être copiée, et à coût marginal faible), et non exclusif (son propriétaire ne peut exclure de manière efficiente qu'on en fasse usage, empêcher la copie est difficile et coûteux). En raison de ce second caractère, comme il est difficile d'exclure les usages non-payants, des « passagers clandestins » peuvent bénéficier du bien sans avoir à supporter les coûts initiaux de production bien plus élevés que les coûts de copie. Les incitations à produire diminuent. L'innovation est mise en péril. C'est le « problème des biens publics » que la propriété intellectuelle est censée résoudre. Cette justification se heurte à des critiques plus ou moins radicales.

Une première stratégie consiste à faire apparaître les effets pervers de la propriété intellectuelle sur l'innovation et la création. Elle part du constat qu'aucune production intellectuelle ne procède ex nihilo : des matériaux intellectuels antérieurs sont toujours utilisés à un certain degré. C'est le cas de manière flagrante par exemple pour les musiques dont le *sampling* est la technique principale de composition, ou pour la production informatique, qui fonctionne largement sur des logiques de développement modulaire<sup>7</sup>. Il est facile de montrer que ce type de production est fortement entravé, voire rendu impossible, par des droits de propriété intellectuelle renforcés : les productions dérivatives tendent à être prohibées à cause du coût des éléments à réutiliser (ou, pure-

ment et simplement, si l'autorisation est refusée). La solution au problème des biens publics devient aussitôt la source d'une autre difficulté. Parce que la propriété intellectuelle permet au propriétaire de fixer un prix supérieur au coût marginal de reproduction, elle entraîne un coût de transaction artificiel qui tend à minimiser l'usage du bien. L'information étant produite de façon incrémentielle, la propriété intellectuelle augmente par ricochet les coûts de production de nouveaux biens informationnels. Tandis que la propriété intellectuelle remédie au problème des biens publics, elle en entraîne donc un autre, égal en importance dans une logique de l'innovation, celui du monopole.

James Boyle décrit comment se forme ce dilemme. La tension dérive de la double caractérisation que reçoit l'information dans le discours libéral : à un premier niveau de l'analyse, elle semble être un bien infini, un don qui peut être offert sans appauvrir celui qui le donne, mais, à un autre, elle apparaît à nouveau comme un bien fini, coûteux à produire. Aussi bien dans la théorie que dans la pratique économique, l'information est à la fois parfaite et imparfaite, à la fois universelle et privée, à la fois condition et produit du marché : « La structure analytique de la microéconomie inclut "l'information parfaite" – c'est-à-dire libre, complète, instantanée et universellement disponible – comme l'un des éléments constitutif du marché parfait. En même temps, à la fois la structure du marché parfait et du marché effectif de la société contemporaine supposent que l'information soit une marchandise, c'est-à-dire coûteuse, partielle et délibérément restreinte dans sa disponibilité »<sup>8</sup>. Or, à chacun de ces visages correspondent des logiques de régulation différentes, qui entrent en conflit : celle de l'efficacité dans la dissémination de l'information d'une part, celle de l'incitation à produire garantie par la propriété exclusive de l'autre.

C'est autour de cette tension interne que sont construits les droits de propriété intellectuelle présentés comme des formules de compromis. Juridiquement, la conciliation s'illustre par trois éléments : la durée du monopole privé est en principe bornée dans le temps, l'exclusivité ne porte en principe jamais sur une idée elle-même mais sur ses dérivés (dichotomie idée/expression dans le copyright, ou idée/application dans le brevet), et des marges d'exception sont ménagées (catégorie du *fair use* pour le copyright). Dans un contexte où ces trois garanties sont de plus en plus fragilisées<sup>9</sup>, les critiques exigent la restauration d'un juste équilibre législatif pour sauvegarder les conditions de l'innovation. Or, puisqu'il s'agit de dénoncer, au nom de l'esprit originel de la propriété intellectuelle, la trahison d'un compromis historique, on ne remet en cause ni le bien fondé des droits de propriété intellectuelle, ni le cadre problématique qui les accompagne.

Depuis quelques années, une critique radicale en termes d'innovation s'est construite sur d'autres bases, à partir de l'expérience du « logiciel libre ». Un

logiciel dit « libre » est protégé par un instrument juridique particulier, la « *General Public License* » (GPL) qui donne droit de le copier, de l'étudier (lire le code source), de le modifier et de le redistribuer (de façon gratuite ou payante), à la seule condition que la copie ou la version modifiée soit à son tour soumise aux mêmes conditions<sup>10</sup>. Cette clause récursive garantit que la rediffusion du code demeure, tout au long de la chaîne, libre. La licence publique a ainsi créé les conditions juridiques d'un espace de travail coopératif protégé, que n'aurait pas rendu possible la simple mise dans le domaine public de programmes existants (hors GPL, n'importe qui pourrait effectuer quelques modifications et s'approprié la nouvelle version du programme). Parce qu'il n'est pas verrouillé techniquement, et parce qu'on a le droit de le modifier, un logiciel libre est perfectible par chacun, et peut bénéficier des efforts d'une communauté indéfinie de programmeurs qui travaillent à l'améliorer. Il tend donc à un très haut niveau de qualité<sup>11</sup>.

Cet exemple permet d'abord de formuler une objection contre les présupposés du « problème des biens publics ». Les programmeurs ont été incités à produire alors qu'ils n'avaient pas la possibilité d'exclure les usages non-payants. Si le modèle économique échoue à rendre compte du phénomène, c'est parce qu'il repose sur un modèle anthropologique réducteur, celui de l'*homo economicus*<sup>12</sup>. D'autres facteurs que l'argent poussent les écrivains à écrire, les chercheurs à chercher et les inventeurs à inventer : l'aspect ludique du travail, le plaisir, la lutte pour la reconnaissance. Pekka Immanen généralise l'exemple de la production logicielle en parlant de « l'éthique hacker » pour désigner cet autre rapport au travail<sup>13</sup>. Et, s'il est certes nécessaire d'assurer les conditions matérielles de vie des producteurs, cela ne passe pas forcément par un système de royalties (de toute manière, combien de travailleurs intellectuels vivent-ils aujourd'hui de leurs droits ?). Stallman évoque par exemple la mise en place d'un système de contribution bénévole. Mais peu aux États-Unis posent le problème d'un revenu inconditionnel, ou, plus généralement, d'une extension de la propriété sociale comme support de modes de production coopératifs.

Le succès des logiciels libres permet ensuite d'identifier une contradiction objective. S'ils sont techniquement supérieurs à ceux des firmes propriétaires, c'est parce qu'ils sont les produits d'une socialisation du travail étendue, dont la condition juridique est la licence publique. Réciproquement, les droits de propriété intellectuelle privée apparaissent comme des limites à la socialisation du travail que la distribution et l'interconnexion des moyens techniques rend aujourd'hui possible à une échelle sans précédent. Parce que les rapports de propriété actuels sont en contradiction avec le développement des forces productives, l'acharnement à les maintenir malgré tout ne peut entraîner

ner que des désastres technologiques (saper les conditions du nouveau modèle de l'innovation) et politiques (restreindre les libertés individuelles par des mesures de contrôle totalitaires). Dans cette perspective, le monopole privé n'est pas dénoncé comme obstacle à la libre concurrence, mais comme entrave à la libre coopération. Parce qu'elle atteste la viabilité de modes de production alternatifs, qu'on les appelle *peer production*<sup>14</sup> (production entre pairs), « mode de production anarchiste », ou « cybercommunisme », cette expérience est porteuse d'une charge utopique énorme.

La GPL a pu libérer un espace autonome de travail coopératif parce ce que les moyens matériels de la production étaient déjà distribués entre des producteurs indépendants. La diffusion de l'ordinateur personnel a créé les conditions d'une autonomisation relative en faisant échapper une partie des nouveaux moyens de production au contrôle exclusif du capital. C'est ce qu'exprime la métaphore de « l'artisan digital » : le programmeur possède son outil de travail comme l'artisan avant le machinisme, avec cette différence que, grâce au réseau, les outils et les travaux individuels peuvent aujourd'hui se combiner de manière autonome. Cette figure sociale étrange est-elle une anomalie annonciatrice ? En tout cas, même si la question de la propriété des moyens matériels de production était réglée dans le cas d'Internet<sup>15</sup>, elle est loin de l'être dans les autres secteurs. Il est vain d'attendre d'une extension du « paradigme du libre » à d'autres secteurs économiques des effets comparables en termes d'autonomie sociale des choix de production et de distribution, si on oublie de poser le problème de la propriété sociale des moyens matériels de production et de distribution. Certains critiques réfléchissent en ayant seulement en tête l'exemple de la production logicielle. Mais lorsque l'exemple devient paradigmatique, et parce que la propriété des moyens de production ne constituait pas dans ce cas précis un problème *visible*, ils ont tendance à faire comme s'il avait, partout, disparu.

Une autre remarque. Il faut sans doute défendre et promouvoir l'organisation du travail performante que donne en exemple la production du logiciel libre : coopération distribuée vs. hiérarchie managériale, réseau vs. pyramide, bazar vs. cathédrale<sup>16</sup>. Mais certaines firmes informatiques converties au « libre », ou à l'*open source* développent aujourd'hui de nouveaux *business models* qui reposent sur l'offre de services à l'utilisateur, plutôt que sur les dividendes du copyright (et on peut raisonnablement douter que les conditions de travail des salariés de leurs hotlines soient meilleures que chez Microsoft). S'il y a bien un conflit entre « copyleft » et contrôle propriétaire des logiciels, il n'y a aucune incompatibilité pratique entre logiciels libres et *certaines* formes de valorisation capitaliste. La captation privée du travail coopératif peut s'opérer de manière plus indirecte que par le copyright ou le brevet.

L'argument de l'innovation, s'il reste déconnecté à la fois de la critique de la propriété privée des moyens matériels de production et d'une critique plus générale des rapports d'appropriation, est insuffisant pour formuler une critique sociale de la propriété intellectuelle.

### La défense du domaine public

Le troisième grand thème critique est celui de la défense du domaine public. La stratégie la plus répandue consiste à montrer que les objets de la propriété intellectuelle sont par nature, et doivent demeurer le plus possible, publics (c'est à dire, dans ce contexte, sans propriétaire). Deux grands types d'arguments sont mobilisés.

Le premier consiste à faire apparaître l'information comme une des conditions constitutives du sujet rationnel. Dans le paysage du libéralisme philosophique, un agent doit pouvoir accéder librement à l'information nécessaire pour procéder à ses choix, qu'il s'agisse d'une décision économique ponctuelle ou d'un projet de vie. Or ce n'est pas entièrement le cas si elle est sujette à la propriété privée d'autrui. Une philosophie libérale de la justice prend acte de la scission de la société en sphère publique et sphère privée et leur applique deux jeux de règles distincts : alors même qu'elle admet des disparités de richesse, de statut et de pouvoir dans la sphère privée, elle attend une égalité formelle complète dans la sphère publique. Mais l'information pose un problème particulier à cette cartographie régulatrice. Elle semble appartenir aux deux régions à la fois : « Dans la double vie que Marx décrivait, l'information est à la fois la sève des citoyens désintéressés du monde public et une marchandise dans la sphère privée à laquelle il faut attacher des droits de propriété si l'on veut que nos producteurs égoïstes continuent à produire »<sup>17</sup>. Dès qu'il est question de propriété dans l'information, deux matrices de justice distributive entrent en conflit en se surimposant l'une à l'autre : comme élément de la sphère privée, l'information peut être d'un accès restreint, distribuée de manière inégalitaire tout comme les autres biens, mais comme élément de la sphère publique, l'information doit être d'un accès libre et universel. Peter Drahos a exploité cette tension en appliquant la théorie de la justice de Rawls à cet objet énigmatique : si l'on reconnaît que l'information, avant d'être un bien économique, est un droit politique primaire, l'ordre lexical impose que les entraves à sa distribution universelle soient minimisées<sup>18</sup>. Cet enracinement primordial dans le concept de sphère publique explique à la fois la force de conviction des critiques de la propriété intellectuelle formulées en terme de *free speech* et de *free access*, mais aussi leur formalisme et leur négligence chronique des questions sociales.

Le deuxième type d'argument est celui de l'exception ontologique : les objets de la propriété intellectuelle ont des caractères particuliers qui les rendent

incompatibles avec les exigences d'une propriété exclusive. Citations de Jefferson à l'appui, on fonde ainsi la défense du domaine public. « Si la nature a fait une chose moins susceptible que toute autre d'être l'objet d'une appropriation exclusive, c'est bien l'action du pouvoir de penser, appelée idée »<sup>19</sup>. Action plutôt que chose, l'idée, une fois divulguée, peut être communiquée à tous sans que quiconque en soit dépossédé. Rebelle au confinement, elle se diffuse partout sans déperdition ni partition. La propriété intellectuelle apparaît alors comme ce qui impose une rareté artificielle à un bien naturellement abondant, une exclusivité artificielle à une chose par nature partagée, une rivalité artificielle à des objets naturellement non-rivaux. Tout cela alors que « l'information veut être libre », qu'elle tend en vertu d'une téléologie quasi biologique à circuler partout et à se reproduire indéfiniment<sup>20</sup>. Mais la plupart des critiques citent le texte de Jefferson à contresens, en tronquant sa conclusion : « Les inventions ne peuvent donc, de nature, faire l'objet d'aucune appropriation » ; cependant, « la société peut donner un droit exclusif aux profits qui en émanent ». Dans la dialectique de la légitimation, l'impossibilité naturelle de l'appropriation privée n'exclut pas la possibilité sociale de la propriété intellectuelle. La thèse que « de nature » (c'est-à-dire, en un premier sens, abstraction faite des conditions d'existence de la société, dans l'état de nature, et, en un deuxième sens, d'après leurs caractères propres, leur nature) les idées sont incompatibles avec une appropriation exclusive permet à Jefferson, premièrement, en niant que la propriété intellectuelle soit un droit naturel, d'affirmer qu'il s'agit d'un octroi temporaire que la société conditionne à des considérations d'utilité sociale, et, deuxièmement, en interdisant que la propriété intellectuelle ait pour objet l'idée elle-même, de la faire uniquement porter sur l'*usage* de l'idée. En reprenant à leur compte le premier moment du raisonnement de Jefferson, les critiques de la propriété intellectuelle se construisent donc à partir de la difficulté spécifique qu'a le libéralisme philosophique à allier les termes « propriété » et « idée », mais en aucune manière elle ne s'inscrivent dans une tradition philosophique de critique de la propriété privée. L'argument de l'exception ontologique connaît des versions plus restreintes : au cas par cas, on dira que les algorithmes, ou le vivant, sont par nature inappropriables. Il est vrai que les connaissances ne doivent pas être des marchandises et il est juste de s'opposer à un mouvement de privatisation qui ne connaît plus de bornes, mais il n'est pas sûr qu'il soit nécessaire pour cela ni de mobiliser une « nature de l'objet » conçue comme le fondement d'un devoir être, ni de retracer les vieux partages ontologiques entre choses sacrées et choses profanes (surtout si le sauvetage rhétorique des reliques a pour contrepartie de concéder sans discussion le reste au domaine privé). L'aspect internaliste de ces deux stratégies argumentatives leur donne une certaine force rhétorique, mais c'est au prix de leur radicalité politique. Toutes

deux disent en substance : si l'information était un bien comme les autres, la propriété privée pourrait s'y appliquer sans que nous y trouvions rien à redire, mais comme c'est une chose à part... En se fondant sur le repérage d'une exception, la critique différencialiste présuppose et reconduit la validité de la règle. Une défense du domaine public de l'information ainsi formulée implique de reconnaître, ne serait-ce que de façon tactique, le bien-fondé de la propriété privée en général. Rien d'étonnant alors à ce que les motifs classiques de la critique sociale soient presque totalement absents de ces discours. Il est de bonne guerre de retourner contre lui-même le discours de l'adversaire. La propriété intellectuelle et ses extensions récentes produisent des crises qu'on aurait tort de ne pas utiliser : crises des discours de légitimation<sup>21</sup>, crise des catégories juridiques appliquées à de nouveaux objets<sup>22</sup>. Mais il ne faut pas confondre le niveau tactique des arguments *ad hominem* et celui des raisons autonomes de notre opposition. Ce n'est pas parce que les formules chimiques seraient par nature inaliénables que nous sommes opposés aux brevets sur les médicaments anti-rétroviraux, mais parce que la propriété intellectuelle, dans ce cas, tue<sup>23</sup>. Lorsqu'on dit cela, on ne cherche pas à déduire le régime de propriété adéquat à partir des caractères ontologiques de la chose, mais on considère les effets d'un régime de propriété dans des relations sociales. Dans le débat américain, un concept permet potentiellement de poser le problème en ces termes : celui de *commons*. Le terme, employé par métaphore, désigne les terres communales accaparées pendant le mouvement des « enclosures » dans l'Angleterre moderne. Marx a rappelé l'enjeu historique de ce mouvement d'appropriation et la crise sociale qu'il a suscitée<sup>24</sup>. Parler de *commons* de l'information ou de la connaissance permet d'opérer une analogie historique : nous vivons un second mouvement des enclosures, correspondant à la phase d'accumulation primitive d'un nouvel âge du capitalisme, qu'on l'appelle « âge de l'information », « capitalisme cognitif », ou « capitalisme informationnel »<sup>25</sup>. Des pans entiers de la connaissance, auparavant commune, sont enclos et privatisés. Lorsqu'on fait cette analyse, il ne s'agit plus de dénoncer la propriété intellectuelle de manière intemporelle et abstraite. L'urgence d'une lutte pour la sauvegarde du bien commun et de l'élaboration de stratégies de réappropriation sociale apparaît. Un *commons* ne désigne pas seulement un régime de propriété, mais plutôt la relation entre un régime de propriété, un ensemble de ressources, des formes de régulation, et une communauté de producteurs<sup>26</sup>. Avec ce concept opératoire, la question devient : comment un régime de propriété commune, considéré dans ses *rappports* avec certaines formes institutionnelles, affecte-t-il la provision, la production, et la distribution de certains types de biens ? Cette problématique a été définie aux États-Unis par Elinor Ostrom pour disqualifier

le thème idéologique de « la tragédie des *commons* », selon lequel l'exploitation commune d'un bassin de ressources conduit nécessairement à sa destruction<sup>27</sup>. On ne nie pas que des « tragédies » écologiques et sociales puissent advenir sous ces régimes, mais on cherche à mettre en évidence les facteurs institutionnels de leur succès ou de leur échec (par exemple, les formes de décision collective, démocratiques ou pas). Prétendre pouvoir évaluer un régime de propriété commune en lui-même, abstraction faite de ces paramètres, est une imposture. Pour être pertinente, la question ne peut pas être posée séparément de celle des formes sociales de l'organisation de la production et de la distribution.

C'est la première raison pour laquelle la défense du domaine public ne doit pas se réduire à celle du régime juridique du même nom – qui peut indifféremment servir de condition à la libre concurrence privée comme à des logiques de coopérations non commerciales. La lutte pour le domaine public de l'information doit s'accompagner d'un combat pour un secteur public (au sens large de *not for profit*) aussi bien de la production informationnelle (recherche, innovation et création) que de la production et de la distribution matérielle des produits correspondants. La deuxième raison est que la forme actuelle du domaine public n'est pas toujours le meilleur instrument de sauvegarde juridique des *commons*. Face à la prédation privée, sont en train d'émerger des formes inédites de propriété communale qui offrent des capacités de résistance plus fortes. C'est l'exemple de la GPL, mais aussi celui des droits *sui generis* de propriété intellectuelle revendiqués par les peuples autochtones<sup>28</sup>.

À condition de ne pas la prendre au sens étroit qu'elle reçoit dans le droit de la propriété intellectuelle, de ne pas la réduire à une conception strictement formelle de la liberté d'accès, de ne pas la défendre par les arguments différencialistes, de ne pas la dissocier de formes alternatives d'organisation de la production, la notion de domaine public peut avoir une portée politique irremplaçable. Aux États-Unis, certains contestent la fétichisation du mot : sous l'unité lexicale apparente se cachent des situations très différentes. Et, en effet, quel rapport entre un copyright sur un texte et un brevet sur un médicament ? Assimiler ces questions en parlant de la propriété intellectuelle en général, et de son antonyme tout aussi abstrait, le domaine public, semble n'aboutir qu'à des confusions conceptuelles. Il est vrai que les diverses questions rassemblées sous ces termes n'ont pas le même degré d'urgence, ni les mêmes acteurs. Pourtant, je ne peux me défaire de l'idée que les combats des *hackers* qui s'opposent au verrouillage des logiciels propriétaires, des paysans qui s'opposent au contrôle technologique des semences, des internautes attachés au modèle *peer to peer*, des scientifiques soucieux de l'éthique de partage des résultats de la recherche, des bibliothèques qui défendent le principe

du *first sale* contre la taxation de la lecture, des associations qui s'opposent aux brevets sur les médicaments contre la taxation de la santé, des artistes qui pensent que toute création passe par *sampling* ou collage en tous genres, des communautés autochtones pour lesquelles la figure de l'inventeur individuel n'a pas de sens, et de bien d'autres, ne sont pas tout à fait sans rapport. Et c'est finalement peut-être à intensifier ces rapports, qui ne se dessinent encore qu'en pointillés, que peut servir le concept de « domaine public ». L'émergence de la notion d'environnement dans le débat public a permis d'établir de manière évidente des liens entre des questions qui se présentaient jusque là comme particulières et séparées : quel rapport entre l'implantation d'un nouvel aéroport et la survie des baleines ? L'idée qu'il y a « un environnement » a permis de rassembler une population de questions éparses sous l'énoncé d'un problème politique, avec son champ, ses mouvements, ses luttes. De même, et c'est le pari politique de James Boyle, « un concept émergent de domaine public pourrait lier ensemble les intérêts de groupes engagés à l'heure actuelle dans des luttes individuelles sans contexte plus large »<sup>29</sup>.

#### À lire en ligne (en anglais)...

- James Boyle (<http://www.law.duke.edu/boylesite/ip.htm>) : *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net*. Foucault in Cyberspace, Surveillance, Sovereignty, and Hard Wired Censors. *A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading*
- Conference on the Public Domain (<http://www.law.duke.edu/pd/papers.html>) Conférence organisée à Duke University en 2001. Les contributions de Boyle, Ostrom, Benkler, et Lessig sont particulièrement intéressantes. Boyle, James, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*. Ostrom, Elinor & Hess, Charlotte, *Artifacts, Facilities, and Content: Information as a Common-pool Resource*. Benkler, Yochai, *Coase's Penguin, or Linux and the Nature of the Firm*. Lessig, Lawrence, *The Architecture of Innovation*
- Creative Commons (<http://www.creativecommons.org/>). Un projet d'extension de la licence publique à tous les objets du copyright (mai 2002) :
- Logiciel Libre. Tous les textes de Richard Stallman sont sur le site de la Free Software Foundation (en grande partie traduits en français) : (<http://www.fsf.org/>). Les articles d'Eben Moglen : ([www.emoglen.law.columbia.edu](http://www.emoglen.law.columbia.edu)). Et sa conférence « The dotcommunist manifesto », en vidéo, à ([www.ibiblio.org/moglen/](http://www.ibiblio.org/moglen/)).
- Critical Art Ensemble (<http://www.critical-art.net/>). Leurs trois magnifiques livres (publiés par Autonomedia) sont en ligne.

- Pour une bibliographie anglophone exhaustive et commentée sur les droits de propriété intellectuelle : ([www.caslon.com.au/ipguide.htm](http://www.caslon.com.au/ipguide.htm)).

Copyright © 2002 Grégoire Chamayou.

Les copies conformes et versions intégrales de cet article sont autorisées sur tous supports pour peu que la mention de copyright et la présente note soient conservées.

- 1 Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, Brookfield, Dartmouth, 1996. Chapitre 7 : « The power of abstract objects ».
- 2 Mais les libertariens américains sont divisés sur cette question. Cf. la justification des brevets sur les médicaments par Nozick. Robert Nozick, *Anarchie, État et utopie*, PUF, 1988, p. 226. Cf. aussi Ayn Rand, *Capitalism: the Unknown Ideal*, New York, Signet, 1967, p. 131.
- 3 Tom G. Palmer, « Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach », in *The Hamline Law Review*, n° 12, 1989. Cf. aussi « Are Patents and Copyrights Morally Justified? The Philosophy of Property Rights and Ideal Objects », *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 13, n° 3, 1990.
- 4 Cf. sur ce thème Jeremy Rifkin, *L'Âge de l'accès*. La révolution de la nouvelle économie, Paris, La Découverte, 2000.
- 5 Larry Lessig expose la mise en place de ce type de dispositif dans le cyberspace : « Le code remplace la loi en codifiant les règles, les rendant plus efficaces que lorsqu'elles n'étaient que des règles ». Lawrence Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999, p. 130.
- 6 Sarah Parkes, « Community telecentres. Telecoms prominent in push for greater prosperity », *Financial Times*, FT Telecoms, 14 mai 2001.
- 7 Sur l'esthétique du collage, cf. *Negativland, Two Relationships to a Cultural Public Domain*, <http://www.law.duke.edu/pd/papers.html> et *Critical Art Ensemble*, « Utopie du plagiat, Hypertextualité et Production Culturelle Electronique », in Olivier Blondeau, Florent Latrive, *Libres enfants du savoir numérique*, Éditions de l'Éclat, 2000, <http://www.freescape.eu.org/eclat>
- 8 James Boyle, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 35.
- 9 Depuis le milieu des années 90 on assiste à une extension multiforme des droits de propriété intellectuelle : allongement de la durée du copyright aux États-Unis (sous la pression de Disney qui allait « perdre » Mickey), extension des brevets aux *business methods*, *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA), passé en 1998, qui empêche l'exercice du droit au *fair use* pour les matériaux cryptés, durcissement de la jurisprudence dans le sens d'une extension de la propriété aux bases de données, etc. Sans parler, au niveau international, des accords TRIPS.
- 10 Cf. <http://www.gnu.org/philosophy/philosophy.html>
- 11 Le système d'exploitation GNU/Linux, l'un des plus utilisés en matière de serveurs Internet, est reconnu plus fiable que ceux de Microsoft.
- 12 Cf. Eben Moglen, « L'anarchisme triomphant, le logiciel libre et la mort du copyright », in *Multitudes*, n° 5, mai 2001.
- 13 Pekka Himanen, *L'Éthique Hacker et l'esprit de l'ère de l'information*, Exils, 2001.
- 14 Pour l'analyse de ce modèle, cf. Yochai Benkler, « The Battle Over the Institutional Ecosystem in the Digital Environment », 44 *Communications of the ACM* N° 2 84, 2001, <http://www.law.nyu.edu/benkler/CACM.pdf>
- 15 Elle ne l'est pas. Outre le problème de « la fracture numérique », il y a celui de la propriété du réseau de télécommunication et de la maîtrise

de sa configuration technique (plus ou moins ouverte, plus ou moins contrôlable...). Cf. Lawrence Lessig, *The future of ideas, the fate of the commons in a connected world*, New York, Random House, 2001.

- 16 Cf. Eric S. Raymond, *La Cathédrale et le bazar*, [http://www.linux-france.org/article/these/cathedrale-bazar/cathedrale-bazar\\_monoblock.html](http://www.linux-france.org/article/these/cathedrale-bazar/cathedrale-bazar_monoblock.html)
- 17 James Boyle, *op. cit.*, p. 57.
- 18 Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*. *Op. cit.*, Chapitre 8 : « The justice of information ».
- 19 Thomas Jefferson, *Letter to Isaac McPherson*, 13 août 1813.
- 20 Cf. John Perry Barlow, « Vendre du vin sans les bouteilles : l'économie de l'esprit sur le réseau global », in *Libres enfants du savoir numérique*.
- 21 À titre d'exemple des difficultés d'adaptation des justifications philosophiques classiques à la propriété intellectuelle, cf. Edwin C. Hettinger, « Justifying intellectual property », in *Philosophy & Public Affairs*, n° 18, 1989, et Justin Hughes, « The philosophy of intellectual property », *Georgetown Law Journal*, n° 77, 1988.
- 22 Par exemple, pour les logiciels, cf. David R. Koepsell, *The ontology of cyberspace: philosophy, law, and the future of intellectual property*, Chicago, Open Court, 2000. Parce qu'un logiciel est un objet hybride, quelque part entre expression, procédé et machine, sa subsumption sous des catégories anciennes provoque une série de crises au sein de « l'ontologie juridique ».

- 23 Act Up Paris, *Sida : mort sous brevet*, <http://www.actup.org/article21.html>
- 24 Karl Marx, *Le Capital*, in *Œuvres*, Économie I, Gallimard, 1994, p. 1171 sq.
- 25 Sur le thème des nouvelles enclosures, cf. James Boyle, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain », <http://www.law.duke.edu/pd/papers.html> Et David Bollier, « Public Assets, Private Profits, Reclaiming the American Commons » in *An Age of Market Enclosure*, New America Foundation, Washington, 2001. En France : Yann Moulier-Boutang, « Richesse, propriété, liberté et revenu dans le "capitalisme cognitif" », *Multitudes*, n° 5, mai 2001.
- 26 Par exemple, dans l'Angleterre moderne, le rapport entre propriété foncière communale, *open field*, système de gestion collective et communautés villageoises.
- 27 Cf. Elinor Ostrom, *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 1990.
- 28 « The Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples », <http://www.ankn.uaf.edu/mataatua.html> Et Darrell A. Posey, Graham Dutfield « Beyond Intellectual Property, Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities », IDRC, 1996.
- 29 James Boyle, *op. cit.*, p. 42.