

Chapitre 4

Analyse économique de l'instrument juridique du droit de propriété

Les échanges constituent une caractéristique fondamentale des économies de marché.

Ils se sont développés entre autres parce qu'ils constituent un mécanisme nécessaire au développement de la division du travail et de la spécialisation – une double caractéristique fondamentale de tout système économique développé - qui, à leur tour, sont la source d'un accroissement soutenu de la productivité et, partant, de la croissance de la richesse matérielle par tête, générée – avec les problèmes que cela comporte par ailleurs - à travers l'espace et dans le temps (cf. les chapitres 1 et 2).

Toutefois, un système complexe d'échanges, et partant de marchés n'arrive pas à se mettre en place et à s'étendre si, de façon concomitante, il ne se développe pas un cadre institutionnel et juridique approprié.

Au chapitre 3, nous avons conclu qu'il faut qu'au moins simultanément chaque partie à l'échange finisse par pouvoir formuler une anticipation minimale à ce que les engagements pris par l'autre partie soient exécutés et ceci dans les termes convenus.

Ce constat, dont l'importance varie avec le type d'échange, a permis de mettre en évidence à travers l'optique de la théorie des jeux, l'importance de l'instrument juridique des contrats en conjonction avec le principe, dans le cadre et les limites tracées par la loi, de la liberté contractuelle.

Dans le présent chapitre, on mettra en évidence le rôle, mais également les limites théoriques et pratiques ainsi que les aspects plus controversés, d'un autre pilier juridique d'une économie de marché et qui souvent intervient de

façon complémentaire avec l'instrument juridique des contrats, à savoir le droit de propriété (privée).¹

Après avoir succinctement mis en évidence ses fonctions et son rôle (section 1) et après avoir énuméré les différentes formes de droit de propriété (section 2), l'on élaborera deux modèles (section 3 et section 4) qui vont nous permettre de mettre en évidence, en partant chaque fois d'un régime d'accès libre, l'émergence et les impacts du droit de propriété en tant que mécanisme procédural et d'incitation de l'activité économique et en tant que contenant légal, structurant et définitionnel des actifs économiques et donc également des « valeurs » économiques.

Le premier modèle (section 3) relève de la problématique dite de la « *tragedy of the commons* ». Dans ce contexte, on abordera également les problématiques, d'une part, de la « *tragedy of the anti-commons* » et, d'autre part, de la « *marchandisation* ».

Le deuxième modèle (section 4) s'inscrit également dans la logique générique des modèles dits 'tragedy of the commons' dans la mesure où il porte sur l'exemple particulier de la « *tragedy of the oceans* ». Tout en permettant d'expliquer, d'une part, une réalité inquiétante et, d'autre part, la logique interne de l'instrument du droit de propriété, il permet, de surcroît, de constituer une analyse de l'émergence de l'institution appelée « *Etat* ».

Les sections 3 et 4 qui portent sur la propriété sur des choses tangibles sont fortement liées et constituent le corps de ce chapitre, ensemble avec l'analyse, dans la section 5, de la propriété sur des choses non tangibles.

Dans la section 5, l'on développera l'analyse surtout économique d'une branche de plus en plus importante de la propriété, mais également, per se, de plus en plus controversée, aussi bien dans la théorie économique que dans le débat politique, à savoir la propriété sur des choses intangibles (propriété intellectuelle).

On terminera ce chapitre par quelques considérations (et en éliminant quelques mythes quelques fois délibérément entretenus) ayant trait aux liens entre la catégorie de « *la propriété privée* » et la catégorie des « *impôts* », ces derniers étant généralement définis comme des prélèvements obligatoires sans contrepartie directe (section 6).

¹ "Property, together with contract, is the core institutional component of markets, and a core institutional element of liberal societies." Yochai Benkler, *The wealth of Networks*, Yale University Press, 2006. Le jeune Karl Marx lui, dans ses *Ökonomisch-philosophische Manuskripte*, a noté que: „Das Privateigentum hat uns so dumm und einseitig gemacht, ... [daß] an die Stelle aller physischen und geistigen Sinne ... der Sinn des Habens getreten ist.“

1. Fonctions et rôles du droit de propriété. Une introduction succincte.

Pour qu'un système d'échanges volontaires puisse se développer, et partant, une économie de marché, il faut qu'il existe des droits de disposition sur des choses matérielles et immatérielles.¹ Une grande partie des échanges concernent en effet des engagements quant aux transferts réciproques des choses. Et pour que de tels échanges soient possibles, c'est-à-dire pour pouvoir encourir une obligation de donner ou pour être prêt à accepter l'obligation de donner d'un autre, il faut qu'il existe des droits de disposition avec de surcroît la double caractéristique d'être, en principe, librement transférables entre agents et d'être protégés des empiètements d'autrui.

Ces droits de disposition, plus exactement appelés droits de propriété, peuvent être considérés, du moins dans une optique économique, comme une « institution » qui règle, sous forme « codifiée », les relations entre les personnes (physiques ou morales) par rapport à (en relation avec) la détention, l'utilisation et les règles de transfert des choses.

¹ Le terme « chose » est à comprendre dans son sens le plus large. Il se rapporte à toutes les choses matérielles ou immatérielles, corporelles ou incorporelles, tangibles ou intangibles, qui peuvent faire l'objet d'un usage circonscrit ou d'une prestation circonscrite. Le concept de droit de disposition est utilisé de façon très générique. Nous n'allons pas non plus nous appesantir sur les différences économiques ou juridiques, entre les concepts de « choses » et de « biens ». Dans ce contexte, citons encore Marie-Laure Mathieu-Izorche, qui, dans *Droit civil Les Biens*, Sirey 2006 (livre excellent, à lire, tout comme du même auteur, le remarquable *Le raisonnement juridique*, PUF, 2001), écrit (à titre d'introduction) : « C'est cela qui rend la matière parfois si confuse : les mots « chose », « bien », « propriété », « droit réel » changent de sens entre les divers discours, mais aussi au fil du discours d'une même personne... Or, ces notions se définissent les unes à partir des autres, et si l'on n'y prend pas garde, on s'enferme dans le paradoxe... », pour ajouter plus loin : « La notion de bien, en revanche, est très discutée. Cette diversité tient au fait que le législateur ne définit nulle part ce qu'est un bien, ce qui n'étonne guère si l'on admet que les objets de convoitise sont « toujours changeants »... Le lecteur qui découvrant la matière, aurait la curiosité de comparer plusieurs ouvrages, serait fort déconcerté [nous pouvons confirmer qu'il l'est] de constater qu'il y a presque autant de définitions du mot « bien » que d'ouvrages de droits des biens [ce qui nous rappelle l'ancienne blague que si on demande sur un sujet donné à x économistes une opinion, on obtient x sinon plus de réponses différentes], ce qui n'est pas de nature à lui simplifier la tâche. Faut-il alors s'en tenir à un seul ouvrage, préférant la fausse sécurité d'une opinion doctrinale à laquelle on se fiera aveuglément, à l'insécurité que provoque la comparaison des définitions ? » (aux lecteurs de consulter le livre précité pour les réponses apparentées par M.-L. Mathieu-Izorche).

Notre texte n'étant pas l'endroit pour approfondir cette problématique, nous allons considérer tout simplement qu'une « chose » devient « bien » si elle est susceptible d'appropriation, au sens d'alénéation et si elle acquiert une valeur d'échange.

Quand nous utilisons le terme « produit », nous visons économiquement les « biens » et les « services ». Nous considérons être en présence d'un « service » si quelqu'un, le cas échéant avec une chose, fait « quelque chose » ou renonce à faire « quelque chose », et ceci en échange d'une rémunération d'une autre partie.

Par ailleurs, il importe de rappeler que nous utilisons le concept d'échange dans son sens économique le plus large qui couvre des actes d'échange, y compris le troc, les plus divers qui du point de vue juridique revêtent des formes juridiques comme l'échange (article 1702 C.Civ. « L'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre. ») ; la vente/achat (article 1582 C.Civ. : « La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer... » ; (l'achat étant le nom que prend le contrat de vente considéré du côté de celui qui acquiert la chose et paye le prix) ; le contrat bilatéral ou synallagmatique (article 1102 « Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractaires s'obligent réciproquement les uns vers les autres. ») etc.

Pour le dire avec l'économiste anglais Geoffrey Hodgson qui s'inscrit dans le courant de l'institutionnalisme évolutionniste :

« Individual property is not mere possession, it involves socially acknowledged and enforced rights. Individual property, therefore, is not a purely individual matter. It is not simply a relation between an individual and an object. It requires some kind of customary and legal apparatus of recognition, adjudication and enforcement. »¹

Une telle présentation d'ailleurs ne doit pas choquer le juriste habitué à la classification du droit de propriété dans la catégorie des droits réels (même s'il arrive que cette catégorisation est contestée dans la doctrine²) définis comme des droits établissant un rapport direct entre une personne et une chose.

¹ *How Economists forgot history*, Routledge, 2001.

Henri Lepage (un ultralibéral), pour sa part, affirme que : « Ce qu'on appelle la propriété privée n'est ainsi qu'un système d'organisation sociale parmi d'autres, lié à une philosophie particulière du droit, et des droits et obligations qui en découlent. » (*Pourquoi la propriété*, Pluriel, Hachette, 1985).

Cole et Grossmann, dans *Principles of Law and Economics*, Pearson, 2005, à la question "What is Property" répondent comme suit: "There is no such thing as property. Property is a sociological relationship between people in respect with things. Property must be relational because the very notion of property rights entails the idea of property defence. To say that one person has a property right in something is necessarily to say that at least one other person – perhaps all other people – have a corresponding obligation not to interface with that right holder's control (to the extent of their title) of the thing. At its most basic, then, property is about the concomitant rights and duties of owners and non-owners with respect to the control of resources."

² Si nous n'allons pas, dans le contexte de ce cours, nous attarder sur la problématique du caractère réel du droit de propriété au sujet de laquelle l'on trouve des développements multiples et pas toujours non controversés, notamment dans les livres de droit portant sur le droit civil des biens (cf. lectures utiles), il est toutefois intéressant de reprendre le passage ci-après d'un article de Marc Stepanians, « Die angelsächsische Diskussion : Eigentum zwischen « Ding » und « Bündel » », dans *Was ist Eigentum*, Beck 2005 :

„Sachenrechte vs. Personenrechte. Dieser Auffassung nach beziehen sich Rechte in rem auf eine Sache X („A hat ein Recht auf X“), während Rechte in personam gegenüber Personen bestehen („A hat ein Recht gegenüber B“). Eigentumsrechte gelten als paradigmatische Fälle von Sachenrechten, die Person/Ding-Beziehungen regeln. Erst aus Verletzungen von Sachenrechten würden dem Rechtsinhaber Personenrechte gegenüber anderen erwachsen. Nach Hohfeld ist die Klasse der so verstandenen „Sachenrechte“ jedoch leer, da Rechte aus seiner Sicht ausschließlich Person/Person-Beziehungen regeln und daher immer in personam sind. Angebliche Rechte und Sachen seien bestenfalls Rechte gegenüber einer anderen Person bezüglich einer Sache. Aber selbst diese Formulierung ist missverständlich, denn auch der Inhalt eines Rechts ist nach Hohfeld nie eine Sache, sondern immer eine (eigene oder fremde) Handlung – und erst diese Handlung mag eine Sache betreffen. Unabhängig von Hohfeld formuliert Kelsen die so verstandene Drittrangigkeit von Dingen (hinter Personen und Handlungen) in Rechtsverhältnisse so: „Die Unterscheidung [zwischen Personenrechten und Sachenrechten] ist irreführend. Auch das Recht an einer Sache ist ein Recht gegenüber Personen [...]. Da das Recht als Gesellschaftsordnung das Verhalten von Menschen in ihrer – mittelbaren oder unmittelbaren – Beziehung zu anderen Menschen regelt, kann auch das Eigentum rechtlich nur in einem bestimmten Verhältnis zu anderen Menschen bestehen.“

„Relative vs. absolute Rechte. Die zweite Interpretation der in rem/in personam-Unterscheidung akzeptiert, daß alle Rechte primär Person/Person-Beziehungen regeln. Ihr zufolge unterscheiden sich Rechte in rem von Rechten in personam durch die Anzahl und den Bestimmtheitsgrad der Personen, an die sie sich richten. Das Recht von A auf Rückzahlung eines Kredits gegenüber seinem Schuldner B ist ein klarer Fall eines „relativen“ Rechts in personam gegenüber einer bestimmten Person B. Aber das Eigentumsrecht von A an einem Ding, so diese Auffassung, besteht unbestimmt gegenüber allen anderen. Es ist in diesem Sinne „absolut“ und in rem. Auch diesen Versuch, mit Hilfe der in rem/in personam-Distinktion Eigentumsrechte vor anderen Rechten auszuzeichnen, lehnt Hohfeld ab. Erneut fällt Kelsen Hohfelds Kritik nur zusammen, wenn er betont, daß „ja auch die sogenannten ‚absoluten‘ Rechte nur relativ [sind], weil nur in der Relation der Vielen zu dem Einen bestehend.“

Cette dernière approche est toutefois, et entre autres, violemment contestée par J.E. Penner qui, dans *The Idea of Property in Law*, Oxford University Press, 1997, note (p. 25): "The problem here is that though they dismiss Hohfeld, both Honoré and Campbell are captured by the idea that one should be able to formulate rights in rem purely in terms of relations between right-holder and duty-holder; this is a hopeless enterprise. To understand rights in rem, we must not only discard Hohfeld's dogma that rights are always relations between two persons but also the idea that a right in rem is a simple relationship between one person and a set of indefinitely many others".

Cette dernière vue aussi utile qu'elle puisse être dans la doctrine juridique, risque toutefois, dans le cadre de l'analyse et des réflexions économiques, de véhiculer une vue trop réduite du rôle et de l'impact économiques de l'instrument juridique du droit de propriété.

Celui qui détient le droit de propriété sur une chose peut décider comment l'affecter, comment l'utiliser. Si un tiers veut avoir accès à cette chose, il ne peut le faire que moyennant l'accord du propriétaire.¹

Cela nécessite que le propriétaire soit en principe prêt soit à concéder l'accès soit à abandonner complètement ou partiellement, selon les cas, à une autre partie son ou ses droits – qui alors s'éteignent dans son chef pour immédiatement se recréer dans le chef du nouveau détenteur – et, en règle générale, il n'est prêt à ce faire que s'il y est incité, ce qui comporte qu'il puisse obtenir de ce tiers une compensation à ses yeux acceptable pour compenser le sacrifice de transfert de ou de ses droits.

En revanche, dans la mesure où quelqu'un s'accapare une chose par le vol ou à travers tout acte similaire allant à l'encontre de la volonté ou du consentement du propriétaire ou si quelqu'un délibérément détruit ou dédommage une chose sous propriété, l'auteur de tels actes subira une sanction pénale, avec de surcroît, le cas échéant, une sanction civile, pouvant notamment prendre la forme de dommages-intérêts.

Les échanges qui constituent une partie importante des actes économiques reviennent donc à ce que des personnes physiques ou morales transfèrent entre elles, ou plus précisément leurs patrimoines respectifs dans le cadre de relations contractuelles librement formées, sous et à des conditions mutuellement acceptables, des droits de propriété qui font partie des patrimoines respectifs de ces personnes.

Ce sont les droits de propriété qui constituent le soubassement d'un ensemble vaste d'interactions économiques et, au-delà, facilitent la « *résolution pacifique* » de situations entre les êtres humains a priori conflictuelles de par la rareté physique des ressources couplée aux pulsions individuelles de contrôler et de disposer d'un volume de ressources aussi important que possible.

Dans ce contexte, faites un Gedankenexperiment et imaginez qu'il n'y aurait d'un jour à l'autre plus de cadre juridique définissant et protégeant des droits de propriété.

D'abord, ce Gedankenexperiment probablement vous amène à prendre toute la mesure du rôle et de l'envergure d'un instrument juridique qui, par

¹ Le sociologue allemand Niklas Luhmann note que: « *Jedes Eigentum des einen ist das Nichteigentum aller anderen* » (*Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988, p. 189), ou encore "*Eigentümer ist man nicht nur in bezug auf Störer, sondern in bezug auf jedermann, in bezug auf beliebige Teilnehmer am Rechtssystem, die verpflichtet sind, das Eigentum zu respektieren und die Möglichkeit haben, es eventuell zu erwerben oder andere vertragliche Rechte, zum Beispiel Nutzungsrechte zu erwerben. Die Universalität und damit der Rechtssystembezug des Eigentums liegt also nicht in der Beliebigkeit des Umgangs (inclusive des Mißbrauchs) mit eigenen Sachen. Das gerade hatte ja auch die manus als Sachenschaft garantiert (oder: als factum anerkannt). Vielmehr liegt die Universalität im Systembezug, also darin, daß jedermann den Eigentümer als Eigentümer zu respektieren hat, sofern nicht das Rechtssystem selbst Einschränkungen vorsieht. Sie besteht darin, daß in bezug auf jeden Eigentum alle anderen Nichteigentümer sind.*" (*Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, p. 267).

rapport à nos vies quotidiennes, va tellement de soi au point que beaucoup d'entre vous en ont même oublié, voire en ignorent, l'existence.¹

En relation avec votre voiture, vos vêtements, les autres objets que vous avez sur vous, il existe une présomption aux yeux de tous que les objets en question vous appartiennent et, en règle générale², personne ne va le mettre en question et chacun va adopter, en conséquence, un comportement de respect de vos droits.

Ensuite, vous constatez qu'en l'absence d'un ensemble de règles définissant les règles de constitution, d'utilisation, de transfert, de contrôle et de protection de tels droits, une économie de marché ne saurait guère fonctionner.

Aussi bien le fait pour une personne « *d'avoir la propriété* » que le fait que ce titre ait une valeur économique dépendent, premièrement, du degré dont les tiers sont amenés, incités ou contraints à le respecter, ce qui, partant, nécessite une certaine activité extérieure d'encadrement³, - donc un Etat – ainsi que, deuxièmement, du fonctionnement de l'économie de marché, cette dernière n'étant, à son tour, difficilement concevable sans le droit de propriété, et, partant également, sans autorité externe, en règle générale l'Etat.

La propriété ne se conçoit donc pas sans le système d'un cadre légal et d'un régime policier et judiciaire respectivement assurant ex ante le respect des droits et intervenant ex post en cas de non respect, système dont le plus souvent la seule présence, dans nos Etats de droit, suffit pour amener les acteurs à renoncer à des comportements (définis comme) illégaux⁴. De surcroît, le droit de propriété ne saurait se voir investi d'une valeur économique en dehors du fonctionnement d'une économie de marché.

¹ Si chaque citoyen a une connaissance pragmatique de ce qu'est la propriété, la très large majorité ne saurait décliner l'article 544. Ce dernier constat ne doit toutefois pas inquiéter, au contraire, il montre que la société de droit fonctionne sans heurts.

² dans un Etat de droit et dans un état de respect mutuel de l'Etat de droit.

³ d'autant plus nécessaire que la société est grande, les relations anonymes nombreuses et la « *solidarité* » peu développée

⁴ Un tel système absorbe des ressources. La propriété privée, tout comme, en général, le système légal, policier et judiciaire a un coût qui n'est pas couvert par un prix à payer pour des services vendus, mais par une contribution forcée au profit de tous d'après les dispositions votées par les représentants du peuple dans une démocratie représentative, l'impôt.

Mais l'importance des droits de propriété ne se réduit pas au constat qu'en leur absence, les innombrables échanges – à tous les niveaux, entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs - seraient difficilement imaginables dans une économie décentralisée de division du travail et de spécialisation.¹

Pour le dire avec Mancur Olson (1932-1998), un des plus remarquables économistes de notre temps, qui malheureusement est mort avant de pouvoir obtenir le prix Nobel d'économie :

“As the foregoing reasons suggests, the only societies where individual rights to property and contract are confidently expected to last across generations are the securely democratic societies”.

“There is no private property without government – individuals may have possessions, the way a dog possesses a bone, but there is no private property only if the society protects and defends a private right to that possession against other private partners and against the government as well. If a society has clear and secure individual rights, there are strong incentives to produce, invest and engage in mutually advantageous trade and therefore at least some economic advance.”²

Aussi bien en amont qu'en aval de ces mêmes actes d'échange, des droits de propriété bien définis constituent un mécanisme-clé nécessaire au déroulement coordonné des actes économiques que sont la production, l'épargne, l'investissement et la consommation.

William J. Baumol, possible futur prix Nobel d'économie, à ce propos, a remarqué :

“I have sometimes asserted that there is no occupation whose total economic product is greater than that of lawyers, and none whose marginal contribution is smaller. But it is the total contribution that matters most. A strong case can be made for the conclusion that without the rule of law, including the rights of property and the enforceability of contracts, the growth miracle of capitalism, indeed capitalism itself, might not have been possible.” (dans *The free-market innovation machine*, Princeton University Press, 2002)

¹ Si le droit de propriété privée est une condition nécessaire au fonctionnement d'une économie de marché, il n'est pas pour autant une condition suffisante. A ce sujet, Walter Eucken, le père de l'école allemande de l'ordo-libéralisme (« *Ordoliberalismus* »), dit aussi école de Fribourg, a de façon pertinente remarqué que : « Nur im Rahmen der Wettbewerbsordnung gilt der vielgenannte Satz, dass Privateigentum nicht nur dem Eigentümer, sondern auch dem Nichteigentümer Nutzen bringe. Das tut es in der Tat durch die große ökonomische Effizienz der Wettbewerbsordnung und dadurch, dass die verschiedenen Privateigentümer miteinander konkurrieren... Wie also Privateigentum an Produktionsmethoden eine Voraussetzung der Wettbewerbsordnung ist, so ist die Wettbewerbsordnung eine Voraussetzung dafür, dass das Privateigentum an Produktionsmitteln nicht zu wirtschaftlichen und sozialen Missständen führt... Nur die Wettbewerbsordnung macht im Rahmen der modernen industrialisierten Wirtschaft das Privateigentum auf die Dauer erträglich. Aber das Privateigentum ist zudem eine Voraussetzung für eine freie Staats- und Gesellschaftsordnung. »

² cf. Mancur Olson, *Power and Prosperity*, Basic Books, 2000. Quiconque est intéressé à se familiariser avec la pensée d'Olson est invité à lire *The logic of collective action*, Harvard University Press 1965, et *The Rise and the Decline of Nations*, Yale University Press, 1982.

Le droit de propriété est la source d'un ensemble d'incitations spécifiques dans le chef de ceux qui en sont titulaires, incitations qui n'existeraient pas ou autrement en l'absence de tels droits.

Les titulaires sont incités à prendre soin des choses qui leur appartiennent. Si vous ne prenez pas soin de votre voiture p.ex. en ne changeant pas l'huile régulièrement, vous risquez que, à vos dépens, le moteur va se casser. Si vous entretenez bien la voiture, elle est plus fiable et fonctionne plus longtemps et, partant, elle a plus d'utilité pour vous et, par ailleurs, sa valeur de marché, pour le cas où vous voudriez la vendre un jour, est, ceteris paribus, mieux préservée.

Qui plus est, si les détenteurs légalement peuvent faire ce qu'ils veulent avec leur propriété, dans les limites tracées par la loi, par les règlements et, partant, également par l'exercice des droits de propriété des autres, ils ont intérêt à utiliser et valoriser leur propriété d'une façon qui augmente sa valeur également aux yeux des autres acteurs et, partant, augmente sa valeur de marché. Par contre, des modifications au niveau des choses en propriété, que les autres acteurs n'apprécieraient guère, affecteraient négativement la valeur de marché de la propriété détenue.

Finalement, le droit de propriété crée dans le chef d'une même personne un lien direct entre les avantages et les coûts en relation avec le droit de disposition sur une chose. Entre autres, cela incite les détenteurs à utiliser les choses qui leur appartiennent de la façon la plus économique et productive possible, en particulier, cela crée les incitations nécessaires pour permettre une valorisation des ressources naturelles, non reproductibles (p.ex. le pétrole) ou conditionnellement reproductibles (p.ex. le bois ou les poissons), selon des principes d'efficacité économique et de développement soutenable.

Globalement, l'existence de droits de propriété – qui sont respectés et de ce fait confèrent un contrôle effectif à leurs détenteurs et les rend confiants que tel ne changera pas dans un avenir plus ou moins long - apparaît, de façon plus fondamentale encore, comme une condition inhérente au système de l'économie de marché et à sa croissance. Ceci tient au fait que les droits de propriété ont le caractère de titres de droit qui font que des choses, soit matérielles, soit immatérielles, en étant investis d'un droit de propriété deviennent ipso facto des actifs économiques¹ pour les détenteurs de ces droits qui peuvent être utilisés productivement et, par là, valorisés.²

Pour le dire avec l'économiste péruvien Hernando de Soto.³

« But consider whether it is possible for assets to be used productively if they do not belong to something or someone, where do we confirm the existence of these assets and the transactions

¹ Le concept économique d'« actif » s'apparente à la notion juridique de « droit patrimonial ».

² Nous n'allons pas creuser le lien entre droit de propriété (Eigentum), monnaie et taux d'intérêt. Nous sommes d'accord avec Heinsohn et Steiger quand ils affirment que le droit de propriété est plus qu'un simple droit de possession (Besitz) ayant trait à une utilisation physique des choses et que sans droit de propriété, qui est consacré par des instances indépendantes, il n'y aurait pas de monnaie au sens moderne du terme (cf. également le chapitre 12).

³ The *mystery of capital*, Basic Books, 2000.

that transfer them and raise their productivity, if not in the context of a formal property system ? ... Where are the codes of conduct that govern the use and transfer of assets, if not in the framework of a formal property system ? It is formal property that provides the process, the form and the rules that fix assets in a condition that allows us to realize them as active capital... . Any asset whose economic and social aspects are not fixed in a formal property system is extremely hard to move in the market. »

A cette fin, nous allons développer deux exemples qui ont trait à ce que l'on appelle en théorie économique la problématique de la « *tragedy of the commons* » (sections 3 et 4).

De la sorte, on mettra en évidence différents rôles économiques de l'instrument juridique du droit de propriété privée. Il deviendra, par ailleurs, compréhensible pourquoi le mécanisme du droit de propriété privée s'est développé au point de devenir un des piliers juridiques de nos économies modernes décentralisées composées d'un grand nombre d'acteurs indépendants ayant chacun son propre patrimoine et, partant, également de la croissance et du développement économiques.

Voir par exemple les études de Douglas C. North, prix Nobel d'économie en 1993, dans lesquelles ce dernier a affirmé que la définition de droits de propriété (privée) a joué un rôle central dans l'émergence de la croissance économique en Europe. Pour citer l'auteur :

« Efficient economic organization is the key to growth; the development of an efficient economic organization in Western Europe accounts for the rise of the West. Efficient organization entails the establishment of institutional arrangements and property rights that create an incentive to channel individual economic effort into activities that bring the private rate of return close to the social rate of return ».¹

On ne manquera pas de mettre en évidence les enjeux liés à la distribution des richesses entre individus qui vont de pair avec la propriété privée tout comme on abordera le problème du champ des choses pouvant ou devant tomber sous l'instrument juridique de la propriété privée et, partant, en règle générale, également sous l'emprise des marchés.²

On passera par après à l'analyse d'un volet spécifique mais de plus en plus important des droits de propriété, à savoir la propriété sur des choses incorporelles, intangibles, la propriété intellectuelle (section 5) pour terminer le chapitre par quelques réflexions sur les liens respectivement juridiques et économiques entre propriété privée et impôts (section 6).

Notons encore que les réflexions développées au présent chapitre permettent aussi de donner une idée pourquoi il s'est dégagé à l'époque, après la chute du mur de Berlin, dans le chef des acteurs et des observateurs des transformations des pays de l'Europe centrale et orientale un consensus quasi généralisé que la mise en place d'un système efficace

¹ North et Thomas, *The rise of the Western World*, Cambridge University Press, 1973.

² Cette problématique est véhiculée sous le terme de « *marchandisation* » (« *commodification* »).

de droits de propriété, notamment privée, respectivement a été ou est une condition nécessaire¹, quoique nullement suffisante², à l'évolution de ces économies vers des économies de marché performantes.

Un raisonnement analogue amène à penser que le développement de bien de pays en voie de développement passe souvent, respectivement par la mise en place ou le raffinement de régimes de propriété, notamment, mais pas exclusivement, privée³, tout comme il permet d'appréhender pourquoi, en 2007, on a assisté en Chine à une petite révolution avec la mise en place de dispositions légales ayant trait à la propriété privée.⁴

Avant d'aborder ces questions, on passera rapidement en revue les différents régimes de droits de propriété (section 2).

¹ A titre d'exemple, citons l'économiste Rüdiger Dornbusch « *The acceptance of property rights is essential if private initiative is to be harnessed for creating new firms and organizations. Unless property is accepted, economic activity will be hand-to-mouth... .If private property is not accepted, the train cannot leave* » dans *The Transition to a market economy*, OCDE, 1991.

² Voir p.ex. Joseph Stiglitz, prix Nobel d'économie en 2001 « *To make markets work effectively, there must for instance be well- functioning financial markets, and there must be a legal framework that provides for bankruptcy and the enforceability of contracts. Among the « other ingredients » for success is a set of laws to ensure the « ability of competition »* » (*Whither socialism*, p 134, MIT Press, 1995, un livre qui mérite lecture) ou voir Robert Solow, prix Nobel d'économie en 1987 « *Even the merest beginning of Eastern Europe's transformation has made unmistakably clear how much economic development depends on the presence of the institutional and attitudinal infrastructure of a modern capitalist economy. This includes such things as a worked-out and generally accepted framework of property rights, enforcement of contracts and a whole slew of market institutions, including financial institutions...* » (*Learning from « learning by doing »*, Stanford University Press, 1997). Le fait de ne pas avoir (suffisamment) tenu compte de ces mesures d'encadrement explique pourquoi en Russie, entre autres, c'est plutôt développée, après l'écroulement de l'ancien régime, une anarchie économique plutôt qu'une économie de marché, une anomalie économique qui, in fine, a débouché sur une répartition extrêmement inégalitaire des droits de propriété et, partant, des richesses, les anciens « *directeurs* » des entreprises collectivisées ayant réussi à s'approprier la grande majorité des droits de propriété.

Pour le dire avec Aoki : « *Lorsque le Gouvernement prépare une loi dans le but d'introduire une institution jusqu'alors inexistante, sa mise en œuvre peut avoir des conséquences économiques, politiques ou sociales indésirables. Prenons l'exemple d'une économie postcommuniste, dont le gouvernement rédigerait une loi sur les privatisations dans le but d'imiter les marchés du contrôle des entreprises existant dans les économies avancées. Certains initiés comme d'anciens bureaucrates industriels ou les directeurs des entreprises qui étaient auparavant détenues par l'Etat et qui ont accaparé de facto les droits de propriété avant même la transition vers l'économie de marché, ont pu alors accaparer le contrôle des entreprises... Les entreprises extérieures ont été vendues au cours de la « privatisation cadeau » de 1993, où les directeurs et les ouvriers étaient prioritaires dans l'acquisition de la majorité des actions négociables de leur entreprise.* » Cet extrait d'Aoki, repris de *Fondements d'une analyse institutionnelle comparée* illustre bien la problématique et si l'on ajoute que souvent les dirigeants en question ont immédiatement après les privatisations achetées aux salariés les actions à un prix dérisoire, la boucle est bouclée.

Pour terminer, citons encore John Gray, *The truth about markets*, Penguin, 2003 :

"Russia's economic disaster is an enduring reproach to those who claim that the only requirement of a market economy is a system of private-property rights. The quality of economic institutions – which is too simple to characterize as property rights – is the most important difference between rich and poor countries.

The possibility of many different property-rights regimes, with differing effects on economic efficiency, imposes severe limits on the efficiency claims of the Arrow-Debreu [general equilibration] model..."

Notons que Kenneth Arrow, et Gérard Debreu ont reçu chacun le prix Nobel d'Economie, le premier en 1972 et le deuxième en 1983.

³ Cf. *The World Development Report 1991* de la Banque Mondiale où l'on peut lire (p. 10): « *Reform must look at institutions. The establishment of a well-functioning legal system and judiciary, and of secure property rights, is an essential complement to economic reform* ».

⁴ cf. également exercice 31 ci-après. Toutefois, il serait erroné de conclure qu'avant cela, le système économique chinois ne fonctionnait pas. Il suffit à ce sujet de comparer les années quatre-vingt-dix où l'économie chinoise progressait, y compris sur la base d'investissements étrangers tandis qu'en Russie, où il existait un droit de propriété, les investissements étrangers se faisaient de façon beaucoup plus limitée et hésitante. Cette observation montre que le droit écrit n'est pas une condition suffisante pour le développement économique ni forcément nécessaire.

Pour terminer, notons encore que, tout comme l'on ne s'avancera pas dans ce chapitre dans des considérations de technique juridique liées à la problématique des droits de propriété, on n'abordera pas non plus de façon systématique, d'un côté, l'histoire de la pensée politique, juridique ou économique en relation avec le droit de propriété (privée) et, de l'autre côté, du développement historique de cet instrument.

Cela dépasserait l'objectif de ce cours, d'autant plus qu'il n'existe sur ce plan pas d'unanimité de vue entre les historiens.

Limitons-nous à remarquer, pour ce qui est de l'évolution économique, avec G. Heinsohn et O. Steiger¹ que du point de vue historique, l'on peut distinguer trois structures fondamentales de la vie en société, à savoir la société de solidarité (« *Solidargesellschaft des Stammes* »), la société de commande du féodalisme ou du socialisme (« *Befehls-gesellschaft* ») et la société des droits de propriété (« *Eigentumsgesellschaft* »).

Les deux premières formes ne connaissent pas la propriété, mais uniquement la possession, c'est-à-dire un état où l'utilisation des ressources est respectivement fonction des coutumes et usages ou du commandement.

C'est le passage à la dernière structure fondamentale qui a été à la base de la naissance et du développement de nos économies monétaires de production modernes.

¹ Gunnar Heinsohn et Otto Steiger, *Eigentum, Zins und Geld*, 1996 (2ième édition, Metropolis, 2001, ainsi que *Ergänzungsband zur Neuaufgabe von Eigentum, Zins und Geld*, Metropolis, 2002), Rowohlt, un livre qui mérite lecture. « Die Eigentumsgesellschaft ist ein System von Freien und beseitigt die traditionellen Regelwerke der Reziprozität und des Befehls. Sie steuert Produktion, Verteilung, Konsumtion und Akkumulation durch die in beiden anderen Gesellschaften (Stammesgesellschaft, Befehls-gesellschaft des Feudalismus) unbekanntes Größen Zins und Geld sowie durch freie Kontrakte, deren Erfüllung von unabhängigen juristischen Instanzen durchgesetzt wird. »

2. Les différentes formes de droits de propriété

2.1. Une typologie rudimentaire

La problématique de régimes de propriété, d'un point de vue économique, ne se pose que si l'on est face à des ressources économiquement rares et si plus d'une seule personne a un intérêt dans ses ressources. En effet, si la disponibilité de la ressource est telle que son utilisation par une personne n'entame en rien, directement ou indirectement, son utilisation par les autres, il ne se pose pas de problème d'affectation de cette ressource entre agents économiques. De même, s'il n'existe qu'une seule personne - p.ex. Robinson Crusoë sur son île, du moins jusqu'à la venue de Vendredi - il ne se pose pas, par définition, de problème d'affectation entre individus de la ressource.¹ De façon plus générale, Robinson, isolé sur son île, n'a pas de relations juridiques sauf à considérer qu'il existerait une sorte de contrat naturel entre lui et la faune et la flore. Pas de droit sans société et pas de société sans droit.

Ceci dit, on peut distinguer différents régimes de droit de propriété, en distinguant notamment en fonction des caractéristiques liées à la qualité des agents qui en sont investis et de la façon dont est constitué le paquet des prérogatives, et le cas échéant des obligations, véhiculées par ou liées à ces droits.

Grosso modo, les régimes ci-après peuvent être distingués :

- (i) le libre accès (« *res nullius* »; « *open access* ») qui se caractérise par le fait que tous les individus ont la possibilité d'accès et d'utilisation d'une ressource sans restriction aucune. Strictement parlant, il ne s'agit pas d'un régime de droits de propriété, la seule règle – terme quelque peu abusif dans ce contexte - étant qu'il n'en existe aucune. (« *everybody's access is nobody's property* »; « *Everyone has one right only: that of not being excluded* »², « *Nothing belongs to anyone, yet everything belongs to everyone* »);
- (ii) la propriété commune (« *res communes* », « *common property* »; « *Allmendegut* ») qui se caractérise par le fait qu'il existe un groupe d'individus qui a le droit, ou s'approprie le droit, de fixer des règles d'utilisation et d'accès et qui peut, ou arrive, à exclure les non-membres de ces droits tandis que les membres du groupe, sans avoir

¹ Robinson, seul, doit décider comment affecter son temps entre loisirs et exploitation des ressources tout comme il doit prendre d'autres décisions, y compris des décisions d'investissement. Il peut utiliser et faire fructifier les ressources tout comme il peut en abuser. Mais il reste que tout ceci se passe dans un cadre où il est le seul être humain. Avec la venue de Vendredi, a priori, les choses changent quid à ce que l'on pourrait longuement épiloguer sur le statut social et juridique de Vendredi. A noter toutefois certains développements contemporains ayant trait à donner certains droits à des animaux, voire à la nature, développements qui tendent à élargir le champ de certains droits au-delà du périmètre des êtres humains. (lire p.ex. *Should trees have standing*, Christopher D. Stone, Oxford University Press, 3rd edition, 2010)

² Strictement parlant, cela présuppose qu'il y ait déjà un cadre juridique qui surveille cette règle. Très souvent, dans le libre accès, la force et la violence jouent également un rôle non négligeable. On pourrait également dire qu'il y a un droit de tous sur tout, ce qui, in fine, serait le degré zéro de la société.

aucun un droit exclusif, ont les droits et obligations selon les règles définies ensemble;

- (iii) la propriété étatique (« *res publicae* »¹) qui se caractérise par le fait que les individus ont l'obligation de respecter les règles d'utilisation et d'accès définies par l'Etat² qui en contrôle également l'affectation de ces droits. C'est l'Etat - le cas échéant à travers des institutions ou agences qui le composent - qui a le droit exclusif de définir ces règles et qui décidera par ce biais qui peut recourir quand et sous quelle forme aux choses tombant sous son emprise;³
- (iv) la propriété privée (« *res privatae* »), qui se caractérise par le fait que la disposition et l'utilisation des choses relève d'un grand nombre de personnes⁴ indépendantes, donc sont fortement décentralisées. Ces personnes, à géométrie variable, disposent de choses par rapport auxquelles elles ont le droit exclusif d'utilisation et de disposition, ce qui comporte l'obligation pour les tiers de s'abstenir à vouloir interférer avec les prérogatives des titulaires respectifs de ces droits.

Dans l'exercice de son droit, le titulaire de ce droit, que nous pouvons appeler le propriétaire, toutefois, et le cas échéant, doit respecter certaines restrictions définies par la société en relation avec l'exercice de son droit.⁵ Les autres individus, en revanche, ont l'obligation de ne pas entamer, dans le périmètre juridiquement tracé, l'exercice de son droit par le détenteur.

Notons également qu'un droit de propriété peut revêtir différentes prérogatives selon qu'il comprend (a) des prérogatives se rapportant à l'utilisation d'une chose (« *usus* »), (b) des prérogatives se rapportant à la modification formelle ou matérielle d'une chose (« *abusus* »), (c) des prérogatives portant sur l'appropriation des gains se dégageant de la disposition sur une chose et sur la prise en charge des coûts liés à la disposition sur une chose (« *fructus* ») ou

¹ qui est un concept beaucoup plus vaste que celui de « *domaine public* ». Nous faisons abstraction, par ailleurs, des distinctions juridiques subtiles entre propriété étatique et propriété collective.

² Cette précision suffit à nos besoins. Il faut toutefois avoir à l'esprit ce qu'est l'Etat et ce qu'il peut faire; ce sont en effet toujours des individus, sous tel ou tel regroupement ou/et en fonction de telle ou telle conception économique, politique ou sociale qui en décident. Dans les pays de l'Est, lors de la phase finale notamment précédant la chute de ces régimes en question, l'Etat était la nomenclatura, voire des nomenclaturas différentes. Notons encore que dans les années notamment 60 du dernier siècle, l'on parlait beaucoup du système autogestionnaire yougoslave. Qui s'en souvient encore aujourd'hui ?

³ Marx et Engels ont exprimé leur vue sur la propriété privée comme suit: „*Was den Kommunismus auszeichnet, ist nicht die Abschaffung des Eigentums überhaupt, sondern die Abschaffung des bürgerlichen Eigentums. Aber das moderne bürgerliche Privateigentum ist der letzte vollendete Ausdruck der Erzeugung und Aneignung der Produktion, die auf Klassengegensätzen, auf der Ausbeutung der einen durch die anderen beruht. In diesem Sinne können die Kommunisten ihre Theorie in dem einen Ausdruck: Aufhebung des Privateigentums, zusammenfassen.*“ Karl Marx/Friedrich Engels, *Manifest der kommunistischen Partei*, 1872.

⁴ Pour être plus précis « *des personnes physiques ou morales* ». Les personnes morales, p.ex. une société de capitaux, peuvent être porteurs de droits de propriété. Mais il reste que finalement, directement ou indirectement à travers le cas échéant une cascade de participations, les sociétés, in fine, appartiennent à des personnes physiques ou, pour le moins, tombent sous le contrôle final de personnes physiques. Il n'est pas exclu non plus que l'Etat soit détenteur de droits de propriété privée.

⁵ Armen Alchian, dans son article "Some economics of property rights" a défini le système de droits de propriété comme suit:

"By a system of property rights, I mean a method of assigning to particular individuals the « authority » to select for specific goods, any use from a nonprohibited class of uses."

(d) des prérogatives portant sur la possibilité d'aliéner, en tout ou en partie, une chose.

Un « *droit de propriété (privée) complet* » couvre ces quatre caractéristiques tandis que des « *droits de propriété incomplets* » ou « *atténués* » sont des combinaisons à géométrie variable des dites caractéristiques.

Autrement dit, le droit de propriété dans la conception large du terme peut se concevoir comme un droit – paquet, composé d'un ensemble de droits différents qui, à leur tour, dans une certaine mesure, sont individuellement séparables du droit global.

Le droit de propriété, en tant que mécanisme, a, premièrement, un caractère abstrait, c'est-à-dire il ne précise pas des affectations précises de la chose, mais la concrétisation des affectations particulières de la chose relève de l'autonomie du titulaire du droit¹, a, deuxièmement, un caractère universel, c'est-à-dire il n'est pas précisé sur quelles ressources précises un tel droit peut ou doit porter² et, a, troisièmement, un caractère général, c'est-à-dire il n'est pas conditionné à des qualités personnelles des détenteurs, et toutes les personnes y ont un accès formel – mais pas économique - égal.

Le droit de propriété est un mécanisme qui se caractérise par ces qualités formelles (c'est un contenant juridique qui largement laisse ouvert le contenu économique) et non pas par le fait qu'il affecterait différentes ressources à différentes personnes.

Cette dernière fonction précisément relève du fonctionnement et du déroulement de l'économie de marché où les acteurs, en recourant aux et en étant protégés par le droit de propriété, posent de façon autonome et décentralisée la multitude d'actes économiques et, partant, de création et de transferts de droits de propriété.³

La typologie qui vient d'être développée est rudimentaire, mais elle a une valeur heuristique qui suffit à nos besoins⁴.

Remarquons, de façon plus générale, que « *construire* » une typologie, c'est utiliser des critères définissant des catégories. En principe, aucune typologie n'est parfaite en ce sens que les lignes de démarcation entre catégories identifiées sont toujours plus ou moins floues. Plus fondamentalement, ce qui caractérise une bonne typologie est, premièrement, que les différences intra-catégories soient moins

¹ toujours dans certaines limites

² Le principe de base est que toutes les choses, à moins que le contraire ne soit explicitement prévu, peuvent faire l'objet d'un droit de propriété et, en principe, donner lieu à des opérations juridiques, et en particulier, à des transactions à titre onéreux (cf., sans méconnaître qu'il véhicule un pléonasme, l'article 537 du Code civil « *Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois.* »)

³ Selon Cooter et Ulen, il y a quatre questions clés en relation avec le droit de propriété privée : "1. *How are ownership rights established ?* 2. *What can be privately owned ?* 3. *What may owners do with their property ?* 4. *What are the remedies for the violation of property rights ?*"

⁴ Nous n'avons pas introduit la différence entre propriété (Eigentum) et possession (Besitz), non pas parce qu'elle n'est pas importante mais parce que cela introduirait une complexité qui dépasse ce cours qui, répétons-le, n'est pas un cours de droit.

prononcées que les différences inter-catégories et, deuxièmement, qu'elle soit utile comme base d'analyse de la problématique que l'on se propose de creuser. La qualité et l'utilité d'une typologie ne se mesurent donc beaucoup moins au départ mais beaucoup plus à la lumière des résultats que celle-ci permet de dégager à travers le raisonnement et l'analyse développés à partir d'elle.

A partir de la section 3, nous allons comparer à travers deux exemples les deux catégories, à l'opposé l'une de l'autre, mises en évidence précédemment, à savoir l'accès libre et la propriété privée, avec pour objectif de dégager laquelle de ces deux « formes d'organisation » d'une société quant à l'accès et à l'utilisation des ressources est économiquement plus performante.

2.2. Le droit de propriété dans la loi luxembourgeoise

Ce syllabus n'étant pas un cours de droit et, a fortiori, de technique juridique, il est néanmoins utile d'avoir à l'esprit les textes légaux luxembourgeois fondamentaux ayant trait à la propriété.

2.2.1. Dans la Constitution

Aussi faut-il de prime abord mentionner la Constitution luxembourgeoise qui, dans son l'article 16, dispose que :

Art. 16 « *Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et moyennant juste indemnité, dans le cas et de la manière établis par la loi.* »

Force est de constater que le concept de « propriété » n'est pas autrement précisé dans la Constitution.¹

Cette version est la nouvelle version de l'article 16 entrée en vigueur à travers la loi du 24 octobre 2007 portant révision de l'article 16 de la Constitution.

¹ Dans le *Grundgesetz* allemand, l'on lit à l'article 14 que :

„(1) *Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt ...*

(2) *Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen...*“

En relation avec l'article 14(1), l'on parle souvent de la « *Gewährleistungsformel* » et en relation avec l'article 14(2) de la « *Ermächtigungsformel* ».

Dans le BGB allemand, l'on lit :

« *Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen...* » (§903 BGB)

Notons encore que dans l'Encyclique *Centesimus annus* du pape Jean-Paul II la propriété est présentée comme un « *droit fondamental pour l'autonomie et le développement de la personne* » qui « *a toujours été défendu par l'Eglise jusqu'à nos jours* » et qui constitue « un prolongement de la liberté humaine », mais que par ailleurs il est également noté – on serait tenté de dire dialectiquement - que « *l'homme, dans l'usage qu'il fait de ses biens, ne doit jamais tenir les choses qu'il possède légitimement comme n'appartenant qu'à lui, mais les regarder comme communs, en ce sens qu'ils peuvent profiter non seulement à lui, mais aussi aux autres.* »

La teneur antérieure de l'article 16 a été :

« Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi et moyennant une juste et préalable indemnité. »

La proposition initiale de modification de l'article 16 avait prévu l'ajout au texte ci-dessus d'un alinéa 2 de la teneur suivante :

« Les dispositions de l'alinéa qui précède ne font pas obstacle au transfert de propriété et à l'envoi en possession de l'expropriant des biens expropriés après paiement d'une indemnité provisionnelle évaluée par l'autorité judiciaire. »

Notons que le Conseil d'Etat luxembourgeois a commencé son excellent avis¹ sur la révision de l'article 16 de la Constitution – par la citation suivante de Benjamin Constant :²

« La propriété n'est point antérieure à la société car sans l'association, que lui donne une garantie, elle ne serait que le droit du premier occupant, en d'autres mots, le droit de la force, c'est-à-dire un droit qui n'en est pas un La propriété n'est point indépendante de la société, car un Etat social, à la vérité très misérable, peut être conçu sans propriété, tandis qu'on ne peut imaginer de propriété sans Etat social. »

L'article 16 de la Constitution est à lire en relation et par rapport à des normes supranationales. Aussi l'article 1er du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11, dispose-t-il :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage de biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

A noter encore que dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, il existe un article 17 qui se lit comme suit :

« Toute personne seule ou en collectivité, a le droit à la propriété. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. »

¹ ce que malheureusement on ne peut (plus) dire d'un nombre significatif des avis de cette institution.

² cf. Document parlementaire 5596. La citation est reprise de Benjamin Constant, *Principes de Politique*, Hachette, 1997.

2.2.2. Dans le Code Civil

Le Code civil luxembourgeois, à son tour, dispose à l'article 544 - un des articles communément considérés être parmi les plus importants de ce code - que :

« La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ou qu'on ne cause un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage rompant l'équilibre entre des droits équivalents. »¹

Si la teneur actuelle de l'article 544 date de 1987, il est intéressant de se rappeler sa teneur antérieure, dans la mesure où cela permet de mettre en évidence l'évolution de la « *pensée politico-sociale* » en la matière tout comme il est instructif de prendre connaissance de la modification de l'article 544 initialement proposée par le Gouvernement, mais finalement non retenue par le législateur.

Dans sa version antérieure à 1987, l'article 544 se lisait comme suit² :

« La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements. »

Si l'on compare les deux versions, la version actuelle et la version ancienne, on remarque avant tout la volonté du législateur d'ancrer dans le texte le fait incontournable que le droit de propriété de l'un atteint une certaine limite quand il touche au droit de propriété des autres, et vice-versa.

C'est la reconnaissance du fait que les droits de propriété sont en interaction et se limitent ou cadrent réciproquement, c'est-à-dire que l'exercice par l'un de son droit peut, selon les circonstances, affecter, surtout négativement, l'exercice d'un droit de propriété propre à autrui.

¹ On note que l'article ne précise pas, directement, qui peut être investi d'un droit tel que défini et dénommé « *la propriété* ».

² L'article 544 du Code Civil français a toujours cette teneur, inchangée depuis 1804.

Il est logiquement exclu que tous peuvent de façon absolue tout faire et de façon absolue tout empêcher.^{1 2}

Par ailleurs, et non seulement par simple intérêt historique, il est utile de connaître le projet de texte initialement proposé au début des années 80 par l'exécutif :

« Le droit de propriété est le droit de disposer et de jouir d'un bien³ dans les limites imposées par les conventions internationales, les lois et règlements ainsi que par les contrats et les obligations ordinaires du voisinage et eu égard aux libertés, droits et intérêts⁴ d'autrui. »⁵

Notons encore que quant aux différentes manières dont on acquiert la propriété, le Code civil dispose, entre autres, à l'article 711 que :

« La propriété s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations⁶ »

et à l'article 712 que :

« La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription. »

¹ Illustrons cela pour le bien « voiture ». En achetant une voiture, vous devenez titulaire d'un droit de propriété sur la voiture. Ce droit vous confère tout un ensemble de prérogatives dont l'exercice relève de votre seule volonté. Vous pouvez rouler avec ou non, à votre guise. Par contre, pour rouler avec, vous devez avoir un permis de conduire, vous devez respecter le code de la route et vous devez souscrire une assurance. Vous pouvez y faire installer un moteur plus puissant et y apporter d'autres aménagements, mais dans les limites autorisées par les règles du contrôle technique. Vous pouvez utiliser votre voiture en créant une compagnie de taxis, à condition d'obtenir une autorisation d'établissement.

Mais vous ne pouvez pas utiliser votre voiture pour heurter des piétons, sinon, selon les circonstances, votre responsabilité est engagée.

Un autre domaine dans lequel cette interaction est immédiatement apparente est celui des relations de voisinage et le concept en dérivé de « troubles de voisinage ».

² Pour le dire avec Richard Posner : "Truly exclusive (absolute, unqualified) property rights would be impossible."

Dans ce contexte, notons également l'article 6-1. du Code civil, - introduit par la même loi que celle modifiant l'article 544 - qui, à travers la notion d'abus de droit cadre également le droit de propriété et dont la teneur est : « Art.6-1. Tout acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus. »

³ On veut bien (sic) noter que selon ce texte proposé le terme « bien » aurait dû remplacer celui de « chose ».

⁴ On veut bien noter l'ajout proposé du concept 'intérêts'.

⁵ cf. document parlementaire 2878. Notons que sous-jacent à ce texte juridique est la notion économique d'« externalité négative » que l'on a vue au chapitre 1 et qui sera approfondie plus particulièrement au chapitre 6.

⁶ Le plus souvent, la transmission des choses couvertes par un droit de propriété est le résultat de la volonté des parties, auquel cas elle constitue une aliénation. Le mode normal de l'aliénation est le contrat, dans lequel le titulaire du droit s'oblige, selon les termes convenus, à transférer la propriété sur une chose. C'est ce que l'article 711 du Code civil désigne par « effet des obligations ». L'on peut également se référer notamment à l'article 1138 du Code civil : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, ... » et à l'article 1583 qui dispose que : « (La vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

Un article encore intéressant et qui peut donner lieu, notamment de par l'évolution du progrès technique et les multiplications subséquentes des usages directs ou indirects de terrains, est l'article 552 qui dispose que :

« La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Le propriétaire peut faire au-dessus les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des « servitudes ou services fonciers ».

Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. »

2.2.3. Dans le Code pénal

Finalement, notons que l'on trouve dans le Code pénal, sous le Titre IX du Livre II « Crimes et délits contre la propriété », toute une série d'articles en relation avec la propriété.

Relevons-en deux.

Art. 461 *« Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est coupable de vol. Est assimilé au vol, le fait de soustraire frauduleusement un véhicule automoteur ou un cycle appartenant à autrui en vue d'un usage momentané et avec l'intention de le restituer. »*

Art. 528 *« Ceux qui auront volontairement endommagé, détruit ou détérioré les biens mobiliers d'autrui¹ seront punis d'une peine d'emprisonnement d'un mois à trois mois et d'une amende de 251 euros à 10.000 euros ou d'une de ces peines seulement... »*

¹ On remarque l'utilisation du terme « d'autrui ».

Exercices

1. Pour que l'échange puisse efficacement se mettre en place et développer son caractère gagnant-gagnant, il faut qu'il existe notamment deux instruments juridiques. Précisez lesquels et expliquez leur nécessité économique.
2. "*Plutôt que de dire que l'on échange des biens, il faudrait dire que l'on échange des droits de propriété définis par rapport à ces biens*".
Etes-vous d'accord avec cette affirmation?
3. Expliquez pourquoi l'on constate le plus souvent que les voitures d'entreprise mises à disposition du personnel génèrent des coûts d'entretien et de réparation supérieurs à des voitures du même type appartenant directement au personnel.
4. (i) Expliquez pourquoi l'on constate que dans des maisons d'appartements, les parties communes se retrouvent en règle générale rapidement dans un état relativement délabré tandis que tel n'est pas de même pour les parties privatives.

Qu'en est-il des lieux publics ?

- (ii) Un écrivain français a remarqué que l'on constate dans les immeubles des banlieues françaises que si les parties communes sont extrêmement délabrées, tel n'est absolument pas le cas des parties privatives, tout au contraire pour conclure que cela indiquerait clairement que les immigrés y habitant auraient les mêmes valeurs que les résidents français. Commentez ce raisonnement.
5. "*If no one clearly owns a valuable asset, then no one has an incentive to guard its value properly. If property rights are not tradable, then there is little hope that assets will end up with those people who can make the best use of them and so value them most. If property rights are not secure then owners will not invest great amounts in assets that they may lose with no compensation, or they may sink valuable resources into protecting their claims.*"

Etes-vous d'accord avec ces affirmations reprises du livre *Economics, organization and management*, de P. Milgrom et J. Roberts, Prentice Hall, 1992?

6. Commentez les citations ci-après:
 - « *Qu'est-ce que c'est la propriété? La propriété, c'est le vol.* » (Proudhon) (voir toutefois lectures utiles et la citation ci-après de Hirschman)
 - « *Le peuple, même celui du socialisme, veut, quoiqu'il dise, être propriétaire.* » (J. Attali)

- *“Thus the modern political argument for capitalism that is today associated with such authors as Mises, Hayek and Milton Friedman was originally put forward by none other than Proudhon. Though an eloquent critic of the institution of private property, - he is, after all, best known for the dictum “Property is theft” – Proudhon was also fearful of the enormous power of the state. And in his later workings [Théorie de la Propriété] he conceived of the idea of opposing to this power a similar “absolutist power” – that of private property.” (Albert Hirschman, *The Passions and the Interests*, Princeton University Press, p. 128, 1977)*
- *« Là où il n’y a point de propriété, il n’y a point d’injustice, est une proposition aussi certaine que n’importe quelle démonstration d’Euclide : l’idée de propriété étant un droit à une chose, et l’idée à laquelle correspond le mot justice étant l’invasion ou la violation de ce droit. » (John Locke)*
- *« Comme ils n’avaient entre eux aucune espèce de commerce, qu’ils ne connaissent par conséquent ni la vanité, ni la considération, ni l’estime, ni le mépris, qu’ils n’avaient pas la moindre notion du tien et du mien ... ». (Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l’origine et les fondements de l’inégalité parmi les hommes*)*

7. Commentez l’affirmation de Maddison:

« Just as a man has a right to property, a man has a property in his rights. »

ainsi que l’affirmation suivante:

« If people have property in their rights, they want a right to property. »

8. Commentez l’affirmation suivante reprise du même auteur :

“The feature of law that is most conducive to the modern market system is equality before the law. Where equality before the law is a reality, the security of property will not be far behind. It will emerge in the interstices of this “golden rule”.”

9. Commentez l’affirmation suivante reprise de Holmes and Sunstein, *The cost of rights*, Norton 1999,

“David Hume the Scottish philosopher liked to point out that private property is a monopoly granted and maintained by public authority at the public’s expense.”

10. Commentez l’affirmation suivante reprise du livre *L’ordre social* de Jacques Rueff

“Tous les systèmes qui tendent imposer la paix aux hommes sont ainsi fondés sur un même principe: l’assujettissement de chaque chose à la volonté d’une seule personne. C’est ce droit exclusif de jouissance et

de disposition d'une personne sur une chose que l'on qualifie de droit de propriété."

11. Commentez la citation reprise de Pascal Salin, *Libéralisme*, Éditions Odile Jacob, 2000

« Liberté et propriété sont inséparables. Or l'existence d'un système de droits de propriété privés dans une société représente une limitation fantastique et parfaitement claire de la prétention éventuelle de chacun à se comporter comme il l'entend, au besoin, en portant atteinte à la liberté des autres. »

12. Analysez les raisons économiques pouvant motiver la disposition de l'article 2279, 1er alinéa, du Code civil:

« En fait de meubles, la possession vaut titre. »

13. Commentez l'affirmation suivante :

*"A property right is a legally enforceable power to exclude others from using a resource – all others (with exceptions unnecessary to get into here such as the government when exercising its eminent domain power), and so with no need to make contracts with could-be users of the resource forbidding their use. If A owns a pasture, he can, with the backing of the courts and the police, forbid others to graze their cattle on it. He does not have to negotiate with them an agreement entitling him to exclusive use: that would be an infeasible alternative because the whole world could threaten to graze their cattle on his property in order to be paid by him not to do so. Conversely, if B wants to have the exclusive use of the pasture, he must acquire it on term acceptable to A. Thus, the property right has to include the right to exclude others and the right to transfer the property to another." (Posner and Landes, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Belknap Press, 2003, p. 12)*

14. Commentez les deux articles ci-après du Code civil :

- *« Art. 713. Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat. »*
- *« Art. 714. Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »*

15. Analysez du point de vue du droit de propriété les scénarios suivants :

- si l'Etat prélève un impôt dépassant 50% du revenu imposable ;
- si l'Etat interdit, p.ex. pour des raisons d'économies d'énergie, l'utilisation de la voiture le dimanche ;
- si l'Etat vous interdit d'utiliser votre coupeuse de gazon le week-end ;

- si l'Etat impose aux propriétaires d'appartements des loyers plafonds.

16. Soient deux voisins. L'un veut brûler des choses dans son jardin, l'autre se sentirait affecté négativement par la fumée.

- (i) Analysez cette problématique sur la base de la version « *avant-1987* » de l'article 544 du Code civil luxembourgeois, et notamment à la lumière des termes « *de la manière la plus absolue* ».
- (ii) Analysez la même problématique sur la base de la version initialement proposée par le Gouvernement, mais pas retenue.
- (iii) Analysez la même problématique sur la base de la teneur actuelle de l'article 544.
- (iv) Que pensez-vous de l'approche suivante ? Précisez clairement la portée des droits respectifs des deux voisins et, partant, la possibilité soit de préciser clairement que l'un a le droit d'émettre de la fumée (donc que l'autre n'a aucun recours possible), soit de préciser clairement que l'autre a le droit de ne pas être affecté par la fumée (donc que l'autre a l'obligation de respecter cette disposition juridique).

En quoi cette approche se distingue-t-elle, le cas échéant, de la réponse qu'apporterait l'actuel article 544 du Code civil à la problématique sous revue ?

17. Le Tribunal administratif luxembourgeois avait soumis à la Cour Constitutionnelle une question préjudicielle portant sur le fait de savoir si certaines dispositions de la loi de l'impôt sur le revenu (LIR) qui ont pour effet de prélever une cote d'impôt sur le revenu absorbant l'intégralité d'une plus-value dégagée sur un immeuble et qui, partant, affectent la substance de la fortune du contribuable, sont conformes notamment à l'article 16 de la Constitution.

La Cour a déclaré recevable la question préjudicielle par rapport audit article 16 tout en disant que les articles LIR afférents ne sont pas contraires à l'article 16 de la Constitution, ceci notamment sur la base du considérant que « *l'impôt sur le revenu est une contribution individuelle aux charges communes de la collectivité dont les fixation et perception ne constituent pas une atteinte à la propriété au sens de l'article 16 de la Constitution qui ne vise que la privation de la propriété d'un bien déterminé moyennant une juste et préalable indemnité et non pas l'incidence de la dette fiscale sur un patrimoine.* »

Recherchez cet arrêt de la Cour Constitutionnelle (arrêt n° 10/00 du 8 décembre 2000) et commentez-le. Comparez cet arrêt à l'arrêt n°16/03 du 7 février 2003 (cf. exercice suivant).

18. Dans son arrêt no. 16/03 du 7 février 2003, la Cour constitutionnelle écrit:

« ... Considérant que l'article 16 [dans sa version de 2003] pose d'une part le principe que le propriétaire ne peut être privé de ses droits qu'il a sur sa propriété et énonce, d'autre part, la seule exception à ce principe, à savoir la privation de propriété pour cause d'utilité publique en la soumettant toutefois aux exigences en procédures d'une loi et au paiement d'une juste et préalable indemnité.

Que le droit de propriété est un droit fondamental et toute dérogation qui y porte atteinte est d'interprétation stricte... »

Commentez ce passage après avoir lu l'arrêt.

19. Commentez l'affirmation suivante:

« Look. You say Moscow is a scary Town. It is. Why? I'll tell you. Because there is no tradition of private property in Russia. First of all there were workers and peasants who had nothing and the nobility owned the country. Then there were workers and peasants with nothing and the Party owned the country. Now there are still workers and peasants with nothing and the country's owned, as it's always been owned, by whoever has the biggest fists. Unless you understand that, you can't begin to understand Russia.» (repris du roman de R. Harris, *Archangel*, 1998).

20. Laquelle des deux affirmations vous semble la plus pertinente :

- « On échange des biens. »
- « On échange des droits pour changer de droits de disposition sur les biens. »

21. Dans le pays A, on peut vendre librement des œuvres d'art d'artistes du pays A. Dans le pays B, on ne peut pas vendre à des étrangers des œuvres d'art d'artistes du pays B. Dans quel pays le droit de propriété est-il plus large ? Peut-on affirmer que dans le pays B il existe une expropriation partielle des détenteurs d'œuvres d'art ? Dans quel pays, ceteris paribus, les œuvres d'art sont-elles plus chères ?

22. Vous êtes le résident d'un pays A. Vous allez acquérir un tableau d'un peintre fameux. Une fois en possession de ce tableau, le Parlement du pays A vote une loi de protection culturelle du patrimoine national qui entre autres a pour conséquence qu'il ne vous est pas permis de vendre votre tableau à quelqu'un d'autre qu'un résident du pays A.

(i) Quel est l'impact de cette loi ? Affecte-t-elle votre droit de propriété ?

(ii) Quel serait l'impact de l'abolition d'une loi si elle existait ?

23. Commentez l'extrait suivant repris de Francis Fukuyama, *The End of History and the last Man*, Penguin Books, 1992 :

"...Hegel also had a very different understanding of the meaning of private property than did Locke. Lockean man acquired property in order to satisfy his desires. Hegelian man sees property as a kind of "objectifications" of himself in a thing – for example, a house, a car, a piece of land. Property is not an intrinsic characteristic of things; it exists only as a matter of social convention when men agree to respect each other's property rights. Man derives satisfaction during property not only for the needs that it satisfies, but because other men recognize it. The protection of private property is a legitimate end of civil society for Hegel, as it is for Locke and for Madison. But Hegel sees property as a stage or aspect of the historical struggle for recognition as something that satisfies thymos as well as desire."

24. Commentez les extraits suivants repris de Biltgen et Glesener, *En quête de cohésion*, éditions Saint Paul :

« ... Fonder une famille présuppose de disposer d'un logement. Bien-sûr, on peut disposer d'un logement en propriété ou en location. Or, il est indéniable que la situation de propriétaire fait partie de la culture, voire même de l'identité luxembourgeoise. Les chiffres sont clairs : près de 80% des Luxembourgeois et même près de 70% des habitants du Luxembourg sont propriétaires de leur logement...

Ce résultat est dû à une politique déterministe. Il s'agissait longtemps de soutenir la demande en accordant aux futurs propriétaires, à côté des réductions fiscales, surtout des aides directes ciblées liées au revenu. Cette politique a été une réussite sociale, comme le prouvent les chiffres ci-avant. Il est donc faux et malicieux de parler de faillite de la politique du logement. Sauf qu'elle ne fonctionne plus aujourd'hui...

... Le droit à la propriété doit désormais avoir la même valeur que le droit du propriétaire... »

25. Dans beaucoup de pays, d'une façon ou l'autre, il existe un système d'inscription, d'enregistrement de la propriété immobilière. Pourquoi un tel système n'existe-t-il pas pour le droit de propriété, p.ex. de bijoux ? Qu'en est-il des voitures ?
26. Commentez le passage ci-après repris de Robin P. Malloy, *Law in a Market context*, 2004, Cambridge University Press :

"For example, I may own a car that you would like to use. Under a given set of property rules my ownership allows me to exclude you from use of the car. If you want to use the car you can negotiate with me over a rental fee or perhaps contract to buy the car. This involves a voluntary and consensual exchange. On the other hand, you may decide to sneak over to my drive way one night and "hot wire" my car so that you can take it for a "joyride". In this situation, you violate my property right of exclusion and you may be found guilty of a tort action for conversion as well as for a crime related to auto theft. The initial property rule and the rules for legitimate transfer implicate the tort and

criminal law consequences. That is property rules assign ownership to me and allow me to exclude others and tort law and criminal law help to enforce compliance with the property rule. The tort rules generally allow for private-party enforcement whereas the criminal law creates a mechanism for action in the name of the “people” or public.

In each case, however, the consensual or coercive taking of the car involves an exchange because each involves the allocation of scarce resources – control over the car.”

27. Soient les deux cas suivants.

Dans un premier cas, une équipe de tournage d'un film va tourner une scène d'un film sur un terrain qui est la propriété de Monsieur X. Elle amène une grue nécessaire pour filmer la scène en question et la grue par inadvertance détruit un mur sur la propriété en question.

Dans un deuxième cas, il est construit sur un terrain avoisinant la propriété de Monsieur X une maison, sous des conditions parfaitement légales. Par un mouvement d'inadvertance, la grue qui est sur le terrain voisin détruit le mur sur le terrain de Monsieur X. On suppose le dégât matériel exactement identique au dégât dans le premier cas.

Analysez et comparez ces deux cas :

- (i) sous l'angle du droit de propriété privée.
- (ii) sous l'angle de la responsabilité extracontractuelle.
- (iii) Comparez ces deux analyses et tirez des conclusions sur la différence entre les articles 544 et 1382 du Code civil. La différence est-elle de nature ou de degré ?

28. Commentez les extraits suivants repris de Jean-Claude Michéa, *L'Empire du moindre mal*, Climats, 2007, un livre excellent :

« [La société]... se veut entièrement « réaliste » et « procédurale » - c'est-à-dire fondée sur les protocoles purement mécaniques du Droit et du Marché. [Le libéralisme philosophique] propose l'utopie d'une société rationnelle, plaçant le fondement même de son existence pacifiée dans la seule dynamique des structures impersonnelles du Marché et du Droit... Il s'agit toujours de découvrir, ou d'imaginer, les mécanismes (autrement dit, les systèmes de poids et de contrepoids conçus sur le modèle des théories physiques d'équilibre) capables d'engendrer par eux-mêmes tout l'ordre et l'harmonie politiques nécessaires sans qu'il n'y ait plus jamais lieu de faire appel à la vertu des sujets. »

29. En Corse (et dans d'autres pays ou régions, on constate une problématique similaire) les Corses se plaignent que les terres de leur île de plus en plus deviennent la propriété de non-Corses. Sur la base de constat, ils demandent l'établissement de règles [p.ex. condition de résidence effective de 10 ans] limitant l'accès des non-Corses à la propriété immobilière en Corse. Discutez cette problématique.

30. Commentez les extraits ci-après repris de *Justice as Fairness. A Restatement* de John Rawls :

- *“Among the basic rights is the right to hold and to have the exclusive use of personal objects. One ground of this right is to allow a sufficient material basis for personal independence and a sense of self-respect, both of which are essential for the adequate development and exercise of the moral powers. Having this right and being able effectively to exercise it is one of the social bases of self-respect. Thus the right is a general right: a right all citizens have in virtue of their fundamental interests. Two wider conceptions of this right to property are not taken as basic; namely*
 - (i) the right to private property in natural resources and means of production generally, including rights of acquisition and bequest;*
 - (ii) the right to property as including the equal right to participate in the control of the means of production and of natural resources, both of which are to be socially, not privately owned.*

These wider conceptions of property are not used because they are not necessary for the adequate development and full exercise of the moral power, and so are not an essential social basis of self-respect. They may, however, still be justified... This depends on existing historical and social conditions...” (p. 114)

- *“The contrast between a property owning democracy and welfare-state capitalism deserves closer examination, since they both allow private property in productive assets. This may tempt to think they are much the same. They are not. One major difference is this: the background institutions of property owning democracy work to disperse the ownership of wealth and capital and thus to prevent a small part of society from controlling the economy, and indirectly political life as well. By contrast, welfare-state capitalism permits a small clan to have a near monopoly of the means of production.*

Property-owning democracy avoids this not by the redistribution of income to those with less at the end of each period, so to speak, but rather by ensuring the widespread ownership of productive assets and human capital (that is education and trained skills) at the beginning of each period, all this against a background of fair equality of opportunity...” (p. 139-140)

31. Commentez et comparez les deux affirmations suivantes :

- *„Der Begriff „Eigentum“ ist ein reiner Rechtsbegriff. Im Gegensatz zu anderen Rechtsbegriffen („Sache“, „Person“, „Gegenstand“, „Arbeit“, „Erlaubnis“, „Verbot“, „Vermögen“, „Schaden“, etc.) gibt es außerhalb der Rechtssphäre keinen Gebrauch des Wortes „Eigentum“, der dessen Bedeutung sichern hilft. Man sagt, ein Begriff stehe für eine Sache. Aber „Eigentum“ steht nicht für eine Sache, sondern für Rechte an einer Sache. Rechte fügen wir dem*

Universum hinzu. Das Universum existiert, in ihm alle Sachen. Aber es existiert für niemanden irgendein Recht an einer Sache.

Das Recht haben die Menschen erfunden, d.h. gesetzt, und mit ihm eine besondere Klasse von Bedeutungen, mit denen wir juristisch Verhältnisse bestimmen. Alles Recht ist Verhältnis, Eigentum ist aber nicht das Verhältnis, das ich zu einer Sache habe. Vielmehr bestimmt es meine Beziehung zu einer Sache in dem Verhältnis, das ich als Rechtsverhältnis gegenüber anderen habe...“ (Norbert Körsgen, Eigentum als Grundrecht im Grundgesetz)

- “[property right] is the sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things in the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe” (William Blackstone)

32. Commentez l'extrait du roman *La Réserve* de Russel Banks :

« Ni domestique, ni patron, les guides des Adirondocks se situaient dans la lignée de ces hommes de la vieille époque où la région n'avait pas encore été colonisée par le Blancs : c'étaient des chasseurs, des trappeurs et des hommes des bois solidaires et autonomes qui se considéraient comme vivant des ressources naturelles sans se soucier de qui était propriétaire des lieux. »

33. Commentez les deux affirmations :

- « *La propriété est un phénomène social.* »
- « *La propriété a un fondement de droit naturel.* »

34. Commentez le texte ci-après:

« Après des années de débats et de controverses, la Chine s'est finalement dotée vendredi, le 16 mars 2007, d'une Loi sur la Propriété, gravant pour la première fois la défense de la propriété privée dans le marbre, sauf pour la terre, restant domaine de l'Etat.

Son adoption par l'Assemblée nationale populaire (ANP, Parlement intervient trois ans après un premier vote historique de cette Chambre qui, en inscrivant la protection de la propriété privée dans la Constitution, a permis de mettre à bas vendredi l'un des derniers vestiges de l'idéologie communiste.

Le texte en 247 articles, qui doit entrer en vigueur le 1^{er} octobre, vise à protéger à la fois la propriété collective, publique et la propriété privée, même si, selon des médias d'Etat, elle continue de placer le bien public au cœur du système économique. Il stipule notamment que « la propriété de l'Etat, collective, individuelle (...) est protégée par loi et nul ne peut l'enfreindre. »

Pour la première fois soumise en 2002 au comité permanent de l'ANP, après des années de préparation, elle est passée par sept lectures avant d'être jugée prête à être soumise au vote et finalement

approuvée vendredi par 2.299 voix pour et 52 contre. « Cette loi marque une étape importante dans l'histoire législative chinoise », a estimé Hu Xingdou, un intellectuel connu pour son franc-parler, économiste à l'Institut de Technologie de Pékin, qui, pour arriver à une société « plus juste », propose même de « mettre un terme aux privilèges du gouvernement ».

Une frange du parti communiste au pouvoir s'était battue contre le projet, s'élevant contre la consécration des droits individuels, jugée trop capitaliste. D'autres opposants arguaient aussi qu'elle allait permettre à certains, notamment des cadres corrompus, de protéger des biens sur lesquels ils ont illégalement fait main basse par le passé.

Les partisans de la loi, en revanche, mettaient en avant les garanties apportées aux sociétés privées contre les détournements de fonds par leur propre personnel et, surtout, faisaient valoir la nécessité de clarifier les droits de propriété, dans un Etat se réclamant toujours du communisme, mais où dans les faits, les réformes économiques lancées en 1978 ont mis fin depuis longtemps à la collectivisation maoïste.

Selon Chine Nouvelle, « le vice-directeur de la Commission des Affaires législatives du Comité permanent de l'ANP, Wang Shengming, a souligné que la loi montrait l'esprit de la réforme et de l'ouverture de la Chine, en protégeant l'ordre de l'économie de marché socialiste et en accordant une égale protection à la propriété privée et publique ».

Pendant les débats, de hauts responsables étaient montés au créneau pour expliquer que la loi était compatible avec le système socialiste, comme Wang Zhaoguo, vice-président du comité permanent de l'ANP. Vendredi, les analystes soulignaient qu'elle était aussi inévitable et indispensable au développement du pays. » (internet, site 7 sur 7)

35. Commentez les affirmations suivantes :

- pour le libéralisme, la propriété est une condition nécessaire à la liberté ;
- pour le socialisme, la propriété est un instrument de domination, de pouvoir et d'exploitation.

36. Commentez l'extrait ci-après de Hans Kelsen repris de sa *Reine Rechtslehre*, 1. Auflage 1934 :

„Das Fiktive dieser Bestimmung des Begriffs der Rechtspersönlichkeit liegt auf der Hand. Denn sofern überhaupt von Selbstbestimmung der Individuen im Bereich des Rechts die Rede sein kann, nämlich auf dem Gebiet des sogenannten Privatrechts, und zwar im Hinblick auf den rechtserzeugenden Tatbestand des rechtsgeschäftlichen Vertrags, liegt Autonomie nur in einem sehr beschränkten und uneigentlichen Sinne vor. Denn niemand kann sich selbst Rechte einräumen, weil das Recht des einen nur unter der Voraussetzung der Pflicht des anderen besteht und solche Rechtsbeziehungen gemäß der objektiven Rechtsordnung nur durch die übereinstimmende Willensäußerung

zweier Individuen zustande kommen kann. Und auch dies nur, sofern der Vertrag vom objektiven Recht als rechtserzeugender Tatbestand eingesetzt ist; so daß die rechtliche Bestimmung letztlich von eben diesem objektiven Recht, nicht aber von den unter ihm stehenden Rechtssubjekten ausgeht, somit auch im Privatrecht keine volle Autonomie besteht.

Die ideologische Funktion dieser ganzen in sich widerspruchsvollen Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts und des Rechtssubjekts ist leicht einzusehen: Es gilt die Vorstellung aufrechtzuerhalten, daß das subjektive Recht, das heißt aber das Privateigentum, eine gegenüber dem objektiven Recht transzendente Kategorie sei, eine Institution an der die inhaltliche Gestaltung der Rechtsordnung eine unübersteigbare Schranke findet. Der Begriff eines vom objektiven Recht verschiedenen und ihm gegenüber unabhängigen subjektiven Rechts wird um so wichtiger, wenn jenes, das heißt die die Institution des Privateigentums noch gewährleistende Rechtsordnung, als eine wandelbare und sich stetig wandelnde, durch menschliche Willkür geschaffene und nicht auf dem ewigen Willen der Gottheit, auf der Vernunft oder auf der Natur ruhende Ordnung erkannt wird; zumal dann, wenn die Erzeugung dieser Ordnung in einem demokratischen Verfahren vor sich geht. Der Gedanke eines vom objektiven Recht verschiedenen und in seiner Existenz von ihm unabhängigen Rechts, das aber nicht weniger, ja vielleicht sogar mehr „Recht“ ist als jenes, soll die Institution des Privateigentums vor einer Aufhebung durch die Rechtsordnung schützen. Es ist nicht schwer zu verstehen, weshalb die Ideologie des subjektiven Rechts an den ethischen Wert der individuellen Freiheit, der autonomen Persönlichkeit anknüpft, wenn in dieser Freiheit immer auch das Eigentum mit eingeschlossen ist. Eine Ordnung, die den Menschen nicht als freie Persönlichkeit in diesem Sinn anerkennt, das heißt aber eine Ordnung, die nicht das subjektive Recht gewährleistet, eine solche Ordnung soll überhaupt nicht als Rechtsordnung betrachtet werden.

Es liegt durchaus in der Richtung dieser Ideologie, wenn das Verhältnis von Recht und Gesellschaft, insbesondere von Recht und Wirtschaft als ein Verhältnis von Form und Inhalt angesehen, das Rechtsverhältnis als eine innerhalb des sozialen Materials stehende Beziehung, als ein „Lebensverhältnis“ gedeutet wird, das durch das Recht nur seine äußere Bestimmung erfährt. Es ist insbesondere eine sich „soziologisch“ gebärdende Richtung der traditionellen Jurisprudenz, die mit dieser Auffassung in Wahrheit nur naturrechtliche Tendenzen verfolgt. Und in die gleiche Richtung wie der Dualismus von objektivem und subjektivem Recht zielt die Unterscheidung der Rechtsverhältnisse in persönliche und dingliche, je nachdem, ob es sich um die Beziehung zwischen Subjekten oder um eine Beziehung zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt, zwischen Person und Sache handelt. Das dingliche Rechtsverhältnis, die sachenrechtliche Beziehung par excellence ist das Eigentum; auf dieses ist die ganze Unterscheidung zugeschnitten. Es wird als ausschließliche Herrschaft einer Person über eine Sache definiert und eben dadurch wesentliche von den nur persönliche Rechtsverhältnisse begründenden Forderungsrechten abgeschieden. Auch diese für die Systematik des bürgerlichen Rechts wichtige Unterscheidung hat einen

ausgesprochen ideologischen Charakter. Wird sie trotz des immer wieder erhobenen Einwandes aufrecht erhalten, die rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache bestehe in gar nichts anderem als in einem bestimmten Rechtsverhältnis des Subjekts zu anderen Subjekten, nämlich in der Pflicht, den Eigentümer in seiner Verfügungsmöglichkeit über eine Sache nicht zu beeinträchtigen, in der rechtlichen Möglichkeit des einen, alle anderen vom Genusse der Sache auszuschließen – so offenbar darum, weil die Bestimmung des Eigentums als Verhältnis zwischen Person und Sache dessen sozialökonomisch entscheidende Funktion verhüllt; eine Funktion, die von der sozialistischen Theorie – ob mit Recht oder Unrecht, bleibe hier dahingestellt – als „Ausbeutung“ bezeichnet wird, eine Funktion, die jedenfalls gerade in der Beziehung des Eigentümers zu allen anderen Subjekten besteht, die vom Zugriff auf eine Sache ausgeschlossen, vom objektiven Recht zur Respektierung der ausschließlichen Verfügungsgewalt des Eigentümers verpflichtet sind. Allein dagegen wehrt sich die traditionelle Rechtslehre auf das entschiedenste, das subjektive Recht, das ist die Berechtigung des einen, nur als Reflex der Rechtspflicht des anderen gelten zu lassen.“

37. Commentez, également à la lumière des évolutions récentes (p.ex. mises en place de régimes de stock options), l'extrait suivant repris de James S. Coleman, *Foundations of Social Theory*, Harvard Press, 1990 :

“...Berle and Means (The modern corporation and private property, MacMillan, 1933) suggested that the modern corporation in the United States has split the atom of private property. What they meant is that private property consists of (at least) two rights: the right to use the property for the pursuit of any lawful purpose, and the right to benefit from the use of the property. They showed how, in the modern publicly owned corporation, the managers hold the usage rights (that is, how the power to determine the specific uses of the corporation's wealth) at the owners contain the right to benefit from that use, through dividends and increasing value of this stock, as well as the right of ultimate disposal of their stock, which entails the benefit of capital gains...”

38. Commentez l'affirmation suivante:

« Les privatisations, souvent, sont des expropriations de la collectivité sans juste compensation de cette dernière. »

39. Quelle est la différence entre les concepts de « *propriété juridique* » et de « *propriété économique* » ? Dans quels domaines cette différence prend-elle une certaine importance ?
40. Expliquez les similitudes et différences entre les « *domaines privées* » et de « *domaine public* ».

41. Analysez, de façon critique, à la lumière des concepts de « *droits de propriété* » et de « *bien* », les articles 19 et 21 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 de l'impôt sur le revenu.

« Art. 19

(1) *Font partie de l'actif net investi les biens qui, de par leur nature, sont destinés à servir à l'entreprise.*

(2) ...

(3) ... »

« Art. 21

(1) *Les biens de l'actif net investi comprennent les immobilisations, les biens du réalisable et du disponible et les éléments du passif envers les tiers.*

(2) ... »

42. Analysez la notion de « bien » dans la loi modifiée du 12 décembre 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

43. Commentez l'affirmation suivante attribuée à Jean-Paul II :

« *Toute propriété privée est grevée d'une hypothèque sociale.* »

3. Accès libre vs propriété privée. Un premier modèle de l'émergence et des rôles économiques de la propriété privée

Dans cette section, nous allons procéder à la comparaison des deux formes extrêmes, polaires, que constituent, d'un côté, l'accès libre et, de l'autre côté, la propriété privée, et ceci sur la base de l'exemple d'un pré à utilisation unique.

Le développement de cet exemple nous permettra, par un raisonnement par étapes, de mettre en évidence un rôle clé du droit de propriété privée.

Dans une première étape, l'on explicitera les conditions technologiques agricoles qui conditionnent les possibilités de production, donc l'activité économique exercée sur le pré.

Dans une deuxième étape, l'on définira et dégagera le niveau de production optimal pour la société.

Finalement, dans une troisième étape, l'on comparera le droit de propriété privée à une situation de libre accès. On s'interrogera si les deux formes d'organisation sont également capables de générer une solution optimale ou si, par contre, l'une de ces deux formes se révèle supérieur sur ce plan.

On terminera cette section par des considérations ayant trait, d'une part, à l'origine et à l'extension des droits de propriété et, d'autre part, à leur distribution entre individus composant la société.

3.1. Les contraintes de production technologiques

Soit un terrain agricole d'une surface donnée \bar{S} , disons $\bar{S} = 10.000\text{m}^2$. Ce terrain, par hypothèse, ne se prête qu'à une seule activité, y laisser paître des vaches en vue de produire du lait¹.

Le terrain est supposé être localisé dans un village de 100 personnes qui est notre « *société* » de référence.

Le terrain est un input fixe divisible.² Il s'agit d'un input fixe en ce sens que l'on ne peut pas utiliser plus que les 10.000 m² existants. Il s'agit d'un input divisible en ce sens qu'il est possible d'utiliser moins que la surface maximale disponible de 10.000 m².

¹ Notons une hypothèse implicite. Pour ne pas alourdir inutilement les raisonnements, le fait est ignoré que les vaches peuvent être à l'origine de ce que l'on appelle en théorie économique des "*produits joints*", en l'occurrence, du lait, de la viande et de la peau.

Nous sommes donc en présence de deux inputs, un input fixe divisible, la terre, et un input variable, les vaches, qui combinés permettent de dégager un output, le lait, et ceci selon les conditions technologiques liant les inputs à l'output.

² Un input fixe divisible, en l'occurrence, le terrain, peut être considéré comme un input variable ou du moins comme un input à utilisation variable.

Par ailleurs, l'on suppose qu'il n'y ait pas de limite technique quant au nombre de vaches dont a priori chaque villageois peut disposer de sorte que le nombre de vaches sur le terrain est une grandeur qui peut varier. Les vaches sont, partant, un input que l'on peut qualifier de « *variable* ».

En revanche, il existe une limite biologique quant à la quantité maximale de lait qu'une vache donnée peut « *produire* » lors d'une période de temps donnée.

On suppose qu'une vache ne peut pas donner, par unité de temps¹, plus de 1.000 litres, et que ce volume maximal peut être atteint à condition que la vache dispose d'une surface nutritive de 100 m².

Dans cet ordre d'idées, l'on considère que si la surface disponible pour une vache est supérieure à 100m², l'herbe recouvrant la surface excédant 100 m² n'est pas broutée par celle-ci.

Par contre, à des niveaux de surface disponible par vache inférieurs à 100 m² correspondent des niveaux de production différents.

Dans ces cas de figure, il est supposé que la production totale d'une vache est d'autant plus élevée que la surface à laquelle elle a accès est grande pour devenir constante une fois que cette dernière dispose de 100 m².

Plus précisément, nous allons supposer que si la surface disponible par vache - indiquons-la par s_i où s_i n'est rien d'autre que \bar{S} divisé par n , le nombre de vaches - se situe entre 0 m² et 50 m², la production par vache - indiquons celle-ci par y_i - est déterminée par la fonction de production $y_i = \frac{1}{5} s_i^2$.

Si la surface s_i se situe entre 50 m² et 100 m², la fonction de production est $y_i = 10s_i$.

Si la vache a accès à 100 m² ou plus, c.-à-d. si $s_i \geq 100$, alors elle atteint sa "*capacité maximale de production*" qui est de 1000 litres, c.-à-d. $y_i = 1.000$.

En résumé, on a donc²:

$$\text{Si } 0 \leq s_i < 50 \quad \text{alors} \quad y_i = \frac{1}{5} s_i^2$$

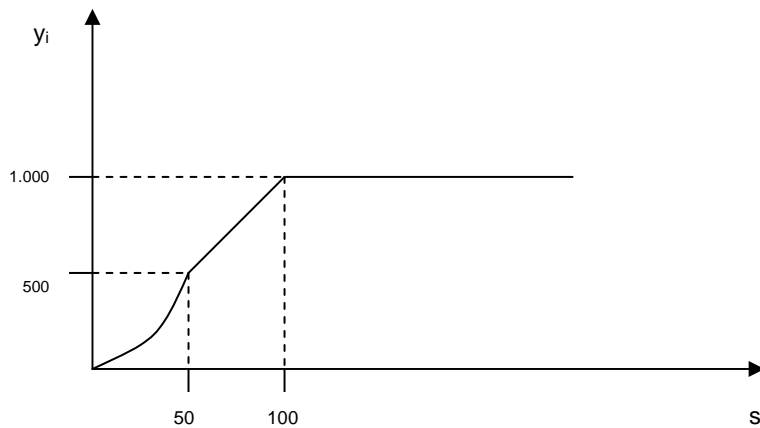
$$\text{Si } 50 \leq s_i < 100 \quad \text{alors} \quad y_i = 10 s_i$$

$$\text{Si } s_i \geq 100 \quad \text{alors} \quad y_i = 1.000$$

¹ Cette unité de temps pourrait être un jour, une semaine, un mois, etc. Peu importe pour nos raisonnements.

² Rappelons que y_i est la quantité de lait produite par la vache i .

Examinons de plus près cette fonction de production pour une vache i en la représentant d'abord graphiquement:



Nous constatons que les conditions de technologie "biologique" et agricole sont telles que tout d'abord la production de lait d'une vache augmente au fur et à mesure que la surface disponible augmente. Au début ($0 \leq s_i \leq 50$) cette augmentation s'intensifie pour devenir constante par après ($50 \leq s_i \leq 100$). Après cette phase d'accroissement, on atteint un niveau, en l'occurrence 100, où la production de lait d'une vache n'augmente plus avec sa surface disponible.

Cette fonction de production peut encore être analysée plus en profondeur à l'aide des deux concepts importants que sont la « *productivité moyenne* » et la « *productivité marginale* ».

De façon générale la productivité moyenne, que nous dénotons par PM , indique la quantité d'output par unité d'input, ici la quantité de lait par m^2 de surface.

La productivité marginale, que nous dénotons par Pm , nous indique, pour chaque niveau de production donné, de combien augmente la production totale de lait suite à l'augmentation d'une unité de l'input.

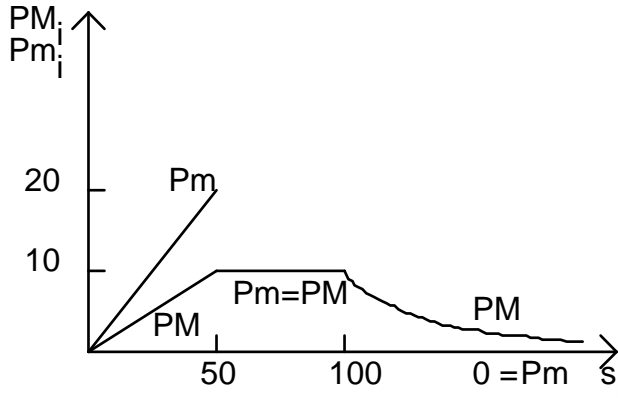
Partant, la productivité moyenne d'une unité de surface est $PM_i = \frac{y_i}{s_i}$ et la

productivité marginale d'une unité de surface est $Pm_i = \frac{dy_i}{ds_i}$.

Cela nous donne, sur la base de la fonction de production ci-dessus, les résultats ci-après :

Si	$0 \leq s_i < 50$	alors	$Pm_i = \frac{2}{5} s_i$	et	$PM_i = \frac{1}{5} s_i$
Si	$50 \leq s_i < 100$	alors	$Pm_i = 10$	et	$PM_i = 10$
Si	$100 \leq s_i$	alors	$Pm_i = 0$	et	$PM_i = 1.000 / s_i$

Graphiquement, la productivité moyenne et la productivité marginale (d'une unité de surface en termes de quantité de lait) évoluent comme suit :



Force est de constater que la productivité moyenne augmente d'abord ($0 \leq s_i \leq 50$), ensuite devient constante ($50 \leq s_i \leq 100$) pour finir par diminuer ($s_i > 100$) et s'approcher asymptotiquement de zéro.

Quant à la productivité marginale, elle augmente, devient constante (et est égale à PM) et puis s'annule.

Nous connaissons donc maintenant le lien "*technologique*" qui détermine l'évolution de l'output, lait, par input variable, vache, en fonction des unités de l'input fixe divisible, surface, auquel cet input variable peut avoir recours.

Il s'agit maintenant d'analyser comment évolue la production totale de lait (y) en fonction du nombre total de vaches (n), donc de la quantité totale utilisée de l'input variable.

Cette fonction de production découle des données précédentes.

Notons en premier lieu que si le nombre de vaches amenées sur le pré est inférieur ou égal à 100 ($n \leq 100$), chaque vache dispose de 100 m² au moins, et peut donc donner 1.000 litres par unité de temps; donc $y_i = 1000$.

En conséquence, on a (comme $y = n \cdot y_i$) que $y = n \cdot 1.000$.

Si le nombre de vaches se situe entre 100 et 200 ($100 < n \leq 200$), la surface disponible par vache est entre 50m² ($10.000 / 200$) et 100m² ($10.000 / 100$).

Comme la production de lait par vache est dans ce cas $y_i = 10 \cdot s_i$, et étant donné que la surface par vache (s_i) est $10.000 / n$, la production totale de lait (y) est:

$$y = n \cdot y_i = n \cdot 10 \cdot s_i = n \cdot 10 \cdot (10.000 / n) = 100.000 \text{ litres}$$

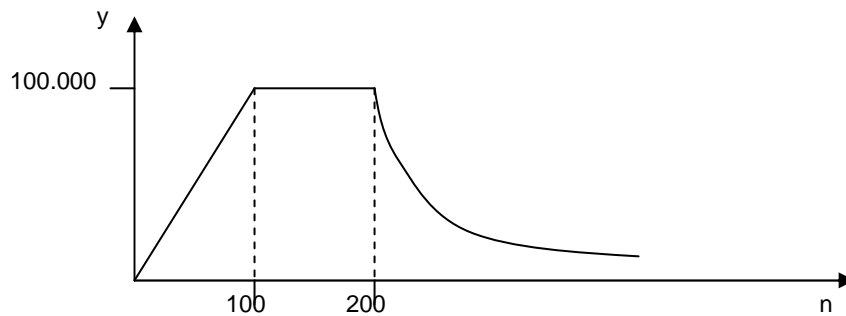
Enfin, si le nombre de vaches est supérieur à 200 ($n > 200$), la partie du facteur fixe disponible par unité du facteur variable est inférieure ou égale à $50m^2$, de sorte que:

$$y = n \cdot \frac{1}{5} \cdot s_i^2 = n \cdot \frac{1}{5} \cdot (10.000 / n)^2 = 20.000.000 / n$$

En résumé, la fonction de production donnant la production totale de lait en fonction du nombre de vaches sur le pré se présente comme suit:

Si	$n < 100$	alors	$y = 1.000 \cdot n$
Si	$100 \leq n < 200$	alors	$y = 100.000$
Si	$n \geq 200$	alors	$y = 20.000.000 / n$

Graphiquement, cette fonction de production du lait (y) en fonction du nombre de vaches (n) prend l'allure suivante:



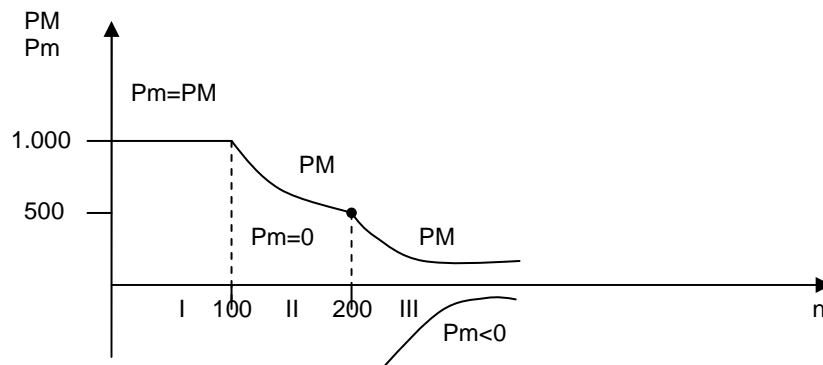
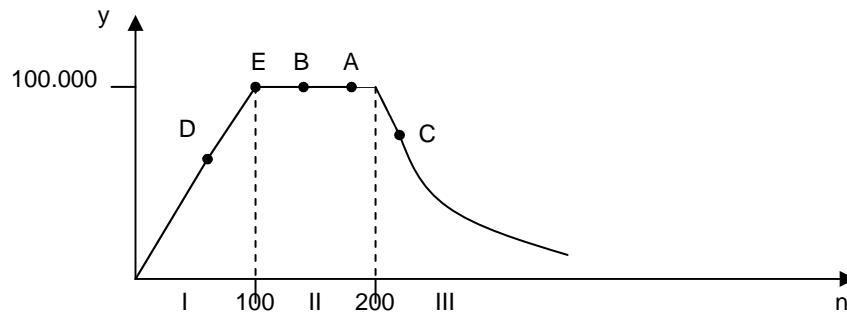
Pour compléter l'aperçu des conditions de production, calculons aussi bien la productivité moyenne que la productivité marginale de l'input variable. Etant donné qu'on est en présence d'une fonction de production qui indique la quantité totale de lait en fonction du nombre de vaches sur la surface, on a que $PM = \frac{y}{n}$ et $Pm = \frac{dy}{dn}$.¹

On obtient:

Si	$n < 100$	alors	$Pm = 1.000$	et	$PM = 1.000$
Si	$100 \leq n < 200$	alors	$Pm = 0$	et	$PM = 100.000/n$
Si	$n \geq 200$	alors	$Pm = -20.000.000/n^2$	et	$PM = 20.000.000/n^2$

¹ PM est donc la quantité de lait par vache et Pm nous donne l'augmentation de la production de lait suite à l'augmentation d'une unité du nombre des vaches. Remarquons que la productivité marginale n'est pas la quantité de lait produite par la dernière vache apportée, mais l'augmentation de la production totale de toutes les vaches présentes sur le champ suite à l'addition d'une vache.

Graphiquement les P_m et PM évoluent comme suit. Pour des raisons de synthèse, la fonction de production est également reprise:



Au niveau de cette fonction de production, trois phases - I, II et III – sont à distinguer.

Dans la phase I, l'ajout successif d'unités supplémentaires de l'input génère des augmentations successives constantes de la production totale de lait. Il en résulte que la PM est également constante et en fait égale à la P_m (chaque vache supplémentaire augmente la production totale dans la même mesure).

Dans la phase II, des augmentations successives de l'input variable n'ont plus d'impact positif sur la production totale. La PM décroît (dans la mesure où le numérateur « y » reste constant tandis que le dénominateur « n » augmente). La P_m est nulle, car ajouter successivement des vaches n'a pas d'effet sur la production totale qui reste constante. Il en résulte que l'impact sur la quantité totale de lait produite de par la présence d'une vache additionnelle, quelle que soit dans cette phase II la quantité de départ, est exactement compensée par une baisse de la production totale qui serait générée sans cette vache additionnelle.

Dans la phase III, l'augmentation de l'input variable fait diminuer la production totale, de sorte que la PM continue à diminuer (pour deux raisons cette fois-ci, le numérateur « y » diminue et le dénominateur « n » augmente). La P_m devient négative, car ajouter successivement des vaches a pour impact des réductions successives de la production totale de par un phénomène que l'on qualifie d'encombrement.

3.2. Le niveau de production optimal

Voilà donc le résumé de la technique, et, partant, des particularités de la production.

Interrogeons-nous maintenant sur le meilleur résultat possible pour le groupe dans le contexte des contraintes de production données.

Définissons le meilleur résultat comme la production maximale de lait que l'on peut dégager à travers l'utilisation du facteur fixe mais divisible¹, c'est-à-dire du terrain.

Il en résulte que le nombre optimal d'unités de l'input variable (vache) est le plus petit nombre qui permet d'atteindre le niveau de production optimal tel que nous venons de le définir.

Un regard rapide sur la fonction de production nous montre que ce point de production optimal ne saurait se situer dans les phases II et III.

Prenez un point quelconque de la phase II, par exemple le point A. Force est de constater que tout point à gauche du point A et appartenant également à la phase II, comme p.ex. le point B, est préférable puisqu'il dégage le même output en recourant toutefois à moins d'unités d'input. Ce raisonnement est vrai pour tous les points de la phase II, de sorte que l'on voit que la phase II correspond à des situations de production techniquement inefficaces, au sens que l'on gaspille des inputs. On pourrait chaque fois produire exactement le même output avec moins d'input.

Pour la phase III, la production non efficace est encore plus évidente. Soit un point quelconque de cette phase, disons le point C. L'on constate que l'on pourrait p.ex. produire exactement la même quantité au point D de la phase I avec cependant beaucoup moins d'input. Une conclusion identique se dégage pour tout point de la phase III. On pourrait faire plus d'output avec moins d'input.

Donc les phases II et III sont des phases de production techniquement inefficaces et forcément économiquement inefficentes.

Quant à la phase de production I, nous constatons que, pour toute cette phase, il est vrai que l'ajout, à partir de n'importe quelle quantité initiale (entre 0 et 100) du facteur variable d'une unité supplémentaire, fait augmenter la production totale.

Il en résulte que le rendement physique maximal se situe au point E, point limite de la phase I.²

¹ Nous raisonnons en termes physiques pour faciliter les développements et de capter l'essentiel. (cf. exercice (8) pour une analyse en termes de recettes monétaires et de coûts monétaires). Économiquement, il serait plus exact de raisonner en fonction du rendement non pas physique, mais économique, c'est-à-dire en prenant en compte les prix aussi bien de l'output lait que des inputs vache et terrain.

² où si l'on veut, le point délimitant les phases I et II

Cette production optimale, au sens défini, est égale à 100 000 litres. Ce niveau est atteint avec 100 vaches, ce qui constitue donc le niveau optimal de l'input variable - les vaches - à utiliser.

Utiliser moins de vaches réduirait la production totale et utiliser plus de vaches n'augmenterait pas la production totale, voire une fois passée de la phase II à la phase III réduirait même la production totale.

3.3. Comparaison de deux systèmes alternatifs d'organisation de l'utilisation de la ressource fixe et limitée: le droit de propriété privée vs le libre accès

A ce stade de notre raisonnement, il s'agit de se poser une deuxième question d'un intérêt économique encore plus manifeste et qui a trait aux comportements des acteurs économiques, en l'occurrence les villageois.

Le niveau de production optimal, en l'occurrence physiquement maximal, peut-il être atteint indifféremment qu'il existe un régime de droits de propriété privée ou qu'il existe un « *régime* » de libre accès?

Ou autrement dit, les deux régimes ont-ils oui ou non les mêmes conséquences en termes d'incitations pour les agents économiques, donc sur leurs comportements respectifs et, partant, sur la production totale et la distribution de cette dernière ou est-ce que les mécanismes incitatifs « *inhérents* » à chaque régime diffèrent au point qu'ils dégagent des conséquences économiques différentes ?

Pour y répondre, analysons successivement ces deux régimes, en commençant par le libre accès pour enchaîner avec la propriété privée et comparons par après les résultats du libre accès et de la propriété privée par rapport à la solution optimale.

3.3.1. Le système du libre accès et la « Tragedy of the Commons »

Il faut donc analyser tout d'abord si l'organisation sociale de la rareté selon le principe du libre accès est susceptible d'inciter les individus à adopter individuellement des comportements aboutissant à la solution optimale.

Autrement, les villageois, vont-ils individuellement et indépendamment prendre des décisions quant au nombre de vaches à amener qui, dans leur ensemble et en interaction, vont dégager le résultat optimal ?

Pour y répondre, supposons pour le besoin du raisonnement qu'à un instant donné lors de la période sous revue, la solution optimale soit atteinte, chaque villageois ayant amené ou ayant l'intention d'amener une

vache¹. Interrogeons-nous si cette solution est stable, c.-à-d. est-ce que personne ne sera amené à prendre une action qui nous éloigne de cet optimum? Si cette solution n'est pas stable, il en résulte que ce n'est pas un point au niveau duquel se stabilisera le comportement des individus.

Adoptons le point de vue d'un quelconque de ces 100 villageois qui a une vache sur le pré.

Existe-t-il dans son chef une incitation d'amener une deuxième vache?

Pour voir clair, il faut se rendre à l'évidence que ce villageois pourrait raisonner comme suit.

« Si moi j'amenaiss une deuxième vache, il y en aurait en tout 101. Cela certes n'augmenterait pas la production totale, – celle-ci resterait constante - mais cela procurerait à moi $2 \cdot 100.000 / 101 = 1.980,2$ litres au lieu de $1 \cdot 1.000 = 1.000$ litres dans le cas où je continuerais à n'apporter qu'une seule vache. En conséquence, il est de mon intérêt individuel d'amener une deuxième vache ».

Que se passe-t-il du point de vue de la collectivité dans ce dernier cas de figure où un villageois amènerait 2 vaches, ce qui ferait passer le total des vaches de 100 à 101?

Les 99 villageois qui continueraient à n'amener qu'une seule vache en tireraient chacun non plus 1.000 litres par vache, mais 990,099 (100.000/101). Chacun subirait donc une réduction de la quantité produite par sa vache de 9,901 litres (1.000-990,099).

La perte totale de ces 99 villageois s'élèverait donc à 980,2. Le gain du villageois qui amènerait une deuxième vache serait égal à la différence entre ce que lui procureraient ses deux vaches, à savoir 1.980,2 (990,099x2) et ce qu'il aurait eu avec une seule vache, à savoir 1.000, donc son gain serait de 980,2.

Force est de constater que le gain de ce villageois, 980,2, serait égal à la perte totale des 99 autres, qui elle se compose de 99 pertes individuelles de 9,901 litres.

Le villageois qui ne coopère pas gagne énormément, tous les autres perdent chacun individuellement relativement peu, le total de ces pertes individuelles relativement minimales étant toutefois égal au gain total du citoyen en question.

Le risque est grand que chaque villageois se laisse guider par la logique individuelle décrite ci-dessus. Cela risque d'aboutir à un engrenage vicieux, à un feedback positif ou effet de rétroaction positif, c'est-à-dire une succession d'effets (ici que de plus en plus de personnes agissent ainsi) où chacun par son action ne corrige pas la déviation préjudiciable de l'optimum, mais au contraire, renforce encore cette dernière.

¹ Nous supposons que l'input variable, la vache, et l'output, le lait, fassent l'objet de droits de propriété privée pour ne pas compliquer les raisonnements. Donc, le producteur du lait est propriétaire de l'output, le lait, et de l'un des deux inputs, les vaches.

Il existe donc le risque que chaque villageois, conscient que le fait d'amener plus d'une vache accroît son gain personnel et conscient du fait que cela est vrai également pour les autres et qui en sont également conscients, va finir par effectivement apporter plus d'une vache.

Cet engrenage entraîne, au début et aussi longtemps que l'on est dans la phase II (entre 100 et 200 vaches), que de plus en plus de vaches sont menées sur le champ sans que la production totale n'aille augmenter. Cela est purement et simplement un gaspillage de l'input « *vache* ».

Si p.ex. chacun amène une deuxième vache, il y en aura en tout 200 sans toutefois que la production totale n'ait changé, mais en produirait maintenant avec le seuil de 200 vaches une quantité exactement égale à celle que l'on aurait pu produire avec seulement 100 vaches.

Mais comme il n'existe pas de limite inhérente à un tel comportement d'augmentation du nombre de bêtes à travers des décisions individuelles, ce phénomène n'est pas pour autant arrêté, mais continue encore à se renforcer à partir de 200 vaches de sorte que l'on risque d'aboutir à la phase III où non seulement le nombre de bêtes continue à augmenter, mais où, de surcroît, la production totale commence à diminuer continuellement pour s'approcher de zéro.

Il y a alors un « double gaspillage en termes à la fois d'input et d'output. On pourrait produire plus de lait avec moins de vaches, mais ce qui se passe est que l'on produit avec de plus en plus de vaches de moins en moins de lait jusqu'au moment où la production totale sera (quasiment) nulle.

Cet engrenage peut être qualifié de comportement collectivement suicidaire, comportement qui est le résultat d'une addition, d'une agrégation de comportements individuels guidés par les volontés individuelles de maximiser les gains individuels.¹

Tel n'est pas l'intérêt de la collectivité que nous définissons comme étant l'ensemble des villageois. L'intérêt du point de vue des 100 villageois pris dans leur ensemble est que chacun d'eux n'amène qu'une bête.

Or, force est de constater qu'avec le libre accès, sans contrainte aucune, il y a un risque, comme nous venons de le constater, qu'il se développe des

¹ Pour ne pas compliquer les raisonnements nous n'avons pas introduit la variable "*temps*". En fait, on assiste chaque unité de temps à une situation de surutilisation de la terre, donc à une production inférieure à la production optimale possible.

Notons qu'une problématique similaire se pose pour ce qui est de l'exploitation de ressources naturelles non renouvelables, c.-à-d. de ressources pour lesquelles il existe un stock donné qui ne peut pas s'accroître.

Si pour de telles ressources, il n'existe pas de droits de propriété ou si malgré leur existence il existe une incertitude quant à leur statut dans le temps (p.ex. risque d'expropriation suite à des bouleversements politiques), on constatera que, ceteris paribus, les prix présents de ces ressources sont trop bas, et, partant, leur consommation actuelle trop élevée et les prix futurs seront trop élevés, donc la consommation future trop basse.

Intuitivement cela se comprend comme suit. Dans la première période, le résultat de la surexploitation est que l'on mette pratiquement toute la ressource sur le marché ce qui entraîne un prix qui sera plus bas que celui obtenu si on n'avait pas mis autant sur le marché. Dans ce cas, l'offre forcément très réduite par après dans la deuxième période entraînera un prix plus élevé par rapport au prix qui se serait dégagé si l'on avait exploité moins en première période pour laisser plus pour la deuxième période.

comportements rivaux et non coopératifs du type 'premier venu, premier servi' qui, en se multipliant et en interagissant, aboutissent au résultat que personne n'en sortira gagnant, au contraire.

Plus un tel risque est considéré comme manifeste par un chacun, plus la surutilisation de la ressource limitée devient probable.

En effet, dans pareil cas, chacun est individuellement convaincu qu'il y aura de toute façon d'autres qui adopteront un comportement non coopératif du type 'premier venu, premier servi' et donc, fort de cette conviction et anticipation, chacun est incité à prendre de vitesse les autres afin, précisément, de s'empresser de s'enrichir aux dépens de ceux-ci plutôt que de finir par être le dindon de la farce.

Autrement dit, le comportement qui apparaît sensé à chacun de son point de vue – amener plus d'une vache –, si reproduit par tous ceux qui composent le groupe de référence, finira par être désastreux pour tout un chacun et donc également pour la collectivité.

L'origine de ce problème est que chaque villageois a sous son contrôle le nombre total de bêtes que lui, il envoie sur le champ, mais, par contre, il n'a pas le contrôle du nombre total des bêtes envoyées par l'ensemble des autres villageois et donc sur le nombre total de bêtes utilisant la ressource limitée, et personne d'autre n'a un tel contrôle.

Il fait défaut un « *mécanisme* » qui ferait que chacun agirait comme s'il faisait partie d'une totalité qui prendrait une décision collectivement optimale et dont découlerait pour chaque individu sa propre action à poser.¹

Pour échapper à une telle spirale vicieuse de comportements réciproques préjudiciables, la société pourrait se donner des règles portant sur l'utilisation du terrain et mettre en place un système efficace, parce que crédible, de surveillance de cette règle. Or, en ce faisant, l'on quitterait, par définition, le régime du libre accès pour entrer dans un régime du type de propriété commune ou autre.

Pour récapituler, notons donc que le libre accès comporte le risque que le point optimal, même si atteint un moment donné, n'est pas le point d'aboutissement, mais tout au plus un état de passage (une sorte d'équilibre instable), le nombre de vaches étant augmenté suite à des décisions individuelles prises indépendamment mais interdépendantes sur le plan des effets en résultant ce qui se soldera par l'utilisation d'une

¹ Cette problématique peut être considérée comme une problématique du "*mechanism design*". Quelles règles d'incitations faut-il mettre en place pour que les acteurs adoptent individuellement des comportements qui, compte tenu et à travers l'interaction de ceux-ci dans le cadre contraintes économiques et autres existantes, débouchent sur un résultat initialement recherché, voire collectivement souhaité. Le prix Nobel d'économie en 2007 a été attribué à Leonid Hurwicz, Eric Maskin et Roger Myerson pour leurs travaux en relation avec la théorie du « *mechanism design* » dans lequel un concept clé est celui de l'« *incentive compatibility* » qui, en simplifiant, peut se définir comme le fait d'avoir dans le chef de chaque acteur une stratégie dominante de divulguer ses informations et d'agir en conséquence. L'« *incentive compatibility* » en quelque sorte est le chaînon indispensable pour assurer que le mécanisme des règles arrive à amener les résultats recherchés (par les agents, par la société).

quantité d'inputs supérieure à la quantité socialement optimale, voire même par une productivité nulle des inputs utilisés.

Force est donc de constater que si le terrain appartient à tous et, partant, est ouvert à l'utilisation de tous, l'on risque d'aboutir au mécanisme paradoxal qui fait que la poursuite, en l'absence de toute règle - ce qui par définition caractérise le libre accès - par chacun de son intérêt individuel conduit à des comportements qui finissent par s'avérer pour chacun et, partant pour la collectivité, préjudiciable.

Ce dernier constat, c'est-à-dire le fait que les ressources en libre accès risquent d'être surexploitées au point même de ne plus bénéficier à personne, voire de ne donner plus aucun produit, est encapsulé par le terme de « *Tragedy of the Commons* ». ¹

Ce terme – qui a fait florès, dans la littérature économique et au-delà - est dû au biologiste Garrett Hardin.

Le choix de cette expression est quelque peu malheureux puisque le terme de « *Tragedy of the Open Access* » aurait été plus approprié.²

Le risque d'occurrence de la « *Tragedy of the Commons* » peut être réduit dans une petite collectivité, où les liens sociaux sont forts, où règne une confiance sans faille, aucun contrôle social fort, et où la production est largement destinée à une autoconsommation du groupe.

Par contre, si le groupe est ou devient plus grand, plus anonyme ou s'il s'ajoute une demande extérieure aux besoins exprimés par les membres du groupe, c'est-à-dire que le bien en question devient l'objet d'échanges avec des membres extérieurs au groupe, le risque décrit précédemment devient plus probable.

Pensez dans ce contexte au rôle des traditions, des coutumes et des tabous dans des sociétés dites « *primitives* ».

Par conséquent, on peut considérer que ce risque augmente avec la dimension du groupe et avec l'interaction accrue avec d'autres groupes pour devenir réalité de façon quasi certaine au niveau de « *collectivités* » larges, relativement anonymes et insérées dans un système d'échanges d'une certaine complexité.

Ce qui appartient à tous sur le papier et est sensé rapporter à tous finit, en pratique, par n'appartenir à personne et à ne rapporter à personne.

¹ « *Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the Commons. Freedom in a commons brings ruin to all.* », Garrett Hardin, « *The Tragedy of the Commons* », Science, December 13, 1968.

² Nous partageons entièrement l'analyse de Glenn Stevenson : « Thus, the condemnation of potentially viable resource systems, true common property, has been due partially to a problem of semantics. 'Common property' has been applied to any natural resource used in common, whether it is an open resource or a limited access managed resource. Because the theory in which a tragedy results really applies only to open access resources, rightfully speaking one would talk about the 'tragedy of open access'. Partly as a result of the semantic problem, however, the belief has grown that any multiple-user system will lead to overexploitation. » (Glenn Stevenson, *Common property economies*, Cambridge University Press, 1991.) (cf. à ce sujet également les commentaires de Monbiot (cf. lectures))

3.3.2. La propriété privée

Regardons maintenant de plus près une autre option d'organisation de l'affectation et de l'utilisation du facteur fixe, à savoir l'option de la propriété privée.

3.3.2.1 PROPRIETE PRIVEE ET CONSIDERATIONS D'EFFICACITE DANS UNE OPTIQUE STATIQUE ET DYNAMIQUE

Supposons d'abord que l'on passe le terrain en propriété privée à un seul villageois. Ce dernier, cherchant toujours à dégager le résultat optimal, comment va-t-il agir?

Mais, il constatera qu'il a intérêt de mettre 100 vaches sur le terrain, ni une de moins, ni une de plus, car cela lui garantira le rendement physique maximal de 100.000 litres avec le minimum de vaches nécessaires à la réalisation de ce niveau de production jugé désirable. L'apport d'une vache supplémentaire aurait un impact sur la production totale nul et constituerait un gaspillage pur et simple de l'input. S'il enlevait une vache, la production totale diminuerait.

Ce qui change par rapport au libre accès, c'est qu'on est maintenant dans une situation où une personne est propriétaire unique du pré, c.-à-d. dispose d'un droit exclusif sur la totalité de ce dernier. Elle va, à la fois, engager l'ensemble des gains et supporter l'ensemble des coûts découlant de ces décisions quant à l'utilisation du terrain. Elle n'aura aucun intérêt à ne pas respecter la limite que dictent les conditions physiques agronomiques du terrain, à savoir 100 vaches.

Dans ce système, à la différence de ce qui se réalise dans le libre accès où les coûts des décisions individuelles (perte de la production des autres) se trouvent diffusés sur l'ensemble des autres villageois, l'intérêt personnel du seul propriétaire pousse ce dernier à veiller à ce que la terre ne soit pas surexploitée, mais soit exploitée de façon optimale.

L'on saisit donc les raisons économiques d'une procédure souvent condamnée moralement (cf. 3.3.2.2), qui est celle des "enclosures" au Royaume-Uni au 18ème siècle, c.-à-d. du passage dans les campagnes d'un système de vain pâturage à un système de droit de propriété privée.

Le problème de la surutilisation du terrain agricole disparaît donc si le pré devient la propriété d'une seule personne.

Cette conclusion que la propriété privée peut être une réponse à la situation du type « *dilemme du prisonnier* » inhérente à l'usage commun d'une même chose¹ (c'est la raison statique de la supériorité de la propriété privée), devient encore plus frappante si l'on adopte une vue dynamique.

En effet, supposons que de nouvelles techniques agricoles d'entretien des prés permettent d'augmenter, toutes autres choses égales, la capacité du sol de nourrir les bêtes (p.ex. augmentation du degré nutritif de l'herbe en ayant recours à un engrais) et que la mise en place de ces techniques requière un investissement important de départ et des dépenses d'entretien continues par après.

En régime du libre accès, l'on conçoit difficilement qu'un villageois décide de financer la mise en place de cette technique.

Dans la mesure où il lui serait impossible - en libre accès - d'exclure les autres de l'utilisation du champ, le résultat en serait que lui supporte tout le coût de l'investissement, engrange seulement une petite partie des gains tandis que la majorité du gain serait accaparée par les autres villageois sans ce que ceux-ci n'aient contribué au coût de l'investissement. Autrement dit, les coûts seraient privatisés – subis par un acteur - et les bénéfices collectivisés, - partagés entre tous les acteurs indépendamment de leurs contributions respectives.²

Ce risque de voir les fruits de ses propres investissements profiter à d'autres avec de surcroît un risque de perte nette dans son propre chef désincite la personne à effectuer cet investissement³. Il provoque une rupture du lien entre, efforts et sacrifices, d'un côté, et, rémunération de ces derniers, de l'autre côté. Il en résulte des sous-investissements, voire des non-investissements qui, en soi, si effectués, in globo, auraient été productifs. La conséquence en est que la capacité de production restera dans le temps en deçà de ce qui serait techniquement possible et économiquement bénéfique.

¹ Le film "*Les dieux sont tombés sur la tête*" (« *The gods must be crazy* ») illustre comme le fait remarquer Mackaay dans "L'ordre spontané comme fondement du droit" (Revue internationale de droit économique) une autre solution. Les membres d'une tribu africaine dans le désert du Kalahari vivent dans une situation d'abondance; leurs besoins sont tels que tout ce que la nature fournit leur suffit amplement. Un jour, une bouteille de Coca Cola lancée d'un avion leur tombe sur la tête. Bientôt chaque membre de la tribu découvre des applications merveilleuses pour cet objet inédit. Des bagarres se développent pour le contrôle de cet objet, qui est le seul objet véritablement rare en considération des besoins de la tribu. Cette dernière décide alors de se débarrasser de l'objet, qu'elle croit envoyé par les dieux en punition. Un des membres de la tribu est désigné pour jeter l'objet "*au bout de la terre*", ce qui cependant ne va pas sans difficultés.

² En quelque sorte, chacun cherche à « *privatiser* » un avantage à travers une vache supplémentaire et à « *collectiviser* » les « *coûts* », c'est-à-dire à faire supporter aux autres la baisse de la production totale entraînée par la vache en question.

³ Soyons un peu plus précis. Supposons que l'investissement s'élève à 100, et que le gain par vache sera suite audit investissement de 50 (valeur actualisée).

Dans ce cas, le villageois qui fait l'investissement aura un gain net négatif de 50, tandis que les autres feraient chacun un gain de 50 grâce et grâce uniquement à l'investissement du premier. Si le gain net total de cet investissement est élevé, malheureusement celui qui en est à l'origine fait une perte. Si, par contre, le gain par vache avait été supérieur à 100, disons 120, alors l'individu effectuant l'investissement aurait fait un gain net de 20, les autres un gain net de 120.

L'on pourrait estimer qu'il serait, dans cette dernière hypothèse, dans l'intérêt d'un villageois de procéder à l'investissement. La question subsiste toutefois de savoir lequel des villageois devrait faire l'investissement, sachant que celui qui y procédera fera un gain net inférieur à celui des autres.

La meilleure solution, qui en libre accès ne se réalisera guère pour les raisons évoquées ci-dessus, serait qu'aussi bien dans le premier que dans le deuxième cas, la charge de l'investissement serait répartie sur tous les villageois.

Par contre, un propriétaire privé n'est pas confronté à ce problème. Tout en devant subir les coûts de l'investissement, il sera assuré, en contrepartie, de pouvoir accaparer l'ensemble des gains résultant de son effort. Pour le dire de façon plus figurée, il peut récolter ce qu'il a semé (raison dynamique de la supériorité de la propriété privée).

La propriété privée¹ de ce point de vue s'avère donc être une meilleure garantie pour que finissent de se réaliser les gains de productivité rendus possible par le recours au progrès technique dans la mesure où dans le cas de libre accès le progrès technique risque tout simplement de ne pas se concrétiser et, a fortiori, de ne pas être valorisé économiquement.

3.3.2.2 PROPRIÉTÉ PRIVÉE, CONSIDÉRATIONS D'ÉQUITÉ ET « TRAGEDY OF THE ANTICOMMONS »

Nous avons supposé ci-dessus que le terrain soit attribué à un seul propriétaire. Ce qui toutefois importe, c'est l'instauration du mécanisme de droit de propriété privé, non pas forcément que l'ensemble du terrain soit attribué à une personne unique.

Aussi aurait-on pu s'imaginer que le terrain soit divisé en parcelles de 100m² chacune, chaque villageois obtenant le droit d'utilisation exclusive d'une et d'une seule parcelle. L'on passerait alors d'un système où tous ont un accès illimité et inconditionnel à tout, à un système où chacun a un accès exclusif à une (égale) partie du tout.

Plus précisément, le droit de propriété est un droit, légalement protégé, d'exclure tous les tiers de l'utilisation d'une ressource à moins d'être, au préalable, entré dans des contrats avec le titulaire portant notamment sur les conditions d'accès à la propriété en question.

Le droit de propriété a une fonction positive et une fonction négative qui toutes les deux ont pour objet d'assurer que la chose sur laquelle porte le droit de propriété peut être affectée par le titulaire de ce dernier selon ses propres préférences. La fonction positive consiste dans la prérogative du titulaire du droit de disposer de façon autonome de sa ressource. La fonction négative consiste dans la protection d'interférences directes d'autrui avec ses préférences quant à l'affectation de la chose dont il a la disposition à travers son droit de propriété.

¹ Considérons l'expérience des kibboutz en Israël. "Some of the early Israeli settlers were fervent socialists, and they created joint ownerships of the land. Several generations later, most of the kibbutzim have been converted into single ownership and the remaining employ idealistic volunteers from other countries." D. Wittmann, 2006.

Si un autre veut pouvoir utiliser ou acquérir cette chose, il doit se procurer auprès du détenteur les droits afférents dans des conditions que ce dernier juge acceptables (à l'acceptation de procédures d'expropriation pour cause d'utilité publique).

Le droit de propriété comprend donc pour son titulaire le droit d'utiliser la chose comme bon lui semble, le droit d'exclure les autres de l'accès, le droit de l'utilisation libre de la chose et le droit de transférer cette chose à d'autres.

Si donc le terrain était parcellisé comme indiqué, chaque citoyen amènerait sur ses 100m² dont il a le contrôle le nombre de vaches correspondant à une production optimale. Comme chaque vache a besoin de 100m² pour atteindre sa capacité maximale, il n'y amènerait qu'une seule. Chaque citoyen possède donc une parcelle et en tant qu'individu instrumentalement rationnel, poursuivant l'objectif de maximiser la quantité de lait qu'il peut produire sur sa parcelle, son intérêt est d'amener sur cette dernière une seule vache.

La production totale sur le pré entier finira par s'élever à $100 \cdot 1.000 = 100.000$ litres, ce qui correspond précisément au résultat optimal.

Si les deux cas de figure - le terrain revenant à une seule personne ou 100 personnes recevant chacune une parcelle - dégagent en principe tous les deux le résultat le plus efficace possible^{1 2}, le choix entre les deux cas n'est bien évidemment pas neutre du point de vue de l'équité (cf. exercices (4) et (13)) et, partant, sur l'évolution dans le temps de la 'fortune' des citoyens.

Mais ce choix, sous d'autres aspects également, risque de ne pas non plus être neutre.

Tout comme l'absence de droit de propriété peut amener à une sur-utilisation du terrain, une configuration avec des droits de propriété trop parcellisés peut entraîner une sous-utilisation de la ressource terrain, et ceci pour deux raisons, l'une de nature statique, l'autre de nature dynamique.

Illustrons ce propos. Supposons que le nombre de villageois augmente p.ex. suite à l'évolution démographique et que l'on reparaillise en unités

¹ Cette affirmation est à relativiser si l'on adopte l'optique, économiquement plus exacte, du rendement économique. Si par exemple l'entièreté du terrain appartient à une personne qui est la seule à produire du lait, on peut être confronté à un monopole, ce qui entraîne (cf. chapitre 2) que le prix du lait peut être supérieur et la quantité produite inférieure respectivement au prix et à la quantité qui se dégageraient s'il existait une concurrence, donc si plusieurs producteurs de lait existaient qui ne se concerteraient pas.

² Nos raisonnements, par ailleurs, ont fait abstraction d'un autre élément qui peut avoir une certaine importance. Le droit en général et le droit de la propriété ont des coûts, en ce sens qu'ils absorbent des ressources. En l'occurrence, supposons qu'un terrain détenu en propriété privée doit être clôturé et que le respect de cette propriété nécessite un système de protection respectivement ex ante et ex post. Faisons abstraction de la question qui va supporter quel coût. On pourrait dire que ce coût total de la mise en place et de la garantie du respect de ce droit est fonction de la longueur des clôtures. Dans ce cas, plus le nombre de parcelles constituées à partir d'une surface donnée est partagée, plus ce coût, qui s'apparente à un coût de transaction, est élevé. De ce point de vue, qui toutefois ne saurait qu'être accessoire, il découle que, ceteris paribus, le coût économique de l'instrument juridique même de la propriété augmente tendanciellement avec le nombre de partitions. (Pourquoi disons-nous tendanciellement ?)

plus petites pour que chacun des villageois ait la propriété d'une parcelle de dimension égale.

Dans ce cas, chaque parcelle, en étant inférieure à 100 m², serait trop petite pour permettre à elle seule à une vache de produire 1000 litres. On aurait alors la situation où le terrain serait divisé en trop de parcelles différentes pour qu'il puisse dans sa totalité dégager la quantité de lait maximale possible.

Dans notre exemple, la conséquence serait que plus le nombre de parcelles dépasserait 100, plus il faudrait un nombre de vaches au-delà de 100 pour dégager la quantité maximale possible de 10.000 litres de lait, voire si les parcelles devenaient tellement petites qu'elles ne dépasseraient pas quelques m², on risquerait même que la production s'annule.

Une autre raison, cette fois-ci de nature à caractère dynamique, pourrait être qu'un jour on découvrirait une autre utilisation du terrain qui serait plus productive que d'y faire paraître des vaches en vue de l'obtention de lait.

Dans ce cas, plus il y a de propriétaires de parcelles, plus il serait difficile de les amener à réorienter l'utilisation de l'ensemble du terrain vers cette nouvelle activité, tandis qu'une telle réorientation de l'utilisation serait d'autant plus facile que moins de propriétaires seraient impliqués.

Mais le cas où il s'avère que la propriété privée d'une ressource est trop parcellisée, trop fragmentée, on parle de « *Tragedy of the Anticommons* », en quelque sorte, l'antithèse de la « *Tragedy of the Commons* ».

Si donc l'absence de droit de propriété privée peut amener une surutilisation de la ressource se soldant par une production inférieure à la production maximale possible du terrain, à la limite par une production nulle (« *Tragedy of the Commons* »), l'existence de droits de propriété trop nombreux de par une parcellisation prononcée de la ressource peut aboutir, elle, à une sous-utilisation de l'input variable, voire, à l'extrême, peut même se solder par une production nulle (« *Tragedy of the Anticommons* »).¹

Finalement, il se pose une problématique dont on ne saurait sous-estimer l'importance. Il est une chose que de constater que l'existence de droits de propriété, notamment privée, permet une utilisation efficiente des ressources. Il en est une autre de s'interroger comment ces droits prennent naissance, à qui ils sont attribués au départ et comment cette distribution se modifie à travers le temps.

Cela dépend entre autres des relations de pouvoir au sein de la société, du fonctionnement de l'économie de marché et de l'impact de cette dernière sur les revenus des acteurs, et de la conception sur l'équité véhiculée à travers et dans la société ainsi que des instruments de redistribution que l'on se donne (p.ex. pratiques du mariage, règles de succession, existence

¹ "Multiple owners are each endowed with the right to exclude others from a scarce resource and no one has an effective privilege of use. When there are too many owners holding rights of exclusion, the resource is prone to underuse" (Michael A. Heller, "The Tragedy of the Anticommons" 111, Harvard Law Review, 1998). cf. également Michael Heller, *The Gridlock Economy*, Basic Books, 2008.

ou non de droits de succession ou d'impôts sur la fortune etc.). Nous n'allons pas creuser cette problématique¹.

Notons seulement qu'à terme tout système reposant ou débouchant sur une concentration excessive des droits de propriété et donc une exclusion de la détention de tels droits de larges franges de la population, finira, en règle générale, par être une source d'instabilité sociale et politique.

Qui plus est, il ne faut pas non plus perdre de vue qu'efficience et équité sont liées. Certes, ce lien est souvent ignoré ou oublié au niveau de la réflexion théorique, surtout économique, mais il n'en est pas moins présent en réalité. Un système perçu comme non équitable par les acteurs, ou une partie de ceux-ci, risque à terme de devenir un système inefficace parce que, socialement, contesté².

3.3.3. Remarques finales

Nous avons illustré la supériorité, en termes de « *productivité économique* », d'un régime de droits de propriété privée par rapport à un régime de libre accès.

En conclure toutefois que la seule politique adéquate face à une situation de libre accès est de passer à un régime de droits de propriété privée est aller au-delà des conclusions dégagées.

En effet, il existe, comme nous l'avons vu à la section 2, d'autres régimes imaginables qui sont la propriété collective/de l'Etat et la propriété commune.

En toute rigueur nous aurions dû comparer entre eux les quatre régimes pour nous prononcer en toute connaissance de cause. Cela aurait toutefois dépassé le cadre de ce cours.

¹ Armen Alchian, possible prix Nobel d'Economie, économiste moins connu mais non pas pour autant moins important, dans son excellent livre (lecture à recommander) *University Economics*, 3rd edition, 1975, écrit ensemble avec W. Allen, a noté à propos du mouvement des "enclosures" en Grande-Bretagne: « *The common-use-right holders were not allowed to sell their rights (to use particular parties of land in common with other people); the tenants had their rights expropriated and some lucky (political powerful) person was declared to be in control of the sole right. This method of creating private property has no bearing on how the system will operate thereafter, but to the people of the time, the operation of a system of private property (capitalism) was identified with this particular method of creation of new property rights-expropriation of common-use rights. Tenants who lost their rights regarded private property as a theft.* »

² Déjà Thomas Jefferson a souligné qu'une distribution large des droits de propriété entre citoyens renforce le support du capitalisme. Il n'est pas un hasard politique que dans nos économies dites économies sociales de marché, on vise à promouvoir un accès large à la petite propriété immobilière. Le Luxembourg en est un très bon exemple. Un élément systématique a été de chercher à associer les « *classes moyenne et ouvrière* » à l'ordre établi à travers un certain accès à une 'petite propriété', et ceci de par la conviction que l'attachement, l'acceptation de l'ordre social passe par un accès à la propriété. Cette politique a fonctionné, mais depuis un certain temps, de par une demande soutenue, se nourrissant entre autres de facteurs nouveaux, conjuguée à une offre qui est fortement inélastique et quelque peu contrôlée, la politique traditionnelle du subventionnement, que ce soit à l'objet ou à la personne, s'annule dans ses effets recherchés, voire produits des effets opposés à ceux recherchés. Si l'on peut continuer à partager la finalité d'une telle politique, ses moyens doivent être fondamentalement revus.

Notons seulement que l'expérience des anciens pays à régime communiste de l'Est semble fournir des indications robustes que la propriété de l'Etat combinée à une gestion de planification est un régime peu efficace en termes de productivité et en tout cas beaucoup moins performant que le régime de droits de propriété privée.

En revanche, il n'est pas aussi aisé de se prononcer sur les mérites respectifs entre propriété privée et propriété commune (cf. lectures utiles).¹

S'il est incontestable que la propriété commune est économiquement préférable au libre accès et si l'on peut affirmer que la propriété privée comme système généralisé à bien des égards a des avantages économiques sur la propriété commune, il n'existe toutefois pas de consensus pour dire de façon générale que la propriété commune est, - du moins dans certaines situations et/ou dans certains pays, notamment en voie de développement - , économiquement moins efficace que la propriété privée. Cela est d'autant plus vrai si on prend en compte le fait que la propriété commune d'un groupe a une double dimension, intérieure et locale, d'un côté, et extérieure, de l'autre côté, la deuxième la rapprochant d'ailleurs du régime de propriété privée. Vers l'intérieur, au sein du groupe, il y a propriété commune tandis que vis-à-vis de l'extérieur du groupe s'applique le principe de l'exclusion des tiers, une caractéristique clé du droit de propriété privée.

Quoiqu'il en soit et sans préjudice de la réserve de poids précédente, il reste que l'instrument du droit de propriété privée - combiné à la liberté contractuelle telle qu'elle est ancrée dans le « *droit des obligations* » - s'est révélé un mécanisme juridique hautement performant qui incontestablement a contribué – et cela est un jugement d'ordre positif² - à la croissance économique des économies occidentales.

3.4. Extension et (re)distribution des droits de propriété

D'un point de vue économique et sociale, le droit de propriété étant une « *institution* » qui règle sous forme codifiée les relations entre les hommes quant à la détention, l'utilisation et les règles de transfert des choses, il faut être conscient que la façon dont sont réglées ces relations et dont sont déterminées les choses qui peuvent tomber sous cette « *institution* » du droit de propriété sont des variables qui peuvent changer dans le temps en fonction de l'évolution de la technologie, des considérations politiques, sociales ou morales et des impulsions, pressions ou intérêts, économiques ou autres.

¹ Surtout, dans le cadre de notre exemple, si l'on envisage la propriété commune généralisée c.-à-d. où non seulement le pré est la propriété commune des villageois, mais également les vaches et le lait. Dans pareil cas, on peut s'imaginer que le village fonctionne comme une entreprise dont l'efficacité dépend des règles d'organisation et de gestion de la propriété commune combinée à l'acceptabilité sociale des règles de distribution de l'output. Ceci pourrait prendre la forme de relations coopératives ou d'autogestion, le dernier concept de l'« *autogestion* » ayant été en vogue dans les années 60 et au début des années 70 du siècle dernier – p.ex. en relation avec les expériences d'autogestion à ce qui à l'époque était encore la Yougoslavie socialiste – pour avoir entre-temps totalement disparu du vocabulaire politique, économique et syndical.

² au sens épistémologique du terme (cf. chapitre 2).

Aussi, s'il est communément reconnu que l'économie de marché s'élargit géographiquement, phénomène qualifié de « *mondialisation* » ou de « *globalisation* »¹, elle pénètre également de plus en plus les relations sociales et des domaines nouveaux pour insérer dans la sphère marchande, à travers le mécanisme du droit de propriété, des choses matérielles et immatérielles précédemment exclues, voire tout simplement inexistantes.²

Partant, pour le bien ou le pire, le « *widening* » et le « *deepening* » de ce mécanisme ne sont pas terminés.

D'abord, l'extension et l'intensification des activités marchandes mènent à des situations de rareté nouvelles ou, pour les moins, des situations de rareté plus prononcées. Partant, des ressources qui deviennent rares deviennent des actifs économiques potentiels, donc source de revenus potentiels, ce qui pose la question des règles d'accès et d'utilisation.

¹ Très rares sont ceux qui parlent encore d'« *impérialisme* ».

² Si l'on a évité le terme de « *capitalisme* », de par sa complexité, notons cependant que le fondement de la société sur la logique marchande et le fait d'investir de plus en plus de choses de droits de propriété et, partant, le fait d'en faire des actifs économiques dont la valorisation, à un moment donné, est constituée par les anticipations des flux économiques futurs liés à cet actif, sont deux caractéristiques que l'on peut considérer comme constitutives de ce que l'on appelle communément le « *capitalisme* ».

Pensez à des questions comme l'utilisation de l'eau douce dans certaines régions du monde où elle commence à devenir relativement rare¹, à la répartition des orbites géostationnaires de satellites dans l'espace², l'allocation des fréquences hertziennes (spectre radioélectrique³) ou, plus généralement, le recours à des ressources naturelles non reproductibles ou conditionnellement reproductibles.

Ensuite, certaines choses ont été exclues de la sphère des droits de propriété, soit parce qu'une appropriation individuelle n'était techniquement pas faisable, soit parce que de par des considérations éthiques ou politiques, il a été estimé qu'elles ne devraient pas faire l'objet de droits de propriété (transférables), soit encore pour une combinaison de ces deux raisons. Nous allons approfondir cette problématique, véhiculée souvent sous le terme de « *marchandisation* » ou « *commodification* » au chapitre 10⁴ pour nous limiter par la suite à quelques développements sommaires.

Suite aux évolutions technologiques et des conceptions éthiques ou politiques ainsi que des mœurs, combinées à la pression de l'économie de

¹ Vandano Shiva, à ce propos, note dans *Water wars, Privatization, Pollution and Profit*, Pluto Press, 2002 :

"While the New York Times and Serageldin [Ismail Serageldin, Vice President of the World Bank in 1995] are correct about water's importance in future conflicts, water wars are not a thing of the future. They already surround us, although they are not always easily recognizable as water wars. These wars are both paradigm wars – conflicts over how we perceive and experience water – and traditional wars, fought with guns and grenades. These clashes of water cultures are taking place in every society..."

² Avant le développement des satellites, les positions orbitales n'avaient pas de valeur tout simplement parce que personne n'exprimait une demande pour obtenir un droit y relatif. Avec le développement technologique et l'apparition des satellites, cette situation changeait, dans la mesure où il fallait une position orbitale par satellite et que ces positions étaient et sont numériquement limitées. Il se posait donc au départ une question à qui appartenaient ces positions et à quelles conditions le droit y relatif – du moins pour ce qui est du droit de leur utilisation – est-il transférable à des opérateurs de satellites. Peu importe les détails, ces positions devenaient des actifs économiques dont la valeur est fonction des revenus actuels et futurs qu'un opérateur de satellite qui l'occupe pour y opérer son satellite peut en dégager.

³ Prenons le spectre radioélectrique, c'est-à-dire l'éventail des fréquences électromagnétiques utilisables à des fins de télécommunication comme la radio ou la téléphonie mobile et qui se situent entre deux fréquences limites, les fréquences respectivement en-deçà et au-delà de ces limites n'étant pas utilisables aux fins sous revue.

De deux choses l'une. Soit la demande (solvable) pour ces fréquences ne dépasse pas le nombre de fréquences disponibles ; dans ce cas, elles sont certes physiquement rares, car limitées, mais non pas économiquement rares dans la mesure où il n'y a pas de rivalité dans la consommation et un système p.ex. de droit de propriété ne serait pas nécessaire, voire même pas souhaitable car il ne serait que créer une rareté artificielle, source de rentes économiques.

Soit la quantité de fréquences demandées par différents opérateurs dépasse le nombre physiquement disponible. Dans ce cas, il se crée inévitablement un problème à qui la ressource – économiquement rare – sera à allouer.

Dans une société non démocratique, un mécanisme d'allocation pourrait être la pure force physique.

Dans nos économies modernes civilisées et démocratiques, on peut, en simplifiant et en partant de l'hypothèse que c'est l'Etat, la collectivité, à qui au départ revient le droit de disposition de ces fréquences, concevoir deux mécanismes d'allocation (à côté de la possibilité pour l'Etat de se réserver à lui-même l'exploitation de ces fréquences).

Un premier mécanisme serait un mécanisme de réglementation avec allocation des fréquences selon une liste de critères techniques, économiques, sociaux ou autres avec allocation à ceux qui satisfont au mieux à ces critères (« *beauty contest* »).

En revanche, on peut également allouer ces fréquences dans une vente aux enchères à ceux qui sont prêts à payer le plus.

Dans les deux scénarios, l'on peut recourir à des droits d'exploitation exclusifs, des concessions ou des droits de propriété, limités ou illimités dans le temps, transférables ou non, partiellement ou totalement. Encore une fois, cette problématique se pose s'il y a rareté économique. Le développement technologique a généré au début une demande croissante et partant un problème d'allocation. A l'avenir, on ne peut exclure que le progrès technique va réduire cette rareté en permettant sur une seule fréquence des utilisations multiples, ce qui, à la limite, pourrait, le moment venu, plaider pour remettre ces ressources dans le domaine public.

⁴ cf. aussi l'introduction du chapitre 1.

marché d'élargir le champ des objets marchands, c'est-à-dire des objets tombant sous le mécanisme de l'offre et de la demande, nous assistons régulièrement à l'entrée dans le domaine des « *marchandises* » de nouveaux objets ou choses. Pensez p.ex. aux marchandages d'organes humains, des spermatozoïdes ou des ovules suite aux développements techniques respectivement de transplantation ou de procréation artificielle.

Si le corps humain en tant que tel n'est pas une chose dans le commerce et partant ne peut faire l'objet de conventions, avec les éléments du corps humain l'on entre déjà dans une zone floue.

S'il est considéré de façon non contestée que certains éléments qui peuvent s'en détacher sans porter atteinte à l'intégrité physique comme les cheveux (d'autant plus que ceux-ci peuvent repousser¹) peuvent donner lieu à des transactions juridiques par voie de contrats, les choses deviennent beaucoup plus compliquées et controversées si on considère des éléments comme le sang, le sperme ou les ovules et encore plus, si on considère certains organes humains ou d'autres éléments ou fragments du corps humain. De plus, les réponses données, à un moment donné, dans les différents Etats, ne sont pas forcément les mêmes, ce qui inévitablement crée des incitations de localiser certaines activités et transactions dans des juridictions moins restrictives.

Cette problématique est bien décrite dans *Tissue Economies*, de C. Waldby et R. Mitchell, Duke University Press, 2006 :

“While blood transfusion has been routinely practiced for one hundred years, other kinds of tissue transplantation are much more recent (we use “tissue” throughout this book in a generic sense, to include blood, organs, and any other kind of living matter taken from the body). Solid organ transplantation has been practised since the late 1950s and common place since the late 1970s, as the refinement of tissue typing, surgical techniques and immunological suppression has allowed organ donors to be matched with compatible recipients. Skin, bone, heart valves and cornea can now be banked and used in surgery. Reproductive tissue – sperm, ova and embryos – can be donated and transplanted. Umbilical cord blood is increasingly harvested during birth procedures... The recent development of techniques for propagating human stem cell lines derived from embryos means that embryonic tissues may become the source of a completely new range of transplantable tissues sometimes in the future... This proliferation of tissue fragments and of medical and social technologies for their sourcing, storage, and distribution has profound implications for health and embodiment, for civil identity and social order and for delineating relations between the global and the local. Each new technology involves a reorganization of the boundaries and elements of the human body, the development of new kinds of separable, exchangeable or reincorporable probable body parts (Rabinow) what does it mean when the human body can be disaggregated into fragments that are derived from a particular person but are, strictly speaking, no longer

¹ Il existe p.ex. un commerce intense avec les cheveux que les croyants indiens, pour des raisons religieuses, se font couper dans les temples.

constitutive of human identity. What is the legal status of such fragments? Are they a kind of property in the body...

At the level of social relations, how might the exchange of such fragments between persons their donation or sale, their receipt and reincorporation constitute relationships between them? The sharing of human bodies can be a powerful expression of communal solidarity and civil empathy.... However, the redistribution of human tissues can also produce injustice and exploitation... The medical capacity to fragment the body and the techno-social systems that manage and distribute these fragments, in other words, raise fundamental issues about ontology, power, economy and community... We propose to tackle this issue through a critical appraisal of the dichotomy that has organized bioethical and sociological evaluations of these issues for the last thirty years – the dichotomy of gift and commodity. Makers of health policy in the UK have favoured, for the most part, a gift model for managing human tissues – that is a model in which donation is voluntary, without financial compensation and distribution is based on medical need rather than ability to pay. In the US, gift and commodity systems for some human tissues exist side by side – for example in reproductive material, which can be both donated and sold – while others, for example organs, are circulated strictly as gifts.”

On assiste donc actuellement à une expansion du marché qui fait rentrer le vivant, tout le vivant jusqu'au vivant humain, dans l'ordre de la marchandise. Il s'agirait selon D.R. Dufour¹ d'une revendication ultralibérale aboutissant à mettre fin au principe de dignité énoncé par Kant et qui, implicitement, revendique le respect de sanctuaires d'où le marché serait absolument prescrit :

« Tout a ou bien un prix, ou bien une dignité. On peut replacer ce qui a un prix par son équivalent ; en revanche, ce qui n'a pas de prix, et donc pas d'équivalent, c'est ce qui possède une dignité. »
(Kant, Fondements de la métaphysique des mœurs, 1785).

Margaret Jane Radin, professeur de droit américain, a beaucoup travaillé sur cette problématique et a noté que :

“One way to see how universal market rhetoric does violence to our conception of human flourishing is to consider its view of personhood. In our understanding of personhood we are committed to an ideal of individual uniqueness that does not cohere with the idea that each person's attributes are fungible, that they have a monetary equivalent and that they can be traded off against those of other people. Universal market rhetoric transforms our world of concrete persons whose uniqueness and individuality is expressed in specific personal attributes into a world of disembodied, fungible, attribute-less entities possessing a wealth of alienable, severable “objects”...

¹ D.R. Dufour, *Le Divin Marché*, Denoël, 2007

Another way to see how universal market rhetoric does violence to our conception of human flourishing is to consider its view of freedom. Market rhetoric invites us to see the person as a self-interested maximizer in all respects. Freedom or autonomy therefore, is seen as individual control over how to maximize one's overall gains. In the extreme, the ideal of freedom is achieved through buying and selling unmodified objects in order to maximize monetary wealth... It is not satisfactory to think that marketing whatever one wishes defines freedom..."

A la lumière de tout ceci, on pourrait même établir la conjecture, à l'extrême, que l'économie de marché est une force qui incite au développement technique et influence systématiquement nos conceptions (préférences, croyances, convictions) morales, éthiques ou politiques, en vue de créer continuellement pour de plus en plus de choses les conditions nécessaires et suffisantes pour que celles-ci puissent, à travers la couverture des droits de propriété, devenir des actifs économiques.¹

¹ Sur le plan microéconomique, les agents ont la volonté de posséder toujours plus, sur le plan macro-économique, les comportements individuels débouchent sur et alimentent une mécanique qui cherche à ce que le champ, le volume et la valeur de ce qui peut être possédé augmente de façon continue.

Toute chose, dont à un moment donné, la mise en place et le contrôle de droits de propriété devient techniquement faisable au point que cette chose puisse rapporter plus qu'il ne coûte de la couvrir par la propriété, risque tôt ou tard de par les forces économiques en place, d'être considérée par la société comme pouvant, voire même comme devant faire l'objet d'une appropriation privée et entrer dans la sphère marchande.¹

Il importe dans ce contexte d'avoir à l'esprit les réflexions ci-après de Michael Walzer, qui, tout en s'inscrivant dans le cadre plus large d'une « théorie » de la justice, s'appliquent également dans le présent contexte :

"... I want to argue... that the principles of justice are themselves pluralistic in form ; that different social goods ought to be distributed for different reasons, in accordance with different procedures, by different agents ; and that all these differences derive from different understandings of the social goods themselves – the inevitable product of historical and cultural particularism." (Spheres of Justice, Basic Books, 1983)²

Finalement, rappelons que constater que les droits de propriété sont un mécanisme performant du point de vue de l'efficacité et de la croissance économiques est un aspect, décider qui va disposer de quels droits sur quelles choses et sous quelles conditions en est un tout autre.

¹ Un tel débat est mené, entre autres en France, sur le fond de la formule de Lionel Jospin « *Accepter l'économie de marché, mais non à la société de marché* », reprise récemment dans le livre le plus récent de ce dernier, *L'impasse*, Flammarion 2007, dans lequel l'on peut lire :

« *Selon le modèle de développement d'inspiration sociale-démocrate que le PS partage, les marchés sont nécessaires, sans devoir envahir toutes les sphères de l'activité humaine, ni même fonctionner sans contrôle dans leur champs propre. La voie politique et civique, la sphère de la culture ou de la santé, ce qui touche à l'intégrité de la personne humaine, ne sauraient être dominés par le strict mécanisme de l'offre et de la demande... et régis par les rapports d'argent. C'est pourquoi, si les socialistes acceptent l'économie de marché, ils ne veulent pas d'une conception du monde où tout deviendrait marchandise.* »

Le premier qui, à notre connaissance, a utilisé et théorisé le concept de « société de marché », a été Karl Polanyi dans son livre magistral *The great transformation* (cf. chapitre 1) tandis que les idées développées par Jospin sur les différentes sphères qui ne doivent être toutes régies par les rapports d'argent sont très clairement inspirées de Michael Waltzer sans que toutefois Waltzer, ni d'ailleurs Polanyi, ne soient mentionnés dans le texte prémentionné. Notons encore que la « *commodification* » peut également s'accompagner d'un effet de retour sur la sphère non marchande en créant un effet d'éviction (« *crowding out* ») de normes sociales ou autres, non marchandes, par des normes de marché caractérisées par l'anonymité, l'indifférence redistributive et le double principe de la capacité et de la volonté de paiement. Dans un tel ordre d'idées, Elizabeth Anderson dans *Value in Ethics and Economics*, Harvard University Press, 1993, a remarqué dans la préface du livre que : *"Why not put everything up for sale? I first began wondering about this question more than a decade ago, when political theories that advocated virtually unlimited market expansion were enjoying a resurgence that continues to this day... Most of the debates about these developments have concentrated on questions of efficiency and income distribution. Although these are important issues, I do not believe that they exhaust the concerns we should have about the ethical limitations of the market. We should also care about what sorts of people and communities we make of ourselves when we treat women as commercial baby factories, public spaces of social interaction as places either to shop or to avoid, and the natural environment as just another economically exploitable resource... If different spheres of social life, such as the market, the family and the State are structured by norms that express fundamentally different ways of valuing people and things, then there can be some ways we ought to value people and things that can't be expressed through market norms."*

² Dans le contexte des « choses » qui ne devraient pas relever du mécanisme d'allocation et de redistribution que constitue le marché, on parle également de « *blocked exchanges* ». Notons encore que des droits comme le droit de vote, ne sont pas des droits patrimoniaux, c'est-à-dire ne sont pas marchandables. Ces types de transactions sont (encore) interdites par la loi car laisser jouer la loi du marché partout reviendrait à laisser une sphère, la sphère marchande, dominer toutes les autres sphères et serait contraire à la coexistence de différentes sphères réglées selon des principes différents.

Au plus tard ici, on touche à des questions d'équité et de puissance, mais également à des questions de moral ou d'éthique¹, questions qui ont toujours hautement préoccupé les gens et qui continueront à le faire de façon controversée. Elles sont à l'origine de tensions économiques, sociales, mais aussi politiques et philosophiques aussi bien au sein des pays qu'entre pays et ceci à l'avenir certainement encore davantage que par le passé.

¹ Les termes de « morale » et d'« éthique » sont souvent utilisés comme synonymes. Il arrive toutefois que des auteurs utilisent ces termes dans des significations plus ou moins différentes. Dans ce contexte, référons-nous tout d'abord à André Comte-Sponville qui, dans son *Dictionnaire philosophique*, PUF, 2001, note que : « Par morale, j'entends le discours normatif et impératif qui résulte de l'opposition du Bien et du Mal considérés comme valeurs absolues ou transcendantes. Elle est faite de commandements et d'interdits, c'est l'ensemble de nos devoirs. Elle se veut une et universelle... Et j'entends par éthique un discours normatif mais non pas impératif... qui résulte de l'opposition du « bon » et du « mauvais » considérés comme valeurs simplement relatives ; c'est l'ensemble réfléchi et hiérarchisé de nos désirs... »

Ronald Dworkin distingue comme suit : "Ethics, which is the study of how to live well, and morality, which is the study of how we must treat other people... An ethical judgment makes a claim about what people should do to live well: what they should aim to be and achieve in their own lives. A moral judgment makes a claim about how people must treat other people." (dans *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press, 2011, suivant en cela la terminologie du philosophe Bernard Williams)

Des auteurs notamment allemands qui considèrent que l'éthique est la discipline philosophique dont l'objet est la morale, c'est-à-dire la réflexion théorique philosophique en relation avec et sur les règles et normes de décision, d'action et de comportement existant ou pouvant exister dans une société.

Citons encore à ce sujet Breuer et autres : „Ethik als Teildisziplin der praktischen Philosophie nach Aristoteles kann im Allgemeinen als wissenschaftliche Lehre von der Moral bezeichnet werden, weshalb für Ethik auch die Synonyme Moralphilosophie und Sittenlehre geläufig sind. Unter der Leitfrage „Was soll ich tun?“ hat die Ethik moralische Normen des menschlichen Handelns zum Untersuchungsgegenstand erhoben, deren Begründung, Anwendung und Prinzipien es zu klären gilt. Moral lässt sich nach diesem Begriffsverständnis folglich als Gegenstand der Ethik begreifen und als Summe aller in einer Gesellschaft allgemein geltenden sittlichen Normen definieren, die dem Einzelnen ein bestimmtes Verhalten informell, aber verbindlich vorschreiben...“ (WIST, September 2009).

Exercices

1. (i) Refaites l'exemple du près en supposant que, suite à l'évolution démographique, le nombre de villageois passe de 100 à 200, puis, lors d'une deuxième étape, de 200 à 300.
- (ii) Refaites l'exemple du près en supposant que le progrès technique permette potentiellement de modifier les conditions de production comme suit:

$$\begin{array}{lll} \text{Si} & s_j \geq 50 & \text{alors } y_j = 1.000 \\ \text{Si} & 25 \leq s_j < 50 & \text{alors } y_j = 20 s_j \\ \text{Si} & 0 \leq s_j < 25 & \text{alors } y_j = 4/5 s_j^2 \end{array}$$

- (iii) Analysez ce qui se passe si (a) et (b) se réalisent simultanément.
2. "*Le vide juridique sur des ressources naturelles permet à n'importe qui de faire n'importe quoi n'importe comment, et partant, entraîne une dégradation sans limite des ressources naturelles*". Commentez cette affirmation.

Commentez cette affirmation reprise du *The Economist*, 19 January 1991.

3. "*Les "enclosures" rendent gras les troupeaux et maigres les pauvres gens*". Analysez cette affirmation.
4. Commentez l'affirmation suivante :

"Sans un mécanisme bien agencé des droits de propriété, une économie est incapable de fonctionner. J'ai toujours affirmé que la révolution industrielle n'est pas née de la découverte de la machine à vapeur mais des possibilités issues de la possession privée de cette machine".

Douglas C. North, interview dans l'hebdomadaire « *Trends Tendances* » du 21 octobre 1993.

5. Dans l'article de Douglas C. North, prix Nobel d'économie, et de Robert P. Thomas *The first economic revolution* dans l'*Economic History Review*, 30, l'on peut lire:

"When common property rights over resources exist, there is little incentive for the acquisition of superior technology and learning. In contrast, exclusive property rights with regard to the owners provide a direct incentive to improve efficiency and productivity or, in more fundamental terms, to acquire more knowledge and new techniques. It is this change in incentive that explains the rapid progress made by mankind in the last 10 000 years in contrast to his slow development during the era as a primitive hunter-gatherer".

Montrez que si l'on peut partager le raisonnement des deux auteurs, l'on peut toutefois s'interroger si les auteurs n'ont pas procédé à une généralisation excessive en ce sens que les conclusions en question sont certes valables pour un régime de libre accès mais non pas nécessairement pour un régime de "*common property rights*".

6. Dans son article "Toward a Theory of property rights", Harold Demsetz (cf. lectures) illustre les conditions de la mise en place de droits de propriété privée et le rôle de ces derniers par deux exemples tirés de l'histoire des Etats-Unis. Décrivez ces deux exemples à la lumière de la théorie économique des droits de propriété privée.
7. "*Le libre accès à la terre peut se solder par une surutilisation de celle-ci, et partant, une inefficience économique*".

Commentez cette affirmation.

8. En partant de l'exemple de la section 3 du cours, supposez qu'une vache coûte 1 000 unités monétaires et qu'un litre de lait rapporte 2 unités monétaires. Quel est l'optimum pour la société?
9. Dans les développements de la section 3, nous avons présenté comme équivalente du point de vue efficience économique la mise en place d'un droit de propriété au bénéfice d'un individu et de droits de propriété privée au bénéfice de 100 individus. Réfléchissez s'il existe des arguments qui permettraient de plaider plutôt pour l'une ou l'autre solution!
10. "*If we seek the source of inefficiency, we should look for markets that are missing, not for markets that exist. We should look for goods that are not priced, which often means that we should look for goods that are not owned.*" Commentez cette affirmation de St. Landsburg reprise de son livre *The armchair economist*, The Free Press, 1993.
11. "*As this world's population continues to grow, the absence of an effective system of international property rights will become an economic problem of increasing significance*". Analysez cette affirmation reprise de R. Frank dans *Microeconomics and behavior*, McGraw Hill, 1991.
12. Réfléchissez sur l'affirmation suivante reprise de l'hebdomadaire allemand *Die Zeit*.

"Im Grunde geht es nicht um Sozialismus oder Kapitalismus, sondern um den Gegensatz von Staats- und Privatkapitalismus, sagt Oswald von Nell-Breuning (katholischer Sozialwissenschaftler S.J.¹), denn Kapital braucht man überall. Es geht um Privat- oder Gemeineigentum. Wie Gemeineigentum funktioniere könne man schon im Kleinen beobachten. Als man im Kloster Fahrräder zum Gemeingebrauch anschaffte seien diese schon bald nicht mehr funktionsfähig gewesen. So habe schlussendlich jeder Ordensmann sein eigenes Fahrrad erhalten. »

¹ Les écrits du jésuite Oswald von Nell-Breuning relatifs à la « *Katholische Soziallehre* » restent encore aujourd'hui une lecture enrichissante, cf. par exemple Oswald von Nell-Breuning, *Wirtschaft und Gesellschaft heute I Grundfragen und II Zeitfragen*, Verlag Herder Freiburg, 1956.

13. Analysez le texte ci-après repris de *Poverty and Famines*, Clarendon Press Oxford, 1981 d'Amartya Sen qui, notons-le au passage, est un des penseurs les plus originaux de notre temps et qui a reçu le prix Nobel d'économie en 1998 :

"Since the pastures are held communally and the animals held privately, there is a conflict of economic rationale in the package, which becomes relevant when pasture land gets short in supply. Having additional animals for grazing adds to families' incomes and while this might lead to a loss of grass cover and erosion, and this to reduced productivity for the pastoralists as a whole, the loss to the individual family from the latter may be a good deal less than its gain having additional animals. Thus a conflict of the type of the so-called "prisoner's dilemma" is inherent in the situation. The problem is further compounded by the fact that the animals, aside from adding to the family usual income also serve as an insurance so that the tendency to enlarge one's herd, causing overgrazing, in its turn, adds to the uncertainty, by denuding the grass cover and helping desert formation."

14. A la lumière de ce chapitre note et des réflexions antérieures sur l'échange et les contrats, pouvez-vous trouver des arguments qui permettraient d'expliquer ou de justifier la modification en 1987 de la définition du droit de propriété privée de l'article 544 du Code civil luxembourgeois.
15. Montrez comment l'évolution technologique a été à l'origine d'une problématique de la répartition d'une « ressource » rare, l'espace.
16. A la lumière des articles de Hardin et de Monbiot (cf. lectures utiles), commentez l'affirmation suivante:

« La vraie tragédie n'existe pas si une ressource est gérée en commun mais si elle n'est possédée par aucune entité. »

17. Commentez l'extrait suivant tiré du livre de Maurice Lauré, *Science Fiscale*:

« Si l'on autorisait des artisans bûcherons à couper autant d'arbres qu'ils désireraient dans une forêt domaniale, chacun d'eux aurait intérêt à abattre et à emporter le plus vite possible le plus d'arbres possibles. Heureusement, le service des eaux et forêts, gardien de l'intérêt général, veille à la régénération de la forêt en imposant des programmes de coupes. Ce service fait aussi, par acte d'autorité, que tous les bûcherons disposent de la sorte davantage de travail, au cours de longues années qu'ils n'en auraient eu si, livrés à eux-mêmes, ils avaient dévasté la forêt. »

18. Commentez de façon critique l'affirmation suivante de Lord Skidelsky:

« What you need for secure property is not democracy but protection of rule which prohibits redistribution if needed. »

19. Commentez le pour et le contre de deux « *mécanismes* » visant un transfert de la propriété, notamment à la lumière des concepts d'efficacité et d'équité, à savoir:

- l'expropriation pour cause d'utilité publique;
- les droits de succession.

20. Commentez l'affirmation suivante reprise du livre, à nos yeux brillants, de G. Heinsohn et d'O. Steige, *Eigentum, Zins und Geld* (Rowohlt, 1996)

« Die Analyse des Privateigentums hat von Anfang an und bis heute darunter gelitten, dass der Gegensatz zwischen Individuum und Kollektiv als entscheidend angesehen wurde, nicht der Gegensatz zwischen Eigentum und Besitz - weshalb demzufolge auch der Gegensatz zwischen Privat- und Gemeineigentum zu sehr verwendet wurde. »

21. Commentez l'affirmation suivante reprise du livre de H. Lepage:

« Paradoxalement, la propriété est le meilleur allié des amis de la nature. »

22. Commentez l'affirmation suivante :

« Most of the time, private property has the great advantage that it does concentrate the consequences of people's actions upon themselves. Communal property never does. » repris de Tom Bethell, *The Noblest Triumph. Property and Prosperity through the ages*, St. Martin's Griffin, 1998.

23. Commentez l'extrait suivant de *Common Sense Economics*, de Gwartney, Stroup et Lee :

“A legal system that protects property rights and enforces contracts in an evenhanded manner provides the foundation for capital formation and gains from trade which are the mainsprings of economic growth. In contrast, insecure property rights, uncertain enforcement of agreements and legal favoritism undermine both investment and gains from trade.

...Today, we do not know of any institutional arrangement that provides individuals with as much freedom and incentive to serve others by using resources productively and efficiently as does private ownership within the framework of the rule of law.”

24. Commentez l'adage: “*Good fences make good neighbors.*”

25. Analysez l'affirmation suivante: “*The ability to plant and to plan depends on secure property rights that allow one to reap what one sows and the classical writers (which cover Blackstone and Bentham, for all their apparent differences) were correct to assume that labor on property could cease if the return from that labor could be routinely captured by another. I sow and you reap, I work and you collect are the*

first and most powerful indications of a mismatch between labor and reward. The person who has internalized the labor should, as a first approximation, be allowed to internalize the gain. That statement becomes an exaggeration with intellectual property but it is a powerful with land, where only one person will ever be in that position to internalize the gain in question – no matter how hard one labors, he cannot “copy” the crops.” Richard Epstein, “Transactions Costs and property rights”, dans Chicago lectures in Law and Economics, 1999.

26. Les autoroutes le plus souvent appartiennent à l'Etat. Mais dans certains pays, il existe des autoroutes appartenant à des sociétés privées ou il existe des tendances pour ce faire, c'est-à-dire de les vendre à des sociétés qui alors obtiennent un droit de propriété sur les autoroutes, soit limitée, soit illimitée dans le temps. Comparez ces deux systèmes.

27. Commentez l'extrait suivant et liez-le au protocole de Kyoto :

“The most severe cases of the tragedy of the commons occur when resources do not fall under the control of any single government. Because no one owns an unpolluted atmosphere, there is a tragedy of the commons in which producers abuse their ability to dump pollutants into the atmosphere.”

“The more “global” is a pollution problem, the less any one country will benefit from reducing its emissions. The most extreme version of this phenomenon is the case of global warming.

The most likely cause of the recent global warming is the accumulation in the atmosphere of so-called greenhouse gases, which absorb thermal radiation coming from the earth that would otherwise dissipate into space. The most significant greenhouse gas is carbon dioxide (CO₂).” (David N. Weil, *Economic Growth*, Pearson 2005).

28. Commentez les extraits suivants repris de Thomas Sowell, *Basic Economics* et *Applied Economics*:

- *“Resources can be allocated without property rights and have been in various societies. The economic consequences of having or not having property rights is what matters.”*
- *“Property rights are a legal mechanism for the use of free market prices to allocate resources.”*
- *“Most Americans do not own any agricultural land or agricultural crops, but they have more and better food available at lower prices than in countries where there are no property rights in agricultural land or its produce.”*
- *“[It is important] to make a distinction between intentions and effect – and not just as regards property right laws. In short, incentives matter and property rights need to be assessed economically in terms of the incentives created by their existence, their modification, or their elimination.”*

- *“Those who do not think beyond stage one often think of property rights as simply benefits to those fortunate enough to have property. This ignores the role of property rights as a key link in a chain of events that enable people without property to generate wealth for themselves and society.*

One implication of this is that some Third World countries could gain the use of more capital by making property rights more accessible within their own borders than by a ten-fold increase in the amount of foreign aid they receive. Moreover, the increased capital would be in the hands of millions of ordinary people, while foreign aid goes into the hands of the political elite. In short, although property rights are often thought of as things that are important primarily to the affluent and the rich, these legal recognition of existing assets may be especially needed by poor individuals in poor countries if they do not wish to continue to be poor.”

29. (i) Commentez l'extrait suivant en mettant en évidence la différence entre “open access” et “commons”.

“Richard Stallman, from the MIT, realized that anyone could make minor changes in a free software program and then copyright it, inverting it into a proprietary product.

*Without some new legal vehicle, the benefits of free software could be privatized and withheld from the community of users. The commons would collapse. Stallman’s brilliant innovation was the General Public License or GPL, sometimes known as “copyleft” – which is essentially a form of copyright protection achieved through contract law. “To copyleft a program” writes Stallman “first we copyright it; then we add distribution terms, which are legal instruments that give everyone the rights to use, modify and redistribute the program’s code or any program derived from it, but only if the distribution terms are unchanged.” This contract language prevents any user from claiming the program (or any modified version of it) as his own property. The GPL creates a commons in software development “to which anyone may add but from which no one may subtract”. The GPL, in short, prevents enclosure of the free software commons and creates a legally protected space in which it can flourish. This accounts for the “viral properties” of the GPL license. Because no one can seize the surplus value created within the commons, programmers are willing to contribute their time and energy to improving it. “Because free riding is impossible, free riders are welcome, which resolves one of the central puzzles of collective action in a proprietary social system” writes Columbia law professor Eben Mogler. The commons is protected and stay protected.” (Bollier, *Silent theft*, Routledge, 2002, p. 28).*

- (ii) Commentez l'affirmation suivante du même auteur (p. 199) et discutez-la à la lumière de certains développements au chapitre 1 en relation avec la (dé)régulation et la (dé)réglementation et à la lumière de cas pratiques comme les télécommunications, l'énergie, le transport aérien, etc. etc. :

“As much as government regulation is reviled for being inefficient and unpredictable, it remains an indispensable democratic vehicle for asserting common ethical and social values... The regulatory process is... a means for striking a balance between the economic priorities of the market place and the social and ethical norms of the commons. It sanctions an “incomplete commodification” of people’s values, in the words of Stanford law professor Margaret Radin... This is why regulation is typically so controversial: it is an area for resolving deep-seated disputes between the market and the commons...”

30. Commentez et comparez les trois articles ci-après du Code civil luxembourgeois : art. 537 ; art. 1128 ; art. 1598.
31. Quelles sont les limitations sur le plan des droits de propriété sur des biens comme les armes et les médicaments ?
32. Commentez l'affirmation suivante de Richard Posner, *Economic analysis of law*, 5th edition:

“The denial of a property right can be as much an economizing device as the creation of one. If a resource is valuable but not scarce (a paradox?) the creation of property rights does not serve as an economizing function; all it does is incite rent-seeking and resulting resource dissipation.

The issue is rarely property right or not property right, but rather as in the patent and wildlife examples, limited property right or unlimited property right with the limitation designed to induce the correct (not an insufficient or excessive) level of investment in the exploitation of the valuable resource.”

33. (i) Y-a-t-il un lien entre le comportement « *On se fiche du suivant* » et la « *Tragedy of the commons* » ?
- (ii) Pourquoi les toilettes publiques sont-elles, en moyenne et ceteris paribus, dans un état sanitaire inférieur à celui des toilettes privées ?
34. Commentez les affirmations suivantes (reprises de Cole et Grossman, *Principles of Law and Economics*), Pearson Prentice Hall, 2005 :
- *“Property and law are born together, and die together. Before laws were made there was no property; take away laws, and property ceases.”* (Jeremy Bentham).
 - *“Right (or “duty”) ultimately amounts to nothing more than a prediction of what a court will rule when faced with a choice*

between competing claims” (US Supreme Court Justice, Oliver W. Holmes).

- *“Let there be no mistake about it, there is nothing natural, or particularly ethical, about property rights, as such. Property rights emerge because they serve some tangible interests of particular individuals. Such rights cannot emerge or persist unless they serve, directly or indirectly, the interests of the central authorities that pay a remarkable cost to protect and enforce them.”* (Itai Sened, *The political Institution of Private Property*, Cambridge University Press, 1997)

35. (i) Commentez l'extrait suivant repris de Deepak Lal, (que l'on peut, au sens européen du terme, qualifier de très libérale) *Reviving the Invisible Hand*, Princeton University Press, 2006, p. 186:

“But how do I come to own property which I am at liberty to use as I may? Much is acquired through the proceeds of work, others through exchange like that of assets, and still others from gifts and inheritance. As in each of these ways of acquiring property, besides those based on exercising my own liberties. I am also the beneficiary of others who have exercised their liberty of using what they themselves own as they wish. These means of acquiring property meet the requirements of justice, as they are exercising a liberty without transgressing any obligation or causing harm to others.

But, as regards land there is the question: as we go back in history how did land that was free, a gift of nature come to be owned? Over time, as land became scarce it was appropriated and enclosed, largely for economic reasons: when the marginal benefits for an individual from enclosing land were equal to or greater than the marginal cost of excluding others.

As it was not owned by anyone else, no one else's liberties were thereby infringed and hence this appropriation cannot be called morally unjust. But, conquest and seizure have been equally important in acquiring land. These would be morally unjust and calls for restitution would be justified. This is, of course, at the heart of the controversy about the “right to return” of the Palestinians in the Arab-Israeli dispute. But, though the claim may be morally just, it is not expedient.

For most societies throughout history have recognized the chaos that would be caused by seeking to redress any fault in the historical descent of every current title to property, no matter how far back the claim of transfers stretches. They have, therefore, correctly applied some form of statute of limitations – if for no other reason than recognizing that the sins of their fathers should not be visited upon their grandchildren and great-grandchildren.”¹

¹ Ce serait une étude – certes extrêmement difficile, voire à certains égards impossible – très intéressante d'analyser à qui ont appartenu et appartiennent les terrains au Luxembourg. Une telle étude, diachronique et synchronique, serait socialement, politiquement et économiquement fort intéressante.

- (ii) Commentez l'extrait suivant repris de I.M.D. Little, *Ethics, Economics & Politics*, Oxford University Press, 2002:

“While any property, not merely natural resources may be tainted by unjustified acquisition somewhere on the line of its historical descent, it could be extreme to argue that all property is theft, as Proudhon maintained. At some points the evils of the past have to be forgotten and ownership recognized.”

- (iii) Commentez l'affirmation ci-après reprise de Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Seconde partie :

« Le premier qui, ayant enclos un terrain s'avise de dire : Ceci est à moi et trouve des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. »

36. Analysez les mécanismes de « succession par ordre de primogéniture ».
37. Recherchez les exemples historiques où l'Eglise fut expropriée pour redistribuer les terres et les propriétés immobilières bâties.
38. Commentez l'extrait suivant repris de Avishai Margalit *L'Ethique du Souvenir*, Climats, 2006 (p. 81) :

« C'est ainsi qu'on a pu remarquer que ceux que l'on appelle les Koulaks, ces paysans de la classe moyenne « liquidés » sur les ordres de Staline en 1929 n'ont pas constitué une communauté de souvenir. Cette classe moyenne rurale résulte de la tentative délibérée du régime tsariste de mettre en place, en réaction à la révolution de 1905, une base de sujets loyaux parmi la paysannerie en leur donnant les moyens de devenir propriétaires de fermes de taille moyenne... »

39. Commentez les extraits suivants (également à la lumière des textes de l'exercice précédent) repris du livre *One world* du philosophe utilitariste Peter Singer, Yale University Press, 2004, livre qui en tout cas vaut lecture :

- (i) *“There are various principles of fairness that people often use to judge what is fair or “even-handed”. In political philosophy, it is common to follow Robert Nozick in distinguishing between “historical” principles and “time slice principles”. An historical principle is one that says: we can't decide, merely by looking at the present situation whether a given distribution of goods is just or unjust. We must also ask how the situation came about; we must know its history. Are the parties entitled, by an originally justifiable acquisition and a claim of legitimate transfers to the holdings they now have? If so, the present distribution is just. If not, rectification or compensation will be needed to produce a just distribution. In contrast, a time-slice principle looks at the existing distribution at a particular moment and asks if that distribution satisfies some*

principles of fairness, in practice of any preceding sequence of events..." (p. 26).

- (ii) *"The putatively historical grounds for justifying private property put forward by its most philosophically significant defenders – writing at a time when capitalism was only beginning its rise to dominance over the world's economy – cannot apply to the current use of the atmosphere. Neither Locke nor Smith provides any justification for the rich having more than their fair share of the finite capacity of the global atmospheric sink. In fact, just the contrary is true. Their arguments imply that this appropriation of a resource once common to all human kind is not justifiable. And since the wealth of the developed nations is inextricably tied to their prodigious use of carbon fuels (a use that began more than 200 years ago and continuous unchecked today), it is a small step from here to the conclusion that the present global distribution of wealth is the result of the wrongful expropriation by a small fraction of the world's population of a resource that belongs to all human beings in common."* (p. 31).

40. Avec le développement du trafic aérien, les créneaux aéroportuaires, c'est-à-dire les droits d'atterrissage et de décollage sur un aéroport donné pour une plage de temps donnée (« slots ») deviennent une ressource de plus en plus rare compte tenu de la capacité limitée des aéroports et de la demande croissante des compagnies aériennes.

Analysez les conséquences économiques de cette problématique.

41. Commentez l'extrait suivant du rapport de la Commission sur l'Économie de l'Immatériel, *L'Économie de l'Immatériel. La croissance de demain*, de Maurice Lévy et Jean-Pierre Jouyet, 2006 :

« La rareté des fréquences hertziennes est de plus en plus forte au fur et à mesure que se multiplient ces nouveaux usages reposant sur la mobilité. Les fréquences sont en effet d'une qualité inégale en termes de capacité de propagation et de débit : les plus intéressantes pour les services en mobilité sont celles inférieures à environ 3,5 gigahertz (GHz) et en particulier, les parties du spectre inférieur à 1 GHz. Ce sont ces fréquences qui, pour l'essentiel, sont recherchées par les industriels pour développer de nouvelles technologies... Or, et c'est ce qui explique la raréfaction des fréquences, la plupart des usages que nous avons évoqués nécessite un accès à cette partie du spectre, qui, comme nous le verrons, a déjà été attribuée en grande partie à certains utilisateurs. Lorsqu'une ressource est rare, la qualité de sa gestion s'impose comme une donnée essentielle. Les pouvoirs publics doivent en effet s'assurer en permanence que leurs bénéficiaires les utilisent de manière rationnelle, au regard notamment des besoins d'autres acteurs et des opportunités technologiques qui peuvent permettre de limiter l'emploi de fréquences. »

42. Commentez l'extrait suivant repris de Christophe Lasch, *The Revolt of the Elites*, 1995, Norton :

"In the first half of the nineteenth century most people [in the US] who gave any thought to the matter assumed that democracy had to rest on a broad definition of property. They understood that extremes of wealth and poverty would be fatal to the democratic experiment. Their fear of the mob, sometimes misinterpreted as aristocratic disdain, rested on the observation that a degraded labouring class, at once servile and resentful, lacked the qualities of mind and characters essential to democratic citizenship. Democratic habits they thought – self-reliance, responsibility, initiative – were best acquired in the exercise of a trade or the management of a small holding of poverty... It stood to reason, therefore that democracy worked best when property was distributed as widely as possible among the citizens."

43. Commentez l'extrait suivant de N. Rouland *Aux Confins du Droit*, qui cite (p. 58) un magistrat de la Cour de Cassation pour montrer que dans l'histoire, il y a des exemples où le droit a été avancé pour justifier tout, y compris le non justifiable :

« ... Environ un siècle plus tôt (en 1824), un magistrat de la Cour de Cassation employait sa science à qualifier juridiquement les esclaves des colons français : « L'esclave est une propriété dont on dispose à son gré [...]. Cette propriété est mobilière, toutes les fois que l'esclave n'est pas attaché à la culture mais [...] dans ce dernier cas, il devient immeuble par destination. »

44. Analysez la validité de l'affirmation suivante :

« La liberté des biens communs ne peut qu'engendrer la ruine commune. »

45. Illustrez à l'aide de l'exemple du don d'organes les impacts des différentes règles en termes des conséquences respectives de celle-ci :

- (i) la règle que quelqu'un doit explicitement donner son accord pour qu'en cas de mort clinique, l'on puisse lui enlever des organes ;
- (ii) la règle que les organes peuvent être prélevés à moins que la personne, de son vivant, s'était explicitement prononcé contre ;
- (iii) règle (i) avec de surcroît le droit pour celui qui donne son accord d'être donneur d'organe en cas de mort clinique d'avoir en contrepartie un accès prioritaire, par rapport aux non donateurs, à un organe en cas de besoin de sa part.

46. Commentez l'affirmation suivante du prix Nobel d'Economie Kenneth Arrow :

"Economists typically take for granted that since the creation of a market increases the individual's area of choice it therefore leads to higher benefits. Thus, if to a voluntary blood donor system we add the

*possibility of selling blood, we have only expanded the individual's range of alternatives. If he derives satisfaction from giving, it is argued, he can still give, and nothing less has done to impair that right... Why should it be that the creation of a market for blood would decrease the altruism embodied in giving blood.” (K. Arrow, *Gifts and Exchanges, Philosophy and Public Affairs*, 1, no. 4, 1972)¹*

47. Jetez un regard à la dernière page votre passeport pour trouver une mention ayant trait à la propriété de ce dernier.
48. Les stars cherchent-ils une protection de leur vie privée ou plutôt une protection du droit de propriété de [la marchandisation de] leur vie privée ? Discutez.
49. Commentez l'extrait repris de Donald Wittmann *Economic foundations of Law and Organization*, Cambridge University Press, 2006, p. 99 :

“In California, the entitlement to water is typically not transferable. Indeed, in certain areas, the rule is “use it or lose it”. The price of water to agriculture is often under \$20 an acre-foot (an acre-foot is enough water to cover an acre 1 foot deep). This is likely to be less than the cost of pumping the water from the source of the supply, which may be hundreds of miles away. Because of the “cheap” water, water-intensive crops, such as rice, are grown in the desert. At the same time, urban dwellers often pay \$50 to \$200 an acre-foot, and a number of cities have installed desalinization plants that produce water at a cost of more than \$2,000 per acre-foot. If their rights to water were transferable, then farmers would sell their rights to city dwellers (who use less than 15% of the water). In this way, the water would go to its highest use (as predicted by Coase²). Instead, there is an incredible misallocation of water. In recent years, there has been some change in water law, but progress has been slow. Farmers are afraid of losing their entitlements and urban residents do not believe that farmers deserve the entitlement because taxes paid for most of the cost of the aqueducts and reservoirs.”

50. Commentez le texte ci-après (repris de James S. Coleman), *Foundations of social theory* (p. 59), Belknap Press, Harvard, 1994 :

“In some cases rights of ownership are bundled together; in other cases they are partitioned into different hands. In some nomadic tribes of the Sahara, rights to a camel are portioned extensively: rights to ride, rights to milk, rights to the meat if the animals are killed and rights to the skin.

Among Eskimos hunting polar bears, rights to a portion of the carcass were held by each member of the hunting party with special rights being held by the hunter whose spear was the first one into the bear. This special right exemplifies an allocation of rights designed to create

¹ Nous avons tiré cette citation de Michael Sandel, *What money can't buy*, FSG, 2012. Le livre est intéressant, comme tous les livres de Sandel, mais il est regrettable que l'auteur ait fait l'impasse – difficilement pardonnable – d'auteurs comme Polanyi, Walzer ou Radin.

² cf. chapitre 5

a socially beneficial incentive. It is of the interest of all the members of the village that hunters be motivated to overcome the fear of the danger involved in first attacking a bear. Such a right will be allocated by common consent because of the common benefit it provides.”

51. Commentez l'extrait suivant de Olivier Bomsel, *Gratuit*, folio, 2007 :

« La démarche d'Arrow converge vers celle de Coase en assignant à la propriété non pas une légitimité naturelle ou historique, mais une fonction économique d'incitation et d'échange appuyée sur le droit. S'appliquant à la production d'informations, elle va, avec le numérique, s'étendre à tous les champs informationnels et abolir les différences sectorielles qui séparaient, dans l'appréhension des phénomènes, les brevets, les marques et le copyright. Elle va aussi permettre de repenser la propriété au sens large comme un processus d'intériorisation.

Ces travaux des années 1960 marquent l'économie contemporaine car ils font de la propriété une institution de la rationalité économique au service de l'intérêt général. Au lieu de considérer la propriété comme un fait historique, une condition initiale à laquelle l'économie devrait s'adapter, ils font, au contraire, du manque de propriété caractéristique des biens publics un problème à résoudre. La propriété devient alors symbolique et se trouve validée, non pas par la possession physique, mais par le droit. Le droit de propriété résulte du choix politique d'assigner à des entités individuelles ou collectives, des personnes physiques ou morales les coûts et les bénéfices de leurs actions économiques et, partant, le processus de décision y conduisant. »

52. En Allemagne, de façon récurrente, est déclenchée une discussion politique sur l'opportunité de limiter la vitesse sur les autoroutes. D'aucuns se prononcent contre une telle loi arguant que ce serait limiter les droits de propriété. Commentez cet argument.
53. Commentez l'extrait ci-après repris de Castel/Haroche, *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi*, Fayard, 2001 :

« Avoir la propriété de soi, c'est sans doute être propriétaire de son corps. Mais que recouvre exactement cette expression ? Signifie-t-elle que le corps est une marchandise commercialisable qui nous appartient et que l'on peut vendre son corps sur le marché ? Locke qui avait en tête le contre-modèle de l'esclavage, a défendu avec beaucoup de vigueur le caractère inaliénable du corps humain. Mais de la revendication féministe « mon corps est à moi » à la notion de patrimoine génétique commun de l'humanité, en passant par les débats sur le don et la vente d'organes ou encore sur le droit pour les transsexuels de choisir leur sexe, on voit bien que le rapport propriété de soi – propriété de son corps est encore bien loin d'être élucidé. »

54. Commentez l'extrait ci-après repris de John Kay, *The Truth about markets*, 2003, Penguin Books :

“And there is a key economic difference between English and Spanish settlements. In English-speaking countries, tension over property

distribution was resolved largely in favour of settlers. In Latin America, central control over land allocation was more effective. Even today the structure of land ownership in Latin America is dominated by the descendants of a small number of founding families. This had direct consequences for the management of the land: absentee proprietors are generally poor proprietors. But the indirect economic consequences were more important still. These unequal distribution of income and wealth leaked legitimacy. These economic and political inequalities have shaped the destructive and confrontational nature in Argentina's politics from the overthrow of Rivadavia by landowners in 1827 to the street demonstrations of 2002."

55. Commentez l'affirmation suivante de Hernando de Soto (Le Monde 2, 8 novembre 2008):

« L'apport décisif de l'Occident à l'humanité fut la création d'un système sophistiqué de représentation accepté par tous permettant de fixer la valeur des biens que possède toute personne, riche ou pauvre. Le capitalisme établit des « titres de propriété », des documents légaux si bien qu'un terrain, une maison, des machines, des stocks se transforment en capital, c'est-à-dire un système d'information fiable permettant de faire des affaires, du commerce. Au milieu du XVIII siècle, l'Occident a détruit l'ancien système où les privilèges, les propriétés, les richesses étaient aux mains des élites. Il a établi un système de propriété, de droits et de papiers et l'a rendu en principe accessible à tous, aux riches comme aux pauvres.

Le capitalisme rend plusieurs services ensemble. Il établit les responsabilités de chacun. Il rend toute propriété fongible, ce qui permet de la diviser sans l'affecter. Il installe un droit des transactions. Il intègre des informations dispensées. Il installe la confiance et garantit les dettes... La mondialisation des échanges a pu se faire parce que votre système de droit et de propriété permet de garder la trace tangible des valeurs. De part et d'autre d'un océan, vous pouvez échanger des biens avec nous sans même voir votre acheteur ou votre vendeur. C'est ce qui a rendu possible l'expansion du marché, et permet à un Parisien d'acheter des chaussures chinoises ou des ordinateurs fabriqués en Inde sans même les voir, parce que tout ceci est tracé, fiable. Mais avec le capital financier, vous avez perdu votre système de pistage des valeurs. Vous avez oublié ce qui fait le fondement même du capitalisme : rendre la valeur lisible pour tous, l'établir par un droit de propriété. Tout ce qui nous fait tant défaut au Sud. »

56. (a) Commentez l'affirmation suivante reprise du roman *Amercian Darling*, de Russel Banks :

« Pour un pauvre du Liberia, un animal qu'on ne peut pas manger, mettre au travail ou utiliser comme marchandise n'est qu'un boulet et comme tel mérite d'être puni. »

- (b) Commentez l'affirmation suivante du roman *La Réserve* de Russel Banks :

« Ni domestiques, ni patrons, les guides des Adirondocks se situaient dans la lignée de ces hommes de la vieille époque où la région n'avait pas encore été colonisée par les Blancs : c'étaient des chasseurs, des trappeurs et des hommes des bois solitaires et autonomes qui se considéraient comme vivant des ressources naturelles sans se soucier de qui était propriétaire des lieux. »

57. Commentez le texte ci-après repris de *Le Monde*, 13 juin 2009 :

« Les Vélib, le symbole d'une ville policée, écolo est devenu une nouvelle source de délinquance. Le Vélib devait civiliser les déplacements urbains, il a accru les incivilités... Huit mille vélib ont été volés depuis leur mise en service en juillet 2007. Et 16.000 ont été vandalisés... JC Decaux a fini par comprendre pourquoi sa flotte de deux-roues se dégrade plus vite à Paris qu'à Marseille ou à Lyon. Dans la capitale les usagers occasionnels – provinciaux, touristes, étrangers – sont plus nombreux qu'ailleurs. Moins rodés à l'utilisation des Vélib, ils les maltraitent davantage ou omettent de les mettre correctement en place. Le remplacement accéléré du parc fait l'affaire des ouvriers de l'usine de Tazzeg en Hongrie... où JC Decaux fait fabriquer les Vélib. Mais leur satisfaction est relative... Ces ouvriers sont payés à 2 euros l'heure, soit 325 euros par mois, nettement moins que le salaire moyen du pays (743 euros). La casse des Vélib serait plus onéreuse encore si les ouvriers étaient normalement rémunérés. »

4. Emergence et rôles économiques de l'instrument juridique de la propriété privée et de l'Etat. Un deuxième modèle.

Dans la présente section, nous allons développer un deuxième modèle qui permet, dans une optique complémentaire aux développements de la section précédente, de dégager l'origine, les rôles et les impacts et conséquences économiques, mais également sociales, d'un cadre institutionnel en général, et de l'instrument juridique du droit de propriété, en particulier.

Plus précisément, le développement du modèle qui suit et son analyse revêtent un triple intérêt :

- Premièrement, le modèle permet de saisir une problématique économique, mais pas exclusivement importante, à savoir celle de l'épuisement de certaines espèces de poissons (ressources halieutiques).

Les poissons océaniques sont une ressource naturelle conditionnellement reproductible. Ils sont pêchés, sur une échelle industrielle, à des fins notamment d'alimentation.

Dans le passé, il a semblé que le volume de cette ressource est tel qu'aucun problème ne se pose. Toutefois entre 1959 et aujourd'hui, les pêcheurs, ou mieux, l'industrie de la pêche, ont augmenté les prises de plus de 400% en doublant le nombre de bateaux de pêches et en utilisant des techniques de plus en plus sophistiquées – adoptées souvent à partir de technologies initialement militaires –, avec comme résultat que le volume de poissons, et plus particulièrement de certaines espèces, est en régression au point que, d'un côté, certaines espèces de poissons deviennent de plus en plus chères car de plus en plus rares, - les mers se vidant de plus en plus,- et, au point que, d'un autre côté, l'existence économique de biens de pêcheurs est en danger. Envoyer plus de bateaux ne ferait qu'accroître le problème.

Voilà un problème réel que l'on peut résumer avec Carl Safina comme suit : *“The 19th-century naturalist Jean-Baptiste Lamarck is well known for his theory of the inheritance of acquired characteristics, but he is less remembered for his views in marine fisheries. In pondering the subject, he wrote: “Animals living in... the sea waters ... are protected from the destruction of their species by man. The multiplication is so rapid and their means of evading pursuit or traps are so great, that there is no likelihood of his being able to destroy the entire species of any of these animals.” Lamarck was also wrong about evolution.*

One can forgive Lamarck for his inability to imagine that humans might catch fish faster than these creatures could reproduce. But many people – including those in profession focused entirely on fisheries – have committed the same error of thinking. These mistakes have reduced numerous fish populations to extremely low levels, destabilized

marine ecosystems and impoverished many coasted communities. Ironically, the drive for short-term profits has cost billions of dollars to business and taxpayers, and it has threatened the food security of developing countries around the world."

Ce sujet est trop vaste pour être traité dans tous ses détails. Toutefois, en recourant comme souvent à une métaphore, nous allons mettre en évidence la cause clé, la logique sous-jacente à ce phénomène préoccupant tout en traçant des éléments de solution possibles.¹

- Deuxièmement, le modèle permet de ce faire, en général, avec l'outil du raisonnement économique et, en particulier, avec l'outil de la théorie des jeux développée au chapitre quatre, illustrant par ce biais l'utilité de cette branche de la théorie économique.
- Troisièmement, le modèle contribue – au-delà de la problématique précise sous revue - à saisir conceptuellement l'émergence, les rôles et fonctions, et donc l'importance notamment économique de l'instrument juridique de la propriété privée et, au deuxième degré, de l'institution appelée « *Etat* ».

4.1. La problématique. Accès libre et ressource naturelle conditionnellement reproductible

Soit un lac qui contient 50 poissons. Les poissons sont distribués à tout instant dans le lac de façon uniforme.

Il existe deux pêcheurs indépendants, P_1 et P_2 , qui ont un accès libre à ce lac, c'est-à-dire qui ne sont soumis à aucune contrainte de quelle que nature qu'elle soit dans leur activité de pêche. Chaque pêcheur peut pêcher où et quand il veut et autant qu'il peut.

Les deux pêcheurs sont également habiles à la pêche, disposent des mêmes équipements et cherchent chacun à maximiser sa propre prise.

Nous supposons que les deux pêcheurs vivent chacun deux périodes, t_1 et t_2 , et le savent².

De façon plus générale, notre modèle porte sur deux périodes t_1 et t_2 . Il n'y a pas d'après t_2 et tout le monde le sait. Ceci est la façon la plus simple d'introduire le temps.

Les poissons sont une ressource naturelle biologique conditionnellement reproductible, c'est-à-dire la reproduction des poissons dans le temps n'est assurée qu'à condition que la population des poissons à aucun moment ne

¹ cf. les exercices relevant de la problématique en question.

² Supposer que chaque pêcheur vive deux périodes est la façon la plus simple d'introduire la dimension « *temps* ».

passer sous un certain niveau. Si tel est le cas, les poissons ne pourraient plus produire de poissons.

Pour capter l'essentiel de cette problématique dans le cadre de notre modèle en deux périodes, nous supposons qu'il existe un seuil minimal de reproduction en ce sens que si à la fin de la première période le nombre de poissons non pêchés tombe au-dessous de ce seuil, la reproduction n'est plus assurée pour la deuxième période. Nous supposons que ce seuil est égal à $\frac{3}{5}$ de la population initiale.

Pour simplifier les développements, l'on suppose que si ce seuil n'est pas respecté, c'est-à-dire si à la fin de la première période le nombre de poissons est inférieur à $\frac{3}{5}$ de la population initiale, il n'y aura en deuxième période plus aucun poisson.

Si par contre le seuil est respecté à la fin de la première période, il y aura de nouveau 50 poissons en deuxième période. Ce seuil étant égal à 30 poissons ($\frac{3}{5} \cdot 50$), son respect en première période impliquerait que la quantité de poissons pêchés en première période ne dépasserait pas le nombre de 20.

Il convient de bien avoir à l'esprit les deux caractéristiques clés de ce problème.

D'abord, le libre accès, c'est à dire qu'il n'existe aucune règle de quelle que nature que ce soit quant à l'accès de chacun des deux pêcheurs aux poissons du lac.¹

Ensuite, l'existence d'une ressource conditionnellement reproductible, c'est-à-dire d'une ressource dont la consommation aujourd'hui n'en fait pas diminuer la quantité totale disponible demain à condition toutefois que la consommation de chaque période ne dépasse pas un certain niveau par rapport au « *stock* » existant de la période.²

La question est de savoir quel comportement chacun des deux pêcheurs va adopter compte tenu de son objectif et du cadre économique, biologique et institutionnel dans lequel il doit opérer.

Deux pêcheurs, également habiles et à équipements identiques, sont en concurrence, ils vivent chacun des revenus d'une ressource naturelle demandée par les consommateurs³, cette ressource étant conditionnellement reproductible et l'accès à cette ressource étant libre.

¹ On conçoit d'ailleurs facilement que dans un tel cas de figure, le risque serait grand qu'il s'installerait un régime reposant sur la force, la loi du plus fort. Nous excluons un tel scénario.

² Il arrive qu'il est distingué entre « *stock* » et « *fonds* ». Si les poissons constituaient un stock au sens stricte du terme, on pourrait pêcher lors de la première période une quantité $x_1 \geq 0$ et en deuxième période une quantité $x_2 \geq 0$ telle que $x_1 + x_2 = 50$. Tel n'est pas le cas. Les poissons constituent plutôt un fonds en ce sens que pour avoir une certaine quantité $x_2 > 0$ en deuxième période, il faut que $x_1 \leq 20$. D'où, on aura $x_1 + x_2 = 70$ si $x_1 \leq 20$ et $x_1 + x_2 = 50$ si $x_1 > 20$. Ceci dit, nous allons continuer à utiliser le concept de « *stock* ».

³ qui vivent également deux périodes

Tout compte fait, on est confronté à une situation qui se prête à une analyse sur la base de la théorie des jeux.

Il y a 2 acteurs (joueurs), chacun devant indépendamment et dans un contexte de rivalité prendre une décision quant à la quantité à pêcher en première période tout en sachant que la quantité qu'il réussira finalement à pêcher en première période et en deuxième période dépend autant de la décision de l'autre, son concurrent, que de la sienne.

4.2. 'Tragedy of the oceans', un autre exemple de 'Tragedy of the commons'

Nous considérons, toujours pour simplifier, que chaque pêcheur peut choisir en première période, entre deux stratégies :

- Une stratégie S_1 qui consiste à pêcher de façon à assurer la reproduction de l'espèce, c'est-à-dire qui consiste à ce qu'un pêcheur va s'efforcer et réussir à pêcher, en principe, en première période la moitié de la quantité totale qui peut être pêchée sans que le seuil de reproduction ne soit affecté (stratégie que l'on peut appeler « *stratégie douce* », « *stratégie coopérative* » ou « *stratégie soutenable* »).
- Une stratégie S_2 qui consiste à pêcher autant que l'on peut en première période (prendre autant que l'on peut aussi rapidement que possible) (stratégie que l'on peut appeler « *stratégie agressive* », « *stratégie non coopérative* » ou « *stratégie non soutenable* »).

Il existe a priori quatre combinaisons de stratégies possibles :¹

- Si les deux pêcheurs choisissent chacun S_1 , ils pourront pêcher chacun 10 poissons en première période. La quantité totale pêchée sera de 20. Il reste donc $\frac{3}{5}$ de la population initiale. En conséquence, le seuil de reproduction est respecté et on aura de nouveau 50 poissons en deuxième période.

Comme l'horizon sous analyse ne porte que sur deux périodes, les deux pêcheurs ont intérêt à pêcher en deuxième période autant qu'ils peuvent, ce qui fait 25 poissons par pêcheur.²

En tout, chaque pêcheur en choisissant S_1 peut sur les deux périodes pêcher ensemble 35 poissons ($10 + 25$)³.

¹ Cette analyse est simplifiée.

² On a introduit le temps par l'hypothèse qu'il y a deux périodes. En supposant qu'il n'y en a que deux, on a simplifié l'analyse.

³ On suppose que chaque pêcheur et les consommateurs soient indifférents entre disposer d'un poisson en première période ou disposer d'un poisson en deuxième période. Cette hypothèse permet d'ajouter les quantités de poissons de la première et de la deuxième période. Par ailleurs, nous faisons abstraction de considérations de prix.

- Si les deux pêcheurs suivent chacun S_2 , ils finiront par pêcher chacun 25 poissons en première période, mais il n'y aura plus de poissons en deuxième période. Le nombre total pêché par chaque pêcheur sur les deux périodes sera dès lors égal à 25 (25+0).
- Si un pêcheur suit la stratégie S_1 , disons le pêcheur P_1 , et l'autre S_2 , alors P_1 aura 10 poissons en première période et P_2 , qui pêchera sans limite, en aura 40. En deuxième période, il n'y aura plus de poissons. Le même raisonnement s'applique, mutatis mutandis et par symétrie, à la combinaison (S_2, S_1) .

La matrice de jeu ci-après résume les différentes issues possibles:

	P_2	S_1	S_2
P_1			
	S_1	(35,35)	(10,40)
	S_2	(40,10)	(25,25)

Force est de constater que pour chaque pêcheur, la stratégie S_2 constitue une stratégie dominante.¹

Chaque pêcheur constate que peu importe le choix de l'autre, il a toujours intérêt à choisir S_2 .

En effet, chaque pêcheur, disons pour les besoins du raisonnement, le pêcheur P_1 , constate que si P_2 choisissait S_1 , il aurait intérêt à choisir S_2 et si P_2 choisissait S_2 , il aurait intérêt à choisir S_2 . Donc P_1 , qui est, par hypothèse, instrumentalement rationnel et qui cherche à maximiser sa prise sur les deux périodes, va conclure avoir intérêt à choisir S_2 . Comme P_2 fait exactement le même raisonnement, les deux vont finir par choisir chacun S_2 .

Ce raisonnement est théoriquement cohérent et empiriquement possible, voire probable.

Changeons toutefois quelque peu d'optique pour voir la robustesse de la conclusion dégagée.

Admettons que chaque pêcheur passe en revue ses stratégies tout en s'interrogeant par rapport à chacune de celles-ci quelle stratégie constituerait la meilleure réponse de l'autre pêcheur. Soit P_1 . Il se dit que s'il choisissait S_1 , P_2 aurait intérêt à choisir S_2 . Et s'il choisissait S_2 , P_2 aurait intérêt à choisir S_2 . Donc, P_1 est amené à conclure que, peu importe son choix, P_2 lui devrait choisir S_2 .²

¹ cf. le chapitre 3 pour le concept de « stratégie dominante »

² Finalement, notons que, en suivant une stratégie de prudence, P_1 (P_2) va constater que s'il choisissait S_1 , son résultat le moins élevé risquerait d'être 10 et s'il choisissait S_2 , son résultat le moins élevé risquerait d'être 25. Par conséquent, sur la base d'un tel raisonnement, en minimisant le risque, on aurait de nouveau que P_1 (P_2) choisirait (25>10) S_2 .

Si P_1 est instrumentalement rationnel, il va en conclure qu'il a intérêt - sur la base de son anticipation que P_2 va choisir en toute occurrence S_2 - à choisir également S_2 . Et, par un tel raisonnement du deuxième degré, on aboutit au même résultat que précédemment.

Autrement dit, chaque pêcheur sait que s'il se comporte aujourd'hui de façon à préserver la ressource pour demain, celle-ci risque de ne plus être là demain dans la mesure où l'autre pêcheur a intérêt à profiter de sa retenue et il n'existe aucune garantie que protégerait sa retenue.

Chaque pêcheur, avec en ligne de mire son concurrent, perçoit donc son choix comme se posant entre 'pêcher peu aujourd'hui (10) et rien demain' et 'pêcher un peu plus aujourd'hui (25) et ne pêcher rien demain'. Il se développe un 'race to fish', le raisonnement de chaque acteur se réduisant à la formule « *ce que je ne pêche pas moi, un autre le fera, donc autant le faire moi-même* ».

Nous pouvons donc conclure, sur la base des raisonnements qui précèdent, que chaque pêcheur est amené, incité à choisir la stratégie S_2 .

Le choix par chaque pêcheur de la stratégie S_2 fera que les deux finissent par se retrouver dans une situation qui n'est pas efficiente en ce sens que le résultat (35 ; 35) correspondant à (S_1, S_1) aurait constitué une situation bien meilleure pour chacun (et pour la société toute entière).¹ La combinaison (S_2, S_2) constitue un équilibre en stratégies dominante et, partant, est également un équilibre de Nash.

Donc, la quantité totale de poissons pêchés sur les deux périodes ne sera donc pas de 70, mais uniquement de 50. Les pêcheurs pêcheront moins sur les deux périodes et, partant, les consommateurs pourront également consommer moins sur ces mêmes deux périodes. Tout le monde est perdant. Qui plus est, en deuxième période, il n'y aura tout simplement plus de poissons.

Le tableau ci-après résume les deux situations, celle qui se réalise, à savoir le choix par chacun de la stratégie agressive S_2 (S_2, S_2) et celle qui ne se réalise pas (S_1, S_1), à savoir le choix par chacun de la stratégie soutenable.

	P_1		P_2		Pêche totale		
	t_1	t_2	t_1	t_2	t_1	t_2	$t_1 + t_2$
(S_2, S_2)	25	0	25	0	50	0	50
(S_1, S_1)	10	25	10	25	20	50	70

L'on assiste donc à une surexploitation (« *overfishing* ») en première période de la ressource naturelle (qui est même telle que l'espèce est éteinte en deuxième période) avec pour conséquence que la production totale sur les deux périodes ($50=50+0$) sera inférieure à la production totale possible ($70=20+50$).

Le corollaire de cette exploitation excessive à court terme, donc de la sous-production sur l'entièreté des deux périodes est une sous-consommation

¹ (S_2, S_2) n'est pas efficient au sens de Pareto. (S_1, S_1) par contre l'aurait été.

sur l'ensemble des deux périodes, résultant d'une consommation nulle en deuxième période, due à l'extinction pure et simple de la ressource naturelle « poisson » à la fin de la première période.¹

Notons que dans le scénario, qui sous les conditions développées, ne se réalise pas, du choix par chacun de sa stratégie soutenable, l'on pêcherait en première période « seulement » 20 poissons d'un stock existant de 50 poissons, soit en ferait une non consommation, une épargne de 30 poissons pour en avoir en deuxième période en tout 50. On ferait une épargne de 30 poissons en première période qui générerait 50 poissons en deuxième période, soit on aurait la relative $50=30 \cdot (1+r)$ avec $r = \frac{2}{3}$, où r peut être considéré comme le taux de rendement de l'épargne. Autrement dit, pour un poisson non consommé, on finira par en avoir $\frac{5}{3}$ par après.

Cette problématique est un exemple du problème de la 'Tragedy of the Commons' (cf. 3.3.1), aussi appelée, dans le contexte sous revue, 'Tragedy of overfishing'.

Une de nos hypothèses de départ a été que chaque pêcheur dispose du même équipement. On peut laisser tomber cette dernière hypothèse – que l'équipement est une variable exogène – et faire de l'équipement une variable endogène au modèle en ce sens que l'équipement n'est pas supposé donné mais qu'il est traité comme relevant des choix mêmes des pêcheurs.

En ce faisant, on peut pousser l'analyse une étape plus loin pour montrer qu'il existe également un risque de surinvestissement par les pêcheurs, c.-à-d. que l'on aboutisse dans une situation où l'on finisse non seulement par pêcher moins que la quantité maximale possible sur les deux périodes, mais où ce résultat inefficent en termes d'output, de surcroît s'accompagne d'un recours à une quantité de biens de capitaux supérieure à celle qui aurait été optimale dans le cas où il n'y aurait pas eu surexploitation. L'on peut résumer cela par le constat que, du point de vue de la société, on aurait pu avoir plus d'output avec moins d'input.²

Pour illustrer cette dernière affirmation, admettons que la stratégie non coopérative S_2 en fait se décline en deux stratégies différentes, l'une non coopérative et sans investissement dans un bateau plus performant, S'_2 et l'autre non coopérative avec de surcroît un tel investissement, S''_2 . Admettons que S''_2 consiste à pêcher plus intensivement que S'_2 .

Appelons S_1 la stratégie douce, S'_2 la stratégie non coopérative sans investissement et S''_2 la stratégie non coopérative avec investissement.

¹ On suppose que les poissons pêchés ne sont pas stockables. De la sorte, on évite une complication qui toutefois n'impacterait pas, sauf hypothèses « extrêmes » sur les préférences, les conclusions qualitatives.

² Dans une optique dynamique, l'on constaterait qu'avec des biens d'équipements de plus en plus sophistiqués l'on pêcherait de moins en moins.

La matrice précédente se trouvera donc élargie respectivement d'une ligne et d'une colonne.

	P ₂	S ₁	S' ₂	S'' ₂
P ₁				
S ₁		(35 ;35)	(10 ;40)	(5 ;45)
S' ₂		(40 ;10)	(25 ;25)	(10 ;40)
S'' ₂		(45 ;5)	(40 ;10)	(25 ;25)

A titre d'exemple, si un pêcheur, disons P₁, choisit S₁ et l'autre, P₂, choisit S''₂, alors P₂ va encore augmenter, aux dépens de P₁, sa part par rapport au résultat qui se dégagerait si P₁ choisissait S₁, mais P₂ « *seulement* » S'₂, c'est-à-dire la stratégie non coopérative sans investissement supplémentaire.

Il en ressort que S''₂ est la stratégie dominante, donc chaque pêcheur non seulement va pêcher agressivement, mais de surcroît sera poussé à faire un investissement qui finit par s'avérer être un pur gaspillage de ressources de production car sans aucun impact sur la quantité qu'il finira par arriver à pêcher par rapport à une approche où les deux auraient choisi l'approche non coopérative sans investissement et, a fortiori, par rapport à la situation où les deux auraient chacun choisi la stratégie coopérative ou soutenable. Donc, non seulement les deux pêcheurs sont-ils poussés à épuiser de par leur comportement la ressource naturelle, mais en ce faisant, ils sont poussés de surcroît à des investissements totalement non productifs.¹

Finalement, il se pose une problématique supplémentaire que nous avons esquivée, à savoir le cadre juridique s'appliquant aux poissons une fois pêchés.

A défaut d'une règle à ce sujet, les deux pêcheurs se trouvent en quelque sorte dans une situation où les poissons que chacun a pêchés continuent à ne faire l'objet d'aucune disposition réglant le droit d'en disposer, donc continuent à être une source conflictuelle d'appropriation en ce sens que chaque pêcheur pourrait p.ex. chercher à s'approprier par la force les poissons pêchés par l'autre, ce qui, ne serait-ce que la menace potentielle permanente que véhiculerait une telle situation, ne serait pas propice au développement de l'activité économique même de la pêche.²

¹ Tout ceci montre que plus de bateaux (donc plus de capital) et plus de pêcheurs (plus de travail) impliquent non pas nécessairement plus de poissons (plus d'output), mais peuvent impliquer moins de poissons, ceteris paribus, ce qui, de surcroît, montre que l'économie n'est pas un système clos qui peut croître sans limite (cf. également chapitre 5). Sur les océans, on constate, à certains égards, le cercle économique et biologique infernal que de plus en plus de matériel de pêche de surcroît de plus en plus sophistiqué finit par arriver à pêcher de moins en moins de poissons.

² Strictement parlant, on aurait dû intégrer cette dimension dans le jeu. Pour simplifier, on en a fait abstraction. Les conclusions ne s'en seraient trouvées que renforcées.

4.3. La propriété privée. Une réponse possible parmi d'autres

Compte tenu du constat précédent que la conservation dans le temps des poissons, ce qui, dans notre modèle, se traduirait par une présence de ceux-ci en deuxième période, n'est pas assurée en accès libre, tout au contraire, il faut maintenant s'interroger s'il peut exister des mécanismes qui permettraient – et que, de surcroît, les pêcheurs pourraient avoir intérêt d'instituer ensemble sur la base d'une décision individuelle et libre de chacun - de dégager ou d'instaurer une coopération entre les pêcheurs et, partant, permettraient de contrer les conséquences collectivement préjudiciables découlant de la logique d'actions individuelles et indépendantes des pêcheurs prises par chacun sur le fond d'une motivation de recherche de maximisation de sa propre pêche.

A cette fin, considérons d'abord la possibilité ci-après.

4.3.1. Mise en place en première période de quotas

Admettons qu'il existe un tiers qui conscient de la problématique propose aux deux pêcheurs l'arrangement suivant :

- 1) Chaque pêcheur s'engage à adopter S_1 en première période et, plus concrètement, de ne pas pêcher plus de 10 poissons en première période.
- 2) Le tiers s'investit et est investi d'une fonction de contrôle, de surveillance, de « *monitoring* » du respect par chacun des deux pêcheurs de son engagement.
- 3) Le tiers s'investit et est investi d'une fonction de « *monopole de la force* » qui lui permet de sanctionner un pêcheur s'il ne respecte pas son engagement, la sanction consistant à prendre 20 poissons à celui qui viole l'engagement pour les donner à celui qui respecte son engagement.
- 4) En contrepartie de ses services prestés, si l'offre est acceptée, le tiers obtient de chaque pêcheur, si nécessaire, par prélèvement forcé, 3 poissons au début de la première période.

Les deux pêcheurs ont-ils chacun intérêt à accepter librement cette offre, voire auraient-ils chacun individuellement intérêt à solliciter une telle offre, qui, par essence, ne deviendrait opérationnelle qu'une fois acceptée individuellement par chacun ?

Construisons la nouvelle matrice de jeu à laquelle seraient confrontés les deux pêcheurs en cas de l'existence et de l'acceptation par eux de cette offre :

P ₂	S ₁	S ₂
P ₁		
S ₁	(35-3=32 ; 35-3=32)	(10-3+20=27 ; 40-3-20=17)
S ₂	(40-3-20=17 ; 10-3+20=27)	(25-3=22 ; en 25-3=22)

Partant, confronté à la possibilité institutionnelle de cette offre, chaque pêcheur doit maintenant décider s'il préfère la situation initiale (représentée par la matrice de la section 4.2) ou la nouvelle situation (représentée par la matrice ci-dessus), c'est-à-dire il doit décider dans quelle situation de jeu il vient se retrouver.¹

Chacun des deux constatera que sous la nouvelle situation (avec un quota et le contrôle du tiers), sa stratégie dominante serait S₁, donc qu'il aurait intérêt à choisir S₁, que l'autre respecte l'engagement ou non. Il constate que tel est également le cas de l'autre pêcheur.

Les deux pêcheurs constatent donc que le résultat final qui se dégagerait en présence du tiers serait (32, 32) découlant du couple de stratégies (S₁, S₁).

Comparant le résultat probable en l'absence du tiers, (25, 25) à celui en présence du tiers (32, 32), les deux pêcheurs vont chacun conclure avoir individuellement intérêt à accepter l'offre du tiers. Chacun va l'accepter sans même qu'il ne doit y avoir forcément concertation entre les deux, chacun sachant d'ailleurs que, si contre toute attente, l'autre n'accepterait pas, de toute façon on reste dans la situation de départ.

En fait, le tiers (qu'on pourrait appeler « *entrepreneur public ou politique* ») remplit une fonction de coordination rendant la coopération entre les acteurs aux yeux de ceux-ci à la fois souhaitable et réalisable.

La coordination s'accompagne, d'un côté, d'un avantage, qui consiste précisément dans l'amélioration de la situation des deux de par le choix (S₁, S₁), et, d'un autre côté, d'un « coût », les ressources absorbées par le mécanisme de la coordination et de contrôle². Nous venons de voir que pour un coût de la coordination par pêcheur égal à 3, le gain brut, pour chacun, en l'occurrence 10, dépasse ce coût en question, ce qui laisse à chacun finalement un plus de poissons de 7.

Interrogeons-nous maintenant de façon plus générale, premièrement, sur le niveau du coût à partir duquel les acteurs préfèrent ne pas recourir à la fonction de coordination et, deuxièmement, sur le niveau de la sanction minimale pour que l'offre de coordination et de contrôle puisse effectivement dégager son effet qui est de pousser, d'inciter chaque pêcheur à individuellement choisir S₁.

¹ Techniquement, on pourrait analyser cette problématique en liant les jeux par un recours au concept des jeux séquentiels.

² Ce coût, si le tiers est l'Etat, peut être couvert sous la forme d'un impôt. Cet impôt n'est rien d'autre qu'un prélèvement sur la production, prélèvement indispensable à « financer » la mission, telle que définie, à accomplir par l'Etat.

Force est de constater que si le coût de la coordination par pêcheur, désignons-le par r , est tel que $35 - r < 25$, c.-à-d. si $r > 10$, alors la coordination coûte à chaque pêcheur plus qu'elle ne lui rapporte et les deux pêcheurs vont préférer la situation d'absence de coordination par le tiers qui débouche sur (S_2, S_2) avec $(25, 25)$ à celle d'un tiers assurant la coordination qui tout en débouchant sur (S_1, S_1) dégage un résultat qui est inférieur au résultat de la situation non coopérative.

Dans ce dernier cas, les deux pêcheurs ne vont pas accepter l'offre du tiers parce qu'ils doivent « payer » trop (sacrifier trop de poissons) pour la fonction de coordination¹.

A partir du moment où r est tel que le recours au tiers est dans l'intérêt des deux pêcheurs², il se pose encore la question du niveau de la sanction. Celle-ci doit être telle pour que par la seule menace de son exécution, les acteurs aient intérêt à adopter un comportement visant à l'éviter.³

Dans ce contexte, rappelons que la certitude que la sanction sera exécutée, si le fait générateur de celle-ci est réalisé, a pour effet que les acteurs vont déterminer leur choix en prenant en compte l'existence et les conséquences d'une telle sanction. Ils vont donc décider dans « l'ombre de la sanction ».

¹ Ici, il se pose une question économique intéressante. La situation (S_2, S_2) se caractérisant par une pêche totale de 50 sur les deux périodes devient-elle maintenant une situation optimale ou est-ce que la situation, qui ne se réalise pas, de par une rémunération trop élevée, d'une pêche de 70 poissons sur les deux périodes où 20 poissons ou plus servent à « financer » la fonction de coordination, est-elle préférable?

Approfondissons cette interrogation. Supposons à cette fin que $r=11$, donc à un niveau qui fait que ni P_1 ni P_2 ont intérêt à accepter l'offre, puisque $(S_2, S_2) = (25, 25) > (S_1, S_1) = (35-11=24, 35-11=24)$.

Toutefois, force est de constater que si le service était offert par le tiers, 70 poissons seraient pêchés sur les deux périodes, dont 22 (2*11) reviendraient au tiers, ce qui laisserait 48 (2*24) aux deux pêcheurs.

Si on se limite au seul point de vue de P_1 et P_2 , il est clair que la situation initiale est préférable, car chacun se trouve mieux sans le service du tiers, trop cher, qu'avec ce service. Par contre, si on change d'optique en incluant le tiers (Z), les choses sont moins évidentes. Si p.ex. le tiers était un chômeur, lui préférerait avoir un emploi consistant à rendre le service de contrôle. Si on appliquait le critère de Rawls (cf. chapitre 2), à savoir favoriser le moins bien loti, alors on devrait s'exprimer pour la situation avec le contrôle puisque le tiers, qui est le plus pauvre, se trouve mieux s'il peut offrir le service que si la situation de départ persiste où il reste en chômage.

En effet, regardons la situation des trois, les deux pêcheurs P_1 et P_2 et le tiers, Z

	P_1	P_2	Z	total
sans service	25	25	0	50
avec service	24	24	22	70

Si le passage de la situation « sans service » à la situation « avec service » est une détérioration pour P_1 et P_2 et donc pas une amélioration au sens de Pareto (dans l'optique des deux pêcheurs), le passage se recommande toutefois du point de vue du critère de Rawls puisque le moins bien loti au départ est le tiers et celui-ci verrait son sort amélioré par le passage, tout en restant le moins bien loti. (Analyser ce qui se passerait si r était égale à 12).

Si maintenant le tiers n'était pas au chômage et n'avait pour seule alternative à la coordination le métier de la pêche, il ne ferait que, en se consacrant à la pêche, augmenter le problème de surexploitation. Par contre, en se consacrant au rôle de coordination, il contribuerait à augmenter la productivité de toute la société en ce sens qu'il permettrait, à travers sa fonction de coordination, qu'un total plus élevé de poissons soit pêché, avec, comme corollaire, que par tête, plus de poissons pourraient être consommés. Si, par contre, il aurait à côté de la pêche et la fonction de coordination une ou d'autres alternatives, tout dépendrait du fait si parmi ces dernières alternatives, il y aurait une où il pourrait encore être plus 'utile' qu'en remplissant la fonction de coordination.

² Notons que « r » ne doit pas être forcément constant dans le temps. De nouvelles technologies peuvent « faciliter » le contrôle et, partant, avoir un impact de réduction de r .

³ cf. les développements au chapitre 3

Désignons cette sanction par s . Il faut donc que la sanction soit telle qu'un acteur perçoive S_1 comme sa stratégie dominante.

Pour que tel soit le cas, il faut que l'on ait simultanément que $35-r > 40-r-s$ et que $10 - r + s > 25 - r$. Après simplification, cela donne $35 > 40 - s$ et $10 + s > 25$ c.-à-d. que $s > 5$ et $s > 15$.

Ces deux conditions devant être simultanément remplies, il résulte que la sanction doit être supérieure à 15. Si le tiers leur explique qu'il applique p.ex. une sanction de 16, ils savent tous les deux (a) qu'elle serait exécutée si nécessaire, (b) que personne n'a intérêt à ce qu'elle soit exécutée et que, partant, (c) chacun va être incité à choisir individuellement S_1 .

Il s'ensuit que chaque pêcheur va accepter l'offre du tiers.

Nous pouvons donc conclure qu'il faut que simultanément $r < 10$, pour que le recours au tiers soit a priori dans l'intérêt individuel de chacun des deux et qu'il faille, pour que l'objectif (S_1, S_1), à travers l'intervention du tiers, soit effectivement atteint, que $s > 15$.¹

Tout ceci constitue une sortie possible de ce problème². Mais on peut en envisager une deuxième.

¹ Notez que si la sanction se situe entre 5 et 15, elle change également le jeu du type dilemme du prisonnier, celui devenant un jeu du type stag hunt. Ce n'est toutefois qu'à partir d'un niveau de 15, que le changement du jeu initial est tel que la « coopération » devient une stratégie dominante. Par ailleurs, réfléchissez s'il existe une limite supérieure que la sanction ne devrait pas dépasser. cf. à ce sujet le chapitre 3.

² Refaites, à la lumière de la note de bas de page 1 de la page précédente, les raisonnements ci-dessus en supposant qu'il y ait 3 pêcheurs. Montrez que les trois pêcheurs peuvent avoir intérêt, sous des conditions à préciser, à ce que l'un d'eux renonce à pêcher pour remplir la fonction de coordination et montrez que cela peut se faire de sorte à ce que chacun des trois se trouvera dans une meilleure situation par rapport à l'état de départ où les trois se consacraient à la pêche. On n'a plus besoin d'introduire l'autorité de contrôle « de l'extérieur », mais c'est la société (c'est-à-dire les 3 pêcheurs) elle-même qui est incitée à s'organiser de la sorte et à mettre en place une nouvelle division du travail, caractérisée par le fait que l'un des trois individus se retire de l'activité de la pêche pour exercer la fonction de coordination qui est bénéfique à tous. On peut donc expliquer l'émergence de l'Etat ou, si vous voulez, l'émergence d'un « contrat social » - au sens p.ex. de Hobbes - comme un processus endogène au fonctionnement de la société, les membres de cette dernière ayant intérêt à disposer et, partant, à ensemble mettre en place une institution, appelée « Etat » qui, à travers sa seule existence et présence, amènera les acteurs à précisément adopter des comportements de coordination et de coopération.

Reprenons dans ce contexte l'anecdote suivante racontée par Kenneth Shepsle: "... there is the (no doubt apocryphal) story about a proper British lady who visited China in the late nineteenth century. She was shocked and appalled upon noticing teams of men pulling barges along the Yangtze River, overseen by whip-wielding masters. She remarked to her guide that such an uncivilized state of affairs would never be tolerated in modern societies like those in the West. The guide, anxious to please in any event but concerned in the present circumstance that his employer had come to a wildly erroneous conclusion hastily responded. "Madame, I think you misunderstand. The man carrying the whip is employed by those putting the barge. He noticed that it is generally difficult, if you are pulling your weight along a two path, to detect whether any of your team members are pulling theirs, or, instead whether they are free-riding on your labors. He convinced the workers that his entrepreneurial services were required and that they should hire him. For an agreed-upon compensation, he monitors each team member's effort level whipping those who stick in their responsibilities. Notice, Madame, that he rarely ever uses the whip. His mere presence is sufficient to get the group to accomplish the task." (Analyzing Politics, Norton, 2010, second edition, p. 288)

4.3.2. La propriété privée

4.3.2.1. PASSAGE A UNE SITUATION DE DROITS DE PROPRIETE

Supposons cette fois-ci que le lac soit formellement partagé en deux parties égales, c'est-à-dire que l'on passe d'un accès libre total pour les deux pêcheurs à l'ensemble du lac et à ses ressources à un accès exclusif pour chaque pêcheur à une moitié du lac, donc à une situation de droits de propriété privée.

Dans le chef de chaque pêcheur, la partie du lac sur laquelle il a un droit de propriété privée exclusif – donc un usage privatif, y compris sur les poissons localisés dans sa partie du lac et qui sont sa propriété avant même qu'ils ne soient pêchés –, devient un actif économique qu'il peut utiliser de façon productive, ce qui dans le contexte du présent exemple signifie, maximiser le rendement sur l'ensemble du laps de temps relevant, donc sur les deux périodes.

Soit un pêcheur quelconque disons P_1 . Il a deux possibilités.

Soit pêcher en première période tous les poissons dans la partie du lac qui lui appartient, ce qui lui donnera 25 poissons.

Soit chercher à conserver l'espèce en première période pour disposer d'un stock de poissons à pêcher en deuxième période. Dans ce dernier cas, et en supposant que le seuil de reproduction soit toujours¹ de $\frac{3}{5}$, cette fois-ci du stock de poissons dans une partie du lac, il pourrait pêcher en première période 10 poissons et en deuxième période 25, ce qui donnerait en tout 35 poissons.²

Confronté à un tel choix, il n'y a pas d'hésitation. Chaque propriétaire-pêcheur a intérêt à choisir en première période la pêche modérée. Cette modification du choix découle exclusivement du passage d'un libre accès à un régime de propriété privée.

¹ Dans un souci de ne pas inutilement compliquer le modèle et les raisonnements.

² Les poissons étant uniformément répartis dans le lac, il s'ensuit que l'on peut considérer que dans chacune des deux de dimension égale, l'on trouve la moitié du stock total de poissons, donc 25 par partie.

D'un libre accès de tous au lac, l'on passe à une situation où chacun a un accès exclusif à une partie du lac. Ce passage d'un 'tout partagé' à des 'parties non partagées' comporte l'assurance que les fruits de la retenue auto-imposée – la quantité non pêchée de la première période égale à 15 (il pêche 10 au lieu de 25) - qui se traduisent en deuxième période par l'existence de 25 poissons dans chaque domaine exclusif, reviennent exclusivement et sûrement à celui qui a initialement consenti le sacrifice.¹

En décidant de laisser en première période 15 poissons dans sa partie du lac, le pêcheur pose un acte de non consommation, un acte d'épargne, dont la contrepartie automatique et logique, dans ce modèle, est un acte d'investissement en fin de première période, en l'occurrence égal aux 15 poissons non pêchés.

La conséquence de cet acte d'investissement est la présence de 25 poissons en deuxième période, ce qui correspond à un retour physique de son investissement initial de 15 poissons égal à 25 poissons, soit un rendement r de l'investissement par définition égal à l'épargne, tel que $25=15 \cdot (1+r)$, soit $r = \frac{10}{15} = \frac{2}{3} = 66,66\%$.

On pourrait dire que le taux d'épargne est de $\frac{15}{25}$, soit $\frac{3}{5}$, et que le taux de rendement de l'épargne est de $\frac{3}{2}$.

Qui plus est, et dans une optique dynamique, cela peut pousser chaque propriétaire-pêcheur à l'introduction d'innovations technologico/biologiques augmentant à travers le temps le stock de poissons, ou même à développer une véritable ferme d'élevage, donc faire de l'aquaculture.²

En libre accès, où chacun choisit la stratégie agressive, de tels investissements ne seraient tout simplement pas faits, chacun sachant qu'il ne bénéficierait d'aucun rendement puisqu'en deuxième période il n'y aurait plus de poissons.

Par contre, si chacun est assuré qu'il peut récolter en deuxième période les fruits de son investissement visant à accroître en deuxième période les poissons, il est incité à procéder à un tel investissement.

Observons également que, du point de vue du seul souci d'assurer une pêche totale maximale de 70 poissons dans le lac sur les deux périodes, on aurait également pu atteindre ce résultat en donnant l'ensemble du lac en propriété à un seul pêcheur.

¹ Ici également, il ne faut pas perdre de vue que la mise en place des droits de propriété et leur contrôle s'accompagnent d'un coût. En fait, cette solution n'est pas tellement différente de celle de la section précédente. Dans les deux cas de figure, l'accès aux poissons de chaque pêcheur est limité. Dans le premier cas, cette contrainte est réalisée par le mécanisme contrôle/sanction qui incite chacun à s'imposer une restriction quant au niveau de la quantité pêchée, dans le deuxième cas, elle est réalisée à travers l'interdiction d'accès pour chaque pêcheur à la moitié des poissons à travers une division juridique du lac en deux parties égales et l'existence d'un système de contrôle et de sanctions en relation avec les droits de propriété. Ceci dit, la propriété privée donne plus de degrés de liberté aux pêcheurs qu'un système de quota.

² cf. exercice 18 ci-après.

Outre le fait évident que les deux allocations en question du lac (tout le lac à un pêcheur vs à chaque pêcheur une moitié du lac) ne seraient pas neutres du point de vue équité, elles ne le seraient pas forcément non plus du point de vue de l'efficience.

Si, structurellement, les deux solutions se ressemblent, elles déboucheraient toutefois sur des formes de marché différentes. Dans le cas où tout le lac appartiendrait à une seule personne, celle-ci pourrait devenir un monopoleur de poissons. Dans le cas où il serait partagé en deux, on aurait un duopole, donc une certaine concurrence. Dans ce dernier cas, on pourrait s'attendre à ce que la quantité pêchée serait plus élevée et le prix moins élevé qu'en monopole. Cette analyse dépasse toutefois notre modèle qu'on a limité à des considérations de rendement physique.¹

Cet exemple de la pêche, de nouveau, a illustré un enseignement que nous avons rencontré à de multiples reprises lors des chapitres précédents. Un défi de toute société consiste à édicter des règles qui sont telles que tout acteur concerné se trouve, ipso facto, incité à adopter un comportement contribuant à ce que se réalise le résultat qui est dans l'intérêt de chacun, donc y compris le sien, mais qu'aucun acteur à lui seul ne pourrait établir de son seul effort.

Dans ce contexte, nous pouvons encore préciser le concept utilisé souvent à tort et à travers, de « *développement durable ou soutenable* » (« *sustainable development* », « *nachhaltige Entwicklung* »).

Sur le plan des ressources naturelles conditionnellement reproductibles, cela signifie qu'il faut exploiter ces derniers de la sorte à ce que le volume exploité à un moment donné est tel qu'il permet une régénération continue de la ressource dans le temps, donc de la sorte à ce que l'utilisation à chaque moment donnée est telle que cette exploitation permettra d'assurer une exploitation pour chaque moment futur, donc aussi bien par la génération existante que par les générations futures.^{2 3}

¹ cf. note de bas de page 1 au début de la section 3.2. Les choses, économiquement, se compliqueraient encore si la pêche se caractérisait par des rendements croissants. Dans ce cas, et, ceteris paribus, un seul pêcheur pourrait pêcher les 70 poissons avec un coût total inférieur au coût total de deux pêcheurs, qui pêcheraient chacun 35 poissons. Tel serait le cas si p.ex. un bateau pour l'ensemble du lac suffisait alors qu'en présence de deux pêcheurs indépendants, il y aurait deux bateaux. De façon plus générale, notons qu'une métaquestion économique est quelle serait la parcellisation optimale du lac. Répondre à cette question passe par une prise en considération des conditions de coût et au-delà, de considérations quant au nombre d'offreurs (ou plus exactement de type de marché). Intuitivement, si ceteris paribus, on peut hésiter économiquement à ce qu'il n'y aurait qu'un seul propriétaire, l'on peut également douter d'une solution où il y en aurait « *beaucoup* » en ce sens que chacun n'aurait qu'une très petite parcelle. Cette dernière intuition nous ramène à la discussion de la « *tragedy of the anti-commons* » (cf. la fin de la section précédente).

² La définition donnée dans le rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (dit rapport Brundtland) de 1987 se lit comme suit : « *Le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs.* »

³ Qu'en est-il de ressources naturelles non reproductibles ?

4.3.2.2 .LA PROPRIETE EST UN ACTIF ECONOMIQUE

Revenons à nos deux pêcheurs, chacun ayant le droit de propriété sur une moitié du lac. Ce droit de propriété ayant trait à la grandeur physique 'moitié du lac' peut revêtir ou avoir une « valeur » économique. Sa valeur économique est la valeur de l'actif économique « moitié du lac ». Comment peut-on déterminer cette dernière ?

Prenons le pêcheur P₁. La moitié du lac lui appartient sous le couvert d'un droit de propriété. Cette moitié du lac permet de générer 10 poissons en première période et 25 poissons en deuxième période, donc en tout 35 poissons.

Partant, l'on peut dire que ce droit de propriété est un actif économique, qui appartient au patrimoine du pêcheur P₁ et que l'on peut valoriser à 35 poissons. La valeur de ce droit de propriété, exprimée en poissons, n'est donc rien d'autre que le revenu, ici le nombre de poissons, que permet de générer cet actif en question sur les deux périodes qui constituent notre horizon temporel.¹ Si le pêcheur établissait un bilan, il pourrait mettre à l'actif le poste « propriété de la moitié du lac » et « chiffrer » cet actif à 35 poissons.

Il importe de noter que c'est le flux de revenus futurs, ici les poissons pêchés en première et deuxième période, qui déterminent la valeur de l'actif économique. Si le lac est la source du « revenu poissons », c'est le « revenu poissons » des périodes t₁ et t₂ qui détermine la valeur de l'actif.²

¹ On rappelle l'hypothèse dans ce modèle simple que chaque acteur est indifférent entre avoir un poisson aujourd'hui ou en avoir un poisson demain. Il n'y a pas de préférence pour le présent. Si tel n'était pas le cas, l'analyse se compliquerait quelque peu.

² De façon plus générale, et en présence d'un taux intérêt i, interrogeons-nous sur la valeur V d'un actif qui générerait à perpétuité, c'est-à-dire pour un nombre infini de périodes, un revenu égal à R unités monétaires (on suppose qu'il n'y ait pas d'inflation) par période. La réponse est que cette valeur est $V = \frac{R}{i}$.

Comment trouve-t-on ce résultat ? Mais il faut d'abord noter que la valeur V d'un actif à la date d'aujourd'hui est donnée par les revenus annuels futurs, actualisés à la date d'aujourd'hui et au taux d'intérêt d'aujourd'hui, donc :

$$V = \frac{R}{1+i} + \frac{R}{(1+i)^2} + \frac{R}{(1+i)^3} + \dots \tag{1}$$

où, en multipliant les deux côtés par (1+i)

$$(1+i) \cdot V = R + \frac{R}{(1+i)} + \frac{R}{(1+i)^2} + \frac{R}{(1+i)^3} + \dots \tag{2}$$

En retranchant (1) de (2), on obtient :

$$(1+i) \cdot V - V = R$$

d'où $V + i \cdot R \cdot V - V = R$

d'où $i \cdot V = R$

et donc, on a que $V = \frac{R}{i}$

Si donc on reçoit chaque année, jusqu'à l'infinie, un revenu de 100 et si le taux d'intérêt i est égal à 5%, alors la valeur actualisée de ce flux est $V = \frac{100}{0,05} = 2.000$. Autrement dit, l'on serait prêt à payer maintenant

2.000 pour obtenir le droit à un revenu annuel de 100 pour une durée infinie. Vous notez que cette valeur est fortement déterminée par le taux d'intérêt. Si ce dernier, à un moment donné, passait à 10%,

le prix que l'on serait prêt à payer diminuerait de 2.000 à 1.000 $\left(\frac{100}{0,1}\right)$. Ce constat explique que le prix

p.ex. de certains instruments financiers, comme les obligations, une fois émis, varie fortement avec les variations du taux d'intérêt, donc augmente si le taux d'intérêt diminue et diminue si le taux d'intérêt augmente.

Admettons encore, pour le besoin de l'analyse, que le pêcheur P_1 , en tout début de la période t_1 , apprenne que pour des raisons de santé, il ne saurait exercer son métier.

Un tel constat ne comporterait toutefois pas sa ruine économique étant donné qu'il détient un droit de propriété, un droit qui a une valeur économique qui réside dans le fait que son actif, la moitié du lac, permet de dégager un revenu dans le temps, en l'occurrence, une prise totale sur les deux périodes, de 35 poissons.

Aussi p.ex. notre pêcheur pourrait-il vendre cet actif (ou le louer), donc céder son droit de propriété à l'autre pêcheur P_2 (on fait abstraction dans ce raisonnement des outils de pêche pour lesquels le raisonnement mutatis mutandis serait le même).

Combien le pêcheur P_2 serait-il prêt à donner au plus pour acquérir le droit de pêcher dans l'autre moitié du lac appartenant à P_1 ? On ne peut pas, dans notre modèle, avec précision répondre à cette question qui a trait à un échange bilatéral.

Ce que l'on peut dire, et c'est amplement suffisant pour les besoins de notre analyse, c'est que P_2 , en tout cas, serait prêt à payer au grand maximum un montant de poissons tout juste inférieur à 35, car sinon il finirait par passer toute sa pêche à P_1 et il n'aurait aucune rémunération de son propre effort et donc pas d'intérêt à acquérir l'actif de la part de P_1 .

Mais peu importe le « *prix précis* » convenu entre les deux. Il reste qu'en cédant le droit de propriété à P_2 , il est assuré que l'actif économique est exploité et que cet actif peut, indépendamment de la maladie de P_1 , générer le « *revenu économique de 35 poissons* », une partie de ce revenu revenant à P_1 , le « *prix de vente* », l'autre partie revenant à P_2 , la rémunération de son activité de pêche (la différence entre la quantité de poissons pêchée et le prix payé en poissons à P_1).

4.3.3. Une autre solution

Sans vouloir pousser trop loin la métaphore de notre lac, on pourrait encore concevoir une autre solution aux problèmes consubstantiels de surexploitation en première période et de sous-consommation sur les deux périodes.

La mention de cette solution a avant tout le mérite intellectuel de bien illustrer où se situe exactement la cause fondamentale de l'overfishing.

Si les deux pêcheurs fusionnaient leurs activités, p.ex. pour constituer une société de capitaux leur appartenant à part égale et gérée ensemble, on ne serait plus en présence de deux entités de pêche différentes, indépendantes et en concurrence, et donc où chacune chercherait à maximiser sa propre quantité pêchée.

Au contraire, on aurait une seule unité de décision cherchant à maximiser le prix, ce qui reviendrait à maximiser la quantité pêchée par la société pour la distribuer par après de façon équitable à ceux qui se partagent la propriété de la société, les deux pêcheurs-actionnaires.

Une telle substitution d'une seule entité décisionnelle aux deux unités de pêche indépendantes permettrait également dans un contexte de libre accès (toujours dans le cadre de notre modèle à deux pêcheurs) d'assurer la pêche maximale. On aurait de la sorte résolu le système sans changer le libre accès, mais en éliminant la concurrence sur le plan de l'accès à la ressource en libre accès, ce qui, somme toute, serait également une solution institutionnelle revenant in fine à « *modifier* » la portée et les conséquences d'un libre accès. Toutefois, en résolvant un problème on créerait un autre, celui de la disparition de la concurrence du côté de l'offre.

Exercices

1. *"The case for regulating fishing is a strong one. Stocks are limited. Fishermen's long term survival in the business depends on stocks being maintained at sustainable levels. But each skipper does not know what those levels might be, or how much others are catching. So he catches as much as he can to beat the next boat. The result is overfishing".*

2. *"Si les baleines étaient des vaches, il n'y aurait probablement pas de problème de préservation de l'espèce".*
Discutez cette affirmation.

3. Que pensez-vous du raisonnement suivant de Cento Valjanowski dans *The Economics of Law. An introductory Text*, The Institute of Economic Affairs, 1990:

"Consider the plight of the African elephant. The regulatory response is to have state-run National Parks and a militia which guns down or is gunned down by poachers. The government can respond to increased poaching (which is a product of the world demand for ivory) by making the penalties for poaching draconian and burning any confiscated ivory. But this in the end only sends the market price of ivory soaring and increases the gains from poaching. An alternative response is to privatize the elephants. If elephants-farms were permitted, normal economic forces would insure that these precious beasts were not poached to extinction."

4. *"How to make hunters think of the future. Like elephants in the African Bush and mahogany trees in the rain forest, fish risk being overexploited because those who hunt see their own interest in taking as many as possible."*

Commentez cette affirmation.

5. *"Les richesses naturelles sont inépuisables... . Ne pouvant être multipliées ni épuisées, elles ne font pas l'objet des sciences économiques."*

Commentez cette affirmation de Jean-Baptiste Say reprise de son Cours d'économie politique pratique, (1828-1830) sans toutefois ignorer le contexte historique dans lequel ces lignes furent écrites.

6. Analysez le texte suivant repris de Gary D. Libecap, *Contracting for Property rights*, Cambridge University Press, 1989

"The losses from common pool conditions in fisheries include declining total catch, falling income for fishermen, overcapitalization through too many vessels and too much gear, and excessive labor input. These losses provide important incentives for fishermen to contract among themselves and with politicians and bureaucrats to reduce fishing in order to bring total catch to more optimal levels."

7. Dans l'exemple de l'« *overfishing* », combien de poissons le tiers peut-il demander au plus à chaque pêcheur pour que ceux-ci aient encore intérêt à accepter son offre?
8. Expliquez le rôle économique de l'interdiction de la chasse pendant une période de l'année.
9. Commentez l'affirmation suivante reprise du 'Der Spiegel', 27 mai 2002: « *Naturparks im Meer würden nicht nur den Meerestieren, sondern auch genau jenen helfen, die bislang am vehementesten dagegen protestieren: den Fischern. Meeresschutzparks sind für Fischer vergleichbar mit Geld auf der Bank, erklärte die britische Biologin Fiona Gell. Fangfreie Zonen schützen die Brutstätten der Fische und versorgen angrenzende Gebiete mit jungen Fischen – so wie ein Sparbuch Zinsen abwirft.* »
10. La population des rhinocéros noirs est tombée dans les pays du Sud de l'Afrique de 65.000 en 1970 à 2.500 au début de ce siècle, ce qui est un désastre écologique. Dans ce contexte, il faut savoir que la corne de rhinocéros peut rapporter 30.000\$ sur le marché dans un pays où le revenu annuel par tête est de 1.000\$.
 - (1) Pourquoi, malgré l'interdiction de chasse, le braconnage prend-il une telle ampleur ?
 - (2) Les rhinocéros sont-ils une ressource inconditionnellement reproductible ?
 - (3) En quoi, a-t-on un feedback positif sur le prix, c'est-à-dire que l'attrait de chasser les rhinocéros augmente avec leur réduction en nombre ?
 - (4) Comment pourrait-on mettre en place une stratégie de conservation efficace de l'espèce ? Dans ce contexte analysez si un rhinocéros noir vaut mieux mort que vivant pour les habitants de ces pays et ce que l'on pourrait faire pour assurer qu'il vaut plus vivant que mort pour les habitants. Dans ce contexte, discutez la possibilité de parcs naturels et les conditions pour que de tels projets puissent donner les résultats escomptés. Que penser dans ce contexte de l'écotourisme ?
11. Analysez le texte ci-après.

„Der Bestand des Sumatra-Nashorns (auf Sumatra) wird nur noch auf 300 geschätzt.

Sumatra-Nashörner haben nur noch einen Feind: den Menschen, seitdem der Tiger auch nahezu ausgerottet wurde.

Begehrt sind nicht nur die Hörner, sondern auch die Hufe, Haut und Knochen als Heilmittel in ganz Ostasien. Die Hörner bestehen aus Keratin, einem harten Protein, das auch in Haaren und Nägeln vorkommt.

Derzeit kostet ein Kilogramm Hornsubstanz auf dem Schwarzmarkt mehr als 15.000 Dollar. Ein lohnendes Geschäft für Wilderer, die nur selten gefasst werden, weil es in den Schutzgebieten nicht genügend Rancher gibt.

Eine weitere Gefahr droht den letzten Sumatra-Nashörnern durch die Holzindustrie. Mittlerweile werden nicht nur die Wälder in den Ebenen abgeholzt, sondern auch im Bergland, dem Lebensraum der Tiere.“ (Welt am Sonntag, 2004)

12. Analysez la validité des affirmations suivantes :

- « Un lac qui ne peut servir uniquement à la pêche de poissons n'a aucune valeur pour quelqu'un qui ne sait pas pêcher. »
- « Une servitude de vue n'a aucune valeur pour un aveugle. »

Avant de chercher à répondre, interrogez-vous sur le terme ici utilisé de 'valeur'.

13. Commentez l'extrait suivant :

„Astrachan, im November. Als Wolodja und Aleksej vor Jahren beschlossen sich berufsmäßig in den illegalen Störfang und das Geschäft mit Kaviar einzuschalten, waren sie ohne Arbeit und arm. Sie waren in der ländlichen Gegend um die alte Handelsstadt Astrachan im Süden Russlands zu Hause und hier hatte der Untergang der Staatsfarmen nur zerstörte Existenzen hinterlassen. Das wenige das sie besaßen hatten sie mit illegalem Fischfang im Wolgadelta verdient.

Es gelang ihnen dennoch Boote, starke Außenbordmotoren zu besorgen. Später kamen Kalaschnikowgewehre und Pistolen zur Ausrüstung der beiden Schwarzfischer (Brakonery) hinzu, weil der Kampf um Störweibchen mit dem kostbaren Rogen in den Bäuchen immer härter und gefährlicher wurde.

Zum Auslegen der Netze ging es nachts auf das Kaspische Meer hinaus. Und wieder bei Nacht fuhren sie, geleitet von „Magellan“, dem elektronischen Ortungsgerät, mit ihren schnellen Booten zu den Netzen zurück um die „Ernte“ einzuholen. Die Störe mussten betäubt und aufgeschlitzt, der Rogen schnell herausgenommen, von den Häuten der Eierstöcke befreit und gesalzen werden. Andernfalls wäre die Ware, der begehrte Kaviar, verdorben ...

Drei Jahre arbeiteten Wolodja und Aleksej in ihrer kleinen Wildergemeinschaft. Jetzt haben sie sich zurückgezogen, weil immer mehr Räuber – Russen, Kalmücken, Dagertaner, Aserbaidshaner, Kasachen und Perser – sich um immer weniger Störe im Kaspischen Meer streiten und die Waffen dabei zunehmend lockerer sitzen ...

Die illegale Jagd auf Störe geht unterdessen unvermindert weiter. Die Brakonery geben dabei auch untereinander kein Pardon. Wer in fremden Wildernetzen räubert wird angegriffen und verfolgt ... Der russische Staat hat sich aus dem Störfang zwar auf internationalen

Druck und in später Einsicht, dass der Raubbau in die Katastrophe führt fast ganz zurückgezogen. Dennoch hat der Bestand der Beluga-Störe, aus dem der beste Kaviar gewonnen wird, innerhalb der letzten fünf Jahre um die Hälfte abgenommen; binnen zwanzig Jahren sogar um neunzig Prozent.“ (FAZ am Sonntag, 5 November 2005).

14. Discutez le cas suivant extrait de Cooter et Uhlen:

“An illustration comes from a study of oyster beds along the Atlantic and Gulf coasts of the United States. At an early stage in their lives, oysters attach themselves permanently to some subaqueous material, such as rock. This attachment makes it possible to imagine defining private property rights in oysters for commercial fishing operators. However, the states along the Atlantic and Gulf coasts that have commercial oyster industries have not settled in a single system of property rights for oysters. Some states have determined that the subaqueous areas where oysters tend to congregate are to be common property for oyster harvesters; any of them may take oysters from those areas and none may exclude another. Other states have held that these areas are to be available for private leasing from the state and that the lessee will have the usual rights to exclude and transfer (with some limitations). The difference allowed Professors Agrello and Donnelly to compare the relative efficiency of the private and commercial property-rights systems. The measure of efficiency they used was labor productivity (output per person-hour in oyster fishing). Their finding was that labor was much more productively employed in the privately leased oyster beds than in the communal beds. Put dramatically, the authors of the study concluded that if all oyster beds had been privately leased in 1969, the average oyster harvester’s income would have been 50% higher than it was. That implies a sizable welfare loss to public ownership.”

15. (i) Commentez l'extrait suivant repris du Monde 2, 26 novembre 2005:

« A ce jour, il reste 17.000 gorilles des plaines (la moitié ont disparu en vingt ans), 700 gorilles des montagnes, 100.000 chimpanzés (leur nombre a diminué de 50% entre 1983 et 2000) entre 10.000 et 40.000 bonobos (100.000 au début de l'année 1980), entre 5.000 et 1.000 orangs-outans vivant en liberté, menacés par le braconnage, la déforestation et les maladies ..., tous les grands singes anthropoïdes disparaîtront avant 2050...

La vraie question de la sauvegarde des grands singes vient de la pauvreté des pays qui les abritent ... Ce sont les populations de ces pays qui déforêtent pour planter des cultures, chassent pour se nourrir ou braconnent. Rien ne se fera sans elles. »

(ii) Commentez l'extrait suivant repris de la Financial Times du 5 décembre 2006 :

“...[Rwanda] the tiny country would have to piggyback on East Africa’s popularity with Europeans and Americans attracted by “high-end ecotourism”. And it had one very hairy trick up its

sleeves: of the 650 mountain gorillas remaining in the world, about half live on the Virunga volcanoes at the intersection of Rwanda, Uganda and the Democratic Republic of Congo.

Official's persuaded regional tour operator to offer three-day visits to Rwanda's Volcanoes National Park where the gorillas are the most accessible, as an extension to safaris in Kenya and Tanzania. In 2003-04 visitor numbers grew 69 per cent. Hotel capacity 651 rooms in 2001 now stands at 1860 with a further 500 planned for next year ... Units to each of the seven families of critically endangered primates are capped at eight one-hour permits per day. Of the annual total of 20.000, 11.000 were taken in 2005, well short of the 70.000 tourists – spending 200\$ a day over a week-long stay – the sector needs to meet its target...

16. Commentez l'adage suivant:

„Nur was einen Wert hat (z.B. Wasser) lernen die Menschen zu schätzen und zu schützen.“

17. Commentez le passage suivant:

*“...neither trusted the other further than the limits of their mutual gain.”
(Trevanian, Shibumi, Boadway, p. 142)*

18. Analysez et commentez les extraits suivants de l'article « *Menaces sur la pêche. L'aquaculture reprend le relais* » paru au Monde du mercredi, 13 septembre 2006.

- *« Alors que les scientifiques considèrent que le stock de thon rouge en Méditerranée n'a jamais été aussi bas, les thoniers redoutent la décision d'une baisse de leurs quotas. Il est principalement reproché aux Français la surcapacité de leur flotte. Comme leurs voisins, ils ont réalisé de lourds investissements dans les années 1990 pour ce marché porteur. « La flotte est encore rentable, mais pour combien de temps », interroge Hubert Carré, directeur du Comité national des pêches et de l'élevage marin... Deux éléments qui rendent impossible les vérifications [des quotas]. « Plus vous réglemez, plus vous limitez l'accès, plus vous faites la part belle à la pêche illégale parce qu'il y a une demande à satisfaire. » Sur ce marché, il existe une forte pression de la pêche illégale... « A mesure que les stocks se raréfient, en partie du fait de la pêche illégale, les quotas des marins respectant les règles rétrécissent. Les opérateurs légaux peuvent alors être tentés de se tourner vers la pêche illégale. » Pour la FAO, l'organisation des Nations Unies pour l'Agriculture et l'Alimentation, combattre la capacité excédentaire et la pêche illicite est le double enjeu pour que s'installe une pêche durable... »*
- *« C'est le succès le plus spectaculaire de l'aquaculture : le saumon d'Atlantique, autre fois un produit de luxe, est devenu un mets presque aussi commun que le steak. Alors que l'on pêchait, il y a une quarantaine d'années, quelques milliers de tonnes de saumon*

de l'Atlantique, la production de son cousin d'élevage dépasse aujourd'hui un million de tonnes...

Si la réussite économique est incontestable, le bilan environnemental est moins convaincant. La principale préoccupation est que, pour nourrir le saumon, les fermes consomment beaucoup de poissons : environ 3kg de poissons pour 1kg de saumon. Or, plusieurs stocks [de poissons différents] utilisés pour cette nourriture sont surexploités, comme les tacauds, les sprats et surtout les équilles. Autre préoccupation : de nombreux saumons s'échappent en raison de l'usure du filet notamment de fermes et concurrencent les saumons sauvages pour l'espace, la nourriture et les partenaires de reproduction et pourraient accroître la mortalité des populations sauvages. Autre problème : plusieurs parasites infectent les saumons enfermés... »

- *« L'aquaculture peut-elle prendre le relais de la pêche en mer, dont la ressource stagne depuis vingt ans ? La question est cruciale pour l'approvisionnement en protéines et acides gras (oméga 3) de la population mondiale... L'enjeu est donc de faire de l'aquaculture, qui dépend elle-même de la pêche pour l'approvisionnement en farine de poisson des espèces d'élevage, une activité durable... »*

La FAO encourage l'aquaculture, sans être certaine qu'elle pourra constituer un relais efficace, comme l'indique son rapport, qui passe en revue les obstacles économiques et environnementaux. Sachant qu'il faut en moyenne 3 à 4 kilogrammes de poisson pour obtenir 1 kilogramme d'un poisson comme le saumon, ne risque-t-on pas de vider les océans pour emplir des élevages ?... Le développement de l'aquaculture concentrée près des côtes est par ailleurs confronté à des 'conflits d'usage' avec la pêche, l'industrie, le tourisme et la protection du littoral... Deux pistes sont envisagées pour gagner cette guerre de l'espace. Elever à terre les poissons en circuit fermé, y compris avec de l'eau de mer reconstituée. Ou bien gagner le large. Mais l'élevage offshore suppose des moyens industriels considérables... »

19. Référez-vous à l'exemple de l'overfishing. Supposez qu'il y ait 2 pêcheurs et une troisième personne qui, pour des raisons de santé, ne saurait exercer le métier de pêcheur, mais serait à même d'exercer la fonction de contrôle/coordination. Supposez que cette fonction coûte 11.
- (i) Les deux pêcheurs vont-ils accepter l'exercice de cette fonction ?
 - (ii) Analysez le résultat du point de vue de la société, c'est-à-dire des deux pêcheurs et de la troisième personne, en appliquant les critères de Pareto, du surplus global de la société et de Rawls, vus au chapitre premier.

20. Commentez l'affirmation suivante:

« In medieval times, wayfarers on the Rhine River had to pay a tribute or tax at every castle along the way – a tremendously inefficient

balkanization of commerce. Now we are on the cusp of a similar regime in the information economy where market tribute must be paid at every tollgate that someone manages to erect.

The resulting losses to the commons of public knowledge have far-reaching implications for our economy, technological innovation and our entrepreneurial open culture... .

*The power through property to produce a closed society – where to use an idea, to criticize a part of culture, to quote ‘Donald Duck’ – one will need the permission of someone else. » D. Bollier, *Silent theft*.*

21. Deux tribus voisines ont chacune le choix entre deux stratégies, utiliser toutes les ressources travail pour produire ou utiliser une partie des ressources travail pour agresser l'autre tribu afin de s'approprier par la force la production de cette dernière.

Si les deux choisissent de concentrer toutes les ressources à la production, chacun aura 1.

Si les deux choisissent l'agression pour s'approprier la production du voisin, chacun ne pourra plus que produire 0,2, dans la mesure où une partie significative du travail est absorbée par la « *fonction agression* » de l'autre tribu et par la « *fonction défense* » de la tribu.

Si une tribu est agressive et l'autre non, la deuxième n'aura rien, sa production étant volée tandis que la tribu agressive, qui ne doit pas utiliser du travail pour se défendre, mais uniquement pour l'agression, pourra encore produire pour 0,6.

(a) Construisez la matrice du jeu.

(b) Quel sera le choix de stratégie de chaque tribu ?

(c) Comment pourrait-on amener les deux tribus à changer de comportement ?

22. Commentez l'extrait suivant de Luc Ferry, *Le Nouvel Ordre Ecologique*, Grasset, 1992, dans lequel (p. 107) il cite Aldo Leopold :

« Pensez comme une montagne : le programme s'annonce délicat pour certains d'entre nous. Quoi qu'il en soit, c'est bien en ces termes qu'Aldo Leopold, celui que beaucoup considèrent comme le père de l'« écologie profonde » nous incite à renverser les paradigmes, qui dominent les sociétés occidentales. Mille fois citée dans la littérature américaine, la préface de son essai sur L'éthique de la terre développe le thème majeur de cette étrange révolution :

Lorsque le divin Ulysse rentra des guerres de Troie, il fit pendre à une même corde une douzaine d'esclaves femmes appartenant à sa maisonnée parce qu'il les soupçonnait d'inconduite pendant son absence. La question de la pertinence de cette pendaison ne se posait pas. Ces jeunes filles étaient sa propriété et la libre disposition d'une propriété était alors, comme aujourd'hui, une question de convenance

personnelle, pas de bien et de mal. Et pourtant, les concepts de bien et de mal ne faisaient pas défaut dans la Grèce de l'Odyssée...

Aujourd'hui encore, il n'y a pas d'éthique traitant de la terre ainsi que des animaux et des plantes qui croissent sur elle. La terre, exactement comme les jeunes esclaves de l'Odyssée, est toujours considérée comme une propriété. La relation à la terre est encore strictement économique : elle comprend des privilèges, mais aucune obligation. »

24. Commentez le texte suivant :

« De prime abord, il peut paraître incongru d'attribuer un droit au soleil. Après tout, le soleil ne nous a pas attendus pour exister et il semble vain ou absurde d'envisager de lui accorder des droits. L'objection qui consiste à dire que le soleil n'a pas de droits au prétexte qu'aucun texte juridique ne lui a jusqu'à présent été consacré n'est pas valide. Il ne faut pas confondre un droit juridique et un droit moral. Si les humains rédigent des textes de loi, c'est précisément parce que le droit moral évolue en fonction de la prise de conscience de l'humanité face au monde. Empiriquement, le droit juridique n'est que la remorque institutionnelle du droit moral. Le même acte peut être considéré comme légitime à une certaine époque et en un certain lieu, et illégitime en une autre époque et en un autre lieu. L'idée est la suivante : le droit des êtres de nature est un droit de protection. Dire que x a un droit, c'est dire que x ne peut pas subir n'importe quel traitement, que les limites de ce traitement soient ou non décrites et formalisées dans un credo juridique.

Imaginons que des extraterrestres décident, pour des raisons qui leur appartiennent, de capturer le soleil afin de positionner ce trophée ailleurs dans la galaxie ou, pourquoi pas, dans une autre galaxie. A leurs yeux, comme aux nôtres vis-à-vis d'un animal sauvage ou d'un arbre, le soleil est une res nullius, expression latine utilisée en droit civil (droit des biens) pour désigner une chose sans maître (une chose qui n'a pas de propriétaire mais qui est néanmoins appropriable), ou, peut-être, une res derelictae, qui désigne, parmi les res nullius, les choses qui ont été volontairement abandonnées. Bien entendu, les humains seraient révoltés à cette idée et penseraient sans doute que les extraterrestres n'ont pas le droit de commettre un hold-up aussi radical. Pour eux, le soleil est un res communis, expression désignant les choses communes qui, par leur nature, appartiennent à tous et ne peuvent être appropriées. Ainsi, les humains penseraient moins au soleils en lui-même qu'au soleil pour nous, c'est-à-dire au soleil comme source de chaleur, de lumière, etc. Pour annuler cette dérive anthropocentrée, imaginons que ces extraterrestres compatissants envisagent de mettre en œuvre leur projet après la disparition de l'humanité (par exemple, d'ici un million d'années). La question du droit du soleil aurait-elle encore un sens ? Probablement aucun dans le cadre de la métaphysique H. En revanche, dans le cadre de la métaphysique non-H¹, il n'est pas inconcevable d'imaginer que les

¹ Par métaphysique H, l'auteur désigne la pensée pour laquelle la nature est à la fois l'environnement de l'être humain et une ressource à sa libre disposition. La logique à l'œuvre est celle de la fin et des moyens. La nature est extra-humaine et ne saurait être autre chose que la périphérie ou le libre-service

*extraterrestres n'aient pas le droit de commettre un tel acte. Deux cas de figure doivent être distingués ici. Ou bien le soleil est considéré comme fin ; ou bien le soleil est considéré comme moyen, en l'occurrence comme condition nécessaire de la biosphère terrestre. Il est très difficile de considérer le soleil comme fin au sens où il semble exclu de voir quels pourraient être ses intérêts. A l'analyse, il apparaît que le soleil a moins de raison de se voir reconnaître une valeur absolue qu'un arbre. En considérant le soleil comme moyen, nous saisissons aussitôt la valeur de la biosphère elle-même. Selon cette analyse, le soleil ne bénéficie d'aucun droit. En revanche, les êtres de nature qui composent la biosphère pourraient, semble-t-il, bénéficier d'un droit que l'on pourrait qualifier d'universel ou d'intergalactique. Au nom de ce droit, les extraterrestres auraient le devoir de laisser le soleil en l'état. Ils n'auraient pas le droit de capturer le soleil, non pour lui, mais pour la préservation de la vie sur Terre. » (Stéphane Ferret, *Deepwater Horizon*, Seuil, 2011, p. 160, livre dont la lecture est à recommander).*

25. Commentez l'extrait suivant repris du roman d'Edwardo Mendoza, « *Die Stadt der Wunder* », 1986 :

„Die Erde gibt nichts her, das weiß ich sehr genau. Der Reichtum liegt in den Wäldern. Dem wollen wir uns von jetzt an widmen: den Wäldern. Der Wald gibt keine Arbeit, er wächst von allein. Man muss einzig Acht geben, dass einem kein anderer zuvorkommt und das Holz für sich nimmt. Für Holz wird in den Städten ein wahres Vermögen bezahlt, aber jemand muss dort sein und auf den Wald, die Quelle des Waldes, aufpassen.“

„Ich weiß nicht, wen du mit diesen Hirngespinnsten übers Ohr hauen willst“, sagte Joan. „Die Wälder gehören allen, niemand kann sie sich aneignen.“

Er hatte die Stimme gesenkt; auch er konnte sich Onotre Bouvilles Einfluss nicht entziehen...

„Bis jetzt haben sie allen gehört“, sagte Onotre, „das heißt genau genommen niemandem; aber wenn sich das ganze Tal in ein öffentliches Unternehmen verwandelt, wenn es statt einer Pfarre eine Gemeinde wäre, dann wäre alles Land, das nicht Privatbesitz ist, also alles Niemandsland Gemeindeland und unterstünde der Gemeindeverwaltung und somit dem Herrn Bürgermeister... Wärest du gerne Bürgermeister, Joan?“

26. Commentez l'extrait suivant d'un article „*Dem indischen Tiger geht es ans Fell. Junge Tibeter schmücken sich mit Tigerfellen um ihren Reichtum zu zeigen. Die Raubtiere sind extrem bedroht*“, de la FAZ am Sonntag, novembre 2006:

„Barun Mitar hat eine Idee – für ihn leben und sterben auch Tiger nach den Regeln der Marktwirtschaft. „Tiger sind nichts anderes als

erneuerbare Ressourcen. Warum züchten wir sie nicht, wenn sie so begehrt sind“, fragt er. Der Direktor der indischen Liberty Institutes in Delhi schlägt – in Übereinstimmung mit chinesischen Politikern – vor, in den nächsten 10 Jahren 100.000 Tiger im Reich der Mitte zu züchten. „Das würde genug Material bringen, um das Wildern überflüssig zu machen.“

Unfug erwidert Wright (Chefin der Indischen Schutzgesellschaft für Wildtiere). Sie ist aufgebracht denn Mitra ist einer der Intimfeinde der Linken und Umweltschützer Indiens. „Er wird von Peking bezahlt, Unsinn zu verbreiten“, sagt sie. Aber hat er nicht Recht? „Nein. Immer würde das Produkt des Wildtieres vorgezogen werden“, sagt Wright. „Es kostet nur einen Dollar, einen wilden Tiger zu töten. Ihn zu züchten, kostet Tausende. Im Endeffekt führte die Legalisierung des Handels mit Tigerprodukten nur zu dessen vollständiger Ausrottung. Was also schlägt die Hüterin der Raubkatzen vor? Auch sie glaubt an die Marktwirtschaft. Und an die Entwicklung Indiens. Deshalb sieht sie in den Reisenden aus dem Westen die nun den Subkontinent entdecken, die wichtigsten Verbündeten des Tigers: „Er ist das zweitwichtigste Symbol unseres Landes. Ihn auszurotten, wäre ein Desaster für die gerade aufkeimende Tourismusbranche.““

27. A la lumière des développements en relation avec le concept de « propriété », d'un côté, et du concept d'« actifs économiques ou patrimoniaux » de l'autre, comment analysez-vous des droits/actifs comme les « licences de taxi », les « licences d'exploitation de débits d'alcool (licences de cabarettage) ou les « slots » (« créneaux horaires ») d'aéroports » ?
28. Supposez que les chiffres caractérisant la problématique de la pêche des poissons, se présentent comme suit :

	P ₂	S ₁	S ₂
P ₁			
S ₁		(35,35)	(20,30)
S ₂		(30,20)	(25,25)

De que type de jeu s'agit-il ? Analysez ce cas de figure.

5. *L'économie des droits de propriété intellectuelle*©

Dans cette section, on analysera plus en détail un domaine particulier de la propriété privée, à savoir celui du droit de propriété intellectuelle.

Après avoir précisé le concept juridique de droit de propriété intellectuelle (section 5.1), l'on mettra en évidence les caractéristiques économiques des « *choses couvertes par ce droit* » et l'on montrera les particularités économiques du droit de propriété sur des choses intangibles par comparaison à celui portant sur des choses tangibles (section 5.2).

Par la suite, on passera en revue les arguments économiques plaidant respectivement pour ou contre l'instrument du droit de propriété intellectuelle (section 5.3).

Finalement, on cherchera à procéder à une synthèse (section 5.4) débouchant sur ce qui, de par le caractère controversé et en mouvement permanent de la matière, ne peut être qu'une ébauche de conclusion (section 5.5.).

5.1. Le droit de la propriété intellectuelle

Force est de constater qu'il existe également des droits de propriété¹ en relation avec des choses intangibles. Ce domaine de la propriété, dans un passé encore assez récent, a été considéré comme quelque peu arcané et marginale, n'intéressant qu'une minorité de juristes et d'économistes.² Or, avec les dernières vingt à trente années, le développement technologique, notamment, d'un côté, sur le plan des technologies de communication, et plus généralement du développement de l'économie des connaissances, et, de l'autre côté, sur le plan des biotechnologies et plus généralement des sciences de la vie, combiné à la reconnaissance de l'importance du rôle accru pour la croissance économique de la fonction entrepreneuriale de recherche et de développement ont fait que ce domaine de la propriété a connu un regain d'intérêt très fort qui, de surcroît, ne cesse d'aller croissant.

¹ Nous n'allons pas nous arrêter sur la question de la nature légale de tels droits dits intellectuels en relation avec le droit de propriété de l'article 544, et plus généralement de la légitimité doctrinale d'utiliser le terme de « *propriété* » dans le présent contexte.

² Il est intéressant de noter que Joseph Schumpeter, le grand théoricien du rôle de l'entrepreneur et de l'innovation pour la croissance et la dynamique du capitalisme n'a jamais parlé de propriété intellectuelle (repris d'Olivier Bomsel qui, à son tour, cite un article de Mark Blaug).

Les deux branches les plus importantes de ce que l'on appelle communément le droit de propriété intellectuelle sont d'une part, le droit des brevets (« *patents* ») et, d'autre part, le droit d'auteur (« *copyright* », ©).¹

De façon simplifiée, l'on peut dire qu'un brevet est un titre de propriété qui confère, pour une période donnée et sur un territoire donné à son détenteur un droit exclusif et transférable portant sur une invention, qui est un produit nouveau ou un procédé offrant une nouvelle manière de faire quelque chose ou apportant une nouvelle solution technique à un problème.

Le droit d'auteur confère un droit exclusif en matière de création intellectuelle, que ce soit dans le domaine artistique, littéraire mais également, de plus en plus important, dans le domaine de technologies de l'information (p.ex. software).

Le copyright s'acquiert sans formalités, gratuitement, du fait même de la création intellectuelle tandis qu'un brevet ne s'obtient qu'à travers une procédure, en principe assez longue et coûteuse d'analyse de la brevetabilité sur la base de critères (la nouveauté, (« *novelty* »), l'activité inventive (« *non obviousness* ») et l'application industrielle (« *utility* »)).^{2 3} De surcroît, l'innovation brevetable doit être pleinement documentée, documentation qui est accessible au public mais interdite d'utilisation pendant la durée du brevet.

¹ On distingue traditionnellement entre brevet (« *patent right* »), trademark (mot, symbole ou autre signifiant utilisé pour distinguer un produit d'une firme des produits d'autres firmes, p.ex. Windows représenté par son logo), protected design, copyright et droit d'auteur (si les deux dernières catégories sont similaires et sans entrer dans les nuances qui ne nous intéressent pas ici, on peut remarquer que le droit d'auteur comporte deux types de prérogatives ; premièrement, des droits moraux dont l'objet est de protéger la personnalité de l'auteur exprimée à travers de son œuvre ; le droit moral est perpétuel au profit de l'auteur puis de ses ayants droits et, deuxièmement, des droits patrimoniaux (auxquels se réduit un copyright) qui permettent à l'auteur d'autoriser les différents modes d'utilisation de son œuvre et de percevoir en contrepartie une rémunération, ces droits patrimoniaux étant limités dans le temps ; par ailleurs, en principe, le droit d'auteur est accordé à une personne physique tandis que le copyright peut également l'être à une personne morale).

² Il est communément considéré que le brevet protège l'idée ou plus exactement une méthode d'ingénierie ou un procédé technique. L'objet du brevet est l'invention et non pas l'objet matériel support de l'invention. Aussi, dans un domaine comme celui de la biotechnologie, on ne brevètera pas le micro-organisme ou la séquence de gènes pas plus que le « *vivant* », mais l'invention relative à ceux-ci. L'inventeur ne devient pas propriétaire du micro-organisme ou de la protéine comme il deviendrait propriétaire d'un objet comme une voiture. Quant au droit d'auteur, il protège l'originalité de l'expression d'une idée et non pas l'idée en soi. Dans ce dernier ordre d'idées, si un auteur dans son roman policier reprend presque mot par mot des passages d'un roman d'Agatha Christie, il a violé le droit d'auteur. Par contre, s'il écrit un roman dont le personnage principal est une vieille femme qui a un don particulier pour être confrontée à des situations de meurtre et à arriver à les résoudre, il n'a pas violé le droit d'auteur d'Agatha Christie.

Au Luxembourg, le 'copyright' est réglé dans la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, qui, dans son article 1^{er}, dispose que « *Les droits d'auteur protègent les œuvres littéraires et artistiques originales, quels qu'en soient le genre et la forme ou l'expression, y compris les photographies, les bases de données et les programmes d'ordinateur.*

Ils ne protègent pas les idées, les méthodes de fonctionnement, les concepts ou les informations en tant que tels... »

Les brevets sont réglés, entre autres, par la loi modifiée du 20 juillet 1992 portant modification du régime des brevets d'invention. Les marques sont régies par la loi du 7 décembre 1966 approuvant la convention Benelux du 19 mars 1962 et introduisant dans la loi interne la loi uniforme Benelux sur les marques. Les designs et modèles sont basés sur la loi du 13 juillet 1973 approuvant la Convention Benelux du 25 octobre 1996 et introduisant la loi uniforme Benelux sur les designs.

³ Lors de l'adoption de la loi de 1952 sur les brevets aux Etats-Unis, le Sénat, dans son rapport écrit, a remarqué que « *The new law is meant to everything under the sun made by man* », expression encore aujourd'hui reprise dans des décisions judiciaires de cours fédérales des Etats-Unis.

Contrairement aux droits de propriété sur des choses tangibles qui, en règle générale, sont illimités dans le temps, les droits de propriété intellectuelle sont limités dans le temps, c'est-à-dire s'estompent d'office après une période déterminée. Cela est une caractéristique clé des droits de propriété intellectuelle et dont la raison s'élucidera dans les sections qui suivent.

Aussi un brevet, est-il en règle générale accordé pour une durée de quelque 20 ans¹ et un copyright pour une durée égale à la vie de l'auteur plus, le plus souvent, quelque 50 ans.² A l'expiration de cette période, le droit de propriété prend fin. La protection légale de l'invention disparaît et celle-ci tombe alors dans le domaine public.

Finalement, l'on peut noter que le droit d'auteur est un droit relativement peu difficile à définir, à imposer et à faire contrôler³ tandis que les brevets constituent un droit difficile à définir, à imposer et à contrôler.

Les passages qui suivent ne constituent pas un cours du droit de la propriété intellectuelle, par ailleurs très compliqué, d'un point de vue forme et fond, de par l'évolution culturelle, technologique et économique, en mouvance continue.⁴

Ils ont pour objectif d'analyser économiquement le mécanisme et les fonctions de cet instrument juridique qu'est le droit de propriété intellectuelle.⁵

Nous allons par la suite raisonner en principe par référence implicite aux brevets¹ et utiliser le concept « *d'idée innovatrice* » pour désigner la chose

¹ Aux Etats-Unis, on a changé, dans les années quatre-vingt-dix, la durée du brevet de 17 ans à commencer avec la date où le brevet fut accordé, à 20 ans à partir de la date de demande du brevet.

² Au Luxembourg, les droits de propriété littéraire et artistique existent durant la vie de l'auteur et se prolongent pendant 70 années après le décès de l'auteur au profit de ses héritiers et de ses ayants droit (cf. article 9.1 de la loi modifiée du 18 avril 2000 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données).

Jusqu'en 1997, la loi sur le copyright aux Etats-Unis a prévu que les auteurs individuels ont le droit exclusif sur leurs créations tout au long de leur vie plus 50 ans et que le copyright d'entreprise est de 75 ans. Par le « *Sonny Bono Copyright Terms Extension act* » en 1998, on est passé pour les auteurs à une durée de 70 ans après leur vie et à 95 ans pour les entreprises.

L'explication principale de cette modification est le lobbying de Walt Disney corporation. Le caractère de Mickey Mouse a été créé en 1928. Sous l'ancienne loi, le copyright aurait expiré en 2003. Avec la nouvelle loi, il est étendu jusqu'à 2023. Voilà pourquoi cette loi est également appelée le 'Mickey Mouse protection act'. Comme l'a dit Lawrence Lessing, cité par Henri Jenkins dans « *Convergence Culture* », "the law has been written so that no one can do to the Disney Corporation what Walt Disney did to the Brothers Grimm."

³ dans une certaine mesure. La capacité de contrôler dépend aussi de l'évolution technologique. L'invention des machines à photocopier a fait que le droit ne peut pas être exécuté vis-à-vis de gens qui, sur une échelle réduite, copient tel ou tel produit. Avant l'innovation de la machine à photocopier, ce problème ne se posait pas.

⁴ Une problématique, parmi beaucoup, est celle de l'instant précis qui constitue le fait générateur de la naissance du droit. L'on distingue, en simplifiant, deux principes, le premier plutôt européen, le deuxième plutôt américain, à savoir respectivement le principe « *first to file* » et le principe « *first to invent* ».

⁵ Pour le dire avec Vaid Lyanathan dans *Copyrights and Copywrongs*, New York University Press, 2003 : "... information, entertainment and computer software have emerged in the United States [mais pas seulement] as most valuable resources and most profitable exports. Yet the legal system that supports and guides those resources, "intellectual property law" remains the murkiest and least understood aspect of American life and commerce. The rules seem to change every few years, yet remain a step behind the latest cultural or technological advances."

incorporelle, intangible², susceptible d'être investie d'un droit de propriété à caractère intellectuel.

5.2. Quelques caractéristiques clés des choses intangibles de par leur nature et au niveau de leur production

On analysera tout d'abord les conséquences économiques découlant des particularités de la nature des choses couvertes par la propriété intellectuelle – les choses intangibles – (section 5.2.1) et on identifiera une caractéristique-clé dans la production de ces choses (section 5.2.2).

5.2.1. Non rivalité dans la consommation. Caractéristique-clé des choses intangibles

L'analyse économique des conséquences de l'existence et du développement du mécanisme du droit de propriété intellectuelle passe tout d'abord par une clarification des différences entre les choses tangibles et les choses intangibles, différences qui tiennent aux natures respectives de ces choses et qui ont des conséquences économiques importantes.

Soit une chose matérielle, donc une chose tangible, disons une voiture. Une voiture donnée ne peut être simultanément conduite par plusieurs personnes, ceci de par la nature même de la chose « *voiture* » et elle ne peut pas être simultanément à plus d'un endroit différent.

Autrement dit, pour chaque personne voulant disposer de la chose « *voiture* », une voiture différente a dû être produite. Il doit y avoir autant de voitures produites que de demandeurs de voitures prêts à les acquérir et soucieux de les utiliser. Cela on l'exprime en disant que la chose « *voiture* » se caractérise par la rivalité dans la consommation. Qui plus est, après un certain temps, une voiture donnée s'est usée et il faut en acheter, et, partant, produire une nouvelle.

Par contre, pour une idée innovatrice, tel n'est pas le cas.

¹ Ceci pour ne pas surcharger le texte de nuances qui seraient intéressantes en soi mais nous empêcheraient de nous concentrer sur l'essentiel. La remarque est donc plutôt d'ordre pédagogique que de fond.

Observons qu'en relation avec des domaines plus récents de la propriété intellectuelle, l'on débat si une chose intellectuelle doit relever du brevet ou du copyright. Prenez le software. Dans l'Union européenne le software, le logiciel, se trouve protégé par le droit d'auteur en tant qu'œuvre littéraire et artistique originale. Toutefois, dans un certain nombre de pays, la protection du logiciel par le droit d'auteur peut être complétée par la protection, concomitante ou non, d'un brevet. (Pour le Luxembourg, voire la loi modifiée du 18 avril 2001 sur les droits d'auteurs, les droits voisins et les bases de données).

² Une chose intangible est une chose qu'on ne peut pas toucher, qui échappe au sens du toucher et une chose incorporelle est une chose qui n'a pas un caractère matériel (selon le Petit Robert). En fait, sauf autre précision, ces deux concepts sont considérés comme des expressions équivalentes d'une même réalité.

Rien n'empêche, d'un point de vue faisabilité matérielle, qu'une même idée innovatrice – qui ne s'use pas dans l'usage une fois qu'elle existe - soit utilisée simultanément par un très grand nombre, voire soit utilisée un nombre infini de fois, aussi bien à travers l'espace que dans le temps.

L'utilisation, la valorisation ou la consommation d'une idée par l'un n'excluent pas, physiquement ou matériellement, d'autres d'en faire de même. Une fois créée, l'idée peut être utilisée, « exploitée » indéfiniment à la fois géographiquement, dans l'espace, et dans le temps. Qui plus est, on n'a pas besoin de recourir à de nouvelles ressources pour la recréer.¹ Autrement dit, elle ne s'use pas matériellement – elle peut toutefois devenir obsolète, c'est-à-dire devenir « techniquement ou scientifiquement » dépassée - au point de devoir être reproduite avec des ressources nouvelles comme tel est le cas d'une voiture.

L'idée innovatrice, - qui n'a pas de dimension physique de poids, de longueur ou autre -, se caractérise donc par une non-rivalité² dans la consommation et, de surcroît, par la non nécessité après un laps de temps donné plus ou moins long d'une reproduction absorbant de nouvelles ressources.

De plus, l'idée n'est pas seulement quelque chose que l'on utilise, mais également un input permanent qui permet de générer de nouvelles idées. Elle a un caractère cumulatif, les nouvelles idées d'aujourd'hui s'inspirent

¹ Une idée n'a pas besoin d'être créée plus d'une fois. Une fois inventée, on ne peut pas la 'désinventer', on peut seulement, à la limite, en interdire l'usage. Il s'ensuit également que si on « vole » une idée à un autre, cela, contrairement à ce qui est le cas pour une chose matérielle, n'est pas un transfert d'usage entre le propriétaire et le voleur, mais entraîne un usage supplémentaire, celui du voleur s'ajoutant à celui du propriétaire. Il en résulte également qu'il est impossible que la sanction soit une restitution de l'idée, comme tel pourrait être le cas p.ex. pour une voiture volée, mais la sanction ne peut être que l'interdiction de l'utilisation notamment commerciale de l'idée (à moins de tuer celui qui se l'aurait illégalement appropriée ou de procéder à un lavage de cerveau, deux moyens qu'aucun juge ne décréterait comme sanction). Toute accapitation ou transfert de l'idée, peu importe la forme, volontaire ou non, en soi n'est pas réversible, elle est irréversible (« *dispossession impossibility* »). Toutes autres choses, l'analyse économique des idées et celle des informations présentent bien des similitudes.

Dans l'ordre d'idées de ce que nous venons de développer, il est instructif de se référer à une requête en référé introduite au Tribunal administratif (luxembourgeois, N° 21452 du rôle). En simplifiant, une personne physique fait une requête en référé pour amener l'Etat luxembourgeois à rendre publiques des informations dont il dispose, en tant qu'actionnaire d'Arcelor, sur la consommation d'électricité de cette société. Le juge en référé a estimé qu'en principe l'Etat devrait fournir à qui le demande ces informations. Toutefois, il s'est posé un problème d'ordre juridique découlant d'une caractéristique de la chose « *information* » couplée au principe du double degré de juridiction. L'absence de l'effet suspensif d'appel, donc une décision en référé que cette information serait à transmettre priverait de facto la partie qui succomberait du bénéfice du double degré de juridiction, puisque en cas d'exécution provisoire d'une ordonnance qui imposerait la délivrance de certaines informations, un arrêt de réformation ne saurait avoir d'effet pratique dans la mesure où il ne saurait enlever à l'administré ayant reçu ces informations la connaissance de ces dernières qui lui auraient été révélées à l'issue de l'ordonnance de première instance. Autrement dit, l'exécution d'une ordonnance qui imposerait la divulgation de certaines informations aurait des effets irréversibles en ce que la situation existant avant cette divulgation ne saurait plus être recréée. (cf. l'ordonnance et voir comment le juge Ravarani, fin juriste, a résolu le problème en prévoyant des dispositions quant au moment où l'ordonnance en question devient exécutoire).

Finalement, notons qu'il ne faut pas confondre l'idée et le support matériel à travers lequel l'idée est véhiculée et utilisée. Prenons un exemple. La chanson est l'idée. Le CD est le support matériel à travers lequel la chanson est véhiculée. La chanson (paroles, musique), elle, n'est pas périssable. Le CD par contre, qui est le support matériel de la chanson, peut l'être, même si la technologie entre-temps est telle que cela est de moins en moins le cas. Qui plus est, le support peut évoluer technologiquement et qualitativement (disque en vinyle, cassette, CD, i-Pod, etc.).

² D'aucuns parleraient même d'« *anti-rivalité* » dans la mesure où l'information ou un outil d'information ne voient pas leurs valeurs réduites par le fait qu'un autre ou d'autres s'en servent, mais au contraire, les voient augmenter par la faculté accrue d'échanges ou de communications (cf. Ph. Aigrain, *Cause Commune*, Fayard 2006).

largement des idées créées dans le passé, elles se servent des anciennes pour créer de nouvelles tout en les dépassant. Chaque idée nouvelle accroît la capacité de l'ensemble des acteurs à générer de nouvelles idées et ainsi de suite dans un processus de rétroaction positif et cumulatif. Qui plus est, chaque idée produite est un facteur de production qui n'est pas physiquement rare et qui peut servir à tout moment et sans limite dans l'espace et le temps dans la production de biens ou services.¹

Il n'y a donc pas – et il importe de le garder à l'esprit - de risque de « *Tragedy of the commons* » dans le domaine des idées innovatrices, une fois que celles-ci existent.

Il convient de noter que cette différence entre rivalité et non rivalité dans la consommation tient aux natures et aux caractéristiques physiques des deux choses, tangibles ou corporelles, d'une part, et intangibles ou incorporelles, d'autre part.²

5.2.2. Rendements croissants dans la production des choses intangibles

La production des idées également se caractérise par une particularité qu'il y a lieu de bien avoir à l'esprit, à savoir par des rendements croissants.

Prenons l'exemple du développement d'un software. Une fois que le software est écrit, il ne coûte pratiquement rien d'en produire des copies additionnelles, et ceci indépendamment de la quantité (re)produite.

La mise au point du software se caractérise donc par un coût de développement et de recherche, en règle générale, important, et par un coût de reproduction de la première unité du software, une fois que ce dernier est élaboré, non seulement très bas, mais par ailleurs égal pour chaque unité supplémentaire.

Autrement dit, il y a un coût fixe important (F) et un coût variable moyen constant et très peu élevé.

Une telle fonction de coût total a la forme suivante :

$$C = F + a \cdot x \text{ avec } a > 0 \text{ et très faible}$$

où « F » est le coût fixe (il n'est pas fonction de x) et où « $a \cdot x$ » est le coût variable (il est fonction (linéaire) de x).

¹ Ces caractéristiques des idées jouent un rôle clé dans ce que l'on appelle « *la nouvelle théorie de la croissance* » ou « *la théorie de la croissance endogène* » dont un des initiateurs a été Paul Romer, un futur prix Nobel d'économie.

Comme si souvent dans la science économique, les nouvelles théories de la croissance ne font que formaliser des phénomènes longtemps connus avant mais qui ont tardé à faire leur entrée dans une science économique dominée par le monde anglo-saxon, surtout américain, trop longtemps enfermé conceptuellement dans le modèle, somme toute stérile, néoclassique. Une introduction en la matière, excellente et compréhensible pour le non-expert, est constituée par *Les nouvelles théories de la croissance*, Guellec et Ralle, collection Repères, La Découverte.

² cf. le chapitre 7 qui porte entre autres sur les biens publics purs.

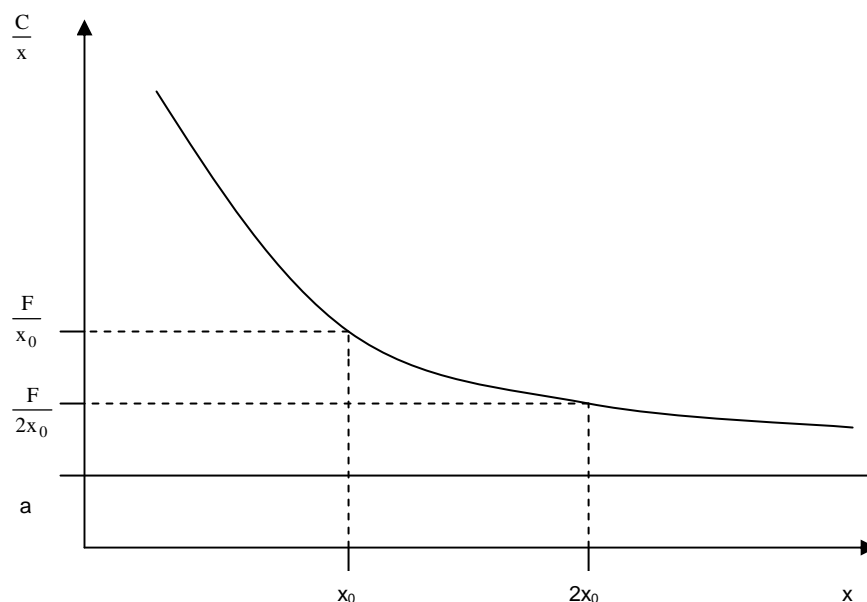
Il en résulte que le coût total moyen (coût unitaire) $\frac{C}{x}$ est égal à :

$$\frac{C}{x} = \frac{F}{x} + a$$

Ce coût total moyen se compose du coût fixe moyen, $\frac{F}{x}$, et du coût variable moyen, a .

Force est de constater que si le coût variable moyen (et partant également le coût marginal¹) est constant, le coût fixe moyen diminue au fur et à mesure que la quantité produite augmente.

Graphiquement, on a :



Nous constatons que plus la quantité produite x est élevée, plus le coût total moyen (ou unitaire) est bas.

Si la quantité produite est égale à x_0 , le coût total moyen est de $\frac{F}{x_0} + a$ tandis que si la quantité produite de x passe de x_0 à p.ex. $2x_0$, le coût total moyen n'est plus que de $\frac{F}{2x_0} + a < \frac{F}{x_0} + a$, donc le coût total moyen diminue.

¹ Quel est le coût additionnel d'une copie, donc le coût marginal d'une copie ? Produire x copies coûte $F+a \cdot x$. Produire $x+1$ copies coûte $F+a(x+1)$. Donc, l'augmentation du coût total suite à la production d'une unité supplémentaire est $F+a(x+1)-F-a \cdot x=F+a \cdot x+a-F \cdot a \cdot x=a$. Le coût marginal ici est égal au coût variable moyen.

Au fur et à mesure que x , la quantité produite, augmente, le coût total moyen s'approche asymptotiquement du coût variable moyen a . Cela se comprend intuitivement dans la mesure où $\frac{F}{x}$, le coût fixe moyen, s'approche lui asymptotiquement de 0.

La production du software x se caractérise donc par des rendements croissants.

La problématique en fait est plus subtile que la présentation qui précède.

Pour saisir cela, prenons le cas d'une firme qui produit un bien et a besoin d'une machine pour la production de ce bien. La machine fait partie du processus de production du bien et en constitue une condition nécessaire. Cette machine a un coût d'acquisition. Ce coût, l'entreprise doit le supporter, qu'elle produise peu ou beaucoup d'unités du bien. Ce coût est un coût fixe parce que indépendant de la quantité produite.

Dans notre exemple de la recherche, il en est un peu différent. La recherche est indispensable pour qu'un jour on puisse aboutir à un nouveau produit que l'on peut produire et commercialiser. Le coût de la recherche se situe donc en amont de toute production future (« *up front* »), il est encouru avant même de pouvoir,- à condition que la recherche aboutisse,- produire un nouveau bien.

Ce coût est donc non seulement indépendant de la quantité produite du software, il est même indépendant du fait qu'il y ait un jour ou non production même d'un nouveau bien.

L'entreprise qui finance cette recherche doit bien évidemment prendre en considération l'existence d'un tel coût¹ le jour où la recherche a abouti et où elle commence à produire.

Si la recherche n'aboutit pas, elle a fait une perte égale à son coût fixe et du point de vue de la société, on a 'gaspillé' les ressources utilisées dans la recherche.

Si la recherche aboutit, l'entreprise innovante se doit de chercher non seulement à couvrir le coût variable de la production, mais également le coût de la recherche (F). Ce dernier, pour elle, constitue un coût fixe, ou mieux un coût définitivement subi dans le passé. Les ressources utilisées qui ont généré ce coût sont définitivement absorbées, elles sont irrécupérables et irréversiblement 'consommées'. Voilà pourquoi quelques fois on appelle ce coût « *sunk costs* ».

¹ dans la « *betriebswirtschaftliche Optik* » qui est la sienne puisqu'il fait partie intégrante de son « *business plan* » (plan d'affaires)

La nature de ce dernier coût fait que l'appréciation économique change selon que l'on se situe dans l'optique de « maximisation de son profit » de l'entreprise et dans l'optique de l'intérêt économique général pour la collectivité.

Du point de vue de la société toute entière, il importe peu ou pas du tout si l'entreprise arrive ou non à couvrir ses coûts de recherche, coûts qui ont été subis dans le passé et qui sont irréversibles et irrécupérables et donc irrelevants pour les décisions économiques présentes et futures, mais ce qui importe économiquement est qu'il soit fait un usage économique aussi efficace que possible du produit de cette recherche.

5.3. Analyse économique de l'instrument juridique de la propriété intellectuelle

On mettra en évidence tout d'abord les avantages économiques que peut générer la propriété intellectuelle (section 5.3.1) ainsi que les coûts économiques que comporte cet instrument (section 5.3.2) pour montrer que s'il s'avère qu'en apportant une solution à une problématique économique, celle de l'incitation à la création d'innovations, il se pose inévitablement et consubstantiellement une autre, celle de l'accès limité aux innovations une fois créées.

A la section 5.3.3, on comparera les éléments plaidant respectivement pour et contre la propriété intellectuelle tout en essayant d'en pondérer l'importance.

5.3.1. L'argument économique clé en faveur de l'existence de l'instrument du droit de propriété intellectuelle

Tout en devant avoir à l'esprit les conclusions de la section 5.2, il faut noter que le développement d'une idée innovatrice p.ex. de la formule chimique d'un nouveau médicament, est un investissement coûteux, et sous plusieurs aspects, risqué.

Coûteux parce que le processus de recherche nécessite des ressources (temps, travail, instruments de recherche etc.), souvent très substantielles.

Risqué parce que celui qui s'engage dans la recherche ne sait pas si sa recherche va effectivement aboutir à une idée qui sera économiquement utilisable, c'est-à-dire que l'on pourra l'incorporer dans un produit existant ou en dégager un produit nouveau pour lequel il se développera une demande.

Risqué également parce que même si cette dernière condition est remplie, l'innovateur risque de ne pas être le premier à aboutir, de par la concurrence dans la recherche. Cette concurrence peut être telle que

souvent les différents acteurs ne connaissent pas le degré d'avancement de la recherche des autres, voire ne connaissent pas tous les acteurs lancés dans la même recherche ou dans une recherche similaire.

Donc, et de prime abord, celui qui développe une idée risque que sa recherche respectivement n'aboutisse pas ou aboutisse à quelque chose économiquement non viable ou encore n'aboutisse qu'après qu'un concurrent ait déjà abouti. Cela se traduirait par la perte pure et simple des montants investis.

Qui plus est, chacun qui doit décider d'investir ou non dans la recherche est conscient que même si la recherche va aboutir, et même si l'on sera le premier ou parmi les premiers à aboutir, il existe un autre risque qui est que l'idée une fois créée pourra être reproduite aisément par d'autres. L'on ne peut en effet pas recouvrer son investissement si d'autres, des concurrents existants ou potentiels, peuvent reprendre, copier l'idée¹ pour la commercialiser, la valoriser à leur tour sans cependant avoir eu à subir les coûts de la recherche dont l'idée est issue. Souvent, il est fort coûteux de « produire » une idée, mais très bon marché de la copier.

Pour que l'innovateur soit à l'abri de ce dernier risque, il faut que, soit la reproduction par d'autres ne soit pas possible parce que l'idée n'est pas directement identifiable et copiable, c'est-à-dire que l'on peut la garder secrète (p.ex. la formule à la base de Coca Cola ne fut jamais brevetée), soit la reproduction de l'idée est très coûteuse, ce qui est rarement le cas, soit² que sa reproduction prenne techniquement un temps suffisamment long laissant à l'innovateur initial une avance dans le marché difficilement voire même non récupérable par des concurrents potentiels (« *first mover advantage* »)³.

¹ On désigne par « *reengineering* » (« *ingénierie inversée* ») la pratique qui consiste à 'remonter' jusqu'aux secrets de conception ou de fabrication de produits ou de technologies innovantes pour ainsi économiser les coûts de la recherche et les risques de non aboutissement de la recherche.

² L'utilisation du terme « *ou* » pose très souvent problème, y compris dans les textes légaux. Il peut avoir deux significations.

Soit il est employé au sens inclusif, c'est-à-dire si on dit « *x ou y* », cela veut dire soit *x*, soit *y*, soit *x* et *y*. « *x ou y* » est vrai dès qu'au moins une des deux propositions élémentaires (*x*,*y*) est vraie, et fausse sinon. Telle est l'utilisation de « *ou* » en logique.

Soit « *ou* » est employé au sens exclusif, c'est-à-dire soit *x*, soit *y* mais pas *x* et *y*.

Dans ce syllabus, si nous employons la conjonction « *ou* », c'est, en principe, dans son sens inclusif. Une façon plus lourde mais plus claire de résoudre cette problématique est d'écrire « *et/ou* » pour le sens inclusif, entendu que l'utilisation de « *ou* » seule est alors inévitablement à entendre au sens exclusif. Une autre façon d'exprimer l'exclusivité serait d'écrire « *ou bien x ou bien y* ».

En tout cas, il importe toujours de bien analyser le texte. Il n'est, par ailleurs, pas rare que le terme « *ou* » utilisé dans des articles de loi nécessite une interprétation judiciaire.

³ De façon générale, on entend par « *first mover advantage* » le fait que la première entreprise qui arrive à offrir un bien ou un service peut obtenir un avantage concurrentiel sur les autres avantages, qui est difficile à remettre en cause par des concurrents potentiels qui eux ne pourraient qu'arriver plus tard sur le marché. Dans ce contexte, un facteur constitutif important d'un tel « *first mover advantage* » peut être l'effet de réseau, qui peut caractériser certaines activités, et qui consiste dans le fait qu'un individu bénéficie d'autant plus de sa participation dans un réseau, et a donc tendance à intégrer ce réseau, que le nombre de personnes qui y sont déjà présents est important, ou, pour le dire autrement, plus un réseau est important et grand, plus il est attractif pour de nouveaux membres car plus ses membres peuvent en bénéficier. Un bon exemple récent d'un « *first mover advantage* » est constitué par le site de vente en ligne Amazon.com,- dont le « *leadership* » ne repose pas sur des brevets d'autres vendeurs sur internet offrent ou ont offert les mêmes services,- mais entre autres sur le fait d'avoir été parmi les tout premiers dans la vente en ligne de livres ayant atteint une dimension et une croissance combinées à une reconnaissance et réputation chez les acheteurs, ce qui a déclenché un cercle vertueux (à travers un processus de rétroaction positive) au point que les catégories de produits vendus et les autres applications offertes par Amazon n'ont cessé de croître.

Or, souvent l'on peut copier ou reproduire une idée, une fois qu'elle existe sans ou quasiment sans coûts. Il est en effet très difficile de commercialiser une idée, incorporée dans un support sans en même temps la divulguer, ou des éléments clés de celle-ci, à d'autres experts et donc concurrents en la matière.

Ces concurrents, sans avoir eu à subir les risques de la recherche et le coût d'investissement peuvent - de par la non-rivalité dans la consommation et en cas de coût de reproduction virtuellement zéro - s'accaparer l'idée et la commercialiser à leur tour, au point que le prix de marché du produit issu de cette idée tombe à zéro ou près de zéro, ou, pour le moins, sera telle qu'il ne permet pas une recette suffisante à l'inventeur, ne serait-ce que pour couvrir ses dépenses d'investissement.

De façon plus technique, l'on peut conclure que l'idée peut être reproduite par d'autres qui n'ont pas eu à subir de coût fixe et qui ne sont confrontés qu'à un coût variable moyen très faible et constant (et partant à un coût marginal constant égal à ce coût variable moyen).

Ces entreprises n'ont pas dû subir le coût substantiel du développement de l'idée et peuvent de ce fait vendre, commercialiser l'idée en ne subissant qu'un coût très faible par unité produite et qui, de surcroît, n'augmente pas avec la quantité produite.

De par la concurrence que se font ces différentes entreprises, le prix de marché s'orientera vers ce coût variable moyen constant et très bas.¹ La firme qui a financé l'idée, exposée à ce processus concurrentiel de concurrents imitateurs, se verra inévitablement confrontée à ce prix dicté par le coût marginal très bas et qui ne lui permet pas de recouvrir ses coûts de la recherche. De ce fait, elle fera de ce fait inévitablement une perte.

Donc, le créateur de l'idée ne saura récupérer les coûts qu'il a encourus.

Développons un exemple très simple en admettant que la firme ait investi 1.000 dans la recherche d'une nouvelle formule chimique et qui ait fini par permettre d'élaborer un nouveau médicament. Le coût de la recherche peut être considéré comme un coût fixe, voire, une fois la recherche aboutie, comme un coût irréversible et irrécupérable. Admettons que chaque unité du médicament produite coûte 2 et que ce coût par unité ne varie pas avec la quantité produite.

La fonction de coût relevante pour notre firme innovatrice s'écrit alors :

$$C = 1.000 + 2 x$$

où x est la quantité produite du médicament.

¹ S'il n'y a pas de coût fixe, c'est-à-dire de coût indépendant de la quantité produite et si la production de chaque unité supplémentaire se fait au même coût, il en résulte également que le coût par unité produite est constant (cf. fin du chapitre deux).

Cette fonction de coût, qui se compose d'un coût fixe, 1.000, et d'un coût variable, $2 \cdot x$, se caractérise par des rendements croissants comme nous venons de le voir à la section 5.2.2.

Admettons, pour simplifier les choses, que l'entreprise ait pour objectif minimum de couvrir ses coûts de recherche et de production.

Admettons également, toujours par un souci de simplification, que le marché soit demandeur de 1.000 unités du médicament.

Il en résulte que notre entreprise, pour ne pas faire de perte, doit demander un prix \bar{p} tel que :

$$\bar{p} \cdot x - 1.000 - 2 \cdot x = 0$$

Donc tel que :

$$\begin{aligned} \bar{p} \cdot 1.000 - 1.000 - 2 \cdot 1.000 &= 0 \\ \Rightarrow \bar{p} &= 3 \end{aligned}$$

Compte tenu qu'elle pourrait vendre 1.000 unités et eu égard à son objectif de couvrir le coût fixe et le coût variable, elle doit donc demander un prix de 3 par unité du médicament.

Toutefois, si des firmes concurrentes peuvent copier rapidement le médicament (à un coût nul ou quasi insignifiant)¹ et le commercialiser à leur tour, le prix de marché tendra inévitablement vers 2.

En effet, ces firmes concurrentes n'ont pas à couvrir et à récupérer le coût de la recherche qui a débouché sur le médicament, coût qui a été encouru exclusivement par la firme innovante. Partant, ces firmes doivent chercher uniquement à couvrir leur propre coût de production du médicament qui, en l'occurrence, se limite à un coût variable moyen égal à 2.

Il en résulte que de telles firmes pourraient déjà éviter une perte en demandant un prix de 2 et si concurrence il y a entre l'ensemble des firmes produisant le médicament, - la firme innovante et les firmes qui ont copié l'innovation -, le prix de marché finira effectivement par se situer au niveau de 2.

Il en résultera que la firme qui, par sa recherche, a rendu possible la création même du nouveau médicament, si elle veut vendre également, doit demander un prix égal à celui de ses concurrents et partant n'arrivera jamais à couvrir ses coûts (le coût fixe compris) et elle fera une perte d'autant plus importante que sa part de marché finira par être réduite.

¹ On suppose dans ces raisonnements, sans que cela n'affecterait fondamentalement les conclusions qu'il n'y ait pas de coût fixe au sens traditionnel, p.ex. sous forme d'une machine pour produire le médicament. Cela pourrait avoir un impact sur le degré de concurrence sur le plan des nouveaux venants, mais ne changerait rien à la problématique en relation avec l'entreprise qui a fait l'effort de recherche.

Se lancer dans une recherche au risque qu'elle n'aboutisse pas (risque du non aboutissement de la recherche)¹ est un acte entrepreneurial que bien des entreprises sont prêtes à poser. Accepter le risque qu'un concurrent le devance (risque de perdre la course à la recherche) relève de la même catégorie. Tout cela, à la limite, relève du processus concurrentiel, même s'il est vrai que l'on peut s'interroger si ce processus, dans le domaine de la recherche, est dans tous les cas de figure le meilleur mécanisme d'organisation sociale.

Par contre, si l'on est confronté, de surcroît, au risque que si on aboutit, et ceci avant tout concurrent, que des concurrents peuvent bénéficier du résultat de votre recherche sans avoir eu à subir les coûts de cette dernière, le marché ne saurait plus remplir son rôle.

On assiste à un effet de désincitation manifeste de la recherche. Tout acteur rationnel, dans ces circonstances où il doit s'attendre, anticiper, à ce qu'il sera expulsé du marché qu'il aura créé par son idée, aura tendance à renoncer ex ante à faire de la recherche, ce qui, pour le moins, limitera fortement l'ampleur de cette dernière.

C'est ici qu'intervient la propriété intellectuelle, en tant que mécanisme qui permet précisément d'éliminer le risque que celui qui a financé la recherche verra des concurrents s'approprier le résultat de cette recherche, sans en avoir dû subir les coûts et ainsi pouvoir le concurrencer de par la possibilité de pouvoir demander un prix plus bas.²

Le droit de propriété investit l'innovateur d'un droit exclusif sur l'idée innovatrice, une fois créée. Il peut l'utiliser comme il veut et quand il veut, y compris décider ne pas l'utiliser tout en pouvant faire, par voie judiciaire si besoin, exclure quiconque de la duplication de son idée. Ce droit couvre également la possibilité, en recourant à l'instrument de licences, de permettre à un ou plusieurs tiers d'utiliser la chose couverte par le droit de propriété intellectuelle en retour de paiements de redevances, voire, tout simplement, de vendre l'idée.³

C'est la perspective de pouvoir faire breveter une idée une fois trouvée et donc de pouvoir la valoriser exclusivement, qui constitue précisément l'incitation à se lancer, au départ, dans un investissement de recherche risqué et coûteux.

¹ Donc le risque que les dépenses effectuées ne génèrent aucun recette, donc constituent une perte pure et simple.

² Au sens figuré, on peut le comparer à une course de 10.000 m, où un concurrent devait parcourir toute la distance, d'autres pouvant s'engager dans la course au moment et à l'endroit où le premier concurrent entame les 1.000 derniers mètres.

³ On distingue traditionnellement la cession et la licence en considérant que la cession s'assimile à une vente du droit intellectuel et la licence à une location de ce droit.

En quelque sorte, l'on peut dire qu'il existe une concurrence dans la recherche, chaque concurrent cherchant à obtenir un monopole. On assiste donc une « *concurrence pour l'obtention d'un monopole* ».

Economiquement, le droit de propriété revient à protéger le créateur de l'idée de la concurrence prédécrite, donc revient à accorder un monopole¹ temporaire qui fait qu'il est le seul habilité par la loi à valoriser l'idée pendant la période de temps pour laquelle le droit est accordé.²

Le droit rend par la voie légale rare quelque chose qui par nature, de par la non-rivalité dans la consommation, ne l'est pas. Par cette rareté « *artificielle* » légalement créée combinée au droit de disposition exclusif, le détenteur du droit peut valoriser son idée, à l'abri de toute concurrence, et se procurer des recettes importantes.³

Si donc la propriété privée sur une chose tangible permet de gérer la rareté physique incontournable, la propriété intellectuelle, de son côté, crée une rareté légale en limitant l'utilisation de l'idée à son inventeur, rareté légale considérée comme une condition nécessaire pour que les idées prennent naissance, c.-à-d. comme un mécanisme d'incitation, nécessaire et suffisant, pour inciter les acteurs à s'engager dans la recherche et la création d'idées.

5.3.2. L'argument économique clé contre l'existence de l'instrument du droit de propriété intellectuelle

Comme si souvent une solution à un problème comporte la genèse d'un autre problème. Cela est particulièrement vrai pour le droit de propriété intellectuelle.

S'il existe une concurrence pour créer des nouvelles idées et partant une concurrence pour créer et contrôler le futur marché sur lequel seront commercialisées ces idées, il ne se développera pas en présence d'un droit de propriété intellectuelle sur une idée qui vient d'exister une concurrence entre offreurs dans le futur marché du produit auquel l'idée donne naissance, tout simplement parce que cette idée, une fois créée et protégée, ne saurait être légalement utilisée que par celui qui a fini par acquérir le droit de propriété intellectuelle. Qui plus est, de ce fait, l'idée ne saurait développer les effets cumulatifs dont on a parlé précédemment.

¹ Strictement parlant, il faudrait préciser que la propriété intellectuelle sur une idée crée une situation d'« *input monopoly* », mais ne se traduit pas forcément par un « *output monopoly* ». En effet, avoir le droit exclusif d'utiliser un input ne signifie pas forcément, de par p.ex. des phénomènes de substituabilité entre différents inputs, que cela se traduise inéluctablement par l'exclusivité dans la commercialisation de l'output produit grâce entre autres à l'input en question.

² En règle générale, les lois prévoient des exceptions aux droits exclusifs conférés par la propriété intellectuelle, p.ex. en matière de copyright, la reproduction et la communication à des fins p.ex. d'enseignement est autorisée à condition entre autres qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages, exceptions véhiculées dans le monde anglo-saxon sous l'appellation 'fair use'.

³ Pour le dire avec Charles Jones : « *Without the patent or the copyright, it may be quite easy for someone to « reverse engineer » an invention and the competition from this imitation might eliminate the incentive for the inventor to create the idea in the first place.* » (*Introduction to economic growth*, Norton, 1998)

Ce dernier constat reflète deux problématiques.

D'abord, la perspective d'obtenir un droit de propriété intellectuelle qui vaut son pesant d'or est à l'origine d'un gaspillage des ressources au niveau de la recherche dans la mesure où différents innovateurs concurrents s'engagent dans une course à la recherche (« *patent race* ») et le premier qui aboutit engrange tout le bénéfice (« *the winner takes it all* », le droit est alloué selon le principe du « *first come* ») tandis que les investissements de tous les autres sont perdus, c'est-à-dire les montants investis ne sont pas récupérables avec également comme conséquence, d'un point de vue de la société, qu'il aurait mieux fallu orienter une grande partie des ressources ailleurs que dans une recherche économiquement redondante et excessive.

Ce constat explique que d'aucuns préconisent qu'une partie au moins de la recherche soit effectuée par des entités publiques qui se répartissent les champs de recherche et sont financées par l'Etat. Cela reviendrait à « *collectiviser* » les coûts de la recherche en contrepartie d'une « *collectivisation* » également des bénéfices et, partant, à éviter une recherche concurrentielle absorbant trop de ressources ainsi qu'à assurer une distribution large de l'idée de par un accès gratuit à celle-ci. Comme toujours, chaque choix a un inconvénient, ici que l'absence d'une concurrence en matière de recherche et, partant une recherche centralisée, peut affecter sensiblement les résultats et la qualité de celle-ci.^{1 2}

Ensuite, et le plus important, une idée, une fois qu'elle existe, n'est pas coûteuse à reproduire. Elle peut être reproduite quasiment indéfiniment à un coût quasi nul de sorte qu'il serait économiquement efficient qu'elle pourrait être utilisée par quiconque estimant pouvant la valoriser économiquement, c'est-à-dire il serait dans l'intérêt de la société que l'accès à cette idée serait libre et pourrait être valorisée à travers un processus concurrentiel.

¹ D'autres systèmes sont imaginables, p.ex. où l'Etat achète les résultats de la recherche pour les faire passer directement dans le domaine public. Dans pareil système, on préserverait l'incitation à la recherche, de par la rémunération de celle-ci sans avoir l'inconvénient de la diffusion, pendant un certain temps, restreinte des résultats en question. Comme tout système, ce système présente des problèmes. Outre le fait qu'il est difficilement réalisable dans une économie de marché, faudrait-il encore résoudre la question du comment et à quel niveau la rémunération payée par l'Etat est fixée et la question du financement d'un tel système. En tout cas, sur ce dernier plan, il faudrait, toutes autres choses égales, augmenter les impôts.

² Sur ce dernier point, l'on peut noter, avec Joel Mokyr, dans *The Lever of Riches*, Oxford University Press, 1990, que : "Rosenberg and Birdzell point out that for technological change to be effective and sustainable, the authorities must relinquish their direct control over the innovation process and decentralize it. This creates an important, though insufficient condition for technological change to occur: the opportunity for the successful innovator to enrich himself. But as they point out, decentralization was equally important because it meant that search and experimentation were carried out by many independent units, possibly over and over again. This duplication of effort was not the most cost effective way of engaging in technological progress. In fact, it involved much waste. Case after case of unnecessary duplication can be documented, not even counting the huge number of research efforts that were fruitless. But this system minimized the probability of a technological opportunity being missed, as "it reduced the risk that a desirable proposal could be rejected because of a view point peculiar to a single decision-maker". Nelson (1987, p.9) adds that a pluralist system generates a wider variety of new departures and lets ex post selection separate the wheat from the chaff. Technological process involves not just uncertainty but ex ante differences in opinion. There may be more than one way to skin a cat, but only one way is the most efficient. Nelson argues that ex post selection and experimentation is costly and painful but "given the nature of technological uncertainties, perhaps it is the best we can do" (ibid., p. 120)."

Le droit de propriété intellectuelle empêche une telle concurrence en investissant quelqu'un du monopole de cette idée. L'intérêt de ce monopoleur n'est pas de dégager à partir de cette idée le plus grand surplus global de la société possible, mais de chercher à maximiser son profit ce qui passe par la « création » et le maintien d'une rareté artificielle, en l'occurrence ici de quelque chose qui, par nature, n'est pas physiquement rare, mais que la loi a rendu économiquement rare.¹

Le monopoleur fait un profit supérieur au profit qu'il ferait dans une situation concurrentielle, tandis que le surplus global de la société est largement inférieur à ce qu'il serait si l'idée tombait dans le domaine public ou s'il y avait concurrence dans le domaine public (cf. chapitre 2), à la fois parce que les utilisateurs du nouveau produit ou procédé découlant de l'idée créatrice paient un prix de monopole - et que partant la quantité vendue sera inférieure à celle qui se dégagerait en concurrence -, qui est supérieur à tout prix qui résulterait d'une certaine concurrence et parce que l'idée créatrice reste sous le contrôle exclusif d'un seul, le détenteur légal, donc est sous-utilisée et ne peut développer son caractère cumulatif pendant le temps de validité du droit de propriété, voire même au-delà.

Qui plus est, il se peut même que le monopoleur acquiert durant la période d'existence de son monopole légal une position de marché telle qu'il n'est plus possible, une fois que le droit de propriété intellectuelle expire, à d'autres concurrentes d'entrer dans le marché. C'est le cas p.ex. si économiquement le monopole qui se crée revête ou finit par revêtir les caractéristiques de ce que l'on appelle un monopole naturel, c'est-à-dire une situation où plus un monopoleur produit, plus le coût de production unitaire diminue. Tel est le cas s'il existe des rendements croissants au niveau de la production du bien émanant de ou incorporant l'idée.

C'est l'anticipation d'une rémunération permettant de couvrir, - à la limite royalement,- le coût qui constitue l'incitation des acteurs² à affecter des ressources coûteuses à la recherche de l'idée. Toutefois, une fois que cette dernière existe, son utilisation efficiente gagnerait de par un environnement concurrentiel et de par la possibilité d'un déploiement de l'effet cumulatif de génération de nouvelles idées.

Si donc le droit de propriété est considéré comme une condition nécessaire pour que l'idée soit créée, il apparaît, une fois que l'idée est là, comme un mécanisme économiquement inefficace parce qu'entraînant sa sous-utilisation.

¹ Pour procéder par une analogie, considérons qu'il y a lieu de décider la production d'un pont et que cette décision relève d'un promoteur privé. La construction du pont coûte F. Le promoteur ne va décider de construire ce pont que si, pour le moins, il arrive à recouvrer un montant F et à couvrir le coût opérationnel du pont et, partant, s'il peut demander un péage approprié (à moins que l'Etat ne lui verse un subside). Sinon, il ne va pas effectuer l'investissement.

Par contre, une fois que le pont est construit, le péage aura le plus souvent pour conséquence de limiter le nombre de voitures utilisant le pont par rapport à une situation où le passage serait libre. Partant, pour un pont existant, il y a une 'sous-utilisation' collective du pont existant par référence au nombre total d'utilisateurs possibles.

² Ces acteurs le plus souvent sont des entreprises ou de grands laboratoires développant en même temps plusieurs programmes ou agendas de recherche dans l'espoir que l'une ou l'autre aboutisse et engendre des bénéfices permettant également de couvrir les fonds perdus dans les pistes de recherche qui se sont révélées être des impasses ou en relation avec lesquelles un concurrent a « *gagné la course* ».

A partir du moment où l'idée existe, du point de vue de la collectivité, on peut oublier les coûts de développement de l'idée, donc les ressources antérieurement utilisées, ils n'affecteront plus la question de l'utilisation efficiente de l'idée existante. Par contre, ce qui importe plus est que plus cette idée est utilisée, plus elle peut développer ses effets bénéfiques. Cela tient au fait que les coûts de la recherche ayant abouti à l'idée sont irréversibles, irrécupérables (« sunk costs »). La question qui se pose en termes de l'utilisation efficiente de l'idée existante est comment l'on peut en tirer le plus pour la société toute entière.

Bien évidemment l'entreprise qui a investi dans la recherche ne le voit pas comme tel. Pour elle, il est capital qu'elle puisse elle-même valoriser son idée pour dégager des recettes à elles couvrant ses coûts et dégageant de surcroît un bénéfice. C'est précisément dans cette contradiction que se situe toute la complexité du droit de propriété intellectuelle.¹

Les conséquences découlant du monopole et de ses conséquences, relevant de l'inefficience statique, peuvent pour partie être relativisées par deux effets que comporte l'obligation de « *disclosure* », c'est-à-dire le fait qu'un brevet n'est accordé que sur la base d'une documentation très détaillée du « *contenu* » de l'idée innovatrice et qu'à partir d'un certain moment, le droit est annulé.

D'abord, au moment où le brevet est accordé, cette documentation est accessible mais bien-sûr pas directement utilisable. Cela constitue toutefois une information à d'autres chercheurs. Ceux-ci peuvent alors respectivement arrêter leur propre recherche si celle-ci est identique ou réorienter leur recherche en s'inspirant de la nouvelle idée créatrice pour créer de leur côté une idée innovatrice distincte, suffisamment nouvelle pour que celle-ci ne soit pas couverte par le brevet (« *to invent around the patented invention* »).

Ensuite, de par la durée limitée du droit, arrive le moment où la période de protection prend fin et où l'idée créatrice devient généralement utilisable, c'est-à-dire peut être utilisée et valorisée sans contrainte aucune par quiconque.

Le coût au niveau de la collectivité lié à l'inefficience statique résultant du monopole peut également être relativisé dans une certaine mesure par un certain recours au mécanisme de la discrimination par les prix qui pourrait faire que l'idée connaisse une diffusion plus large que dans le cas du monopole à prix unique.

Rappelons notre résultat dégagé au deuxième chapitre, à savoir que la discrimination par les prix dans le cadre d'un monopole augmente la quantité vendue par le monopoleur - ici p.ex. le nombre de licences vendues - et de ce fait augmente le surplus global de la société, même si statiquement cela se traduit, avant tout, par un profit encore accru du monopoleur à travers une absorption d'un surplus des consommateurs supplémentaire libéré à travers le mécanisme de discrimination par les prix.

¹ Si, en reprenant l'exemple de la voiture, on conçoit facilement que le droit de propriété soit un instrument permettant l'approvisionnement en voitures et l'utilisation non conflictuelle de chacune d'elles, un tel constat est cependant beaucoup moins évident pour l'utilisation d'une idée.

Finalement, notons que définir un droit et investir une personne d'un tel droit est une chose, protéger ce droit en est une autre. Même si en principe, le copiage illicite ou piratage est à rejeter¹, il n'en reste pas moins, illégal qu'il est, le copiage contribue à une utilisation plus large d'une idée innovatrice que ne l'autoriserait librement celui qui en a le droit de disposition, copiage qui, par ailleurs, est d'autant plus facile dans certains domaines que se développent de nouvelles techniques, p.ex. la digitalisation. Cela, pour le reste, explique pourquoi le coût de la surveillance du droit de propriété intellectuelle est assez important² et que de plus en plus de ressources sont affectées au contrôle et au respect forcé des droits de propriété intellectuelle.³

Si l'existence du phénomène de la « *disclosure* », la possibilité de discriminer par les prix ainsi que la réalité économique, quoique illégale, du copiage permettent de limiter les inconvénients de l'existence du droit de propriété intellectuelle découlant de l'accès restreint à l'idée, il n'en reste pas moins qu'il subsiste un coût en termes d'efficacité sacrifiée de par l'utilisation limitée de l'idée pendant un temps qui peut être considérable.⁴

A côté de l'argument clé contre la propriété intellectuelle, à savoir que cette dernière serait source d'inefficacité statique, et à côté d'un deuxième argument qu'il existerait d'autres mécanismes qui permettraient de valoriser une idée et d'inciter à sa création (« *first mover advantage* », effets de réseaux, possibilité de garder secrète une innovation), il est encore de plus en plus avancé un autre argument, qui, tout en englobant le deuxièmement, est d'ordre plus général et plus philosophico-économique, à savoir que les innovateurs innoveraient également sans protection de

¹ Un cas important de piratage est le téléchargement musical. L'exploitation d'une œuvre musicale est régie par le droit d'auteur. Or, à travers l'internet, dans le cadre entre autres de réseaux pair-à-pair (P2P, peer-to-peer), l'on peut télécharger des fichiers musicaux, pratiquement sans coût aucun, grâce à la technologie dite du MP3. Les réactions des campagnes de disques ont été multiples, p.ex. la répression judiciaire à travers une poursuite des téléchargeurs ou l'instauration de dispositions techniques compliquant les copies, les systèmes « *DRM* » (Digital Rights Management). Le débat notamment économique continue sur le pour ou contre de l'interdiction de tels téléchargements (cf. par exemple L'industrie du disque, N. Curien et Fr. Moreau, La Découverte, 2006).

² Si quelqu'un vole une voiture, le propriétaire, en principe, s'en aperçoit rapidement. Par contre, si quelqu'un « *vole* » une idée, c'est-à-dire s'approprie de façon illicite pour l'utiliser à son tour, p.ex. en la copiant, le propriétaire peut prendre du temps pour le découvrir et une fois le coupable identifié, il est, de surcroît, assez compliqué pour corriger la situation. En tout cas, le coût d'administration et de contrôle des droits de propriété intellectuelle est supérieur à celui de droits de propriété portant sur des objets physiques.

³ Dans ce contexte, il est intéressant de noter l'opinion de Carl Shapiro et Hal Varian, exprimée dans *Information rules. A strategic guide to the network economy*, Norton, qui constitue une lecture à la fois économiquement réfléchie et techniquement abordable : « *If the creators of an information good can reproduce it cheaply, others can copy it cheaply. It has long been recognized that some form of privatization of information helps to ensure its production. The U.S. Constitution explicitly grants congress the duty to promote the progress of science and useful arts, by securing, for limited times, to authors and inventors, the exclusive rights to their respective writings and discoveries. But the legal grant of exclusive rights to intellectual property via patents, copyright and trademarks does not confer complete power to control information. There is still the issue of enforcement, a problem that has become even more important with the rise of digital technology and the Internet. Digital information can be perfectly copied and instantaneously transmitted around the world, leading many content producers to view the Internet as one giant, out-of-control copying machine. If copies crowd out legitimate sales, the producers of information may not be able to recover their production costs. Despite this danger, we think that content owners tend to be too conservative with respect to the management of their intellectual property ... When managing intellectual property, your goal should be to choose the terms and conditions that maximize the value of your property, not the terms and conditions that maximize the protection.* »

⁴ Pour un lien entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, cf. ci-après exercice 18.

l'instrument juridique de la propriété intellectuelle puisque de par sa nature et ses rouages de fonctionnement, l'économie de marché (et le capitalisme) avec sa dimension concurrentielle seraient une motivation et un ressort qui se suffiraient à eux-mêmes pour générer les innovations et y inciter les acteurs.¹

Partant, le droit de propriété intellectuelle serait non seulement inutile, mais globalement contra-productif.

Car l'efficacité dynamique – l'argument clé avancé pour plaider pour l'existence de ce droit – on pourrait l'avoir sans le droit tout en évitant de la sorte l'inefficacité statique – qui irait précisément de pair avec ce droit – de sorte à ce que, in fine, le droit de propriété ne serait que source d'une pure rente économique, c'est-à-dire un revenu gagné au-delà de ce qui serait nécessaire pour assurer la source même de ce revenu.

5.4. La vue (encore) majoritaire. Nécessité d'un droit de propriété intellectuelle équilibré

Somme toute, force est de constater à la lumière des développements précédents qu'il existe un conflit, une tension entre deux objectifs conflictuels et contraires², à savoir, entre, d'une part, la fonction « *incitation à la création de l'idée* » du droit de propriété et, d'autre part, une diffusion aussi rapide et large que possible de l'idée, une fois que celle-ci existe.

Si en l'absence du droit, on risque que des idées ne se créent pas et partant que leurs effets bénéfiques pour la société ne puissent développer, en présence du droit, on risque toutefois que tous les effets bénéfiques possibles pour la société et qui sont inhérents à l'idée ne puissent se réaliser.

Dans le chef de l'innovateur, cela se traduit par le fait qu'en l'absence du droit, il risque fort de faire une perte, ce qui précisément le désincite dans la voie de la recherche quid à ce que sa perte serait plus que compensée par les gains de la société et qu'en présence du droit, il pourrait faire un profit de monopole qui, par contre, au niveau de la société, se traduirait par

¹ "Not all intellectual innovations are given property right protection. Although Einstein worked for the *thin Patent office*, he never took a patent out on $E=Mc^2$, nor did he get a copyright on the formula." Wittmann, 2006.

² S'il y a deux objectifs que l'on veut réaliser mais qui sont conflictuels au sens que mieux on réalise l'un moins bien on inévitablement réalise l'autre, alors on ne peut pas réaliser à la fois le maximum des deux objectifs. Qui plus est, la meilleure solution, en règle générale, ne passe pas par la maximisation de l'un des deux objectifs.

Supposez que vous voulez transporter une cargaison d'un bien fragile et que vous ayez deux objectifs, réaliser le transport aussi rapidement que possible et casser le moins d'unités possibles. Plus vous roulez vite, plus vous arrivez rapidement, mais plus le nombre de pièces cassées augmente. Moins vous roulez vite, moins vous cassez de pièces, mais moins vous arrivez rapidement. Si vous roulez à vitesse maximale, vous arrivez très rapidement, mais pratiquement toutes les pièces sont cassées. Si vous roulez très lentement, pratiquement aucune pièce n'est cassée, mais vous arrivez très ou trop tard. Compte tenu de cette relation inverse entre les deux objectifs consistant dans le fait que mieux vous réalisez l'un, moins bien vous réalisez l'autre, votre stratégie optimale n'est ni de rouler le plus vite possible (trop coûteux en termes de l'objectif de casser peu de pièces) ni de ne rien casser (trop coûteux en termes du temps perdu), mais de vous situer à un niveau de vitesse intermédiaire.

un surplus global de la société inférieur à ce qu'il serait si l'idée n'était pas monopolisée et donc si la diffusion n'était pas limitée.

Le fait que l'utilisation par une personne de l'idée n'empêche pas physiquement d'autres d'en faire de même rend, *ceteris paribus*, désirable une diffusion aussi large que possible tandis que la difficulté de limiter la diffusion d'une idée une fois créée rend nécessaire une certaine protection, ceci d'autant plus que la question de la diffusion dans la logique des arguments développés, risquerait de ne pas se poser en l'absence de l'effet incitatif à la création inhérent au droit de propriété intellectuelle.

Autrement dit, s'il est vrai qu'une création intellectuelle ne devient économiquement rare qu'à travers l'intervention légale, il est tout aussi vrai que sans l'intervention légale, on risquerait que la question de la rareté ne se poserait même pas puisque l'idée « *ne se concrétiserait* » pas.¹

On pourrait de ce fait conclure que la justification du droit de propriété intellectuelle est, que tout en ralentissant la diffusion du progrès technique réalisé, il permet qu'il y ait, dans le temps, plus de progrès technique créé et, partant, à diffuser, autrement dit que les inefficiences dynamiques découlant de l'absence d'un tel droit dépasseraient les inefficiences statiques que comporte une utilisation limitée d'un tel droit une fois qu'il existe.

Il convient toutefois de noter que cette analyse reflète une vue qui tout en étant majoritaire n'est pas unanimement partagée. Elle rencontre des critiques qui vont en augmentant p.ex. en relation avec la problématique de l'application du droit de propriété intellectuelle dans des domaines relativement nouveaux p.ex. pour ce qui est des droits de propriété intellectuelle dans des domaines comme le software et, plus encore, pour ce qui est de la « *brevetabilité* » du vivant.

D'aucuns argumentent que l'activité « *d'innovation* » est une activité inhérente à la nature humaine et économiquement si indispensable qu'elle se développerait automatiquement dans le cadre concurrentiel d'une économie de marché en l'absence même de toute propriété intellectuelle et, au-delà, de par la seule pulsion et volonté des hommes de créer et de savoir plus.

Il n'existe pas de réponse scientifique, - et l'honnêteté intellectuelle appelle ce constat - quant à la question de savoir si les bénéfices liés au brevet, et à la propriété intellectuelle en général, à travers la fonction d'incitation à la création de ce dernier dépassent les coûts liés à la propriété intellectuelle de par les limites strictes à une large diffusion et utilisation de l'idée innovatrice, une fois existante.

¹ Pour qu'une idée puisse être utilisée de façon illimitée, il faut qu'elle soit découverte et pour qu'elle soit découverte, il faut être d'accord de la rendre provisoirement économiquement rare à travers un mécanisme légal. Sans le mécanisme de sa raréfaction passagère au moment de sa concrétisation, l'idée resterait dans l'état non découvert par rapport auquel il ne serait même pas question de rareté car on ne peut constater ou regretter que quelque chose est rare qu'à partir du moment où cette chose est connue et utilisable. Voilà une autre formulation, au fond identique, de l'argument clé en faveur de la propriété intellectuelle.

Le système de la propriété intellectuelle, en quelque sorte, est un compromis face à un problème qui, du moins au stade actuel de nos capacités d'analyse, ne connaît pas de solution théoriquement idéale.

L'économiste autrichien Fritz Machlup, déjà dans les années 50, a noté:

« If we did not have a patent system, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge of the economic consequences to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it. »

De même, Edith Penrose:

« If national patent laws did not exist, it would be difficult to make a conclusive case for introducing them, but the fact that they do exist shifts the burden of the proof and it is equally difficult to make a really conclusive case for abolishing them. »

Citons également l'économiste anglaise Joan Robinson¹ qui a observé que:

« A patent is a device to prevent the diffusion of new methods before the original investor has recovered profit adequate to induce the requisite investment. The justification of the patent system is that by slowing down the technical progress, it ensures that there will be more progress to diffuse. The patent system introduces some of the greatest complexities in the capitalist rules of the game and leads to anomalies. Since it is rooted in a contradiction, there can be no such thing as an ideally beneficial patent system and it is bound to produce negative results in particular circumstances, impeding progress unnecessarily, even if its general effect is favorable on balance. »

K.W. Knapp, de son côté, a toutefois conclu (*The Social Costs of Business Enterprise*, 1963, p. 222) il y a déjà environ un demi-siècle:

“In conclusion, it can hardly be denied that the potentialities of technical progress cannot be realized within the institutional framework of the patent system in which innovations come to fruition. In fact, the inevitable results of the patent system are duplication and secrecy of research efforts, the insulation of patented knowledge from other firms and the retardation of further research which cannot make use of the latest technical knowledge.”

Si donc l'instrument de la propriété intellectuelle en soi, somme toute², n'est en règle générale pas contesté quant à son principe, les avis toutefois

¹ Joan Robinson, *The accumulation of capital*, Macmillan, 1956. Joan Robinson a été une économiste anglaise décédée en 1982 qui, de l'avis de beaucoup, aurait mérité le prix Nobel d'économie qui à ce jour (2007) n'a encore jamais été attribué à une femme, chose dont la science économique, ou mieux la discipline économique, n'a pas à être fière. Nous avons laissé délibérément cette phrase dans sa version de 2007. Entre-temps avec Elinor Ostrom, une première femme a reçu le prix Nobel d'Économie.

² Nous devrions dire « somme toute n'est majoritairement pas contestée ». Il existe des voix qui mettent en question le principe même d'un droit de propriété intellectuelle ; cf. par exemple Norbert Wiener qui dans *Invention. The Care and Feeding of ideas*, The MIT Press 1993, note :
“It is neither desirable nor possible to give the discoverers of a brand new scientific idea the full monopoly of the commercial returns of his idea for a period of any length. On the one hand, there are ideas of such consequences that no man should have the returns which an effective monopoly of this

divergent significativement et depuis quelques années de plus en plus, d'un côté, quant à l'importance per se d'un tel instrument¹ et, de l'autre côté, premièrement, quant aux choses qui devraient être couvertes par la propriété intellectuelle et, deuxièmement, quant au degré nécessaire d'une telle protection en termes à la fois de la durée appropriée – courte ou longue – de telles droits et de l'étendue – large ou restrictive – de la définition de la chose couverte par de tels droits.

Autrement dit, s'il y a un large consensus pour dire que pour bien fonctionner, le système de la propriété intellectuelle doit être préservé, sans toutefois être excessif et qu'il doit donc constituer un facteur incitatif ex ante à la création sans trop entraver l'imitation et la diffusion ex post², il n'existe par contre pas un tel consensus quant aux choses à protéger et quant aux différentes dimensions de cette protection, notamment l'étendue³ et la durée de cette dernière.

En relation avec les choses susceptibles de tomber sous cette protection, donc pour ce qui est du champ d'application des droits, l'on discute p.ex. s'il faut ou non couvrir le software par un droit de propriété intellectuelle ou de l'opportunité de breveter le vivant (p.ex. des gènes).

Force est de constater, et en simplifiant, que le dispositif juridique d'un monopole temporaire, donc le droit de propriété intellectuelle, a d'abord été appliqué à la matière inerte, puis a fini, depuis le 20^{ième} siècle, d'une part, à couvrir le software informatique⁴ et, d'autre part, à englober

kind would bring ... On the other hand, the value of a piece of scientific work only appears to the full with its further application by many minds and with its free communication to other minds. Here any secrecy or any rights of property possession will naturally have the effect of making people shy off from a pre-empted field of work. In so doing, they will actually delay the intrinsic consequences of a discovery. As a secondary matter they will delay the true and full recognition which the discoverer should have through the mass of work dependent on his own...

At any rate, whatever benefits are rewarded for scientific creation should have the good of the community as their purpose even more than the good of the individual. As such, they should be contingent on a full and free publication of the new ideas of the discoverer. The truth can make us free only when it is a freely obtainable truth."

¹ cf. Joel Mokyr dans *The Lever of Riches. Technological Creativity and Economic Progress*: "The verdict of the importance of the patent system in explaining technological creativity is thus decidedly mixed. Given the private and social costs of patenting and patent litigation and given the many alternatives to patenting its impact on the technological creativity of societies is far from clear..."

² Déjà Walter Eucken, pour beaucoup le théoricien allemand de la politique économique le plus important du XX siècle, dans *Grundzüge der Wirtschaftspolitik*, paru en 1952, deux ans après sa mort en 1950, a noté que : « *Kann man am Grundgedanken des heutigen Patentrechtes festhalten, also an der Verteilung des ausschließlichen Rechtes, die Erfindung zu verwerten ? Dann wäre es nötig, die Schließung des Angebotes, welche durch die heutige Gesetzgebung und Rechtssprechung der Kulturländer geschieht, wesentlich zu lockern.*

In diese Richtung bewegen sich zahlreiche Vorschläge: so der Kürzung der Schutzfrist und des Ausbaus der Zwangslizenz.

Ob die Auflockerung des Ausschließlichkeitsrechtes genügt, mag dahingestellt bleiben. Vielleicht ist es nötig, auf seine Verleihung und damit auf eine Schließung des Angebotes überhaupt zu verzichten und statt dessen ein System einzuführen nach dem der Patentinhaber verpflichtet ist, die Benutzung der Erfindung gegen eine angemessene Lizenzgebühr jedem ernsthaften Interessenten zu gestatten. »

³ Pour illustrer la problématique de l'étendue, prenez le cube de Rubic où chacun des six côtés du cube est divisé en une grille 3x3 et où chaque cellule de la grille est colorée. L'objectif est de manipuler le cube de la sorte à aligner des rangées composées des cellules à couleur identique. La question s'était posée devant un Tribunal américain de savoir si le cube de Rubic a violé un brevet antérieur pour un jeu similaire avec une grille 2x2. En l'occurrence, le Tribunal a décidé que tel n'est pas le cas.

⁴ Prenez l'exemple de Bill Gates. Ce sont ses idées (découlant d'autres idées) que ce dernier a valorisées sur le marché en les verrouillant à travers des brevets vendus dans le monde entier. Microsoft est l'exemple d'une très grande entreprise qui a été bâtie dans un laps de temps extrêmement court à partir d'un savoir protégé par la propriété intellectuelle.

successivement les végétaux, les micro-organismes, le règne animal et enfin, depuis peu, les séquences d'ADN d'origine humaine, bref le génome.

La question de l'opportunité de breveter des séquences de gènes humains – techniquement parfaitement possible – et plus largement celle de la commercialisation de « *l'humain* » - est à la croisée du droit, de l'économie, de la science et de l'éthique et est loin d'être « *résolue* ». Ce qui peut, est ou devrait être couvert par la propriété intellectuelle est une question qui ne connaît pas de réponse unique et atemporelle, mais est la fonction de l'évolution technologique ouvrant des champs d'actions économiques nouveaux.

Sur ces points, les opinions divergent, quant au fond et de par les intérêts opposés en présence p.ex. des entreprises actives dans ces domaines, des utilisateurs, des Etats selon qu'ils sont « *créateurs nets* » de brevets ou « *acheteurs nets* » de licences etc.^{1 2}

Quant à l'interrogation de l'étendue du brevet, elle se pose par exemple en relation avec la brevetabilité du vivant ou des logiciels.

Selon la réponse que l'on donne à l'étendue de la chose couverte par le droit de propriété, ce qui détermine donc ce qui tombe dans le champ

¹ Les questions relatives aux droits de propriété intellectuelle sont discutées au sein de la WTO (World Trade Organization).

L'annexe 1 des accords de la WTO de 1994 sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent le commerce (Adpic, Trips (Trade-related aspects of intellectual property rights)) a précisé les limites à apporter aux « *exceptions* » du droit d'autres afin d'étendre le champ des échanges commerciaux de droits culturels. En 1996, furent signés par les 51 Etats membres de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de deux traités qui posent le principe de sanctions juridiques contre la neutralisation des mesures techniques de protection des droits d'auteur, afin de lutter contre le développement du piratage des formes numériques des œuvres, et en particulier les réseaux d'échanges gratuits « *peer-to-peer* ».

En 2001, fut adoptée la directive 2001/29CE sur le droit d'auteur qui a pour objet de transposer les accords internationaux de la WTO et de l'OMPI dans les droits nationaux des Etats membres de l'UE.

Dans ce contexte, il est intéressant de noter la prise de position de Jagdish Baghwati, économiste de nationalité indienne, enseignant aux Etats-Unis et probable futur prix Nobel d'Economie pour ses travaux sur le plan de la théorie du commerce international : « *As regards intellectual property protection (IPP), demanded insistently by the United States and then by other rich countries, most economists believe that having patents at twenty-year length (as put into the WTO) is, from the viewpoint of worldwide efficiency, suboptimal, just as having no patents almost certainly is also.... Even now, despite of all the talk about poverty alleviation, the World Bank's staff research and aid are being used, I suspect, in a way that instead of calling into serious doubt the economic logic of intellectual property protection can be interpreted as contributing to the know-how that will eventually enable rich countries to get poor countries to set up administrative machinery to enforce intellectual property rights for the benefit of the rich countries.* » « *Free Trade today* », Princeton University Press, 2002.

Amartya Sen, de son côté, note : « *Another important issue is that of inequitable patent laws which can serve as counterproductive hurdles for the use of life-saving drugs-needed for diseases like Aids – which can often be produced very cheaply, but the market price of which are pushed high up by the burden of royalties. While it is certainly important not to create economic conditions such that innovative research of pharmaceuticals dries out, there are, in fact, plenty of intelligent compromise arrangements, including facilities for variable pricing that can provide good incentives for research while allowing the poor of the world to by these vitally important drugs...*

The counterproductive patent regimes that exist – and rule – at the moment provide very inadequate incentive for medical research aimed at developing new medicines that would be particularly useful for the poorer people of the world whose ability to offer a high price for such medicines is quite limited. »

Joseph Stiglitz, prix Nobel d'Economie, dans *Un autre monde. Contre le fanatisme du marché*, Fayard, 2006, a consacré tout un chapitre à la problématique des brevets pour notamment noter que : « *Je suis persuadé que les adversaires de l'accord sur les ADPIC ont raison. Mais la critique de ce régime de propriété intellectuelle va encore plus loin : il n'est peut-être même pas dans l'intérêt général des pays industriels avancés ... L'innovation est importante : elle a changé la vie de tous les habitants de la planète. Et les lois sur la propriété intellectuelle peuvent et doivent jouer un rôle pour la stimuler. Mais la thèse selon laquelle des droits de propriété intellectuelle plus forts stimulent toujours la performance économique est en général erronée [on note une certaine ambiguïté de la dernière formulation].* »

Notamment, les pays en voie de développement considèrent la propriété intellectuelle avec beaucoup d'appréhensions comme en témoigne l'extrait suivant tiré de C. Cook *Patents, Profits and Power* : « *Poor countries that are desperate for assistance to combat the diseases ramping through their citizens are no longer waiting for the rich and the influential nations of the world to help. They are demanding that drug companies relax patents on the costly drugs they develop for Aids and other illnesses of epidemic proportion.*

Clearly, there are many individuals who believe that patents infringe on basic human rights. Protesters waving 'Patents Kill' signs are likely protesting against the protection that patents afford pharmaceutical companies, thereby allowing them to keep drug prices inflated and beyond the reach of the vast majority of the world's population. ... For these countries, the moral and ethical issues of suffering and death have taken precedence over the legal concerns of the business world. »

² Il en est un fait qu'aux Etats-Unis, la création dans les années '90 de milliers d'entreprises biotechnologiques s'explique notamment par l'évolution des droits de propriété intellectuelle, couvrant par l'instrument du brevet, les inventions dans les séquences DNA, les systèmes d'expression des gènes. Cela a amené la création parallèle de sociétés de « *venture capital* » qui ont financé, par un leverage important, ces entreprises dites « *start-up* » en contrepartie des rendements attendus des brevets, ces derniers constituant l'actif principal, sinon exclusif, de ces entreprises.

d'application du droit de propriété, il peut se réaliser des blocages pouvant découler de deux excès, opposés l'un et l'autre, à savoir, d'un côté, une fragmentation, un morcellement excessif des droits, et, de l'autre côté, une portée trop large d'un droit.

Il arrive que des droits soient accordés à de petites parcelles du savoir d'un domaine donné, si bien que l'exploitation de ce domaine nécessite la réunion de nombreuses licences détenues de façons disparate de sorte qu'il faut négocier avec un grand nombre d'acteurs différents détenant ces licences. Une telle fragmentation juridique de l'utilisation d'un savoir donné peut aller à la limite jusqu'à la quasi-impossibilité de son exploitation.¹ On retrouve ici le problème de la « *tragedy of the anticommons* » vu précédemment. Une telle situation semble fréquente dans les sciences de la vie, où des brevets sont attribués sur des fragments de gènes.

¹ A côté de l'effet de la présence de coûts de transaction d'autant plus importants pour le demandeur que le nombre de licences qu'il doit acquérir séparément est grand, il existe également un effet au niveau du prix total à payer pour les licences. Supposons qu'il y ait deux licences complémentaires qu'il faut acquérir. S'il pouvait les acquérir auprès d'un seul propriétaire-monopoleur, il paierait un prix p_m . Dans le cas où l'idée est morcelée en deux parties, chacune faisant l'objet d'une licence différente à acquérir auprès de deux propriétaires monopoleurs différents, le prix total à payer, p'_m qui se compose du prix p'_{m1} à payer au premier monopoleur et du prix p'_{m2} à payer au deuxième monopoleur, sera probablement tel que $p'_{m1} < p_m$ et $p'_{m2} < p_m$, mais que $p'_{m1} + p'_{m2} = p'_m > p_m$, c'est-à-dire ce qu'il faut payer aux deux monopoleurs, chacun ayant le contrôle sur une partie de l'idée, sera plus que ce qu'il faudrait payer à un seul monopoleur contrôlant à lui seul toute l'idée.

A l'autre extrême, il y a le risque qu'un brevet ait une étendue trop large et freine de ce fait l'innovation pendant un temps considérable empêchant de se développer le cercle vertueux qui repose sur le fait que très souvent une invention nourrit une autre, et ainsi de suite. Aussi dans le domaine du vivant, il existe des procédures qui donnent au détenteur d'un brevet un droit sur des découvertes ultérieures, désincitant par là les tiers à continuer la recherche dans le domaine aussi largement protégé au bénéfice du pionnier.^{1 2}

A côté de l'étendue d'un droit de propriété, la durée du droit de propriété constitue également une variable importante dont dépendra l'impact du droit de propriété, d'un côté, l'impact positif sur le détenteur, le temps pendant lequel il peut faire un profit de monopole³, et de l'autre côté, l'impact négatif sur le reste de la société, le temps qu'elle ne peut entrer au bénéfice d'une utilisation et diffusion large de l'idée couverte par le brevet.

¹ cf. *La France dans l'économie du savoir*, Commissariat général du Plan, 2002

² Dans ce contexte, reproduisons l'extrait d'une interview récente accordée par Milton Friedman (prix Nobel d'économie en 1976) à Henri Lepage dans « *Politique internationale* », n°100, été 2003 :

« H.L. : Une question sur un domaine qui divise les économistes libéraux et libertariens: le droit à la propriété intellectuelle (brevets, droits d'auteur). C'est un sujet particulièrement d'actualité en raison de l'Internet. Faut-il renforcer la réglementation ?

M.F. : Ma position en ce qui concerne la législation sur les brevets et les droits d'auteur a toujours été très simple. Il y a des arguments pour, d'autres contre. Une seule chose est certaine : il n'est pas possible de trancher définitivement dans un sens ou dans l'autre uniquement à partir de principes théoriques. Rien ne me permet de conclure que les droits d'auteur ne devraient pas exister. Mais, à l'inverse, rien ne me permet non plus d'établir qu'ils devaient avoir une durée de vie illimitée. C'est une question de degré dans la mesure où le rôle principal des droits de la propriété est d'agir comme une incitation personnelle à investir dans l'innovation et la création. Il est incontestable que les brevets jouent bien ce rôle. En même temps, il est non moins évident que le brevet est aussi une forme de monopole et que, du fait de ce monopole, une partie de ce qui est ainsi produit à moins d'utilité que ce qui serait produit autrement. Ce sujet fait partie des grandes questions pour lesquelles il n'y a pas de réponse unique et absolue. »

Il est rassurant de constater qu'un prix Nobel n'a pas plus à dire sur une telle question, non ? A ce stade, une remarque plus générale. Si nous avons, dans ce cours écrit, fait souvent référence aux travaux de prix Nobel en économie (en fait, il ne s'agit pas d'un prix Nobel proprement dit, mais du « *prix de la Banque de Suède en mémoire d'Alfred Nobel* », créé en 1968), c'est parce que nous avons estimé utiles de telles références à des développements importants de la théorie économique. Sans vouloir aller aussi loin que Bernard Guerrien, économiste-mathématicien français (*L'illusion économique*, Omniscience, 2007), de bonne réputation, qui est de l'opinion que « *on serait bien incapable de citer un article, pour ne pas dire un livre, de l'un quelconque de ces « prix Nobel » dont on pourrait recommander la lecture, en tant que contribution indiscutable – et indiscutée – au savoir sur l'économie* », nous sommes assez bien d'accord avec John Gray (*The truth about markets*, Penguin, 2003) qui note que « *The Nobel Prize in Economics has always been controversial. Many people (including many economists) feel that economics is not, or often not, characterized by definitive and seminal advances in knowledge of the kind recognized by the science prizes. Even if that is true, the Nobel Prize list is a good indication of what a well-informed group judge to be the most important developments in modern economics and the most important contributors to these developments.* »

³ La « *durée de protection* » sur le plan du copyright est une problématique qui attire souvent une attention publique importante, inversement proportionnel à sa véritable importance. Que p.e.x. la production soit accordée pour p.ex. 50 ans ou 75 ans ne change pas trop les choses parce que par rapport à la date où prend naissance le copyright, les 25 ans en plus ne joueraient que dans 50 ans. Or, en actualisant les revenus supplémentaires par une telle extension, on constaterait que le montant est relativement petit.

Aussi, Richard Posner a-t-il relevé que (dans le « *Journal of Economic perspectives* », Spring 2005) :

« *Suppose a copyright work was expected to yield revenue of \$ 1 per year in a perpetuity at a discount rate of 10 percent (r=10%). Under a system of perpetual copyright, the present value of this infinite income stream [of \$ 1 per year] would be \$ 10* $\left(=\frac{1}{r}\right)$. *Under a limited copyright term (= t years) the*

present value would be $\frac{1-e^{-rt}}{r}$. *So even if t=25, which is much shorter than the current term, the present value of the copyright (at r = 10 percent) would be \$ 9,08, which is more than 90 percent of the present value of the perpetual copyright.* » Voir également l'exercice (34) ci-après.

5.5. Tentative de conclusion

En résumé, on peut conclure par la négative. Il est peu probable qu'un mécanisme de droit de propriété intellectuelle prévoyant une exclusivité absolue non limitée dans le temps pour l'inventeur d'une idée saurait être considéré comme approprié (l'objectif de l'efficacité dynamique serait pleinement réalisée, celui de l'efficacité statique pas du tout). A l'autre extrême, il est également peu probable que l'absence totale d'un mécanisme de propriété intellectuelle puisse être appropriée, surtout si on est dans le cas où, premièrement, des ressources rares, donc des ressources qui ont un prix (explicite ou implicite) sont absorbées dans la production des idées et/ou dans la diffusion ou la fourniture de cette ressource et, deuxièmement, si l'output/l'idée soit ne sert pas d'input à la production d'un output qui lui peut commander un prix, soit si l'output/l'idée n'est pas de nature à permettre de générer la vente d'autres outputs au bénéfice de l'innovateur¹ (l'objectif de l'efficacité statique serait réalisé, mais non pas celui de l'efficacité dynamique).

Il s'ensuit que, face au quasi-dilemme que sans droit de propriété intellectuelle trop peu d'idées risquent d'être produites et qu'en présence d'un tel droit les idées existantes sont trop peu utilisées, l'on peut retenir que le principe même de l'existence du droit de propriété intellectuelle ne saurait guère être mis en question. La question clé n'est pas celle du « *tout* » ou « *rien* », mais celle d'une application pondérée de ce droit pour assurer qu'il ne protège ni « *trop* », ni « *trop peu* ».

En pratique, il est toutefois difficile de trouver la voie moyenne, d'autant plus que comme le remarquent Cooter et Ullen (Law and Economics, 5th edition) :

*“Almost all questions regarding intellectual property law are open.
This fact makes the subject both exciting and confusing*

Les éléments à prendre en considération dans cette interrogation se déclinent en trois dimensions, premièrement, quoi protéger, c'est-à-dire quelles 'choses' faut-il laisser tomber sous le droit de propriété intellectuelle ; deuxièmement, pour combien de temps accorder une telle protection et, troisièmement, comment définir l'étendue de la chose que l'on veut protéger.

¹ Produire p.ex. un logiciel requiert des ressources rares. Toutefois, un logiciel peut servir d'input à des outputs, qui peuvent commander un prix ou il peut permettre de vendre des produits complémentaires qui eux peuvent commander un prix. Dans ces cas, il n'est pas évident que la propriété intellectuelle soit absolument nécessaire.

La réponse combinée à ces trois questions liées n'est pas unique et atemporelle, mais elle varie dans le temps et dans l'espace selon les différents domaines de la création intellectuelle en cause et à la lumière du développement, notamment technologique, de ces derniers.^{1 2}

Il appartient aux pouvoirs publics³ de balancer ces différents arguments en écoutant certes, mais de façon détachée, les opinions des différents acteurs concernés qui, en règle générale, sont contradictoires parce que fonctions des intérêts les plus divers.

Et si on devait apprécier dans quelle mesure on a, actuellement, atteint un tel optimum - notamment dans les domaines nouveaux où une couverture par le droit de propriété intellectuelle est en voie de réalisation tout en étant extrêmement controversée au point que la question de la propriété intellectuelle est devenue une « *ligne d'affrontement politique planétaire* »⁴ - la réponse, avec toutes les précautions qui s'imposent dans cette matière extrêmement complexe, comme l'ont fait ressortir les développements ci-dessus, est que l'on se situe plutôt du côté du « *trop* » que du côté du « *trop peu* ».^{5 6}

¹ "Copyright, when well balanced, encourages the production and distribution of the raw material of democracy. It is supposed to be an economic incentive for the next producer, not a guarantee for the established. But after more than two hundred years of legal evolution and technological revolution, copyright no longer offers strong democratic safeguards. It is out of balance." (Vaid Lyanathan) Cette affirmation, tout en ne portant que sur le "copyright", mérite réflexion.

² Hal Varian, Joseph Farrell et Carl Shapiro, dans leur livre *The Economics of Information technology*, Cambridge University Press, 2004, ont conclu que :

"Intellectual property – copyrights, patents and trade secrets – promises to play an increasingly important role in the economy of the 21st century as information and information technology comprise a greater and greater proportion of economic activity. ... Not surprisingly copyright law and patent law are under pressure to evolve as information technology advances so rapidly.

Copyright law is critical in the information content industries, including publishing, music, movies and computer software. The courts are currently working through the proper interpretation and role of copyright law and policy in the digital age. New technologies, many fitting under the rubric of "Digital Rights Management" can be used by rights holders to restrict what otherwise be the fair use of copyright works. Few expect rapid resolutions of the battle between those who see the Internet as a great intellectual commons where "information wants to be free" and those who see Internet as a giant illegal machine for unauthorized reproduction of copyrighted works.

Likewise, patent law and policy are under pressure as the number of patents grows rapidly in the information technology sector of the economy. Many observers are deeply concerned that the patent system is out of balance, with... many "questionable" patents [being issued], thereby banning competition and innovation. Here the battle between those who benefit from the current system with its arguable loose standards for the issuance of patents and those who bear the costs of those patents are also heating up rather than winding down... "

³ Dans ce contexte, il est fort intéressant de noter que le 12 mai 2007, la France a mis en place une nouvelle Agence, à savoir l'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat dont le rôle principal est d'optimiser la gestion de cette catégorie d'actifs appartenant à l'Etat.

⁴ pour reprendre une expression de Philippe Aigrain (op. cit.)

⁵ Un des domaines au sujet desquels la discussion est menée avec de plus en plus d'engagements et d'émotions est celui de l'Internet. Le nombre de ceux va croissant qui soulèvent la question (cf. p.ex. Lawrence Lessig, *L'avenir des idées*, PUF 2005) de la nécessité même d'une réglementation des ressources en relation avec l'Internet, soit par le secteur privé, soit par le secteur public et si ces ressources ne devraient pas être considérées comme un 'bien commun', c'est-à-dire comme des ressources qui devraient rester libres au sens que personne ne devrait avoir le moindre titre pour revendiquer le contrôle.

⁶ De plus en plus d'Etats cherchent à se positionner pour attirer l'activité de la protection et de la valorisation des droits de propriété intellectuelle. Aussi le Luxembourg p.ex. a-t-il ajouté un article 50bis à sa loi de l'impôt sur le revenu, article qui vise à traiter les revenus d'un actif « *intellectuel* » plus favorablement que d'autres types de revenu. Pour une discussion (critique) de cet article, voir l'unité 5 de notre cours sur les principes et l'analyse économique de la fiscalité.

Terminons cette discussion – et le choix de cette citation finale peut être considérée comme révélatrice pour l'évolution (et évolution il y a) de la pensée de l'auteur de ce syllabus¹, pour ce qui est, surtout, de la propriété intellectuelle sur des intangibles – en citant Yochai Benkler, *The Wealth of Networks, How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006 :

“When one cuts through the rent-seeking politics of intellectual property lobbies like the pharmaceutical companies or Hollywood and the recording interests ; when one overcomes the honestly erroneous but nonetheless conscience – soothing beliefs of lawyers who defend the copyright and patent – dependent industries and the judges they later become, the reality of both theory and empirics in the economics of intellectual property is that both in theory and as far as empirical evidence shows ; there is remarkable little support in economics for regulating information, knowledge and cultural production through the tools of intellectual property law.” (P. 39)

ainsi que William Landes et Richard Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003:

“Economic analysis has come up short of providing either theoretical or empirical grounds for assessing the overall effect of intellectual property law on economic welfare. There is least doubt about the value of trademark law... and about the core of trade secrecy law... It is a reasonable surmise as well that some core patent and copyright protection is welfare-improving. But there is no basis for confidence that existing scope and duration of either patent or copyright protection are optimal. The doubt is not whether it is too the protection is to meagre but whether it is to great, imposing access and transaction costs disproportionate to the likely benefits from enhancing the incentives to produce socially valuable intellectual property. Doubt is deepened by a point we have harpened on continually – that expending intellectual property rights can actually reduce the amount of new intellectual property that is created by raising the creators' input costs, since a major input into new intellectual property is existing such property. This is true in both the patent and copyright areas and makes us sceptical about proposals to enlarge intellectual property rights in those areas. Any further enlargement would increase access and transaction costs and could at that same time weaken rather than strengthen the incentives to create new intellectual property.” (p. 422).

¹ à une restriction près, la nécessité de trouver un modèle qui permet économiquement la création par la multitude d'artistes et d'auteurs individuels, dans tous les domaines culturels et scientifiques, dont la situation matérielle n'est actuellement pas enviable malgré l'existence de la propriété intellectuelle.

Exercices

1. Expliquez, à la lumière du cours, le rôle économique du « *copyright* » et des brevets. Montrez comment les nouvelles technologies nécessitent des raffinements permanents de ces instruments juridiques.
2. Pourquoi Mozart a-t-il été pauvre et les membres du groupe Pink Floyd sont-ils devenus riches?
3. Commentez l'affirmation suivante reprise du même auteur :

"We need to establish property rights in physical goods because they are naturally scarce. Two people cannot occupy the same patch of ground. The property system works by allowing particular people to control particular patches.

Intellectual goods, on the other hand, lack this quality of scarcity. They are not in a particular place, they can in fact be in a lot of places at once. Many people can know the plot and details of a novel and one's knowledge does not detract other from enjoyment. There is no tragedy of the commons in the public domain.

Private property protects the value of scarce goods. Intellectual property creates the scarcity of products that are appropriated. It protects value by making goods scarce. By nature, the intellectual "content" can be replicated indefinitely. This is the most important reason why the property states of intellectual goods must be regarded with a preliminary suspicion."

4. Commentez l'affirmation suivante de David Friedman reprise de *Law's Order*, Princeton University Press, 2000

« It is hard to read a book if nobody has written it, and authors may choose not to write books if they cannot collect the royalties on them. Similarly for inventions ».

5. Commentez les deux affirmations ci-après reprises de « *A global political economy of intellectual property rights* », Christopher May, 2000.
 - (i) « *The information society is a new period of enclosures .* »
 - (ii) « *Intellectual property is a method of commodification, of commodifying knowledge though its characterization as property.* »

6. Pourquoi les pays en voie de développement regardent-ils le mécanisme du droit de propriété intellectuelle, pour ce qui est principalement des brevets, avec beaucoup d'appréhensions ?
7. Discutez un des mots d'ordre des opposants à la globalisation « *Software belongs to everyone* ».
8. Expliquez pourquoi la durée d'un brevet est inférieure à la durée d'un copyright.
9. La directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, dans son article 5 dispose :
 - « 1. Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.
 - Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel.
 - L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande du brevet. »

Commentez cet article.

10. « *Des brevets trop larges peuvent créer des rentes de monopole excessives, mais risquent aussi de bloquer la route à des innovations voisines. Le risque de blocage de l'innovation est particulièrement élevé dans les domaines où la connaissance est cumulative, ou chaque avancée s'appuie sur de nombreux brevets antérieurs, comme dans les semi-conducteurs.* »

Commentez cette affirmation.

11. Commentez l'affirmation d'Abraham Lincoln « *The patent system added the fuel of interest to the fire of genius* ».
12. Commentez l'extrait suivant d'un article paru au Monde le 27 décembre 2002, « *La privatisation de l'image menace la photographie* » :

« *Toute image se protège et se monnaie. Maison, immeuble, montagne, jardin, porte, bateau, moto, manège, fruits. Et même un*

chien puisqu'un couple d'éleveurs poursuit un photographe devant un tribunal de Saint-Nazaire pour avoir publié en carte postale l'image de son bichon maltais.... »

13. Commentez l'affirmation suivante reprise de David Friedman

« 1900, the U.S. did not recognize British copyrights, yet British authors got sizable royalties from the American sales. With large fixed costs and time delays due to typesetting, the first publisher (who got the manuscript from the author) had a sizable advantage over pirates (who had to wait for the first publisher to print his edition before they could start pirating it). »

14. Commentez l'affirmation suivante:

« There is a problem when the number of intellectual property lawyers is growing faster than the number of researchers. » (D. Foray)

15. Commentez les deux affirmations suivantes:

- *« In contrast to the incentive theory of patents, suppose instead that firms in an industry assemble large patent portfolios [in software programs] in order to extract royalties from competitors and to defend themselves from similar behavior by their rivals. Economists have come to describe such an environment as a « patent thicket ». In theory, at least, extensive competition in patents, rather than inventions, may occur if firms rely on similar technologies and the cost of assembling large portfolios is not very high.*

In such an environment, firms may compete to tax each others' inventions – for example by demanding royalties – and, in the process, reduce their competitors' incentive to engage in RD.

... Economists sometimes describe this type of environment as a prisoner's dilemma. All firms would be better off if they did not act in this way, but each firm would be worse off if it did not respond to a surge in patenting by their rivals. » (Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2004)

- *„Zwischen den großen Softwarefirmen herrscht ein Gleichgewicht des Terrors. So wie die Supermärkte zur Zeit des kalten Krieges Massenvernichtungswaffen gehortet haben um den Einsatz von Massenvernichtungswaffen zu verhindern, so sammeln heute die großen Firmen massenhaft Patente um Patentverletzungsklagen abzuwenden.“*

- *„Mehr denn je hängt das Schicksal von Unternehmen heute an den Patenten. ... Vor allem technische Geräte sind inzwischen so komplex geworden, dass sie praktisch nicht mehr ausschließlich mit eigenen Patenten gebaut werden können. ... Damit bleiben den Firmen zwei Möglichkeiten. Entweder sie bezahlen dafür, dass sie*

fremde Innovationen nutzen dürfen oder sie tauschen eigene Patente dagegen. Die Branche nennt diese Abkommen „Cross-Licensing“. Deswegen wird ein umfangreiches Patentportfolio für die Unternehmen immer wichtiger. ... Während früher das Patent dafür sorgen sollte, dass Wettbewerber eine Idee nicht verwenden dürfen, ist heute daraus eine Währung geworden. Der Handel mit Lizenzen hat kräftig zugenommen. Unternehmen haben sich erst jetzt auf diesen neuen Handel eingestellt. Wo früher nur einige Patentanwälte in den Rechtsabteilungen saßen, kümmern sich heute große Patentabteilungen um das Geschäft. Allein Siemens beschäftigt dafür 450 Mitarbeiter, 200 davon sind Patentanwälte. Damit hat sich auch das strategische Verständnis dieser Abteilungen gewandelt. Nach wie vor verfolgen sie Patentverletzungen und melden eigene Erfindungen bei Patentämtern an. Doch zunehmend kümmern sie sich auch um den Kauf, Verkauf und Tausch von Lizenzen damit die eigenen Ausgaben für Forschung und Entwicklung im Rahmen bleiben. ... Zwar haben die Patente immer noch ihre ursprünglich zgedachte Funktion. Investitionen in Forschung und Entwicklung zu schützen. Doch zugleich finanzieren sie durch Lizenzeinnahmen auch einen Teil dieser Forschungsausgaben für die ein großes Unternehmen mehrere Milliarden Euro jährlich aufbringen muss. ...

Alleine Siemens meldet pro Arbeitstag 26 Patente an. „Grund für die steigende Zahl der Patentauseinandersetzungen ist die wachsende Bedeutung des Innovationsvorsprungs im Wettbewerb“, sagt der Siemens-Patentchef. „Deswegen bauen wir ein starkes Patentportfolio als schlagkräftiges Arsenal weiter aus.“ Je mehr Patente ein Unternehmen besitzt, desto besser weiß es sich zu schützen. Der Tausch von Lizenzen minimiere außerdem das Risiko, selbst unbeabsichtigt fremde Patente zu verletzen.“

16. Commentez les affirmations ou constats suivants repris de Tom Palmer, « Intellectual Property : A Non-Posnerian Law and Economics' Approach », Hamline Law Review :
- « Venice, in one of the earliest cited patents, in 1469 granted a monopoly over the art of printing itself to John of Speyer, awarding him exclusive rights to print books in Venetian territory and forbidding the importation of books into the realm. Fortunately, for the future growth of the Venetian printing industry, John of Speyer died the next year. »
 - « Both tangible and ideal objects are scarce in a dynamic sense: only the former are scarce in the static sense. Furthermore, scarcity does apply to the tangible instantiation or embodiment of ideal objects e.g. the tangible and material « book » which serves as the substrate for the author's immaterial product for his « book ». »

17. Commentez l'affirmation suivante:

« Put succinctly, the dilemma is that with a legal monopoly too little of the information will be produced but with the legal monopoly too little of the information will be used. » (Robert Cooter)

18. Commentez l'affirmation suivante:

« Although the intellectual property and antitrust laws appear at odds from one perspective, one creates monopolies while the other attacks them. They are better understood as providing largely complementary approaches for promoting innovation. The intellectual property law creates property rights that provide incentives to invent in research and development through assuring substantial appropriability of the rewards to success and the antitrust laws ensure that firms do not misuse their property and harm competition and consumers.

From the pure perspective of innovation incentives, antitrust can be thought of as an analogue to restrictions on patent scope: both place limits on the intellectual property reward system to protect incentives for successive innovation that builds upon initial success. »

19. Discutez le pour et le contre de la mise en place d'une taxe à payer par quiconque obtenant un brevet. Discutez cette taxe dans un scénario où c'est une taxe unique à payer lors de l'obtention du brevet, une taxe constante à payer annuellement et une taxe à payer annuellement mais dont le montant augmente chaque année.

20. Les marques de produit (trademarks) peuvent également tomber sous la protection de la propriété intellectuelle, p.ex. la marque Mc Donalds.

- (i) Y a-t-il une différence de nature économique entre une idée, p.ex. une formule chimique ou un software et une marque ?
- (ii) Quels arguments économiques justifient la protection de la marque ?
- (iii) La protection des marques empêche-t-elle ou incite-t-elle la concurrence ?
- (iv) Du point de vue des consommateurs, quel rôle les marques remplissent-elles ? En y répondant, prenez en considération les besoins d'information des consommateurs en relation avec certains produits.
- (v) Compte tenu des réponses sub (i) à (iv), pensez-vous que la protection d'une marque par un droit de propriété intellectuelle est en générale limitée dans la durée comme tel est le cas pour les brevets et le copyright ou, par contre, est accordée pour une durée illimitée ?

21. Commentez de façon critique l'affirmation suivante reprise de John Leach, *A course in public economics*, Cambridge University Press, 2004, un livre excellent pour l'étudiant plus avancé :

« It seems quite certain that the patent system raises economic welfare by encouraging research, but it does have costs as well as benefits. Even under the best possible patent system, resources in the research sector will not be optimally allocated. »

22. Commentez l'affirmation suivante :

“One cannot, it might be argued, sell a theory, a proof, a piece of information and the like in the way one might sell a bag of fruit or a can; after the transaction, the seller retains the capacity to use and benefit from the good in question.

This objection, however, is premised on a misunderstanding of what it is to alienate property; it presupposes a mistaken view of property as a thing and not as a set of rights. Clearly, it is not possible literally to transfer a theory in an act of exchange in the same way one can if one sells a car or a bag of apples.

*However to alienate property is not to alienate an object as such, but to alienate a set of rights and capacities to use and benefit from an object: this is possible in the case of information or knowledge as it is the case of commodities such as cars or apples, as long as suitable use and benefit rights can be defined.” (O'Neill, *The market*)*

23. Commentez l'extrait suivant:

„Das zentrale Problem der Klonforschung ist ihre atemlose Beschleunigung. Da ist ein Run entstanden, bei dem alles gemacht werden soll, was technisch möglich ist. Und weil es Restriktionen in einigen Ländern gibt und in anderen nicht, weisen Regionen mit laxeren Regeln plötzlich angebliche Standortvorteile auf. Wenn nun ein Forscher diesen Vorteil im eigenen Land nicht genießt, sucht er schnell nach Tricks, um die Regeln durch internationale Arbeitsteilung und Delegation der Verantwortung zu umgehen. Der globale Effekt ist: Konkurrenz und Kooperation treiben den Klonwettbewerb immer weiter an. Ethik und vertiefte öffentliche Diskussion drohen dabei unter die Räder zu geraten.“ (Ingrid Schneider, dans FAZ am Sonntag, 27. November 2005)

24. Commentez l'extrait suivant du *The Economist*, November 26th, 2005:

“It is addictive and anti-social – but could using your Blackberry also be illegal ?

An American judge is poised to rule whether the ubiquitous Blackberry wireless e-mail services should be shut down in the United States, as part of a bitter intellectual property lawsuit. ... In 2002 Research in Motion (RIM) the Canadian firm that makes the gadgets as well as the back-end of software that manages the system, lost a patent infringement suit to NTP, a company that comprises little more than a

handful of lawyers and the patents of Thomas Canpam, an inventor who earned more than 50 patents in wireless data systems before dying last year. RIM was ordered to pay damages (around 8% of sales in America) and an injunction to halt Blackberry service in America was postponed pending dealing.

The appeals court watched as RIM and NTP negotiated a settlement for \$ 450 m in March 2005; a joint press release was duly issued. But by June the deal unraveled: neither party will say why. In October the appeals courts issued its decision largely reaffirming RIM's infringement. So the injunction to halt Blackberry service looms ... Yet it seems likelier that a deal will be reached than that the Blackberry will go dark.

RIM claims it can upgrade the system with a new technical "workaround" that offers the same services without treading on the NTP-patents which have anyway recently been thrown into doubt by America's Patent Office. And a financial settlement may yet be agreed: this week RIM asked the court to enforce the \$ 450 m deal. It seems strange that such a massive sum should go to a small, unknown firm. But courts have consistently looked at the evidence and so decided. Perhaps that is the price of protecting ideas."

25. Cherchez à donner une signification au terme de "copyfraught".
26. Analysez les phénomènes suivants (texte repris de la Welt am Sonntag du 4 décembre 2005) :
 - „Trolle: Unternehmen deren einziger Zweck es ist, andere Unternehmen wegen verletzter Patentrechte zu verklagen werden Patent-Trolle genannt. Dieses Modell gibt es hauptsächlich in den USA, weil es dort auf Grund der hohen Schadensersatzforderungen besonders lukrativ ist. Dabei kaufen Trolle gezielt Patente ein, die von größeren Unternehmen möglicherweise verletzt werden. Weil Trolle keinen nennenswerten Umsatz und keine Geschäfte machen, die auf Patenten fußen, bieten sie für die Beklagten auch keine Angriffsfläche für Gegenklagen.“
 - „Hinterhalt: Schafft es ein Unternehmen, patentierte Technologie zu einem Industriestandard zumachen, ohne deutlich zu machen, dass es die Patente dazu hält, baut es einen Patenthinterhalt auf. Alle Unternehmen, die auf diesen Standard aufsetzen, müssen Lizenzzahlungen leisten.“
 - „Golden Nuggets: Patente, die in einem Industriestandard stecken, sind so genannte Golden Nuggets. Je mehr Unternehmen gezwungen sind, diese zu nutzen, desto höher fallen die Lizenzentnahmen der Patentbesitzer aus. In der Praxis können Golden Nuggets Unmut hervorrufen. So fordern gerade Telekommunikationsunternehmen wie Vodafone, T-Mobile und Telefonica Lizenzgebühren nach oben zu beschränken. Die Argumentation: Hohe Lizenzkosten für geistiges Eigentum würden zunehmend zu einem limitierten Faktor für die Industrie und ihre Fähigkeit Kosten zu senken. Die Klagen – unter anderem von Nokia

vorgetragen – richten sich vor allem auf die Golden Nuggets von Qualcomm. Das US-Unternehmen hat wichtige Patente für die Technologie der dritten Mobilgeneration CDMA, 40 Prozent des Qualcomm-Umsatzes und sogar 60 Prozent des Unternehmensgewinns speisen sich aus den Lizenzgebühren. Allerdings muss eine Technologie, die zum Industriestandard wird, stetig weiterentwickelt werden. Qualcomm besitzt etwa 1.800 Patente, weitere 2.200 Anträge sind in Bearbeitung. Das Unternehmen gibt jährlich eine Milliarde Dollar für Forschung und Entwicklung aus.“

27. Commentez l'affirmation suivante de Enzo Ruttani, « Le capitalisme cognitif: du déjà-vu ? » *Multitudes*, n° 2, mai 2000 et cité par André Gorz, « *L'immatériel. Connaissance, valeur et capital* », Galilée, 2003 : « *La valeur d'échange de sa connaissance est donc entièrement liée à la capacité pratique de limiter son diffusion libre, c'est-à-dire de limiter avec des moyens juridiques (brevets, droits d'auteur, licences, contrats) ou monopolistes, la possibilité de copier, d'imiter, de 'réinventer', d'apprendre des connaissances des autres.*

En d'autres termes, la valeur de la connaissance ne découle pas de sa rareté naturelle, mais uniquement des limitations établies, institutionnellement ou de fait, à l'accès à la connaissance. »

28. Commentez l'affirmation suivante :

“All ideas in the financial world can be copied pretty quickly – financial innovation does not enjoy patent protection like other fields of engineering.

While laws exist to protect people from stealing brilliant inventions from each other in areas such as industry or design, in the world of finance there is nothing to prevent someone from pinching a rival's ingenious inventions and replicating them.” (Financial Times, 2005)

29. Commentez l'extrait suivant de Henry Jenkins, *Convergence Culture*, New York University Press, 2006 :

“Mc Cracken [an anthropologist and marketing consultant] argues that there is ultimately no schism between the public interest in expanding opportunities for grassroots creativity and the corporate interest in protecting its intellectual property. Cooperation will allow the public to participate in the construction and representation of its creations or they will, eventually, compromise the commercial value of their properties. The new consumer will help create value or they will refuse it. Cooperations have a right to keep copyright but they have an interest in releasing it. The economics of scarcity may dictate the first. The economics of plenitude dictate the second ... Mc Cracken argues that these companies that loosen their copyright control will attract the most active and committed customers and those who ruthlessly set limits will find themselves with a dwindling share of the media market place.”

30. *“Disney and Metallica may be doing all they can to embrace and extend copyright but there are plenty of other (maybe even more) artists and producers who see free peer-to-peer (“P2P”) distribution as low-cost marketing ... Each of these perspectives changes how creators feel about copyright. At the top of the curve, the studios, major labels and publishers defend their copyright fiercely. In the middle, the domain of independent labels and academic presses, it’s a grey area. Farther down the tail, more firmly in the non-commercial zone, an interesting number of content creators are choosing explicitly to give up some of their copyright protections ... In short, some creators care about copyrights and some don’t. Yet the law doesn’t distinguish between them – copyright is automatically granted and protected unless explicitly waived.*

*As a result, the power of “free” is obscured by fears of privacy and is often viewed with scepticism, not least because it evokes unfortunate echoes of both communism and sloganeering.” Chris Anderson, *The Long Trail*, Hyperion, New York, 2006.*

31. Commentez le passage suivant du livre de Norbert Wiener, *Invention. The Care and Feeding of Ideas*, The MIT Press, 1993 :

“It is neither desirable nor possible to give the discoverers of a brand new scientific idea the full monopoly of the commercial returns of his idea for a period of any length. On the one hand, there are ideas of such consequences that no man should have the returns which an effective monopoly of this kind would bring ... On the other hand, the value of a piece of scientific work only appears to the full with its further application by many minds and with its free communication to other minds. Here any secrecy or any rights of property possession will naturally have the effect of making people shy off from a pre-empted field of work. In so doing, they will actually delay the intrinsic consequences of a discovery. As a secondary matter they will delay the true and full recognition which the discoverer should have through the mass of work dependent on his own...

At any rate, whatever benefits are rewarded for scientific creation should have the good of the community as their purpose even more than the good of the individual. As such, they should be contingent on a full and free publication of the new ideas of the discoverer. The truth can make us free only when it is a freely obtainable truth.”

32. Commentez l’extrait suivant de la Financial Times du 5 décembre 2006 repris de l’article *“Universal and MySpace on course for landmark battle over copyright”*:

- *“The legal battle brewing between Universal Music and My Space could shape the broader commercial relationship between traditional media companies and a new generation of internet start-up that rely on them for content.*

Last month, Universal accused MySpace of infringing its copyrights by allowing its customers to post music videos from artists such as Jay-Z on the site without permission...

Yet as lawyers prepare for battle, they do so on uncertain legal ground. The legislation at the heart of the debate, the Digital Millennium Copyright Act (DCMA¹, 1998) was written years before social networking sites such as MySpace even existed...

Lee Bromberg, an intellectual property specialist views the latest chapter in copyright law's long history of failing to keep pace with new technology. It is a tension that emerged more than 200 years ago when the printing press made obsolete regulations devised for hand-drawn maps and charts. Kraig Baker said: "It's part of the continuing struggle between content owners and developers of technologies."

The DCMA was passed in 1998 to strengthen intellectual property rights for software, films and other materials. One of the key provisions was a "safe harbour" lobbied for by telephone companies who were worried that they might be held liable for copyright violations in the internet since they supplied the trunks and phone lines that were its basic infrastructure.

The safe-harbour protected so-called "dump pipes" from prosecution as long as their owner did not have prior knowledge of infringement and complied expeditiously with requests to remove copyrighted material.

Grayer, Bolt and MySpace, owned by NewsCorp, insist that they meet those conditions. In addition to responding to requests to remove material, they have sought to insulate themselves by installing new filtering technologies that could make it less burdensome for traditional media companies to monitor their sites...

Some lawyers say that social networking and user-generated content sites are not the passive carriers – like an internet service provider – that the drafters of the law had in mind. For one thing, they tab and index materials to make them easily searched on their sites. "Services like YouTube and MySpace aren't dump pipes" said a lawyer...

Content companies could also be bolstered by the Supreme Court's ruling last year against Grokster, an online file-sharing service.

In that case, the court found that software and technology companies could be held liable for copyright infringement when customers use their technology to download films and songs.

A key part of their ruling was that Grokster and other companies named in the suit had encouraged copyright violations as part of their business strategy to attract users and then sell advertising based on that traffic. Whether a court could include that copyright

¹ Le DCMA a été promulgué aux Etats-Unis en octobre 1998. Ses principales dispositions concernent la lutte contre le développement des technologies permettant de contourner les mesures de protection du copyright.

infringement as part of MySpace and other sites' business model or a mere consequence is an open question. In the meantime, there is a good chance that the sites will settle.

After threatening to sue earlier this year, Universal ultimately struck a distribution deal with You Tube, the leading internet video site, in which it receives a share of advertising revenue and a licensing for its content. It also received equity in the company worth tens of millions of dollars. But in the longer terms, it seems likely that both content and technology industries will lobby for revisions to the DCMA as they attempt to strengthen their position."

33. (i) Commentez l'extrait suivant repris de la Financial Times du 6 décembre 2006:

"Governments in 2003 effectively abandoned an ambitious plan to introduce a common EU-wide patent, after they failed to resolve a clash over what languages to use for the new arrangement. Patents granted in one jurisdiction therefore offer no protection in other member states of the Union, creating a headache for companies that wish to exploit fully the EU internal market.

Equally trembling for companies is the lack of a harmonised EU wide regime for solving patent disputes. In order to settle a legal disagreement over patents, parties are currently forced to obtain separate rulings in the different member States – a costly and time-consuming exercise."

- (ii) Quel est le rôle de l'Organisation européenne de brevets (OEB), organisation intergouvernementale (cf. document parlementaire N° 5635) ?

34. Commentez les extraits suivants repris d'un article dans la Financial Times du 6 décembre 2006 de Lawrence Lessig, professeur de droit à la Stanford University :

"Today, Andrew Gower, former editor of this paper will release a report commissioned by Gordon Brown... to examine the UK's intellectual property framework. One part of the report will address whether the copyright term for recordings in Britain should be extended from the current 50 years to 95... There is little doubt about what Gower will say because term extension is, as the late Nobel-Prize winning economist Millan Friedman once remarked a 'no-brains'. You can see why by distinguishing between the prospective and retrospective aspects of term extension. Prospectively the question is whether adding 45 years to the existing copyright term adds any additional incentives. Intuitively, you would think it could – 45 more years of royalties ought to matter to someone.

But the key is to remember that the 45 years begin 50 years from now. Thus any incentive they might produce in the future must be discounted to today. As economist after economist has testified, the current value of that future income is trivial. Using a formula offered by 19 economists, including 5 Nobel prize winners, adding 45 years to the

copyright terms increases the present incentive by less than 3.5 per cent. Retrospectively, the argument is even easier. Does extending the term of existing copyrights create new incentives to create? Well so long as nature's laws against time travel remains, the answer is obviously no. Incentives are prospective, not retrospective... Yet while the incentives produced by term extension are tiny, the costs are huge. The vast majority of 50-years-old recordings have no commercial value. That means many of these recordings are "orphans" – works those owners cannot even be identified. Extending the term for these works will simply guarantee they remain orphans. For another 45 years, libraries and archives could be forbidden from making these forgotten works accessible, because they cannot clear the rights to them. Sir Cliff Richard would thus get 45 more years of royalties while pushing forgotten Sir Cliffs into further oblivion.

If the economics are so clear, why is the question so hard for governments? The answer is that famous copyright holders are among the most beloved of any nation. They are favourite friends of politicians. So whenever the question of term extension has been raised governments have said yes... If the British Government decides to extend the term it should do so in a way that minimizes harm. Before any existing British copyright holder gets the benefit of almost doubling his copyright term, they should have to ask, by sending the British Treasury five quid, with an application form..."

35. Expliquez les termes ci-après:

- "the winner takes it all";
- "effet de réseau";
- "first mover advantage";
- "path dependence".

36. Quel est le rôle de la SACEM (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique) ? (consultez p.ex. le site internet de la SACEM Luxembourg)

37. Commentez l'extrait suivant repris de *Cause Commune* de Ph. Aigrain, Fayard 2006 :

« L'idéal du fondamentalisme de marché appliqué aux droits intellectuels est d'instituer un droit de propriété absolu sur chaque entité, et des formes de mise en œuvre de cette propriété qui autorisent ce que les économistes appellent des prix parfaitement différenciés, permettant au détenteur des droits de capturer tout le marché potentiel du produit.

En termes moins techniques, cela consiste à faire payer à chaque usager le maximum de ce qu'il est prêt à payer pour chaque usage. En pratique, ce programme ne peut être mis en œuvre que sur un tout petit nombre d'entités, compte tenu des gigantesques coûts de gestion et de maintien de contraintes qui sont nécessaires à l'ère de

l'information pour empêcher les usagers d'appliquer le programme inverse, qui consiste à obtenir l'accès à l'entité au moindre coût possible, à l'utiliser librement et à la partager le plus largement possible avec tous les autres usagers potentiels.

Même pour les titres phares, on peut fortement douter de l'applicabilité de la différenciation parfaite de prix. En effet, les entités intellectuelles ont une valeur qui n'est connue que par l'usage. Si l'on essaye d'empêcher les usagers d'y accéder sans les acquérir, beaucoup y renoncent. Cela explique que, même pour les titres qui font l'objet d'une promotion forcenée, la diffusion libre sur les réseaux pair à pair puisse avoir un effet positif sur les ventes, comme l'ont montré Felix Oberholzer et Koleman Strumpf [55]. L'effet réel du programme d'appropriation absolue est de laminer la distribution ou l'usage des biens à marché capturable limité, et de concentrer la promotion et la gestion de droits sur les titres phares, ou décréétés tels.

La distance qui sépare l'invocation abstraite d'un optimum économique de la réalité de sa mise en œuvre est ce qui justifie l'usage que je fais de l'expression « fondamentalisme de marché ». L'approche néoclassique de l'économie du bien-être sur laquelle s'appuient les justifications standards de la propriété intellectuelle est l'objet de critiques sévères depuis des décennies, et ressemble aujourd'hui à un pneu dégonflé couvert de rustines, mais cela n'empêche pas grands prêtres et mercenaires de s'en servir pour prétendre que l'on peut raisonner sur l'optimisation microéconomique du marché d'un titre de propriété pour évaluer le bénéfice social général. Cette affirmation combine les failles de l'économisme (croire que le marché total mesure le bien social), celles de la mauvaise économie (ignorer les contraintes macroéconomiques comme celles des budgets-temps et la pratique réelle des acteurs comme la recherche de rentes) et celle du mépris général de la réalité (ignorer la mise en œuvre concrète des droits de propriété et ses contraintes techniques, par exemple). »

38. Commentez le texte ci-après également repris de Ph. Aigrain (cf. 37) :

« Pendant que les opinions des pays développés sont invitées à centrer leur attention sur d'éventuelles questions sur la santé publique, en relation avec les OGM (organismes génétiquement modifiés), deux drames se jouent dans les coulisses. D'une part, le déploiement précipité de semences OGM pour différentes plantes risque de transformer en fiction l'idée de coexistence entre l'agriculture sans OGM et celle qui les accepte. D'autre part, et c'est encore plus grave, les OGM permettent une mise en dépendance des agricultures du monde entier... Dans leur principe, leur mode de production, leurs contraintes d'usage, ils n'ont été conçus que pour les besoins de modèles commerciaux fondés sur l'appropriation forte des brevets.

Que l'on affirme clairement la non-brevetabilité des gènes, des OGM, des variétés et cultures les incluant, et l'on aura accompli un grand pas vers la possibilité d'un débat public sur l'utilité des OGM.

Qu'au contraire on poursuive leur introduction à travers l'OMC, les ADPIC et toutes sortes de manœuvre, et l'on peut être sûr qu'il en

résultera une grande catastrophe. Pas – ou probablement pas – la catastrophe sanitaire que les promoteurs des OGM aiment à décrire comme étant le fantasme de critiques obscurantistes, mais une vraie catastrophe alimentaire, à l'occasion d'une crise financière ou d'un conflit régional, lorsqu'une partie des agriculteurs se trouveront incapables de semer l'année suivante (dans la mesure où les semences OGM peuvent avoir la caractéristique de perdre leurs qualités reproductives à la génération suivante, ce qui que le paysan ne peut plus semer les produits de sa récolte et se retrouve en dépendance totale à l'égard du semencier). Les auteurs de ce crime enverront alors des détachements humanitaires pour parfaire leurs méfaits. »

39. Commentez l'extrait suivant repris de *Le Spectre Rôde Toujours*, de Slavoj Zizek, Nautilus, 2002 :

« ... Le langage numérique que nous utilisons tous étant malgré tout artificiel, élaboré par des programmeurs, on pourrait imaginer que l'entreprise qui le possède y installe un logiciel secret et spécifique lui permettant de nous contrôler, ou bien un virus qu'elle pourrait déclencher pour mettre ainsi terme à nos communications. Lorsque les entreprises biogénétiques s'assurent de la propriété de nos gènes en les brevetant, elles font apparaître un paradoxe semblable : elles possèdent les parties les plus secrètes de notre corps, si bien que, sans même être conscients, nous sommes déjà la propriété d'une entreprise. Aussi bien le réseau de communication que nous utilisons que le code génétique dont nous sommes dotés seront, en dehors de tout contrôle public, contrôlés ou possédés par quelques entreprises, ou même, une seule entreprise. L'absurdité même de cette situation – le contrôle privé de la base publique de notre communication et de notre reproduction du réseau même de notre être social – n'impose-t-elle pas comme seule solution possible une forme inédite de socialisation. »

40. Commentez la discussion suivante :

- *« L'ironie des brevets est qu'ils sont créés au nom de l'économie de marché, mais qu'ils finissent par constituer des monopoles, l'antithèse d'un marché libre. »*
- *« Non, le monopole est également un marché et de par la problématique qui se pose mieux vaut une solution du 'second best', un monopole, que pas de marché du tout. »*

41. Commentez l'extrait suivant de 'Le Monde' :

*« Sans les deux scientifiques, Barry Marshall et Robin Waven, l'*Helicobacter Pylori* se promènerait toujours indûment dans des millions d'estomacs. La bactérie, qui tire son nom de sa forme hélicoïdale, est à l'origine de nombreuses formes d'ulcères et de cancers gastriques. Très répandue dans le monde, en particulier dans les pays en voie de développement, elle était cependant restée quasiment inconnue jusque dans les années 1980. L'idée qu'une bactérie puisse survivre dans le milieu acide de l'estomac est alors considérée comme une hérésie par*

le corps médical. Néanmoins, les deux chercheurs pratiquent de nouvelles biopsies sur une centaine de patients. La bactérie est présente, c'est une première révolution.

*Encore faut-il cultiver l'*Helicobacter Pylori* en laboratoire, puis prouver qu'elle provoque des ulcères. Après des tests sur animaux reste l'ultime étape : reproduire l'expérience sur l'homme. Et pour cela, les chercheurs ont besoin d'un cobaye. Ce sera Barry Marshall... La preuve [sera] faite, mais les honneurs eux se feront attendre. Car la découverte n'arrive pas au bon moment. Les grands groupes pharmaceutiques ont mis au point des traitements permettant de soigner les symptômes de l'ulcère. « Barry leur proposait de tuer la maladie. Et donc de tuer les médicaments », explique un chercheur en microbiologie. Quant au corps médical, il campe sur ses certitudes, les ulcères sont causés par le stress ou l'alimentation. « Leur dire qu'une bactérie était responsable, cela revient à dire que la terre était ronde alors qu'ils croyaient qu'elle était plate », observe le chercheur. L'idée faisait pourtant son chemin. En 1994, les instituts nationaux de santé aux Etats-Unis reconnaissent officiellement le rôle de la bactérie dans les ulcères et reconnaissent les traitements antibiotiques prônés par les deux chercheurs. La suite n'est qu'une longue liste de reconnaissances officielles, culminant avec le prix Nobel. »*

42. Dans de plus en plus de livres français, notamment d'enseignement, l'on trouve le logo suivant :

« Danger. Le photocopillage tue le livre »

Ce logo est accompagné du texte ci-après :

« Le logo ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans le domaine des ouvrages d'enseignement, le développement massif du photocopillage. Le code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les lycées et les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres, au point que la possibilité amène pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, du présent ouvrage est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du centre français d'exploitation du droit de copie. »

- (i) Quelle est la disposition de droit luxembourgeois en la matière ?
- (ii) Une disposition nationale du type ci-dessus a-t-elle une emprise au-delà du territoire national ?
- (iii) Commentez le texte ci-dessus de façon critique.

- (iv) Le système « moodle » de l'Université du Luxembourg, comme tel est le cas très souvent dans les Universités, connaît un accès limité car réservé à ceux – notamment les étudiants – disposant d'une clé d'accès. Selon vous, quelle est une raison principale pour limiter cet accès, raison qui, pour le reste, ne s'applique pas au présent cours écrit qui est librement accessible sur ma page sur le site de l'Université de Luxembourg.

43. Commentez l'affirmation suivante :

« *Imitationen werden unterschätzt. Innovation wird überschätzt.* »

44. Commentez les extraits suivants repris de Hardt et Negri, *Multitude*, Penguin Books, 2004 :

- *“In economics... we can see numerous instances in which unitary control is not necessary for innovation and that, on the contrary, innovation requires common resources, open access and free interaction. This is most clearly true in the sectors that have most recently emerged as central to the global economy, such as information, knowledge, and communication. Internet practitioners and genetic specialists insist that the opening of the electronic commons was the primary factor that allowed for the great innovation of the early period of the information revolution at that today innovation is increasingly thwarted by private property and government controls that limit open access and free exchange. The same is true in the various realms of knowledge production.”*

- *“Some of the most powerful critiques of today's enormous expansion of material property and bioproperty claim that making the common private runs counter to the social good. One of the traditional arguments for protecting immaterial goods such as ideas as private property is to encourage creativity... Increasingly today, however, private ownership that limits access to ideas and information thwarts creativity and innovation. Scholars and practitioners of Internet technologies have long insisted that whereas the early creativity of the genetic revolution and the development of the Internet were made possible by an extraordinary openness and access to information and technologies, all of this is now being progressively closed at all levels: physical connections, code and content. The privatization of the electronic 'commerce' has become an obstacle to further innovation. When communication is the basis of production, then privatization immediately hinders creativity and productivity. Scientists in microbiology, genetics and adjacent fields similarly argue that scientific innovations and the advancement of knowledge is based on open collaboration and the free exchange of ideas, techniques and information...”*

45. Analysez les noms de domaine (« *domain names* ») sous l'aspect de la propriété intellectuelle, et ceci sur la base de la décision américaine *Kremer V. Cohen* où le juge déclare :

« En premier lieu, le [droit de propriété] doit s'appliquer à une entité pouvant être précisément définie ; ensuite, on doit en avoir la possession ou le contrôle exclusif ; enfin, le possesseur potentiel doit avoir établi son droit exclusif.

L'arrêt poursuit : *« Au même titre qu'une action en bourse ou qu'un terrain, un nom de domaine a une destination claire. Quiconque enregistre un nom de domaine décide de l'endroit où les utilisateurs aboutiront, une fois tapé ce nom dans leur navigateur. La détention du nom est exclusive puisque le titulaire prend seul la décision de l'enregistrer. De plus, comme d'autres formes de propriété, les noms de domaines sont évalués, achetés et vendus parfois même pour plusieurs millions. »*

Par ailleurs, ils sont exclusifs ; lors de l'enregistrement le nom de domaine devient la propriété du titulaire et de lui seul. Certains titulaires de noms utilisent en outre les noms de domaine pour développer et promouvoir les sites Internet auxquels ils sont rattachés, au prix d'investissement parfois considérables. Les assurer d'une protection appropriée des noms de domaine eux-mêmes est donc un facteur de sécurité et de croissance pour l'Internet en général. » (repris d'un texte d'une association de noms de domaine)

46. Commentez le texte suivant repris de Landes et Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Belknap Press, 2003, p. 423 :

“Intellectual property is notably diverse. There are four major fields of intellectual property law (patents, copyrights, trademarks and trade secrets), but far more than four economically distinct forms of intellectual property. It is far from obvious that the same basic set of legal rules is apt for popular songs and computer software, customer lists and industrial processes, electronic databases and Beanie Babies, new drugs and ornamental hood ornaments, the oncomouse and one-click-ordering over the Web. In particular, scientific and technological advances have placed what is essentially an eighteenth-century system of property rights and regulations under increasing strain. A more radical restructuring of intellectual property law than considered in this book, better informed by scientific and technological understanding and more heavily focused on current and likely scientific and technological advances (particularly in computerization, telecommunications and biotechnology), may be overdue.”

47. Commentez l'affirmation suivante :

« Aucune frontière, même la mieux gardée, ne peut pas arrêter la plus prenante des forces, celle d'une idée. »

48. Analysez la validité de l'affirmation suivante :

« Le droit de propriété intellectuelle fait qu'il y a trop de concurrence en amont et trop peu de concurrence en aval. »

6. Propriété privée, coûts de contrôle et de respect du système de propriété privée et impôts. Quelques réflexions en termes d'hierarchie légale et de lien économique entre ces deux instruments

Cette partie sera publiée plus tard.¹

Nous recommandons, en relation avec la problématique sous revue, la lecture des deux livres suivants :

- Stephen Holmes and Cass Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty depends on Taxes*, Norton, 1999.
- Liam Murphy and Thomas Nagel, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Oxford University Press, 2002.²

¹ Voir également notre cours de principes et analyses économiques de la fiscalité.

² Ce qui étonne et est très regrettable, c'est que Murphy et Nagel n'ont fait aucune référence au livre de Holmes et Sunstein.

7. Quelques réflexions sur l'émergence, le rôle et les fonctions de l'Etat à la lumière de ce chapitre et des chapitres précédents

Exercices

1. Commentez l'extrait suivant repris de Lars Werin, *Economic behavior. Legal Institutions*, World Scientific, 2003 :

"... And while it is true that tax rules are obstacles to the shift of property rights to those best able to use them for wealthy-creating purposes, they are necessary in order to carry out a number of essential public activities. The maintenance of the legal system itself is an example. Hence, taking everything into account, tax rules are certainly wealth-promoting to quite a substantial extent..."

2. Commentez l'extrait suivant repris de *Liberalism and the Limits of Justice*, de Michael J. Sandel, Cambridge University Press, 2nd edition, 1998 :

"The second debate inspired by Rawls' work is an argument within the terms of rights-oriented liberalism. If certain individual rights are so important that even considerations of the general welfare cannot override them, it remains to ask what rights these are. Libertarian liberals such as Robert Nozick and Friedrich Hayek [Robert Nozick, "Anarchy, State and Utopia"; Friedrich Hayek, "The Constitution of Liberty", 1960] argue that government should respect basic civil and political liberties, and also the right to the fruits of our labor as conferred by the market economy; redistributive policies that tax the rich to help the poor thus violate our rights. Egalitarian liberals like Rawls disagree. They argue that we cannot meaningfully exercise our civil and political liberties without the provision of basic social and economic needs, government should therefore assure each person, as a matter of right, a decent level of such goods as education, income, housing, health care and the like..."

3. Commentez l'extrait suivant, repris de W. Baumol, R. Litan et C. Schramm, *Good Capitalism. Bad Capitalism*, Yale University Press, 2007:

"Property rights serve as a powerful positive incentive for productive entrepreneurship, but of potential equal importance is minimizing disincentives that can discourage such activity. One obvious disincentive to productive entrepreneurship, or indeed any activity, is taxation. Clearly, no one likes paying taxes, perhaps least of all entrepreneurs, who tend to credit themselves for their success and deeply resent efforts by government to take away any part of the earnings to which they believe are fully entitled. But the reality, of course, is that taxes are essential in any free society. Some compulsory means must be found to provide for basic public goods – those whose benefits cannot be fully appropriated by any individual or groups but instead are widely dispersed throughout society..."

Entrepreneurs, along with everyone else in a society, benefit from public goods and services, and we presume that those public goods are present as a precondition for growth under any economic system

and any of our four types of capitalism in particular. So the optimal level of taxation for any society – whether or not it aims to be entrepreneurial – clearly is not zero...”

4. Commentez l'extrait suivant de I.M.D. Little, *Ethics, Economics & Politics*, Oxford University Press, 2002 :

“Our discussion of property rights is a prelude to whether they constitute a defence against actions of the state which appear to infringe them. First, however, let us summarize the discussion thus far. Property exists. That something is mine and not yours is a moral claim and not merely a legal claim. You have no right to take it from me. It is mine if I acquired it by working; or by exchange or gift provided the other party in turn owned it. It is an open question how far such ownership needs to be traced. I would suggest not further than one transaction. My sins may impose a duty of restitution on my children, but not my grandchildren, and certainly not indefinitely. Ownership implies that the owner is free to use the property in any way that is socially acceptable. The state has a right to pass and enforce laws to prevent socially unacceptable uses. But the state has also a duty to protect the owner’s property and his freedom to use it in socially acceptable ways.

The state is certainly not protecting property by removing it, without due judicial cause such as a fine imposed for unacceptable behaviour. It appears therefore that the state has no right to impose taxes, or other restraints, for the purpose of redistribution. This is a conclusion that most people could not accept.

What can those who favour redistribution policies say? If not living in a wholly socialized economy, where redistributions would not be an issue, they can hardly deny individual ownership, or deny that taxation for the sole purpose of taking property away from some to give to others is an infringement of the former’s freedom. There is no way out for the apologist of such redistribution except to say that the state’s duty to protect property does not always apply to its own takings. If every infringement of rights entails an injustice, it follows that the state ought to be unjust for the purpose of some redistribution. This is an uncomfortable statement, but it is not a contradiction. It is what I believe myself. The alternative is to state that actions which would be unjust if carried out for any other reason may not be unjust if the purpose is to improve welfare by redistribution. There is no significant difference. But either way, the upshot is that welfare may sometimes trump justice.”

5. Discutez l'émergence et les fonctions de l'Etat :
- à la lumière de la théorie des jeux et de la spécularité infinie de Dupuy ;
 - des réflexions de René Girard quant aux 'institutions' contenant, au double sens du terme, la violence ;

- des réflexions de Pierre Bourdieu, développées dans son Cours au Collège de France, Sur l'Etat ;
- de l'interaction entre le Magique, la Croyance, l'Imaginaire, le Symbolique et la Théâtralisation de l'Officiel et de l'Universel (Supiot, Cordelier, Boulding, Bourdieu).

Montrez que ces théories, apparemment fort différentes, s'inspirent, en substance, d'une même analyse de fond.

Lectures utiles

- *Law and Economics*, Robert Cooter et Thomas Ulen, Pearson, 4th edition 2004, cf. les chapitres 4 et 5 qui couvrent l'analyse économique du droit de propriété.
- « The Tragedy of the Commons »,
de Garrett Hardin, *Science* 1968. Cet article constitue un « *classique* » en la matière.
- « The Tragedy of enclosure »,
de G. Monbiot, *Scientific American*, January 1994,
(cet article constitue une critique de certains aspects de l'article de Hardin. Hardin a répliqué à cette critique, répliqué à laquelle Monbiot a répondu. cf. « A commons error », G. Hardin, *Scientific American*, May 1994 et réponse de Monbiot, *Scientific American*, 1994).
- « The missing ingredient »,
de H. de Soto dans *The Economist*, 150 *Economist* years issue, 1993.
Les lecteurs intéressés « à creuser la pensée » de Hernando De Soto sont invités à lire *The other path*, Harper and Row 1989 et *The Mystery of capital*, Basic Books, 2000.
- « Toward a theory of Property Rights »,
Harold Demsetz, *American Economic Review*, 1968. Notez notamment les deux exemples dans l'article de Demsetz où l'auteur oppose deux expériences historiques différentes qui sont, d'une part, celle des indiens de la Péninsule de Labrador qui ont développé un système de propriété sur les castors et, d'autre part, celle des indiens des grandes plaines du Sud Ouest où un tel système n'a pas pu être mis en place pour les bisons.
- « The catch about fish », et « The tragedy of the oceans », dans *The Economist*, March 19th, 1994.
- « Fish, Markets and Fishermen. The Economics of Overfishing », Indicello and others, Earthscan, 1999.
- *Pourquoi la propriété*, Henri Lepage, Hachette 1985. Même si ce livre présente une vue à certains égards trop idéologique du droit de propriété privée, il n'en reste pas moins qu'il constitue une lecture enrichissante.
- Les écrits de P.-J. Proudhon méritent lecture, à savoir notamment *Qu'est-ce que la Propriété*, paru en 1840, et *Théorie de la Propriété*, paru en 1866.
- *Economic Analysis of Property Rights*, Yoram Barzel, Cambridge University Press, 1989.

- *Contracting for property rights*, Gary Libecap, Cambridge University Press, 1989.
- J.E. Penner, *The Idea of Property in Law*, Oxford University Press, 1997.
- Jeremy Waldron, *The Right to Private Property*, Claredon Paperback, 1988.
- Stephen Munster, *A Theory of Property*, Cambridge University Press, 1990.
- *Economic behaviour and institutions*, Thráinn Eggertsson, Cambridge University Press, 1990.
- *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Douglas C. North, Cambridge University Press, 1990.
- *Economic rights and Environmental Wrongs. Property rights for the common good*, R. Devlin et R. Grafton, Edward Elgar, 1998.
- *The global commons*, Susan Buck, Island Press, 1998.
- *Common property economies*, Glenn Stevenson, Cambridge University Press, 1991.
- *Governing the Commons*, Elinor Ostrom, Cambridge University Press, 1990.
- *Economie des ressources naturelles*, Gilles Rotillon, Repères, La Découverte, 2005.
- *Silent Theft*, David Bollier, Routledge 2002, pour une critique souvent pertinente d'un élargissement excessif de l'instrument du droit de propriété sur certaines choses.
- *Economics of knowledge*, Dominique Foray, MIT Press, 2004, un livre fort intéressant.
- *A global political economy of intellectual property rights*, Christopher May, Routledge, 2000.
- *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, W. Landes and R. Posner, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- *Aux Confins du Droit*, Norbert Rouland, et surtout le chapitre VI « Droit, nature et surnature ».
- *Economie de la propriété intellectuelle*, François Lévêque, Yann Menière, Repères, La Découverte, 2003. Ce petit fascicule constitue une introduction excellente en la matière.

- *The effortless Economy of Science*, Philip Mirowski, Duke University Press 2004, où l'on trouve un historique succinct sur l'évolution de la propriété intellectuelle aux Etats-Unis.
- *Cause commune*, Philippe Aigrain, Fayard, 2006.
- *L'avenir des idées*, Lawrence Lessig, PUF, 2006 et « *Code. Version 2.0* », Basic Books, 2006.
- Deux rapports commandés respectivement par le Ministre des Finances français et le Chancellor of the Exchequer anglais, à savoir le rapport *Lévy-Jouyet* sur l'économie de l'immatériel, décembre 2006, et le *Gowers Review of Intellectual Property*, décembre 2006, constituent une lecture intéressante.
- *The Myth of Ownership*, L. Murphy et Th. Nagel, Oxford University Press, 2002, à lire en relation avec la section 6.
- *The Cost of Rights. Why Liberty depends on Taxes*, S. Holmes et C. Sunstein, Norton, 1999.
- Finalement, l'on peut utilement consulter:
 - *Droit civil Les biens*, Marie-Laure Mathieu-Izorche, Sirey, 2006 ;
 - *Droit civil Les biens*, François Terré, Philippe Simler, Dalloz, 7^{ième} édition, 2006 ;
 - *Les biens*, Frédéric Zénati, Puf, 1988.