

# Propriété intellectuelle et mondialisation

La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?

sous la direction de  
**Michel Vivant**

avec les contributions de :

Françoise Benhamou	Marie-Anne Frison-Roche
Jean-Pierre Berlan	Philippe Gaudrat
Jean-Michel Bruguière	Silke von Lewinski
Sophie Chauveau	Nathalie Mallet-Poujol
Élie Cohen	Bernard Remiche
Marie Cornu	Michel Vivant

2004

**DA|LOZ**

# **Les biens d'humanité, débouché de la querelle entre marché et patrimoine**

Marie-Anne Frison-Roche

*Professeur à l'Institut d'études politiques de Paris,  
directeur du Forum de la régulation*

1. – La mondialisation nous tourne la tête, au sens où elle remet en cause non pas tant, ou à tout le moins pas seulement, l'organisation du monde, que la façon dont nous étions habitués à le penser, donc à prétendre le régir<sup>1</sup>. Le vocable de « gouvernance » évoque cette double prétention de ressaisir et de se ressaisir. La méthode traditionnelle pour se saisir du réel consiste à établir des distinctions, en établissant deux termes, dont la relation la plus efficace est l'opposition de l'un contre l'autre. On explique le monde par le monde par des contraires et, par cette conception, on le fait fonctionner. Le débat autour de la mondialisation s'est construit ainsi, dans la façon d'en dresser la carte, ne serait-ce que dans l'opposition soulignée entre les pays du Nord et les pays du Sud, et dans l'idée même qu'on pouvait être pour ou contre la mondialisation.

2. – « L'altermondialisation » paraît un troisième terme à la querelle mais il s'agit plutôt de mieux poser l'opposition. Celle-ci n'est pas entre un fait (mondialisation) auquel on opposerait la prétention d'un non-fait (antimondialisation, conception par nature faible parce que la négation d'un fait n'est pas une pensée). L'opposition s'articule entre deux façons d'exercer la puissance humaine d'organisation sur le phénomène, par accompagnement approbateur ou par contrainte réactif. Le débat a donc été réajusté, il y a progrès dans le vocabulaire mais le principe de compréhension reste dans l'opposition.

3. – Une des oppositions met face à face le marché et le patrimoine, ce second terme renvoyant ici à la conservation des choses. En effet, le marché suppose la circulation

---

1. Dans la perspective philosophique, v. P. Sloterkijk, *Bulles*, t. 1, Sphères, Pauvert, 2003.

et en cela abîme la conservation, laquelle se réalise mieux dans l'immobilité. En outre, la circulation du marché a pour moteur et effet la consommation, c'est-à-dire dans la plupart des cas la destruction. Entre ces termes, insérons la propriété : la propriété est en droit un agrégat de pouvoirs qui offre au titulaire « le droit le plus absolu », c'est-à-dire le droit de disposer, qui se décompose lui-même en droit de faire quelque chose du bien et le droit de n'en rien faire<sup>2</sup>. Si l'on recouvre une chose d'une aptitude juridique à être appropriée, notamment par une propriété intellectuelle, alors le propriétaire peut en disposer, notamment la mettre sur le marché, c'est-à-dire tout à la fois — dans le rapport à la chose — l'offrir au risque de la destruction par la consommation et — dans le rapport à autrui — ne l'offrir qu'à celui qui peut en payer le prix. C'est là où la querelle s'enflamme et prend des accents de guerre juste<sup>3</sup>.

4. – Si des choses n'existent que par l'investissement qui a été fait ayant abouti à leur création, c'est-à-dire par l'invention, elles ont une naturelle vocation à donner lieu à l'appropriation : on tient ce qui sort de soi. Cela engendre pourtant deux risques, celui pour la chose d'être affectée (le tableau de maître brûlé, l'élément extirpé de l'ensemble), le risque pour les demandeurs sans moyens financiers suffisants d'être exclus. Une fois les contraires mises en place, on ne songerait plus guère qu'à la désignation du vainqueur. Ainsi, l'impératif de conservation des œuvres justifierait que la propriété préalable au processus de marché ou à tout le moins la circulation marchande soit exclue, de la même façon que la gratuité de l'accès conduirait à aménager un système hors-marché.

5. – Mais le couple de contraires ne peut se résoudre si aisément par la victoire de l'un sur l'autre. En effet, la conservation elle-même suppose une propriété, ou à tout le moins une titularité, ce que suppose la notion de patrimoine. De la même façon, la perspective de mise sur un marché n'est plus seulement la conséquence de l'invention mais bien souvent la cause de l'invention, en raison des investissements requis dans la recherche, laquelle n'est concrètement menée que soutenue par les avantages de la propriété qui sera attribuée. L'argument est sans cesse soulevé concernant les brevets sur les médicaments. La contradiction débouche sur une aporie.

6. – Si l'on ne parvient pas à sortir du couple de contraires, dans la mesure où l'un ne prendra pas prise sur l'autre, la première solution est de procéder à un mixte, au cas par cas. C'est très net en ce qui concerne le droit de la propriété littéraire et artistique, par l'insertion dans un même texte d'une disposition participant à l'idée de l'œuvre circulant sur un marché sans référence à un créateur exclu du jeu, et d'une autre rattachée à l'idée que l'œuvre demeure en lien avec cela. Cette méthode n'est

2. F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2002, n° 491 s., p. 363 s.

3. C'est la tendance lorsqu'on étudie la relation entre le corps humain et le marché. V., par ex., « La vie humaine mise sur le marché ? », n° spéc. *Petites affiches*, 5 décembre 2002, spéc. X. Labbée, « La personne, l'âme et le corps », pp. 5-8 et J. Hauser, « La vie humaine est-elle hors du commerce ? », pp. 19-23.

pas condamnable en soi, le bricolage ce qui est une façon de construire du nouveau mais elle n'est adéquate que s'il n'y a pas contradiction (dans l'exemple pris, la contradiction est incontestable) et s'il y a accord sur la finalité des instruments juridiques diversement empruntés. Cela peut ainsi produire des effets heureux, par exemple si l'on pose qu'une finalité du contrat est de produire de la sécurité juridique, sécurité au besoin par un entrelacs entre clauses de culture romaniste et clauses d'origine anglo-américaine.

7. – Mais le mixte peut produire des catastrophes lorsqu'il consiste à mettre bout à bout des segments de systèmes opposés, comme dans l'exemple du droit d'auteur. Le pire effet pervers est constitué lorsqu'on alterne logique de marché et logique de non-marché sur un même objet, ce qui concrètement engendre des rentes perverses pour ceux qui sont dans la chaîne au point de passage entre le non-marché et le marché. Ainsi, lorsqu'une matière première est posée comme gratuitement accessible, connaissance scientifique ou sang humain, mais qu'on admet, à un stade ultérieur de la chaîne, qu'une transformation technique rend cette matière première transformée hautement profitable (les plaquettes sanguines, les ingéniosités managériales), il y a des effets catastrophiques. Le scandale du sang contaminé doit beaucoup à cette incohérence.

8. – Plus encore, la façon pragmatique de faire ne peut pas aisément fonctionner si, comme en l'état du débat autour de la propriété intellectuelle, les finalités demeurent en opposition. La seule perspective est alors de travailler à un troisième terme : les « biens d'humanité » pourraient le constituer si on les conçoit comme des choses de valeur engendrant le droit du propriétaire d'être rétribué pour une circulation commerciale, circulation dont le fondement devient l'accès que ceux qui ont besoin du bien doivent en avoir, accès que le système doit préserver car accéder aux biens d'humanité revient pour le demandeur à accéder à ce qui fait à travers sa personne particulière son humanité (la vie décente, la connaissance, etc.)<sup>4</sup>. Ainsi, la puissance incitative et l'efficacité du marché sont utilisées à travers une acceptation du principe de propriété, mais l'accès par les autres n'est plus la conséquence ou l'incident de la propriété, elle en devient le fondement. Ce renversement conceptuel, fondant une sorte de « propriété sur autrui », cet équilibre précaire entre les intérêts mis sous la garde de procédés lourds de régulation, ne peut valoir que sur certains biens, extirpés de la neutralité du genre des biens, pour devenir la catégorie des biens d'humanités.

9. – Ces biens d'humanité désignent des choses naturelles ou élaborées dont la construction ou la conservation ont un coût et un mérite, auxquels des demandeurs veulent accéder, ce qui les conduit vers un statut marchand, mais qui contiennent une part d'humanité qui justifie l'effort de marier marché et régulation. Cette part d'humanité dans ces biens, idée déjà partiellement présente dans la notion doctri-

---

4. Pour la catégorie des biens d'humanité, v. *infra*.

nale de « biens de la personnalité »<sup>5</sup> ou dans celle du droit positif de « biens culturels »<sup>6</sup> exprime le fait que ces biens soient vitaux, notamment biologiquement vitaux (cas des médicaments contre les maladies fatales, eau) mais aussi vitaux en tant que les humains ne constituent pas une collection d'êtres biologiques mais ont construit des civilisations exprimant ce dépassement et qui maintiennent l'idée d'humanité chez les personnes par les traces laissées d'elle dans certains objets<sup>7</sup>, notamment les objets d'art. Le plus souvent, les objets en question sont l'objet de propriété intellectuelle, soit par le droit d'auteur soit par le brevet. Si ces droits de propriété intellectuelle sont si intensément remis en cause et défendus, dans les cercles scientifiques<sup>8</sup> et dans le débat public, c'est précisément parce que ces droits portent sur ces objets singuliers dans lesquels l'humanité demeure.

## I. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, QUERELLÉE ENTRE LE MARCHÉ ET LE PATRIMOINE

10. – La relation entre le marché et le patrimoine est infestée de malentendus, en raison de l'ambiguïté de la propriété. Cette ambiguïté est interne mais s'y ajoute une ambiguïté propre à la propriété intellectuelle comme déclinaison de la propriété ordinaire<sup>9</sup>. D'une façon interne, la propriété exprime le lien sur les choses qui met à la disposition du titulaire deux pouvoirs contraires, lui offre la perspective de deux comportements symétriques : elle donne la puissance d'immobiliser le bien, de l'empêcher d'aller dans d'autres mains, d'interdire à d'autres de le toucher, de faire en sorte que nul ne le prenne. La propriété, c'est le pouvoir — délicieux, lié à la définition négative donc première de la liberté — d'exclure autrui. Et puis, en même temps, par cette volte-face de l'*abusus*, la propriété signifie le droit de céder, de faire circuler, et d'avoir rémunération de cela. Le pouvoir du titulaire de disposer de la chose s'étend jusqu'au pouvoir de choisir au profit de qui la chose va circuler, entre les mains de qui la chose est transférée. Sauf lorsque la propriété se transfère par la

5. F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, 1990.

6. Pour la description du régime juridique, v. G. Carducci, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, LGDJ, 1997; sur la notion même, Travaux de l'Association H. Capitant, *La protection des biens culturels*, 1989.

7. Pour une démonstration plus développée de l'idée même de biens d'humanité, v. M.-A. Frison-Roche, *Les biens d'humanité*, à paraître. Pour la discussion sur la catégorie juridique qu'ils pourraient constituer, v. *infra*.

8. J. Tirole, *Propriétés intellectuelles*, rapport du CEA, La Documentation Française, 2003.

9. La propriété intellectuelle peut être analysée comme une façon pour le droit de propriété d'être désormais sans limite, de faire que tout soit appropriable, la propriété intellectuelle étant alors la face sombre de la propriété. Dans cette perspective critique, v. not. M.-A. Hermitte, *Le rôle des concepts mous dans les techniques de déjuridicisation. L'exemple des droits intellectuels*, « Archives de Philosophie du Droit », t. 30, Sirey, 1985, pp. 331-348. L'auteur rattache expressément la logique de la propriété intellectuelle à la « sacralisation du marché » (p. 338 et s.).

dévolution successorale au bénéficiaire d'héritiers réservataires, le transfert inclut l'élection du nouveau propriétaire.

11. – Dès lors, la relation du marché et de la propriété est dialectique. Parce que le marché repose sur la titularité et la disposition des choses, il n'y a pas de marché sans droits de propriété. Mais le marché va récuser deux attributs sur trois de cette propriété. En effet, le marché est un espace sur lequel des biens circulent, du fait d'une aimantation produite par le désir que des personnes ont de la détention de ces biens. Mais la propriété nécessaire cesse d'être la propriété retenue, puisqu'une fois l'objet mis sur le marché, il ne peut qu'y circuler. L'immobilisation, l'exclusion de tout tiers, n'est plus concevable : la face négative de la liberté qu'exprimait la propriété est perdue. Le consentement au marché suppose ce renoncement. Plus encore, le marché a un pouvoir concret d'abstraction qui fait que tout acheteur est admis par principe, le propriétaire ne choisissant plus souverainement celui qui va le priver de cette propriété. Il suffit que celui qui désire l'objet l'achète. La discrimination est interdite dans un marché concurrentiel.

12. – C'est à partir de cette première dialectique entre la propriété et le marché que le lien et la distinction entre la propriété ordinaire et la propriété intellectuelle apparaît. En effet, la notion de droit exclusif, les choix des titulaires de licences, les exclusivités, les sanctions de la contrefaçon, sont autant de facteurs qui entravent la circulation atomisée du bien et rendent possible le choix de celui qui aura le droit de relayer la transmission des propriétés (le licencié, par exemple). Dans et grâce à la propriété intellectuelle, le titulaire retrouve donc les deux pouvoirs, d'exclusion et de choix, que le marché avait extirpés de la propriété. La propriété intellectuelle ne permet donc pas seulement de se saisir de nouveaux objets d'appropriation mais encore restitue au titulaire une splendide et pleine propriété.

13. – La propriété intellectuelle offre un monopole, contrariant le marché, et cela plus que dans le cadre de la propriété ordinaire, en raison de ce qui caractérise toute propriété intellectuelle : l'appropriation de la connaissance, non pas de l'objet construit à partir de la connaissance, mais la connaissance elle-même. Il est vrai que le débat actuel porte sur la question de savoir si l'on pourrait s'approprier directement la connaissance et non pas seulement les objets produits par celle-ci mais il n'est pas besoin d'entrer dans cette discussion pour rappeler que l'objet n'est protégé qu'en tant que vecteur de l'accroissement de connaissance qui est née de l'esprit de l'inventeur et de l'artiste. Il est difficile de prendre position sur le fait qu'on pourrait s'approprier une connaissance n'ayant pas pris forme technique ou artistique mais il est incontestable que l'objet produit — qu'il soit donc désormais requis ou non — n'est pas en tant que tel l'objet du droit mais l'œuvre à laquelle il donne forme.

14. – Or, comme Louis de Broglie le soulignait, la connaissance est une chose irréductible aux autres parce que celui qui la donne la conserve. On ne trouve guère que le mécanisme naturel de l'engendrement qui produise cela. Si l'on en reste au pouvoir monopolistique du propriétaire sur le bien corporel, il constitue un outil du mar-

ché car le monopole dont jouissait le titulaire ne survit pas à la cession. À l'inverse, la connaissance se garde en même temps qu'elle se donne : la propriété intellectuelle a été faite pour protéger cette garde, c'est-à-dire que demeure la titularité du droit de l'artiste et de l'inventeur, alors même que l'objet a été cédé. Contrairement à la chaîne des propriétés ordinaires, le monopole n'est pas donné au cessionnaire en même temps que l'objet par lequel la connaissance a pris forme, le monopole est — du seul fait de la puissance normative du droit — conservé au bénéfice de celui par lequel le surcroît de connaissance est advenu. C'est plus net pour les droits de propriété industrielle mais c'est encore la même idée avec le droit moral de l'artiste.

15. – Ainsi, par une double dialectique, la propriété intellectuelle parvient à restituer à son titulaire un pouvoir que le mécanisme du marché a fait perdre au propriétaire ordinaire : les objets engendrés sont offerts au marché mais la connaissance qui fait la valeur des objets est toujours en lien avec le créateur, d'une façon exclusive, ou sélective en cas de licence, comme dans l'âge d'or de la propriété hors-marché.

16. – La difficulté vient de ce qu'au jeu de l'exclusion, servi par les pouvoirs classiques attachés à la propriété, le marché n'est pas en reste... En effet, le marché aussi exclut mais les bases en sont totalement différentes, voire opposées. En effet, la propriété écarte les autres par la volonté de celui qui exclut, parce que le propriétaire ne veut pas donner à tous accès à son bien. Ainsi, celui qui n'est pas choisi par le titulaire du droit exclusif est exclu. À l'inverse, le marché est exclu par la volonté ou la situation de celui qui est exclu, parce qu'il ne veut pas ou ne peut pas avoir accès au bien : celui qui n'a pas d'argent pour acheter un bien, lequel est toujours par principe offert à la vente, est exclu. L'exclusion vient dans le premier cas du vendeur (qui ne veut pas être vendeur ou qui ne veut pas vendre à cette personne-là), dans le second cas de l'acheteur (qui ne veut ou ne peut être acheteur). Certes, la symétrie n'est pas parfaite parce que dans le premier cas, la volonté du vendeur peut varier — et décider de vendre plutôt que de garder — alors que dans le second cas, la volonté peut être contrainte si la personne concernée, qui se voudrait acquéreur, veut acheter mais n'en a pas les moyens pécuniaires ou techniques.

17. – Dès lors, le marché va poser un double problème pour les biens protégés par la propriété intellectuelle et il faut sans doute distinguer non pas tant entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, qu'entre les œuvres — c'est-à-dire les connaissances nouvelles — duplicables et les non-duplicables. En ce qui concerne les biens non duplicables, le plus souvent les œuvres d'art classiques<sup>10</sup>, celles d'avant le design et Andy Warhol, le marché constitue un danger en raison du caractère unique de l'œuvre. Si l'idée qui fait l'œuvre est tout entière dans la matérialisation de l'œuvre, comme dans un tableau, alors la puissance du marché va mettre en danger l'œuvre de trois façons : par le transport matériel même, par l'arrachement d'une pièce dans un ensemble (la statue soustraite au jardin, par exemple),

---

10. La copie des livres au Moyen Âge, ou celle des tableaux à la Renaissance relevant encore de la production d'œuvres autonomes, et non pas de la duplication.

par l'impossibilité de prendre en considération la personnalité de celui qui l'acquiert et qui peut nuire à l'œuvre (en la détériorant, en l'enfermant dans un coffre, etc.).

18. – Lorsqu'il s'agit de biens ordinaires, la destruction des biens ou l'inadéquation entre le bien et son titulaire ne pose pas problème, de la même façon que l'exclusion de l'accès aux biens des personnes qui n'ont pas les moyens de les acquérir n'est pas nécessairement un souci. En effet, les objets matériels et la vie de marché ne suffisent pas à remplir la vie des êtres humains, l'ordre concurrentiel n'est pas si prégnant que certains s'en alarment<sup>11</sup>, et c'est faire trop d'honneur au marché, au commerce et aux biens que de poser d'une façon générale que de ne pas accéder à tout et à tout moment est synonyme de malheur. Pour qu'on pose un impératif de conservation et d'accès, pour récuser la logique ordinaire des biens ordinaires, il faut que les biens marchands en cause recèlent une dimension d'humanité, que celle-ci appartienne à celui qui a créé le bien ou qu'elle appartienne à celui qui veut accéder au bien.

19. – Quels critères pour détecter, voire insérer, cette humanité, dans des biens marchands ? Dans un premier stade, un critère très simple s'impose, que les théories juridiques négligent souvent : celui de vie. Ainsi, les médicaments vitaux sont des biens d'humanité, l'eau potable également. Mais la vie n'est pas une notion qui demeure à l'état brut, elle a part aussi avec les conditions de vie et la civilisation. Il est des vies humaines biologiquement menées qui ne sont pas des vies. Le droit se charge de ces idées morales, à travers la notion de « dignité humaine » ou celle de « vie décente ». Le droit donne ainsi une définition politique et juridique de la vie, à laquelle les biens d'humanité à la fois répondent et fournissent garantie.

20. – Il faut revenir à l'idée qui a fondé la création européenne de la propriété littéraire et artistique, l'idée que l'œuvre contient à la fois son auteur et l'idée de beauté, ce qui justifie une prérogative attachée à l'œuvre même de demeurer comme elle a été conçue. Cela justifie tout à la fois le droit moral qu'offre la conception de la propriété intellectuelle, et les revendications récurrentes des pays dont les biens ont été dispersés à l'occasion des conquêtes. On voit alors comment la problématique du droit de la propriété intellectuelle et de la notion de biens culturels font combinaison contre la figure du marché, par la connexion entre la propriété intellectuelle et la notion de patrimoine. Il s'agit de faire en sorte que certains biens ne circulent pas, parce qu'ils seraient détruits ou abîmés par le marché.

21. – La propriété apparaît alors dans sa vertu de conservation, l'*abusus* se traduisant par une sorte de devoir d'incessibilité à l'égard de biens devenus intouchables. La collection de ces biens constitue le patrimoine commun de l'humanité, qu'il s'agisse d'œuvres, de paysages, ou de génomes humains. À la mondialisation, répond l'idée d'un « patrimoine mondial »<sup>12</sup>. On ne retient alors de la propriété qu'un de ses attri-

---

11. *L'ordre concurrentiel*, Mélanges A. Pirovano, éd. Frison-Roche, 2003.

12. D. Audrerie, *Le patrimoine mondial*, Coll. « Que Sais-je ? », PUF, 1998.

buts, celui justement que le marché avait récusé, celui de l'immobilisme et l'indisponibilité : la propriété apparaît uniquement dans son lien avec la définition négative de la liberté, celle de ne pas faire circuler. Les œuvres non duplicables ont monté l'un contre l'autre le marché et le patrimoine.

22. – Les biens identiques ou duplicables sont par nature plus adéquats au marché : la perte de l'un est compensée par la persistance des autres. Nous reviendrons sur la solution consistant dès lors à dupliquer les œuvres uniques<sup>13</sup>. Il s'agit ici de souligner une tout autre difficulté, venue de l'association suivante : en premier lieu, le marché rend tout accessible, mais accessible à celui qui associe à son désir d'acheter la capacité financière d'y procéder ; en second lieu, lorsque le bien n'est l'objet que d'une propriété ordinaire, le prix de l'acquisition résulte de l'ajustement global du marché, dépendant notamment des coûts de fabrication et de commercialisation de l'objet. Plus le coût de la duplication et du support de celle-ci est faible, et plus le prix baisse. C'est l'idée même du design que de profiter de cet effet de marché en l'appliquant à l'œuvre d'art, elle-même accueillant le souci d'utilité. Ce faible coût est également vrai pour les CD ou les médicaments.

23. – Mais alors que dans le cas des œuvres uniques, le jeu du marché constitue un danger, ici la baisse des prix, par nature favorable aux demandeurs, va être entravée par la propriété intellectuelle dont l'objet n'est pas la chose qui circule mais l'information contenue par celle-ci. La rémunération de cette information est l'œuvre du droit, son insertion dans le prix de l'objet est permise par le monopole retenu de l'information associé à la diffusion du support de l'information. Ce surcoût est imposé à ceux qui veulent acquérir le support, le monopole sur l'information interdisant à des concurrents de prétendre reproduire l'objet, vidé de cette rémunération.

24. – Concernant les biens ordinaires, la légitimité de cette insertion n'est pas remise en cause et le surcoût intégré est accepté, avec l'accroissement du prisme de l'exclusion pour ceux qui ne peuvent se les offrir, mais il peut arriver que pour certains biens, cette mise à l'écart de ceux qui n'ont pas les moyens d'être consommateurs n'est pas tolérable. C'est pourquoi les protestations politiques émanant des pays du Nord contre les pays du Sud en matière d'accès aux médicaments prennent pour cible l'alliance du marché et de la propriété intellectuelle, tout autant le mécanisme de marché, qui passe par une logique d'offre, de prix, et d'exclusion, et celui de la propriété intellectuelle, qui accroît la logique en monopolisant l'offre, en élevant les prix et en accroissant l'exclusion.

25. – On mesure alors — malgré la différence, voire l'opposition des situations —, des œuvres d'art non duplicables qui doivent être protégées de la circulation du marché et des inventions duplicables pour lesquelles la circulation doit être intensifiée, que le problème est semblable lorsqu'il s'agit de biens d'humanité : l'accès à ces biens doit être assumé, par et au-delà le marché, et le patrimoine.

---

13. *V. infra* n° 29.

## II. L'ACCÈS AUX BIENS D'HUMANITÉ, FINALITÉ COMMUNE SERVIE PAR LE PATRIMOINE ET PAR LE MARCHÉ RÉGULÉS

26. – Si l'on prend le cas des biens d'humanité non duplicables, — l'œuvre d'art classique comme l'eau sont non duplicables — l'impératif premier est celui de la conservation, ce qui suppose que l'on brise le lien de titularité à un propriétaire particulier qui pourrait exercer à leur détriment sa puissance d'*abusus*, en les négligeant ou en disposant à mauvais escient. La conservation engendre la référence au patrimoine commun de l'humanité, dans lequel ces biens sont en quelque sorte stockés. Il y a l'idée de trésor dans la notion de patrimoine commun de l'humanité, le trésor étant par nature mis en danger par sa circulation, par nature détruit par sa dispersion.

27. – Pourtant, puisque le patrimoine est commun, chacun doit y avoir accès. On ne peut en effet en rester à l'idée d'un patrimoine conservé, notamment par soustraction à la possibilité d'une propriété privée, perspective souvent privilégiée par la notion de « biens publics globaux »<sup>14</sup>, lesquels renvoient à des valeurs non appropriables, comme la qualité de l'environnement ou la sécurité commune, biens qu'il convient d'accroître et de conserver mais pour lesquels la question de la circulation ne se pose pas prioritairement.

28. – Si l'on en reste à l'idée que les biens d'humanité pourraient tout à la fois demeurer appropriables et insérés dans des relations marchandes, tout en devenant accessibles, en raison de la part d'humanité qu'ils contiennent et qui renvoie à la part d'humanité que recèle tout être humain, on ne peut en rester à une organisation statique. En effet, conserver immobiles et hors d'atteinte du procédé de circulation, des choses qui ont une valeur d'attraction, produit toujours un effet pervers majeur : le marché noir et la corruption des gardiens de l'exclusion du marché (trafics en tous genres, marché noir des œuvres, etc.).

29. – Une des solutions est de rendre les œuvres uniques en quelque sorte duplicables, en superposant la conservation de leur unicité et la diffusion de leurs clones, leur reproduction s'opérant par moulage ou par image (la numérisation n'étant qu'une nouvelle forme du moulage). L'accès se déplace alors de l'accès à l'objet (par l'organisation des musées) à l'accès au réseau des images ou des connaissances de l'objet (l'accès aux banques de données). Cela engendre à la fois de nouvelles facilités et de nouvelles difficultés. En effet, lorsque la solution est technique, elle est de ce fait plus facile qu'une solution d'un autre type, politique ou de conscience morale par exemple. Mais encore faut-il avoir accès à l'accès, c'est-à-dire connaître et manier l'outil de l'accès. Nous voilà renvoyés au thème de l'éducation, sans laquelle le musée n'est qu'un espace social, sans laquelle les circuits de distribution des médicaments sont inutiles.

---

14. V., par ex., L. Tubiana et J.-M. Severino, « Biens publics globaux, gouvernance mondiale et aide publique au développement », in *Gouvernance mondiale*, rapport du CEA, 2002, pp. 349-373.

30. – S'il est vrai la technique ne permet pas toujours ces multiplicités d'images des œuvres uniques (qui peuvent demeurer hors de prix, les reproductions peu onéreuses à réaliser et à acheter permettant l'entretien de celles-ci), on peut considérer que ce mode d'accès se développera au point que les accès aux images et sensations à la fois uniques et dupliquées deviendront eux-mêmes les principaux biens sur un marché<sup>15</sup>.

31. – Ce premier exemple montre qu'une des solutions pour organiser la conservation de biens dans lesquels l'humanité a exprimé son âme peut être le mécanisme de marché. Mais cela ne vaut que pour certains biens, essentiellement les biens culturels. Pour les autres biens de l'humanité qui ne s'y prêtent pas, il faut continuer de penser en terme d'accès, en trouvant un régime juridique qui s'extirpe de l'opposition d'un choix d'une propriété qui soit demeure souveraine à son titulaire, soit devient disponible aveuglement et gratuitement à qui en exprime le désir.

32. – Pour sortir de cette opposition binaire entre une propriété pleinement de marché ou d'une propriété pleinement hors-marché, il faut aller vers des procédés de régulation de marché. L'essentiel est de déplacer notre regard. Il est pour l'instant braqué vers le titulaire du droit et son pouvoir de disposition. Si l'on se tourne vers celui qui reçoit le bien, devient première alors la notion clé d'un nouveau droit économique de la régulation : la notion d'accès des tiers.

33. – Il y a une régulation de marché non seulement lorsque l'activité repose sur des monopoles naturels, comme dans le cas des industries de réseaux, mais encore lorsque, par décisions politiques, il est décidé de prendre en considération une qualité intrinsèque aux biens qui circulent. Le marché, par le mécanisme de l'argent, neutralise les caractéristiques concrètes du bien, caractéristiques à propos desquels certes la masse des demandes et des offres se forme mais qui n'interfèrent pas dans l'organisation de l'échange même. Le marché pur et simple rend les choses identiques aux autres choses, grâce à l'argent<sup>16</sup>.

34. – Mais si l'on veut caractériser certains biens par la part d'humanité qu'ils recèlent, le fonctionnement du marché ne doit plus pouvoir neutraliser celle-ci. Ainsi, il est des biens d'humanité que le marché peut produire et faire circuler. En cela, la catégorie de biens d'humanité ne recouvre pas purement et simplement la catégorie économique des biens publics. Mais parce que ces biens ont une charge d'humanité en eux, non pas du tant, ou pas seulement du côté de celui qui le produit (ce qui permet d'éliminer la querelle entre la conception romaniste et romantique contre la conception laborieuse et anglo-américaine de la création) mais principalement du côté de ceux qui accèdent à leur consommation, l'argent remis en échange de l'accès ne doit pas neutraliser cette humanité. Cela suppose alors politiques publiques et prix régulés.

---

15. J. Rifkin, *The Age of access*, Penguin Books, 2000.

16. Sur ce point, v. « Valeurs marchandes et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, préc., et les références citées.

35. – De telles régulations mondialisées, dont on observe les mises en place, notamment dans les accords obtenus à l'OMC quant à l'accès aux médicaments vitaux, visent à protéger le titulaire du droit de propriété en tant qu'on ne peut laisser autrui profiter de sa propriété que contre une rémunération, que l'on fonde la règle en terme d'incitation à l'innovation ou en terme d'équité de rétribution. Ainsi, la gratuité d'Internet lorsqu'elle viole les droits de propriétés littéraires et artistiques doit donner lieu à une réaction juridique forte. Mais à l'inverse, le droit d'accès des tiers doit être assuré, contre une rétribution équitable.

36. – La liberté contractuelle ne suffit pas : le droit d'accès des tiers ne peut seulement relever de la volonté du propriétaire mais d'un droit propre de l'accédant, droit qui ne peut être donné que par la loi. C'est alors l'accès des tiers qui est le fondement même de la propriété du titulaire, et non plus l'exception à celle-ci<sup>17</sup>. En cela, l'organisation des marchés des biens auxquels s'associent des droits de propriété intellectuelle, voire des biens qui s'exercent que par l'effet de ces droits, peut s'inspirer des régulations d'industries de réseaux puisqu'eux-mêmes organisent des droits d'accès<sup>18</sup>. Si l'on quitte la question des réseaux (qui est par ailleurs souvent cruciale pour les biens d'humanité, par exemple à propos de l'accès à l'eau) pour revenir à l'information, l'accès des tiers permet alors d'admettre la valeur marchande de l'information, de concevoir la titularité de celle-ci, c'est-à-dire son appropriation, dès l'instant qu'on organise l'accès de tous à la connaissance, accès qui ne prend pas en principe la modalité de la gratuité. Dès lors, ce qui vient au centre du droit de la propriété intellectuelle, ce qui le rend adéquat à la fois au marché et au droit propre des tiers d'accéder, c'est la licence, notamment la licence légale qui lie droit d'accès et rétribution, lien que la responsabilité civile avait elle aussi établi à travers la théorie du parasitisme.

37. – L'essentiel est alors dans le calcul de la redevance. La méthode sera celle de la proportionnalité, entre ce que doit légitimement attendre celui qui a apporté la richesse et ce que peut donner en échange celui qui a le droit d'y avoir sa part. Le droit des biens de marché régulés reconnaît que les choses ont un prix mais a substitué à la notion de prix de marché la notion de prix équitable. Les biens d'humanité ne peuvent récuser la notion de prix mais ils peuvent échapper à l'automatisme du prix de marché, en appelant des prix proportionnés. La survie du secteur du médicament est sans doute dans cette voie.

38. – Ce n'est pas une solution miracle, c'est un troisième terme entre trésor et circulation, entre efficacité du marché et supériorité de la préservation de l'humanité, dont on voit les ébauches et les difficultés. Un de ses mérites est d'être une alternative aux lamentations, aux nostalgies, aux imprécations et à l'épuisement des querelles de tranchées.

---

17. « Le droit d'accès à l'information, ou le nouvel équilibre de la propriété », in *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 759-770.

18. V., par ex., J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès aux services d'intérêt économique général*, ISUPE, 2003.