

BIENS COMMUNS ET INSTITUTIONS

XVIII-XXI^e siècle

1^{ère} journée d'étude de l'IDHES « Biens communs »

Jeudi 12 juin 2014

Paris I Panthéon- Sorbonne

12 place du Panthéon, 1^{er} étage à gauche dans la galerie, salle n°1

Matin : 9h30-12h45

Philippe MINARD

Les biens communs à l'épreuve de la marchandisation

Marta TORRE-SCHAUB

Quelques réflexions à propos des choses, des biens et du commun

Michela BARBOT

L'histoire au pluriel de la propriété en Europe entre Commons, Dominia et droits individuels : les termes du débat et ses enjeux

Discussion

Déjeuner

Après-midi : 14h-15h45

Christian BESSY

Coopération technologique, propriété intellectuelle et standard

Antonella CORSANI

Les connaissances : quel commun ?

Discussion

Philippe MINARD

Les biens communs à l'épreuve de la marchandisation

De même que tout l'effort théorique accompli depuis des années au sein de l'IDHE a permis de mettre en cause la vieille et (trop) commode opposition entre État et marché, de même on ne saurait opposer de façon réductrice biens privés et biens publics. Cette vision binaire repose en effet sur un partage simpliste, établi selon le seul type de propriété des biens en question : les « biens publics » seraient alors ceux que le marché ne peut fournir de façon correcte ou économiquement et/ou socialement acceptable, l'État devant en quelque sorte suppléer les carences ou la défaillance du marché. En outre, il faut rappeler qu'au-delà des biens publics (gérés par l'État), il peut exister des « biens communs » qui, sans relever du périmètre de l'action étatique, ressortissent à des formes de socialisation et de gestion collectives qui échappent elles aussi au monde marchand.

La problématique des « biens communs », à laquelle le « prix d'économie en l'honneur d'Alfred Nobel » décerné à Elinor Ostrom en 2009 a donné un nouvel écho, nous semble un outil heuristique permettant d'échapper à cette vision binaire, ne serait-ce qu'en complexifiant la typologie. Il convient en effet de distinguer les modalités de l'accès à un bien (exclusif ou non-exclusif, selon que son détenteur peut en interdire ou non l'accès et l'usage), et les conséquences de cet usage (l'usage des uns diminue-t-il celui des autres ? on parle alors d'usage rival). À côté des biens purement privés, qui sont exclusifs et rivaux, et des biens publics, non-exclusifs et non-rivaux (l'éclairage public, les phares, la Défense nationale), on peut ainsi distinguer des biens exclusifs et non-rivaux, comme un pont, ou un spectacle payant, et des biens non-exclusifs et rivaux, comme des pâturages, une forêt, une zone de pêche, un système d'irrigation, que l'on peut qualifier de « pools de ressources communes » (pour reprendre les domaines étudiés par Ostrom) et qui sont redevables de règles spécifiques. C'est également le cas particulier des biens (ou services) d'« intérêt général », et plus spécialement dans le cas français (de manière implicite aux XVIII^e-XIX^e siècles, et explicite au XX^e siècle), de ceux qui relèvent des principes de service public.

Cette approche conduit à récuser toute représentation finaliste d'un mouvement historique devant nécessairement aboutir au triomphe d'une forme unique de propriété, de type individuel et privé. D'autre part, elle invite à mettre l'accent sur la forme et les modalités de gestion collective des « communs » : le libre accès à une ressource ne doit pas être confondu avec une absence d'organisation collective de son usage (songeons par exemple aux servitudes d'utilité publique), ni avec l'absence de règles, en tension plus ou moins intense avec celles des marchés. C'est là où la supposée « tragédie des communs » mise en avant par Gareth Hardin en 1968 est évidemment prise en défaut : sa dénonciation, à l'évidence idéologique, du danger de surexploitation des biens communs par des « passagers clandestins » repose précisément sur le postulat imaginaire d'une absence de règles collectives dans les conditions d'usage des communs.

Bref, nous sommes conduits à réexaminer les procédures d'allocation de biens et de services, en dépassant la stricte opposition entre propriété et appropriation, à reconsidérer la diversité des rapports possibles entre les usagers d'une même ressource, et à interroger des formes légitimes de régulation collective et d'association, mal connues ou sous-estimées.

Cette problématique, qui doit bien sûr être testée et précisée, permet d'interroger tout autant les questions environnementales (les communs naturels), les questions de propriété intellectuelle (les communs de la connaissance) et les controverses juridico-politiques éclairant les débats

particulièrement sensibles liés à la marchandisation contemporaine, concernant en particulier le périmètre des services publics, et le partage entre services publics et services marchands.

Marta TORRE-SCHAUB

Quelques réflexions à propos des choses, des biens et du commun

Dans le système du Code civil, le « bien » présente l'avantage d'être une idée claire et facilement définissable. Il s'agit de ce qui est bon pour l'homme, ce qui lui est utile. Le livre II du Code civil contient le Bien comme une Chose, une chose matérielle, sensible, corporelle¹. Sous la rubrique générale des biens, il est traité essentiellement de la matière du « droit réel » et surtout de la propriété, droit réel par excellence. La propriété, « droit de jouir et disposer d'une chose » porte dans sa définition la marque d'une culture bourgeoise, de l'avoir. Cette conception est en crise aujourd'hui. Il semble évident qu'il y a un éclatement de la notion de bien, telle qu'elle est conçue dans le Code civil, devenue trop étriquée pour convenir aux besoins de la pratique. Non seulement on ne sait plus très bien quel statut accorder par exemple au corps humain, mais l'on assiste à une floraison d'objets et des droits (tels le travail, le droit d'auteur, l'environnement, la culture...) qui ne correspondent pas ou plus aux catégories classiques.

Ainsi, certains auteurs ont revisité la catégorie des choses en droit romain pour montrer que, en réalité, la catégorie des choses était beaucoup plus vaste que celle des biens et bien plus large qu'elle ne l'est aujourd'hui. Elle comprenait en effet à la fois ce que l'on considère aujourd'hui des « choses » et également ce que l'on qualifie aujourd'hui de « biens ». Ainsi dans les *res* (choses) on y incluait une foule d'éléments, certains incorporels (comme par exemple les obligations, les dettes), ce qui montre que pour les romains la question de la matérialité ou la corporalité n'était, au fond, pas essentielle.

On a longtemps soutenu que le bien et la chose ne se situent pas sur le même plan. La question de la chose est, d'une certaine manière, préalable. Autrement dit, de la solution qu'on apporte à la chose dépend largement la réponse à donner aux biens. Les biens, en effet, ne se définissent que par rapport aux choses. Les biens, écrivait Carbonnier, « sont le décalque des choses...mais toute les choses ne sont pas de biens, et, tous les biens ne sont pas des choses »². Dans la mentalité du Code civil, l'individualisme possessif de l'homme napoléonien a besoin de substance et de possession. C'est un sujet foncièrement propriétaire qui cherche à consolider et à accroître sa substantialité, son domaine. Ainsi, les biens prennent la place de choses dans le droit dans la mesure où ils entretiennent des relations avec le sujet, relations dont le droit s'occupe (notamment des relations d'appropriation, d'aliénation, de disposition...). Ainsi les biens entretiendraient des relations de propriété avec l'individu tandis que la chose ne jouirait pas d'un traitement juridique particulier.

Il existe une deuxième fracture entre la réalité et le traitement juridique donné par le Code civil qui semble également dépassée, qui est celle des relations que l'homme entretient avec certaines choses comme par exemple celles appartenant à la nature. L'homme entretenait traditionnellement des relations de maîtrise ou de domination de la nature. La nature se déclinait en biens ou choses utiles à l'homme : soit elles lui appartenaient et elles lui étaient utiles, soit elles appartenaient à personne et c'était des choses sans valeur, soit elles appartenaient à tous et elles

¹ Les biens et les choses, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1979

² J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 2001

étaient communes. Et là, la question de leur utilité, leur conservation et leur gestion pouvait éventuellement se poser.

« Il est des biens qui n'appartiennent à personne (*res nullius*) et des biens dont l'usage est commun à tous les hommes (*res communes*) »³. La doctrine et la jurisprudence se sont peu intéressées à ces notions à tel point que pendant longtemps une confusion régnait entre les deux catégories. Alors que les choses communes sont inappropriables, les biens sans maître sont simplement inappropriés et, par là, appropriables par le premier occupant. La relative indifférence de la doctrine et de la jurisprudence à l'égard des choses communes semblait résider dans le faible intérêt pratique que présentait ce concept. Puisque le critère de l'appropriabilité était la condition indispensable à de fins de qualification de ces notions, dans la mesure où les choses communes étaient considérées inappropriables, elles étaient automatiquement exclues du régime juridique des biens. Or ce faible intérêt théorique n'allait pas durer dans la mesure où le « grignotage » de la sphère de l'inappropriable a provoqué inévitablement en retour de mises en garde non seulement éthiques mais aussi juridiques. Est-ce un objet de propriété tout ce que le marché s'approprié ? L'appropriation est-ce la seule voie de protection du commun ? Si un bien est tout ce qui possède une valeur commerciale (ou d'échange) aux yeux du droit, doit-on alors permettre que certaines choses communes tombent sous l'influence du droit des biens ? Telles sont quelques unes des interrogations qui ont pu être posées.

La catégorie des choses communes que l'on croyait moribonde renaît ainsi de ses cendres pour trouver une nouvelle jeunesse et une certaine vigueur⁴. Aux choses communes traditionnelles (l'air, l'eau, la mer, la lumière...) viennent s'ajouter d'autres, conquises ou découvertes grâce aux avancées de la sciences et de la technique (la Lune, l'espace extra-atmosphérique, le sol et sous-sol de la haute mer...) ou encore des choses dépourvues de toute matérialité (telles que le génome humain, les ondes, les paysages, les processus écologiques et génétiques...). La catégorie des choses communes s'élargit et, du coup, si elle gagne en popularité elle perd en précision, ses contours deviennent moins nettes et précis. Car, en effet, qu'il y a-t-il de commun entre l'air et le génome ?

En réalité, plutôt que de chercher des caractères communs aux éléments pouvant être qualifiés de communs, la question pourrait être posée sous un autre angle : quel serait le régime juridique des choses communes qui serait à même d'assurer leur préservation ? Car nous l'oublions pas, ce qu'il y a de commun dans les choses communes peut se résumer finalement en deux caractéristiques : l'inappropriabilité et l'usage commun. C'est ainsi autour de ces deux questions que l'analyse pourrait avancer.

Toutefois, si la différence classiquement soutenue entre les choses et les biens ne tient aujourd'hui avec autant de fermeté, l'exclusion de la propriété de la qualification des choses communes (ou des biens communs) ne peut se soutenir non plus avec la même netteté (I). Et, si la question de l'appropriation peut donc être aujourd'hui discutée, ce qui semble plus important dans le débat actuel sur les choses communes ou biens communs est la question de l'usage, voire du partage équitable, solidaire et durable. Le vocabulaire change ainsi quelque peu : l'on parle désormais de gouvernance du commun. Pourtant l'on retrouve un point commun dans la construction des argumentations : la place de l'Etat et du marché, la valeur marchande ou non marchande des biens (II). Or, pour sortir de cette dialectique classique et peu opérationnelle à

³ J. Bacquet, Il est des biens qui n'appartiennent à personne (*res nullius*) et des biens dont l'usage est commun à tous les hommes (*res communes*), Thèse, Paris LGDJ, 1921

⁴ M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, LGDJ, 2006

propos des biens communs de la nature, d'autres formes de gestion voient le jour : le patrimoine commun de l'humanité. Formes qui méritent également d'être analysées. Et c'est là que finalement la question du choix de la qualification entre les choses et les biens perd complètement sa substance et n'est plus pertinente. D'autres catégories plus adaptées aux besoins réels de la protection du commun émergent et semblent mieux adaptées (III).

Michela BARBOT

L'histoire au pluriel de la propriété en Europe entre *Commons*, *Dominia* et droits individuels : les termes du débat et ses enjeux

Au cours des dernières années, plusieurs analyses ont montré le caractère historiquement « pluriel » de l'évolution du droit de propriété en Europe. Ces études ont montré que depuis le Moyen Age, et bien au-delà des Enclosures anglaises et des codifications continentales, la pleine propriété individuelle a longtemps cohabité avec deux autres régimes propriétaires – les *Commons* et les *Dominia* -, dont les imbrications et les superpositions ont créé de multiples configurations d'acteurs et de pratiques d'appropriation.

Selon une théorie développée au sein de la *New Institutional Economics*, cette multiplicité de droits et d'acteurs aurait longtemps empêché l'essor du capitalisme, multipliant les conflits et engendrant une incertitude et une inefficacité économique que seul le triomphe de la propriété privée et l'affirmation de sa protection de la part de l'État auraient permis de réduire. Depuis quelques décennies, toutefois, la crise des économies occidentales et les réflexions menées autour de la « tragédie des *Commons* », ont sensiblement affaibli la puissance de cette interprétation. D'une part, à l'intérieur même du paradigme néo-institutionnel, les travaux d'Elinor et de Vincent Ostrom ont montré comment, sous certaines conditions et à une échelle locale de gouvernance, les *Commons* peuvent être aussi efficaces que la pleine propriété privée.

D'autre part, le lien entre propriété privée et capitalisme a été profondément mis en discussion par plusieurs travaux comparatifs qui ont montré la grande variété des trajectoires de développement historiquement existées.

Dans cette communication, il s'agira tout d'abord d'illustrer à grands traits la complexité juridique et les implications socioéconomiques de la grammaire plurielle des droits de propriété en Europe dans la longue durée (16^e – fin 19^e siècle). Sur ces bases, à l'aide de quelques exemples français et italiens, on présentera les thèses néo-institutionnelles en les interrogeant à partir de trois majeurs nœuds problématiques : le lien entre incertitude, conflits propriétaires et performances économiques; l'articulation entre les échelles locale et nationale de gouvernance et leurs rapports avec la propriété et sa protection; la question du changement institutionnel et de ses dynamiques face à l'implémentation du Code Civil de 1804, adopté en même temps en France et en Italie du Nord.

Christian BESSY

Coopération technologique, propriété intellectuelle et standard

Depuis les travaux d'Hagedoorn (1990) sur les formes organisationnelles de la coopération technologique et les enjeux en termes de propriété intellectuelle, la situation a fortement évolué et donne lieu, 30 ans plus tard, à des nouvelles formes organisationnelles qui n'étaient qu'embryonnaires à l'époque comme les patents pools associés à la création de standards technologiques, ou encore les logiciels open-source. D'une façon générale, les accords contractuels de R&D ont vu leur part relative augmenté dans l'ensemble des accords de coopération technologique, au détriment des *Joint-Ventures*. Ils s'inscrivent dans un processus de juridicisation dans lequel les enjeux en termes de droits de propriété intellectuelle, mais aussi de standardisation des technologies, sont de plus en plus importants. Cette standardisation accrue conduit à examiner un point peu pris en considération : à savoir les stratégies des entreprises qui cherchent à promouvoir une industrie toute entière ou des coalitions au sein d'une même industrie, chacune défendant sa propre « technologie » et ayant sa propre conception de la propriété intellectuelle et des « contrats de licence ».

Il importe alors de bien identifier différentes formes organisationnelles de coopération technologique pour examiner l'importance ou non de la logique de standard dans la conception de nouveaux produits ou procédés. Cela soulève en particulier la question de la valeur du standard, sa diffusion pouvant reposer plus sur un processus d'anticipations croisées et d'économies d'adoption que sur sa qualité intrinsèque, processus d'autant plus développé avec le recul relatif des organisations publiques de développement des standards au profit des alliances privées (David et Shurmer 1996).

Cette perspective conduit à mieux intégrer, dans l'analyse de la coopération technologique, les stratégies des acteurs leur permettant d'acquérir un fort pouvoir de marché au sens où ils définissent les caractéristiques pertinentes du produit ou des services échangés, contribuant ainsi à la construction du marché et d'une hiérarchie entre des innovateurs et des imitateurs. L'hypothèse est donc que plus cet enjeu de domination d'un marché est fort, plus les partenaires à la construction du standard adopteront des politiques de licence très ouvertes entre eux et envers les suiveurs, quitte à brandir leur DPI quand ces derniers deviennent menaçant. Du point de vue de la politique publique, cela soulève la question des distorsions de concurrence engendrées par ces pools ou alliances, et ceci d'autant plus que les entreprises outsiders au pool ne sont pas incitées à innover.

Dans ce texte, nous voudrions partir de cette grille de lecture pour présenter des études de cas autour des enjeux économiques et juridiques en matière de standardisation technologique, enjeux qui posent également la question des « communs ». Dans un second temps, ces études de cas vont nous permettre de revenir sur l'histoire récente de l'institution « propriété intellectuelle », faite de tensions entre « exclusivité » et « partage », en la replaçant dans des changements institutionnels plus globaux.

Antonella CORSANI

Les connaissances : quel commun ?

Les biens communs sont définis en fonction de deux ordres de critères : la nature intrinsèque des biens et les règles qui en déterminent les conditions d'accès et d'usage.

Dans la première partie de mon intervention, j'insisterai sur l'importance que revêt la nature intrinsèque des connaissances. Mon objectif est de démontrer que de la nature intrinsèque des connaissances, irréductible à la non-rivalité et à la non-exclusivité qui en font un bien public pur, dérivent des lois qui ne répondent pas aux lois de l'économie.

Dans une deuxième partie, je vais essayer d'expliquer pourquoi les Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication dévoilent, en les exaspérant, les contradictions entre les « lois de la connaissance » et les « lois de l'économie marchande ». Cette partie s'achèvera par la mise en exergue des problèmes que soulèvent ces contradictions (accélération, rareté, sous-investissement).

Enfin, dans une troisième partie, je traiterai du logiciel libre et du open source. Souvent confondus, à tort, dans un même mouvement, les deux mondes de production logicielle fonctionnent sur des bases juridiques similaires mais ils se fondent sur des philosophies, des principes éthiques et sur des règles de partage et d'usage différentes : ils constituent deux communautés hétérogènes. Mon objectif est de montrer comment ils apportent des solutions différentes aux contradictions entre « lois de la connaissance » et « lois de l'économie marchande ».

En conclusion, en même temps que je désenchanterai le discours sur le logiciel libre en mettant en exergue son assimilation à la logique du *open source*, je questionnerai le potentiel et les enjeux de l'extension des principes et des règles du open source dans le champ de la production matérielle.