

LA PROPRIETE INTELLECTUELLE A L'AGE DE L'ECONOMIE DU SAVOIR

Zaki Laïdi
CERI/CNRS

ENTRE un néolibéralisme offensif mais souffrant d'un déficit de légitimité et une critique radicale du capitalisme virulente mais sans débouché politique, la pensée réformiste peine à trouver sa place. D'une part, parce qu'elle ne parvient pas à trouver une mise en facteur commun à l'ensemble des enjeux politiques et sociaux. D'autre part, parce qu'elle ne sait sur quel axe se concentrer. Pourtant, s'il y a bien un enjeu sur lequel la pensée réformiste doit porter son attention, c'est bien celui de la propriété.

Cette question, on la croyait enterrée sous les décombres du communisme. Elle resurgit au coeur du débat sur la mondialisation. En effet, dans un monde où l'information devient la matière première indispensable à toute création de richesse, la propriété sur le savoir devient naturellement un enjeu de lutte sociale et politique entre ceux qui détiennent le savoir en entendant monnayer son accès comme son usage et ceux qui espèrent en bénéficier sans en acquitter un prix trop élevé. Du coup, ressurgit la vieille contradiction entre bien privé et bien public, avec toutefois deux différences. La première est que si la contradiction entre bien privé et bien public est reposée, elle ne se calque que partiellement sur l'opposition entre Etat et marché. Un organisme public peut parfaitement succomber à une logique d'appropriation privée (les dépôts des brevets par les universités), de même que le marché peut participer à la protection d'un bien public (protection de l'environnement par les permis d'émission de gaz à effet de serre). La seconde différence est de nature spatiale. Elle tient au fait que cette nouvelle question de la propriété se joue au niveau mondial et que, sur bien des plans, elle oppose très

clairement les fermiers du savoir - qui sont au Nord - et leurs métayers - qui se trouvent au Sud. De sorte que l'on assiste très clairement à une translation des enjeux de la propriété du national vers le global et que cette translation constitue un défi politique de toute première importance. Tout se passe donc comme si la mondialisation reconstruisait à l'échelle mondiale les conflits politiques et sociaux qu'elle dévitalisait à l'échelle nationale¹. Assistons-nous au retour des enclosures au travers des conflits sur la propriété intellectuelle ?

Pourquoi la question de la propriété a-t-elle été occultée ?

Les raisons pour lesquelles la question de la propriété a été occultée ces dernières années sont multiples. La première relève de la dynamique des courants forts. Lorsqu'un courant s'impose, il emporte tout sur son passage. L'échec du socialisme a été l'échec de l'économie de commande et de l'ignorance des signes du marché. La socialisation des moyens de production s'est révélée d'une inefficacité économique indéniable. Du coup, la supériorité de la propriété privée - sensible aux signes du marché - n'était plus à démontrer : elle était avérée. L'histoire ayant tranché, il convenait de déplacer le débat du régime de la propriété vers la redistribution de la richesse créée, ce qui, après tout, était la position historique traditionnelle de la social-démocratie.

Mais ce déplacement a donné simultanément lieu à un glissement. La délégitimation de la propriété publique sur la production des biens et services a entraîné un désintérêt parallèle pour le bien public. La révolution néolibérale a de ce point de vue cherché à évacuer la question du bien public, soit en la confondant avec la propriété publique, soit en restreignant le champ du pensable en matière de bien public. Or, à l'évidence, bien public et propriété publique ne se confondent pas, même s'ils se recourent.

Il y a une deuxième explication au déclin de la question de la propriété. Elle tient au fait que les inégalités les plus marquées de ces deux dernières décennies ont d'abord été des inégalités salariales. Or, ces inégalités résultent plus d'un nouveau modèle de croissance que d'un régime inédit de la propriété. Dans le capitalisme familial, le pouvoir découle largement du régime de la propriété. C'est celui qui est propriétaire qui non seulement décide mais répartit à sa guise les fruits de la richesse. *Usus*, *fructus* et *abusus* sont plus ou moins concentrés entre les mêmes mains. Dans le capitalisme fordiste, la relation entre le propriétaire et le salarié a été très fortement encadrée par l'État, de sorte que le *fructus*

¹ Voir Zaki Laïdi, « Le social-mondialisme », *Le Débat*, mars-avril 2003, p. 22-32.

comme l'*abusus* étaient en quelque sorte largement socialisés (prélèvement et forte réglementation des activités marchandes). Dans le capitalisme post-fordiste qu'Aglietta définit comme un capitalisme patrimonial, nous assistons à un découplage sans précédent entre propriété, pouvoir et répartition.

Dans une économie financiarisée, où le capital est coté en Bourse, les propriétaires sont de plus en plus nombreux et leur force, diffuse. Le capitalisme patrimonial est un capitalisme de salariés qui confient leur épargne à des investisseurs institutionnels pour obtenir à terme la meilleure retraite possible. Le capitalisme patrimonial est le capitalisme des *baby-boomers*. Après avoir largement consommé, ces derniers ont en vieillissant décidé d'épargner. La dureté des règles que ce capitalisme impose en termes de rendements financiers aux entreprises contraste avec la relative modestie des salariés qui confient leur épargne à des fonds de pension. Autrement dit, la propriété juridique est déconnectée du pouvoir économique acquis par exemple par les investisseurs institutionnels². Ces derniers ne font que gérer la propriété d'actionnaires très nombreux. Et si, en acquérant l'entreprise cotée, ces investisseurs institutionnels deviennent à leur tour propriétaires de ces entreprises, c'est encore une fois en fructifiant l'épargne de leurs clients. Certes, les gestionnaires de ces fonds réalisent parfois des profits personnels considérables. Mais leur richesse est d'origine salariale. Elle n'est pas liée à la possession de droits de propriété. Jean-Claude Milner a donc raison de dire que l'idéal bourgeois n'est plus la propriété ni la rente, mais le métier rémunérateur³. On est alors très loin du schéma qui opposerait les gros aux petits, les premiers étant les propriétaires et les petits les salariés.

Le dernier facteur à prendre en compte dans le déclin de la question de la propriété tient à l'érosion de la définition classique de ce que l'on appelle les biens publics, c'est-à-dire l'ensemble des biens obéissant aux principes de non-rivalité et de non-exclusion. Un bien non exclusif est un bien dont les propriétés ou les avantages sont à la disposition de tous et dont il est difficile d'exclure certains de leur utilisation. Les feux d'artifice, l'éclairage des rues, le réseau routier sont des biens non exclusifs. Le fait qu'ils soient non exclusifs les rend par là même relativement indifférents au nombre de personnes qui les utilisent. Que cent ou mille personnes bénéficient de l'éclairage d'une rue fait de l'éclairage un bien soumis au principe de non rivalité⁴. On ne rentrera pas dans les détails du débat sur les

² Voir Pierre Noël Giraud, *Le Commerce des promesses*, Paris, Le Seuil, 2001, p. 310.

³ Jean-Claude Milner, *Le Salaire de l'idéal*, Paris, Le Seuil, 1997, p. 11.

⁴ Il existe une très abondante littérature sur les biens publics depuis l'article, de Paul Samuelson de 1954 qui en donne la définition canonique, "The Pure Theory of Public Expenditure", *Review of Economics and Statistics* (1954). Le développement le plus récent porte en fait sur ce que l'on appelle les biens publics mondiaux. Sur cette question, il existe là encore une littérature proliférante. Mais le livre de base reste celui de

biens publics⁵. Il suffit de rappeler qu'en raison de nombreuses évolutions technologiques, des biens jadis considérés comme des biens publics sont devenus des biens de consommation soumis à la logique de la concurrence et du marché. Si par exemple le téléphone n'est plus à proprement parler un bien public - et donc un service public -, c'est fondamentalement parce que le facteur de rareté, lui-même lié au coût des infrastructures, a disparu notamment grâce à l'explosion de la téléphonie mobile. Il devient difficile de parler d'un bien public - ce que le téléphone était il y a encore trente ans - quand celui-ci devient disponible dans les grandes surfaces à un coût de plus en plus faible. Tout ceci pour dire que la question du régime de la propriété a beaucoup perdu de la centralité qu'il pouvait avoir dans le débat politique.

Pourtant, si la question de la propriété a perdu une bonne partie du sens qu'elle pouvait avoir, elle est en train d'en retrouver un dans l'espace mondial à travers la question décisive des droits de propriété intellectuelle.

Pour comprendre l'importance de cet enjeu, il faut tout d'abord avoir à l'esprit que le savoir est devenu la matière première de la compétition mondiale. Le système capitaliste est dépendant du travail créatif et le droit sur la propriété intellectuelle vise précisément à intégrer le travail créatif dans le système de production. Dans le système capitaliste actuel, la propriété intellectuelle équivaut au capital, qui équivaut à son tour au pouvoir. Le savoir devient ainsi une source d'accumulation de richesse, de puissance et de pouvoir et par là même une source puissante d'inégalités, compte tenu des barrières mises à son accès à travers les droits de propriété. On notera d'ailleurs que là aussi la question de l'accès est centrale puisque les droits de propriété intellectuelle ne valent que par leur valeur d'usage. De là découle une lutte entre producteurs et usagers. Les premiers veulent en contrôler l'usage en le monnayant au prix fort. Les seconds veulent en bénéficier en en réduisant le prix d'accès. En l'an 2000, les États-Unis ont reçu 38 milliards de dollars au titre des droits de la propriété intellectuelle⁶. Pour l'essentiel, cette question oppose les fermiers du savoir - qui sont pour l'essentiel originaires du Nord - et les métayers de la connaissance - qui sont au Sud. Certes, on pourrait imaginer une nouvelle division du travail mondial, où les droits de propriété seraient la valeur ajoutée du Nord et la production industrielle, la valeur ajoutée du Sud. Mais ce schéma, envisageable sur le long terme, ne paraît guère réaliste à moyen terme : le Nord concentre encore une

Inge Kaul, Isabelle Grunberg et Marc Stern (eds), *Global Public Goods. International Cooperation in the 21st Century*, Oxford, Oxford University Press, 1999. En français, on se référera à l'ouvrage de François Constantin (sous la dir. de), *Les Biens publics mondiaux*, Paris, L'Harmattan, 2002.

⁵ Sur la déconstruction des biens publics, voir Z. Laïdi, « L'État mondialisé », art. cité, p.138-140.

⁶ Report of the Commission on Intellectual Property Rights, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, Londres, septembre 2002 (disponible sur le net : www.upi-commission.org).

part considérable de la valeur ajoutée industrielle. De surcroît, cette hypothèse ne prend pas en compte le fait que le durcissement des DPI conduit à une disparition du bien public, y compris dans les pays riches. Il nous faut donc examiner les contours et les enjeux de cette nouvelle question de la propriété.

Le retour des enclosures

Sur le fond, le problème de la propriété intellectuelle n'a pas beaucoup évolué depuis la controverse entre Diderot et Condorcet. Le premier insistait pour dire que les auteurs étaient les propriétaires de leurs textes. Dans sa célèbre *Lettre sur le commerce de librairie*⁷ publiée en 1764, il défend l'idée d'un auteur vivant de ses propres oeuvres et partageant le fruit de son travail entre lui et son éditeur. Face à la tentation royale d'accorder le privilège de publier les fables de La Fontaine aux descendants de l'auteur et non aux libraires, comme cela était le cas jusqu'à présent, Diderot défend en réalité une vision très moderne de la propriété intellectuelle. Il y affirme la suprématie du créateur et de l'éditeur sur l'héritier⁸. Il identifie l'écriture à une oeuvre de création personnelle qui mérite d'être protégée⁹. Condorcet défend une autre conception. Pour lui, les privilèges de la création littéraire ne sont rien au regard des principes de diffusion universelle du savoir¹⁰. Propriété et universalité du savoir se trouvent clairement opposées.

Depuis, les termes du débat n'ont pas bougé, même s'ils sont devenus plus sophistiqués. D'un côté, une interprétation restrictive qui insiste sur la protection croissante des droits de la propriété privée des individus. En réalité, lorsque l'on relit les débats politiques et philosophiques sur la propriété intellectuelle, on est frappé de voir que, pendant très longtemps, la volonté de les limiter, voire de les nier, a été dominante. Dans sa fameuse lettre à Isaac McPherson de 1813, Thomas Jefferson récuse catégoriquement l'idée selon laquelle la propriété d'une idée puisse relever d'un quelconque droit naturel¹¹. Même la Grande-Bretagne, qui fut à la pointe de la demande de reconnaissance des droits de la

⁷ Son intitulé intégral est : *Lettre historique et politique à un magistrat sur le commerce de librairie, son état ancien et actuel, les processus tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire*, Diderot, *OEuvres complètes*, vol. 8, ou www.abur.cnam.fr

⁸ Sur l'historique et les enjeux de la lettre de Diderot, voir l'article de Roger Chartier, « Property and Privilege in the Republic of Letters », *Daedalus*, printemps 2002, p. 60 sq.

⁹ R. Chartier "Property and Privilege in the Republic of Letters", art. cité, p. 65

¹⁰ Carla Hesse, "Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorships in Revolutionary France, 1777-1793", *Representations*, 30 (1990), p. 109-138.

¹¹ "Letter From Thomas Jefferson to Isaac McPherson", 13 août 1813, dans *The Writings of Thomas Jefferson*, Albert Ellery Bergh, 1907, p. 333-334, citée dans James Boyle, "The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain", *Daedalus*, printemps 2002, p. 53.

propriété intellectuelle, estimait que les droits en la matière étaient un mal nécessaire, qu'il fallait à tout prix circonscrire. Le paradoxe - encore qu'il ne soit qu'apparent - est que tous ceux qui, de Jefferson à Madison en passant par Adam Smith, défendaient cette vision restrictive des droits de la propriété intellectuelle (DPI) le faisaient au nom du libéralisme et du refus de voir se constituer des monopoles¹². Mais cette crainte des monopoles n'était pas la seule. Au XIXe siècle, certains voyaient dans les droits de propriété intellectuelle une taxe inopportune sur le savoir au moment où l'éducation de masse commençait à se répandre¹³. On trouve même au XIXe siècle une critique virulente et plus générale des brevets, émanant cette fois des économistes libéraux allemands qui, à leur Congrès de 1863, votent une résolution jugeant les brevets attentatoires au bien commun¹⁴. Au début du XXe siècle, les droits sur la propriété intellectuelle étaient donc clairement considérés comme devant être l'exception plutôt que la règle¹⁵.

La plupart des pays en développement font d'ailleurs aujourd'hui appel à l'argument utilitariste avancé au XVIII^e siècle par Condorcet en arguant du fait que la propriété intellectuelle est une propriété sociale inhérente par nature et qu'il revient à l'État le droit de limiter les droits des individus au nom du bien public¹⁶.

L'articulation entre ces deux dimensions du problème est d'ailleurs reprise notamment dans l'article 27 de la Déclaration des droits de l'homme de 1948¹⁷. Tout le problème vient donc de la difficulté à prendre simultanément en compte les intérêts des créateurs à travers la protection des droits d'auteurs, des brevets, des marques commerciales et des appellations d'origine, et ceux des bénéficiaires du savoir. Ce sont d'ailleurs ces trois éléments qui constituent ce que l'on appelle la propriété intellectuelle.

La stabilité historique des termes de référence du débat n'exclut pas le fait qu'aujourd'hui, c'est la vision libérale qui prévaut sur la vision sociale en matière de propriété intellectuelle. En fait, c'est peut-être moins de vision libérale que de vision néolibérale qu'il faudrait parler puisque, comme nous l'avons vu, il y a eu historiquement un courant libéral dominant qui s'appuyait précisément sur les principes du libéralisme pour défendre une définition restrictive de la propriété intellectuelle.

¹² Voir James Madison, "Monopolies, Perpetuities, Corporations, Ecclesiastical, Endowments", in "Aspects of Monopoly One Hundred Year Ago", *Harper's Magazine*, mars 1914, p.489-490.

¹³ Catherine Seville, *Library Copyright Reform in Early Victorian England: The Framing of the 1842 Copyright Act*, cité dans *Law and Contemporary Problems*, vol. 66, p. 56.

¹⁴ Voir Fritz Machlop et Edith Penrose, "The Patent Controversy in the XIX Century", *Journal of Economic History*, 10 (1950), cité in James Boyle, "The Second Enclosure Movement", art. cité, p. 57.

¹⁵ Yochai Benkler, "Free As the Air to Common Use: First Amendment Constraints or Enclosures of the Public Domain", *New York University Law Review*, 74, 1999, p. 354-361.

¹⁶ Carla Hesse, "The Rise of Intellectual Property, 700 B.C.-A.D. 2000: An Idea in the Balance", *Deadalus*, printemps 2002, p. 44-45.

¹⁷ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, AG. Des. 217 A (III), 10 décembre 1948.

Or, on est très clairement passé d'une interprétation qui faisait des droits de la propriété intellectuelle une exception au domaine public à une interprétation qui fait du domaine public une exception aux DPI¹⁸. Ce renversement de perspective s'appuie sur l'idée que plus les droits de propriété seront étendus, mieux le bien public s'en portera, même si, en l'occurrence, le bien public est ici naïvement confondu avec la richesse privée. L'interprétation libérale des droits de propriété reste en fait prisonnière de la « Tragédie des biens communs » développée par G. Hardin¹⁹. Sa thèse s'appuie sur l'idée selon laquelle la surpopulation, la pollution et l'extinction des espèces tiennent au fait que les ressources communes non bordées par les droits de propriété entraînent une exploitation dévastatrice de celles-ci puisqu'aucun utilisateur n'est incité à les conserver. La métaphore d'Hardin incite donc par extension à voir dans le contrôle des ressources rares une condition essentielle à la préservation de celles-ci. La privatisation apparaît alors comme la solution contre l'usage abusif des ressources au travers précisément du développement de droits de propriété²⁰.

C'est précisément sur cette base que se développa historiquement le phénomène des enclosures. Les champs jusque-là ouverts à tous furent clôturés par les seigneurs qui louaient leurs terres quand ils ne les exploitaient pas directement. Les enclosures constituaient une forme d'expropriation légale, « une révolution des riches contre les pauvres », pour reprendre l'expression de Polanyi²¹. Malgré les ruptures sociales que ce mouvement créa, il n'en demeure pas moins vrai que les enclosures entraînèrent une expansion sans précédent de la production. L'appropriation privée renforça les incitations à investir dans des domaines jusque-là délaissés. Les enclosures ont donc indiscutablement permis de surmonter l'usage excessif des ressources, même si cette thèse fait débat chez les historiens²².

Quoi qu'il en soit, une des questions posées aujourd'hui est celle de savoir si nous ne sommes pas entrés dans une nouvelle ère des enclosures, et cela à la fois sous l'effet d'une idéologie libérale plus attachée à l'extension des droits individuels que du bien public et de l'immensité des enjeux financiers liés à certaines questions comme la brevetabilité du vivant.

Toute la question est donc celle de savoir si l'on doit accepter l'idée d'un « nouveau mouvement des enclosures » et ses conséquences en matière de propriété intellectuelle,

¹⁸ Voir J. Boyle, "The Second Enclosure Movement...", art. cité, p. 38-39.

¹⁹ Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science*, 162, 1968, p. 1243-1248.

²⁰ G. Hardin, "The Tragedy of the Commons", art. cité.

²¹ Karl Polanyi, *La Grande Transformation*, 1944, trad. fr. Paris, Gallimard, 1983, p. 61.

²² Voir Robert C. Allen. "The Efficiency and Distributional Consequences of Eighteenth Century Enclosures", *Journal of Economics*, 92 (1982).

en recourant aux mêmes justifications : la protection de la propriété stimule l'innovation et renforce *ipso facto* le bien commun. Ainsi, si le gène humain donne lieu à brevetabilité, il permettra de lutter plus efficacement contre certaines maladies génétiques. Si la création de nouveaux médicaments est correctement brevetée, elle permettra de mieux lutter contre certaines maladies... En matière d'information, l'idée d'un renforcement de la protection intellectuelle peut sembler d'autant plus acceptable que le piratage paraît de plus en plus facile. A cette interprétation, l'école du domaine public apporte aujourd'hui des contre-arguments décisifs²³.

Le premier est de rappeler que l'information entre parfaitement dans la définition classique des biens publics. Elle repose sur le principe de non-rivalité qui signifie que l'accroissement du nombre des utilisateurs n'entraîne pas de dégradation de ce bien. Ce qui n'est pas le cas, par exemple, d'une terre arable. Elle invoque ensuite le principe de non-exclusion : il est difficile d'exclure certains utilisateurs de ressources offertes sur le Net. L'exemple dans ce domaine est celui du *peer to peer*, que les adolescents connaissent bien : des musiques peuvent être téléchargées grâce à des logiciels de partage. Il n'y a pas de piratage à proprement parler puisqu'on ne télécharge pas directement la musique d'un auteur mais le fichier musical d'un internaute situé peut-être à l'autre bout de la planète.

Certes, on pourra s'appuyer sur cette relative facilité à copier de la musique pour exiger le renforcement des droits de propriété. Mais les théoriciens du domaine public estiment que les facilités de reproduction et de piratage permis par le Net ne sont en fait que proportionnelles à l'abaissement des coûts de production, de distribution et de publicité ouverts par l'accès à ce même Web²⁴. De sorte que la charge de la preuve du manque à gagner devrait être clairement apportée par ceux qui exigent un durcissement des droits²⁵. Ce que l'école du domaine public conteste, c'est donc l'accroissement du niveau des droits à travers l'extension de la période des brevets ou la criminalisation de certaines technologies²⁶.

La crainte des tenants de la thèse du domaine public est de voir la dynamique de recherche de droits de plus en plus stricts s'intensifier à mesure que la technologie de

²³ Entre autres, David Lange, "Enlarging the Public Domain", *Law and Contemporary Problems*, printemps-été 2003, p. 463. La problématique du domaine public est assez proche de celle des biens publics mais les points de départ sont différents. La problématique des biens publics se préoccupe avant tout des externalités que le marché ne peut pas prendre en charge alors que celle du domaine public se préoccupe avant tout de l'extension marchande des relations sociales. Les deux convergent toutefois sur la nécessité d'une action collective capable, dans le premier cas, de prendre en charge les externalités et dans le second, de contenir l'appropriation privée de la création.

²⁴ J. Boyle. "The Second Enclosure Movement...", art. cité, p. 43.

²⁵ *Ibid.*, p. 43.

l'information se révèle plus performante. En effet, une fois qu'un brevet est accordé, le seul moyen de le protéger est de donner à son détenteur des moyens d'information supplémentaires pour s'assurer que le consommateur final paie bien les droits sur l'utilisation d'un produit dont le coût de reproduction est nul (les économistes parleraient de coûts marginaux). Il faut par exemple veiller à ce que la consultation d'un document breveté à partir d'un autre ordinateur que le sien soit techniquement impossible ou pénalement condamnable. Il en résulte une traque généralisée de tous les dispositifs susceptibles d'altérer les bénéfices des droits de la propriété intellectuelle avec à la clé une érosion considérable du domaine public²⁷. Cette interprétation de plus en plus étendue des droits de propriété contraste avec le fait que l'information est elle-même le produit d'autres informations, ce qui pose à la fois la question de savoir ce qu'est véritablement une invention, et du niveau auquel il faut remonter pour la saisir. Or, on voit aujourd'hui se développer des brevets qui portent sur de simples bases de données compilant des informations souvent publiques. Tout accroissement excessif de la protection réduit l'accès à l'information et rend de ce fait très difficile la production optimale de l'information considérée ici comme un marché²⁸. L'idée selon laquelle l'extension des droits de propriété ne peut par définition qu'accroître la créativité, intensifier la recherche et favoriser indirectement le bien public, mérite donc d'être nuancée.

On peut d'ailleurs constater dans un tout autre domaine comme celui des médicaments génériques que cette interprétation mécanique ne tient pas. S'il est indiscutable que les brevets stimulent la recherche fondamentale, ils introduisent deux biais essentiels qui interdisent de croire à une sorte d'adéquation entre bien privé et bien public. Le premier tient au fait que cette recherche ne se développe que dans les domaines où celle-ci peut toucher une demande solvable, et donc se détourner systématiquement des recherches relatives aux pathologies propres aux pays en développement. Le second résulte du fait que les brevets renchérissent considérablement le coût des médicaments, rendant leur accès prohibitif dans les pays en développement. On pourra certes nuancer cette réalité en estimant que même les produits non brevetés restent parfois prohibitifs et que le prix des produits n'est qu'un des aspects de santé publique dans les pays pauvres. Mais l'existence de plusieurs contraintes n'atténue pas l'importance de chacune d'entre elles.

²⁶ Voir J. Boyle, "The Second Enclosure Movement,..." art. cité.

²⁷ Voir Lawrence Lessig, *Reclaiming a Commons*, Keynote Address, The Berkman's Center's "Building a Digital Commons", 20 mai 1999 (<http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/articles>).

²⁸ J. Grosman et J. Stiglitz, "On the Impossibility of Informationally Efficient Markets", *American Economic Review*, 70 (1980), p. 393.

La tragédie du bien privé

Comme on peut le voir, la question du bien public est donc bel et bien reposée. Et pour être clairement énoncée, elle doit s'appuyer sur une véritable théorie du bien public. C'est ce que tente de faire l'école du domaine public. C'est également le sens de ceux qui, par analogie avec la « tragédie des biens communs », parlent de la « tragédie du bien privé » (en fait, on parle de la « tragédie des anticommons » [*anticomons*] ; mais en français, la traduction littérale sonne mal ; *commons* correspond à bien public). Leur crainte est de dire qu'en renforçant chaque jour davantage le maillage des droits de propriété, on risque de rendre le savoir de plus en plus cher et, de ce fait, de plus en plus inaccessible. Il en découle non seulement un recoupement considérable des droits, mais une tendance croissante à ne vouloir laisser tomber dans le domaine public aucun résultat de recherche²⁹. Il y a donc très clairement danger à voir se répandre une vision de plus en plus malthusienne des droits de la propriété intellectuelle et cela, au nom du respect de la création privée. Le risque n'est donc plus celui d'une *surutilisation* des biens communs, comme le croyait Hardin, mais bien de leur *sous-utilisation* sous l'effet de leur privatisation. Ce risque paraît particulièrement prononcé dans le domaine de la science et en particulier dans le secteur extrêmement sensible des biotechnologies.

En matière scientifique, la norme dominante fut pendant longtemps fondée sur le principe que l'objectif premier de la science est la diffusion de la recherche fondamentale à travers le monde. Dans cette perspective, la publication des résultats de la recherche constitue un principe essentiel³⁰. Cette vision de la recherche comme bien public reposait toutefois sur une distinction essentielle entre la recherche fondamentale - qui serait publique et donc ouverte - et la recherche privée, qui serait une recherche appliquée protégée par des brevets³¹. Or, cette distinction est aujourd'hui de plus en plus ténue. La recherche fondamentale est le plus souvent guidée par la volonté de régler des problèmes pratiques de santé publique. Le séquençage du génome humain est de ce point de vue un bon exemple : celui-ci n'a véritablement d'intérêt que pour les applications concrètes qu'il aura sur les thérapies géniques. Ce brouillage se répercute ainsi très naturellement sur les financements de la recherche. La recherche privée finance de plus en plus la recherche fondamentale dans les universités par exemple, qui à leur tour ont tendance à vouloir

²⁹ Voir J. Grosman et J. Stiglitz, "On the Impossibility...", art. cité.

³⁰ Voir Robert Merton, *The Sociology of Science*, 1973.

³¹ Rebecca Eisenberg et Richard Nelson, "Public vs Proprietary Science: A Fruitful Tension?", *Daedalus*, printemps 2002, p. 90.

breveter leurs découvertes, surtout depuis que le célèbre *Bayh-Dole Act* de 1980 les y autorise³². Le brouillage entre recherche fondamentale et recherche appliquée, lui-même recouvert par le brouillage entre recherche publique et recherche privée, a entraîné non pas un déplacement, mais un renversement de la norme : le domaine public n'existe désormais que par défaut. Il survit dans les espaces non couverts par les brevets. Or, si les brevets incitent les entreprises à investir, elles peuvent aussi inhiber des recherches futures. Les brevets permettent aux inventeurs de restreindre l'accès à leurs inventions en en rehaussant le coût. Ce gain permet naturellement d'amortir le coût de la recherche. Mais s'il est trop élevé, il conduit à exclure les utilisateurs potentiels de cette invention, qui seraient prêts à payer le coût marginal de la production mais non le coût additionnel du brevet³³.

Par ailleurs, la multiplication, voire la généralisation des brevets en matière de recherche fondamentale engendre un autre risque : celui de recouvrir de brevets toute la chaîne de la recherche de l'amont vers l'aval, puisque les brevets relatifs aux découvertes en matière de recherche fondamentale sont généralement toujours plus larges que les recherches appliquées qui en découlent³⁴. Ce qui est en jeu, ce n'est naturellement pas l'importance ni la valeur de la recherche privée. Au demeurant, la question centrale n'est pas celle de l'équilibre entre recherche publique et recherche privée, mais entre bien public et bien privé. En effet, des institutions d'origine publique - comme les universités - peuvent participer à une privatisation du bien public. C'est ce qui se passe notamment avec les universités publiques américaines, lesquelles se trouvent engagées dans une logique de brevetabilité tout à fait comparable à celle des acteurs privés³⁵. Or, l'affaire du génome humain montre à quel point cet équilibre est difficile à trouver malgré l'importance des acteurs publics dans le jeu.

Au départ, le projet de séquençement du génome était international, piloté par les gouvernements. Mais en 1998, alors que le projet entrait dans sa phase décisive, une entreprise privée - Celera - déclarait son intention de participer à la compétition en prenant de vitesse le Consortium Public. Cette entrée en compétition stimula considérablement le projet public, de sorte que les deux acteurs parvinrent au même résultat au même

³² Voir David Mowery, Richard Nelson, Bhaven Sampat et Arvids Ziedonis, "The Growth of Patenting and Licensing by US Universities: An Assessment of the Effects of the Bayh-Dole Act of 1980", *Research Policy*, 1 (31), 2001. p. 99-119.

³³ Voir Michael Heller et Rebecca Eissenberg, "Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research", *Science*, mai 1998.

³⁴ Voir H. Eisenberg et R. Nelson. "Public vs Proprietary...", art. cité, p. 92.

³⁵ Voir Marcia Angell et Arnold Relman, "Patents, Profits and American Medicine: Conflicts of Interest in the Testing and Marketing of New Drugs", *Deedalus*, printemps 2002, p. 104.

moment, au début de l'année 2001³⁶. Dès le départ, le Consortium Public insiste sur l'accès sans restriction au séquençement à travers un dépôt dans une base de données génétiques (Geubank). L'accès aux informations génétiques détenues par Celera est en revanche plus limité et naturellement non gracieux. Mais l'existence de Genbank, à laquelle Celera peut aussi avoir accès, limite forcément les marges de l'opérateur privé. Il ne peut pas faire payer trop cher des informations par ailleurs disponibles³⁷. On pourrait donc penser que le séquençement du génome humain offre un point d'équilibre optimal entre recherche publique et recherche privée, bien public et bien privé. En réalité, cet équilibre est fragile, voire illusoire. Car même si le séquençement du génome est achevé, ses implications sont largement méconnues. En termes de propriété intellectuelle le verrou a été posé non pas au niveau des brevets, mais des accords d'accès aux banques de données³⁸. Mais l'accès libre aux 25 000 gènes humains répertoriés risque de buter sur une prolifération de demandes d'agrément de brevets. On compte aujourd'hui pas moins d'un million de demandes de brevets sur des gènes humains, de bactéries, de virus, de végétaux et d'animaux. De sorte que 90 % des gènes humains semblent aujourd'hui faire l'objet de demandes de brevets, alors qu'on affirme par ailleurs la liberté d'accès aux résultats du séquençement.

Certes, les autorités publiques ont autorité pour refuser cette brevetabilité du vivant. Mais cela supposerait de leur part un renversement considérable de leur position et une faculté de résistance exceptionnelle face à des demandes puissantes et pressentes. Par ailleurs, les pratiques des organismes publics d'octroi des brevets ne vont nullement dans ce sens. Ils cherchent plus à breveter les demandes qui leur seront présentées qu'à véritablement vérifier si les demandes sont réellement brevetables³⁹. La seule société américaine Genomics cherche à faire breveter 400 000 séquences de génome. De surcroît, il faudrait pouvoir disposer de règles de brevetabilité beaucoup plus strictes que celles qui prévalent actuellement. Or, c'est une démarche inverse qui prévaut tant aux États-Unis qu'en Europe. Pour obtenir un brevet, il suffit d'extraire un gène de son milieu naturel, de caractériser au moins une protéine qu'il code et d'en proposer une utilisation médicale ou pharmaceutique. Ainsi, dès qu'un chercheur utilisera un gène ayant fait l'objet d'un dépôt de brevets accepté, il devra acquitter une redevance alors que la séquence brute de gène est le fruit d'une découverte et non d'une invention et qu'on affirme par ailleurs

³⁶ Les résultats du séquençement furent annoncés pour le projet *Celera* dans *Science* du 16 février 2001 par le Consortium Public (IHGSC) dans *Nature* du 15 février 2001.

³⁷ R. Eisenberg et R. Nelson, "Public vs Proprietary...", art. cité, p. 98.

³⁸ *Ibid.*, p. 98.

³⁹ L. Lessig, *Reclaiming a Commons...*, *op. cit.*, p. 12.

l'appartenance de ce gène au patrimoine de l'humanité⁴⁰. Ainsi, la possibilité de breveter une séquence brute d'ADN contrevient aux règles de base de la brevetabilité puisqu'il s'agit d'une découverte et non d'une intervention ; elle gêne le travail scientifique en aval et bloque l'accès du public aux avancées génétiques. Or, les pratiques des Etats-Unis et de l'Union européenne aggravent ce problème. L'Office européen des brevets a par exemple confié à une entreprise américaine des brevets sur certains gènes responsables du cancer du sein qui lui permettent ainsi d'acquérir un monopole sur les tests de dépistage.

Il faut rappeler que, derrière les principes néolibéraux qui président à cette interprétation très restrictive des droits de la propriété intellectuelle, se greffent des enjeux financiers de toute première importance. Le savoir est tout simplement devenu une source considérable de revenus pour les pays qui en produisent et cela, à mesure que la création immatérielle devient fondamentale dans la dynamique du capitalisme. Elle constitue la première exportation des Etats-Unis⁴¹. De fait, les États-Unis ont reçu 38 milliards de dollars au titre des droits de la propriété intellectuelle. A l'inverse, un pays comme la Corée a dû dépenser 15 milliards de dollars pour acquérir des brevets, ce qui montre à quel point l'accès au savoir devient coûteux pour les pays en développement. Ce coût s'élève d'ailleurs à mesure que le rattrapage s'intensifie. Les pays riches, craignant la concurrence de ces pays, s'efforcent de relancer le coût d'usage des technologies les plus avancées.

On peut de surcroît considérer que l'apparition de pays intermédiaires utilisant les technologies avancées explique largement le durcissement des règles de la propriété avancée depuis les Accords Trips de 1995. En effet, jusque dans les années 1970, l'enjeu était moins sensible car les pays émergents utilisaient des ressources technologiques arrivées à maturité dans les pays riches. Désormais, la compétition mondiale est plus simultanée que séquentielle. Concrètement, cela signifie qu'on exige des pays émergents qu'ils se soumettent aux mêmes règles que les pays riches. Tant que l'écart entre riches et émergents était substantiel, les riches pouvaient se permettre de ne pas imposer les mêmes contraintes aux pays moins avancés. C'est d'ailleurs sur une interprétation très laxiste des droits de la propriété intellectuelle que s'est fait le développement des pays asiatiques et même avant eux des États-Unis⁴². Aujourd'hui, compte tenu du resserrement de l'écart, c'est à l'harmonisation des règles de la compétition entre pays riches et

⁴⁰ Toutes ces informations sont tirées d'une contribution d'A. Kahn au journal *La Croix* du 18 avril 2003.

⁴¹ Voir Richard Posner, "The Law and Economics of Intellectual Property", *Deedalus*, printemps 2002, p. 5.

⁴² C. Hesse a bien souligné que les attitudes concernant la propriété intellectuelle sont le strict reflet du niveau économique d'un pays : "The Rise of Intellectual Property", art. cité. p. 41.

émergents que l'on tend et que l'on est confronté depuis les Accords Trips de 1995. C'est en effet depuis cette date que l'on a assisté à un durcissement au sein de l'OMC des règles de la propriété intellectuelle, principalement sous la forte influence des laboratoires pharmaceutiques américains⁴³. Les standards adoptés depuis lors sont situés très au-dessus des règles posées par la célèbre convention de Paris de 1883. Les droits sur les brevets sont étendus à presque tous les domaines, tandis que leur durée se trouve portée à vingt ans. Ainsi, l'accès des pays en développement à la technologie se trouve singulièrement relevé, tandis que se trouve accru le coût financier de mise en oeuvre par ces pays d'une législation de nature à garantir la protection de ces droits étendus⁴⁴. Ce conflit entre bien public et bien privé que pose la question des droits de propriété a été révélé de manière éclatante à travers le conflit entre laboratoires pharmaceutiques et pays en développement à propos des thérapies de lutte contre le sida.

Sans revenir sur les détails d'un dossier dont les éléments sont connus, rappelons-en quelques points forts. Face aux effets dévastateurs du sida, un certain nombre de pays en développement comme l'Afrique du Sud et la Thaïlande ont vu leur politique de lutte contre le sida bloquée par le prix prohibitif des trithérapies, soumises précisément à des brevets⁴⁵. Ces pays étant dotés d'une industrie pharmaceutique relativement importante, ils furent légitimement tentés de recourir à la procédure des licences obligatoires, qui permettent de produire des médicaments génériques sans l'accord du détenteur du brevet en invoquant des impératifs de santé publique, au demeurant reconnus par les Accords Trips.

La politique suivie par le Brésil et la Thaïlande donnera lieu aux pressions croisées des laboratoires pharmaceutiques et des États-Unis venant en appui de ces derniers. Mais des contre-feux furent allumés par de nombreuses ONG dont MSF, qui s'efforcèrent de faire reconnaître la légitimité des recours à la production de produits génériques. Cette action fut à son tour relayée par l'OMS qui, en mai 1999, appela ses États membres à s'assurer d'un accès équitable aux médicaments essentiels et à revoir les instruments

⁴³ C'est l'industrie pharmaceutique qui est la principale demandeuse d'une protection renforcée dans des DPI car ses profits sont de plus en plus liés - comme au cinéma - à la commercialisation de « blockbusters » capables de couvrir les coûts de la recherche et du développement : voir *Integrating Intellectual Property...*, op. cit., p. 39. Sur le thème de la privatisation de l'ordre public, il faut se référer aux deux ouvrages qui font autorité sur le sujet : John Braithwaite et Peter Drahos (eds), *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 ; et Claire Cutler, Virginia Hanfler et Tony Porter (eds), *Private Authority and International Affairs*, New York, Suny Pres, 1999.

⁴⁴ Voir Susan K. Sell, "Intellectual Property Rights", in David Held et Anthony Mc Grew (eds), *Governing Globalization*, Cambridge, Polity Press, 2002, p. 173.

⁴⁵ La trithérapie contre le sida la moins chère est de 200 dollars alors que la moyenne annuelle des dépenses de santé dans les pays pauvres ne dépasse pas les 23 dollars : voir *Integrating Intellectual Property...*, op. cit., p. 36.

internationaux susceptibles de le garantir⁴⁶. La question des droits de propriété intellectuelle sortait alors du cadre technique pour prendre un contenu éminemment politique, où s'affrontaient deux préférences collectives : la défense des droits de propriété et les impératifs de santé publique. En mars 2001, la mise en débat du sujet dans l'espace public mondial contraint les laboratoires pharmaceutiques à un premier recul décisif : les 39 laboratoires pharmaceutiques qui avaient engagé un procès contre le gouvernement sud-africain retirent leur plainte⁴⁷. En juin 2001, la pression des ONG relayées par les médias mais également par l'Union européenne conduit à un consensus auquel souscrivent tous les acteurs du jeu mondial, à l'exception toutefois des États-Unis. Le principe sur lequel repose ce consensus est simple : il consiste à dire que les impératifs de santé publique sont opposables aux droits des brevets dans les situations d'urgence sanitaire. Cette position, prise dans le cadre du conseil Trips, se trouve à son tour amplifiée au niveau mondial par la déclaration de l'Assemblée générale spéciale des Nations unies de juin 2001. La question prend ainsi une tournure politique puisqu'elle met à nouveau en évidence le lien entre commerce, enjeux de propriété intellectuelle et enjeux de santé publique⁴⁸. La conférence ministérielle de l'OMC réunie à Doha en novembre 2001 a repris à son compte cette idée d'urgence sanitaire qui, au demeurant, figurait très clairement dès les accords de l'Uruguay Round de 1995. Simplement, elle avait fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part des laboratoires pharmaceutiques et de certains gouvernements, dont celui des États-Unis.

Depuis cette date, les négociations portent sur les modalités de mise en oeuvre de cette règle. Un accord de principe a été d'ailleurs trouvé à l'OMC à la fin de l'été 2003, juste avant le sommet de Cancun. Sur le fond, les grands laboratoires acceptent désormais l'idée d'une inévitable resegmentation des marchés des médicaments. Autrement dit, ils savent qu'il sera difficile d'éviter que le prix des médicaments ne tienne pas compte des différences de niveau de vie entre les pays riches et les pays pauvres - en tout cas pour certains médicaments. En revanche, ils craignent que la segmentation des marchés mondiaux pour certaines trithérapies de lutte contre le sida, la tuberculose ou la malaria, ne s'étende à d'autres produits et que la reconnaissance du principe selon lequel le médicament ne serait pas un produit comme les autres incite à terme les opinions des pays riches à réclamer à leur tour une baisse des prix des médicaments sur les marchés du Nord.

On voit donc que les implications des enjeux de propriété intellectuelle vont très loin,

⁴⁶ *Integrating Intellectual Property...*, *op. cit.*, p. 182.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 183.

s'étendant chaque jour à des champs nouveaux.

Le doute n'est guère permis. La question de la propriété est de retour sous la double influence de la modification des sources de production de la richesse et de la mondialisation de son espace d'appropriation. Pour l'heure, c'est indéniablement l'interprétation néolibérale qui prédomine, probablement parce que la définition du bien public reste hésitante, fragmentaire et défensive. Mais on voit bien, à travers les débats sur l'accès aux médicaments, la diversité culturelle ou la brevetabilité du vivant, qu'il importe de définir les contours du bien public sur la base de principes ou de règles opposables au bien privé. Pour autant, le recours à une classification étanche entre sphères de valeurs (Michael Walzer) paraît de moins en moins opératoire. Dans la plupart des cas, l'interpénétration des valeurs marchandes et non marchandes est la règle. De surcroît, il n'est pas sûr que cette interpénétration soit à remettre en cause. D'une part, parce que l'implication du secteur privé est et sera de plus en plus indispensable à la préservation de certains biens publics (enseignement, recherche, santé), au moins pour des raisons économiques et financières. D'autre part, parce que le régime juridique de la propriété d'un bien importe moins que ses conditions d'usage. Il faudra donc peut-être de plus en plus distinguer propriété et appropriation, la propriété renvoyant au régime juridique et l'appropriation aux conditions dans lesquelles le bien est socialisé. Dans ces conditions, les biens publics se définiraient moins par leur régime juridique (propriété publique) que par leurs conditions d'appropriation sociale. Plus que jamais, il importe donc de repenser le bonheur public avec et contre le bien privé.

⁴⁸ Voir S. K. Sell, "Intellectual Property Rights", *Governing Globalization*, *op. cit.*, p. 185.