

LA THÉORIE ÉCONOMIQUE DES DROITS DE PROPRIÉTÉ AU DÉFI DE L'IMMATÉRIALITÉ

Des biens tangibles aux biens
informationnels

Fabien Lechevalier

Droit & Croissance / Université Paris-Saclay / Université Laval



Cette présentation suit de près les idées exposées dans **E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, P. LAROUCHE et A. PARENT, Analyse économique du droit, Paris/Montréal, Dalloz-Sirey/Édition Thémis, 2021, (3e éd.)**. Nous remercions les auteurs d'avoir autorisé la reproduction d'un certain nombre de passages empruntés à ce livre aux fins de notre présentation.



INTRODUCTION

La notion de rareté

La rareté n'est **pas historiquement fixe**. Les choses ne sont pas rares dans l'absolu, mais toujours par rapport aux préférences de ceux qui veulent s'en servir, compte tenu des usages qu'ils connaissent ou imaginent.

Une chose devient rare lorsqu'il n'y en a plus assez pour que tous ceux qui en veulent puissent s'en servir à volonté. Cela revient à choisir entre différents usages ou à en réglementer les usages.

L'établissement de droits est une réponse à la rareté qui permet la constitution d'une société basée sur autre chose que la possession matérielle des objets et la violence pour les défendre.



INTRODUCTION

La notion de propriété

La propriété consiste essentiellement à attribuer à une seule personne ou à un groupe de personnes le **pouvoir de décision sur la façon d'utiliser une ressource ainsi que les gains ou pertes qui en résultent.**

La ressource sujette à une forme de propriété est alors **retirée de la libre accessibilité**, elle est réservée aux propriétaires et ne peut plus être utilisée par tout un chacun comme bon lui semble.

Comment arrive-t-on à créer de nouvelles formes de propriété sur des ressources laissées jusqu'alors en accessibilité ouverte ou restreinte, à mesure qu'elle deviennent rares au point de ne plus supporter l'accès libre?



PLAN

I. Théorie économique de la propriété

A. Structure

Exclusivité

Usus, fructus, abusus

B. Nouveaux objets

Évolution des droits de propriété

Modes de définition des droits

II. Théorie économique de la propriété immatérielle

A. L'information et sa création

L'information: nature

L'information: création

B. Exemples

La propriété intellectuelle

Les données personnelles



I
Théorie économique de la
propriété



I. A. LA STRUCTURE

1. EXCLUSIVITÉ

La propriété répond à deux problèmes: celui du **retrait de l'objet de l'état d'accessibilité libre** et celui de sa **destination à l'usage exclusif de personnes** précises.

Toute forme de propriété présuppose que l'objet sur lequel elle doit porter se prête à l'exclusivité.



I. A. LA STRUCTURE

2. USUS, FRUCTUS, ABUSUS

L'**usus** attribue au propriétaire le pouvoir de décider ce qui sera fait de l'objet de la propriété.

Le **fructus** lui confère les résultats de cette gestion: les fruits au sens naturel, le produit, le revenu, mais aussi la perte, le cas échéant.

L'**abusus** permet au propriétaire de transférer son droit à une autre personne.



I. A. LA STRUCTURE

2. **USUS, FRUCTUS, ABUSUS**

Si l'on sépare l'Usus du Fructus = effet incitatif détourné vers ce qui importe aux détenteurs respectifs des prérogatives.

Si par décision d'autorité, on donne égal accès à une ressource rare à tous les membres d'un groupe = la ruine collective. Ex: Troupeau de bétail (la tragédie des communs, Garrett Hardin)

Si les biens rares sont attribués par la violence = les propriétaires choisiront des modes de gestion qui minimisent les effets de cette expropriation.

Si l'attribution se fait par favoritisme des détenteurs du pouvoir = les biens vont enrichir les bénéficiaires mais rien n'assure qu'ils seront déployés dans leurs usages les plus valorisés.



I. A. LA STRUCTURE

2. USUS, FRUCTUS, **ABUSUS**

L'abusus fait en sorte que les choses finiront, moyennant transferts nécessaires, entre les mains des personnes qui en feront **l'usage le plus valorisé**.

La propriété informe sur la valeur relative de l'usage d'un bien et incite à rechercher l'usage le plus valorisé.

La **qualité de ses résultats est jugée par les acteurs eux-mêmes à travers les lois du marché**: l'achat et la vente.



I. B. NOUVEAUX OBJETS

1. ÉVOLUTION DES DROITS

De **nouveaux usages rendent rare une ressource** qui était jusqu'alors laissée en accès ouvert comme abondante.

La propriété doit être déployée, éventuellement dans de **nouvelles formes**, pour régir ces objets nouveaux.

La propriété évolue également pour aller dans le sens de la **décomposition des droits existants** pour mieux accommoder la rareté changeante



I. B. NOUVEAUX OBJETS

2. MODES DE DÉFINITION DES DROITS

Toute propriété présuppose la **maitrise effective de l'objet** visé: l'exclusivité. Cette exclusivité peut être assurée par un éventail ouvert de moyens matériels ou techniques, commerciaux, communautaires, juridiques ou institutionnels.

-> Il faut créer des **clôtures**. Pour chaque démarche visant à rendre la clôture imperméable, le propriétaire devra alors se demander si son coût se justifie au regard des pertes que cela lui permet d'éviter ou du profit supplémentaire qu'il peut réaliser.



I. B. NOUVEAUX OBJETS

2. MODES DE DÉFINITION DES DROITS

Il est possible que la constitution initiale de la clôture présuppose une redéfinition des droits existants. Ces droits peuvent ainsi être définis soit par **voie privée**, soit par l'**autorité publique spécialement habilitée** pour le faire.

-> Articulation de droits de propriété sur de nouveaux objets **variera en fonction des circonstances.**



I. B. NOUVEAUX OBJETS

2. MODES DE DÉFINITION DES DROITS

La **définition privée** des droits entraîne des **coûts de transaction** (pour s'entendre avec les concurrents), **d'exclusivité** (suite à une mauvaise allocation des droits) et des **coûts qui tiennent à l'effet incitatif du droit** qu'il convient de définir (gaspillage des ressources dû à la course à l'appropriation).

La **définition publique** des droits entraîne à son tour des coûts: des **coûts d'ignorance** (Mises et Hayek « *The economic Problem of Society is mainly one of adaptation to changes in particular circumstances of time and place* » - Hayek, 1945), **des risques de clientélisme** et des **problèmes d'agence**.

-> Voir Mackaay, 2021



II

Théorie économique de la propriété immatérielle



II. A. L'INFORMATION & SA CRÉATION

1. L'INFORMATION: NATURE

Les informations ne soulèvent pas de problèmes de rareté par nature, qui pourraient faire voir l'intérêt de formuler des droits de propriété ou d'autres institutions juridiques pour les gérer.

De nombreuses informations sont communicables ie destinées à être partagées. Le droit adopte face aux informations communicables le principe général de la libre circulation sous réserve d'exceptions spécifiques.



II. A. L'INFORMATION & SA CRÉATION

2. L'INFORMATION: CRÉATION

Il existe des **informations communicables** qui ne seraient pas produites, ou moins souvent, sans un encouragement particulier: un livre, une œuvre musicale ou artistique etc...

Leur rareté provient de ce que les **talents et les énergies du compilateur ou du créateur** pourrait être consacrés à autre chose.

Il faut un **encouragement** pour s'investir à créer telle chose plutôt qu'une autre.



II. A. L'INFORMATION & SA CRÉATION

2. L'INFORMATION: CRÉATION

« Si une partie des gains que tous les bénéficiaires réalisent grâce à l'utilisation de la création pouvait être réunie en vue de servir d'appât pour encourager le créateur, cela constituerait un intérêt largement supérieur au gain que l'inventeur peut réaliser par son seul travail et ses seuls contacts personnels. » - Mackaay, 2021

Il devient alors intéressant de rechercher les **institutions susceptibles de concentrer les incitations aux créateurs à se livrer à leur activité créatrice ou inventive au profit de la collectivité.**



II. A. L'INFORMATION & SA CRÉATION

2. L'INFORMATION: CRÉATION

Par ailleurs, l'invention a bien souvent un **caractère cumulatif**. L'invention ou la création se construit généralement à partir d'autres structures d'informations déjà connues.

C'est la raison pour laquelle, on a veillé à ce que les institutions mise en place fasse une **place essentielle aux considérations touchant le cumul des connaissances** telles que la propriété intellectuelle.



II.B. EXEMPLES

1. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La propriété intellectuelle s'entend d'un **ensemble de droits**, dont chacun confère au titulaire le **contrôle exclusif**, suivant des modalités particulières et pour une durée limitée, d'un **objet intangible** - une forme d'information - résultant de la **créativité humaine**.

Les droits de propriété intellectuelle s'exercent sur une **structure cristallisée d'informations**.



II.B. EXEMPLES

1. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

La propriété intellectuelle empreinte à la propriété **l'effet incitatif** et **l'exclusivité** nécessaire pour le fonctionnement effectif de ce droit.

L'information se prête mal à l'exclusivité.

-> L'expérience historique montre que seule **l'autorité publique** permettait d'assurer une exclusivité relativement effective et stable.



II.B. EXEMPLES

1. LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Mais alors dans quelle mesure, doit-on, pour rémunérer la création, interférer avec la potentielle créativité future ?

L'intérêt du créateur VS L'intérêt général

-> Pour maintenir l'équilibre, il est nécessaire de faire appel à des **institutions qui proviennent de l'initiative privée**: des arrangements contractuels comme les licences volontaires ou obligatoires, des communautés de partage payantes (*patent pools*, licences croisées) ou non (*open source*, *open content*, *copyleft*, *creative commons*).



II. B. EXEMPLES

2. LES DONNÉES PERSONNELLES

Une donnée personnelle est une molécule composée de deux atomes indissociables : l'information et l'informatique. En d'autres termes, ce serait une « information personnelle informatisée » ou plutôt une « **information personnelle technologisée** » (De Lambertherie, 2004).

Caractéristiques

Support durable

+

Objet périssable

+

Non rivales

+

Excluabilité difficile



II. B. EXEMPLES

2. LES DONNÉES PERSONNELLES

La préoccupation majeure du renseignement personnel est davantage celle de la **préservation de son objet face à des tiers malveillants (générant des externalités négatives)**.

La définition économiques des droits se fera donc sur la capacité qu'aura l'individu à **contrôler la collecte** de ses données personnelles et **l'usage** qui en sera fait (Westin, 1967 - Stigler, 1980).



II. B. EXEMPLES

2. LES DONNÉES PERSONNELLES

Différentes approches de la définition des droits:

- le **laisser-faire** et l'**autorégulation** (modes privés de définition des droits)
-> École de Chicago
- l'**approche réglementaire** (modes publics de définition des droits)
-> Approche européenne



II. B. EXEMPLES

2. LES DONNÉES PERSONNELLES

Définir des droits de propriété? Deux approches:

- Octroi de **droits inaliénables fondé sur l'opt-in**
-> Augmentation trop importante des coûts de transaction pour les firmes
- Octroi de **droits librement aliénables**
-> Maîtrise du parcours de la donnée difficile en cas de revente par exemple. L'excluabilité des utilisateurs subséquents devient coûteuse.



II. B. EXEMPLES

2. LES DONNÉES PERSONNELLES

Définir un modèle basé sur un système mixte: la voie des **biens collectifs**.

S'inspirer des travaux de la **nouvelle économie institutionnelle** et notamment ceux sur les **communs** (Ostrom, 1990)

Gestion de la ressource considérée sur une communauté qui organise ses règles de gouvernance, en s'appuyant sur un « faisceau de droits » (« **bundle of rights** ») rendant possibles des régimes de **propriété partagée**. Ex: Data Trust.

