

L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet

paru dans (1997) 9/3 Cahiers de propriété intellectuelle 281-300
et en version anglaise dans P.B. Hugenholtz (dir.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*,
Kluwer Law International, 1996 (Information Law Series), 13-25

Ejan Mackaay

Introduction

"Tout ce que vous savez au sujet de la propriété intellectuelle est erronée". John Perry Barlow écrit cette phrase lapidaire dans le numéro de mars 1994 de la revue *Wired*. Les droits intellectuels constituaient, à ses yeux, un retour au "Mauvais Vieux Temps de la propriété", qui était "le droit sacré des voyous". Du même souffle, Barlow nous invite à venir danser sur la tombe du droit d'auteur et du brevet. Ce qui, pas tout à fait un an plus tard, inspira à Lance Rose la réponse: "Le droit d'auteur est mort. Vive le droit d'auteur".

Le message de Barlow rejoint celui d'économistes qui voient les droits intellectuels, le brevet en particulier, comme des privilèges ou monopoles arbitraires conférés par l'État. Selon ce point de vue, de tels privilèges, loin de corriger les présumées défaillances du marché, auront au contraire pour effet de dérégler les incitations à l'innovation. Les droits intellectuels équivaldraient à des permis de taxi.

L'argument central de Barlow, si je le comprends bien, est qu'on ne peut espérer contrôler les flux d'information sur l'Internet comme le présuppose le droit d'auteur. Les tentatives de les contrôler sont contraires à la logique même du phénomène: l'information fonctionne le mieux sautant d'un esprit à l'autre, s'adaptant en cours de vol; l'Internet exhibe cette libre circulation en masse; les efforts de rémunérer les créateurs par le contrôle traditionnel des flux d'information (lire les droits intellectuels) détruiront la créativité de même que les libertés ordinaires des créateurs.

Forcer le respect intégral des droits de propriété intellectuelle entraînera inévitablement des violations de droits fondamentaux qu'ont les individus sur leur personne et sur leurs biens. Pour prévenir la copie illicite, par exemple, on serait amené à employer de vastes moyens de surveillance et à entrer de force dans les maisons et autres espaces privés des citoyens. Pour se rendre compte de l'ampleur de la menace, il suffit de se rappeler l'institution, de création entièrement judiciaire, de l'*Anton Piller order*: de vastes pouvoirs privés d'enquête et de saisie accordés sur la foi d'une procédure *ex parte*. En outre, la *Electronic Frontier Foundation* n'a-t-elle pas été créée pour défendre le citoyen contre de telles pratiques, relevées avec un soupçon piquant de sécurité d'État?

La fin de la propriété? Assurément non. Mais pour justifier cette réponse, il faut examiner les traits essentiels de la propriété et ne pas garder le regard figé sur les formes spécifiques dans lesquelles elle a été coulée à des moments précis de l'histoire, comme dans la codification napoléonienne de 1804 ou dans les premières lois sur le droit d'auteur. Les droits de propriété, ou, si l'on veut, les droits privatifs, se présentent en de multiples formes. De nouvelles variantes sont continuellement développées. Ce qui doit retenir l'attention est la question de l'émergence: à l'initiative de qui de nouveaux droits apparaissent, quelles conditions doivent être réunies, qu'est-ce qu'on observe alors que le processus d'émergence est en cours et, finalement, comment cela trouve son reflet dans le droit écrit. Une perspective dynamique des droits de propriété.

I. La propriété - vue statique

A. La propriété et le droit

Des formes de propriété ont existé tout au long de l'histoire de l'humanité. Bentham avait sûrement raison en faisant observer que "la propriété et le droit sont nés ensemble et mourront ensemble". La théorie des jeux nous permet d'expliquer pourquoi ces droits ont été découverts dans toutes les régions du monde, dans toutes les cultures et très tôt au cours de l'histoire.

Les droits de propriété sont l'institution à laquelle on recourt au premier chef pour gérer une ressource qui est devenue rare. La rareté se présente lorsque, pour des ressources qu'on pouvait jusqu'alors utiliser sans restriction et qui, en ce sens, sont abondantes, de nouveaux usages sont inventés, en concurrence avec les anciens, et qu'il faut choisir l'usage qui prévaudra. La concurrence des usages est souvent source de conflit. Le conflit signale alors la rareté naissante de la ressource concernée. Elle est résolue par l'établissement de droits de propriété sur la ressource. Les droits de propriété attribuent la décision sur l'usage de la ressource à une personne particulière.

Les droits de propriété sont une institution essentielle pour le fonctionnement d'une économie de marché. Les historiens économiques ont amplement démontré les effets néfastes d'une définition incomplète des droits de propriété et de leur manipulation pour des raisons politiques. La théorie économique démontre que les droits de propriété fournissent des incitations à la gestion prudente des ressources rares et à l'invention de nouvelles et de meilleures utilisations. Transférables, comme ils le sont dans la plupart des cas, les droits de propriété sont le fondement du système des prix, dont les participants au marché s'inspirent pour découvrir de nouvelles possibilités d'échange et de profit.

Les structures juridiques procurant ces avantages ne portent pas forcément le nom de propriété au sens du Code civil. On peut même soutenir que, dès lors que quelqu'un a le contrôle plus ou moins exclusif d'une ressource, lui permettant de décider ce qui en sera fait et de tirer les profits ou d'assumer les pertes résultant de cette décision, il dispose à toutes fins utiles d'un droit de propriété au sens large que les économistes donnent à ce terme, quelle que soit la désignation juridique. La transmissibilité accentue les fonctions économiques des droits de propriété.

La propriété n'est viable que si le titulaire a un contrôle suffisant sur l'objet approprié. Lorsque cette condition ne peut être remplie et que la ressource est néanmoins rare - se prête à de multiples usages concurrents - il y a problème. Les difficultés de gérer l'environnement et les stocks de poissons en haute mer en sont des exemples d'actualité. D'autres institutions sont alors appelées au secours pour gérer la rareté qui se manifeste par le conflit. Si l'on réussit à assurer le contrôle par des moyens contraignants (militaires) au niveau d'un État entier, une gestion selon le modèle de la propriété commune est possible. L'attribution du droit d'utiliser la ressource se fait alors selon des modalités particulières: quota égaux à tous les intéressés, attribution par l'autorité publique dans "l'intérêt public", la queue, la loterie, le népotisme. Si le contrôle est impossible, c'est l'épuisement et la disparition de la ressource.

B. Les clôtures

1. De la nature et du rôle des clôtures

Dans le cas des terres, le contrôle exclusif est d'habitude assuré par une clôture. Les clôtures - elles peuvent être des fossés ou prendre d'autres formes - sont une condition nécessaire et normalement aussi suffisante pour créer un droit de propriété. De nouvelles techniques de clore rendent de nouveaux droits de propriété viables ou des droits existants plus viables. Elles peuvent donner lieu à des avancées spectaculaires dans la gestion des ressources rares. Considérez, à titre d'exemple, l'invention du fil barbelé. Aux États-Unis, elle a eu pour effet de réduire de façon spectaculaire la dimension des terrains sur lesquels on pouvait pratiquer l'élevage du bétail.

Les clôtures sont normalement des barrières physiques. Dans le domaine du logiciel, le verrouillage et le cryptage constituent des barrières de ce type. Mais les clôtures peuvent être de nature différente. Un montage contractuel par lequel une partie donne accès à l'autre, à des conditions strictes, à un secret commercial en sa possession joue le rôle de clôture. Les associations peuvent être dépositaires de connaissances protégées qu'elles rendent disponibles aux membres suivant des modalités strictes. Marie-Angèle Hermitte relate comment un tel montage a permis de créer en France, dès le début du XXe siècle, un droit avant la lettre sur les obtentions végétales. La consécration législative d'un droit intellectuel sur de telles informations n'est intervenu qu'en 1970. On peut penser que les montages contractuels ont "préfiguré" le droit, en permettant une "expérimentation" dont le législateur n'avait ensuite qu'à tirer les leçons .

D'une manière générale, "[...] les institutions constituent également des techniques pour faire respecter des droits; elles sont souvent créées dans l'intention de réduire les coûts de transaction et d'augmenter ainsi la valeur des biens en question" . Dans le domaine du logiciel, des politiques de mise à niveau limitées aux usagers inscrits d'exemplaires licites agissent également, à un certain degré et conjointement avec d'autres mesures, comme clôture pour le logiciel . Ces autres mesures peuvent prendre notamment la forme de la surveillance et des poursuites entreprises par la *Software Publishers Association*, la *Business Software Alliance* et d'autres groupes semblables. Les sanctions juridiques, qu'elles soient des actions civiles pour la protection d'un secret commercial ou pour arrêter des "actes parasitaires", ou des poursuites au pénal de "pirates", et même la menace de telles actions, agissent comme éléments de clôture.

Convenons d'appeler "clôtures" toute la gamme d'outils, de techniques et d'arrangements conçus et employés pour assurer une certaine mesure de contrôle exclusif sur une ressource rare. Les clôtures se comportent comme d'autres biens économiques. Proposer une nouvelle forme de clôture sur le marché est un acte d'entrepreneurship. Des clôtures existantes peuvent devenir obsolètes lorsque de plus récentes ou de moins chères deviennent disponibles. À titre d'illustration, considérez comment la clôture matérielle que constituait l'imprimerie autrefois se fissure sous l'impact de la photocopie et d'autres techniques de copiage, telle la numérisation. Affirmer qu'un droit de propriété est obsolète pourrait signifier simplement que la technique de clôture sur laquelle il est fondé n'est plus aussi bonne qu'elle l'a déjà été.

Qu'est-ce qui constitue une clôture adéquate? On aimerait croire qu'une clôture renferme son objet hermétiquement. Mais cela n'est pas indispensable. Un droit de propriété peut être viable sans que la clôture soit à toute épreuve . Le risque de cambriolage n'empêche pas les gens d'acheter des maisons; le danger de pillage récurrent les en retiendrait sûrement. Les "trous" dans la clôture, de même que les frais engagés pour des activités, comme celle de patrouiller, visant à réduire les pertes résultant de ce qui passe par ces trous (coulage), sont simplement des coûts de la propriété pour le propriétaire. Les droits de propriété sont viables tant qu'ils offrent au propriétaire un rendement net - compte tenu des coûts - comparable aux autres placements envisageables. Rendre la clôture imperméable peut coûter plus que les pertes ainsi évitées.

Un raisonnement analogue permet de déterminer si une nouvelle technique de clôturer présente un intérêt. La réponse est affirmative tant que le revenu supplémentaire que la nouvelle clôture permet de réaliser excède le coût additionnel de celle-ci, compte tenu des économies résultant de l'abandon de l'ancienne clôture .

2. Les clôtures et l'Internet

L'Internet change les clôtures que l'on peut pratiquer pour les droits de propriété intellectuelle. Traditionnellement, le droit d'auteur distingue différents types de propriété intellectuelle. L'article 5 de la *Loi sur le droit d'auteur* canadienne, par exemple, en reconnaît quatre: les oeuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques. La distinction traduit en partie la différences des

clôtures employées. En contrôlant les façons les plus évidentes de sauter chaque clôture particulière, le créateur s'aménage effectivement un droit de propriété.

L'Internet, et d'une manière plus générale les technologies de l'information, change toutes ces formes d'information en un seul format numérique. La forme numérique peut être copiée et transmise avec une aisance qui se rit des arrangements juridiques délicats mis au point pour endiguer la contrefaçon sous des technologies antérieures. On ne peut que convenir avec Lance Rose que "toute personne peut acheter une photocopieuse, une magnétophone ou un ordinateur et devenir un contrefacteur du petit matin, qu'il est presque impossible de détecter". L'Internet accélère la corrosion des vieilles clôtures et crée l'apparence d'un champ ouvert dans lequel chacun peut cueillir tout ce qu'il peut cliquer avec sa souris.

L'Internet signifie-t-il la fin des droits de propriété? Les vieilles clôtures sont sans doute devenues perméables. Mais l'information, en apparence abondante une fois qu'elle a vu le jour, doit toujours être créée et le créateur doit avoir une incitation à créer. L'information est rare en ce sens et appelle des droits de propriété ou d'autres institutions pour gérer la rareté. L'industrie du logiciel, en dépit d'un marché de partages florissant et du piratage qu'elle prétend un fléau, ne paraît pas moribonde. Il faut croire qu'il existe en pratique une solution.

3. Les clôtures et le droit

Une réaction, devant les vieilles clôtures qui ne fonctionnent plus si bien, est de lamenter que les pirates nous envahissent et que les piliers de la civilisation que sont les droits de propriété s'effondrent. Et d'appeler la police ou les services de sécurité de l'État.

Mais il faut bien se demander si la police - et par extension, le droit - doit être de garde pour assurer le respect de droits de propriété tablant sur des clôtures en ruine. Ma lecture de l'histoire est que le droit n'accepte pas cette mission. Et sur le plan normatif, je crois que cela est juste. Si le droit et les instances qui en garantissent le respect acceptent de prêter main forte pour assurer la survie de droits que les propriétaires eux-mêmes ne peuvent plus maintenir, nous traversons la frontière délicate séparant le maintien légitime des droits de propriété et la recherche illicite de rentes. Les droits qui résultent de la recherche des rentes ne pourraient subsister dans le marché; la concurrence les ferait disparaître. Ils subsistent seulement grâce au pouvoir de contrainte de l'État et procurent des avantages et revenus artificiels.

Mais, pourrait-on objecter, le rôle du gouvernement dans les démocraties occidentales n'est-il pas justement de protéger les droits de propriété? La réponse est sûrement affirmative. Il faut ajouter cependant que ce rôle n'est que le complément de la mission qui incombe au titulaire lui-même de protéger son droit. La protection accordée au titre du maintien des droits ne porte que sur les violations grossières des droits de propriété au moyen de fraude ou de violence; la clôture première doit être érigée et surveillée par le propriétaire, à qui il incombe, s'il y a lieu, de faire sanctionner sa violation par action civile.

Ailleurs j'ai appelé cela le réalisme du droit. Le droit assure le respect d'arrangements qui sont essentiellement viables, non pas ceux qui périssent. "Le droit d'auteur n'a jamais eu pour mission d'empêcher les gens de réparer, de revendre, de lire ou d'utiliser du matériel selon des modes coutumiers", écrit David Vaver. Le droit est réaliste sur d'autres plans également. Il doit tabler sur des règles pouvant être comprises et appliquées par des personnes aux aptitudes variables dans des contextes différents. Pour cette raison, les règles doivent demeurer simple. Le droit est réaliste encore en ce qu'il ne s'occupe pas de bagatelles: *De minimis non curat praetor*. Le droit spécifie les frontières entre propriétés voisines dans la seule mesure où des conflits entre voisins en rendent la spécification nécessaire.

II. La propriété - vue dynamique

A. Érigez votre propre clôture

Si les vieilles clôtures ne fonctionnent plus bien et que le droit ne prête pas main forte à leur maintien, il paraît y avoir un vide. Cela ne signifie pas l'effondrement de l'ordre public. L'Internet n'a certes pas d'autorité centrale constituée et est anarchique au sens propre du terme, mais il n'y a nullement absence d'ordre. Au contraire, en se promenant sur le Net, on est frappé par le souci manifeste au sein des groupes de discussion - joueurs en interaction répétée, pour employer la terminologie de la théorie des jeux - de découvrir les normes qu'il convient de respecter dans les échanges. Il est vrai que, aux limites de ce processus, l'on rencontre des sanctions comme le *flaming*, déluge paralysant de messages envoyés à la personne qui a manifestement transgressé les frontières de ce que les autres estiment convenable. Le responsable du serveur ou de la liste peut même fermer l'accès à cette personne. Mais ces sanctions sévères sont rarissimes. L'atmosphère qui prévaut est celle de communautés recherchant les règles leur permettant de vivre ensemble, créant ainsi leur propre ordre. Pour ceux qui veulent bien le voir, des ordres spontanés sont construits ici .

Pour ce qui regarde les droits de propriété, ceux qui cherchent à faire de l'argent avec des produits nouveaux, pour lesquels il n'existe pas de droits de propriété ou de clôtures, peuvent néanmoins créer des "droits expérimentaux" . S'ils ont la maîtrise matérielle de leur produit au départ, ils peuvent concevoir de nouvelles clôtures, employant tout matériel ou technique à leur disposition ainsi que des arrangements contractuels. Les clôtures doivent être suffisamment étanches pour leur permettre d'introduire le produit sur le marché et d'en tirer profit. Le domaine des droits de propriété peut ainsi être graduellement étendu par les personnes directement intéressées elles-mêmes. Elles se servent pour cela de la liberté de contracter et des droits de propriété existant déjà sur toutes choses pouvant servir de matériau pour la clôture qui assure le maintien de ces "droits expérimentaux".

Il va de soi qu'on ne cherchera un revenu que là où l'on peut espérer de manière réaliste ériger des clôtures adéquates. De nouvelles techniques de clôture peuvent conduire à une nouvelle répartition entre ce qui est produit - payant - et ce qui est de la pub - offert gratuitement pour mousser la vente du produit. John Perry Barlow soutient que seule l'information vive est payante: les consultations de médecins ou d'autres professionnels, ainsi que les spectacles *live* d'artistes. L'information morte devrait être disponible sans frais. Ne pourrait-on interpréter cette distinction, de façon plus terre à terre, comme touchant la question de déterminer où, avec les connaissances actuelles, on peut espérer créer des clôtures efficaces et recueillir du revenu? En toute hypothèse, la question de déterminer où il convient de recueillir du revenu et ce qu'il convient de traiter comme de la pub (offerte gratuitement) est une décision d'entrepreneuriat privé et entre dans le calcul visant à décider si un effort créateur donné vaut la peine d'être entrepris.

Conformément à l'esprit innovateur qui règne généralement sur l'Internet, il faut s'attendre à une vaste expérimentation de nouvelles techniques de clôture. Considérez l'apparition de versions "démon" ou "light" (légères) de logiciels à côté des versions intégrales lourdes ou commerciales, comme par exemple, pour Eudora et Netscape. La rumeur veut que Microsoft ait considéré l'insertion, dans chaque exemplaire de Windows 95, d'un petit logiciel de type *worm*, pour interroger les ordinateurs du réseau d'accueil et pour rapporter à Microsoft quels logiciels s'y trouvent, ce qui permettrait de vérifier s'il s'agit de exemplaires licites. Plusieurs banques de données accessibles gratuitement sur l'Internet sont "parrainées" par des organisations ou entreprises qui recueillent leur revenu ailleurs: West Publishing assume ce rôle pour l'annuaire de tous les juristes américains. D'autres banques de données sont mises au point par des universitaires pour qui cette activité constitue un élément de rayonnement universitaire (et de promotion). La revue *Wired* vend sa publication mensuelle sur papier, avec ses couleurs et

graphisme particuliers; le texte brut des articles, sans ces embellissements, est rendu disponible sur l'Internet, avec permission restreinte de reproduire: service à la communauté, philosophie de partage ou publicité?

Dans la logique exposée ici, il incombe aux intéressés de faire les premiers pas sur le chemin qui mène à la reconnaissance de leurs nouveaux droits. Ils devront ériger leurs propres clôtures. Le législateur, les autorités publiques en général, ne devraient pas intervenir à ce stade. Leur rôle est de reconnaître le nouveau droit ou d'en prendre acte, une fois qu'une expérience suffisante a été accumulée pour découvrir comment les "droits expérimentaux" fonctionnent en pratique. La législation peut alors utilement interdire une marge d'actes frauduleux que de nouveaux développements provoquent inévitablement et simplifier la multitude de formes de droits expérimentaux que la pratique engendre. Les tribunaux devront de même se limiter à sanctionner seulement les violations les plus grossières et résister la tentation d'intervenir en donnant des interprétations larges de concepts ouverts tels que les "actes parasites". Ce retenu s'inscrit dans le "réalisme" du droit. Les nouveaux droits, une fois consacrés juridiquement, forment partie de l'arsenal dans lequel pourront être puisés les éléments pour ériger de nouvelles clôtures enfermant des objets conçus subséquemment. La logique des droits de propriété est ainsi indéfiniment extensible.

La logique d'ériger ses propres clôtures est historiquement apparente, il me semble, dans les droits de propriété portant sur les terres et sur d'autres choses matérielles. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, elle fait partie de la doctrine du secret commercial. Pour prévaloir contre la personne qui a violé votre secret commercial, vous devez établir que vous avez pris des mesures propres à garder l'information confidentielle: avertissements, accès restreint, clauses contractuelles de confidentialité etc. Le droit ne peut être invoqué qu'en complément de vos propres actes visant à créer une clôture autour du secret. Ce retenu vise à éviter qu'on se serve du droit à des fins de recherche de rentes.

On peut regretter que des droits reconnus ne soient pas disponibles pour des activités créatrices en apparence désirables. C'est pourtant ce vide apparent qui constitue l'incitation à entreprendre le développement de nouvelles formes de clôture. La récompense qui attend le concepteur d'une nouvelle clôture fait partie du revenu auquel aspire le créateur ou distributeur, par la suite de la mise en marché d'une éventuelle création ainsi clôturée. L'autorité publique ne doit pas percer ce vide trop tôt en créant *ex nihilo* des droits, car elle tuerait ainsi les processus par lequel est découverte la portée à donner au nouveau droit.

B. Sur les limites des droits de propriété et leur découverte

Si tout est disponible pour celui qui réussit à construire une clôture suffisante, ne risquons-nous pas de verrouiller l'information? La question se pose en raison de la nature cumulative de l'information. Les inventions de nos jours sont tributaires de celles des générations antérieures et peuvent même les incorporer. Des droits trop étendus sur les inventions ou d'autres créations, tout en encourageant les inventeurs actuels, peuvent entraver des efforts créateurs à venir. La logique des droits entre ici en concurrence avec celle de la libre circulation de l'information. Les droits de propriété sur l'information peuvent aussi entrer en conflit avec d'autres droits de propriété, comme ceux qui portent sur les données personnelles (vie privée, réputation).

Ce qui doit retenir l'attention est la procédure par laquelle nous faisons l'arbitrage entre ces valeurs concurrentes. Si j'ai raison de soutenir que les droits nouveaux apparaissent d'abord sous l'impulsion des intéressés, plutôt par l'action législative ou judiciaire, il conviendrait que leurs limites propres soient découvertes par un processus également décentralisé, quitte à être consacrées en droit positif plus tard, sur la foi de l'expérience acquise.

Nous pourrions faire des sondages d'opinion sur des questions comme celle de savoir si des interfaces devraient être protégés par des droits intellectuels. De tels sondages ont été réalisés et les résultats font contraste avec un certain discours public qui décrie un piratage toujours plus grand et demande des interventions musclées, en droit aussi bien que par l'action de la police . Ces résultats laissent entendre que le discours public ne reflète pas forcément le point de vue de toutes les personnes directement concernées. La théorie du *public choice* prédit que les groupes d'intérêt ont plus de chances que les individus de se faire entendre dans le discours public de même que dans le parlement et devant ses comités. Cela devrait nous mettre en garde contre l'idée facile que le parlement établit nécessairement un équilibre juste entre tous les intérêts en jeu .

Les décisions judiciaires ne comportent guère de meilleure garantie. Comment les juges se procureront-ils l'information nécessaire pour faire la part des différents intérêts, éventuellement non encore articulés, de tous les groupes concernés, qui peuvent ou non être partie au procès? On ne peut dès lors s'étonner de voir le processus judiciaire dans ces circonstances comparé à la planification centrale: naviguer dans le noir complet .

Comment alors découvrir l'équilibre qui conviendra? Nous devrions le trouver les arrangements établis entre personnes qui peuvent être tantôt créateurs, tantôt emprunteurs de nouvelles créations. Ce double rôle interdirait aux intéressés de rechercher des arrangements trop biaisés dans un sens ou dans l'autre. Jerome Reichman a mis de l'avant une proposition en ce sens . La proposition prévoit la création, dans chaque branche d'industries innovatrices, comme l'informatique, d'associations qui établissent les conditions dans lesquelles des inventions par des membres peuvent être empruntées par les autres. Peter Merges fait état de plusieurs associations de ce type dans l'histoire récente des États-Unis .

Le danger avec ces associations est qu'elles viennent à être dominées par les membres les moins innovateurs et que les règles soient alors modifiées au profit des emprunteurs. Cela affaiblirait l'incitation à innover, au détriment du public en général. L'histoire des guildes démontre que ce risque n'est pas imaginaire .

Le droit de la concurrence a été utilisé pour attaquer des associations de professionnels accusées de comploter contre l'intérêt public. Mais l'expérience des poursuites antitrust aux États-Unis en particulier soulève des doutes . Le droit de la concurrence américain a été employé pour arrêter, au profit de certaines entreprises dans une industries particulière, l'avantage compétitif que s'était assuré un concurrent plus innovateur. Tel a été le cas d'IBM il y a deux décennies et tel paraît être de nouveau le cas de Microsoft de nos jours. Cette lecture des faits laisse entendre, comme le suggère la théorie du *public choice*, que le droit de la concurrence est employé simplement comme une des armes au service des concurrents dans leur lutte pour les parts de marché. Le droit ne devrait pas se prêter à ce rôle.

Pour prévenir le risque d'entraves à l'innovation imposées par de telles associations, l'adhésion à une association agissant dans une branche précise de l'industrie ne devrait pas être obligatoire. Tout membre - en particulier celui qui est innovateur - devrait avoir la liberté de sortir et de former une nouvelle association concurrente . La concurrence, ici comme ailleurs, est propre à faire découvrir quelles règles doivent régir notre conduite.

Les droits qu'exercent les associations ou les individus peuvent conduire à un apparent verrouillage de l'information. Il faut cependant résister à la tentation de légiférer pour briser le verrou. Robert Merges rappelle l'histoire de la licence obligatoire introduite en droit américain pour certaines classes de oeuvres musicales et télévisées (l'exception *juke box*) . Les détenteurs de droit d'auteur sur ces oeuvres étaient jugés trop réticents à accorder des licences pour l'usage des oeuvres dans les *juke box*, usage estimé d'intérêt public. Pourtant, aux yeux de Robert Merges, les difficultés donnant lieu à cette intervention tenaient au problème de développer des institutions

pour la collecte collective des redevances. Ce problème incombe proprement aux intéressés. Il faut du temps et certains, en attendant, peuvent s'impatienter devant ce qu'ils voient comme un abus de droit ou de monopole. Mais la solution de rechange, suivie en l'espèce, présente ses propres inconvénients. La licence obligatoire, une fois consacrée dans la loi, n'est pas facile à abroger, devant l'opposition du groupe de ses bénéficiaires, qui ont un intérêt financier à son maintien. En outre, la licence obligatoire accordée à un groupe en amène un autre, comme le prédit la théorie de *public choice*, à rechercher son salut de la même manière par voie politique plutôt que dans le marché.

Conclusion

Le point de départ du présent article est la thèse suivant laquelle les droits intellectuels ne fonctionnent pas sur l'Internet. D'aucuns en concluent qu'il faut les reléguer aux oubliettes; d'autres préconisent plus de police et des lois plus sévères.

Les juristes aiment procéder par analogie. Ils appliquent les concepts connus aux situations présentant des aspects inédits. C'est une stratégie pratique, mais qui pose problème lorsqu'on l'applique à l'Internet. Pour ne prendre qu'un exemple, le téléchargement d'un fichier dans un ordinateur doit-il être assimilé à la photocopie ou à l'action de feuilleter des livres en librairie? Les conclusions juridiques sont opposées.

Le problème nous paraît être que les techniques de clôture sur lesquelles repose le droit d'auteur pour les oeuvres traditionnelles ne se transposent pas confortablement sur l'Internet, où tout est en forme numérique, facilement copié et transmis, et pas spécialement rattaché à un lieu précis. La défaillance relative des techniques de clôture traditionnelles ne signifie pas que nous pouvons nous passer des droits de propriété. Il constitue le fondement d'une économie de marché, qui demeure le meilleur pari pour nous procurer les choses qui ne tombent pas du ciel.

Ce que nous enseigne l'économie des droits de propriété est que ces droits peuvent fonctionner sans être formellement reconnus en droit. Ce qu'il faut ce sont des techniques ou des arrangements nous permettant de clore effectivement ce que l'on veut réclamer comme sien, que ce soit ou non pour en faire le commerce. Il existe tout un éventail d'arrangements et de techniques pour clore la propriété, y compris des variantes inattendues comme des techniques de mise en marché et des montages contractuels; d'autres pourront être inventées par des innovateurs. Les droits de propriété existant sur des objets connus fournissent les matériaux pour construire de nouvelles clôtures qui seront l'assise de nouveaux droits portant sur des objets (ou des informations) à venir. Le domaine des droits de propriété est essentiellement ouvert. Ce qu'il convient d'observer parmi la foule des pratiques sociales sur l'Internet sont les démarches par lesquelles l'on vise à créer de nouvelles clôtures.

Le droit, comme l'a rappelé récemment Richard Epstein, est composé, en son essence, de règles simples et peu nombreuses. Pour notre sujet, deux principes paraissent régir la création de nouveaux droits. Le premier pourrait le libeller: "Érigez votre propre clôture". Le fardeau de créer une clôture autour de ce qu'on veut réclamer comme sien incombe au premier chef au titulaire, et non, en particulier, à l'État. La main forte de l'État ne doit agir qu'en complément et pour corriger des abus caractérisés.

Le second principe touche les limites de la propriété. Elles ne peuvent être découvertes par raisonnement abstrait. De préférence, il faudrait les extraire d'arrangements développés dans les milieux directement intéressés, représentant les deux côtés de la clôture. L'inconvénient de cette procédure de découverte est qu'elle demande du temps et que, par le passé, de tels arrangements ont été tournés au détriment du public, ou, si l'on veut, contre l'intérêt général. Ce dernier danger ne peut, comme l'enseigne également l'histoire, en particulier américaine, être combattu au moyen

du droit de la concurrence aussi efficacement qu'on aimerait bien nous faire croire. La meilleure approche paraît être d'ouvrir la possibilité de plusieurs associations concurrentes au sein desquelles les "pré-droits" et les arrangements d'emprunt sont élaborés.

Les deux principes forment le fondement d'un ordre largement spontané, c'est à dire ne résultant pas dans son contenu d'une action planificatrice de l'État. Ceci est volontaire. Lorsque l'autorité publique s'occupe de problèmes de nouvelles techniques, elle navigue dans le noir au sujet des solutions qui donnent satisfaction en pratique. Elle risque d'écouter de manière disproportionnée les voix qui parlent pour des intérêts organisés. L'exemple récent de la licence obligatoire pour les *juke box* aux États-Unis montre la voie à éviter.

La conclusion de l'article est que, si les techniques de clôture qui trouvent leur reflet dans le droit d'auteur actuel ne fonctionnent pas bien sur l'Internet, la propriété, elle, est bien vivante. L'Internet foisonne d'initiatives visant à explorer de nouvelles techniques de clôture et de nouveaux droits de propriété.